

De juridische positie van de bekende spermadonor

Een onderzoek naar de juridische positie van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel, mede gezien de Wet lesbisch ouderschap.



De juridische positie van de bekende spermadonor

Een onderzoek naar de juridische positie van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel, mede gezien de Wet lesbisch ouderschap.

Naam:	W.A. (Wendy) van Schijndel
Studentnummer:	U1251547
ANR:	351451
Universiteit:	Tilburg University
Opleiding:	Rechtsgeleerdheid
Accentprogramma:	Privaatrecht
Afstudeerbegeleider:	Prof. Mr. Vlaardingerbroek
Datum:	Augustus 2014

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie ‘de juridische positie van de bekende spermadonor’. Dit is de afsluiting van mijn studie Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Tilburg.

Sinds ik colleges volg van prof. Mr. P. Vlaardingerbroek aan de Universiteit van Tilburg is mijn interesse in het personen- en familierecht gewekt. Het was vanaf toen duidelijk, ik zou mijn scriptie gaan schrijven over een onderwerp binnen het personen- en familierecht.

Door de interessante colleges van prof. Mr. P. Vlaardingerbroek ben ik op het onderwerp gekomen waar ik over heb geschreven: de juridische positie van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel, mede gezien de Wet lesbisch ouderschap. De Wet lesbisch ouderschap is in werking getreden ten tijde van het schrijven van deze scriptie en het is dan ook een actueel onderwerp.

Met veel plezier heb ik de afgelopen maanden gewerkt aan deze scriptie. Graag zou ik van deze gelegenheid gebruik maken om prof. Mr. P. Vlaardingerbroek te bedanken voor zijn prettige begeleiding en altijd kritische feedback.

Tevens wil ik mijn familie en vriend bedanken die mij altijd hebben gesteund tijdens mijn studie en met name tijdens mijn scriptieperiode.

Ik wens u veel leesplezier!

Wendy van Schijndel

Augustus 2014

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	6
Hoofdstuk 1 Inleiding	7
1.1 Probleemomschrijving	7
1.2 Onderzoeksdoel	9
1.3 Onderzoeksvraag	9
1.4 Theoretisch kader	9
1.5 Methoden van onderzoek	10
1.6 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie	10
1.7 Leeswijzer	10
Hoofdstuk 2 Soorten vaderschap	12
2.1 Inleiding	12
2.2 Juridisch vaderschap	12
2.3 Biologisch vaderschap	13
2.3.1 Bekende spermadonor	14
2.3.2 Onbekende spermadonor	14
2.4 Sociaal vaderschap	15
2.5 Conclusie	15
Hoofdstuk 3 Juridische positie bekende spermadonor	17
3.1 Inleiding	17
3.2 Erkenning	17
3.3 Gerechtelijke vaststelling ouderschap	18
3.4 Omgangsrecht	19
3.5 Onderhoudsplicht	22
3.5.1 Stelplicht- en bewijslastverdeling inzake het verwekker- en donorschap	24
3.6 Erfrecht	25
3.7 Conclusie	25
Hoofdstuk 4 Wet lesbisch ouderschap	27
4.1 Inleiding	27
4.2 Aanleiding van de Wet lesbisch ouderschap	27
4.3 Rapport Lesbisch Ouderschap	28
4.4 Doel van de Wet lesbisch ouderschap	30
4.5 De wijzigingen	30
4.5.1 Duomoeder van rechtswege	31
4.5.2 Erkenning door de duomoeder	32
4.5.3 Vervangende toestemming voor erkenning door de zaaddonor	34
4.5.4 Gerechtelijke vaststelling ouderschap en alimentatieplicht	35
4.6 Keuze tussen de duomoeder en de bekende spermadonor	35
4.7 Conclusie	36
Hoofdstuk 5 Recht op afstammingsinformatie	37
5.1 Inleiding	37
5.2 Waarom een recht op afstammingsinformatie?	37
5.3 De Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting	39
5.3.1 Recht op afstammingsinformatie bij gebruik van een bekende spermadonor	40
5.3.2 Biologisch afstammingsgegevens in de geboortekte	41
5.4 Mag een spermadonor bepalen wie zijn zaad krijgt?	43

5.5	Conclusie	44
Hoofdstuk 6	De spermadonor in Zweden	45
6.1	Inleiding	45
6.2	Duomoederschap in Zweden	45
6.3	De spermadonor in Zweden	46
6.4	De keuze van de Nederlandse wetgever	46
6.5	Conclusie	47
Hoofdstuk 7	Conclusies en aanbevelingen	48
7.1	Inleiding	48
7.2	Conclusies	48
7.3	Aanbevelingen	51
Literatuurlijst		53

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
B&R	Burgerzaken & Recht
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden
F&R	Familie & Recht
FB	Föräldrabalk
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
HR	Hoge Raad
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
KID	Kunstmatige inseminatie met donorzaad
KLEM	Vereniging voor Klinische embryologie
MvT	Memorie van Toelichting
NJB	Nederlands Juristenblad
NVOG	Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie
Stb.	Staatsblad
Wdkb	Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Probleemomschrijving

Het is niet voor elke man en vrouw die een kind willen vanzelfsprekend dat het ook daadwerkelijk lukt om samen op een natuurlijke manier een kind te krijgen. Soms is/zijn de man of/en de vrouw verminderd vruchtbaar of zelfs geheel onvruchtbaar. Wanneer de man verminderd vruchtbaar of geheel onvruchtbaar is, hebben de vrouw en haar partner de keuze om gebruik te maken van een spermadonor. Dit kan een donor zijn die via een spermakliniek doneert, of een donor die de wensouders zelf hebben uitgekozen. Indien de wensouders de spermadonor zelf hebben uitgekozen kan dit iemand uit de familie- en/of vriendenkring zijn of iemand die via een advertentie is gevonden.

Wanneer een man sperma heeft gedoneerd aan een vrouw, en deze vrouw, welke gehuwd is, bevalt van haar kind dan is de man met wie de vrouw getrouwd is automatisch juridisch vader van het kind, artikel 1:199 sub a Burgerlijk Wetboek (BW) en is de spermadonor buiten beeld. De bedoeling van het doneren van zaad is immers ook om iemand aan een kinderwens te helpen. Maar wat gebeurt er wanneer de bekende spermadonor een rol wil spelen in het leven van het kind?¹ Heeft hij hier juridische mogelijkheden voor? Welke rechten en verantwoordelijkheden heeft de spermadonor ten opzichte van het met zijn zaad ontstane kind? Wanneer er bijvoorbeeld gebruik is gemaakt van een spermadonor die niet via de spermabank heeft gedoneerd en er geen afspraken op papier zijn neergelegd, kan de spermadonor dan als biologische vader bepaalde rechten afdwingen? Een andere kwestie die betrekking heeft op de spermadonor is de kwestie of de spermadonor ook eisen kan stellen aan de afgifte van zijn sperma. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat een spermadonor kan eisen dat zijn zaad niet wordt gedoneerd aan een ongehuwde vrouw of aan een lesbisch stel?

Naast heteroseksuele stellen, kan een spermadonor ook een rol spelen bij lesbische stellen. Naar schatting worden er jaarlijks 300 tot 400 kinderen geboren bij lesbische moeders.² Sinds 1 januari 1998 is het in Nederland mogelijk dat een moeder samen met haar vrouwelijke partner het gezag over een kind heeft en zij kunnen dan ook samen het kind verzorgen en opvoeden.³ Daarnaast kunnen zij, sinds 1 april 2001, ook samen de juridische ouders van een kind zijn door middel van adoptie.⁴ In 2009 zijn de regels voor adoptie door de duomoeder versoepeld.⁵

¹ Van Raak-Kuiper, *FJR* 2008/96, p.1.

² www.rijksoverheid.nl/nieuws, 2013.

³ Stb. 1998, 506.

⁴ Stb. 2001, 10.

⁵ Stb. 2008, 425.

Na jarenlange discussie betreft de invulling van de positie van de duomoeder is de wetgever gekomen met de Wet lesbisch ouderschap, welke op 19 november 2013 is aangenomen door de Eerste Kamer en op 1 april 2014 in werking is getreden.⁶ Een belangrijk rapport dat heeft bijgedragen aan de totstandkoming van de Wet lesbisch ouderschap is het rapport van de Commissie Kalsbeek. Met de Wet lesbisch ouderschap wil de wetgever tegemoetkomen aan de wens van de Tweede Kamer om afstammingsgerechtelijke gelijkstelling te creëren voor kinderen die geboren worden binnen een relatie van twee vrouwen, door het mogelijk te maken dat een kind twee juridische ouders heeft vanaf zijn/haar geboorte. Vóór het intreden van de Wet lesbisch ouderschap heerste er vaak nog juridische onzekerheid voor kinderen die opgroeiden bij een lesbisch (echt)paar. Het was immers alleen mogelijk voor de vrouwelijke partner van de moeder (hierna: duomoeder) om via adoptie juridisch ouder te worden van het kind.⁷ Vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap, waren aan het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht geen afstammingsrechtelijke gevolgen verbonden.⁸ Nu de Wet lesbisch ouderschap in werking is getreden is het mogelijk dat de duomoeder juridisch ouder van het kind wordt zonder dat hier een gerechtelijke procedure voor nodig is. Een belangrijk gevolg van deze wet is dat het duomoederschap van rechtswege ontstaat indien er sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap en de moeder voor het ontstaan van de zwangerschap gebruik heeft gemaakt van een spermadonor in de zin van artikel 1 onder c sub 1 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb). In alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen.⁹ Het doel van deze wet is vooral om zonder gerechtelijke procedure het juridisch ouderschap van de duomoeder sneller tot stand te laten komen. In de Wet lesbisch ouderschap is onderscheid gemaakt tussen de bekende en de onbekende spermadonor. De keuze voor een bekende of onbekende spermadonor heeft niet alleen invloed op het ouderschap van de duomoeder, maar ook op de relatie van het kind met deze spermadonor. De onbekende spermadonor wil meestal geen rol spelen in het leven van het kind en wenst daarom onbekend te blijven.¹⁰ Bij een bekende zaaddonor gaat het vaak om iemand uit de familie- of vriendenkring. Wanneer de bekende zaaddonor een nauwe persoonlijke betrekking heeft met het kind, heeft de zaaddonor dan de mogelijkheid om het kind te erkennen? En wat is dan de positie van de duomoeder? Kan de moeder uit wie het kind geboren is dan kiezen uit de duomoeder en de zaaddonor als het om erkennen gaat? Of heeft de zaaddonor geen enkele mogelijkheid om een relatie met het kind te vestigen? Een andere vraag die in samenhang met het bovenstaande kan worden gelezen is of het kind dat is geboren uit een moeder die een lesbische relatie heeft, de gegevens van zijn biologische vader

⁶ www.eerstekamer.nl.

⁷ Gerritse 2012, p. 109.

⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 239.

⁹ *Kamerstukken I* 2012/13, 33032, nr. A, p.3.

¹⁰ *Kamerstukken I*, 2012/13, 33032, nr. C, p. 13.

(de spermadonor) kan achterhalen? Wanneer kan men gegevens over de spermadonor verstrekken en welke gegevens kan men dan verstrekken? Om antwoorden op deze vragen te krijgen dient onder andere gekeken worden naar de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdgb).

1.2 Onderzoeksdoel

Het doel van het onderzoek is om te beoordelen¹¹ wat de juridische positie is van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel. Bij dit onderzoek zal de Wet lesbisch ouderschap van groot belang zijn. Het onderzoek wordt gestart met een beschrijving van de relevante begrippen, zodat hier vervolgens geen verwarring over kan ontstaan en duidelijk is wat onder deze begrippen wordt verstaan. Hierna zal de huidige rechtspositie van de bekende spermadonor in het Nederlands recht aan bod komen. Vervolgens komt de Wet lesbisch ouderschap aan bod en zal beschreven worden wat de veranderingen in de wetgeving zijn, en zal beoordeeld worden wat de juridische positie is van de bekende spermadonor bij een lesbisch stel en of de wet nog belangrijke veranderingen bevat die van belang zijn voor de bekende spermadonor. Hierna zal onderzocht worden of het kind het recht heeft om te weten van wie hij of zij afstamt, wanneer gebruik is gemaakt van een bekende spermadonor. Tot slot zal er een zijsprong worden gemaakt naar het Zweedse recht. Er zal een rechtsvergelijking plaatsvinden met het Zweedse recht met betrekking tot de positie van de bekende spermadonor in Zweden.

1.3 Onderzoeksvraag

De centrale vraagstelling van deze scriptie luidt: wat is de juridische positie van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel, mede gezien de Wet lesbisch ouderschap?

1.4 Theoretisch kader

Het theoretische kader waarin het onderzoek plaatsvindt, is het privaatrecht, en specifiek het onderdeel personen- en familierecht. Het grootste deel dat betrekking heeft op het personen- en familierecht, en hiermee ook op dit onderzoek, staat geregeld in boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Om de belangrijkste wijzigingen die in de Wet lesbisch ouderschap zijn opgenomen te beschrijven, wordt uitvoerig gekeken naar de Wet lesbisch ouderschap en de bijbehorende memorie van toelichting. Naast de Nederlandse wetgeving wordt steeds in het achterhoofd gehouden wat het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) omtrent dit onderwerp heeft vastgelegd. In het bijzonder is artikel 8 EVRM van belang. Hier staat namelijk

¹¹ IJzermans & Van Schaaijk 2007, p. 19 + 20.

dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privéleven en zijn familie- en gezinsleven. Dit zal altijd het uitgangspunt zijn. Het onderzoek zal zich voor de rest beperken tot het Nederlandse recht. Door middel van het bestaande recht, de Wet lesbisch ouderschap, verwante rapporten en artikelen en eventueel van toepassing zijnde jurisprudentie, wordt onderzocht wat de juridische positie is van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel.

Er zal één zijstap worden gemaakt naar het Zweedse recht. Er wordt gekeken naar de juridische positie van de spermadonor in Zweden.

1.5 Methoden van onderzoek

Het onderzoek zal voornamelijk bestaan uit literatuuronderzoek. Gestart wordt met het beschrijven van verschillende relevante begrippen. Op deze manier is voor het verdere onderzoek duidelijk wat onder ieder begrip wordt verstaan. Zo is het belangrijk om het verschil tussen de bekende en onbekende spermadonor te begrijpen. Vervolgens zal de huidige positie van de bekende spermadonor bij een lesbisch stel aan bod komen. Daarna zal de Wet lesbisch ouderschap besproken worden. De belangrijkste veranderingen die de wet met zich meebrengt worden besproken. De memorie van toelichting wordt bestudeerd om zo ook de beweegredenen van de veranderingen te beschrijven. Vervolgens wordt gekeken of de positie van de spermadonor is verbeterd na inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap. Daarna zal het recht op afstammingsinformatie aan bod komen. Tot slot zal een rechtsvergelijking worden gemaakt met het Zweedse recht.

1.6 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Het is een maatschappelijk relevant onderzoek doordat de uitkomst betrekking heeft op allerlei mensen in de samenleving. Het is een kwestie waar mensen steeds vaker mee te maken krijgen. Alleen al de berichten in de krant, vanwege de invoering van de Wet lesbisch ouderschap, maken duidelijk dat het onderwerp zeer actueel is in onze maatschappij. Steeds vaker wil een lesbisch stel namelijk ook een kind waarvan ze beide de moeder willen zijn.¹² Het is tevens wetenschappelijk relevant. Er zal namelijk wat toegevoegd worden aan de bestaande kennis betreffende de juridische positie van de bekende spermadonor. Is zijn positie namelijk versterkt na inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap?

1.7 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 komen eerst verschillende begrippen aan bod die van belang zijn om de overige hoofdstukken te begrijpen en het onderscheid tussen de begrippen goed te kennen. Begrippen

¹² Van Raak-Kuiper, *FJR* 2008/96, p.1.

zoals 'juridisch vaderschap', 'bekende spermadonor' en 'onbekende spermadonor' worden besproken. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de huidige juridische positie van de bekende spermadonor besproken. Doordat de spermadonor steeds vaker een rol wil spelen in het leven van het met zijn zaad ontstane kind, is het van belang om te weten welke rechten en verantwoordelijkheden de spermadonor heeft ten opzichte van het met zijn zaad ontstane kind. Kan hij het kind erkennen? Is hij onderhoudsplichtig? Dergelijke vragen komen ik dit hoofdstuk aan bod. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de Wet lesbisch ouderschap. Onder andere de aanleiding en het doel van de wet komen aan bod. Tevens zullen de belangrijkste wijzigingen die de wet met zich mee brengt aan bod komen. Is de juridische positie van de spermadonor versterkt na inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap? In hoofdstuk 5 komt het recht op afstammingsinformatie aan bod. Eerst wordt besproken waarom er recht op afstammingsinformatie bestaat en vervolgens door wie informatie kan worden verstrekt en ook aan wie deze informatie kan worden verstrekt. In hoofdstuk 6 zal vervolgens een rechtsvergelijking met Zweden plaatsvinden. Tot slot komen in hoofdstuk 7 de conclusies en aanbevelingen aan bod.

2.1 Inleiding

In familierechtelijke betrekking tot elkaar staan op grond van artikel 1:197 BW, een kind, zijn ouders en hun bloedverwanten. Vóór 1 april 2014 was het afstammingsrecht in Nederland vooral gericht op het huwelijk als aanknopingspunt om familierechtelijke betrekkingen te vestigen. Sinds 1 april 2014 is naast het huwelijk tevens het geregistreerd partnerschap een aanknopingspunt om familierechtelijke betrekkingen te vestigen.¹³ Het huwelijk is echter niet meer zo vanzelfsprekend als dertig jaar geleden. In tegenstelling tot eind jaren zeventig, waarin vrijwel alle kinderen binnen het huwelijk werden geboren, worden steeds meer kinderen buiten het huwelijk geboren.¹⁴ In 1995 waren twee op de tien kinderen buiten het huwelijk geboren, dit aantal is gestegen naar vier op de tien kinderen in 2010.¹⁵ De afgelopen decennia hebben zich grote maatschappelijke ontwikkelingen voorgedaan. Er is onder andere een groeiend aantal van samenlevers die ongehuwd zijn, van alleenstaand ouderschap en van homoseksuele relaties. Tevens wordt er veel meer gebruik gemaakt van kunstmatige voortplantingstechnieken zoals kunstmatige donorinseminatie en in-vitrofertilisatie.¹⁶ Dit speelt zich voornamelijk af bij lesbische relaties. Zodoende zijn er tegenwoordig soms meerdere personen betrokken bij de verzorging en opvoeding van het kind. Gezinnen waarbij meer dan twee partijen betrokken zijn bij de conceptie van het kind worden ook wel intentionele meeroudergezinnen genoemd.¹⁷ Onderstaand zal een beschrijving plaatsvinden van een aantal juridische begrippen die heden ten dage zeer belangrijk zijn voor het personen- en familierecht en tevens belangrijk voor een goed begrip van deze scriptie.

2.2 Juridisch vaderschap

In artikel 1:199 BW staat vermeld op welke manier juridisch vaderschap ontstaat. Ten eerste is, op grond van artikel 1:199 sub a BW, de man die op het moment van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren is gehuwd, van rechtswege juridisch vader. Op 1 april 2014 is hier iets aan toegevoegd. De man die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren een geregistreerd partnerschap is aangegaan is tevens juridisch vader. Ten tweede is de man juridisch vader van het kind wanneer het huwelijk of geregistreerd partnerschap met de vrouw uit wie het kind is geboren, binnen 306 voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden. Dit is ook zo wanneer de moeder inmiddels

¹³ Stb. 2013, 486.

¹⁴ Loozen e.a, In wat voor gezin worden kinderen geboren? 2014, p. 1.

¹⁵ Mulders, *FJR* 2011/73, p. 1.

¹⁶ Van Raak-Kuiper, *FJR* 2008/96, p.1.

¹⁷ Vonk, *NJB* 2013/2011, p. 1.

is hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren. De vrouw kan echter binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot of geregistreerde partner niet de vader is van het kind. De vrouw dient dan aan te geven dat zij sedert de 306^{de} dag voor de geboorte van het kind, van tafel en bed was gescheiden of dat zij en haar echtgenoot gescheiden hebben geleefd. Het huwelijk en nu tevens het geregistreerd partnerschap creëert een fictie van vaderschap. De man die met de vrouw uit wie het kind is geboren is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, wordt automatisch de juridische vader, maar is niet altijd degene die ook daadwerkelijk de biologische vader is. De vrouw kan bijvoorbeeld tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap met de man, geslachtsgemeenschap hebben gehad met een andere man waardoor de vrouw zwanger is geraakt. De biologische werkelijkheid stemt dan niet overeen met de juridische werkelijkheid. Daarnaast kan een man, op grond van artikel 1:199 sub c BW, als juridische vader van het kind worden aangemerkt wanneer hij het kind heeft erkend. Tevens is op grond van artikel 1:199 sub d BW, de man juridisch vader van het kind wanneer zijn vaderschap gerechtelijk is vastgesteld. Het vaderschap kan worden vastgesteld op verzoek van de moeder, wanneer het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, of door het kind zelf. Op grond van artikel 1:207 BW is als voorwaarde gesteld dat de man de verwekker is van het kind of dat de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Tot slot kan, op grond van artikel 1:199 sub e BW, een man als juridisch vader worden gekenmerkt wanneer hij het kind heeft geadopteerd.

Het juridisch vaderschap houdt in dat een vader door het recht wordt aangemerkt als vader. Het hoeft niet per se te gaan om een biologische ouder. Het is van groot belang om te weten wie de juridische ouders zijn omdat aan het bestaan van deze band vele rechtsgevolgen zijn verbonden, zoals: gezag, het recht op levensonderhoud, erfrecht, nationaliteitsrecht, naamrecht, successie- en schenkingsbelasting etc. Om de juridische band tussen de ouder en kind aan te tasten, zal er een initiatief van het kind of de ouder moeten komen. De staat kan nimmer ingrijpen in het ouderschap zonder dat er een initiatief van kind of ouder aan ten grondslag ligt.¹⁸

2.3 Biologisch vaderschap

Sinds 1998 zijn er twee soorten biologische vaders te onderscheiden, namelijk verwekkers en donoren.¹⁹ Het onderscheid is enkel gebaseerd op de vraag of het kind op natuurlijke wijze is verwerkt of juist niet. Een verwekker is de man die zelf de daad van verwekking heeft verricht,

¹⁸ Antokolskaia e.a. 2014, p. 36.

¹⁹ Vonk, *FJR* 2003, p. 122.

dit wil zeggen degene die het kind op ‘natuurlijke wijze’ heeft doen ontstaan.²⁰ Een donor is iemand die zijn genetisch materiaal afstaat ten behoeve van kunstmatige inseminatie. De verwekker, de man die geslachtsgemeenschap heeft gehad met de moeder, is uiteraard altijd tevens de biologische vader, maar het omgekeerde kan niet worden gezegd. De spermadonor is wél de biologische vader maar niet de verwekker, aangezien hij geen geslachtsgemeenschap heeft gehad met de moeder. In geval van donorschap is immers sprake van kunstmatige inseminatie of bevruchting (KID).²¹ Wanneer gesproken wordt over een spermadonor is het van belang om te weten of het gaat om een onbekende of bekende spermadonor. De bekende spermadonor kan een bepaalde rechtspositie verwerven welke niet is weggelegd voor de onbekende spermadonor. Het onderscheid tussen verwekker en spermadonor is van groot belang, met name voor de rechtsgevolgen. Een verwekker is, in tegenstelling tot de spermadonor, op grond van artikel 1:394 BW onderhoudsplichtig. Een uitzondering hierop is door de rechtbank in Zutphen in 2012 gemaakt. De rechtbank had in deze zaak bepaald dat een bekende spermadonor met ‘family life’ wel degelijk onderhoudsplichtig is jegens zijn kind.²² De verwekker is alleen onderhoudsplichtig wanneer het kind alleen een moeder heeft en geen juridische vader. Dit betekent dat hij mede verplicht is de kosten voor verzorging en opvoeding op zich te nemen tot het kind de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. Daarna is hij totdat het kind de eenentwintigjarige leeftijd heeft bereikt mede verantwoordelijk voor de kosten van levensonderhoud en studie. Na het bereiken van de eenentwintigjarige leeftijd is de verwekker onderhoudsplichtig indien het kind door geestelijke of lichamelijk gebreken niet in staat is om zichzelf te onderhouden.²³ Daarnaast is het mogelijk dat jegens de verwekker het ouderschap gerechtelijk wordt vastgesteld op grond van artikel 1:207 BW. Dit is niet mogelijk wanneer het gaat om een spermadonor.

2.3.1 Bekende spermadonor

Bij een bekende spermadonor gaat het vaak, zoals het woord het zelf al aangeeft, om een bekende uit de familie- of kennissenkring van de wensouders of soms hebben ze de spermadonor via internet gevonden. Het voordeel van een bekende spermadonor is dat men de eigenschappen van de donor kent. Wanneer de wensouders kiezen voor een bekende spermadonor is het van groot belang dat er afspraken worden gemaakt tussen de wensouders en de spermadonor. Afsproken kan worden dat de spermadonor geen contact zal zoeken met het kind, of dat de spermadonor juist wel contact zal houden met het kind. Deze afspraken kunnen worden vastgelegd in een donorcontract.

²⁰ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 201.

²¹ Nuytinck, AA 2009/0561, p. 2.

²² Rechtbank Zutphen 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX3557.

²³ Van Raak-Kuiper, *FJR* 2008/96, p.2.

2.3.2 Onbekende spermadonor

Naast een bekende uit de familie- of kennissenkring kunnen de wensouders ook gebruik maken van sperma dat afkomstig is van de spermakliniek, ook wel een onbekende spermadonor. Met de onbekende spermadonor wordt bedoeld: de man die via een spermabank zijn sperma heeft gedoneerd en wiens identiteit aan de moeder onbekend is op het tijdstip dat de kunstmatige donorbevruchting plaatsvindt.²⁴ Sinds de inwerkingtreding van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) op 1 juni 2004, is de donor niet geheel anoniem meer. Ouders en kind kennen weliswaar de naam en adres van de donor niet, maar op grond van deze wet heeft het kind het recht om vanaf twaalf jaar enkele gegevens over zijn biologische ouder te verkrijgen, en vanaf zestien jaar het recht om contact te verzoeken. Door de inwerkingtreding van deze wet is de anonimiteit van de donor niet meer gegarandeerd. Vandaar dat ook wordt gesproken van onbekend donorschap in plaats van anoniem donorschap. Meer over de anonimiteit van de spermadonor zal in hoofdstuk 6 aan bod komen.

2.4 Sociaal vaderschap

Naast juridisch en biologisch ouderschap bestaat er ook sociaal ouderschap/vaderschap.²⁵ Bij sociaal ouderschap gaat het voornamelijk over de dagelijkse zorg die wordt gegeven aan het kind. De sociale ouder hoeft niet tevens juridisch of biologisch ouder te zijn van het kind, maar vaak is de juridische/biologische ouder tevens ook de sociale ouder. Bijvoorbeeld bij pleegouderschap, stiefouderschap, een niet-ouder met gezag of bij voogdij is geen sprake van juridisch of biologisch ouderschap, maar neemt de opvoeder wel de zorg voor het kind op zich en kan gesproken worden van sociaal ouderschap. Artikel 1:197 BW is niet van toepassing op sociaal ouderschap en dit betekent dat er geen familierechtelijke betrekking bestaat tussen de sociale ouder en het kind. Dit artikel is namelijk alleen van toepassing voor het kind, zijn ouders en hun bloedverwanten.²⁶

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn enkele begrippen besproken die van belang zijn in het personen- en familierecht en ook voor deze scriptie. Zo heeft het begrip 'vader' verschillende betekenissen in het personen- en familierecht, namelijk juridisch vader, sociale vader en biologisch vader. Het juridisch vaderschap houdt in dat een ouder door het recht wordt aangemerkt als ouder. Aan het juridisch vaderschap zijn veel rechtsgevolgen zijn verbonden, zoals: gezag, het recht op levensonderhoud, erfrecht, nationaliteitsrecht, naamrecht, successie- en schenkingsbelasting etc. Daarnaast is er biologisch vaderschap, welke uiteen valt in de verwekker en de donor. De

²⁴ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 6.

²⁵ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 199.

²⁶ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 208.

verwekker is de man die zelf de daad van verwekking heeft verricht en een donor is iemand die genetisch materiaal afstaat ten behoeve van kunstmatige inseminatie. Belangrijk is het onderscheid dat gemaakt kan worden bij donoren in de bekende en onbekende donor. Bij de bekende donor gaat het vaak om iemand uit de familie- of kennissenkring van de wensouders. Hierbij is het van belang dat er duidelijke afspraken tussen de partijen wordt gemaakt. Wanneer er gesproken wordt over een onbekende donor heeft de man zijn sperma anoniem gedoneerd bij een spermakliniek. Tot slot is er het sociale vaderschap. Hier gaat het voornamelijk over de dagelijkse zorg die wordt gegeven aan het kind.

In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 3) wordt de rechtspositie van de bekende spermadonor beschreven.

Hoofdstuk 3

Juridische positie bekende spermadonor

3.1 Inleiding

In het algemeen is het de bedoeling van een spermadonor om een ander te helpen zijn/haar kinderwens te vervullen en verder wenst de spermadonor vaak geen enkele rol in het leven van het kind te vervullen. Het komt echter steeds vaker voor dat een spermadonor een rol wil spelen in het leven van het met zijn zaad ontstane kind. Kan de spermadonor zijn rol als vader zomaar op zich nemen? Welke rechten en verantwoordelijkheden heeft de spermadonor ten opzichte van het met zijn zaad ontstane kind? En hoe zit het met de stelplicht- en bewijslastverdeling inzake het verwekker- en donorschap? Doordat de spermadonor steeds vaker een rol wil spelen in het leven van het met zijn zaad ontstane kind, is het van belang om te weten welke rechten en verantwoordelijkheden de spermadonor heeft ten opzichte van het met zijn zaad ontstane kind. Ten eerste zal aan de orde komen of de spermadonor het recht heeft om het met zijn zaad ontstane kind te erkennen, en of er een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan plaatsvinden. Vervolgens wordt gekeken of de spermadonor het recht heeft op omgang met het met zijn zaad ontstane kind. Tevens wordt besproken of de spermadonor een onderhoudsplicht heeft jegens het met zijn zaad ontstane kind. Tot slot komt nog het erfrecht aan bod.

3.2 Erkenning

Het is mogelijk dat een spermadonor meer invulling wil geven aan zijn vaderschap en dat hij daarom juridisch vader van het kind wil worden. Wanneer er sprake is van juridisch vaderschap zijn er veel meer rechten en plichten verbonden aan dit vaderschap, dan wanneer hij enkel de biologische vader is. Zo is het dan mogelijk voor de spermadonor om gezag over het kind te krijgen en het kind zijn naam te geven.²⁷ Om als spermadonor juridisch vader van het kind te worden dient hij het kind te erkennen. Op grond van artikel 1:199 sub c BW is namelijk de man die het kind heeft erkend juridisch vader. Er is door de wetgever gekozen voor de fictie van vaderschap, want de erkenner hoeft niet de biologische vader van het kind te zijn.²⁸ Indien de moeder toestemming geeft aan de donor om het kind te erkennen, is er geen enkel probleem. Echter, indien de moeder geen toestemming tot erkenning wenst te geven wordt het voor de donor lastig. Indien het kind de leeftijd van zestien jaar nog niet heeft bereikt, en de moeder weigert om toestemming voor erkenning te geven, kan deze toestemming door de rechtbank worden vervangen op grond van artikel 1:204 lid 3 BW. Dit was voor de inwerkingtreding van

²⁷ Van Raak-Kuiper, *FJR* 2008/96, p. 3.

²⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 229.

de Wet lesbisch ouderschap alleen mogelijk wanneer de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en tevens dient de man de verwekker van het kind te zijn. Het is niet vereist dat er tussen de verwekker die wil erkennen en het kind 'family life' als bedoeld in artikel 8 EVRM bestaat.²⁹ Door de rechter dient een afweging plaats te vinden van aan de ene kant het belang en de aanspraak van de man op erkenning en aan de andere kant de belangen van de moeder en van het kind bij niet-erkenning. Zoals we in het vorige hoofdstuk hebben gezien wordt onder 'verwekker' niet tevens 'donor' verstaan. Omdat de donor geen verwekker is, lag de mogelijkheid van vervangende toestemming voor de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap, volgens de wet voor hem niet open. De Hoge Raad heeft echter in 2003 een uitspraak gedaan waarin een spermadonor wel ontvankelijk werd verklaard in zijn verzoek tot vervangende toestemming. De Hoge Raad achtte het onjuist dat een louter biologische vader (donor) om die reden niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek om vervangende toestemming.³⁰ Indien de donor family life in de zin van artikel 8 EVRM kan aantonen dient aan het bestaan van family life betekenis te worden toegekend. In casu werd het verzoek tot vervangende toestemming door de Hoge Raad ontvankelijk verklaard, maar de toestemming werd niet verleend omdat de moeder een te respecteren belang had bij haar weigering. De rechtspraak gaf voor de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap dus wel de mogelijkheid voor een bekende donor om vervangende toestemming te vragen. Van belang is wel dat de donor aan kon tonen dat er sprake was van family life. Sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap kan de spermadonor evenals de verwekker op grond van artikel 1:204 lid 3 BW vragen om vervangende toestemming. Naast de verwekker van het kind kan nu ook 'de biologische vader die niet de verwekker (spermadonor) is en die tevens in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind' vragen om vervangende toestemming voor erkenning.³¹ In paragraaf 4.5.3 wordt deze wetswijziging uitgebreid besproken.

3.3 Gerechtelijke vaststelling ouderschap

Op grond van artikel 1:207 BW kan het ouderschap gerechtelijk worden vastgesteld. Dit is ook mogelijk indien deze persoon inmiddels is overleden. De gerechtelijke vaststelling geldt sinds 1 april 1998 en kan worden gezien als laatste middel om een familierechtelijke betrekking tussen de verwekker of de instemmende levensgezel en het kind tot stand te brengen indien de deze persoon daartoe zelf niet bereid is.³² Een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het

²⁹ HR 16 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0032.

³⁰ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205.

³¹ Stb. 2013, 480.

³² Van Raak-Kuiper, *FJR* 2008/96, p. 4.

ouderschap kan worden gedaan door het kind en door de moeder zolang het kind nog niet de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, artikel 1:207 lid 1 sub a en b BW. Voor gerechtelijke vaststelling van het ouderschap is op grond van artikel 1:207 lid 1 BW vereist dat deze persoon de verwekker van het kind is dan wel als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Enkel het verwekkerschap is voldoende, waarbij de aard van de relatie met de moeder of het kind niet belangrijk is. Het is niet vereist dat er family life bestaat tussen de moeder en de verwekker of tussen het kind en diens verwekker.³³ Bij het instemmingsvereiste moet men denken aan de partner van de moeder die instemt met kunstmatige bevruchting. In het geval van instemming van de levensgezel met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad, geldt wel dat er een nauwe persoonlijke betrekking dient te bestaan of hebben bestaan tussen de moeder en de levensgezel.³⁴ Van de donor kan dan ook geen gerechtelijke vaststelling plaatsvinden. De donor is namelijk niet de verwekker en daarnaast ook geen instemmende levensgezel.³⁵ De verwekker zelf kan niet vragen om gerechtelijke vaststelling.³⁶

3.4 Omgangsrecht

Het kind heeft recht op omgang met zijn ouders en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. Dit recht staat beschreven in artikel 1:377a lid 1 BW en is gebaseerd op het recht op eerbiediging van het gezinsleven van artikel 8 EVRM. Daarnaast staat het recht ook beschreven in artikel 9 lid 3 en artikel 37 onder c Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Onder 'omgang' kan onder andere worden verstaan: bezoekcontact, schriftelijk contact, telefonisch contact of e-mailcontact.³⁷ Het recht op omgang, zoals het wordt beschreven in artikel 1:377a lid 1 BW moet worden gezien als een wederzijds recht van zowel ouder als kind. Dit omgangsrecht geldt voor iedere juridische ouder. Voor de ouder die met het gezag is belast heeft de wetgever niet uitdrukkelijk in de wet het omgangsrecht opgenomen. Het recht op omgang van de ouder die met het gezag is belast kan worden ontleend aan de gezagsverhouding die tussen de ouder en het kind bestaat. Indien de gezagsouders een conflict hebben over de omgang, kunnen ze een beroep doen op artikel 1:253a BW. De gezagsouders kunnen op grond van dit artikel de rechtbank verzoeken een regeling vast te stellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze regeling kan dan een toedeling aan ieder van de ouders van de zorg- en opvoedingstaken inhouden. Het recht op omgang van de niet met het gezag belaste ouder staat in artikel 1:377a lid 1 BW vastgelegd. De niet met het gezag belaste ouder heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind.

³³ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 247.

³⁴ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 249.

³⁵ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24649, nr. 3, p. 8. (MvT).

³⁶ Doek & Vlaardingerbroek 2009, p. 77.

³⁷ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 460.

Naast het recht van het kind op omgang met zijn juridische ouders, heeft eenieder die met het kind in een nauwe persoonlijke betrekking staat of heeft gestaan, zodat gesproken kan worden van 'family life' in de zin van artikel 8 EVRM, het recht op omgang met het kind.³⁸ Hier kan de verwekker, de grootouders of de spermadonor een beroep op doen wil hij/zij een recht op omgang verwezenlijken.³⁹ Zij moeten dan aantonen dat er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking. In het EVRM wordt gesproken van 'family life'.

Een belangrijke uitspraak die betrekking heeft op het feit wanneer sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking is het arrest *Lebbink v. The Netherlands*.⁴⁰ In deze zaak heeft het Hof geoordeeld dat enkel het feit dat er sprake is van een biologisch verwantschap zonder enige verdere band van juridische of feitelijke aard, waardoor een nauwe persoonlijke betrekking aannemelijk is, onvoldoende is om te kunnen spreken van 'family life'. In casu waren echter factoren aanwezig die aangaven dat de relatie van de vader/verwekker met zijn kind voldoende bestendigheid en wezenlijkheid had om familiebanden te creëren, waardoor de vader bescherming genoot van artikel 8 EVRM.⁴¹ Er had namelijk een relatie bestaan tussen medio 1993 en augustus 1996, en binnen deze relatie is het kind geboren. De vader was ook aanwezig geweest bij de geboorte en is regelmatig op bezoek geweest ten tijde van de relatie. Hij had daarnaast af en toe de luier van het kind verschoond, een enkele keer op het kind gepast en telefonische contacten gehad met de moeder over de gehoorproblemen van het kind.⁴²

Indien de spermadonor recht op omgang wil met het door zijn zaad ontstane kind, dient hij aan te tonen dat er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking. De HR heeft in 1990 al reeds geoordeeld dat een spermadonor niet op grond van het feit dat hij enkel de biologische vader is een omgangsregeling afdwingen met het kind dat met zijn zaad is verwekt. Artikel 1:377a BW of het oude artikel 1:377f BW bestond toen nog niet, maar de HR oordeelde dat door spermadonorschap geen gezinsleven als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM ontstaat.⁴³

Een voor de ontwikkeling van het recht belangrijke zaak waarin de HR een oordeel moest vellen over het omgangsrecht van de spermadonor heeft zich in 2007 voor de Hoge Raad voorgedaan.⁴⁴ In deze zaak was een geschil ontstaan tussen de moeder van een door kunstmatige inseminatie verwekt minderjarig kind en de spermadonor (een bekende van de moeder). De spermadonor had namelijk een verzoek tot omgang met het kind gedaan. Partijen spraken af dat de man een rol zou spelen in het leven van het kind maar hadden geen duidelijke afspraken gemaakt over een concrete invulling van deze rol. Tijdens de zwangerschap bleken partijen het toch niet eens te zijn over de invulling van deze rol, waarop de man te kennen gaf dat hij niets meer met haar of

³⁸ Doek en Vlaardingerbroek 2009, p. 173.

³⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 461.

⁴⁰ EHRM 1 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ0337 (*Lebbink/The Netherlands*).

⁴¹ Mulders, *FJR* 2011/73.

⁴² EHRM 1 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ0337 (*Lebbink/The Netherlands*).

⁴³ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:AD1018.

⁴⁴ HR 30 november 2007, ECLI:NL:2007:BB9094.

de zwangerschap te maken wilde hebben. Een paar maanden later is de man hier echter op teruggekomen en heeft aangegeven dat hij zich neer zou leggen bij de wensen van de moeder. Hier is door de vrouw vervolgens nooit op gereageerd. Ook heeft de man de moeder nog een kaartje gestuurd om haar sterkte te wensen met de bevalling en heeft iedere dag in de krant gekeken of het kind inmiddels was geboren. Partijen zijn elkaar na de geboorte nog een enkele keer tegengekomen, maar er is verder geen contact geweest.

De donor gaf aan dat hij recht had op omgang met het kind doordat er sprake was van een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in het toen geldende artikel 1:377f BW (thans artikel 1:377a BW). Het Hof heeft voorop gesteld dat weliswaar vaststaat dat de man de biologische vader van de dochter is, maar dat dit enkele feit niet zonder meer meebrengt dat hij in een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in het oude artikel 1:377f BW tot de dochter staat. Om een dergelijke band te kunnen aannemen dienen door de man bijkomende omstandigheden aannemelijk te worden gemaakt. In casu was sprake van de volgende bijkomende omstandigheden:

- (I) de donor was niet een willekeurige donor maar was door de moeder bewust gekozen als de vader voor haar kind;
- (II) de man had ook bewust gekozen voor de moeder als de moeder van zijn kind;
- (III) partijen hadden ten tijde van de bevruchting een hecht contact en hadden ook voornemens dit contact na de bevalling voort te zetten;
- (IV) partijen voorzagen beiden een functie van de man in het leven van de dochter; en
- (V) het was de bedoeling dat de man het kind zou gaan erkennen.

Daarnaast had de man door de jaren heen de wens geuit tot omgang met de dochter. Het Hof was dan ook van oordeel dat vóór de geboorte van de dochter tussen de donor en het kind een nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan. Het Hof concludeerde daarnaast dat de omstandigheid dat het contact tussen de moeder en de donor reeds voor de geboorte van de dochter was verbroken en dat nadien nauwelijks contact tussen de man en de dochter heeft plaatsgevonden, niet het gevolg had dat die nauwe persoonlijke betrekking met de dochter is verbroken.⁴⁵ De Hoge Raad ging met het Hof mee en de donor werd dan ook ontvankelijk geacht in zijn verzoek om omgang.

Belangrijk is dus voor de spermadonor om bijkomende omstandigheden te stellen waaruit voortvloeit dat er tussen hem en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als een nauwe persoonlijke betrekking in de zin van artikel 1:377a BW.⁴⁶ Uit deze jurisprudentie blijkt dat weinig gewicht dient te worden toegekend aan het feit dat de donor geen contact heeft gehad

⁴⁵ HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9094.

⁴⁶ Nuytinck, AA 20080133.

met het kind. Naar mijn mening wordt ‘family life’ dan ook al redelijk snel aangenomen, al is hier over te discussiëren. De omstandigheden dat de donor en de moeder elkaar bewust hadden gekozen en dat ze voor de bevruchting regelmatig contact hadden, lijken mij erg normale omstandigheden wanneer men kiest voor donorschap. Echter, de omstandigheden dat er was afgesproken dat de donor een rol zou blijven spelen in het leven van het kind en dat de donor zelfs het kind zou erkennen zijn belangrijke en concrete omstandigheden die het aanvaarden van ‘family life’ in mijn ogen rechtvaardigen. Per geval dient gekeken te worden of sprake is van bijkomende omstandigheden en verder zijn er geen strikte eisen door de Hoge Raad gesteld. Dat ‘family life’ redelijk snel wordt aangenomen geeft alleen aan dat het verzoek ontvankelijk wordt geacht, maar zegt verder nog niets over het feit of het verzoek toewijsbaar is of niet. De toewijsbaarheid is namelijk de volgende stap na de ontvankelijkheid.

Een soortgelijke zaak heeft zich in november 2012 voor de Hoge Raad voorgedaan.⁴⁷ Het ging hier tevens om een verzoek van de spermadonor tot vaststelling van een omgangsregeling. Het draaide in deze zaak om de vraag of de biologische vader voldoende ‘bijkomende omstandigheden’ heeft gesteld en aannemelijk gemaakt waaruit kan worden afgeleid dat de nauwe persoonlijke betrekking tussen hem en het kind bestaat. De Hoge Raad geeft in dit arrest aan dat die bijkomende omstandigheden moeten zijn gelegen in de aard van de relatie van de biologische vader met de moeder en in zijn betrokkenheid bij het kind voor en na de geboorte, hetzij in de band die na de geboorte tussen hem als vader en het kind is ontstaan. In deze zaak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er onvoldoende omstandigheden aanwezig waren om een nauwe persoonlijke betrekking vast te stellen.

3.5 Onderhoudsplicht

Ouders zijn op grond van artikel 1:404 lid 1 BW, verplicht om naar draagkracht te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen. Of er sprake is van een familierechtelijke betrekking tussen de ouder en het kind is niet van belang.⁴⁸ De plicht om te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind bestaat ook voor de verwekker alsmede de persoon die als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Deze plicht staat vermeld in artikel 1:394 BW. Bij de levensgezel die heeft ingestemd met de daad kan er gedacht worden aan instemming van de levensgezel van de moeder met kunstmatige inseminatie, in-vitrofertilisatie of verwekking door een andere man.⁴⁹ Voor de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap werd in artikel 1:394 BW gesproken van: ‘de man die als levensgezel van de moeder’. De duomoeder viel als het ware buiten het bereik van het artikel, want er wordt niet gesproken van ‘de vrouw die als

⁴⁷ HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5798.

⁴⁸ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 505.

⁴⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 510.

levensgezel'. In 2001 heeft de Hoge Raad dan ook geoordeeld dat de zinsnede in artikel 1:394 BW geen betrekking heeft op de vrouw, maar op enkel de man. Geconcludeerd werd dan ook dat de duomoeder niet verplicht is tot het verstrekken van levensonderhoud.⁵⁰ Door de rechtbank Breda werd hier echter in 2009 verandering in gebracht en de duomoeder werd onderhoudsplichtig gesteld. De rechtbank had geconstateerd dat de maatschappelijke opvattingen en de uitgangspunten in de nationale wetgeving zich op een zodanige manier hebben ontwikkeld, dat er sprake dient te zijn van een zo gelijk mogelijke behandeling van alle samenlevingsvormen en de daaruit geboren kinderen.⁵¹ Zo is het onder andere mogelijk dat personen van hetzelfde geslacht een kind adopteren of gezamenlijk gezag uitoefenen over een kind en hierdoor beiden onderhoudsplichtig zijn. Daarnaast zijn sinds 1 april 2014 enkele verschillen tussen het geregistreerd partnerschap en het huwelijk opgeheven. De man die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de moeder een geregistreerd partnerschap heeft, is evenals de man die op het tijdstip van de geboorte met de moeder is gehuwd, juridisch vader van het kind.⁵² Naar mijn mening is het dan ook vanzelfsprekend dat de rechtbank Breda deze conclusie heeft getrokken. Gezien de huidige ontwikkelingen en opvattingen in de maatschappij is het 'normaal' dat ook de vriendin van de moeder die het kind heeft gebaard, onderhoudsplichtig kan worden gesteld. Personen van hetzelfde geslacht dienen op dit front gelijk gesteld te worden met personen van verschillend geslacht. Op 1 april 2014 is de wetgeving hier op aangepast en is in artikel 1:394 BW het woord 'man' vervangen door het woord 'persoon', waardoor zowel de man als de vrouw die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, onderhoudsplichtig kan worden gesteld. In paragraaf 4.5.4 wordt deze wetswijziging uitgebreid besproken.

Naast de persoon die als levensgezel heeft ingestemd is ook de verwekker onderhoudsplichtig op grond van artikel 1:394 BW. In het artikel wordt gesproken van 'de verwekker van een kind'. Zoals in hoofdstuk 2 vermeld betreft het de man die samen met de moeder op natuurlijke wijze het kind heeft laten ontstaan. Deze onderhoudsverplichting van de verwekker geldt slechts indien het kind alleen een moeder heeft. Onder 'verwekker' wordt over het algemeen niet verstaan de man die als donor zijn sperma heeft afgestaan ten behoeve van kunstmatige bevruchting met het oogmerk van donorschap.⁵³ De donor is namelijk wel de biologische vader van het kind maar niet de verwekker. Op grond van de letter van de wet is de donor dan ook niet onderhoudsplichtig jegens het kind. De rechtbank Zutphen heeft echter een uitzondering

⁵⁰ HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598.

⁵¹ Rechtbank Breda 19 november 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BM7254.

⁵² Stb. 2013, 486.

⁵³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649 nr. 3, p. 8.

gemaakt wanneer het een bekende donor met ‘family life’ betreft.⁵⁴ In deze zaak had de vrouw in een echtscheidingsprocedure om kinderalimentatie gevraagd aan de man die de biologische vader van het kind is. De man is de biologische vader, maar hij is slechts de spermadonor en niet de verwekker. Op dat moment had de vrouw een relatie met een andere vrouw. Na het beëindigen van de relatie met de vrouw is de moeder van het kind getrouwd met de biologische vader (spermadonor) van het kind. Na enkele jaren strand dit huwelijk. Doordat de man enkel de biologische vader van het kind is en niet de ‘verwekker’, is het niet mogelijk voor de vrouw om een rechtstreekse aanspraak op kinderalimentatie op grond van artikel 1:394 BW te doen. De rechtbank oordeelde echter dat onder omstandigheden een uitbreiding van de kring van onderhoudsplichtigen mogelijk is. Indien tussen het kind en de biologische vader ‘family life’ als bedoeld in artikel 8 EVRM bestaat, kan de regel van artikel 1:394 BW worden doorbroken voor zover artikel 8 EVRM dat eist. In deze zaak stelde de rechtbank de man onderhoudsplichtig. Door de samenwoning en het huwelijk van de man met de vrouw was een nieuwe situatie ontstaan. De man was biologische ouder met family life en stiefouder geworden. Daarnaast heeft de man gedurende een tijd een deel van de zorg voor het kind op zich genomen.

3.5.1 Stelplicht- en bewijslastverdeling inzake het verwekker- en donorschap

Voor de donor is het niet altijd even gemakkelijk om aan te tonen dat hij niet de verwekker is, maar ‘slechts’ de spermadonor. Kan hij dit namelijk niet aantonen is het mogelijk dat de moeder van het kind de spermadonor om een onderhoudsverplichting vraagt en dit ook door de rechter wordt toegekend.

In een zaak waarin de Hoge Raad in 2009 heeft beslist, heeft een vrouw op de voet van artikel 1:394 BW verzocht om te bepalen dat de man aan haar een bijdrage zal betalen in de kosten van verzorging en opvoeding van haar dochter. De vrouw stelde dat zij met de man een relatie zou hebben gehad en ook gemeenschap waaruit een meisje is geboren. De man voerde aan dat hij niet de verwekker is in de zin van artikel 1:394 BW en dat hij geen gemeenschap heeft gehad met de vrouw, maar dat hij enkel de biologische vader van het meisje kan zijn door middel van spermadonorschap. De HR stelde dat als de man gemotiveerd heeft betwist de verwekker te zijn, dan zal de moeder moeten bewijzen dat de man de verwekker is en niet slechts de donor, bijvoorbeeld door DNA-onderzoek. Wanneer uit de bewijzen van de vrouw met voldoende zekerheid blijkt dat de man de biologische vader is, moet worden aangenomen dat hij tevens de verwekker van het kind is behoudens door hem te leveren tegenbewijs.⁵⁵ De biologische vader wordt dan ook vermoed tevens de verwekker te zijn behoudens tegenbewijs. Dit betekent voor de spermadonor dat hij, in geval van betwisting door de vrouw dat hij alleen de biologische

⁵⁴ Rechtbank Zutphen 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX3557, zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4575.

⁵⁵ HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2250.

vader is en niet de verwekker, aannemelijk dient te maken dat hij wel degelijk alleen de biologische vader is en niet de verwekker. Een manier voor de donor om dit aannemelijk te maken is het laten zien van het donorcontract indien deze is opgesteld door partijen.⁵⁶ Wanneer er echter geen donorcontract of iets dergelijks is opgesteld is dit een moeilijke kwestie voor de donor.

Hieruit blijkt dat het zeer belangrijk is dat een spermadonor in een contract laat opnemen dat hij enkel de spermadonor/biologische vader is en niet de verwekker. Van belang is ook dat de spermadonor het op schrift laat stellen en het niet enkel mondeling overeenkomt. In bovenstaande geschetste casus werd bestreden dat er sprake was van een donorovereenkomst. Om een dergelijke discussie te voorkomen beveel ik dan ook aan om de gang naar de notaris te maken om een authentieke akte te laten opstellen. Bovenstaande casus zou waarschijnlijk een andere uitkomst hebben gehad indien de donorovereenkomst in de vorm van een notariële akte was gegoten.

3.6 Erfrecht

Een spermadonor is enkel de biologische vader van het met zijn zaad ontstane kind. Het met zijn zaad verwekte kind kan dan ook niet in zijn nalatenschap delen. Doordat er geen enkele juridische band met het kind bestaat is het kind ook niet aan te merken als erfgenaam.⁵⁷ Ook geldt dit voor een verwekker indien hij zijn kind niet heeft erkend. Er dienen namelijk eerst juridische banden te worden gevestigd wil het kind erfgenaam worden. Dit geldt niet in het geval het kind als testamentair erfgenaam door de donor is aangewezen.

Een belangrijk achterliggende gedachte voor kinderen om het ouderschap gerechtelijk vast te stellen, is het feit om te kunnen erven van hun biologische ouder. Wanneer er sprake is van een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap, heeft dit tot gevolg dat het kind erfgenaam wordt met terugwerkende kracht.

3.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de juridische positie van de bekende spermadonor. Wil de spermadonor een grote rol spelen in het leven van zijn kind kan hij het kind erkennen. Indien de moeder toestemming geeft aan de donor om het kind te erkennen, is er geen enkel probleem. Dit wordt echter anders indien de moeder geen toestemming tot erkenning geeft. Vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap had de spermadonor enkel de mogelijkheid om op grond van de jurisprudentie te vragen om vervangende toestemming voor erkenning. Sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap kan de spermadonor dit ook vragen

⁵⁶ Nuytinck, AA 20090561.

⁵⁷ Van Raak-Kuiper, FJR 2008/96, p. 5.

op grond van artikel 1:204 lid 3 BW. Indien de spermadonor recht op omgang wil met het door zijn zaad ontstane kind, dient hij aan te tonen dat er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking. Hij dient wel bijkomende omstandigheden te stellen waaruit voortvloeit dat er tussen hem en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als een nauwe persoonlijke betrekking in de zin van artikel 1:377a BW. Deze bijkomende omstandigheden moeten zijn gelegen in de aard van de relatie van de biologische vader met de moeder en in zijn betrokkenheid bij het kind voor en na de geboorte, hetzij in de band die na de geboorte tussen hem als vader en het kind is ontstaan.

Daarnaast geldt de onderhoudsplicht van artikel 1:394 BW niet voor de spermadonor. Van belang is dat de spermadonor bewijs kan aandragen dat hij 'slechts' de donor is en niet de verwekker, zodat hij door de moeder van het kind niet onderhoudsplichtig kan worden gesteld. Dit bewijs kan bestaan uit een donorcontract. Tevens kan het ouderschap van een spermadonor niet gerechtelijk worden vastgesteld. Tot slot kan een kind dat is verwekt met het zaad van een spermadonor niet in de nalatenschap van de spermadonor delen aangezien er geen juridische band bestaat tussen de donor en het kind.

In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 4) zal worden ingegaan op de Wet lesbisch ouderschap en de wijzigingen die deze wet met zich meebrengt.

4.1 Inleiding

De Wet lesbisch ouderschap is op 1 april 2014 in werking getreden.⁵⁸ Aan de totstandkoming van deze wet is een lang traject vooraf gegaan. Er zal dan ook eerst worden ingegaan op de aanleiding van de Wet lesbisch ouderschap. Gekeken wordt welke wijzigingen in de wetgeving hieraan vooraf zijn gegaan die tevens van belang zijn voor de totstandkoming van de Wet lesbisch ouderschap. Een belangrijk rapport van de Commissie Kalsbeek, het Rapport Lesbisch Ouderschap, dat een grote bijdrage heeft geleverd bij de totstandkoming van de Wet lesbisch ouderschap zal besproken worden. Hierna wordt ingegaan op het doel van de Wet lesbisch ouderschap. Vervolgens zullen de belangrijkste wijzigingen die de Wet lesbisch ouderschap met zich mee brengt besproken worden. Tot slot wordt bekeken of de juridische positie van de spermadonor na invoering van deze wet is verbeterd of juist verslechterd.

4.2 Aanleiding van de Wet lesbisch ouderschap

Nederland streeft al meerdere jaren naar meer gelijkheid tussen de verschillende samenlevingsvormen en families die samen een kind verzorgen en opvoeden. Het is in Nederland sinds 1 januari 1998 mogelijk dat een moeder samen met haar vrouwelijke partner het gezag over een kind heeft.⁵⁹ Per 1 april 2001 is het ook mogelijk dat de moeder samen met haar vrouwelijke partner de juridische ouders zijn van een kind na adoptie.⁶⁰ Indien de duomoeder juridisch ouder van het kind wilde worden, dan was hiervoor altijd een gang naar de rechter vereist.

Op 1 januari 2009 heeft er een wetswijziging plaatsgevonden waardoor het voor de vrouwelijke partner van de geboortemoeder eenvoudiger is om een adoptieprocedure te bewerkstelligen.⁶¹ Door de inwerkingtreding van deze wet is voor de adoptie door de niet-biologische moeder niet langer vereist dat het lesbische paar voorafgaand aan het verzoek enige jaren heeft samengewoond. Daarnaast is het sinds 1 januari 2009 mogelijk dat al voor de geboorte van het kind een verzoek tot adoptie wordt ingediend door de niet-biologische moeder.⁶² Indien dit verzoek wordt toegewezen werkt de adoptie terug tot aan de geboorte. Hiermee worden problemen voorkomen indien de geboortemoeder bijvoorbeeld bij de geboorte van het kind komt te overlijden. Wanneer de adoptie is verzocht binnen zes maanden na de geboorte van het kind, werkt het op grond van artikel 1:230 lid 2 BW, terug tot het tijdstip van de indiening van

⁵⁸ Stb. 2014, 132.

⁵⁹ Stb. 1998, 506.

⁶⁰ Stb. 2001, 10.

⁶¹ Stb. 2008, 425.

⁶² Quik-Schuijt, *NJB* 2013/293.

het verzoek tot adoptie. De terugwerkende kracht kan erfrechtelijke gevolgen hebben. Indien de adoptiemoeder na de indiening van het adoptieverzoek is komen te overlijden en de adoptie reeds vóór de geboorte was verzocht, kan de adoptie toch worden uitgesproken. De adoptie werkt dan vanaf de geboorte van het kind.⁶³ Tevens is in de adoptiewetgeving een onderscheid gemaakt tussen bekende en onbekende donoren. Indien gebruik is gemaakt van kunstmatige donorbevruchting als bedoeld in artikel 1 onder c van de Wdkb en een verklaring kan worden overgelegd aan de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting (hierna Stichting donorgegevens), is toewijzing van het adoptieverzoek uitgangspunt. Afwijzing van het verzoek tot adoptie is, op grond van artikel 1:227 lid 4 BW, behouden in geval de adoptie kennelijk niet in het belang is van het kind. Bovendien dient ook in deze gevallen te worden voldaan aan de voorwaarden van artikel 1:228 lid 1 BW. Indien gebruik is gemaakt van een bekende donor en er geen verklaring van de Stichting donorgegevens kan worden overlegd, dan zal de rechter tijdens de adoptieprocedure moeten toetsen of het kind nog iets te verwachten heeft van de ouder met wie de relatie door de adoptie wordt verbroken.⁶⁴

Om gelijkstelling tussen kinderen van lesbische paren en kinderen van heteroseksuele paren via een versoepeling van de adoptieregeling te bewerkstelligen is veel kritiek geweest, onder andere van de Raad van State.⁶⁵ Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel ter versoepeling van de adoptieregeling voor de vrouwelijke partner van de moeder, heeft de Raad van State in zijn advies aangegeven dat adoptie niet de juiste manier is om gestalte te geven aan het ouderschap van de niet-biologische moeder, maar dat dit eerder moet worden gezocht in een vorm van erkenning.⁶⁶ Naar aanleiding van deze kritiek en de motie van Pechtold⁶⁷ is in mei 2007 de Commissie Kalsbeek ingesteld om te bezien op welke andere wijze dan door adoptie kan worden voorzien in een mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om op eenvoudige wijze ouder te worden van het kind, geboren binnen de relatie van deze vrouw en de moeder.⁶⁸

4.3 Rapport Lesbisch Ouderschap

Bij het opstellen van het rapport Lesbisch Ouderschap heeft de Commissie Kalsbeek twee belangrijke uitgangspunten gehanteerd. Ten eerste is door de Commissie het belang van het kind als uitgangspunt genomen.⁶⁹ Het kind is gebaat bij een stabiele opvoedingssituatie en bij juridische bescherming van de feitelijke gezinssituatie.⁷⁰ De Commissie heeft onderzocht hoe het

⁶³ Jansen 2010, p. 25.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30551, nr. 3 (MvT).

⁶⁵ Vonk & Bos, *F&R* augustus 2012.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30551, nr. 4, p. 3.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2006/07, 30800 VI, nr. 60.

⁶⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 30551, nrs. 8 en 9.

⁶⁹ Commissie Kalsbeek 2007, p. 17.

⁷⁰ Commissie Kalsbeek 2007, p. 9.

belang van een kind, mede gelet op artikel 3 lid 1 IVRK, geboren binnen een relatie van twee vrouwen, optimaal kan worden beschermd.⁷¹ Ten tweede is het beginsel van gelijke behandeling als uitgangspunt genomen.⁷² Dit houdt in dat gelijke gevallen gelijk behandeld dienen te worden.

Voor de Commissie is een gegeven dat aan het huidige afstammingsrecht het (vermoeden van) het biologisch ouderschap ten grondslag ligt. De Commissie heeft gelet op haar opdracht dan ook aansluiting gezocht bij het bestaande juridische systeem. Zij is echter wel van mening dat het sociale ouderschap en het feitelijke 'family life' van twee vrouwen juridische bescherming behoeft. Hierbij zijn de belangen van het kind in aanmerking genomen. De Commissie stelt in het rapport dan ook vast dat het sociale ouderschap naast het vermoeden van biologisch ouderschap een plaats kan krijgen in het afstammingsrecht.⁷³

Gevraagd was aan de Commissie om te bezien op welke andere wijze dan door adoptie de vrouwelijke partner van de moeder ouder kan worden van het kind dat wordt geboren binnen de relatie van deze vrouw met de moeder. Conclusie van de Commissie is dat er twee mogelijkheden zijn, namelijk erkenning door de duomoeder bij niet gehuwde lesbische ouders en het van rechtswege ouder worden van de duomoeder bij gehuwde lesbische ouders. Een andere optie van de Commissie is, indien er sprake is van een huwelijk, de duomoeder niet van rechtswege ouder te laten worden, maar om erkenning staande huwelijk te introduceren.⁷⁴ Dit geeft de ouders de keuzemogelijkheid om de duomoeder dan wel de biologische vader het kind te laten erkennen. De Commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk zijn voor de duomoeder om het kind te erkennen.⁷⁵ Over het ontstaan van het ouderschap van rechtswege indien het lesbische paar gehuwd is, heeft de Commissie zich niet uitgelaten, zij vindt dit een rechtspolitieke keuze die aan de wetgever is.⁷⁶ Tevens adviseert de Commissie om het moederschap van de duomoeder door de moeder en het kind gerechtelijk te laten vaststellen. Hier zou gebruik van kunnen worden gemaakt indien de duomoeder het kind weigert te erkennen, nadat zij samen met de moeder had besloten een gezin te vormen.⁷⁷

Tot slot is de Commissie kort het over achterhalen van de identiteit van de biologische ouder. De Commissie is weliswaar van mening dat kinderen in beginsel recht hebben op status- en afstammingsinformatie, maar tevens ziet de Commissie niet in waarom voor lesbische paren in een verplichting wordt voorzien om de identiteit van de biologische vader te laten vastleggen en

⁷¹ Commissie Kalsbeek 2007, p. 17.

⁷² Commissie Kalsbeek 2007, p. 17.

⁷³ Commissie Kalsbeek 2007, p. 20.

⁷⁴ Commissie Kalsbeek 2007, p. 9.

⁷⁵ Commissie Kalsbeek 2007, p. 27.

⁷⁶ Commissie Kalsbeek 2007, p. 27.

⁷⁷ Commissie Kalsbeek, 2007, p. 30.

voor heteroseksuele paren niet. Of het wenselijk en zowel uitvoerbaar is om alle juridische ouders die niet tevens biologische ouder zijn van het kind, te verplichten om het kind te informeren over de wijze van verwekking en de identiteit van biologische vader, valt buiten de reikwijdte van de opdracht van de Commissie.⁷⁸

Op het onderzoek van de Commissie Kalsbeek heeft de Minister gereageerd met het idee dat er nader onderzoek moest worden gedaan naar de juridische positie van de bekende spermadonor met 'family life'. Dit onderzoek is verricht door Forder en resulteerde in het rapport 'Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder'.⁷⁹

4.4 Doel van de Wet lesbisch ouderschap

Op 1 april 2014 is uiteindelijk de Wet lesbisch ouderschap in werking getreden. Door middel van de Wet lesbisch ouderschap wordt de positie van kinderen geboren in lesbische relaties zo veel mogelijk in overeenstemming gebracht met die van kinderen geboren in heteroseksuele relaties.⁸⁰ Voor de vrouwelijke echtgenote van de moeder wordt het mogelijk om juridisch ouder van het kind te worden zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure is vereist. Naast (het vermoeden van) het biologische ouderschap wordt het sociale ouderschap als grond geïntroduceerd voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen. Op deze manier wordt het recht in overeenstemming gebracht met de verzorgings- en opvoedingssituatie van het kind. Feit blijft dat een kind niet meer dan twee juridische ouders kan hebben. De wet voorziet niet in een regeling betreft het van rechtswege ontstaan van ouderschap van twee mannen, omdat een kind niet geboren kan worden in een relatie van twee mannen. Het Nederlandse afstammingsrecht is namelijk zo ingericht dat de vrouw uit wie het kind wordt geboren de juridische moeder is. Dit houdt in dat een kind altijd binnen de relatie van een moeder wordt geboren (indien zij een relatie heeft) en een kind nooit binnen een relatie van twee mannen kan worden geboren.⁸¹ Als twee mannen samen het ouderschap over een kind wensen uit te oefenen, dienen daartoe eerst de familierechtelijke betrekkingen tussen de moeder het kind te worden doorbroken.⁸²

4.5 De wijzigingen

De Wet lesbisch ouderschap heeft de volgende wijzigingen in het afstammingsrecht met zich meegebracht:

- het moederschap van de duomoeder ontstaat op grond van artikel 1:198 lid 1 sub b BW van rechtswege als de duomoeder is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan met de moeder van het kind en indien dit kind is verwekt door kunstmatige

⁷⁸ Commissie Kalsbeek 2007, p. 29 + 30.

⁷⁹ Forder 2009.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 1.

⁸¹ Vonk & Bos, *F&R* augustus 2012, p. 1.

⁸² *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 2.

donorbevruchting als bedoeld in artikel 1 onder c, sub 1 Wdkb en de identiteit van deze donor onbekend is aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden;

- in alle andere gevallen kan de duomoeder het kind erkennen. Dit staat in artikel 1:198 lid 1 sub c BW;
- de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning wordt uitgebreid tot de zaaddonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind. Dit recht van de zaaddonor staat in artikel 1:204 lid 4 BW;
- de duomoeder die als levensgezel heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, wordt gelijk gesteld aan de mannelijke levensgezel. Dit betekent dat:
 - a. het moederschap van deze duomoeder gerechtelijk kan worden vastgesteld op grond van artikel 1:207 BW; en
 - b. zij alimentatieplichtig is jegens het kind op grond van artikel 1:394 en 1:395b BW.⁸³

De wijzigingen zullen hierna per situatie aan bod komen.

4.5.1 Duomoeder van rechtswege

Het duomoederschap ontstaat van rechtswege indien er sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap en de moeder voor het ontstaan van de zwangerschap gebruik heeft gemaakt van een zaaddonor in de zin van artikel 1 onder c sub 1 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. De identiteit van de spermadonor dient, althans bij de moeder(s), onbekend te zijn. Aan de Stichting donorgegevens dient een verklaring te worden overgelegd waaruit blijkt dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorbevruchting heeft plaatsgevonden onbekend is. Deze verklaring dient te worden overlegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand wanneer er aangifte wordt gedaan van de geboorte van het kind. Dit werkt vervolgens terug tot aan de geboorte van het kind. Dit staat opgenomen in artikel 1:198 sub b BW.

Uit het feit dat gebruik is gemaakt van een onbekende spermadonor blijkt voorts dat er voor is gekozen dat de spermadonor/biologische vader geen rol zal spelen in de verzorging en opvoeding van het kind. Doordat er sprake is van een duurzaam verband tussen de moeders en tevens de spermadonor onbekend is, wordt het ontstaan van het ouderschap van de duomoeder van rechtswege gerechtvaardigd.⁸⁴ Omdat het juridisch ouderschap van de duomoeder van rechtswege ontstaat is een gang naar de rechter niet meer nodig.

⁸³ Stb. 2013, 480.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 7.

In het Burgerlijk Wetboek is een nieuw artikel opgenomen (artikel 1:202a BW), waardoor het mogelijk is dat het moederschap dat van rechtswege is ontstaan bij de duomoeder, wordt ontkend. Deze ontkenning kan worden gedaan door zowel de moeder die het kind heeft gebaard, door de duomoeder en ook door het kind zelf. Indien de duomoeder of de moeder die het kind heeft gebaard het moederschap wilt ontkennen staan in het artikel extra eisen waar aan voldaan dient te worden.

4.5.2 Erkenning door de duomoeder

In de gevallen dat het juridisch ouderschap bij de duomoeder niet van rechtswege ontstaat, kan de duomoeder het kind erkennen. In artikel 1:198 lid 1 sub c BW is opgenomen dat moeder van het kind de vrouw is die het kind heeft erkend.⁸⁵ De duomoeder dient het kind te erkennen indien er sprake is van een van de volgende situaties:

- het ongehuwde duomoedergezin heeft gebruik gemaakt van een onbekende spermadonor;
- het duo-moedergezin heeft gebruikt gemaakt van een bekende spermadonor, ongeacht of deze spermadonor ouderschapsintenties heeft of juist niet.

Ten opzichte van het ouderschap van rechtswege biedt de erkenning het voordeel van een keuzemogelijkheid. Naast de duomoeder kan namelijk ook de spermadonor het kind erkennen. Indien de geboortemoeder toestemming geeft aan de spermadonor om het kind te erkennen wordt de spermadonor op grond van artikel 1:199 sub c BW juridisch vader van het kind. Indien de geboortemoeder weigert toestemming tot erkenning te verlenen aan de spermadonor, kan de spermadonor vervangende toestemming voor erkenning vragen op grond van artikel 1:204 lid 3 BW.

De keuzemogelijkheid houdt in dat de moeder, de duomoeder en de biologische vader een keuze dienen te maken wie de tweede juridische ouder van het kind gaat worden. De duomoeder besluit in beginsel wie de tweede juridische ouder wordt van het kind: de bekende spermadonor of de duomoeder. Indien hier een conflict over bestaat tussen partijen kan er de gang naar de rechter worden gemaakt. Geeft de geboortemoeder toestemming om te erkennen aan de duomoeder, terwijl de bekende spermadonor met een nauwe persoonlijke betrekking wilde erkennen, dan kan hij de vernietiging van erkenning vragen.⁸⁶ Indien de bekende spermadonor redelijkerwijs niet het kind heeft kunnen erkennen, kan de erkenning gedaan door een derde (de duomoeder) worden vernietigd. Dit kan worden vernietigd indien de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de bekende spermadonor bij de erkenning en de daar tegenoverstaande belangen van de moeder, niet in redelijkheid tot het verlenen van

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 8.

⁸⁶ HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386.

toestemming aan de andere vrouw heeft kunnen komen.⁸⁷ Geldt dit ook voor de duomoeder indien de geboortemoeder al toestemming voor erkenning aan de bekende spermadonor heeft gegeven? Artikel 1:205 BW biedt geen grond voor vernietiging van erkenning gedaan door een biologische vader. Een bekende spermadonor is immers de biologische vader.⁸⁸ Echter heeft een rechtbank wel degelijk een erkenning die gedaan is door een biologische vader aangetast op grond van artikel 3:44 BW. Er werd daar aangevoerd dat de rechtshandeling van het toestemming tot erkenning geven van de moeder aan de biologische vader door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen.⁸⁹ Naar mijn mening zou duomoeder ook een beroep kunnen doen op artikel 3:44 BW wanneer tegen de afspraken in toestemming tot erkenning is gegeven aan de bekende spermadonor.

De rechtspositie van de duomoeder verschilt dus naar gelang van de vraag of er gebruik is gemaakt van een bekende dan wel van een onbekende spermadonor. Haar positie is duidelijk sterker in geval er gebruik is gemaakt van een onbekende spermadonor. Bij gebruik van een onbekende spermadonor heeft de duomoeder geen vrees voor inmenging van de spermadonor in het familieleven van de duomoeders. Om enig inzicht te krijgen in het feit of er door de duomoeders meer gebruik wordt gemaakt van een onbekende spermadonor dan wel van een bekende spermadonor, zou het mijn inziens een goed idee zijn om dit te monitoren. Na verloop van tijd kan dan ook daadwerkelijk worden geconstateerd of het gebruik van een onbekende spermadonor is toegenomen bij duomoeders.

Wanneer door de gehuwde duomoeders of duomoeders die een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan, gebruik is gemaakt van een bekende spermadonor, wordt de niet-biologische ouder op grond van artikel 1:198 BW, niet van rechtswege juridisch ouder. Om bij een gehuwd lesbisch stel of een lesbisch stel dat met elkaar een geregistreerd partnerschap is aangegaan geen onderscheid te maken tussen een bekende en onbekende spermadonor, zou kunnen worden overwogen dat de verklaring waarin de bekende donor stelt geen rol als ouder op zich te willen nemen, gelijk te stellen aan de verklaring van de Stichting donorgegevens zoals bedoeld in artikel 1:198 sub b BW. Een dergelijke verklaring zou door de bekende spermadonor kunnen worden afgegeven indien er zich geen enkel conflict voordoet tussen partijen en er duidelijk is afgesproken dat de bekende spermadonor geen rol als ouder op zich zal gaan nemen.⁹⁰ Ik ben van mening dat dit een goede oplossing is om het onderscheid bij een huwelijk

⁸⁷ Rechtbank Gelderland 17 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:985.

⁸⁸ Vonk, *REP* mei 2014.

⁸⁹ Rechtbank Gelderland, 27 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6429.

⁹⁰ Vonk & Bos, *F&R* augustus 2012.

of geregistreerd partnerschap van een lesbisch stel, indien gebruik is gemaakt van een onbekende of bekende spermadonor op te heffen.

4.5.3 Vervangende toestemming voor erkenning door de zaaddonor

De bekende spermadonor die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat, heeft sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap, op grond van artikel 1:204 lid 3 BW, het recht om aan de rechter een verzoek te doen om vervangende toestemming voor erkenning. Doordat de spermadonor om vervangende toestemming tot erkenning aan de rechter kan verzoeken wordt de positie van de spermadonor versterkt.

Zoals in hoofdstuk 3.2 aan bod is gekomen is er vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap een spermadonor met ‘family life’ ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot vervangende toestemming. De HR verleende in casu echter geen toestemming omdat de moeder een te respecteren belang had bij haar weigering.⁹¹ Sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap is dit recht nu ook wettelijk geregeld. Nu de Wet lesbisch ouderschap op 1 april 2014 is ingetreden en artikel 1:204 lid 3 BW is gewijzigd, is niet alleen de rechtsingang maar ook de slagingskans van de verzoeker verbeterd.⁹² Vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap werd een verzoek om vervangende toestemming voor erkenning enkel verleend in geval de moeder geen enkel te respecteren belang had bij haar weigering de toestemming te verlenen.⁹³ Vervangende toestemming door de rechtbank werd dan ook nauwelijks verleend omdat een moeder altijd wel een te respecteren belang kon aantonen. Indien de spermadonor een verzoek om vervangende toestemming doet, maar de moeder is van plan om het kind met haar vrouwelijke partner op te voeden, zou de moeder immers reeds een te respecteren belang kunnen hebben. Nu de Wet lesbisch ouderschap in werking is getreden kan de toestemming door de rechter op grond van artikel 1:204 lid 3 BW, worden vervangen tenzij ‘de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt’. De belangen van de spermadonor worden hierbij zelfstandig in aanmerking genomen.⁹⁴ Tevens kan de rechter een ruimere toets hanteren dan de toets ‘geen enkel te respecteren belang’.

De duomoeder heeft op grond van artikel 1:204 lid 4 BW de mogelijkheid om te vragen om vervangende toestemming voor erkenning. Op grond van dit artikel kan namelijk ‘de persoon die

⁹¹ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205.

⁹² Forder 2010, p. 108.

⁹³ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 17.

als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad' vragen om vervangende toestemming.

4.5.4 Gerechtelijke vaststelling ouderschap en alimentatieplicht

Vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap was op grond van artikel 1:207 BW alleen een vaststelling van het vaderschap mogelijk. Met de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap is het ook mogelijk om het ouderschap van de duomoeder vast te stellen op grond van artikel 1:207 BW. De gerechtelijke vaststelling kan namelijk worden verzocht ten aanzien van de verwekker en de persoon die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De laatste wordt ook wel de 'instemmende levensgezel' genoemd. Indien de duomoeder dus als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad, kan haar ouderschap gerechtelijk worden vastgesteld. Dit is mogelijk op verzoek van het kind of de geboortemoeder. Deze gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de duomoeder is een logische stap, gezien het feit dat het nu ook mogelijk is voor de duomoeder om het kind te erkennen.

Tevens is op 1 april 2014 artikel 1:394 en 1:395a BW uitgebreid, waardoor de vrouwelijke instemmende levensgezel van de moeder ook onderhoudsplichtig is jegens het kind. Deze toevoegingen voor de duomoeder zijn niet tevens voor de spermadonor ingevoerd.⁹⁵ Naar mijn idee is dit een juiste keuze van de wetgever. Spermadonoren doneren in de meeste gevallen om de kinderwens van de wensouders te vervullen. Wanneer de spermadonor het risico loopt om door middel van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap juridisch vader van het kind te worden, zal vermoedelijk het aantal spermadonoren flink afnemen. Spermadonoren wensen niet in alle gevallen de juridische vader van het kind te worden met de daarbij behorende gevolgen. Dit geldt tevens voor de alimentatieplicht.⁹⁶

4.6 Keuze tussen de duomoeder en de bekende spermadonor

In de meeste gevallen zal er zich in de praktijk geen conflict voordoen dat betrekking heeft op de keuze van de geboortemoeder tussen de duomoeder en de bekende spermadonor.

Waarschijnlijk zullen de moeders en de spermadonor voor de geboorte van het kind overeenstemming hebben bereikt betreffende de keuze wie de tweede juridische ouder van het kind zal worden.⁹⁷

Maar wat indien er sprake is van een conflict? De wetgever heeft (nog) geen duidelijke keuze gemaakt naar wie dan de voorkeur gaat, de duomoeder of de spermadonor met family life.

⁹⁵ Vonk & Bos, *F&R* augustus 2012, p. 8.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 9.

⁹⁷ Vonk, *FJR* 2009/105, p. 5.

Welke uitgangspunten geven dan de doorslag bij het toekennen van het juridisch ouderschap aan de niet-biologische moeder of de bekende donor? Mijn voorkeur gaat uit naar de zorgrelatie tussen de duomoeder en het kind. Op deze manier wordt het gezin beschermd waarin het kind opgroeit. Dit kan echter anders zijn indien voor de geboorte van het kind is afgesproken dat de bekende spermadonor een substantieel aandeel zal hebben in de verzorging van het kind. Wanneer de moeders en de bekende spermadonor met family life een conflict hebben betreffende de invulling van de tweede juridische ouder, kan geconcludeerd worden dat de positie van de bekende spermadonor is versterkt. Dit uit zich name in het feit dat op grond van artikel 1:204 lid 3 BW de bekende spermadonor die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, aan de rechter kan vragen om vervangende toestemming voor erkenning.

4.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de Wet lesbisch ouderschap, die op 1 april 2014 in werking is getreden centraal. We hebben gezien dat er voorafgaand aan de Wet lesbisch ouderschap meerdere wetwijzigingen met betrekking tot lesbisch ouderschap hebben plaatsgevonden, zoals in 2009 de versoepeling van de adoptieprocedure voor de vrouwelijke partner van de geboortemoeder. Om te bezien op welke andere wijze dan door adoptie kan worden voorzien in een mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om op eenvoudige wijze ouder te worden van het kind, geboren binnen de relatie van deze vrouw en de moeder, is in mei 2007 de Commissie Kalsbeek ingesteld. Dit onderzoek resulteerde in het rapport Lesbisch ouderschap, waarin enkele aanbevelingen staan.

Een belangrijk gevolg van de Wet lesbisch ouderschap is het feit dat de vrouwelijke echtgenote van de moeder juridisch ouder van het kind kan worden zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure voor is vereist. De belangrijkste wijzigingen die op 1 april 2014 in werking zijn getreden zijn in dit hoofdstuk aan bod gekomen. Naar aanleiding van de wijzigingen kan geconcludeerd worden dat de juridische positie van de spermadonor is verbeterd. Dit komt onder andere door het recht van de spermadonor om vervangende toestemming voor erkenning te vragen.

Een knelpunt in de nieuwe wetgeving is het feit dat er zich een conflict kan voordoen betreffende de keuze van de geboortemoeder tussen de duomoeder en de bekende spermadonor. Indien dit conflict voor de rechter wordt voorgelegd, dient de rechter een beslissing te maken welk recht voor gaat.

In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 5) komt het recht op afstammingsinformatie aan bod.

Hoofdstuk 5 Recht op afstammingsinformatie

5.1 Inleiding

Programma's op de televisie zoals 'Wie is mijn vader?' of 'DNA onbekend' laten zien dat er een behoefte bestaat bij kinderen om te weten van wie zij afstammen. In deze programma's geven kinderen aan dat zij geen relatie met hun vader willen, maar dat het eenmalig spreken en zien van de vader meestal wel voldoende voor hen is.⁹⁸ Indien sprake is van duomoederschap zal de biologische waarheid niet overeen stemmen met de manier waarop invulling wordt gegeven aan het ouderschap. Biologisch gezien zijn voor de verwekking van een kind een vrouw en een man nodig. Wanneer twee vrouwen een kind willen kan, zoals we in de vorige hoofdstukken hebben gezien, worden gekozen voor een spermadonor. Meestal zal de spermadonor geen rol vervullen in het leven van het kind en wordt de opvoeding gedaan door twee vrouwen. Het kind zal op vrij jonge leeftijd zich al afvragen hoe het kan dat hij/zij twee moeders heeft etc. In dit hoofdstuk wordt besproken waarom afstammingsinformatie belangrijk is voor het kind. Op welke leeftijd kan het kind vragen om zijn/haar afstammingsinformatie? Welke informatie kan aan het kind worden verschaft en door wie? Tot slot zal ook aan bod komen of de spermadonor mag bepalen wie zijn zaad krijgt.

5.2 Waarom een recht op afstammingsinformatie?

Om verschillende redenen heeft het kind er belang bij om geïnformeerd te worden over zijn/haar achtergrond. Ten eerste is er de identificatiefunctie. Het kind wil graag weten op wie hij/zij lijkt qua uiterlijk maar ook met betrekking tot karaktereigenschappen. Daarnaast is er de sociologische functie: bij welke gezinseenheid behoort hij/zij? Van groot belang is ook de psychologische functie. Het kind wil graag zijn/haar achtergrond kennen. Tevens is er ook nog het medisch belang. Het kind wil weten of er bepaalde ziekten of erfelijke afwijkingen in de familie voor komt.⁹⁹ Tot slot is er ook nog het juridisch belang. Doordat aan een familierechtelijke relatie verschillende rechtsgevolgen worden gekoppeld is dit van groot belang. Rechtsgevolgen zoals nationaliteit, ouderschap en naamrecht zijn aan een familierechtelijke relatie verbonden.¹⁰⁰

Het recht op afstammingsinformatie is niet absoluut. Indien het afstammingsrecht botst met de rechten van anderen, dienen beide belangen tegen elkaar te worden afgewogen.¹⁰¹ Het recht op

⁹⁸ Mulders, *FJR* 2011/73, p. 6.

⁹⁹ Kuiper 2007, p. 132.

¹⁰⁰ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 207.

¹⁰¹ Forder 2009, p. 69.

afstammingsgegevens moet wijken voor de rechten en vrijheden van anderen indien deze in het concrete geval zwaarder wegen.¹⁰²

In Nederland is in de wet en de jurisprudentie erkend dat kinderen een sterk recht hebben om te weten wie hun biologische/genetische ouders zijn. Dit recht is voor kinderen die met behulp van een arts met donormateriaal zijn verwekt, vormgegeven in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb).¹⁰³ Wat betreft de kinderen die op een andere wijze zijn verwekt, hebben zij het recht om te achterhalen wie hun biologische ouders zijn op grond van jurisprudentie van het EHRM (Europees Hof voor de Rechten van de Mens) en de Hoge Raad. In 1994 heeft de Hoge Raad beslist dat een persoon het recht heeft om te weten van wie hij of zij afstamt.¹⁰⁴ Tevens heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat aan grondrechten zoals het recht op respect voor het privéleven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrije meningsuiting een algemeen persoonlijkheidsrecht ten grondslag ligt. Dit brengt onder andere met zich mee dat men het recht heeft om te weten van welke ouders men afstamt. Internationaal is dit recht vastgelegd in artikel 8 EVRM en 7 IVRK. Op grond van artikel 7 IVRK heeft het kind direct na de geboorte het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. De eerste keer dat het Europees Hof het vitaal belang van een mens bij persoonlijke informatie over zijn formatieve levensjaren erkende was in de Gaskin-zaak. In deze zaak heeft het Europees Hof gesteld dat het voor de ontwikkeling van de identiteit van een kind van vitaal belang kan zijn om inzicht te krijgen in zijn/haar achtergrond.¹⁰⁵

Afstammingsvoorlichting dient te worden onderscheiden van statusvoorlichting. Bij statusvoorlichting gaat het om de vraag welke status het kind heeft en had. Aan het kind wordt een voorlichting gegeven betreffende het feit dat zijn of haar biologische ouders niet de personen zijn waarvan het kind dacht dat het zijn/haar biologische ouders zijn. In de rechtspraak is aanvaard dat statusvoorlichting een taak is van de gezaghebbende ouder(s).¹⁰⁶ Statusvoorlichting is van groot belang, onder andere kan het op de juiste leeftijd een latere identiteitscrisis bij het kind voorkomen. Wanneer de gezaghebbende ouder(s) het kind op de juiste leeftijd een statusvoorlichting geeft, kan dit ook voorkomen dat het kind op latere leeftijd geconfronteerd wordt met de ontdekking dat zijn ouders niet zijn biologische ouders zijn.¹⁰⁷ Echter, indien aan het kind niet de wijze waarop het is verwerkt (de statusvoorlichting) bekend is gemaakt, dan zal het kind zeer waarschijnlijk ook nooit te weten komen van wie het afstamt.

¹⁰² HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.

¹⁰³ Stb. 2002, 240.

¹⁰⁴ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.

¹⁰⁵ EHRM 7 juli 1989, ECLI:NL:XX:1989:AB9903 (Gaskin/VK).

¹⁰⁶ Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AV6603.

¹⁰⁷ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 280.

Het kind kan wel een recht hebben op zijn/haar afstammingsgegevens, maar indien het kind niet op de hoogte wordt gesteld over zijn status dan zal het kind niets hebben aan dit recht.

Statusvoorlichting kan echter niet worden afgedwongen. In de wet staat niet dat kinderen het recht hebben op statusvoorlichting.

Wanneer we spreken van afstammingsvoorlichting gaat het om de vraag wie die biologische ouders van het kind zijn.

5.3 De Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting

Wanneer een vrouw gebruik wil maken van een spermadonor om zwanger te worden, kan zij zich tot een kliniek wenden en gebruik maken van kunstmatige inseminatie door een onbekende donor. Het kind dat ten gevolge van de bevruchting van de moeder met sperma dat afkomstig is van een anonieme donor is geboren, heeft op grond van de Wdkb het recht op afstammingsinformatie. Op 1 juni 2004 is de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting in werking getreden.¹⁰⁸ Met de inwerkingtreding van deze wet is de mogelijkheid voor donoren die ei- of zaadcellen afstaan voor kunstmatige bevruchting om anoniem te blijven, grotendeels vervallen. De wet stelt kinderen die zijn ontstaan uit donorgameten of embryo's in staat te weten te komen wie in hun geval de donor is geweest, zodra ze zestien jaar oud zijn. Het uitgangspunt van deze wet is: 'het belang van het kind bij kennisname van de afstammingsgegevens'. Het belang van donorkinderen om informatie te krijgen betreft hun afstamming weegt zwaarder dan het belang van de donor om anoniem te blijven.¹⁰⁹

Om de gegevens van de donoren op één centrale plek te bewaren is er een centrale databank in het leven geroepen. Op grond van artikel 4 Wdkb ontvangt, bewaart, beheert en verstrekt de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting (hierna: stichting donorgegevens) op verzoek verschillende gegevens. De volgende gegevens dienen op grond van artikel 2 Wdkb te worden overgelegd aan de Stichting:

- medische gegevens
- fysieke gegevens
- sociale gegevens

Op grond van artikel 3 lid 1 sub a Wdkb is het mogelijk dat medische gegevens van de donor aan de huisarts van degene die is verwekt door en ten gevolge van kunstmatige donorbevruchting, worden verstrekt. Indien een donorkind minstens twaalf jaar oud is kunnen, op grond van artikel 3 lid 1 sub b Wdkb, fysieke en sociale gegevens worden verstrekt indien zij hierom vragen. Vanaf de zestiende leeftijd is het mogelijk dat een donorkind bij de Stichting donorgegevens om persoonsidentificerende gegevens vraagt. Voor het verstrekken van deze

¹⁰⁸ Stb. 2002, 240.

¹⁰⁹ Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 270.

gegevens dient door de donor, op grond van artikel 3 lid 2 Wdkb, schriftelijk toestemming te worden gegeven. Indien de donor hiervoor geen toestemming geeft, moet de Stichting donorgegevens een belangenafweging maken. Als de belangen van het donorkind zwaarder wegen dan de belangen van de donor, worden de gegevens alsnog verstrekt aan het donorkind. Op grond van artikel 3 lid 2 Wdkb blijft het verstrekken van persoonsidentificerende gegevens tegen de wil van de donor of diens nabestaanden aan kinderen vanaf zestien jaar alleen achterwege als zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet behoort plaats te vinden. Hierbij worden de gevolgen die niet-verstrekking voor de verzoeker zou kunnen hebben, in aanmerking genomen.

Met de inwerkingtreding van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is het aan het kind, althans indien het kind weet dat hij/zij een donorkind is, om te besluiten wel of niet op zoek te gaan naar de donor.

5.3.1 Recht op afstammingsinformatie bij gebruik van een bekende spermadonor

Tot nu toe heb ik alleen de situatie besproken wanneer er gebruik is gemaakt van inseminatie met zaad van een ‘anonieme’ zaaddonor. Nu ga ik verder in op de situatie dat gebruik is gemaakt van een bekende spermadonor. Op grond van de Wdkb heeft het kind de mogelijkheid de identiteit van de onbekende spermadonor te achterhalen. Er kan zich echter ook de situatie voordoen dat de moeder gebruik heeft gemaakt van zelf-inseminatie met zaad van een al dan niet bekende donor of via kunstmatige inseminatie in het buitenland. Indien hiervan door de duomoeders gebruik is gemaakt, valt deze situatie niet onder het regime van de Wdkb. De Wdkb heeft geen enkele betekenis voor de bekende spermadonor omdat de gegevens van deze spermadonor niet door de Stichting donorgegevens worden opgeslagen. Een donorkind dat verwekt is door tussenkomst van een (bij de moeders bekende) spermadonor, zal de afstammingsinformatie van zijn/haar moeder en eventuele partner dienen te verkrijgen. Het kind is dan ook voor verkrijging van de gegevens volledig afhankelijk van zijn duomoeders. Op de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting na, is het recht op afstammingsinformatie niet wettelijk geregeld.

In het geval dat het kind dat door middel van kunstmatige inseminatie de identiteit van de (aan de moeder bekende) spermadonor probeert te achterhalen, is het mogelijk dat de spermadonor een beroep doet op het recht op bescherming van zijn privéleven. De spermadonor zal dit doen wanneer hij niet bekend wil worden bij het kind. Het is mogelijk dat het belang van het kind dat informatie wil over zijn biologische vader, lijnrecht tegenover het belang van de duomoeders staat die geheimhouding willen over de identiteit van de vader. De duomoeder kan bijvoorbeeld vrees hebben dat de bekende spermadonor zich in het gezin probeert in te mengen. Om te kijken wiens recht prevaleert dient er door de rechter een belangenafweging plaats te vinden. Weegt

het belang van het kind dat afstammingsinformatie wil, zwaarder dan bijvoorbeeld het belang van de spermadonor op geheimhouding van zijn identiteit? In de zaak Valkenhorst heeft de Hoge Raad gesteld dat het recht op afstammingsgegevens moet wijken voor de rechten en vrijheden van anderen wanneer deze in het gegeven geval zwaarder wegen.¹¹⁰ De rechter dient per geval naar de concrete omstandigheden te kijken. Er komt echter een zekere voorrang toe aan het recht op afstammingsgegevens, vooral vanwege het vitale belang van een persoon om te weten van wie hij/zij afstamt. Als aanvullend argument geldt voor ouders dat zij verantwoordelijk zijn voor het bestaan van het kind.¹¹¹

Naar mijn mening heeft de wetgever door het aannemen van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting onderkend dat het kind dat is geboren ten gevolge van zaaddonatie door een onbekende donor, er groot belang bij heeft om zijn/haar afstammingsinformatie te kunnen achterhalen. Indien gebruik is gemaakt van een (bij de moeder) bekende spermadonor is het belang van het kind bij inzage in de afstammingsgegevens minstens zo zwaarwegend.

5.3.2 Biologische afstammingsgegevens in de geboorteakte

Door Forder wordt in haar rapport een praktische oplossing gegeven om het recht op afstammingsgegevens van het kind te waarborgen. Deze oplossing van Forder houdt in dat de persoonsgegevens van de biologische ouders op de geboorteakte worden vermeld. Dit dient te geschieden door de ambtenaar van de burgerlijke stand.¹¹² Indien de biologische ouder en juridische ouder niet overeenkomen dient de biologische ouder afzonderlijk in de geboorteakte te worden vermeld. Forder bepleit dat deze informatie dient te worden opgenomen in dat gedeelte van de geboorteakte dat alleen kan worden ingezien door personen met een gerechtvaardigd belang. Op deze manier wordt het recht op afstammingsinformatie van het kind gewaarborgd. Het origineel van de geboorteakte wordt nooit verstrekt.¹¹³ Op grond van artikel 1:23b lid 1 BW mag iedereen om een beredeneerd uittreksel van een bepaalde persoon vragen. In dit korte uittreksel staat geen afstammingsinformatie. In het beredeneerd uittreksel staan enkel gegevens zoals de namen en de dag en plaats van geboorte. Enkel personen met een gerechtvaardigd belang kunnen op grond van artikel 1:23b lid 2 BW verzoeken om verstrekking van een uitvoerig uittreksel of afschrift. De personen die een gerechtvaardigd belang hebben, en dus een uitvoerig uittreksel of afschrift kunnen verzoeken zijn de persoon zelf, de gemachtigde van die persoon, de echtgenoot, erfgenaam of wettelijke vertegenwoordiger.¹¹⁴ De persoonsgegevens van de biologische ouders kunnen dan ook alleen worden verzocht door een beperkt aantal personen die een gerechtvaardigd belang hebben.

¹¹⁰ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.

¹¹¹ Forder 2009, p. 82.

¹¹² Forder 2009, p. 75.

¹¹³ Forder 2009, p. 76.

¹¹⁴ Forder 2009, p. 76.

De verplichting van de ambtenaar van de burgerlijke stand om te vragen naar de persoonsgegevens van de biologische ouder, en deze gegevens vervolgens op te nemen dient in alle situaties te gelden waarin de ambtenaar weet of had kunnen weten dat de biologische vader/moeder een andere persoon is dan de erkenner. Dit is bijvoorbeeld duidelijk indien de vrouwelijke partner van de moeder het kind wil erkennen. De ambtenaar van de burgerlijke stand zal de persoonsgegevens van de biologische ouder vragen indien de mannelijke of vrouwelijke partner van de moeder de geboorte van het kind wil melden. Vervolgens brengt de ambtenaar de biologische ouder op de hoogte van het feit dat er een dergelijke melding is gedaan.¹¹⁵ Is de biologische ouder het hier niet mee eens, zou dit geschil aan de rechter kunnen worden voorgelegd.

Dit idee van Forder is uiteindelijk niet opgenomen in de Wet lesbisch ouderschap. Het leverde te veel vragen op, waaronder vragen in de uitvoering. Wat dient er bijvoorbeeld te gebeuren indien een ouder geen gegevens verstrekt? Het is niet de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand om hier actief naar op zoek te gaan. Ingeval er wel gegevens over de persoon van de biologische ouder worden verstrekt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, dient de ambtenaar van de juistheid van de gegevens uit te gaan. Hij kan de gegevens, behoudens kostbaar DNA-onderzoek niet verifiëren. Tevens kan de vraag gesteld worden wie er om een registratie kan verzoeken en in welke gevallen om een registratie kan worden verzocht? Dient er bijvoorbeeld een verplichting tot registratie plaats te vinden indien er sprake is van een lesbische relatie, of ook indien er sprake is van een heteroseksuele relatie? Wanneer men enkel kiest voor een registratie bij lesbische stellen kan er sprake van discriminatie en misschien ook een overschrijding van artikel 8 en 14 EVRM.¹¹⁶ Indien echter aan een erkenner of de echtgenoot wordt geïnformeerd of hij het verwekt heeft, zullen de meeste aangevers dit terecht als onbeschoft ervaren.¹¹⁷

Een andere vraag die gesteld moet worden is wat er dient te gebeuren wanneer er geen verplichte registratie plaatsvindt? Moet hier dan een sanctie als een boete worden opgelegd? Ook was men bang dat er conflicten zouden kunnen ontstaan waardoor vervolgens het kind niet beschermd en in rust kan opgroeien.¹¹⁸ De rust en harmonie in een gezin waarbinnen het kind opgroeit kan bijvoorbeeld worden verstoord indien de biologische vader zich op het recht van registratie beroept. Naar mijn mening is het juist dat dit voorstel van Forder niet is opgenomen in de Wet lesbisch ouderschap, gezien de vele vragen waar niemand nog een duidelijk antwoord op heeft en het feit dat hierdoor de ontwikkeling van het kind in het gedrang komt.

¹¹⁵ Forder 2009, p. 80.

¹¹⁶ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33032, nr. 3, p. 12.

¹¹⁷ Gubbels, *B&R* 2010, nr. 10, p. 347.

¹¹⁸ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33032, nr. 3, p. 12.

5.4 Mag een spermadonor bepalen wie zijn zaad krijgt?

De afgelopen jaren hebben spermabanken steeds vaker te maken met situaties waarin donoren voorwaarden stellen aan de afgifte van hun sperma. Het kan voorkomen dat een spermadonor bij de spermabank aangeeft dat hij niet wil dat zijn donorzaad ter beschikking wordt gesteld aan een lesbisch stel of aan een alleenstaande vrouw. Of de donor stelt eisen aan de afkomst of het geloof van de vrouw. Ook zijn er donoren die wensen dat hun terbeschikkinggestelde zaad enkel beschikbaar is voor niet-rokende vrouwen of vrouwen met een bepaald opleidingsniveau, enzovoort.¹¹⁹

Is het toegestaan dat een sperma-/eiceldonor kan bepalen wie de eikel of het spermazaad daadwerkelijk krijgt? De Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG) werkt samen met de Vereniging voor Klinische embryologie (KLEM) aan een richtlijn die meer duidelijkheid zal geven over de toelaatbaarheid van deze eisen. Het College voor de Rechten van de Mens (hierna: College) heeft begin 2014 betreft dit onderwerp advies uitgebracht. Op deze manier is voor de NVOG duidelijker wat wel en wat niet in de richtlijn dient te worden opgenomen.

Het advies van het College ging in op de vraag of spermabanken discrimineren, indien zij tegemoet komen aan mannen die ‘anoniem’ sperma doneren en verlangen dat hun zaad niet ter beschikking wordt gesteld aan bepaalde groepen vrouwen. Volgens het College mogen spermabanken volgens de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) nooit direct onderscheid maken jegens vrouwen of koppels met een zwangerschapswens wegens een beschermde non-discriminatiegrond.¹²⁰ Het is alleen toegestaan indirect onderscheid te maken bij een objectieve rechtvaardiging. Echter, indien er geen sprake is van een non-discriminatiegrond wordt door de spermabanken niet het discriminatieverbod overtreden. Het College geeft aan dat aan het volgende geen eisen mogen worden gesteld:

- ras
- geloof
- seksuele voorkeur van vrouwen
- relatie/samenwonen (huwelijkse staat).

Met betrekking tot de volgende kenmerken is het niet verboden voor spermadonoren om eisen te stellen aan vrouwen:

- lichaamsgewicht
- lengte
- leefstijlkenmerken (alcohol/rook)
- leeftijd

¹¹⁹ Hendriks, *NJB* 2014/415, p.1.

¹²⁰ Hendriks, *NJB* 2014/415, p.1 + 2.

- handicap (zowel lichamelijk als geestelijk).

Geconcludeerd kan worden dat het belang van de vrouwen om niet gediscrimineerd te worden zwaarder weegt dan het belang van de donoren om dergelijke voorwaarden te stellen.

Er wordt door het College geheel geen aandacht besteed aan de toelaatbaarheid van de wensen van de ontvangers van gedoneerd sperma. Tevens wordt er door het College geen aandacht besteed aan de wensen van de eiceldonoren. Echter kan men er van uitgaan dat dezelfde eisen gelden voor zowel spermadonoren als voor eiceldonoren.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond het recht op afstammingsinformatie centraal. In zowel de Nederlandse als de internationale wetgeving en jurisprudentie is erkend dat een persoon het recht heeft om te weten van wie hij of zij afstamt. Dit is onder andere voor de ontwikkeling van de identiteit van een kind van vitaal belang. Tevens is statusvoorlichting van groot belang, want indien aan het kind niet de wijze waarop het is verwekt bekend is gemaakt, dan zal het kind zeer waarschijnlijk ook nooit te weten komen van wie het afstamt. Op grond van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting kunnen donorkinderen die door middel van kunstmatige inseminatie door een onbekende donor zijn verwekt, vragen om afstammingsinformatie aan de Stichting donorgegevens. Indien de moeder gebruik heeft gemaakt van zelf-inseminatie met zaad van een al dan niet bekende donor of via kunstmatige inseminatie in het buitenland, valt deze situatie niet onder het regime van de Wdkb. Voor verkrijging van de afstammingsinformatie is het kind volledig afhankelijk van zijn moeder en eventuele partner. Als resterende optie kan het kind het geschil aan de rechter voorleggen en op deze manier zijn recht op afstammingsinformatie af te dwingen. Ook is het idee van Forder betreffende de opnemings van de biologische afstammingsgegevens in de geboorteakte besproken. Geconcludeerd is echter dat dit idee van Forder niet de juiste manier is om het recht op afstammingsinformatie te waarborgen. Tot slot mag door spermapanken volgens de Algemene wet gelijke behandeling nooit direct onderscheid worden gemaakt jegens vrouwen of koppels met een zwangerschapswens wegens een beschermde non-discriminatiegrond. In het volgende hoofdstuk wordt kort ingegaan op de juridische positie van de spermadonor in Zweden.

Hoofdstuk 6 De spermadonor in Zweden

6.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken hebben we gekeken naar de juridische positie van de spermadonor in Nederland. Nu gaan we een zijstap maken en kijken wat de juridische positie is van de spermadonor in Zweden. In Zweden was men al eerder dan Nederland met het tot stand brengen van een regeling betreffende duomoederschap. In tegenstelling tot Nederland dat vanaf 1 juni 2004 de anonimiteit van de spermadonor heeft opgeheven, kent Zweden dit al sinds 1985.¹²¹ Eerst zal aan bod komen hoe het duomoederschap in Zweden is geregeld. Vervolgens komt de positie van de spermadonor aan bod. Zit er nog verschil in die situatie dat gebruik is gemaakt van een bekende spermadonor dan wel onbekende spermadonor? Tot slot wordt ingegaan op het feit waarom Nederland niet gekozen heeft voor hetzelfde stelsel als in Zweden betreffende het reguleren van het duomoederschap.

6.2 Duomoederschap in Zweden

Sinds 1 juli 2005 kent Zweden een vorm van erkenning door de duomoeder. Duomoederschap is in Zweden alleen mogelijk indien gebruik is gemaakt van een onbekende donor.¹²² Indien het kind is verwekt met het zaad van een bekende donor ontstaat er geen ouderschap van rechtswege, maar kan de vrouwelijke partner het kind adopteren indien zij de geregistreerde partner is van de moeder. In Zweden is het, in tegenstelling tot Nederland, voor twee vrouwen immers niet mogelijk om te huwen.¹²³ De kunstmatige bevruchting mag enkel en alleen plaatsvinden in door de overheid gefinancierde Zweedse ziekenhuizen onder toezicht van een arts die gespecialiseerd is in de gynaecologie en verloskunde.¹²⁴ Wanneer dit plaats heeft gevonden kan de vrouwelijke partner van de moeder het kind erkennen, indien zij met de moeder samenwoont of een geregistreerd partnerschap heeft.¹²⁵ Tevens dient zij op grond van artikel 1:9 *FB* (*Föräldrabalk*) toestemming te hebben gegeven tot de kunstmatige verwekking van het kind. Voor de vrouwelijke partner van de moeder is het niet mogelijk om van rechtswege het ouderschap te vestigen. De reden hiervoor is dat het wenselijk werd geacht dat de regeling aansloot bij het vestigen van juridisch vaderschap.¹²⁶

De duomoeder dient in te stemmen met de totstandkoming van een familierechtelijke betrekking tussen haar en het kind. Indien de duomoeder hier niet mee instemt, maar wel heeft

¹²¹ Lag om insemination (1984:1140).

¹²² Saarloos *FJR* 2007/60, p. 6.

¹²³ Forder 2010, p. 105.

¹²⁴ Regeringens proposition 2004/05: 137, p.39.

¹²⁵ Jänterä-Jareborg, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2006, p. 1329.

¹²⁶ Regeringens proposition 2004/05:137, p. 43.

ingestemd met de kunstmatige bevruchting kan een familierechtelijke betrekking in een gerechtelijke procedure worden afgedwongen. Dit kan vergeleken worden met de vaststelling van het ouderschap in Nederland.

6.3 De spermadonor in Zweden

In Zweden is het alleen mogelijk voor de partner van de biologische moeder (de duomoeder) om juridische moeder te worden van het kind, indien gebruik is gemaakt van een onbekende donor.¹²⁷ De kunstmatige bevruchting dient altijd plaats te vinden in een Zweeds ziekenhuis. Dit houdt in dat indien de duomoeders in het ziekenhuis een behandeling voor kunstmatige voortplanting kunnen krijgen, gegarandeerd wordt dat het kind indien hij/zij een bepaalde leeftijd heeft bereikt, informatie over zijn genetische oorsprong kan terugvinden. Dit houdt in dat net als in Nederland de identiteit van de onbekende donor op een bepaalde leeftijd aan het kind bekend kan worden gemaakt. Op grond van paragraaf 3 van de Zweedse ouderschapswet wordt de informatie over de donoren zeventig jaar bewaard.

Wanneer het kind is verwekt met zaad van een bekende spermadonor, is het mogelijk dat de spermadonor op de een of andere manier een rol wil/gaat spelen in het leven van het kind. In Zweden is het mogelijk dat deze man de juridische vader van het kind wordt. Dit is mogelijk door middel van erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.¹²⁸ Het vaderschap van de genetische vader dient naar Zweeds recht te worden vastgesteld indien de vrouw een behandeling in het buitenland ondergaat of de vrouw zichzelf insemineert of wordt geïnsemineerd buiten een daartoe aangewezen Zweeds ziekenhuis met sperma van een bekende spermadonor.¹²⁹

6.4 De keuze van de Nederlandse wetgever

Doordat de kunstmatige bevruchting altijd dient plaats te vinden in een door de overheid gefinancierd Zweeds ziekenhuis, heeft dit tot gevolg dat het kind altijd zal kunnen achterhalen van wie hij/zij afstamt. In Nederland is hier niet voor gekozen, mede op aanbeveling van de Commissie Kalsbeek. In de Wet lesbisch ouderschap is er niet voor gekozen om het te beperken tot de situatie waarin gebruik is gemaakt van kunstmatige bevruchtingstechnieken in een ziekenhuis. Dit komt mede vanuit het uitgangspunt van bescherming van de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie.¹³⁰ In Nederland is het nu nog steeds mogelijk dat wensouders kiezen voor een bekende of onbekende spermadonor. Indien gekozen wordt voor

¹²⁷ Saarloos *FJR* 2007/60, p. 6.

¹²⁸ Saarloos *FJR* 2007/60, p. 7.

¹²⁹ Regeringens proposition 2004/05:137, p. 44.

¹³⁰ Commissie Kalsbeek 2007 p. 38.

een bekende spermadonor, blijft het nog steeds mogelijk voor de duomoeder om juridisch moeder van het kind te worden door middel van erkenning. Dit is in Zweden niet mogelijk.

6.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is kort gekeken naar de juridische positie van de spermadonor in Zweden. In tegenstelling tot in Nederland is in Zweden duomoederschap alleen mogelijk indien gebruik is gemaakt van een onbekende spermadonor. De kunstmatige bevruchting dient altijd plaats te vinden in een Zweeds ziekenhuis, waardoor het voor het donorkind altijd mogelijk is om informatie over zijn genetische oorsprong te vinden. De bekende spermadonor kan juridisch vader van het kind worden door middel van erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Tevens dient het vaderschap van de genetische vader te worden vastgesteld indien twee vrouwen in het buitenland een fertiliteitbehandeling ondergaan of wanneer sprake is van een private behandeling. Nederland heeft geen aansluiting gezocht bij het Zweedse recht. Dit heeft Nederland mede vanuit het uitgangspunt van bescherming van de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie gedaan.

7.1. Inleiding

De centrale vraag die in deze scriptie centraal stond was de volgende:

wat is de juridische positie van de bekende spermadonor ten opzichte van de juridische ouders en het kind bij een lesbisch stel, mede gezien de Wet lesbisch ouderschap?

Aan de hand van de conclusies in paragraaf 7.2 en aanbevelingen in paragraaf 7.3 wordt antwoord gegeven op de centrale vraag.

7.2 Conclusies

Wil de bekende spermadonor een rol spelen in het leven van het kind, dan heeft hij daar verschillende mogelijkheden voor. Ten eerste kan de spermadonor het kind erkennen. Indien de moeder geen toestemming tot erkenning wenst te geven kan de spermadonor op grond van artikel 1:204 lid 3 BW, vragen om vervangende toestemming tot erkenning. Vóór de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap was het voor de spermadonor enkel mogelijk om vervangende toestemming te vragen op grond van jurisprudentie.¹³¹ Sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap is dit recht van de spermadonor ook wettelijk vastgelegd in artikel 1:204 lid 3 BW. Tevens kan de bekende spermadonor op grond van artikel 1:377a lid 1 BW vragen om omgang met zijn kind. Hij dient in dit geval aan te tonen dat er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking.¹³² Het enkele feit dat sprake is van biologische verwantschap is onvoldoende om te kunnen spreken van een nauwe persoonlijke betrekking.¹³³ Door de spermadonor dient bijkomende omstandigheden aannemelijk te worden gemaakt.¹³⁴ Deze bijkomende omstandigheden moeten zijn gelegen in de aard van de relatie van de biologische vader met de moeder en tevens in zijn betrokkenheid bij het kind voor en na de geboorte, hetzij in de band die na de geboorte tussen hem als vader en het kind is ontstaan.¹³⁵ Volgens de letter van de wet is het niet mogelijk dat de spermadonor onderhoudsplichtig wordt gesteld jegens het kind. Om te voorkomen dat de spermadonor ten onrechte onderhoudsplichtig wordt gesteld is het voor de spermadonor van belang om vast te leggen in een donorcontract dat hij enkel de spermadonor is en niet de verwekker.

¹³¹ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205.

¹³² Vlaardingerbroek e.a. 2011, p. 461.

¹³³ EHRM 1 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ0337 (Lebbink/The Netherlands) en HR 30 november 2007, ECLI:NL:2007:BB9094.

¹³⁴ HR 30 november 2007, ECLI:NL:2007:BB9094.

¹³⁵ HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5798.

Gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van de spermadonor is niet mogelijk.¹³⁶ Tevens kan een kind dat is verwekt met het zaad van een spermadonor niet in de nalatenschap van de spermadonor delen, aangezien er geen juridische band bestaat tussen de donor en het kind.

Door het intreden van de Wet lesbisch ouderschap is de positie van kinderen geboren in een lesbische relatie zo veel mogelijk in overeenstemming gebracht met die van kinderen geboren binnen een heteroseksuele relatie.¹³⁷

Ten eerste brengt de Wet lesbisch ouderschap met zich mee dat op grond van artikel 1:198 lid 1 sub b BW, duomoederschap van rechtswege ontstaat indien er sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap. Tevens dient de moeder voor het ontstaan van de zwangerschap gebruik te hebben gemaakt van een zaaddonor in de zin van artikel 1 onder c sub 1 van de Wdkb. De identiteit van de spermadonor dient onbekend te zijn bij de moeder(s).

Ten tweede kan de duomoeder, in de gevallen dat het juridisch ouderschap bij de duomoeder niet van rechtswege ontstaat, het kind erkennen op grond van artikel 1:198 lid 1 sub c BW. Dit houdt in dat er door het duomoedergezin gebruik is gemaakt van een bekende spermadonor en/of dat de duomoeders niet gehuwd zijn. De moeder, de duomoeder en de spermadonor dienen een keuze te maken wie de tweede juridische ouder van het kind wordt. Een conflict hierover kan altijd aan de rechter worden voorgelegd. Mijn voorkeur gaat uit naar de zorgrelatie tussen de duomoeder en het kind. Op deze manier wordt het gezin waarin het kind opgroeit beschermd. Dit hangt echter van de omstandigheden van het geval af, want in alle gevallen dient te worden gekeken naar de afspraken die tussen partijen zijn gemaakt.

Ten derde biedt de Wet lesbisch ouderschap, zoals hierboven reeds werd aangestipt, de bekende spermadonor het recht om, op grond van artikel 1:204 lid 3 BW, aan de rechter een verzoek te doen voor vervangende toestemming tot erkenning. De spermadonor dient dan in een nauwe persoonlijke betrekking met het kind te staan. Tevens kan de rechter een ruimere toets hanteren dan voorheen. Vóór inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap werd een verzoek om vervangende toestemming voor erkenning enkel verleend in geval de moeder geen enkel te respecteren belang had bij haar weigering de toestemming te verlenen.¹³⁸ Sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap kan de toestemming voor erkenning op grond van artikel 1:204 lid 3 BW door de rechtbank worden vervangen tenzij 'de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt'. Door deze toevoeging in de wetgeving wordt de positie van de bekende spermadonor

¹³⁶ Doek & Vlaardingerbroek 2009, p. 77.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33032, nr. 3, p. 1.

¹³⁸ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205.

versterkt. De rechter hanteert namelijk een ruimere toets dan de toets 'geen enkel te respecteren belang'.

Tot slot is het sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap mogelijk dat het ouderschap van de duomoeder kan worden vastgesteld op grond van artikel 1:207 BW. Tevens kan de vrouwelijke instemmende levensgezel van de moeder (de duomoeder), op grond van artikel 1:394 en 1:395a BW, onderhoudsplichtig worden gesteld jegens het kind.¹³⁹

In zowel de Nederlandse als de internationale wetgeving en jurisprudentie is erkend dat kinderen een sterk recht hebben om te weten wie hun biologische ouders zijn.¹⁴⁰ Hierbij is statusvoorlichting van groot belang. Indien het kind namelijk niet op de hoogte wordt gesteld van zijn status, heeft het kind niets aan het recht op afstammingsgegevens. Kinderen die door middel van kunstmatige inseminatie met donorzaad van een onbekende donor zijn verwekt hebben op grond van de Wdcb recht op afstammingsinformatie. Indien het kind zestien jaar is kan hij/zij op grond van artikel 3 lid 2 Wdcb aan de Stichting donorgegevens vragen om persoonsidentificerende gegevens van de donor. Indien echter de moeder gebruik heeft gemaakt van zelf-inseminatie met zaad van een al dan niet bekende donor of via kunstmatige inseminatie in het buitenland, valt dit niet onder het regime van de Wdcb. Een donorkind die twee moeders heeft, is voor verkrijging van de gegevens volledig afhankelijk van zijn duomoeders. Indien de belangen van de verschillende partijen (kind, juridische ouder(s), biologische ouder) botsen, kan het conflict worden voorgelegd aan de rechter. De rechter zal op grond van de concrete omstandigheden van het geval een belangenafweging maken.

Geconcludeerd kan worden dat er een groot onderscheid bestaat met betrekking tot het recht op afstammingsgegevens indien gebruik is gemaakt van een onbekende dan wel bekende spermadonor. Voor wat betreft de onbekende spermadonor is de afstammingsinformatie veiliggesteld in de Wdcb. Indien de moeders gebruik hebben gemaakt van een bekende spermadonor, kunnen zij deze gegevens voor het kind verborgen houden. Hier schiet het recht tekort.

In Zweden is duomoederschap alleen mogelijk indien gebruik is gemaakt van een onbekende spermadonor.¹⁴¹ De kunstmatige bevruchting mag enkel en alleen plaatsvinden in door de overheid gefinancierde Zweedse ziekenhuizen.¹⁴² Indien het kind is verwekt met zaad van een bekende spermadonor kan de man juridisch vader van het kind worden door middel van

¹³⁹ Stb. 2013, 480.

¹⁴⁰ HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.

¹⁴¹ Saarloos *FJR* 2007/60, p. 6.

¹⁴² Regeringens proposition 2004/05: 137, p.39.

erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.¹⁴³ Nederland heeft er niet voor gekozen om het duomoederschap op deze manier te reguleren. Dit komt mede vanuit het uitgangspunt van bescherming van de feitelijke verzorgings- en opvoedingssituatie.¹⁴⁴

7.3 Aanbevelingen

Om aan te tonen dat de spermadonor enkel de spermadonor is en niet de verwekker acht ik het van groot belang dat er een donorcontract wordt opgesteld. Indien vast ligt dat de spermadonor enkel de spermadonor is en niet de verwekker, voorkomt hij hiermee ook dat de moeder van het kind de spermadonor onderhoudsplichtig stelt. Indien dit niet vast ligt in een donorcontract is het zeer moeilijk voor de spermadonor om te bewijzen dat hij enkel de spermadonor is en niet de verwekker, dit blijkt ook uit een zaak van de Hoge Raad.¹⁴⁵ Van belang is dat de spermadonor dit op schrift laat stellen en dit niet enkel mondeling overeenkomt. Tevens beveel ik aan om de gang naar de notaris te maken om daar een authentieke akte op te laten stellen. Een notarieel donorcontract geeft dwingendrechtelijk bewijs. Dit is van wezenlijk belang, zowel ter bescherming van de rechten van de moeder(s), als ter bescherming van de rechten van de spermadonor.

Indien de geboortemoeder toestemming voor erkenning aan de bekende spermadonor heeft gegeven, terwijl het de bedoeling was dat de duomoeder het kind zou erkennen, biedt artikel 1:205 BW geen grond voor vernietiging van de erkenning. De bekende spermadonor is namelijk de biologische vader en een erkenning kan niet worden vernietigd indien de erkenning is verricht door de biologische vader.¹⁴⁶ De rechtbank Gelderland heeft echter aangevoerd dat een dergelijke erkenning wel degelijk kan worden vernietigd op grond van artikel 3:44 BW.¹⁴⁷ Indien de toestemming tot erkenning aan de biologische vader door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, kan deze op grond van artikel 3:44 BW worden vernietigd. Het geven van de toestemming van de moeder tot erkenning wordt namelijk gezien als een rechtshandeling. Ik beveel dan ook aan om deze lijn voort te zetten in de jurisprudentie. Artikel 1:205 BW is namelijk beperkt en niet van toepassing op de situatie indien de duomoeder de erkenning, die is gedaan door de spermadonor, wil vernietigen. Artikel 3:44 BW biedt deze mogelijkheid wél voor de duomoeder. Op deze manier wordt aan de duomoeder hetzelfde recht toegekend als aan de bekende spermadonor.

¹⁴³ Saarloos, *FJR* 2007/60, p. 7.

¹⁴⁴ Commissie Kalsbeek 2007 p. 38

¹⁴⁵ HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2250.

¹⁴⁶ Vonk, *REP* mei 2014.

¹⁴⁷ Rechtbank Gelderland, 27 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6429.

Om inzicht te krijgen in het feit of er door de duomoeders sinds de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap meer gebruik wordt gemaakt van een onbekende spermadonor dan wel van een bekende spermadonor, beveel ik aan om dit te monitoren. Aan de hand van de rechtspraak kan dit in beeld worden gebracht. Ik beveel aan om twee jaar na de inwerkingtreding van de Wet lesbisch ouderschap een eerste overzicht in kaart te brengen. Bij een gehuwd lesbisch stel of bij een lesbisch stel dat een geregistreerd partnerschap met elkaar is aangegaan is het van belang of er gebruik is gemaakt van een onbekende dan wel bekende spermadonor. Indien het stel gebruik heeft gemaakt van een bekende spermadonor wordt de niet-biologische ouder op grond van artikel 1:198 BW niet van rechtswege juridisch ouder. Is het enkel theorie dat hierdoor meer gebruik zal worden gemaakt van een onbekende spermadonor, of is dit ook in de praktijk? Door dit te monitoren kan dit in kaart worden gebracht.

Indien door gehuwde duomoeders of duomoeders die een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan, gebruik is gemaakt van een bekende spermadonor, wordt de niet-biologische ouder op grond van artikel 1:198 BW niet van rechtswege juridisch ouder. Om bij een gehuwd lesbisch stel geen onderscheid te maken tussen een bekende en onbekende spermadonor, beveel ik aan om de verklaring waarin de bekende spermadonor stelt geen rol als ouder op zich te willen nemen, gelijk te stellen aan de verklaring van de Stichting donorgegevens zoals bedoeld in artikel 1:198 sub b BW. Indien vooraf duidelijk is dat de bekende spermadonor geen enkele rol op zich wil nemen en hij bereid is om dit te verklaren, biedt deze verklaring een uitkomst voor gehuwde duomoeders die wel gebruik willen maken van een bekende spermadonor.¹⁴⁸

De Wet lesbisch ouderschap heeft onder andere geleid tot een versterking van de juridische positie van de bekende spermadonor. Tevens is ook de juridische positie van de duomoeder versterkt. Er dient echter ook geconcludeerd te worden dat de Wet lesbisch ouderschap niet voor alles een oplossing biedt, met name op het gebied van afstammingsgegevens schiet het recht tekort.

¹⁴⁸ Vonk & Bos, *F&R* augustus 2012.

Literatuurlijst

Boeken

Doek & Vlaardingerbroek 2009

J.E. Doek & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdzorg*, Amsterdam: Elsevier juridisch 2009.

Gerritse 2012

H.A. Gerritse, *Praktijkgids Familie- en jeugdrecht*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2012.

Ijzermans & Van Schaaijk 2007

M.G. Ijzermans & G.A.F.M. van Schaaijk, *Oefening baart kunst*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Jansen 2010

H. Jansen, *Langstlevende echtgenoot, erven en fiscus*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Raak-Kuiper 2007

J.A.E van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie*, Nijmegen: WLP 2007.

Vlaardingerbroek e.a. 2011

P. Vlaardingerbroek e.a, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Tijdschriftartikelen

Forder 2010

C. Forder, 'Moederschap van rechtswege en erkenning door een vrouw. Ontwerp-wetsvoorstel lesbisch ouderschap regelt nog meer gelijkheid voor iedereen', *B&R* 2010, nr. 3/4.

Gubbels 2010

E. Gubbels, 'Waarvan akte', *B&R* 2010, nr. 10.

Hendriks 2014

A. Hendriks, 'Mag een spermadonor bepalen wie zijn zaad krijgt?', *NJB* 2014/415.

Jänterä-Jareborg 2006

M. Jänterä-Jareborg, 'Sweden: Lesbian couples are entitled to assisted fertilisation and to equal rights of parentage', *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2006.

Mulders 2011

L.A. Mulders, 'Is de positie van de verwekker in het afstammingsrecht toe aan verandering?', *FJR* 2011/73.

Nuytinck 2008

A.J.M. Nuytinck, 'Het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind', *AA* 2008/0133.

Nuytinck 2009

A.J.M. Nuytinck, 'Biologisch vader of verwekker?', *AA* 2009/0561.

Nuytinck 2013

A.J.M. Nuytinck, 'Bijkomende omstandigheden voor ontvankelijkheid verzoek spermadonor tot vaststelling omgangsregeling', *AA* 2013/0044.

Quik-Schuijt 2013

N. Quick-Schuijt, 'Afstammen van twee moeders', *NJB* 2013/293.

Van Raak-Kuiper 2008

J.A.E. van Raak-Kuiper, 'De donor en zijn vaderrol, een roze wolk?', *FJR* 2008/96.

Saarloos 2007

K.J. Saarloos, 'Duo-moederschap: op de grens van afstamming en adoptie', *FJR* 2007/60.

Vonk 2003

M. Vonk, 'Een, twee of drie ouders? Duo-moeders en de bekende donor met family life', *FJR* 2003.

Vonk 2009

M. Vonk, 'Lesbisch ouderschap en het afstammingsrecht: een, twee of toch drie ouders?', *FJR* 2009/105.

Vonk & Bos 2012

M. Vonk en H. Bos, 'Duo-moederschap in Nederland vanuit juridisch en ontwikkelingspsychologisch perspectief', *F&R* augustus 2012.

Vonk 2013

M. Vonk, 'Een huis voor alle kinderen', *NJB* 2013/2011.

Vonk 2014

M. Vonk, 'Duomoederschap anno 2014', *REP* 2014, nr. 3.

Rapporten

Antokolskaia 2014

Antokolskaia e.a. *Meeroudergezag: een oplossing voor kinderen met meer dan twee ouders?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Forder 2009

C. Forder, '*Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder*' (Eindrapport in opdracht van het Ministerie van Justitie) 2009.

Kalsbeek

N.A Kalsbeek, 'Rapport Lesbisch Ouderschap' (Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie), Den Haag 31 oktober 2007.

Loozen e.a. 2014

S. Loozen e.a., *In wat voor gezin worden kinderen geboren?*, Den Haag: Centraal Bureau voor de Statistiek, juni 2014.

Rechtspraak

Rechtbank Breda 19 november 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BM7254.

Rechtbank Zutphen 3 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX3557.

Rechtbank Gelderland 27 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6429.

Rechtbank Gelderland 17 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:985.

Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AV6603.

Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4575.

HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:AD1018.
HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337.
HR 16 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0032.
HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598.
HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0205.
HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7386.
HR 30 november 2007, ECLI:NL:2007:BB9094.
HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2250.
HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5798.

EHRM 7 juli 1989, ECLI:NL:XX:1989:AB9903 (Gaskin/VK).
EHRM 24 september 2002, zaaknr. 39393/98, 36 EHRR (M.G/V.K).
EHRM 1 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ0337 (Lebbink/The Netherlands).

Parlementaire documenten

Stb. 1998, 506.
Stb. 2001, 10.
Stb. 2002, 240.
Stb. 2008, 425.
Stb. 2013, 480.
Stb. 2013, 486.
Stb. 2014, 132.

Lag om insemination (1984:1140).
Regeringens proposition 2004/05: 137.

Kamerstukken I 2012/13, 33032, nr. A, p.3.
Kamerstukken I, 2012/13, 33032, nr. C, p. 13.
Kamerstukken II, 1995/96, 24649, nr. 3, p. 8. (MvT).

Kamerstukken II 2005/06, 30551, nr. 3. (MvT).
Kamerstukken II 2005/06, 30551, nr. 4, p. 3.
Kamerstukken II 2006/07, 30800, VI, nr. 60.
Kamerstukken II 2006/07, 30551, nrs. 8 en 9.
Kamerstukken II, 2011/12, 33032, nr. 3, p. 6.

Elektronische bronnen

www.eerstekamer.nl

www.rijksoverheid.nl/nieuws, 2013.