Boom juridisch
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
E info@bjv.nl
I www.boomjuridisch.nl

EstateTip

Review

Afl. 2020-24

2 september 2020

Anticiperende rechtspraak. Het draagmoederschap van de toekomst is er al

Veranderende maatschappelijke opvattingen leiden ertoe dat het personen- en familierecht in enge zin continu in beweging is. In 2016 heeft de Staatscommissie Herijking Ouderschap (SHO) (*Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: Xerox/OBT 2016) in haar advies de blik (ver) vooruit gericht en geadviseerd over zaken als meerouderschap, meerpersoonsgezag (waarbij de term ‘meer’ in dit kader duidt op meer dan twee personen) en een regeling omtrent draagmoederschap. En zoals aangekondigd in de kabinetsreactie op dit advies (*Kamerstukken II* 2018/19, 33836, nr. 45), is thans de eerste fase in gang gezet die moet leiden tot een regeling omtrent meerpersoons-deelgezag en een wettelijk kader voor Nederlands draagmoederschap (een onderdeel daarvan is een regeling waaronder een buitenlandse draagmoederschapsconstructie kan worden erkend). Vandaag aandacht voor een uitspraak van 12 februari 2020 van de rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2020:1628, over het draagmoederschap.

Zoals u weet, heeft de laatste ingrijpende aanpassing van het Nederlandse afstammingsrecht plaatsgehad per 1 april 2014. Sindsdien is – onder voorwaarden – juridisch ouderschap door de geboorte van de mee(duo)moeder mogelijk, kan ook een vrouw een kind erkennen en is de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van een vrouw mogelijk. Onveranderd is het uitgangspunt dat een kind altijd een moeder heeft. De vrouw uit wie het kind is geboren, is immers altijd de juridische moeder van dit kind, artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder a BW.

De inmiddels afgesloten consultatiefase van de Wet kind, draagmoederschap en afstamming (www.internetconsultatie.nl/kinddraagmoederschapenafstamming) brengt verandering in dit uitgangspunt. Volgens het conceptwetsvoorstel is een draagmoeder wél nog steeds de vrouw uit wie het kind is geboren, maar daarmee niet langer (vanaf de geboorte) de juridische moeder van het kind. Via de nieuw te creëren gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap, wordt (worden) de wensouder(s) vanaf de geboorte van het kind de juridische ouders. Het zijn de wensouders die op de geboorteakte als de juridische ouders worden vermeld. Voor de draag-geboortemoeder rest ‘slechts’ een vermelding op een vervolgblad. Maar goed, ik wil vandaag niet de ins en outs van het conceptwetsvoorstel doornemen, zie daarvoor A.J.M. Nuytinck, ‘Conceptwetsvoorstel Wet kind, draagmoederschap en afstamming en concept-wetsvoorstel Wet deelgezag’, *WPNR* 2020/7290. Vanuit afstammingsrechtelijk, en daarmee uiteraard ook indirect erfrechtelijk perspectief, is interessant dat in de rechtspraak lijkt te worden voorgesorteerd op de thans in concept aangekondigde plannen.

Daarmee belanden we bij de zaak die speelde voor de rechtbank Amsterdam. Kort enkele feiten. Twee met elkaar gehuwde mannen gaan in verband met hun kinderwens een draagouderschapovereenkomst aan met een in Illinois (Verenigde Staten van Amerika) wonend hetero echtpaar. Er is gekozen voor hoogtechnologisch of IVF-draagmoederschap. Dit betekent dat de via IVF (met zaadcellen van een van de mannen) bevruchte eicel niet van de draagmoeder zelf afkomstig is. Vervolgens bevalt de draagmoeder van een tweeling. Op de in Illinois opgemaakte geboorteakte staan de beide mannen vermeld als ‘vader/co-parent resp. co-parent’, waarna een Circuit Court voor recht heeft verklaard dat zij vanaf de geboorte de juridische ouders zijn van de tweeling.

De tweeling verblijft vanaf hun geboorte onafgebroken bij de mannen in Nederland. De mannen verzoeken de rechtbank voor recht te verklaren dat de in Illinois opgemaakte geboorteakten van de tweeling vatbaar zijn voor opneming in de registers van de burgerlijke stand en om vervolgens de ambtenaar te gelasten deze geboorteakten in te schrijven in de registers van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage.

De bij deze zaak betrokken ambtenaren (van de burgerlijke stand in Den Haag en van de Basisregistratie personen (BRP) in Amsterdam) gaan hier niet in mee:

‘4.1. De ambtenaar [van de burgerlijke stand] stelt zich op het standpunt dat het uitgangspunt in de Nederlandse wetgeving dat *de moeder van een kind de vrouw is uit wie het kind wordt geboren (artikel 1:198 van het Burgerlijk Wetboek (BW))*, een *beginsel van openbare orde is*. Dit volgt uit jurisprudentie, literatuur en de zienswijze van de wetgever. Totdat de wetgever anders bepaalt, blijft dit het geval. Hoewel de geboorteaktes van de minderjarigen zijn opgesteld in overeenstemming met het recht van Illinois, *zijn deze aktes niet in overeenstemming met het Nederlandse recht*, omdat hierop geen moeder staat vermeld. Om deze reden kunnen de geboorteaktes en de uitspraak van de Circuit Court van 5 april 2018 hier niet worden erkend en ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, aldus de ambtenaar.

[...]

4.3. De ambtenaar van de BRP heeft zich op het standpunt gesteld dat de *geboorteakte de moeder dient te vermelden, zodat de afstamming blijkt uit de akte*. Volgens de ambtenaar betreft dit een beginsel van openbare orde.’ (Toev. en curs. FH)

De rechtbank constateert dat voldoende duidelijk is geworden dat het Amerikaanse draagmoedertraject is gevolgd waarbij, onder andere, de draagmoeder vooraf medisch en financieel is gescreend, en dat haar redenen om als draagmoeder op te treden zijn onderzocht en beoordeeld. Ook had de draagmoeder recht op eigen juridische en psychologische bijstand. Een en ander heeft geresulteerd in een voorafgaand aan de zwangerschap opgestelde en ondertekende overeenkomst.

Als we dit Amerikaanse traject ‘naast’ de voorwaarden van het Nederlandse conceptwetsvoorstel leggen, ontdekken we een grote mate van overeenstemming.

De volgende overweging van de rechtbank verbaast dan ook niet:

‘5.6. Naar het oordeel van de rechtbank hebben verzoekers met het bovenstaande voldoende aangetoond dat *sprake is geweest van een behoorlijk onderzoek en rechtspleging* en dat verzoekers hebben voldaan aan de voorwaarden zoals gesteld

in de Illinois Parentage Act (IPA) en Gestational Surrogacy Act (GSA), [...]. Op grond hiervan zijn verzoekers naar het recht van Illinois van rechtswege de juridische ouders van [de tweeling] geworden vanaf de geboorte van de minderjarigen. De geboorteaktes waarop verzoekers vanaf de geboorte als ouders van [de tweeling] zijn dan ook opgemaakt volgens de plaatselijke voorschriften.’ (Curs. FH)

Vervolgens gaat de rechtbank in op wat ik eenvoudigheidshalve maar duid als de (on)verenigbaarheid van die geboorteakten met de Nederlandse rechtsorde. Rechtbank Amsterdam merkt op dat het enkele feit dat het van rechtswege ontstaan van een familierechtelijke betrekking met de beide wensouders niet overeenstemt met (de huidige) bepalingen uit het Nederlandse recht, onvoldoende is om aan te nemen dat sprake is van onverenigbaarheid met de openbare orde. Omdat het draagmoederschap in Nederland nog geen wettelijke basis heeft, vindt de rechtbank Amsterdam – mede gelet op de ingrijpende gevolgen van draagmoederschap voor de minderjarigen en de draagmoeder – het van belang om bij de ‘onverenigbaarheidstoets’ na te gaan of het draagmoederschap zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Ofwel, of een en ander is geschied met voldoende inachtneming van de belangen van de draagmoeder en de minderjarigen (denk ook aan de mogelijkheid om de ontstaansgeschiedenis te kunnen achterhalen). In dat kader verwijst de rechtbank naar het hiervoor genoemde ‘traject’ en neemt in aanmerking dat de ontstaansgeschiedenis van de tweeling door hen op termijn is te achterhalen. Ook hebben de beide mannen nog steeds contact met zowel de draagmoeder als de donor van de eikel en is één van hen de genetische vader van de minderjarigen.

De rechtbank meent:

‘5.12. Gelet op het voorgaande is het door verzoekers doorlopen draagmoederschapstraject met voldoende waarborgen omkleed overeenkomstig de aanbevelingen van de Staatscommissie en het voornemen voor de te treffen draagmoederschapsregeling van het kabinet zoals verwoord in de brief van 12 juli 2019. De rechtbank is dan ook van oordeel dat in deze situatie *geen sprake is van onverenigbaarheid met de openbare orde.*’ (Curs. FH)

Na te zijn ingegaan op enige andere aspecten van de zaak en de ‘inkadering’ van een en ander in jurisprudentie van het EHRM, gelast de rechtbank de inschrijving van de Amerikaanse geboorteakten in de daartoe bestemde registers van de burgerlijke stand.

De uitspraak is in lijn met het in de rechtspraak geleidelijk ontwikkelde – en op het advies van de SHO gebaseerde – beoordelingskader voor de toetsing van de uitkomsten van draagmoederschap. De uitspraak maakt duidelijk dat, ook al voordat de ‘gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap’ in de Nederlandse wet is/zal zijn opgenomen, er meer smaken zijn die tot een familierechtelijke betrekking leiden dan de ‘Nederlandse’ varianten geboorte, erkenning, gerechtelijke vaststelling en adoptie. Het is zinvol om dit in het achterhoofd te hebben als men ‘de familie in beeld’ aan het brengen is.

Mr. F.M.H. Hoens
Radboud Universiteit

www.scholsburgerhartschols.nl www.boomjuridisch.nl

© 2020 Boom juridisch | ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid