



Met zijn drieën zwanger.

De juridische positie van een wensouder(paar), de draagouders en de spermadonor.

Masterscriptie Nederlands recht – accent Privaatrecht
Personen- en familierecht scriptie circle

Februari 2009 – juli 2009

Fanny Donders
ANR: 230034

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	2
Voorwoord	4
1 Inleiding	5
1.1 De kinderwens	5
1.2 Het Nederlands afstammingsrecht	6
1.3 De centrale onderzoeksvraag	7
1.4 Methodologie van het onderzoek	8
2 De wensouder(s), de draagmoeder en de spermadonor	9
2.1 Inleiding	9
2.2 De wensouder(s)	10
2.2.1 Wensouder(s) bij het draagmoederschap	10
2.2.2 Wensouder(s) bij het inschakelen van een spermadonor	11
2.3 De draagmoeder / draagouders	12
2.4 De spermadonor	13
2.5 Conclusies	14
3 Het draagmoederschapcontract	15
3.1 Inleiding	15
3.2 Huidige regelgeving	16
3.2.1 Huidige regelgeving betreffende ouderschap	16
3.2.2 Overige regelgeving	17
3.2.3 Europese regelgeving	18
3.3 Dwingendrechtelijke bepalingen	18
3.4 Niet-nakoming van het draagmoederschapcontract	20
3.5 Standpunten in de literatuur	21
3.6 Conclusies	25
4 Het spermadonorcontract	26
4.1 Inleiding	27
4.2 Huidige rechtspraktijk	27
4.2.1 Huidige regelgeving betreffende ouderschap	27
4.2.2 Jurisprudentie	28
4.2.3 Overige regelgeving	30
4.2.4 Uitspraak Europees Hof	30
4.3 Dwingendrechtelijke bepalingen	31
4.4 Niet-nakoming van het spermadonorcontract	32

4.5 Standpunten in de literatuur	33
4.6 Conclusies	35
5 Rechtsvergelijking	37
5.1 Engeland en het draagmoederschap	37
5.2 Zweden en het spermadonorschap	38
6 Conclusies	39
6.1 Het draagmoederschapcontract	40
6.2 Het spermadonorcontract	40
6.3 Eindconclusie	41
7 Aanbevelingen	42
7.1 Het draagmoederschap	42
7.2 Het spermadonorschap	44
Literatuurlijst	46
Jurisprudentie	48

Voorwoord

Dit onderzoek is uitgevoerd in het kader van de masterscriptie voor de master Nederlands recht accent privaatrecht, met als accentvak Personen- en Familierecht I (afstammingsrecht).

De scriptie is geschreven in een circle samenstelling binnen de sectie personen- en familierecht met vier medestudenten en onder begeleiding van vier begeleiders van de vakgroep. Het overkoepelende thema van de circle was 'zelfregulering binnen het personen- en familierecht'. Ik heb mij in dit onderzoek gericht op de zelfregulering van partijen bij het aangaan van een draagmoederschap- of spermadonorcontract. De andere vier studenten hebben zich bezig gehouden met de volgende onderwerpen: zelfregulering in het personen- en familierecht in het algemeen, scheiden zonder rechter, het ouderschapsplan en het samenlevingscontract. Ik heb het al erg prettig ervaren om mijn scriptie te schrijven in de circle samenstelling. Met name om vanuit verschillende hoeken feedback te ontvangen en toch min of meer gebonden te zijn aan deadlines.

Ik zou dan ook graag de vier mede-scriptiecircle-studenten willen bedanken voor de feedback gedurende de gehele periode en eveneens de begeleiders van de vakgroep.

In het bijzonder wil ik graag Christel van der Kop bedanken voor haar inzet en feedback op mijn scriptie gedurende het hele proces.

1 Inleiding

“*Gentse ouders verkopen baby aan Nederlands stel*”.¹ Zo luidde een krantenkop in de Nederlandse krant De Pers in november 2008. Men spreekt van een tweede Baby Donna. Opnieuw werd een kind, baby Jayden, zomaar ‘verkocht’ alsof het een voorwerp is. De wensouders hebben op het parkeerterrein van het ziekenhuis waar Jayden geboren is het baby’tje in ontvangst genomen en vervolgens zelf, als zijnde de ouders, het kind laten registreren in de registers van de burgerlijke stand in Gent.² In de Baby Donna zaak hadden de biologische vader van Donna en zijn vrouw een draagmoeder ingeschakeld om hun kinderwens in vervulling te laten gaan. Toen het Belgisch wensouderpaar ruzie kreeg met de draagmoeder, heeft de draagmoeder Donna te koop aangeboden op het internet en vervolgens ook verkocht, aan een Nederlands paar. Na een jarenlange strijd om Donna heeft de rechtbank in Utrecht besloten dat Donna bij haar pleegouders mag blijven.³ Staan de wensouders nu met lege handen? Op 25 november 2008, op inmiddels driejarige leeftijd van Donna, besloot het Gerechtshof in Amsterdam dat de biologische wensvader recht heeft op omgang met Donna. Het Hof achtte echter het vaststellen van een omgangsregeling op dat moment in strijd met de zwaarwegende belangen van Donna. Donna moet eerst op zorgvuldige wijze en met deskundige hulp op de hoogte worden gebracht van haar ontstaansgeschiedenis alvorens er een omgangsregeling vastgesteld kan worden, aldus het Hof.⁴

“*Spermadonor eist vaderrol op*”.⁵ Zo luidde een krantenkop in de Volkskrant eveneens in 2008. Een stel met een kinderwens dat een spermadonor inschakelde om de wens in vervulling te kunnen laten gaan, wordt later alsnog geconfronteerd met een vaderrol van de spermadonor.

In dit hoofdstuk zal het centrale onderwerp van dit onderzoek worden ingeleid, de centrale onderzoeksvraag zal worden geformuleerd en er zal worden aangegeven hoe deze vraag beantwoord zal worden.

1.1 De kinderwens

Het lijkt de normaalste zaak van de wereld dat men zich kan voortplanten. Toch is dit in vele gevallen lang niet zo vanzelfsprekend. Ouders willen ondanks vruchtbaarheidsproblemen aan een of beider zijden soms toch graag dat het kind iets ‘eigens’ heeft. Naast het adopteren van een kind, biedt de medische wetenschap wensouders steeds meer mogelijkheden om de kinderloosheid te bestrijden met moderne (kunstmatige) voortplantingstechnieken waarbij van een of beide ouders genetisch materiaal wordt gebruikt. In geval van adoptie is er sprake van een kind van een ander ouderpaar waardoor het

¹ De Pers 2008.

² Rechtbank Utrecht, 27 november 2008, *LJN BG5827*.

³ Rechtbank Utrecht 7 mei 2008, *LJN BD1068*.

⁴ Hof Amsterdam, 25 november 2008, *LJN BG5157*.

⁵ Vermeulen 2008.

begrijpelijk is dat wensouders eerder zullen kiezen voor een van de voortplantingstechnieken in plaats van voor adoptie.⁶

Door de ontwikkeling van de medische wetenschap worden deze technieken steeds verder uitgebreid.⁷ De belangrijkste kunstmatige voortplantingstechnieken die we kennen zijn: kunstmatige donorinseminatie, kunstmatige eiceldonatie, in vitro fertilisatie (IVF) en embryodonatie. Daarnaast is ook het draagmoederschap van belang ondanks dat het eigenlijk geen kunstmatige voortplantingstechniek is⁸, met uitzondering van hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij gebruik wordt gemaakt van IVF. In dit onderzoek zal voornamelijk worden ingegaan op het contracteren met een draagmoeder en een spermadonor. In plaats van met twee, wordt er dan met drie personen een zwangerschap tot stand gebracht. Er zijn dan ook drie personen die bepaalde belangen hebben. Om de betrokken partijen aan de gemaakte afspraken te houden, wordt er veelal een contract opgesteld. Het is echter de vraag of contracteren in dit soort situaties mag. Er mag namelijk geen strijd ontstaan met artikel 3:40 BW dat aangeeft dat rechtshandelingen in het algemeen niet in strijd mogen zijn met de goede zeden of orde.

Er is gekozen om het contracteren bij deze twee voortplantingstechnieken uit te werken, omdat er sprake is van een derde bij de zwangerschap en de periode van het onderzoek te kort is om eveneens in te gaan op de kunstmatige eiceldonatie en de embryodonatie. Zoals later in dit onderzoek zal blijken, liggen de belangen van de betrokken partijen en de rechtsgevolgen bij de gekozen voortplantingstechnieken uiteen, waardoor het mij interessant leek juist deze twee nader te onderzoeken.

In de volgende paragraaf zal kort worden ingegaan op het Nederlandse afstammingsrecht. Dit is van belang omdat een aantal bepalingen binnen het afstammingsrecht dwingendrechtelijke bepalingen zijn waardoor de grenzen van de contractsvrijheid beperkt worden. Hier kan men in de praktijk niet van afwijken dus in beginsel ook niet in een contract. Hier zal bij de bespreking van het draagmoederschap- en spermadonorcontract uitgebreid op terug worden gekomen.

1.2 *Het Nederlands afstammingsrecht*

Het Nederlands afstammingsrecht wordt beheerst door diverse regels die voornamelijk zijn neergelegd in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De meeste bepalingen in Boek 1 BW zijn dwingendrechtelijke bepalingen. Dat wil zeggen dat hiervan niet door een betrokkene mag worden afgeweken. Het is mogelijk om in een overeenkomst af te wijken van deze bepalingen, maar dan kunnen er problemen rondom de afdwingbaarheid ontstaan als een van de partijen het contract weigert na te komen.

Een voorbeeld van een bepaling van dwingend recht uit Boek 1 BW is artikel 1:198 BW dat aangeeft dat *een moeder van een kind is de vrouw uit wie het kind geboren is of de vrouw die het kind geadopteerd heeft*. Van dit artikel mag in een contract niet worden afgeweken. Dwingend recht is op twee

⁶ Vlaardingerbroek 2003, p.171.

⁷ Van Raak 2007, p. 55.

⁸ Vlaardingerbroek 2003, p. 171.

manieren te onderscheiden van aanvullend recht.⁹ In het eerste geval kan er uit de bewoordingen van de bepaling afgeleid worden of het wel of niet om dwingend recht gaat. Daarnaast zijn bepalingen die strijd met een rechtshandeling opleveren of een overeenkomst nietig dan wel vernietigbaar verklaren, dwingend recht. Ook wanneer de wet bepaalt dat een bepaalde overeenkomst een strafbaar feit oplevert, is er sprake van dwingend recht.

Is het vastleggen van een draagmoederschapcontract dan wel mogelijk binnen ons rechtsstelsel? En hoe zit dit met een spermadonorcontract? Bestaan er voor wensouderparen wel mogelijkheden om afspraken in contracten vast te leggen betreffende hun kinderwens? Van artikel 1:198 BW kan bijvoorbeeld niet worden afgeweken. Hoe kan een wensmoeder dan juridisch moeder worden bij een draagmoederschapcontract? In dit onderzoek zal de zelfregulering binnen het afstammingsrecht centraal staan op het gebied van draagmoederschap- en spermadonorcontracten.

De wensouders willen samen met de draagmoeder of spermadonor een kind ter wereld brengen. Zoals in deze paragraaf al werd aangegeven komen er bij het contracteren omtrent het draagmoederschap of spermadonorschap dwingendrechtelijke bepalingen in beeld waarbij met name de afdwingbaarheid op gespannen voet komt te staan. Dit leidt daarom tot de in de volgende paragraaf geformuleerde onderzoeksvraag.

1.3 De centrale onderzoeksvraag

De vraag die in dit onderzoek centraal zal staan is *of een draagmoederschap- of spermadonorcontract kan leiden tot meer rechtszekerheid voor de wensouder(s) en de draagmoeder of de spermadonor en hoe deze positie, indien noodzakelijk, versterkt zou kunnen worden*. Voornamelijk zullen de juridische posities van partijen bij deze contracten bekeken worden. Om na te kunnen gaan hoe sterk de juridische positie van elke partij is, zal er eerst aan de hand van voornamelijk jurisprudentie uiteen gezet worden wat elke partij belangrijk vindt in zijn of haar positie. De jurisprudentie biedt namelijk een overzicht van punten waar partijen het oneens over kunnen zijn, wat elke partij belangrijk vindt en wat men wenst te bereiken met de procedure.

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden zullen beide contracten apart behandeld worden. De gevolgen bij de twee contracten zijn namelijk verschillend. In beide gevallen zal er genetische verwantschap bestaan met het kind en er zal daarom onderzocht worden in hoeverre dit van belang is bij het opstellen van een contract omtrent de kinderwens van partijen.

Bij beide contracten zal er eerst een korte inleiding volgen. Vervolgens wordt er uiteengezet hoe juridisch ouderschap ontstaat, omdat dit van belang is te weten alvorens er kan worden nagegaan of contracteren bij draagmoederschap of spermadonorschap mogelijk is en aan welke bepalingen partijen gehouden zijn. Het afstammingsrecht neemt een belangrijke plaats in bij het contracteren over het draagmoederschap of spermadonorschap. Zoals in de vorige paragraaf al werd aangehaald, kan dit

⁹ Loth 2001, p. 14.

namelijk de contractsvrijheid van partijen beperken. Vervolgens zal er gekeken worden naar wat de Nederlandse wetgeving nog meer kent omtrent het draagmoederschap of spermadonorschap waar partijen rekening mee moeten houden in het contract. Daarna zal er kort worden aangehaald of er Europese wetgeving van toepassing is die doorwerkt in de lidstaten als het gaat om draagmoederschap. Bij het spermadonorschap zal er een uitspraak van het Europees Hof worden besproken, omdat de uitspraak eveneens doorwerkt in de nationale wetgeving.

Daarna zal besproken worden in hoeverre er dwingend rechtelijke bepalingen uit Boek 1 BW en andere van belang zijnde bepalingen kunnen worden aangetast in het betreffende contract om de grenzen van de contractsvrijheid van partijen helder te krijgen.

Vervolgens zal er per contract gekeken worden naar de problemen die kunnen ontstaan wanneer een van de partijen het contract niet nakomt en naar mogelijkheden om de contracten dan toch te kunnen effectueren. Daarna zal er besproken worden wat de standpunten zijn in de literatuur over beide onderwerpen.

Tenslotte zal er bij elk contract tevens een korte rechtsvergelijking worden gemaakt met een ander land in een apart hoofdstuk. Bij het draagmoederschapcontract zal er gekeken worden naar Engeland, omdat men daar wetgeving over het draagmoederschap kent. Er zal bekeken worden hoe men dit in Engeland geregeld heeft om uiteindelijk na te kunnen gaan of dit de eventuele rechtszekerheid van partijen in Nederland zou kunnen versterken. Voor het spermadonorcontract wordt een uitstapje gemaakt naar Zweden. In Zweden heeft men de anonimiteit van de spermadonor al enige jaren geleden afgeschaft. Tevens heeft de Zweedse wetgever voorwaarden gesteld aan de mogelijkheid om zich te laten insemineren met sperma. Zou deze constructie de Nederlandse partijen bij een spermadonorcontract eventueel meer rechtszekerheid kunnen bieden?

Uiteindelijk zullen in hoofdstuk 6 en 7 de conclusies en aanbevelingen van het onderzoek volgen aan de hand van de bevindingen in de eerdere hoofdstukken.

Nu in deze paragraaf uiteen is gezet hoe het onderzoek opgebouwd zal worden, zal in de volgende paragraaf besproken worden wat de methodologie van het onderzoek zal zijn.

1.4 *Methodologie van het onderzoek*

Het onderzoek zal voornamelijk bestaan uit een literatuurstudie en een jurisprudentieonderzoek. Kort zal er een rechtsvergelijking worden gemaakt, om na te gaan of de Nederlandse wetgever ideeën zou kunnen opdoen uit de wetgeving in deze landen. De centrale vraag luidt of er naar de huidige Nederlandse wetgeving meer rechtszekerheid aan partijen kan worden geboden door het opstellen van een contract en hoe deze rechtszekerheid eventueel versterkt zou kunnen worden. Het is in het kader van het onderzoek interessant om te bekijken hoe een ander land om gaat met deze onderwerpen, maar dan met de bedoeling om eventueel ideeën op te doen als blijkt dat het draagmoederschap- of spermadonorcontract partijen niet voldoende rechtszekerheid biedt. Een volledige rechtsvergelijking wordt daarom buiten beschouwing gelaten.

In eerste instantie is het onderzoek gericht op het opsporen van relevante gegevens en daarnaast op het ordenen en categoriseren daarvan. Uiteindelijk zal dit leiden tot de beantwoording van de hoofdvraag aan de hand van een tweedeling. De keuze om een tweedeling te maken is gemaakt omdat bij beide contracten weer andere artikelen uit Boek 1 BW een rol spelen waardoor het antwoord op de centrale vraag anders kan zijn. Op deze manier moet de beantwoording van de centrale vraag overzichtelijk gemaakt worden en uiteindelijk kunnen leiden tot een eindconclusie.

In het volgende hoofdstuk zal eerst, voornamelijk aan de hand van jurisprudentie, worden besproken wat de belangen van de betrokken partijen zijn. Het belang van het kind wordt echter buiten beschouwing gelaten in het onderzoek, omdat het kind geen contractspartij is. Er zal alleen gekeken worden naar de belangen van de partijen die daadwerkelijk bij het contract betrokken zijn.

2 De wensouder(s), de draagmoeder en de spermadonor

2.1 Inleiding

Voor ouders die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen, bieden de ontwikkelingen in de medische wetenschap steeds meer uitkomst. Zoals in het vorige hoofdstuk al werd aangehaald, zal er in dit onderzoek ingegaan worden op het gebruiken van een draagmoeder en het zaad van een spermadonor om de kindwens in vervulling te laten gaan. Om na te kunnen gaan of de posities van de betrokken partijen in de huidige rechtspraak voldoende rechtszekerheid bieden, moet er eerst gekeken worden wat elke partij belangrijk vindt en waarover in de praktijk conflicten kunnen ontstaan. Pas daarna zal bekeken kunnen worden of deze belangen in de huidige praktijk voldoende gewaarborgd worden. Aan de hand van voornamelijk jurisprudentie zal uiteen gezet worden waar de geschilpunten tussen partijen liggen. Hieruit kan men afleiden wat partijen belangrijk vinden; anders zouden partijen er immers niet over procederen. Dit hoeft niet per definitie te gaan om geschilpunten tussen partijen, maar kan ook gaan over de ontheffing uit het gezag van de draagmoeder waarvoor de wetgever een gang naar de rechter voorschrijft, zoals in de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar op 29 oktober 2008¹⁰. Bij het draagmoederschap spelen de belangen van de wensouders, de draagmoeder en haar eventuele gehuwde partner een rol en bij het spermadonorcontract de belangen van de wensouders en de spermadonor.

In de volgende paragrafen zullen de belangen van de betrokken partijen apart worden besproken.

¹⁰ Rechtbank Alkmaar, 29 oktober 2008, *LJN BG 8903*.

2.2 De wensouder(s)

Wanneer het voor de wensmoeder niet mogelijk is om via de natuurlijke weg zwanger te worden, kan het inschakelen van een draagmoeder uitkomst bieden. Dit geldt eveneens voor twee mannen met een kinderwens. Aan de andere kant kan het ook de wensvader zijn wiens sperma niet geschikt is om de wensmoeder zwanger te maken. Het kan ook gaan om een lesbisch stel dat graag een kind wenst. In deze gevallen kan het inschakelen van een spermadonor uitkomst bieden.

De wensouders zullen een derde partij inschakelen, met als doel dat zij straks met zijn tweeën het kind op zullen voeden, zonder de draagmoeder of de spermadonor. Daartegenover zullen zij de draagmoeder of spermadonor een onkostenvergoeding bieden. Niet langer nemen twee mensen de beslissing over het verwekken van een kind, maar drie. Met zijn drieën wordt een zwangerschap tot stand gebracht.

Als eerste zullen de belangen van de wensouder(s) bij het draagmoederschap worden besproken, daarna die van de wensouder(s) bij het inschakelen van een spermadonor.

2.2.1 Wensouder(s) bij het draagmoederschap

De wensouders zullen een draagmoeder inschakelen om hun kinderwens in vervulling te laten gaan. In de meeste gevallen zal de wens hiertoe uitgaan van een onvruchtbaar paar of een paar waarvan de vrouw grote medische risico's loopt als zij zwanger wordt.¹¹ Het is eveneens denkbaar dat twee mannen of een alleenstaande man gebruik maakt van een draagmoeder.¹² De wensouders willen juridisch ouder worden van het kind en het zo snel mogelijk¹³ na de geboorte op nemen in het gezin. De wensouders spreken met de draagmoeder af dat het kind na de geboorte zal worden afgestaan aan de wensouders.¹⁴

Om juridisch ouder te worden naar huidig recht, zullen de wensouders de voogdij over het kind moeten verzoeken. Pas nadat zij het kind ten minste een jaar hebben opgevoed kunnen zij een verzoek indienen om het kind te adopteren, artikel 1:228 lid 1 sub f BW. In de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar op 29 oktober 2008 bestaat er tussen de draagouders (de draagmoeder en haar man) en de wensouders geen conflict, maar wordt er verzocht om de draagouders uit het gezag over het kind te ontheffen en de voogdij toe te kennen aan de wensouders. In deze uitspraak zijn de belangen van de wensouders duidelijk zichtbaar, namelijk kort gezegd: het in vervulling laten gaan van de kinderwens en het zo snel mogelijk na de geboorte opnemen van het kind in het gezin. Concreet gezegd komt dit laatste neer op het afstaan van het kind door de draagmoeder aan de wensouders en het verzoek om de draagmoeder te ontheffen uit het ouderlijk gezag.

In de zaak van Baby Donna zijn er wel conflicten ontstaan tussen de draagmoeder en de wensouders. De draagmoeder heeft zelfs het kind afgestaan na de geboorte aan een ander ouderpaar

¹¹ Vlaardingerbroek 2003, p. 172.

¹² Vlaardingerbroek 2003, p. 172.

¹³ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹⁴ Schoots, Van Arkel en Dermout 2004, p. 189.

dan de wensouders. In de uitspraak van de Rechtbank Utrecht op 7 mei 2008¹⁵ heeft de Rechtbank Utrecht besloten dat Donna bij haar pleegouders mag blijven. Uiteindelijk hebben de wensouders van het Gerechtshof in Amsterdam op 25 november 2008¹⁶ te horen gekregen dat de biologische wensvader recht heeft op een omgangsregeling met Donna nadat zij op zorgvuldige wijze en met deskundige hulp op de hoogte is gebracht van haar ontstaansgeschiedenis. Uit deze uitspraak komt naar voren dat zelfs wanneer het kind niet bij de wensouders mag verblijven, de wensouders er toch belang bij kunnen hebben een omgangsregeling met het kind te krijgen.

Het is aan de andere kant eveneens denkbaar dat als blijkt dat het kind bijvoorbeeld gehandicapt is, de wensouders het kind niet meer willen opnemen in het gezin.¹⁷ Een wensouderpaar zou er in dat geval belang bij kunnen hebben het kind niet te aanvaarden.

Voor de wensouders bij draagmoederschap is het dus in beginsel van belang dat zij het kind na de geboorte kunnen opnemen in het gezin als ware het hun eigen kind en (zo snel mogelijk) het juridisch ouderschap over het kind kunnen verkrijgen, zonder al te veel problemen en belasting met procedures. Daar staat lijnrecht tegenover dat een wensouderpaar zich kan bedenken als het kind bijvoorbeeld gehandicapt blijkt te zijn en het kind dan niet meer wil opnemen in het gezin. In de volgende subparagraaf zal bekeken worden wat de belangen van de wensouders zijn bij het inschakelen van een spermadonor.

2.2.2 *Wensouder(s) bij het inschakelen van een spermadonor*

Net zoals bij het inschakelen van een draagmoeder zullen de wensouders een spermadonor inschakelen om hun kinderwens in vervulling te laten gaan.

Het belang van de wensouders is er in gelegen om het juridisch ouderschap over het kind te verkrijgen en het kind na de geboorte zelf op te voeden, zonder bemoeienis van de spermadonor. Dit blijkt ondermeer uit de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam op 21 september 2006.¹⁸ Het Hof heeft daarin uitspraak gedaan over recht op een omgangsregeling van de spermadonor met het kind. In deze uitspraak komen tevens de belangen van de wensmoeder naar voren. De wensmoeder was in deze zaak een alleenstaande lesbische vrouw die een vriendschappelijke band had met een homoseksuele man. De man besloot zijn sperma af te staan aan de vrouw zodat de vrouw zwanger kon worden. Volgens de vrouw lag het in de lijn der verwachtingen dat zij en de man na de geboorte van het kind ook veel tijd samen door gingen brengen. Haar wens was dat zij zelf het kind zou opvoeden, maar dat de man een dag in de week voor het kind zou gaan zorgen. De man was echter in de veronderstelling dat zij het kind gingen opvoeden in een co-ouderschapregeling. Hier botsten de belangen van partijen. De vrouw wil namelijk dat het kind één dag per week naar de man gaat zonder verdere bemoeienis in de opvoeding. De man wenst echter wel degelijk betrokken te worden bij de opvoeding van het kind. De vrouw heeft

¹⁵ Rechtbank Utrecht, 7 mei 2008, *LJN BD1068*.

¹⁶ Hof Amsterdam, 25 november 2008, *LJN BG5157*.

¹⁷ Heida en Van der Steur 2001, p. 212.

¹⁸ Gerechtshof Amsterdam, 21 september 2006, *LJN AZ9582*. De Hoge Raad heeft over deze uitspraak in cassatie geoordeeld op 30 november 2007, *LJN BB9094*.

bewust gekozen voor deze man als vader van haar kind en wilde het kind ook niet onthouden van contact met de biologische vader, maar zij wenste dat dit contact beperkt bleef tot een dag per week.

De belangen van de wensouders komen eveneens naar voren uit een uitspraak van de Hoge Raad op 11 april 2008.¹⁹ De feiten waren in deze zaak als volgt: de wensouders, een lesbisch stel, hadden een spermadonor ingeschakeld om hun kinderwens in vervulling te laten gaan. De spermadonor verzocht om een omgangsregeling met het kind en de beide wensmoeders verzetten zich hiertegen. In diezelfde zaak heeft in het verleden ook een procedure plaatsgevonden waarin de spermadonor verzocht om vervangende toestemming tot erkenning.²⁰ De moeder weigerde deze toestemming te geven, omdat zij tezamen met haar vrouwelijke partner het kind wenste op te voeden.

Wanneer de wensmoeder alleenstaand is of haar vrouwelijke partner haar heeft laten zitten, is het denkbaar dat de wensmoeder er belang bij heeft dat de spermadonor een onderhoudsbijdrage betaalt voor het kind. De wetgever heeft hier echter een stokje voor gestoken, omdat de donor geen verwekker is. Volgens artikel 1:394 BW kan namelijk alleen de verwekker of de man die als levensgezel van de vrouw heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot het gevolg heeft gehad, aangesproken worden te voorzien in kosten van verzorging en opvoeding voor het kind.

De belangen van de wensouders bij het inschakelen van een spermadonor tonen veel overeenkomsten met de belangen van de wensouders bij het draagmoederschap. In beide situaties willen de wensouders juridisch ouder worden van het kind en het kind graag zelf opvoeden, zonder of met weinig bemoeienis van de draagmoeder of spermadonor. In de volgende paragrafen zal bekeken worden wat de belangen van de draagmoeder en de spermadonor zijn.

2.3 De draagmoeder / draagouders

Er kunnen verschillende redenen zijn waarom een draagmoeder een kind voor een ander zou willen dragen en baren. Volgens Vlaardingerbroek²¹ kan een draagmoeder dit doen uit naastenliefde of uit liefde voor een familielid of vriendin of de wens van de draagmoeder om zelf (nogmaals) een zwangerschap te ervaren. De eventuele gehuwde man van de draagmoeder wordt betrokken bij het draagmoederschap. Hij wordt immers juridisch vader van het kind via het huwelijk, artikel 1:199 BW. De draagmoeder en haar man worden in dit onderzoek de draagouders genoemd.

Zoals blijkt uit de eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Alkmaar op 29 oktober 2008 zullen de draagouders in beginsel de intentie hebben het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders. Vervolgens zullen zij ontheven worden uit het ouderlijk gezag met de bedoeling dat de wensouders het kind na een jaar kunnen adopteren. De draagouders hebben er dan in beginsel belang bij dat zij het kind daadwerkelijk na de geboorte kunnen afstaan.²²

¹⁹ Hoge Raad, 11 april 2008, *LJN BC3927*.

²⁰ Hoge Raad, 24 januari 2003, *NJ 2003, 386*.

²¹ Vlaardingerbroek 2003, p. 172.

²² Van den Berg en Buijssen 2004.

Anderzijds is het niet ondenkbaar dat de draagmoeder tijdens de zwangerschap dusdanig aan het kind gehecht raakt, dat zij het na de geboorte niet meer af wil staan.²³ Het belang van de draagmoeder kan hierdoor gedurende de zwangerschap veranderen. Het is daarom belangrijk dat de draagmoeder haar beslissing om een kind voor een ander te dragen in volledige vrijheid heeft genomen.²⁴ Dit lijkt logisch, maar in de context van idealistisch draagmoederschap voor bijvoorbeeld een (schoon)zus of vriendin is het niet ondenkbaar dat de draagmoeder een grote morele druk ervaart, omdat zij op de hoogte is van de tragische omstandigheden waardoor de wensmoeder onvruchtbaar is geworden.²⁵ Dit geldt eveneens voor de met haar gehuwde man.

Er zijn eveneens belangen voor de draagmoeder denkbaar als een onkostenvergoeding of haar gezondheid. Deze belangen zullen in dit onderzoek echter niet uitgebreid behandeld worden, maar slechts kort worden aangehaald. De belangrijkste reden waarom partijen een draagmoederschapcontract sluiten is namelijk om de kinderwens van de wensouders in vervulling te laten gaan. Vanuit dit belang zal dan ook voornamelijk voortgeborduurd worden in dit onderzoek.

In beginsel zal de draagmoeder er dus belang bij hebben het kind zo snel mogelijk na de geboorte af te kunnen staan aan de wensouders. Het belang van de draagouders kan tijdens de zwangerschap veranderen waardoor zij het kind niet meer wensen af te staan. Nu de belangen van de wensouders en de draagouders zijn besproken, rest enkel nog de bespreking van de belangen van de spermadonor.

2.4 *De spermadonor*

De spermadonor zal zijn sperma afstaan om de kinderwens van een ander in vervulling te laten gaan. De donor zal de intentie hebben om na het afstaan van zijn sperma niet in het leven van het kind betrokken te worden.²⁶ De wetgever komt daaraan tegemoet doordat hij ervoor heeft gezorgd dat de spermadonor niet door de moeder kan worden aangesproken om te voorzien in de kosten van levensonderhoud voor het kind, artikel 1:394 BW. De donor kan er dan tevens belang bij hebben anoniem te blijven ten opzichte van het kind zodat hij geen verantwoordelijkheden heeft ten opzichte van het kind en niet kan worden aangesproken voor een onderhoudsbijdrage.²⁷ Dit lijkt het meest te stroken met de belangen van de wensouders.

Met de invoering van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting lijkt er echter een einde te komen aan de anonimiteit van de spermadonor. Het kind heeft als gevolg van deze wet vanaf zijn zestiende recht om informatie van zijn genetische vader op te vragen. Het belang van de spermadonor om anoniem zijn sperma af te geven kan daardoor worden aangetast. Hier zal later in hoofdstuk 4 op worden teruggekomen.

²³ Van den Berg en Buijssen 2004.

²⁴ NVOG-richtlijn 1999, p. 2.

²⁵ NVOG-richtlijn 1999, p. 2.

²⁶ Oudhof 2000, p. 230.

²⁷ Oudhof 2000, p. 230.

De keerzijde van de medaille is tevens denkbaar; de spermadonor wil wel contact met het kind terwijl de moeder dat niet wil. Uit de jurisprudentie blijkt dat de spermadonor er in bepaalde gevallen toch belang bij heeft een omgangsregeling met het kind te krijgen. Bijvoorbeeld in de eerder aangehaalde uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam op 21 september 2006.²⁸ De spermadonor was in deze casus een vriend van de lesbische vrouw en had de intentie het kind samen met de moeder op te voeden in de vorm van een co-ouderschapregeling. Dit bleek echter niet te stroken met de bedoelingen van de moeder waardoor er een conflict ontstond tussen partijen. De spermadonor heeft in deze zaak tijdens de gehele zwangerschap al de intentie gehad om betrokken te worden in het leven van het kind. Hij heeft daarom de rechter verzocht een omgangsregeling vast te stellen.²⁹

In de eerder aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad op 11 april 2008³⁰ komt eveneens naar voren dat de spermadonor er belang bij kan hebben een omgangsregeling met het kind te verzoeken. De man had in deze zaak al een omgangsregeling met de moeder en haar vrouwelijke partner afgesproken. De man had namelijk eenmaal per drie weken omgang met het kind. Toen de moeder deze omgang tussen de spermadonor en het kind heeft beëindigd, kon de spermadonor zich daar niet mee verenigen en diende een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling in.

Uit bovenstaande komt naar voren dat de belangen van de spermadonor uiteen kunnen lopen. De spermadonor kan waarde hechten aan anonimiteit, maar hij kan er ook belang bij hebben contact te hebben met het kind. In beide aangehaalde uitspraken heeft de spermadonor contact met de moeder of contact gehad met het kind na de geboorte wanneer hij verzoekt om een omgangsregeling. Het valt buiten de beantwoording van de onderzoeksvraag om na te gaan waardoor het komt dat een spermadonor verschillende belangen kan hebben. Het vaststellen van de belangen is voldoende om tot beantwoording van de centrale vraag te moeten komen.

2.5 Conclusies

Uit bovenstaande paragrafen kunnen een aantal belangen van de betrokken partijen gedestilleerd worden. In de volgende hoofdstukken zullen deze belangen uitgangspunt van het onderzoek zijn.

De wensouders hebben er enerzijds belang bij om zo snel mogelijk na de geboorte het kind op te kunnen voeden en het juridisch ouderschap over het kind te kunnen verkrijgen met gezag. Anderzijds kunnen de wensouders er bij draagmoederschap belang bij hebben het kind niet op te willen nemen in het gezin als het kind bijvoorbeeld gehandicapt blijkt te zijn.

De draagmoeder zal er in beginsel belang bij hebben het kind zo snel mogelijk na de geboorte te kunnen afstaan aan de wensouders. De keerzijde van de medaille is dat de draagmoeder zodanig aan het kind gehecht raakt dat zij het kind niet meer af wenst te staan.

²⁸ Hof Amsterdam, 21 september 2006, *LJN AZ9582*.

²⁹ De Hoge Raad heeft op 30 november 2007 geoordeeld dat de man recht heeft op omgang als hij aantoonbaar dat er een nauwe persoonlijke betrekking tussen hem en het kind is en hij bijkomende omstandigheden kan aanvoeren.

³⁰ Hoge Raad, 11 april 2008, *LJN BC3927*.

De spermadonor kan er enerzijds belang bij hebben anoniem te blijven ten opzichte van het kind en niet aangesproken te kunnen worden voor een onderhoudsbijdrage. Anderzijds, zoals blijkt uit de aangehaalde jurisprudentie, kan de spermadonor er ook belang bij hebben een omgangsregeling met het kind te krijgen.

Nu er uiteengezet is wat de belangen van de betrokken partijen bij het tot stand komen van de zwangerschap kunnen zijn, zal er in de volgende twee hoofdstukken worden bekeken of het vastleggen van afspraken in een contract partijen meer rechtszekerheid zou kunnen bieden. Als eerste wordt het draagmoederschapcontract besproken.

3 Het draagmoederschapcontract

Nu er in het vorige hoofdstuk is besproken wat de belangen van de wensouders en draagmoeder zijn zal in dit hoofdstuk het draagmoederschapcontract uitvoerig worden besproken.

Allereerst zal er een korte inleiding worden gegeven en vervolgens zal worden ingegaan op de huidige regelgeving omtrent het draagmoederschap. Er zal daarbij gekeken worden naar de nationale regels over het afstammingsrecht, overige Nederlandse regelgeving die betrekking heeft op het draagmoederschap en Europese regelgeving, omdat deze rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse regelgeving.

Daarna zal besproken worden welke dwingendrechtelijke bepalingen in het geding kunnen komen bij het aangaan van een draagmoederschapcontract en hoe het contract kan worden afgedwongen bij niet-nakoming van de overeenkomst.

Als laatste zal worden bekeken hoe er in de literatuur gedacht wordt over het draagmoederschap om de belangrijkste discussiepunten uiteen te zetten over het onderwerp.

3.1 Inleiding

In Nederland is commercieel draagmoederschap verboden in ons Wetboek van Strafrecht in artikel 151b. De bepaling geeft een signaal af dat idealistisch draagmoederschap wel degelijk mogelijk zou moeten zijn. De wetgever heeft immers niet voorzien in een verbod daarop.

Er zijn drie soorten draagmoederschap te onderscheiden³¹, namelijk: hoogtechnologisch draagmoederschap, laagtechnologisch draagmoederschap en natuurlijk draagmoederschap. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap worden de eicel én de zaadcel van de wensouders gebruikt. De behandeling vindt dan plaats via IVF. De eicellen van de wensmoeder worden bevrucht met de zaadcellen van de wensvader. Genetisch is het kind dan verwant met beide wensouders. Bij laagtechnologisch draagmoederschap wordt de draagmoeder via kunstmatige inseminatie bevrucht met

³¹ Van Raak 2007, p. 60.

de zaadcel van de wensvader. In het geval dat de wensvader niet normaal vruchtbaar is, kunnen er zaadcellen van een donor gebruikt worden. Draagmoederschap via de natuurlijke weg spreekt voor zich; de bevruchting vindt op natuurlijke wijze plaats.

In de volgende paragraaf zal beschreven worden hoe de huidige regelgeving die betrekking heeft op het draagmoederschap eruit ziet.

3.2 *Huidige regelgeving*

Allereerst zal in deze paragraaf besproken worden hoe juridisch ouderschap ontstaat en hoe dit zich verhoudt tot het draagmoederschap. Daarna wordt besproken of er binnen de Nederlandse wetgeving elders aandacht is besteed aan het draagmoederschap en tenslotte wordt er gekeken of er Europese regelgeving is dat iets zegt over het draagmoederschap.

3.2.1 *Huidige regelgeving betreffende ouderschap*

In deze subparagraaf zal worden besproken hoe juridisch ouderschap ontstaat. Dit zal vervolgens worden toegepast op het draagmoederschap.

Juridisch moeder wordt de vrouw uit wie het kind geboren is, artikel 1:198 BW (juridisch moederschap kan eveneens ontstaan via adoptie). Volgens huidig Nederlands recht wordt dus bij draagmoederschap de draagmoeder de juridische moeder van het kind ongeacht wat partijen hierover in een draagmoederschapcontract hebben afgesproken. De wetgever heeft niet voorzien in een mogelijkheid om het moederschap te ontkennen of te vernietigen.

Wanneer de draagmoeder tijdens de bevalling gehuwd is met een man, wordt deze man van rechtswege juridisch vader van het kind, artikel 1:199 sub a BW, zelfs wanneer voor de inseminatie sperma van de wensvader is gebruikt. De echtgenoot van de draagmoeder heeft dan ingestemd met een daad door een derde die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad waardoor hij het kind niet kan ontkennen, artikel 1:200 lid 3 BW, tenzij hij niet op de hoogte was van de daad die de verwekking tot gevolg heeft gehad en er sprake was van bedrog, artikel 1:200 lid 4 BW. De draagmoeder en haar gehuwde man zijn dan dus de juridische ouders van het kind, terwijl de wensouders dit willen worden. Hieronder zal worden besproken hoe de wensouders het juridisch ouderschap in de huidige regelgeving kunnen verkrijgen.

Wanneer de draagmoeder niet gehuwd is, kan de wensvader het kind erkennen, artikel 1:203 BW, en verzoeken om het gezag ex artikel 1:253c BW. Echter, wanneer de wensouders gehuwd zijn, is hiervoor rechterlijke goedkeuring noodzakelijk, artikel 1:204 lid 1 sub e BW.³² Nadat de wensvader het kind erkend heeft en het gezag heeft verkregen, kan zijn echtgenote of partner het kind adopteren door middel van partneradoptie, artikel 1:227 lid 2 BW. Vereist is dan wel dat het paar het kind gezamenlijk ten minste

³² Rechtbank Almelo, 24 oktober 2000, *FJR* 2001, p. 91.

één jaar heeft verzorgd, artikel 1:228 lid 1 sub f BW, en dat het kind niets meer te verwachten heeft van de draagmoeder in de hoedanigheid als ouder, artikel 1:227 lid 3 BW.

Wanneer de draagmoeder wel gehuwd is, kunnen de beide wensouders enkel juridische ouders van het kind worden als zij het kind samen adopteren. Hierdoor worden alle banden tussen de draagouders en het kind verbroken en geldt tevens weer het vereiste dat het kind niets meer te verwachten heeft van de draagouders in de hoedanigheid als ouders.

De huidige wetgeving maakt draagmoederschap wel degelijk mogelijk mits het kind na het draagmoederschap door de wensvader erkend kan worden en daarna door zijn partner geadopteerd kan worden of via adoptie door de wensouders samen. De wet geeft echter een aantal termijnen waaraan voldaan moet worden. Zo moesten de wensouders ten minste drie jaren voorafgaand aan de adoptie met elkaar hebben samengeleefd, dit vereiste is echter sinds kort afgeschaft, artikel 1:227 lid 2 BW. Er geldt tevens een termijn voor de verzorgings- en opvoedjaren voor het kind. Wensouders moeten het kind samen ten minste één jaar hebben verzorgd en opgevoed, artikel 1:228 lid 1 sub f BW. Dit geldt tevens wanneer de wensvader het kind al heeft erkend en het gezag heeft en de wensmoeder het kind vervolgens wil adopteren. Alvorens een adoptieprocedure kan slagen, moeten de draagmoeder en eventueel haar echtgenoot eerst uit het gezag ontzet of ontheven worden, artikel 1:228 lid 1 sub g BW. Er bestaat in onze huidige wetgeving geen bepaling waarbij aan bovengenoemde termijnen voorbij kan worden gegaan als er sprake is van draagmoederschap. De wensouders kunnen tot één jaar na de geboorte van het kind, of in ieder geval tot na het verzorgings- en opvoedingsjaar, in onzekerheid leven over het juridisch ouderschap. Of denk bijvoorbeeld aan het geval dat wanneer de wensouders in het jaar na de geboorte van het kind overlijden. Dan blijft de draagmoeder juridisch moeder van het kind en eventueel haar echtgenoot juridisch vader terwijl dat niet de bedoeling was. Andersom kan dit ook gebeuren, namelijk wanneer de draagmoeder binnen deze termijn overlijdt. Wat zal er dan met het kind gebeuren?

Zoals uit deze subparagraaf blijkt is het voor de wensouders nog niet zo makkelijk om het juridisch ouderschap te verkrijgen. Nu kan er gekeken worden of het contract dit voor partijen makkelijker kan maken.

In de volgende subparagrafen zal eerst gekeken worden of de wetgever elders in de wet expliciet heeft stilgestaan bij het draagmoederschap waarmee partijen rekening moeten houden als ze afspraken gaan vastleggen in een draagmoederschapcontract en of Europa regelgeving kent over het draagmoederschap.

3.2.2 Overige regelgeving

Enkel in het Wetboek van Strafrecht heeft de Nederlandse wetgever bewust aandacht besteed aan het draagmoederschap.

In artikel 151b van het Wetboek van Strafrecht heeft de Nederlandse wetgever aangegeven wanneer draagmoederschap niet toegestaan is. Commercieel draagmoederschap wordt daar namelijk

strafbaar in gesteld. Idealistisch draagmoederschap lijkt heden ten dage in de maatschappij geaccepteerd te zijn. Het wordt aanvaard dat een vrouw voor een andere vrouw die zelf geen kinderen kan krijgen, draagmoeder wordt uit idealistisch standpunt.³³ Deze bepaling is opgenomen om het risico van misbruik van een draagmoeder, handel in baby's en het potentiële gevaar van psychische schade bij het kind tegen te gaan.³⁴ Dit is de enige bepaling die onze wetgeving kent over het draagmoederschap.

3.2.3 Europese regelgeving

In deze subparagraaf wordt gekeken naar Europese wetgeving over het draagmoederschap, omdat deze invloed heeft op de Nederlandse wetgeving.

Europese richtlijnen hebben invloed op de nationale wetgeving in de aangesloten lidstaten, dus ook in Nederland. De Raad van Europa heeft in beginsel de nietigheid van een draagmoederschapcontract voorop gesteld.³⁵ De Raad heeft de staten echter wel de mogelijkheid gelaten om in uitzonderlijke situaties draagmoederschap toe te staan, zij het dat deze dan bij nationale wet dienen te worden geregeld.³⁶ Zoals in subparagraaf 3.2.2 besproken heeft de Nederlandse wetgever vastgelegd dat commercieel draagmoederschap verboden is. Indirect heeft de Nederlandse wetgever daarmee aangegeven dat draagmoederschap via de regels van het afstammingsrecht wel mogelijk is. Op deze manier heeft de Nederlandse wetgever de Europese richtlijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving.

In de volgende paragraaf zal in worden gegaan op dwingendrechtelijke bepalingen die partijen kunnen aantasten bij het aangaan van een draagmoederschapcontract.

3.3 Dwingendrechtelijke bepalingen

In deze paragraaf zullen de dwingende rechten uit Boek 1 BW worden besproken die van toepassing zijn op een draagmoederschapcontract.

Allereerst is de bepaling van het juridisch moederschap van belang in artikel 1:198 BW. Van deze bepaling is naar Nederlandse recht op geen enkele mogelijkheid af te wijken. Zoals al eerder werd aangehaald, heeft de wetgever niet voorzien in een mogelijkheid tot ontkenning of vernietiging van het moederschap. Afspraken die het juridisch moederschap op een andere manier vaststellen zijn in beginsel nietig. In een draagmoederschapcontract kunnen partijen wel afspreken dat de wensmoeder na de geboorte juridisch moeder zal worden maar deze bepaling zal in de praktijk geen uitwerking hebben. De wensmoeder zal daardoor niet op de geboorteakte komen te staan als juridisch moeder. De wensmoeder zal hiervoor het kind moeten adopteren om daadwerkelijk juridisch moeder van het kind te worden.

³³ Heida en Van der Steur 2001, p. 209.

³⁴ Heida en Van der Steur 2001, p. 212.

³⁵ Raad van Europa 2006, paragraaf 2 principle 15.

³⁶ Raad van Europa 2006, paragraaf 4 principle 15.

De artikelen over adoptie, artt. 1:227 t/m 1:237 BW, spelen ook een rol bij het draagmoederschapcontract. Artikel 1:227 lid 3 BW geeft als voorwaarde dat een kind alleen geadopteerd kan worden als de adoptie in het kennelijk belang van het kind is en dat voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien is dat kind niets meer van zijn ouder of ouders in hoedanigheid van ouder(s) te verwachten heeft. Dit is een dwingendrechtelijke bepaling en daar mag in een draagmoederschapcontract in beginsel niet van worden afgeweken. Zo'n afspraak zou dan in beginsel nietig zijn. De wensouders kunnen de draagmoeder niet dwingen het kind ter adoptie af te staan na de geboorte als blijkt dat de draagmoeder zelf in staat is het kind op te voeden en er geen aanwijzingen zijn dat het kind niets meer van de draagmoeder als ouder te verwachten zal hebben in de toekomst. Andersom geldt dit ook; de draagmoeder kan de wensouders niet dwingen het kind in het gezin op te nemen als zij dit niet willen.

Hetzelfde geldt voor artikel 1:228 lid 1 sub g BW dat als voorwaarde voor adoptie stelt dat de ouder of ouders niet langer het gezag over het kind hebben. De draagmoeder en haar eventuele echtgenoot zullen niet zomaar uit het gezag over het kind ontheven of ontzet worden als daartoe geen noodzaak is. Het Hof in 's-Gravenhage³⁷ heeft echter in 1998 wel een versoepeling van deze bepaling mogelijk gemaakt bij draagmoederschap. Er vindt dan echter altijd een rechterlijke toetsing plaats.

De voorwaarden voor adoptie in de artt. 1:227 en 1:228 zijn ook dwingendrechtelijke bepalingen. De huidige Nederlandse wetgeving is op dit punt onlangs veranderd. De samenlevingstermijn in artikel 1:227 lid 2 BW geldt niet meer wanneer het kind is of wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en die ouder.³⁸ Bovendien moeten zij het kind samen tenminste één jaar hebben verzorgd en opgevoed, artikel 1:228 lid 1 sub f BW. De wetgever geeft enkel voor twee vrouwen, waarbij de ene vrouw bevalt van een kind, een uitzondering op deze verzorgings- en opvoedingstermijn voor de vrouwelijke partner van de moeder om het kind te kunnen adopteren. In alle andere gevallen geeft de wetgever hier geen uitzondering voor.

Naast dwingendrechtelijke bepalingen uit Boek 1 BW is het eveneens denkbaar dat er strijd ontstaat met mensenrechten, zoals het recht op persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam.³⁹ Kunnen de wensouders de draagmoeder bijvoorbeeld verbieden om geen geslachtsgemeenschap meer te hebben in of rond het conceptietijdvak? Of dat de draagmoeder geen lichamelijke arbeid mag verrichten tijdens de zwangerschap? Deze rechten zullen in dit onderzoek niet uitgebreid worden behandeld. Er is gekozen om voornamelijk vanuit de in hoofdstuk 2 genoemde belangen van partijen dit onderzoek voort te zetten.

In de volgende paragraaf zal worden besproken wat de juridische posities van de betrokken partijen is bij het niet-nakomen van het draagmoederschapcontract.

³⁷ Hof 's-Gravenhage, 21 augustus 1998, *FJR* 1998/293.

³⁸ Staatsblad 2008, 425.

³⁹ Heida en Van der Steur 2001, p. 214.

3.4 Niet-nakoming van het draagmoederschapcontract.

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de juridische posities van partijen bij een draagmoederschapcontract bij niet-nakoming van de overeenkomst.

Wanneer partijen afspraken vastleggen in een draagmoederschapcontract doen zij dit in beginsel om deze afspraken ook daadwerkelijk na te komen. Maar wanneer één van de partijen zich na het sluiten van het contract bedenkt, komt de afdwingbaarheid van het contract op gespannen voet te staan met de dwingende bepalingen uit Boek 1 BW.

Een bepaling die opgenomen zou kunnen worden in een draagmoederschapcontract is bijvoorbeeld dat de draagmoeder de ongeboren vrucht zal laten aborteren indien blijkt dat het een onvolwaardig vrucht is en dit in overeenstemming is met onze abortuswetgeving. Maar kunnen de wensouders de draagmoeder wel verplichten een abortus te ondergaan als de draagmoeder in bovengenoemd geval niet vrijwillig mee wil werken? Volgens de Wet afbreking zwangerschap moet de zwangere vrouw zelf het voornemen hebben om de ongeboren vrucht te laten aborteren. Deze bepaling is dwingend recht en de wensouders kunnen de draagmoeder dan ook niet dwingen de abortus te ondergaan. Deze bepaling in het contract is nietig voor zover het de afdwingbaarheid betreft en zal dus tot afdwingbaarheidsproblemen in de praktijk leiden als de draagmoeder niet vrijwillig wenst mee te werken.⁴⁰

Wanneer de draagmoeder bevallen is en tijdens de zwangerschap zodanig aan het kind gehecht is geraakt dat zij het kind niet wil afstaan aan de wensouders, staan de wensouders gedeeltelijk met lege handen. Dit is onder meer af te leiden uit eerder genoemde jurisprudentie van de Rechtbank Utrecht op 7 mei 2008⁴¹. In deze zaak heeft de draagmoeder het kind na de geboorte afgestaan aan pleegouders, niet zijnde de wensouders. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat de pleegouders 'family life' met het kind hadden opgebouwd en dat het draagmoederschapcontract nietig is. Wanneer de draagmoeder het kind niet zou hebben afgestaan aan de wensouders, maar zelf zou hebben gehouden komt dit overeen met de situatie uit bovengenoemde uitspraak. Tot op heden blijkt dan ook uit de rechtspraak dat de verplichtingen uit een draagmoederschapcontract niet zijn af te dwingen. In bovengenoemde zaak heeft de wensvader echter wel een omgangsregeling gekregen met het kind, zoals in de inleiding van dit onderzoek eveneens werd aangehaald.⁴²

Alvorens het kind geadopteerd kan worden door de wensouders, moeten de juridische ouders eerst ontheven worden uit het ouderlijk gezag, artikel 1:228 lid 1 sub g BW. In beginsel gebeurt dit alleen wanneer er sprake is van onmacht of ongeschiktheid. Dit is echter zelden het geval wanneer de draagmoeder het kind uit idealistische overwegingen voor de wensouders baart. Het Hof in 's-Gravenhage heeft op 21 augustus 1998⁴³ bepaald dat ontheffing uit het gezag van de ouders in bijzondere gevallen wel degelijk mogelijk is. Die bijzondere omstandigheden kunnen liggen in het feit dat

⁴⁰ Schoots, Van Arkel en Dermout 2004, p. 190.

⁴¹ Rechtbank Utrecht, 7 mei 2008, *LJN BD1068*.

⁴² Hof Amsterdam, 25 november 2008, *LJN BG5157*

⁴³ Hof 's-Gravenhage, 21 augustus 1998, *FJR 1998/293*.

bij de draagmoeder de wil ontbreekt om voor het kind te zorgen, in combinatie met de uitdrukkelijke wens de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van dit kind aan een ander te willen overlaten, aldus het Hof in 's-Gravenhage. Uit deze uitspraak blijkt dat alleen bij een goede verstandhouding tussen de wensouders en de draagmoeder de draagmoeder uit het gezag ontheven kan worden als er verder geen sprake is van onmacht of ongeschiktheid. Dit brengt met zich mee dat de afdwingbaarheid van het contract wederom afhankelijk is van de wil en bereidheid van de draagmoeder.

Een draagmoederschapcontract kan er uiteindelijk zelfs toe leiden dat het kind tussen wal en schip raakt wanneer de draagmoeder het kind niet wil afstaan en de wensouders het kind niet willen opnemen in het gezin als het kind bijvoorbeeld gehandicapt blijkt te zijn.⁴⁴ Naleving van het draagmoederschapcontract is immers door beide partijen niet af te dwingen. In beginsel zal de draagmoeder dan juridisch moeder van het kind blijven, maar er valt te betwisten of dit in het belang van het kind is, als de draagmoeder het kind helemaal niet op wil voeden. Het kind zou dan naar een pleeggezin kunnen gaan met de verwachting dat zij het kind na een jaar zullen adopteren.⁴⁵

Kortom, in Nederland is draagmoederschap toegestaan mits het uit idealistisch oogpunt gebeurt. Wat betreft de effectuering van het contract bij niet-nakoming door een van de partijen biedt de wetgever in de huidige wetgeving weinig mogelijkheden. Buiten een schadevergoeding op grond van contractsbreuk en een vergoeding op grond van onverschuldigde betaling, kunnen partijen de overeenkomst niet afdwingen bij de rechter. Idealistisch draagmoederschap zal voortkomen uit naastenliefde en heeft zeer waarschijnlijk veel meer de insteek om de wensouder te helpen. Wellicht dat de wetgever juist daarom weinig mogelijkheden biedt om een draagmoederschapcontract te kunnen effectueren; dat hij hiermee het idealistisch karakter van draagmoederschap wil beschermen, maar of dit in de praktijk de beste manier is, is de vraag. Volgens Van den Berg en Buijssen heeft de wetgever niet voorzien in een bepaling over het draagmoederschap omdat dit het draagmoederschap juist zal stimuleren.⁴⁶ Zij vinden dat de wetgever juist ten onrechte zijn ogen sluit voor het fenomeen draagmoederschap.

Nu er is gekeken naar de huidige rechtspraktijk over het draagmoederschap, de dwingendrechtelijke bepalingen en de afdwingbaarheid van het contract zullen in de volgende paragraaf de standpunten in de literatuur uiteen worden gezet. De discussie zal aangehaald worden om vervolgens aansluiting te kunnen zoeken bij de aangehaalde argumenten of deze juist te verwerpen.

3.5 *Standpunten in de literatuur*

In de literatuur is door verschillende auteurs geschreven over het draagmoederschap. In deze paragraaf zal per auteur uiteen gezet worden welk standpunt iedere auteur inneemt en welke aanbeveling hij of zij doet.

⁴⁴ Vlaardingerbroek 2003, p. 178.

⁴⁵ Vlaardingerbroek 2003, p. 178.

⁴⁶ Van den Berg en Buijssen 2004.

Van den Berg en Buijssen⁴⁷ geven in het artikel 'De techniek staat voor niets, nu het recht nog!' aan dat de wetgever wel degelijk zou moeten voorzien in een bepaling betreffende het draagmoederschap zeker met de toename van de technische mogelijkheden. De wetgever moet dus iets veranderen, maar wat?

Als eerste bespreken zij de versnelde adoptieprocedure bij het draagmoederschap. In het bijzonder bij hoogtechnologisch draagmoederschap achten zij dit niet wenselijk; je zou dan je 'eigen' kind moeten adopteren.⁴⁸ Een ander bezwaar dat zij aankaarten is dat rechters er, wanneer er sprake is van draagmoederschap, moeite mee kunnen hebben om de ontheffing uit het gezag van de draagmoeder uit te spreken.⁴⁹ De wetgever zou dan maar voor een oplossing moeten zorgen. Een ander tegenargument dat zij noemen om de adoptietermijn te verkorten is dat het tot discriminatie zal leiden van wensouders die geen gebruik willen maken van een draagmoeder en daarom aangewezen blijven op de ingewikkelde adoptieprocedure.⁵⁰ Als laatste tegenargument voor de versnelde adoptieprocedure geven zij aan dat het voor het onderzoek dat de Raad voor de Kinderbescherming moet uitvoeren vrijwel onmogelijk is om de termijn te verkorten. De Raad zal de adoptietijd die men nu hanteert nodig hebben om het onderzoek naar behoren te verrichten. Tevens kan het nadelig zijn voor dit onderzoek als er tussen partijen een conflict is ontstaan, dit leidt tot onzekerheid. Het onderzoek zal hierdoor alleen maar langer duren en het kind zal zich gaan hechten. Het belang van het kind zal dan niet voldoende gewaarborgd worden.⁵¹

Van den Berg en Buijssen⁵² stellen voor dat het kind zo snel mogelijk na de geboorte bij zijn genetische ouders op kan groeien. Het is dan van belang dat de genetische ouders ook daadwerkelijk een familierechtelijke betrekking hebben met het kind en dat zij het gezag over het kind kunnen uitoefenen. Zij stellen voor dat de wetgever hierin voorziet. Zij baseren dit voorstel ondermeer op de Amerikaanse doctrine over juridisch moederschap.⁵³ Hieruit komen vier theorieën naar voren: (1) the intent-based theory, (2) the genetic contribution theory, (3) the gestational mother preference theory, en (4) the 'best interest of the child' theory. Volgens de eerste theorie is de vrouw die het kind wil gaan opvoeden, de wensmoeder, de juridisch moeder van het kind. De tweede theorie stelt genetisch verwantschap als voorwaarde voor juridisch moederschap. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap zou dit dan dus de wensmoeder zijn omdat zij de eicel heeft aangeleverd. Volgens de derde theorie is de vrouw die het kind baart, de draagmoeder, de juridische moeder en volgens de vierde theorie gaat men ervan uit dat de rechter bepaalt wie de juridische moeder zal zijn. Van den Berg en Buijssen stellen een combinatie van de eerste en tweede theorie voor, aangevuld met de vierde theorie als er conflicten zijn ontstaan.⁵⁴ Dit komt erop neer dat bij hoogtechnologisch draagmoederschap in beginsel de wensmoeder

⁴⁷ Van den Berg en Buijssen 2004.

⁴⁸ Van den Berg en Buijssen 2004.

⁴⁹ Hoge Raad, 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767.

⁵⁰ Van den Berg en Buijssen 2004.

⁵¹ Van den Berg en Buijssen 2004.

⁵² Van den Berg en Buijssen 2004.

⁵³ Callahan 2009.

⁵⁴ Van den Berg en Buijssen 2004.

juridisch moeder zal zijn. Zij stellen dat het genetisch ouderschap belangrijk is en prioriteit heeft omdat het terugvoert naar het ontstaan van het kind.

Van den Berg en Buijssen geven nog een aantal randvoorwaarden om zoveel mogelijk problemen bij voorbaat te kunnen uitsluiten.⁵⁵ Zo achten zij het van belang dat partijen gescreend worden door een medisch specialist en zij een intentieverklaring afleggen ten overstaan van een notaris. Daarnaast doen de betrokken partijen er verstandig aan om belangrijke afspraken vast te leggen. Na de screening stellen Van den Berg en Buijssen voor dat de gegevens van de draagmoeder opgenomen worden in het register conform het systeem Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Het kind kan dan altijd achterhalen wie de draagmoeder is geweest en het bewijs van het bestaan van het draagmoederschap is altijd voorhanden om betwisting achteraf te voorkomen.

Heida en Van der Steur⁵⁶ geven in hun artikel 'Draagmoederschap; tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regeling' als grootste probleem bij het sluiten van een draagmoederschapcontract de afdwingbaarheid aan. Zolang partijen vrijwillig meewerken aan de overeenkomst is er niets aan de hand, maar de problemen ontstaan wanneer een van de partijen het contract niet meer nakomt. Zij geven aan dat er voornamelijk een leemte in de juridische regelgeving ontstaat wanneer de wensouders het kind niet willen aanvaarden als blijkt dat het kind bijvoorbeeld gehandicapt is.⁵⁷

Heida en Van der Steur stellen net als Van den Berg en Buijssen voor dat de wetgever iets moet doen. Er zou regelgeving met betrekking tot de onderhoudsverplichting en de adoptieprocedure moeten worden ingevoerd. Het voordeel daarvan vinden zij dat er dan beter kan worden ingespeeld op de bijzondere situatie die draagmoederschap met zich meebrengt. Zij stellen voor bij wet vast te leggen dat de wensouders financieel verantwoordelijk zijn voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind, in het geval zij weigeren het kind te aanvaarden.⁵⁸ Daarnaast achten zij het wenselijk dat de adoptieregeling op de volgende wijze wordt aangepast⁵⁹: (1) via het contract, na een rechterlijke goedkeuring van het contract en een bedenktijd voor de draagmoeder na de geboorte, zouden de wensouders die genetisch ouders zijn, van rechtswege de juridische ouders kunnen worden, of (2) via het familierecht met als uitgangspunt de genetische verwantschap. Als de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind zou een procedure gestart kunnen worden tot ontkenning van het moederschap en tegelijkertijd tot vaststelling van het moederschap van de wensmoeder. (3) Via het familierecht met als uitgangspunt een vereenvoudigde adoptieprocedure die sneller zou verlopen op basis van de genetische verwantschap. Vooral in dit laatste argument is een duidelijke tegenstelling te zien tussen Heida en Van der Steur en Van den Berg en Buijssen. Zou de rechtszekerheid van partijen versterkt kunnen worden door bijvoorbeeld punt (1) van Heida en Van der Steur in te voeren in onze wetgeving? Of zou punt (2) meer uitkomst bieden om tegemoet te komen aan de rechtszekerheid van partijen. Hier zal in hoofdstuk 5 en 6 uitgebreid op terug worden gekomen.

⁵⁵ Van den Berg en Buijssen 2004.

⁵⁶ Heida en Van der Steur 2001.

⁵⁷ Heida en Van der Steur 2001.

⁵⁸ Heida en Van der Steur 2001.

⁵⁹ Heida en Van der Steur 2001.

Schoots, van Arkel en Dermout⁶⁰ geven in hun artikel 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?' aan dat het van groot belang is dat partijen bij het draagmoederschapcontract voorafgaand goed ingelicht worden, zodat zij weten wat wel en niet mogelijk is. Het door partijen laten vastleggen van de gemaakte afspraken kan daarbij van belang zijn. Zij stellen dat het kind gediend is bij een snellere adoptieprocedure als er door partijen zorgvuldig overwogen is en verantwoord te werk is gegaan. Zij geven aan dat het daarom al voldoende zou zijn om artikel 1:228 BW aan te passen zodat de wensouders kort na de geboorte de juridische ouders kunnen worden. Als voorwaarde stellen zij echter dat partijen doorverwezen moeten zijn via het landelijk intake- en expertisecentrum. Hiermee moet worden voorkomen dat partijen lang moeten wachten voordat het kind geadopteerd kan worden door de wensouders. Er zal echter wel steeds in alle gevallen moeten worden bezien of voldaan is aan de wettelijke criteria en in het bijzonder aan de belangen van het kind om de draagmoeder uit het gezag te ontheffen. Zij gaan echter niet in op het feit dat er sprake kan zijn van discriminatie van andere wensouders, zoals Van den Berg en Buijssen aanhalen.

Van Raak⁶¹ geeft aan dat wanneer iedere genetische moeder van rechtswege de juridische moeder zou worden, ook de vrouw die haar eicellen afstaat om een andere vrouw te helpen om zwanger te worden ook van rechtswege juridisch moeder zou worden. Dit lijkt niet de bedoeling. Zij stelt daarom voor dat de draagmoeder juridisch moeder blijft en dat vervolgens de adoptietermijn verkort wordt.

Vlaardingerbroek⁶² geeft in zijn artikel 'Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie' weer dat hoewel draagmoederschap een uitzondering zou moeten blijven, het voor die situaties waarin de ene vrouw voor een ander uit ideële motieven een kind baart weinig problemen oplevert. Wel dienen volgens hem partijen goed op de hoogte te worden gebracht van de mogelijke problemen. De contractspartijen zouden er daarom verstandig aan doen om hun wens met zowel een psycho-sociaal deskundige als met een jurist te bespreken en uit te werken. Vlaardingerbroek acht het raadzaam dat hierbij tevens de Raad voor de Kinderbescherming wordt betrokken om in het bijzonder te waken voor de belangen van het kind. Wanneer er dan een conflict ontstaat tussen partijen zal de Raad voor de belangen van het kind moeten opkomen.

Tevens geeft hij aan dat de afstand van het kind door de draagmoeder noch de opname van het kind in het gezin van de wensouders kan worden afgedwongen indien partijen dit niet wensen. Indien het kind in dit geval tussen wal en schip raakt, rest volgens hem niets anders dan het kind naar een pleeggezin te plaatsen. Mede daarom acht Vlaardingerbroek het verstandig om de Raad voor de Kinderbescherming bij het gehele draagmoederschapstraject te betrekken. Het gaat uiteindelijk immers om de belangen van het kind.

Hedentendage zijn er verschillende discussiepunten te onderscheiden in de literatuur. Er worden verschillende oplossingen aangedragen om het draagmoederschap in betere banen te kunnen laten verlopen. In het voorstel van Van den Berg en Buijssen kan ik mijzelf het meest vinden. De wetgever zou

⁶⁰ Schoots, van Arkel en Dermout 2004, p. 189-194.

⁶¹ Van Raak 2007, p. 179.

⁶² Vlaardingerbroek 2003.

iets moeten regelen voor de wensouders wiens genetisch materiaal wordt gebruikt om de draagmoeder zwanger te maken. Ik ben echter wel van mening dat Van Raak terecht aangeeft dat het niet de bedoeling is dat elke vrouw, die haar eicellen afstaat om een ander te helpen, juridisch moeder zou moeten worden. Wat betreft het draagmoederschap en de genetische verwantschap zouden deze problemen wat mij betreft te ondervangen zijn met een draagmoederschapcontract dat geregistreerd wordt bij de Raad voor de Kinderbescherming. Ik zal hier in hoofdstuk 7 verder op in gaan.

In de volgende paragraaf zullen de conclusies van de in dit hoofdstuk gevonden bevindingen worden weergegeven.

3.6 *Conclusies*

Kan het opstellen van een draagmoederschapcontract leiden tot meer rechtszekerheid voor de wensouders en de draagmoeder?

De afdwingbaarheid van een draagmoederschapcontract in onze huidige rechtspraak blijkt tot veel problemen te kunnen leiden. De belangrijkste bepalingen in het contract zijn in beginsel nietig en wanneer een van de partijen niet mee wil werken, lijkt de rechtszekerheid van het contract laag te zijn. Partijen kunnen zich dan wel beroepen op het recht op een schadevergoeding als de ander het contract niet nakomt wegens contractbreuk en het al betaalde honorarium kunnen ze terugvorderen op grond van onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW), maar dat biedt zeer waarschijnlijk niet voldoende genoegdoening voor de benadeelde partij gezien de belangen van partijen die uiteengezet zijn in hoofdstuk 2. Met de huidige wetgeving is het sluiten van een draagmoederschapcontract erg risicovol voor beide partijen en biedt het contract weinig rechtszekerheid. Het contract wordt immers gesloten met een bepaald doel, een kind baren uit idealistisch oogpunt voor de wensouders tegen een onkostenvergoeding, en dat doel kan met het draagmoederschapcontract niet afgedwongen worden als dat nodig blijkt te zijn. Wanneer de draagmoeder weigert het kind af te staan kan ze daartoe in rechte niet gedwongen worden. Dat zou in strijd zijn met het recht op bescherming van haar persoonlijke levenssfeer en die van het kind. De wensouders kunnen eveneens niet gedwongen worden het kind tegen hun zin op te nemen in het gezin.

Uit de jurisprudentie rondom baby Donna blijkt dat een draagmoederschapcontract toch nog wel iets van rechtszekerheid biedt; het Hof in Amsterdam heeft namelijk uitgemaakt dat de wensvader recht heeft op een omgangsregeling met Donna, zoals eerder in dit onderzoek aangehaald. Ik ben van mening dat dit niet het doel behelst waarvoor het contract door partijen werd opgesteld. Een contract, in het algemeen, wordt immers tussen partijen gesloten om beide partijen aan de gemaakte afspraken te houden. Het geeft partijen een zelfreguleringsmogelijkheid. Als partijen dan toch niet aan de gemaakte afspraken gehouden kunnen worden, biedt het contract mijns inziens geen rechtszekerheid.

Uit de verschillende standpunten in de literatuur valt op dat veel auteurs waarde hechten aan de genetische verwantschap tussen het kind en de wensmoeder bij hoogtechnologisch draagmoederschap. Met uitzondering van Vlaardingerbroek, die daar in zijn stuk niet op in gaat, en Van Raak, die voorstelt

om de bepaling van juridisch moederschap niet te wijzigen, achten zij het allemaal van belang dat de wetgever iets regelt met betrekking tot het juridisch moederschap voor de wensmoeder die het genetisch materiaal geleverd heeft. Door Van den Berg en Buijssen wordt aangedragen te voorzien in een wettelijke regeling dat de genetische moeder van rechtswege de juridische moeder van het kind wordt. Zij wijzen de mogelijkheid tot het verkorten van de adoptieprocedure van de hand, omdat dit voor het onderzoek dat de Raad van de Kinderbescherming dient te verrichten onmogelijk zal zijn en dit bovendien discriminatie zal opleveren ten behoeve van andere wensouders die de gehele adoptieprocedure wel dienen te doorlopen. Het gaat hier echter wel om een kind dat genetisch verwant is aan één of beide wensouders. Ik vraag me af of er dan nog steeds sprake zou zijn van discriminatie van andere wensouders. Van Raak, Heida en Van der Steur en Schoots, van Arkel en Dermout raden de mogelijkheid tot het verkorten van de adoptieprocedure wel aan, omdat zij van mening zijn dat dit de procedure rondom het draagmoederschap verkort. Vlaardingerbroek noemt als enige geen voorstellen tot aanpassing van de wet. Hij voert wel aan dat het van belang is om al in een vroeg stadium deskundigen bij het proces te betrekken en tevens de Raad voor de Kinderbescherming die de belangen van het kind zal behartigen. Ten alle tijden moet het belang van het kind voorop staan. In het voorstel van Vlaardingerbroek om al in een vroeg stadium de Raad voor de Kinderbescherming kan ik mij dan ook zeker vinden.

Nu het draagmoederschapcontract in dit hoofdstuk uitvoerig is besproken, zal in het volgende hoofdstuk het spermadonorcontract worden besproken.

4 Het spermadonorcontract

In hoofdstuk 2 is kort stil gestaan bij de wensen van de betrokken partijen bij een spermadonorcontract. De wensouders willen het kind graag opvoeden, zonder enige bemoeienis van de spermadonor en de spermadonor wil niet aangesproken kunnen worden voor de kosten van zorg- en opvoeding voor het kind. De spermadonor kan tevens wensen dat hij volledig anoniem blijft. Op het eerste gezicht lijkt deze constructie niet problematisch, maar zoals eveneens in hoofdstuk 2 is besproken, kan de spermadonor er wel degelijk belang bij hebben om zich te mengen in het leven van het kind.

Nu in hoofdstuk 2 de belangen van de betrokken partijen besproken zijn en in hoofdstuk 3 het draagmoederschapcontract, zal het spermadonorcontract in dit hoofdstuk uitvoerig worden besproken. Er zijn andere bepalingen uit Boek 1 BW van toepassing en de verkrijgen van juridisch ouderschap zal anders zijn dan bij het draagmoederschap.

Allereerst zal er een korte inleiding worden gegeven en vervolgens zal worden ingegaan op de huidige rechtspraak omtrent het spermadonorschap. Er zal daarbij gekeken worden naar de huidige regelgeving voor het verkrijgen van juridisch ouderschap, jurisprudentie over het spermadonorschap, overige Nederlandse regelgeving, er zal gekeken worden wat het Europees Hof zegt over het spermadonorschap en de Zweedse regelgeving omtrent het spermadonorschap.

Daarna zal besproken worden welke dwingendrechtelijke bepalingen in het geding kunnen komen bij het aangaan van een spermadonorcontract en hoe het contract kan worden afgedwongen bij niet-nakoming van de overeenkomst. Als laatste zal worden bekeken hoe er in de literatuur over wordt gedacht.

4.1 *Inleiding*

In geval partijen een kinderwens hebben, maar het zaad van de man niet gebruikt kan worden om de vrouw te bevruchten bestaat de mogelijkheid om het zaad van een spermadonor te gebruiken. Er is de laatste jaren tevens steeds meer aandacht ontstaan voor het stichten van een gezin voor gelijkgeslachtelijke paren.⁶³ Het uitgangspunt hiervoor is, zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, voor de wensouders dat zij samen het kind gaan opvoeden en verzorgen. In principe valt de spermadonor daar dan buiten. De onvruchtbare man, die niet de biologische vader van het kind is, zal de bedoeling hebben via het huwelijk juridisch vader te worden of het kind te erkennen en de vrouwelijke partner van de moeder zal de intentie hebben het kind te adopteren via partneradoptie (N.B. een vrouwelijke erkenning is momenteel niet mogelijk).

Inseminatie met sperma van een donor wordt ook wel heterologe inseminatie (KID) genoemd.⁶⁴ Bij de vrouw worden dan op een juist moment tijdens de ovulatie zaadcellen in de baarmoeder gebracht. Op deze manier ontstaat er een natuurlijke bevruchting. Echter de manier waarop het sperma wordt ingebracht bij de vrouw is kunstmatig van aard.⁶⁵

Uit de huidige rechtspraktijk blijkt dat het inschakelen van een spermadonor tot ongewenste situaties kan leiden waardoor de belangen van een der partijen in het geding komen.

4.2 *Huidige rechtspraktijk*

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de huidige rechtspraktijk bij het spermadonorschap. Er zal worden gekeken naar huidige wetgeving die betrekking heeft op het spermadonorschap en er zal een kijkje over de grenzen worden genomen.

4.2.1 *Huidige regelgeving betreffende ouderschap*

Er bestaan drie soorten ouderschap, namelijk juridisch ouderschap, sociaal ouderschap en biologisch ouderschap. Hieronder zullen deze drie soorten kort worden besproken, met name om het onderscheid aan te geven tussen de spermadonor en de man die zijn kind via de natuurlijke weg verwekt. De

⁶³ Vonk 2003, p. 122.

⁶⁴ Vlaardingerbroek 2008, p. 248.

⁶⁵ Vlaardingerbroek 2008, p. 248.

wetgever heeft hier namelijk een onderscheid in gemaakt en dat onderzoek is van belang voor de positie van de spermadonor.

Ingevolge artikel 1:198 BW wordt de vrouw uit wie het kind geboren is van rechtswege de juridische moeder van het kind. Het juridisch vaderschap kan worden verkregen zoals omschreven in artikel 1:199 BW, namelijk: (1) de man die op het tijdstip van de geboorte met de moeder gehuwd is, tenzij de uitzondering in artikel 1:199 sub b BW geldt, (2) de man die het kind heeft erkend, (3) de man wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld of (4) de man die het kind heeft geadopteerd. De wet kent geen mogelijkheid voor de vrouwelijke partner van de moeder om het kind te erkennen of via huwelijk juridisch ouder van het kind te worden. Dit kan vooralsnog alleen via adoptie, artikel 1:227 BW.

Sociale ouders zijn diegene die geen juridische ouders van het kind zijn, maar het kind wel opvoeden bijvoorbeeld de pleegouders. De sociale ouder kan ook de partner van de met gezag belaste ouder zijn die het kind mede opvoed.⁶⁶

Sinds 1998 worden in Nederland twee soorten biologische vaders onderscheiden, namelijk: de verwekker en de donor.⁶⁷ De verwekker is diegene die het kind op natuurlijke wijze bij de vrouw verwekt heeft. De verwekker is dan ook altijd de biologische en genetische vader van het kind. De donor is niet de verwekker van het kind; er heeft immers geen natuurlijke verwekking plaatsgevonden om de vrouw zwanger te maken. Desalniettemin is de donor wel de biologische en genetische vader. Er is niet voor niets een onderscheid gemaakt in het afstammingsrecht tussen een verwekker en een donor. Tegen een donor bijvoorbeeld kan geen verzoek tot gerechtelijke vaststelling worden ingediend, aldus artikel 1:207 BW, en tegen de verwekker wel. Daarnaast voorziet de wet niet in een verplichte onderhoudsbijdrage die de donor voor het kind zou moeten voldoen, terwijl dat voor de verwekker wel wettelijk geregeld is in artikel 1:394 BW. De verwekker hoeft daarbij niet perse de juridische vader te zijn van het kind. Voor de bewijspositie tussen partijen kan het daarom van belang zijn in een contract vast te leggen hoe de zwangerschap tot stand is gekomen.

In de volgende subparagraaf zal worden ingegaan op enige jurisprudentie over het spermadonorschap.

4.2.2 *Jurisprudentie*

Nu blijkt dat er tegen de donor geen verzoek tot gerechtelijke vaststelling of verzoek tot betaling van een onderhoudsbijdrage kan worden ingediend, rijst aan de andere kant de vraag of de donor het kind wel kan erkennen. In de rechtspraak werd hier verschillend over gedacht. In 2001 oordeelde de Rechtbank Utrecht⁶⁸ dat de wetgever geen rekening heeft gehouden met de situatie waarin de donor de intentie tot juridisch vaderschap heeft. De man zou daarom volgens de Rechtbank Utrecht gezien de omstandigheden van het geval gelijk moeten worden gesteld met een verwekker en dus ontvankelijk

⁶⁶ Vlaardingerbroek 2008, p. 459.

⁶⁷ Vonk 2003, p. 123.

⁶⁸ Rechtbank Utrecht, 14 maart 2001, zaaknr. 122753.

verklaard moeten worden in zijn verzoek om vervangende toestemming tot erkenning. Het Hof Amsterdam⁶⁹ maakte hier vervolgens korte metten mee. De wetgever zou wel degelijk rekening hebben gehouden met de eventuele intentie van de donor tot juridisch vaderschap. De wetgever heeft alleen de keuze gemaakt om aan die intentie niet het rechtsgevolg te verbinden dat, evenals bij de verwekker, de toestemming tot erkenning door de rechter vervangen kan worden. Vervolgens laat de Hoge Raad⁷⁰ zich in 2003 uit over deze kwestie: *‘Dat artikel 1:204 lid 3 BW niet van toepassing is op een donor laat echter onverlet de gelding van het bepaalde in artikel 8 EVRM. Ingevolge dit artikel heeft de biologische vader die ‘family life’ heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, recht op bescherming van dit ‘family life’.*

Uit bovenstaande situaties komt naar voren hoe de huidige rechtspraak eruit ziet betreffende spermadonoren. Echter gaat het in deze gevallen voornamelijk om een lesbisch paar dat een spermadonor inschakelt. Als de wensmoeder gehuwd is met een man, wordt hij immers van rechtswege juridisch vader van het kind als hij heeft ingestemd met een daad die de verwekking tot gevolg heeft gehad, artikel 1:199 BW. De gehuwde vrouw van de moeder wordt niet van rechtswege juridisch moeder van het kind door het huwelijk, artikel 1:198 jo 1:199 BW.

In beginsel kan de donor geen juridisch vader van het kind worden en kan hij ook niet aangesproken worden voor kosten voor zorg en opvoeding van het kind. Echter wanneer de donor kan aantonen dat hij een nauwe persoonlijke betrekking heeft met het kind kan hij recht hebben op een omgangsregeling met het kind, aldus de Hoge Raad in 1990.⁷¹ De spermadonor moet dan wel bijkomende omstandigheden aanvoeren, 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 1:377f lid 1 BW. Nuytinck⁷² somt in zijn artikel ‘Het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind’ op wat deze bijkomende omstandigheden zijn. Kort samengevat komt dit neer op de man die geen willekeurige donor is, maar door de moeder bewust is gekozen, de man die een hecht contact met de moeder heeft gehad tijdens de zwangerschap en het voornemen had dit contact ook na de bevalling voort te zetten of wanneer de man en de moeder beiden een functie van de man in het leven van het kind voorzagen of juist de bedoeling hadden dat de man het kind zou gaan erkennen.

In de vorige en deze subparagraaf is voornamelijk ingegaan op de regels en rechtspraak betreffende Boek 1 BW. In de volgende subparagraaf zal worden bekeken of de Nederlandse wetgever elders iets heeft vastgelegd over het spermadonorschap waarmee partijen tijdens het contracteren rekening mee moeten houden.

⁶⁹ Hof Amsterdam, 22 november 2001, rekestnr. 370/2001.

⁷⁰ Hoge Raad, 24 januari 2003, NJ 2003, 386.

⁷¹ Hoge Raad, 26 januari 1990, NJ 1990, 631.

⁷² Nuytinck 2008, p. 136.

4.2.3 Overige regelgeving

De wetgever heeft voorzien in de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. Dit is de enige wet naast Boek 1 BW waarin de wetgever bepalingen over het spermadonorschap heeft vastgelegd.

In 2004 is deze wet gewijzigd met betrekking tot de anonimiteit van de spermadonor.⁷³ Wanneer er sprake is van kunstmatige donorbevruchting in een daarvoor aangewezen kliniek, is de donor vanaf 1 juni 2004 verplicht een aantal gegevens over zichzelf bekend te maken, te weten: (1) medische gegevens die van belang kunnen zijn voor een gezonde ontwikkeling van het kind, (2) fysieke kenmerken, opleiding en beroep, gegevens omtrent zijn sociale achtergrond, een aantal persoonlijke kenmerken en (3) geslachtsnaam, voornaam, geboortedatum en woonplaats, aldus artikel 2 lid 1 Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie. In artikel 11 van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is het zelfs strafbaar gesteld als men handelt in strijd met artikel 2 van de wet (de verstrekking van de genoemde gegevens). Diegene die in strijd handelt met de wet kan gestraft worden met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of een boete van de derde categorie.

Deze wet is enkel alleen toegespitst op KID behandelingen die in een daarvoor aangewezen kliniek hebben plaatsgevonden. Dit blijkt uit artikel 1 sub c van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting dat spreekt van het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van handelingen. In beginsel is deze wet dus niet van toepassing op spermadonorcontracten zoals in dit onderzoek wordt bedoeld waarbij de wensmoeder zichzelf insemineert met sperma van de donor.

In de volgende subparagraaf zal gekeken worden naar een uitspraak van het Europees Hof over het spermadonorschap, omdat deze uitspraak doorwerkt en invloed heeft op de Nederlandse regelgeving.

4.2.4 Uitspraak Europees Hof

In deze subparagraaf wordt gekeken naar een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens die in een zaak tegen Nederland is geweest. Uitspraken van het Europees Hof hebben invloed op de Nederlandse wetgeving. Juist omdat deze uitspraak tegen Nederland is geweest is duidelijk te zien hoe het Europees Hof het spermadonorschap interpreteert. Het is van belang om te bezien waar partijen rekening mee moeten houden bij het opstellen van een spermadonorcontract.

Het Europees Hof⁷⁴ heeft in 2004 in de zaak Lebbink tegen Nederland geoordeeld dat de situatie bij het gebruiken van een spermadonor onder omstandigheden onder de bescherming van artikel 8 EVRM kan vallen. Het Europees Hof spreekt van 'relevant factors' welke overeenkomen met de bijkomende omstandigheden die de Hoge Raad als criteria hanteert.⁷⁵ Indien er dus sprake is van 'relevant factors' kan het zijn dat de spermadonor recht heeft op omgang met het kind. Deze uitspraak

⁷³ Staatsblad 2002, 240.

⁷⁴ EHRM, 1 juni 2004, NJ 2004, 667.

⁷⁵ Nuytink 2008, p. 136.

stemt overeen met de uitspraak van de Hoge Raad in 1990⁷⁶ waarin de Hoge Raad bijkomende omstandigheden verplicht stelt. Deze uitspraak is tevens nogmaals bevestigd door de Hoge Raad op 24 januari 2003⁷⁷ en 30 november 2007⁷⁸.

De vraag die in het kader van dit onderzoek centraal staat, is of het vastleggen van afspraken in een spermadonorcontract tot meer rechtszekerheid zal leiden voor de betrokken partijen. In de volgende paragraaf zal daarom worden ingegaan op de dwingendrechtelijke bepalingen die aangetast kunnen worden bij het contracteren in een spermadonorcontract.

4.3 *Dwingendrechtelijke bepalingen*

Na het aangaan van een spermadonorcontract zal de eerste handeling zijn dat de spermadonor zijn sperma afstaat aan de wensmoeder. Partijen kunnen tevens afspreken dat de spermadonor na een bepaalde tijd nogmaals zijn sperma afstaat zodat het broertje of zusje dezelfde genetische verwantschap heeft. Deze bepalingen leveren in beginsel al strijd op met de onaantastbaarheid van het lichaam van de donor, artikel 11 Grondwet. Als de spermadonor weigert zijn sperma af te geven, kan hij daartoe in beginsel niet gedwongen worden, behoudens de in het strafrecht vastgestelde beperkingen.

Als partijen in het contract afspreken dat de spermadonor geen juridisch vader van het kind zal worden en hij het kind ook niet zal erkennen, kan dit, als partijen hier later op terug komen, wel voor de nodige problemen zorgen. Zoals uit de voorgaande paragraaf blijkt is er een verschil tussen een verwekker en een donor. Als de spermadonor het kind via de natuurlijke weg verwekt heeft, kan de wensmoeder een verzoek indienen tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en anderzijds kan de donor het kind erkennen, al dan niet met vervangende toestemming van de rechter. In het geval er geen verwekking heeft plaatsgevonden ligt dit gecompliceerder, zoals uit de in de vorige paragraaf genoemde uitspraken blijkt. In beginsel kunnen partijen in het spermadonorcontract deze afspraken dus wel maken, maar wanneer het tot problemen leidt, zijn ze niet afdwingbaar. De rechter zal in dat geval altijd het belang van het kind laten prevaleren.

Een ander interessant punt dat de laatste jaren in de literatuur ook veelal besproken wordt, is de anonimiteit van de donor. De wetgever spreekt in deze wet echter alleen van KID behandelingen die in een daarvoor aangewezen kliniek hebben plaatsgevonden. Spermadonorcontracten zoals in dit onderzoek worden bedoeld, vallen daar dan buiten. Partijen hoeven zich daar bij het contracteren dus ook (nog) niet aan te houden.

De belangrijkste dwingendrechtelijke bepalingen waar partijen dus mee te maken krijgen bij het contracteren in een spermadonorcontract zijn het daadwerkelijk afstaan van het sperma door de donor en de afstammingsrechtelijke gevolgen. Hierbij kunnen zij niet afwijken van de wettelijke bepalingen.

⁷⁶ Hoge Raad 26 januari 1990, *NJ* 1990, 630.

⁷⁷ Hoge Raad 24 januari 2003, *JOL* 2003, 51.

⁷⁸ Hoge Raad 30 november 2007, *LJN* BB9094.

In de volgende paragraaf zal worden besproken wat de juridische posities van de betrokken partijen is bij het niet-nakomen van het spermadonorcontract.

4.4 *Niet-nakoming van het spermadonorcontract*

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de juridische posities van partijen bij een spermadonorcontract bij niet-nakoming van de overeenkomst. Dit zal besproken worden aan de hand van de aangehaalde belangen in hoofdstuk 2.

De wensouders hebben er, zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, belang bij dat zij het kind zelf kunnen opvoeden, zonder (al te veel) bemoeienis van de spermadonor. Als de wensouders (een man en een vrouw!) gehuwd zijn, kunnen er met betrekking tot de posities van de wensouders weinig problemen ontstaan; zij zijn dan immers de juridische ouders en de spermadonor heeft niet de mogelijkheid het kind te erkennen. Met name voor de bewijslast hiervan is het verstandig beide wensouders de betrekken bij het spermadonorcontract zodat de wensvader het kind straks niet kan ontkennen. Dit sluit aan bij het belang van de spermadonor om niet aangesproken te kunnen worden om te voorzien in de kosten van levensonderhoud voor het kind, artikel 1:394 BW. De wetgever komt hierbij tegemoet aan wat partijen in de overeenkomst hebben afgesproken.

Dit ligt anders wanneer de wensouders twee al dan niet gehuwde vrouwen zijn. Het Nederlands afstammingsrecht voorziet er namelijk niet in dat de getrouwde vrouw ook juridisch ouder van het kind wordt. In dat geval zou het vaderschap wel vastgesteld kunnen worden met een gerechtelijke vaststelling vaderschap of de erkenning, indien er sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking tussen de donor en kind en de spermadonor bijkomende omstandigheden aanvoert.⁷⁹ De positie van de spermadonor bij de gehuwde wensouders (man en vrouw) is daardoor zwakker dan bij twee vrouwelijke wensouders als het gaat om zijn rechten jegens het kind. Juist als hij niet betrokken wil worden in het leven van het kind, is de positie voor de spermadonor dan sterk. Hij heeft geen mogelijkheden om het kind te erkennen, omdat het kind al een juridische vader heeft en het vaderschap kan niet gerechtelijk worden vastgesteld. Daar staat tegenover dat wanneer de spermadonor het kind toch wenst te erkennen en de moeder geen toestemming daarvoor geeft, hij vervangende toestemming zal moeten vragen aan de rechter, artikel 1:204 lid 3 BW. Het is dan uiteindelijk ook de rechter die daarover beslist en niet het contract.

In beginsel lijkt de situatie dat de wensmoeder gehuwd is met een man de meest ideale situatie voor het aangaan van een spermadonorcontract. Er zullen dan namelijk weinig problemen kunnen ontstaan met betrekking tot het juridisch ouderschap en de afdwingbaarheid van het contract wat dat betreft.

Zoals in paragraaf 4.2.3 al werd aangegeven bestaat er sinds 2004 de verplichting voor de donor om gegevens over zichzelf bekend te maken en te laten registreren bij de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting. Deze wet is echter alleen toegespitst op KID behandelingen die in een daarvoor

⁷⁹ Hoge Raad, 26 januari 1990, *NJ* 1990, 631.

aangewezen kliniek hebben plaatsgevonden. Partijen kunnen dus in een spermadonorcontract wel afspreken dat een spermadonor anoniem blijft. Dit levert (nu nog) geen strijd op met deze wetgeving. Als de spermadonor uiteindelijk besluit toch contact met het kind te willen, kan de anonimiteit van de donor niet worden afgedwongen. Zoals uit de paragrafen 2.4 en 4.2.2 blijkt, zal namelijk de rechter dan hierover beslissen. Wat dat betreft kunnen partijen het contract dan niet afdwingen.

Het verschil in de posities van de betrokken partijen bij het draagmoederschap en het gebruik maken van een spermadonor zit hem met name in de termijn waarin partijen afhankelijk van elkaar zijn. Bij een draagmoederschapcontract zijn de wensouders gedurende de gehele zwangerschap en zelfs daarna nog afhankelijk van de draagmoeder. Dit is bij het inschakelen van een donor niet het geval. Wanneer de spermadonor zijn sperma heeft geleverd, en zeker wanneer de wensmoeder gehuwd is, hebben de spermadonor en de wensouders in beginsel niet veel meer met elkaar van doen. De vraag is of een spermadonorcontract dan wel meer rechtszekerheid biedt tussen de wensouders en de spermadonor dan wanneer er geen contract is, of lijkt een contract in dat geval overbodig?

In de volgende paragraaf zal uiteen worden gezet hoe er in de literatuur heden ten dage over spermadonatie wordt gedacht.

4.5 *Standpunten in de literatuur*

Vonk⁸⁰ bespreekt in haar artikel 'Een, twee of drie ouders?' het verschil tussen een verwekker en een donor en de positie van de duo-moeder daar in. Zij geeft aan dat adoptie door de duo-moeder een goede manier is om het recht van het kind op afstammingsgegevens te waarborgen, omdat daarbij de belangen van de biologische vader worden meegewogen.⁸¹ Duo-moederschap van rechtswege zou volgens Vonk wel meer zekerheid opleveren omtrent de positie van het kind, maar de biologische vader wordt daarbij volledig buiten spel gezet. Daarnaast zou het strijd kunnen opleveren met het gelijkheidsbeginsel wanneer de gehuwde man van de vrouw die met behulp van kunstmatige donorinseminatie zwanger is geworden, wel van rechtswege juridisch vader zou zijn, maar de gehuwde duo-moeder niet. Echter vindt Vonk dat de rechten van volwassenen op gelijke behandeling niet zonder meer doorslaggevend mogen zijn als het de belangen van het kind betreft.⁸² Zij stelt daarom voor dat er, in plaats van adoptie door de duo-moeder, een met erfrechtelijke gevolgen omkleed gezamenlijk gezag zal bestaan tussen de juridische moeder en de duo-moeder. De biologische vader wordt hierdoor niet volledig buiten spel gezet en heeft de mogelijkheid het kind te erkennen. Als nadeel hiervan omschrijft Vonk dat het gezamenlijk gezag kan worden beëindigd als het huwelijk (of geregistreerd partnerschap) wordt ontbonden. Wat zouden dan de erfrechtelijke gevolgen daarvan zijn? Hiernaar is volgens Vonk nader onderzoek nodig.

⁸⁰ Vonk 2003, p. 127.

⁸¹ Vonk 2003, p. 127.

⁸² Vonk 2003, p. 127.

Tevens stelt zij voor dat artikel 1:394 BW ook van toepassing wordt verklaard op de vrouwelijke levensgezel.⁸³

Oudhof⁸⁴ bespreekt in haar artikel 'Het wetsvoorstel 'Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie' en de (tegengestelde) belangen van het kind' voornamelijk de opgeheven anonimiteit van de donor. Zij geeft aan dat de opheffing van anonimiteit zou kunnen leiden tot KID-toerisme en baseert dit op de gevolgen die het opheffen van de anonimiteit hebben gehad in Zweden.

Het wetsvoorstel tot opheffing van de volledige anonimiteit is volgens Oudhof gebaseerd op het belang van het kind om te kunnen beschikken over afstammingsinformatie.⁸⁵ De wetgever zou hierop teveel nadruk leggen en daarbij niet kijken naar het belang om kennis te nemen van zijn sociale afstamming.⁸⁶ Tevens geeft zij aan dat er behoudens DNA-onderzoek geen garantie is dat de aangewezen biologische vader ook daadwerkelijk de biologische vader van het kind is. Wat dat betreft is een zogenaamde registratie van gegevens dan niet volledig dekkend. Volgens Oudhof is het niet bekend in hoeverre het welzijn van een KID-kind wordt geschaad wanneer de spermadonor anoniem blijft.⁸⁷ Daarentegen is ook niet bekend of het welzijn van het KID-kind wordt aangetast door openheid. Dat maakt het volgens haar lastig om het nut van de wet te toetsen.

Een ander belangrijk bezwaar tegen de opheffing van anonimiteit vindt Oudhof dat er geen rekening wordt gehouden met de belangen van de moeder. Zonder enige toetsing aan artikel 8 EVRM wordt er een inbreuk gemaakt op haar recht op privacy.⁸⁸ Het valt echter buiten de reikwijdte van dit onderzoek om na te gaan of de anonimiteit van de spermadonor weer zou moeten ingevoerd.

Nuytinck⁸⁹ bespreekt in zijn artikel 'Het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking van het kind' het arrest dat de Hoge Raad gewezen heeft op 30 november 2007⁹⁰. De Hoge Raad heeft hier het verzoek van de spermadonor tot omgang ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad heeft alleen gekeken of het verzoek tot omgang ontvankelijk verklaard moest worden, niet of een omgangsregeling in het belang van het kind zou zijn. Tevens geeft hij met betrekking tot het duo-moederschap aan dat er gelet moet worden op de rechtspositie van de verwekker en spermadonor. Nuytinck prefereert de optie tot erkenning voor de vrouwelijke levensgezel, omdat hierdoor voor de moeder de mogelijkheid open blijft om de toestemming te verlenen voor de erkenning door de vrouwelijke levensgezel of door de spermadonor.⁹¹

Volgens Vlaardingerbroek⁹² is het verstandig om schriftelijk vast te leggen dat de gehuwde man toestemming verleent om zijn vrouw via KID te laten bevruchten. Dit vereenvoudigt de bewijslevering. Hij

⁸³ Vonk 2003, p. 128.

⁸⁴ Oudhof 2000, p. 288.

⁸⁵ Oudhof 2000, p. 293.

⁸⁶ Oudhof 2000, p. 297.

⁸⁷ Oudhof 2000, p. 297.

⁸⁸ Oudhof 2000, p. 294.

⁸⁹ Nuytinck 2008.

⁹⁰ Hoge Raad, 30 november 2007, *LJN BB9094*.

⁹¹ Nuytinck 2008.

⁹² Vlaardingerbroek 2008, p. 253.

kan het kind daarna namelijk niet meer ontkennen.⁹³ Mocht er niets vastgelegd zijn en de gehuwde man slagen in de ontkenning van het vaderschap dan heeft het kind geen vader meer. De donor kan immers ook niet worden aangesproken voor betaling tot levensonderhoud voor het kind, omdat er geen verwekking heeft plaatsgevonden, artikel 1:394 BW. Vlaardingerbroek stelt voor dat alleen de donor die zijn sperma aan een speciale daarvoor ingerichte kliniek heeft afgestaan niet kan worden aangesproken tot betaling van levensonderhoud, omdat er dan een goede controle plaatsvindt van het genetisch materiaal en de donor kan worden geregistreerd.⁹⁴

Van Raak⁹⁵ stelt in haar proefschrift 'Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie' voor dat aan artikel 1:247 BW een extra lid wordt toegevoegd, waarin wordt vastgelegd dat onder het ouderlijk gezag mede valt dat de ouder zijn kind dient in te lichten over zijn afkomst. Het belang voor het kind om beide ouders te kennen ligt hier volgens Van Raak aan ten grondslag.⁹⁶ Daarnaast stelt zij voor dat in artikel 1:204 lid 3 BW een aanvulling wordt opgenomen dat zowel de biologische vader, die in een nauwe persoonlijke betrekking met het kind staat, als de levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot gevolg heeft gehad, de rechtbank moet kunnen verzoeken vervangende toestemming tot erkenning te verlenen. Volgens Van Raak zou hiermee worden tegemoet gekomen aan het waarheidsbeginsel.⁹⁷

4.6 Conclusies

Kan het opstellen van een spermadonorcontract leiden tot meer rechtszekerheid voor de wensouders en de spermadonor?

Bij het opstellen van een spermadonorcontract kunnen een aantal dwingendrechtelijke bepalingen in het geding komen. De spermadonor kan niet gedwongen worden zijn sperma af te staan, omdat dat strijd oplevert met artikel 11 van de Grondwet. Echter zal dit niet het grootste probleem zijn. Als het sperma niet wordt afgestaan vermoed ik dat de wensouders niets zullen betalen en op zoek zullen gaan naar een andere spermadonor. Bij draagmoederschap ligt dit anders. Daarbij zijn de wensouders immers veel langer afhankelijk van de draagmoeder en is de draagmoeder waarschijnlijk al zwanger van het sperma van de wensvader of het embryo van de wensouders.

Wanneer partijen in een spermadonorcontract aangeven wie de juridische ouders van het kind zullen zijn, hoeven zij daarbij niet veel af te wijken van de wet. De moeder uit wie het kind geboren wordt, is immers van rechtswege juridisch moeder, artikel 1:198 BW, en de man die met de moeder gehuwd is, wordt van rechtswege juridisch vader, artikel 1:199 BW. Ingeval de moeder niet gehuwd is, kan haar (mannelijke) partner het kind erkennen. In beginsel kan de donor het kind niet erkennen en kan de moeder het vaderschap ook niet gerechtelijk laten vaststellen omdat de donor niet de verwekker is. Het is

⁹³ Vlaardingerbroek 2008, p. 253.

⁹⁴ Vlaardingerbroek 2008, p. 253.

⁹⁵ Van Raak 2007, p. 175.

⁹⁶ Van Raak 2007, p. 176.

⁹⁷ Van Raak 2007, p. 176.

daarom voor de bewijspositie tussen partijen verstandig om de wijze van totstandkoming van de zwangerschap vast te leggen. Dit kan echter anders zijn als blijkt dat de donor een nauwe persoonlijke betrekking met het kind heeft en de moeder niet gehuwd was tijdens de bevalling, echter moet de spermadonor dan wel bijzondere omstandigheden stellen waaruit blijkt dat er bijzondere omstandigheden zijn, aldus de Hoge Raad in 2007.⁹⁸

De Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting lijkt enkel van toepassing op KID behandelingen die in een daarvoor aangewezen kliniek hebben plaatsgevonden. Partijen zoals bedoeld in dit onderzoek kunnen dus in een spermadonorcontract wel afspreken dat de spermadonor anoniem blijft.

Het opstellen van een spermadonorcontract tussen de wensouders en de spermadonor lijkt overbodig wanneer de moeder gehuwd is. In dat geval zijn zij en haar man namelijk van rechtswege juridisch ouders en kan haar man, als hij toestemming heeft gegeven voor de inseminatie, het kind ook niet ontkennen. Voor de bewijspositie wat betreft de totstandkoming van de zwangerschap is het wel verstandig de afspraken vast te leggen in een contract. De spermadonor kan immers niet worden aangesproken voor het levensonderhoud van het kind en de verwekker wel. Daarnaast mogen partijen in een contract niets afspreken over de anonimiteit van de donor.

Volgens Vlaardingebroek⁹⁹ is het wel verstandig dat wanneer de moeder gehuwd is zij en haar man vastleggen dat hij toestemming geeft voor de kunstmatige donorinseminatie, maar in principe heeft dit niets te maken met een spermadonorcontract tussen de wensouders en de spermadonor. Dit is een afspraak tussen de man en vrouw samen. In de literatuur wordt weinig gesproken over het contracteren omtrent kunstmatige donorinseminatie. Het lijkt immers ook niet altijd noodzakelijk om afspraken in een contract vast te leggen, nu de wetgever en de rechtspraak al in vele gevallen oplossingen bieden. Zoals uit hoofdstuk 3 blijkt, ligt dit bij het draagmoederschap een stuk complexer.

Er wordt in de literatuur wel veel gesproken over het duo-moederschap. De discussie gaat met name over de mogelijkheid voor de duo-moeder om ook juridisch ouder te worden. De adoptieprocedure is ingewikkeld en men ziet strijd met het gelijkheidsbeginsel als de getrouwde vrouw van de moeder niet ook van rechtswege juridisch ouder wordt. De erkenning door een vrouw en het juridisch ouderschap van rechtswege tijdens huwelijk worden in de literatuur dan ook volop bekritiseerd. Het valt echter buiten de reikwijdte van dit onderzoek om dit nader uit te werken.

Opvallend in de literatuur is dat enkel Van Raak een daadwerkelijke wetswijziging voorstelt. Zij stelt voor vast te leggen wat eigenlijk in de rechtspraak al is bepaald; dat de biologische vader die een nauwe persoonlijke betrekking met het kind heeft, ontvankelijk verklaard moet worden in zijn verzoek tot vervangende toestemming voor erkenning. Daarnaast geeft zij aan dat wettelijk moet worden vastgelegd dat onder het ouderlijk gezag tevens valt dat het kind wordt ingelicht over zijn of haar afstamming.

Kortom het opstellen van een spermadonorcontract puur voor de positie tussen de wensouders en de spermadonor lijkt overbodig nu de wetgever en de rechtspraak tegemoet komen aan de in hoofdstuk 2 genoemde belangen van partijen.

⁹⁸ Hoge Raad, 30 november 2007, *LJN BB9094*.

⁹⁹ Vlaardingebroek 2008, p. 253.

Nu in het vorige en dit hoofdstuk het draagmoederschap en spermadonorcontract uitgebreid zijn besproken, zal in het volgende hoofdstuk een korte rechtsvergelijking worden gemaakt met Engeland en Zweden.

5 Rechtsvergelijking

In dit hoofdstuk zal een korte rechtsvergelijking worden gemaakt met Engeland en Zweden. De Engelse wetgeving omtrent het draagmoederschap zal worden uitgelicht, om na te gaan of de Nederlandse wetgever hieruit ideeën zou kunnen opdoen voor de punten waarin onze wetgeving tekort schiet. De Zweedse wetgeving zal worden aangehaald omtrent de anonimiteit van de donor. In Zweden bestaat namelijk nogal wat kritiek op deze wetgeving en juist omdat de spermadonor zoals in dit onderzoek wordt bedoeld in Nederland nog wel anoniem mag blijven, is het interessant om na te gaan of de anonimiteit van de donor in dit onderzoek eveneens opgeheven zou moeten worden.

In de volgende paragraaf zal eerst de Engelse wetgeving omtrent het draagmoederschap besproken worden.

5.1 Engeland en het draagmoederschap

Met betrekking tot draagmoederschappen kent Engeland 'The Surrogacy Arrangement Act 1985' welke weer is opgenomen in 'The Human Fertilisation and Embryology Act 2008'. Er worden twee typen 'surrogacy' (draagmoederschappen) onderscheiden, te weten: 'full' surrogacy en 'partial' surrogacy.¹⁰⁰ Dit komt op hetzelfde neer als hoogtechnologisch en laagtechnologisch draagmoederschap in Nederland. In het verleden konden de wensouders in Engeland ook alleen maar juridisch ouder worden via adoptie. Dit proces werd als onnoodzakelijk beschouwd, zeker wanneer er sprake was hoogtechnologisch draagmoederschap.¹⁰¹ Section 30 van 'The Human Fertilisation and Embryology Act' maakt het tegenwoordig mogelijk dat de getrouwde wensouders, indien ten minste een van beide genetisch verwant is met het kind, een verzoek tot juridisch ouderschap kunnen indienen. Dit geldt dus bij zowel laag- als hoogtechnologisch draagmoederschap. Vereist zijn daarbij wel de volgende voorwaarden: dit verzoek dient binnen zes maanden na de geboorte van het kind ingediend te worden, het kind woont bij de wensouders en de draagmoeder (of draagouders) geeft toestemming.¹⁰² De toestemming is niet vereist wanneer de draagmoeder onvindbaar is. Er wordt een deskundige ingeschakeld om een advies uit te brengen aan de rechtbank wanneer het verzoek tot juridisch ouderschap wordt ingediend.¹⁰³

Voordeel van de wet in Engeland is dat er geen adoptietermijn hoeft worden doorlopen. Binnen zes maanden na de geboorte van het kind kunnen de gehuwde wensouders een verzoek indienen tot het

¹⁰⁰ Cretney 2003, p. 853.

¹⁰¹ Cretney 2003, p. 860.

¹⁰² Cretney 2003, p. 861.

¹⁰³ Cretney 2003, p. 861.

juridisch ouderschap over het kind. Er is mij echter niets bekend over de situatie wanneer de wensouders niet gehuwd zijn. In het geval dat daar niets voor geregeld is, kunnen zij niet via bovengenoemde weg juridisch ouder van het kind worden en staat enkel de adoptieprocedure open. Tevens wanneer de termijn voor het indienen van het verzoek verlopen is of geen van beide wensouders genetisch verwant is met het kind, zal de adoptieprocedure doorlopen moeten worden.

Europa geeft de lidstaten de mogelijkheid tot draagmoederschap als de nationale wetgever dit regelt. In Nederland is draagmoederschap dus toegestaan, mits er geen sprake is van commercieel draagmoederschap. De Engelse wetgever heeft een uitgebreidere regelgeving over het draagmoederschap vastgelegd.

Een belangrijk verschil tussen de Engelse en Nederlandse wetgeving is dat de Engelse wetgeving geen adoptietermijn kent bij het draagmoederschap. Er is altijd nog een rechter die beslist over het juridisch ouderschap, maar de termijn is vergeleken met de Nederlandse wetgeving aanzienlijk korter.

In de volgende paragraaf zal de anonimiteit van de spermadonor in Zweden worden besproken.

5.2 Zweden en het spermadonorschap

Zweden kent al sinds 1985 de opheffing van de anonimiteit van de spermadonor.¹⁰⁴ De wetgeving zou zelf negatieve gevolgen hebben. Er zou veel sprake zijn van KID-toerisme, vanuit andere landen worden dan sperma ingevoerd zodat er geen gegevens van de donor bekend zijn. Sinds dat de anonimiteit opgeheven is in Zweden is er tevens in de Zweedse wet¹⁰⁵ opgenomen dat de invoer van sperma alleen mogelijk is na toestemming van de National Board of Health and Welfare.¹⁰⁶ Op deze manier moet onder meer het KID-toerisme worden tegengegaan. De persoonlijke gegevens van de donor worden in Zweden bewaard bij een daarvoor aangewezen instantie en het kind kan vanaf zijn achttiende inzage krijgen in deze gegevens.¹⁰⁷

In artikel 2 van de Lag on insemination (hierna: wet) wordt vereist dat de vrouw die geïnsemineerd wordt getrouwd of samenwonend moet zijn. Vereist is dat de inseminatie verricht wordt onder toezicht van een door de overheid aangewezen ziekenhuis en door een gekwalificeerd medisch specialist, aldus artikel 3 van de wet. Tevens geeft dit artikel aan dat de arts moet toetsen of partijen de situatie beseffen en dat het kind op zal groeien in goede omstandigheden. In artikel 3, 4 en 5 van de wet wordt aangegeven dat de gegevens over de donor moeten worden opgeslagen in een register en dat die gegevens ten minste zeventig jaar bewaard moeten blijven. De wet geeft echter, in tegenstelling tot de Nederlandse wetgeving, alleen aan dat er 'details' over de donor geregistreerd moeten worden, niet wat deze details inhouden. Wellicht heeft men dat in Zweden verder uitgewerkt in een soort van beleidsregels. Dit is mij echter onbekend. Zowel in Zweden als in Nederland is het niet registreren van de vereiste gegevens strafbaar gesteld als het gaat om KID behandelingen in een daarvoor aangewezen kliniek. In

¹⁰⁴ De Bruijn 2001, p. 311.

¹⁰⁵ Lag on insemination (1984: 1140).

¹⁰⁶ Oudhof 2000, p. 236.

¹⁰⁷ Boer 1992.

beide landen staat er een gevangenisstraf op van ten hoogste zes maanden (of in Nederland een geldboete van de derde categorie).

Opvallend is dat men in Zweden strikte vereisten stelt aan het insemineren met sperma van de donor. Zo mag de vrouw niet alleenstaand zijn. In Nederland kennen we deze vereisten niet en mijns inziens behoeft daar in onze wetgeving ook geen onderscheid in gemaakt te worden.

Het lijkt voor de Nederlandse autoriteiten vrijwel onmogelijk om te controleren of er gegevens van de spermadonor zijn opgeslagen bij elk kind die via een spermadonorcontract zoals in dit onderzoek wordt bedoeld, verwekt is.¹⁰⁸ Mijns inziens behoeft het meer onderzoek om na te gaan of deze anonimiteit ook opgeheven zou kunnen worden en dan met name om te bezien of er mogelijkheden zijn om dit te controleren. Bovendien is het de vraag in hoeverre de anonimiteit dan strekt, nu de wensouders altijd kennis hebben moeten maken met de spermadonor bij het aangaan van het spermadonorcontract en gegevens over elkaar opnemen in het contract.

Nu in de vorige hoofdstukken het draagmoederschapcontract en het spermadonorcontract zijn besproken en er in dit hoofdstuk een korte rechtsvergelijking is gemaakt, zal er in het volgende hoofdstuk een overkoepelende conclusie worden geschetst. Daarna zullen in hoofdstuk 7 aanbevelingen worden gedaan aan de wetgever op basis van de bevindingen.

6 Conclusies

De vraag die in dit onderzoek centraal stond is *of een draagmoederschap- of spermadonorcontract kan leiden tot meer rechtszekerheid voor de wensouder(s) en de draagmoeder of de spermadonor en hoe deze positie, indien noodzakelijk, versterkt zou kunnen worden*. Om deze vraag te kunnen beantwoorden is een onderscheid gemaakt tussen het draagmoederschapcontract en het spermadonorcontract.

Allereerst zijn de belangen van de betrokken partijen uiteen gezet. Daarbij is naar voren gekomen dat de wensouders er voornamelijk belang bij hebben dat zij zo snel mogelijk na de geboorte het kind kunnen opvoeden en het juridisch ouderschap over het kind kunnen verkrijgen. Dit geldt bij het draagmoederschap maar eveneens bij het inschakelen van een spermadonor.

De draagmoeder zal er belang bij hebben het kind zo snel mogelijk na te geboorte af te kunnen staan aan de wensouders. Wanneer blijkt dat het kind dat de draagmoeder heeft gebaard bijvoorbeeld gehandicapt is, kan het zijn dat de wensouders het kind niet meer op willen nemen in het gezin. Het is tevens mogelijk dat de draagmoeder gedurende de zwangerschap zodanig aan het kind gehecht is geraakt dat zij het kind na de geboorte niet meer af wil staan aan de wensouders.

Als laatste is er gekeken naar de belangen van de spermadonor. Enerzijds kan de spermadonor er belang bij hebben zo min mogelijk in het leven van het kind betrokken te worden en anderzijds kan de spermadonor een omgangsregeling wensen met het kind.

¹⁰⁸ Dit is bevestigd door een medewerker van de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting.

Vanuit deze belangen is in het onderzoek voortgeborduurd om de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden. De conclusies van beide hoofdstukken zullen in de volgende paragrafen eerst apart worden besproken, waarna een eindconclusie zal volgen.

6.1 *Het draagmoederschapcontract*

Met name de afdwingbaarheid van een draagmoederschapcontract kan tot veel problemen leiden. De belangrijkste bepalingen in het contract zijn immers nietig waardoor de rechtszekerheid voor partijen ver te zoeken is. Buiten het vorderen van een schadevergoeding of het terugvorderen van het bedrag dat onverschuldigd betaald is, biedt de wetgever partijen geen andere mogelijkheden om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

In de baby Donna zaak is uiteindelijk bepaald dat de wensvader recht heeft op een omgangsregeling met het kind. In die zin bood het contract de wensvader nog enig houvast, maar dit behelst niet het gehele doel waarvoor partijen het contract hebben opgesteld, namelijk het door de draagmoeder afstaan van het kind aan de wensouders, zoals is af te leiden uit de belangen van partijen in hoofdstuk 2.

Mijns inziens biedt het draagmoederschapcontract partijen in de huidige rechtspraktijk dan ook geen rechtszekerheid, met name voor de wensmoeder niet. De wensmoeder is immers altijd afhankelijk van het oordeel van de rechter, bij partneradoptie en bij gezamenlijke adoptie. Eveneens bij het ontheffen uit het gezag van de draagouders zijn de wensouders afhankelijk van het oordeel van de rechter.

De huidige wetgeving maakt draagmoederschap mogelijk, maar biedt daarnaast niet de juiste bescherming die geboden zou moeten worden. Indien er conflicten ontstaan tussen de draagmoeder en de wensouders kan het contract immers niet worden afgedwongen. Ik ben dan ook van mening dat als je als wetgever het draagmoederschap mogelijk maakt, de belangen van betrokken partijen zoveel mogelijk zou moeten beschermen. Uit de standpunten in de literatuur blijkt ook dat dit mogelijk is.

In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de beantwoording van de centrale vraag met betrekking tot het spermadonorcontract.

6.2 *Het spermadonorcontract*

Het afdwingen van een spermadonorcontract zal tot minder problemen leiden dan het draagmoederschapcontract. De wensouders zijn in beginsel immers veel korter afhankelijk van de spermadonor. Wanneer de spermadonor zijn sperma toch niet wenst af te staan aan de wensouders zullen de wensouders zeer waarschijnlijk kiezen voor een andere spermadonor.

Tevens komt de wetgever partijen als het gaat om juridisch ouderschap veel meer tegemoet bij het spermadonorschap. Wanneer partijen in een spermadonorcontract aangeven wie de juridische ouders van het kind zullen zijn, hoeven zij daarbij namelijk niet veel af te wijken van de wet. De moeder uit wie het kind geboren wordt, is van rechtswege juridisch moeder, artikel 1:198 BW, en de man die met

de moeder gehuwd is, wordt van rechtswege juridisch vader, artikel 1:199 BW. Ingeval de moeder niet gehuwd is, kan haar (mannelijke) partner het kind erkennen. De donor kan het kind in beginsel niet erkennen en andersom kan de moeder het vaderschap van de donor ook niet gerechtelijk laten vaststellen omdat hij geen verwekker is en niet verzoeken om een bijdrage in de kosten van het levensonderhoud van het kind. Het is daarom van belang in het contract vast te leggen hoe de zwangerschap tot stand is gekomen. Uit de rechtspraak blijkt dat de spermadonor toch een verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning kan indienen als blijkt dat de donor een nauwe persoonlijke betrekking met het kind heeft en de moeder niet gehuwd was tijdens de bevalling, echter moet de spermadonor dan wel bijzondere omstandigheden aanvoeren waaruit blijkt dat er bijzondere omstandigheden zijn, aldus de Hoge Raad in 2007¹⁰⁹.

Kunnen partijen de anonimiteit van de donor sinds 2004 nog uitsluiten? In de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting is verplicht gesteld dat de donor bepaalde gegevens over zichzelf bekend maakt als de inseminatie is verricht in een daarvoor aangewezen kliniek. De wet kent tevens een strafbepaling wanneer partijen hiermee in strijd handelen. Vooralsnog zegt deze wet niets over de anonimiteit van de spermadonor zoals die in dit onderzoek wordt bedoeld. Partijen kunnen dus afspreken dat de spermadonor anoniem blijft ten opzichte van het kind.

Het contracteren in een spermadonorcontract lijkt mijns inziens tussen de wensouder en spermadonor overbodig wanneer de wensmoeder gehuwd is. Als de wensmoeder niet gehuwd is, kan het voor de bewijslevering over hoe de zwangerschap ontstaan is van belang zijn de afspraken vast te leggen in een contract. Het is tevens verstandig afspraken in een contract vast te leggen voor de posities tussen de wensouders onderling als bewijs dat de wensvader toestemming heeft gegeven voor de kunstmatige donorinseminatie en het kind vervolgens niet kan ontkennen.

In de volgende paragraaf zal de eindconclusie op de centrale onderzoeksvraag worden geformuleerd.

6.3 *Eindconclusie*

Het draagmoederschapcontract biedt partijen geen rechtszekerheid. Het behoeft daarom zeker aanbeveling aan de wetgever om daar iets aan te veranderen. Met name omdat we gezien hebben dat er verschillende mogelijkheden zijn. In het volgende hoofdstuk zal daarop een gemotiveerde aanbeveling volgen voor de wetgever.

Wat betreft het spermadonorcontract komt de wetgever al veel tegemoet aan de belangen van de betrokken partijen. En daar waar de wetgever de belangen van de partijen niet goed genoeg heeft gewaarborgd, heeft de rechtspraak de leemte opgevuld.

Het opstellen van een spermadonorcontract puur voor de positie tussen de wensouders en de spermadonor is niet altijd noodzakelijk. Met name wanneer de wensmoeder gehuwd is lijkt dit overbodig.

¹⁰⁹ Hoge Raad, 30 november 2007, *LJN BB9094*.

Bij een ongehuwde wensmoeder is het contracteren in een spermadonorcontract wel verstandig vanwege een betere bewijspositie als het gaat om de totstandkoming van de zwangerschap en het verschil tussen verwekker en donor. Als bewijsmiddel dat de wensvader toestemming heeft gegeven voor de donorinseminatie biedt het spermadonorcontract eveneens uitkomst. Mijns inziens behoeft er daarom aan de wetgeving omtrent het spermadonorschap weinig te veranderen.

In het volgende hoofdstuk zullen een aantal aanbevelingen aan de wetgever worden gedaan.

7 Aanbevelingen

In het onderzoek is naar voren gekomen dat er bij het draagmoederschap onvoldoende waarborg bestaat voor de belangen van de betrokken partijen. Er is tevens gebleken dat er wel degelijk mogelijkheden zijn om deze belangen beter te waarborgen.

Bij het spermadonorschap komt de wetgever al erg veel tegemoet aan de belangen van de betrokken partijen en de leemtes die de wetgever daarbij gelaten heeft, heeft de rechtspraak opgevuld.

In de volgende paragrafen zullen er aanbevelingen volgen voor de wetgever met betrekking tot het draagmoederschap en het spermadonorschap.

7.1 *Het draagmoederschap*

Uit het onderzoek is gebleken dat het draagmoederschapcontract partijen in de huidige rechtspraak onvoldoende rechtszekerheid biedt. Met name voor de wensmoeder niet. Haar positie zou versterkt kunnen worden en het belang van de draagmoeder om het kind zo snel mogelijk na de geboorte af te kunnen staan wordt daarmee eveneens versterkt.

Mijns inziens kleven er aan het afschaffen of verkorten van de adoptieprocedure, zoals Heida en Van der Steur¹¹⁰, Schoots, Dermout en Van Arkel¹¹¹ en Van Raak¹¹² voorstellen, te veel bezwaren met name bij hoogtechnologisch draagmoederschap. De wensmoeder zou dan haar 'eigen' kind moeten adopteren.¹¹³ De wensouders hebben immers het genetisch materiaal geleverd. Daarnaast zullen de draagouders uit het gezag ontheven moeten worden alvorens de wensouders het kind kunnen adopteren. Rechters kunnen hier nog al eens moeite mee hebben, omdat dit in beginsel alleen gebeurt indien er sprake is van onmacht of ongeschiktheid en de vraag is of daarvan wel sprake is bij een draagmoeder.¹¹⁴ Het is eveneens denkbaar dat er sprake kan zijn van discriminatie jegens andere wensouderparen als de adoptietermijn voor de wensouders die gebruik maken van een draagmoeder wordt verkort of

¹¹⁰ Heida en Van der Steur 2001.

¹¹¹ Schoots, Dermout en Van Arkel 2004, p. 189-194.

¹¹² Van Raak 2007, p. 179.

¹¹³ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹¹⁴ Van den Berg en Buijssen 2004.

afgeschaft.¹¹⁵ Van den Berg en Buijssen voeren nog een ander argument aan tegen de verkorting of afschaffing van de adoptietermijn, namelijk dat de Raad voor de Kinderbescherming deze termijn nodig heeft om het onderzoek naar behoren te kunnen uitvoeren.¹¹⁶ Ik sluit mij daarvoor aan bij het voorstel van Vlaardingerbroek om de Raad voor de Kinderbescherming al voor de zwangerschap bij het proces te betrekken om te allen tijde te waken voor de belangen van het kind.¹¹⁷ De Raad voor de Kinderbescherming zal dan de adoptietermijn niet meer nodig hebben om het onderzoek naar te behoren te kunnen verrichten.

Mijn voorstel aan de wetgever om partijen meer rechtszekerheid te bieden bij een draagmoederschapcontract, zal er daarom als volgt uit zien.

Het draagmoederschapcontract wordt geregistreerd bij de Raad voor de Kinderbescherming. Wanneer er dan sprake is van hoogtechnologisch draagmoederschap, zullen de wensouders van rechtswege de juridische ouders van het kind worden. Dit voorstel is gebaseerd op punt 2 van de Amerikaanse doctrine die Van den Berg en Buijssen¹¹⁸ aanhalen. De kritiek die Van Raak¹¹⁹ aanhaalt, dat wanneer de genetische verwantschap voorwaarde zou zijn voor juridisch moederschap, elke vrouw die haar eicel doneert juridisch moeder zou worden, wordt hiermee ondervangen. Het juridisch moederschap kan dan namelijk alleen via de genetische verwantschap ontstaan indien er een geregistreerd draagmoederschapcontract aan ten grondslag ligt. Dit voorstel is wederom gebaseerd op een voorstel dat Van den Berg en Buijssen doen om voor het draagmoederschap een soort gelijk register aan te leggen als bij de registratie van donorgegevens.¹²⁰

Dit voorstel sluit deels aan bij het voorstel dat Heida en Van der Steur¹²¹ doen, omdat zij ook aansluiting zoeken bij de genetische verwantschap tussen het kind en de wensouders. Zij stellen daarnaast voor dat er een rechterlijke toetsing dient plaats te vinden.¹²² Ik stel voor dat een beoordeling door de rechter alleen dan plaatsvindt indien er conflicten tussen partijen zijn ontstaan.¹²³

Wat betreft laagtechnologisch draagmoederschap dient mijns inziens de wetgeving te blijven zoals hij is, omdat de draagmoeder daarbij zowel genetisch als biologisch verwant is aan het kind. De wensmoeder is dan ook geen enkele manier genetisch verwant met het kind. Net als Van den Berg en Buijssen¹²⁴ en Heida en Van der Steur¹²⁵ hecht ik waarde aan de genetische verwantschap tussen de wensouders en het kind en daarom stel ik voor de wetgeving bij laagtechnologisch draagmoederschap niet te wijzigen. Wel sluit ik me aan bij het voorstel van Vlaardingerbroek¹²⁶ dat partijen voorafgaand aan de zwangerschap hun plannen bespreken met een psycho-sociaal deskundige en een jurist en dat de

¹¹⁵ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹¹⁶ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹¹⁷ Vlaardingerbroek 2003.

¹¹⁸ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹¹⁹ Van Raak 2007, p. 179.

¹²⁰ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹²¹ Heida en Van der Steur 2001.

¹²² Heida en Van der Steur 2001.

¹²³ Van den Berg en Buijssen 2004, punt 4 van de aangehaalde Amerikaanse doctrine.

¹²⁴ Van den Berg en Buijssen 2004.

¹²⁵ Heida en Van der Steur 2001.

¹²⁶ Vlaardingerbroek 2003.

Raad voor de Kinderbescherming al in een vroeg stadium bij het proces betrokken wordt om te allen tijde te waken over de belangen van het kind. De wensouders worden op deze manier van te voren goed geïnformeerd over de mogelijke risico's en kunnen dan een weloverwogen keuze maken om wel of niet op deze manier een zwangerschap tot stand te brengen.

Het voorstel is deels gebaseerd op de Engelse wetgeving. Voor het hoogtechnologisch draagmoederschap wordt dan namelijk de adoptietermijn niet toegepast. Bij laagtechnologisch draagmoederschap blijft de adoptietermijn bestaan.

Nu in deze paragraaf aanbevelingen aan de wetgever met betrekking tot draagmoederschap zijn gedaan, zal ik in de volgende paragraaf de aanbevelingen met betrekking tot het spermadonorcontract uiteen zetten.

7.2 *Het spermadonorschap*

In het kader van dit onderzoek is er voornamelijk gekeken naar de rechtszekerheid die een spermadonorcontract de betrokken partijen kan bieden. Zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven biedt een spermadonorcontract uitkomst om de bewijspositie rondom de totstandkoming van de zwangerschap te versterken. De donor kan er namelijk belang bij hebben niet aangemerkt te worden als verwekker of juist andersom. Het contract biedt eveneens uitkomst om de bewijspositie tussen de wensouders onderling te versterken als het gaat om de toestemming die de levensgezel van de wensmoeder heeft gegeven. Dit is echter in het kader van dit onderzoek niet relevant nu het gaat om de rechtszekerheid van het contract tussen de wensouders en de spermadonor.

Van Raak¹²⁷ stelt voor dat in artikel 1:204 lid 3 BW een aanvulling wordt opgenomen dat zowel de biologische vader, die in een nauwe persoonlijke betrekking met het kind staat, als de levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met de daad die de verwekking tot gevolg heeft gehad, de rechtbank moet kunnen verzoeken vervangende toestemming tot erkenning te verlenen. Ik sluit mij aan bij dit voorstel, omdat de donor dan niet volledig uitgesloten is van een mogelijkheid tot erkenning en de rechter hier uiteindelijk over zal moeten oordelen. Wat betreft het juridisch ouderschap van de vrouwelijke levensgezel van de wensmoeder en haar rechtspositie bij het spermadonorschap stel ik het volgende voor.

Zoals uit hoofdstuk 2 blijkt, kunnen de wensouders er belang bij hebben het kind op te voeden zonder bemoeienis van de spermadonor. Om de vrouwelijke partner van de moeder eveneens rechten toe te kennen als zij gehuwd is met de moeder, stel ik het volgende voor.

Indien de vrouwelijke levensgezel gehuwd is met de wensmoeder wordt zij, net zoals een gehuwde man, van rechtswege juridisch ouder van het kind. Er zou anders strijd kunnen zijn met het gelijkheidsbeginsel wanneer de gehuwde man van de wensmoeder die met behulp van kunstmatige donorinseminatie zwanger is geworden, wel van rechtswege juridisch vader zou zijn, maar de gehuwde

¹²⁷ Van Raak 2007, p. 176.

vrouwelijke partner niet.¹²⁸ Wanneer de wensmoeders niet gehuwd zijn, sluit ik me niet aan bij bovengenoemd voorstel van Van Raak¹²⁹ dat een vrouwelijke erkenning (met rechterlijke toets) mogelijk zou moeten zijn. De wetgever heeft echter onlangs aan artikel 1:228 BW een nieuw lid toegevoegd dat aangeeft dat de vrouwelijke levensgezel van de wensmoeder de verzorgingstermijn van een jaar bij adoptie niet hoeft af te wachten om een aanvraag tot adoptie in te kunnen dienen. Hiermee kan de vrouwelijke partner meteen bij de geboorte het kind adopteren en vindt er eveneens, zoals bij het voorstel van Van Raak een rechterlijke toets plaats. De wetgever heeft besloten dit op deze manier op te lossen, in plaats van de mogelijkheid tot erkenning door de vrouwelijke partner. Het valt dan ook niet binnen de reikwijdte van dit onderzoek om na te gaan of erkenning een betere optie zou zijn geweest.

Indien de wetgever de in deze en de vorige paragraaf genoemde aanbevelingen doorvoert, ontstaat er voor de betrokken partijen meer rechtszekerheid bij het aangaan van een draagmoederschap- of spermadonorcontract.

¹²⁸ Vonk 2003, p. 127.

¹²⁹ Van Raak 2007, p. 176.

Literatuurlijst

Boeken en artikelen

Van den Berg en Buijssen 2004

M.F.M. van den Berg en C. Buijssen, 'Hoogtechnologisch draagmoederschap, de techniek staat voor niets, nu het recht nog', *NJB* 2004, 79 (14), p. 724-728.

Boer 1992

T.A. Boer, 'Opheffing van anonimiteit van donoren bij kunstmatige inseminatie: een morele beoordeling van de tegenargumenten', 1992.

Broekhuijsen-Molenaar 1991

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

Broekhuijsen-Molenaar 1995

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht', in: K. Boele-Woelki en M. Oderkerk, (*Ongeoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 35.

De Bruijn 2001

J.K. de Bruijn, 'Maatschappelijke ontwikkelingen rond KID', *Nederlands tijdschrift Klin Chem* 2001, 26, p. 309-313.

Callahan 2009

Cindy Callahan, Christopher W. Roberts, *The changing American Family and the Law*, Maryland Bar Journal: may/june 2009.

Committee of experts on family law 2006

Committee of experts on family law (CJ-FA), *REPORT ON PRINCIPLES CONCERNING THE ESTABLISHMENT AND LEGAL CONSEQUENCES OF PARENTAGE – "THE WHITE PAPER"*, Strasbourg, 23 October 2006.

Cretney 2003

S.M. Cretney, J.M. Masson, R. Bailey-Harris, *Principles of Family Law*, Londen: Sweet&Maxwell 2003.

Heida en Van der Steur 2001

A. Heida, Van der Steur, 'Draagmoederschap. Tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regelingen'. Aanhangige zaken, *Nemesis* 2001, nr. 6, p. 209-214.

Loth 2001

M.A. Loth, *Monografieën Nieuw BW: Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Nuytinck 2008

A.J.M. Nuytinck, 'Het omgangsrecht van de spermadonor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind', *Ars Aequi* 2008-2, p. 133-138.

Oudhof 2000

T. Oudhof, 'Het wetsvoorstel 'Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie' en de (tegengestelde) belangen van het kind', *FJR* 2000-10, p. 229-237.

De Pers 2008

'Netwerk: Nederlands stel koopt Belgische Baby', *De Pers* 21 november 2008. De schrijver van dit artikel is onbekend.

Van Raak-Kuiper 2007

J.A.E. van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie*, Proefschrift Universiteit van Tilburg, 2007.

Schoots, Van Arkel, Dermout 2004

M.M. Schoots, H.J.M. van Arkel en S.M. Dermout, 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?', *FJR* 2004-7/8, p. 189-194.

Vermeulen 2008

M. Vermeulen, *Volkskrant*, Amsterdam, 12 maart 2008.

Vlaardingerbroek 2003

P. Vlaardingerbroek, 'Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie', *Ars Aequi* 2003-3, p. 171-178.

Vlaardingerbroek 2008

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

Vonk 2003

M. Vonk, 'Een, twee of drie ouders?', *FJR* 2003-6, p. 122-128.

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, 'Contractualisering van draagmoederschap', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1997, p. 1751.

Wortmann en Van Duijvendijk-Brand 2009

S.F.M. Wortmann en J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium: Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Overige

Vanlerberghe en De Roeck 2005

M. Vanlerberghe en J. de Roeck, Belgische Senaat, 'Wetsvoorstel betreffende draagmoeders', 1 juli 2005.

Human Fertilisation and Embryology Act 2008

Chapter 22

Raad van Europa 2006

Principle 15

Staatsblad 2002

Staatsblad 2002, 240. Kamerstuk 23207.

Staatsblad 2008

Staatsblad 2008, 425.

Jurisprudentie

- 1984 Hoge Raad, 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767.
- 1990 Hoge Raad, 26 januari 1990, *NJ* 1990, 631.
- 1998 Hof 's-Gravenhage, 21 augustus 1998, *FJR* 1998/293.
- 2000 Rechtbank Almelo, 24 oktober 2000, *FJR* 2001, p. 91.
- 2001 Rechtbank Utrecht, 14 maart 2001, zaaknr. 122753.
Hof Amsterdam, 22 november 2001, rekestnr. 370/2001.
- 2003 Hoge Raad, 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386.
- 2004 EHRM, 1 juni 2004, *NJ* 2004, 667.
- 2006 Gerechtshof Amsterdam, 21 september 2006, *LJN* AZ9582.
- 2007 Hoge Raad, 30 november 2007, *LJN* BB9094.
- 2008 Hoge Raad, 11 april 2008, *LJN* BC3927.
Rechtbank Utrecht, 7 mei 2008, *LJN* BD1068 (Baby Donna).
Rechtbank Alkmaar, 29 oktober 2008, *LJN* BG8903.
Rechtbank Utrecht, 27 november 2008, *LJN* BG5827.
Hof Amsterdam, 25 november 2008, *LJN* BG5157.