

De dagelijkse draagmoederschapspraktijk door de ogen van een advocaat

FJR 2019/53

Zeven jaar geleden publiceerde ik in ditzelfde blad met mijn collega een artikel over draagmoederschap met daarin de oproep tot duidelijke wet- en regelgeving voor draagmoederschap.² Hoe staat het er nu zeven jaar later voor? Daarover kan ik kort zijn: hetzelfde. Dat betekent niet dat er geen ontwikkelingen in de rechtspraak zijn geweest in de afgelopen jaren. Op 12 juli 2019 is zelfs bekendgemaakt dat er wetgeving komt voor zowel nationale als internationale draagmoederschapszaken. Dit zal een vooruitgang meebrengen voor de positie van zowel draagouders, wensouders en het wenskind. Hoe ziet mijn praktijk eruit als gespecialiseerd advocaat in draagmoederschapszaken? En waar loop ik zoal tegenaan? In deze bijdrage neem ik u mee in mijn praktijk en geef ik u daarmee een kijkje in mijn juridische keuken.

1. Praktijk

Sinds geruime tijd richt ik mij in mijn dagelijkse praktijk - naast de reguliere familiezaken - specifiek op draagmoederschap, een niche binnen een niche. Kort gezegd adviseer en begeleid ik met name wensouders in de weg naar het juridisch ouderschap. Hiernaast sta ik ook draagouders bij in het juridische traject. Het is een ontzettend boeiende en mooie praktijk om in te mogen werken. Niet alleen omdat de zaken juridisch heel uitdagend zijn, maar ook omdat ik hele mooie momenten voorbij zie komen.

2. Wie?

In mijn praktijk zie ik hetero- en homostellen, maar ook alleenstaanden. Dat kunnen zowel bewust alleenstaande moeders als bewust alleenstaande vaders zijn.

Bij heterostellen gaat het altijd om gevallen waarin er een medische oorzaak is waarom een zwangerschap op de natuurlijke weg niet mogelijk is. Vaak zijn dat vrouwen die te maken hebben gehad met bijvoorbeeld kanker of om andere medische redenen een zwangerschap niet zelf kunnen dragen. Bij homostellen gaat het om stellen die graag een eigen kind willen.

Ook alleenstaanden (mannen én vrouwen) die graag een genetisch eigen kind willen melden zich bij mij. In alle gevallen kiezen deze mensen heel duidelijk niet voor co-ouderschap met een andere man of vrouw en ook niet voor

adoptie of pleegzorg. Zij hebben daar vaak heel uitvoerig over nagedacht en kiezen gericht voor het traject van draagmoederschap.

3. Laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap

Er zijn diverse medische mogelijkheden bij draagmoederschap. Voor mijn advisering en begeleiding is dit een belangrijk onderdeel, omdat ik moet weten wie genetisch en/of biologisch ouder is. Dit kan uitmaken voor het verdere juridische traject.

Bij draagmoederschap is er sprake van hoogtechnologisch of laagtechnologisch draagmoederschap. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap worden een eicel en een zaadcel in een laboratorium tot een embryo gemaakt. De embryo wordt vervolgens (terug)geplaatst in de baarmoeder van de draagmoeder. Hiervoor is altijd een medische ingreep vereist. De wensouders zijn in die gevallen vaak ook de genetische ouders. Dat hoeft echter niet altijd het geval te zijn. Zo kan er ook sprake zijn van donorschap van ofwel een eicel ofwel een zaadcel. Een enkele keer ben ik betrokken geweest bij draagmoederschap waarin er geen enkele genetische connectie was met de wensouders, maar waarbij de zwangerschap wel was aangegaan voor de wensouders. In die gevallen ging het erom dat de wensouders beiden niet in staat waren om genetisch ouder te zijn, in verband met slechte kwaliteit van het eigen genetisch materiaal.

Bij laagtechnologisch draagmoederschap stelt de draagmoeder haar eigen eicel ter beschikking. Zij is dan de genetische en biologische moeder. De draagmoeder wordt dan zwanger door zelfinseminatie of door medische begeleiding van een arts.

De draagmoeder is in alle gevallen de biologisch ouder. Bij vrouwen is er een verschil in biologisch moederschap (degene die het kind draagt en uit wie het kind wordt geboren, ook wel aangeduid als de geboortemoeder) en genetisch moederschap (dat is degene van wie de eicel afkomstig is, ook wel aangeduid als de genetische moeder). Mannen zijn altijd zowel de genetische als biologische vader.

4. Nationaal en internationaal

Ik werk in nationale en internationale draagmoederschapszaken. Bij nationale zaken wonen alle betrokken partijen in Nederland. Bij internationale zaken woont de draagmoeder in het buitenland en wordt de baby daar ook (vaak) geboren. De draagmoeders komen uit diverse landen over de hele wereld, maar in de meerderheid van de gevallen zie ik zaken waarin de draagmoeder uit de Verenigde Staten of Canada komt. Door de jaren heen heb ik veel veranderingen gezien in de keuzes die gemaakt worden door wensouders indien zij aangewezen zijn op een buitenlandse draagmoeder. Toen

¹ Mr. J. (Jo-an) van der Tol is advocaat en partner bij Fam. Advocaten, Amsterdam.

² Zie Van Vlijmen & Van der Tol, 'Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?', FJR 2012/56.

ik mijn praktijk begon, kwam ik nog regelmatig wensouders tegen die een Indiase draagmoeder hadden en waarbij de baby ook daar werd geboren. Maar ook draagmoeders uit Cyprus, Oekraïne, Georgië, Cambodja, Frankrijk en België kwamen regelmatig voor. Een reden waarom er veel wijzigingen zijn in 'populaire' landen, heeft veelal te maken met veranderende wetgeving in het betreffende land. Zo kent India inmiddels wetgeving op het gebied van draagmoederschap. Omdat het juridisch ouderschap veelal niet erkend werd in het land van de wensouders, heeft de Indiase overheid de bestaande wetgeving aangescherpt en bepaald dat draagmoederschap alleen is toegestaan indien de wensouders in het land waar zij woonachtig zijn ook direct bij de geboorte worden aangemerkt als juridisch ouders. Omdat Nederland die mogelijkheid (nog) niet kent, is India daarmee afgevallen voor potentiële wensouders. Wereldwijd zijn er veel ontwikkelingen op het gebied van draagmoederschap en de lokale wetgeving. Dit maakt dat door de jaren heen wensouders andere keuzes (hebben) moeten maken. Wensouders moeten zich daarom altijd goed laten voorlichten over de lokale wetgeving. Daarnaast speelt voor veel ouders de financiële kant een grote rol. Een traject in de Verenigde Staten of Canada is bijvoorbeeld aanzienlijk duurder dan trajecten elders.

5. Waar in Nederland?

Het VuMC in Amsterdam was tot 1 januari 2019 het enige ziekenhuis in Nederland dat draagmoederschap op medisch gebied begeleidt. Daar komen echter alleen heterostellen als wensouders voor in aanmerking, moeten de gameten (dat wil zeggen: de eicel en de zaadcel) afkomstig zijn van de wensouders en moeten de wensouders zich met hun eigen - voor hen bekende - draagmoeder melden. Dit is nog maar een klein deel van de eisen, die zo strikt zijn, dat maar een klein aantal stellen per jaar in aanmerking komt voor draagmoederschap en vervolgens slechts een beperkt aantal baby's per jaar uit een draagmoeder wordt geboren.

Met ingang van 1 januari 2019 zijn er twee klinieken in Nederland bijgekomen die ook op beperkte schaal draagmoedersbehandelingen gaan aanbieden; de Nij Geertgen kliniek en MC Kinderwens Leiderdorp. Deze twee klinieken gaan behandelingen aanbieden waarbij donorgameten gebruikt kunnen worden. Hierdoor is de deur opengezet voor medische begeleiding van draagmoederschap voor homostellen in Nederland, zij het dat er nog weinig behandelplekken zijn. Hoewel dit een vooruitgang is, is de mogelijkheid in Nederland voor draagmoederschap nog steeds heel beperkt. Dit komt enerzijds door de beperkte mogelijkheid tot medische begeleiding en anderzijds door het beperkte aanbod van draagmoeders in Nederland. De wensouders moeten maar net het geluk hebben dat iemand in hun omgeving draagmoeder wil en kan zijn. Hierdoor zijn nog steeds veel mensen aangewezen op een buitenlands traject met een buitenlandse draagmoeder.

6. Wanneer naar een advocaat?

In welk stadium van het traject komen mensen naar mij toe? Gelukkig komen (met name) wensouders steeds vaker in een vroeg stadium bij mij voor advies, dat wil zeggen: ruim voor een eventuele zwangerschap. Een enkele keer zie ik wensouders pas als al sprake is van een zwangerschap of zelfs pas na de geboorte. Het complexe daarvan is dat ik als advocaat wordt geconfronteerd met vaststaande feiten, zoals een geboortakte die niet voor erkenning vatbaar is of het ontbreken van een draagmoederschapsovereenkomst. Dit kan tot gevolg hebben dat het juridisch ouderschap van de wensouders niet erkend wordt in Nederland, de geboortakte niet in te schrijven is, het kind niet de Nederlandse nationaliteit heeft en soms zelfs het land niet binnenkomt (als het in het buitenland is geboren), het kind geen zorgverzekering en vaccinaties kan krijgen, de wensouders geen kindgebonden toeslagen krijgen, maar bovenal: de wensouders zijn er niet zeker van of en vooral wanneer zij ook de juridisch ouders van het kind worden. Dit is nog maar een greep uit de nadelige (juridische) gevolgen. Het is daarom aan te raden dat mensen in een zo vroeg mogelijk stadium van het traject komen, zodat een advocaat kan adviseren en sturen waar nodig om uiteindelijk toe te werken naar het juridisch ouderschap. Waar nodig stel ik vervolgens de draagmoederschapsovereenkomst op en sta ik daarna de wensouders bij in de weg naar het juridisch ouderschap.

7. Wetgeving

In Nederland bestaat nog geen wet- en regelgeving die specifiek ziet op draagmoederschap, maar daar gaat verandering in komen. Tot die tijd zijn de betrokkenen nog aangevoerd op de huidige wetgeving.

De Nederlandse overheid heeft tot nu toe altijd een ontmoedigingsbeleid gehad waar het draagmoederschap betreft. Daarmee wordt getracht uitbuiting van draagmoeders en kinderhandel te voorkomen. Hier komt verandering in met de door het Kabinet aangekondigde nieuwe wetgeving voor draagmoederschap.³ Het is een feit dat het niet voor iedereen mogelijk is om zelf kinderen te krijgen. Feit is ook dat er inmiddels vele medische mogelijkheden bestaan om wel ouder te worden van een kind. Het is opmerkelijk dat het wel mogelijk is om via drie ziekenhuizen in Nederland ouder te worden van een genetisch eigen kind, terwijl het niet mogelijk is om van datzelfde kind direct juridisch ouder te worden. Dit terwijl de ziekenhuizen aan allerlei strenge voorwaarden, wetgeving en vergunningen moeten voldoen om dergelijke medische behandelingen te kunnen verrichten. De huidige medische technieken roepen om een duidelijke wetgeving, zodat het kind zekerheid verkrijgt bij wie het kan en mag verblijven. Het erkennen van het juridisch ouderschap van de wensouders is daarbij van belang.

³ Kamerstukken II 2018/19, 33836, 45.

Naast het verouderde ontmoedigingsbeleid kent Nederland nog steeds het 'mater semper certa est'-beginsel, wat kort gezegd inhoudt 'de moeder is altijd de geboortemoeder. Dit houdt in dat Nederland heel strikt vasthoudt aan het beginsel dat de draagmoeder altijd als geboortemoeder op de geboorteakte moet staan en daarmee ook direct juridisch ouder is, ook indien zij niet de genetische moeder is van het kind en geen enkele (moeder)rol in het leven van het kind gaat en/of wil spelen. Er wordt dus een wettelijk onderscheid gemaakt tussen een genetische moeder en een geboortemoeder. De wensmoeder, die bijna altijd ook de genetische moeder is, wordt niet op de geboorteakte vermeld. Indien de draagmoeder getrouwd is met of geregistreerd partner is van een man, dan is haar echtgenoot/partner automatisch vader van het kind en wordt als vader op de geboorteakte vermeld vader. Twee wensvaders kunnen in Nederland ook niet direct op de geboorteakte vermeld worden als juridisch ouder. Omdat alle betrokken partijen wensen dat het juridisch ouderschap vervolgens overgaat naar de wensouders, zijn diverse juridische stappen nodig. Hierbij kan er gedacht worden aan een adoptieprocedure, benoeming bijzondere curator, ontkenning vaderschap, beëindiging gezag draagmoeder, erkenning buitenlandse procedures, opnieuw vaststellen geboortegegevens bij buitenlandse aktes, (voorlopige) voogdij etc. Per zaak beoordeel ik op basis van de vaststaande feiten wat de beste aanpak is. Dit is per zaak verschillend.

In alle gevallen moeten de belangen van de draagmoeder, de wensouders en bovenal het wenskind niet uit het oog verloren worden. Belangrijk is dat er zorgvuldig aandacht wordt besteed aan de positie van de draagmoeder en een eiceldonatrice. De draagmoeder moet voorafgaand aan de zwangerschap goed geïnformeerd worden over haar rechten, het verloop van het traject, maar ook psychologische begeleiding krijgen nu zij beoogt na de geboorte afstand te doen van het kind. Gelukkig zijn de wensouders in mijn praktijk zich hier heel sterk bewust van en wordt een goede zorg voor de draagmoeder op diverse manieren gewaarborgd. Zo zorgen de wensouders er onder andere voor dat de draagmoeder juridische en psychologische bijstand krijgt, hulp in de huishouding (zowel tijdens als na de zwangerschap) en (levens)verzekeringen.

8. Nieuwe wetgeving

Met de nieuwe wetgeving die gaat komen wordt het mogelijk om als wensouders direct op de geboorteakte als juridisch ouders te komen. Er moet dan aan diverse voorwaarden worden voldaan. Zo moeten alle betrokkenen in Nederland wonen en moet de baby in Nederland worden geboren. De draagmoederschapsovereenkomst moet vóór de zwangerschap worden gesloten en vervolgens worden getoetst door de rechtbank. Ook moeten alle partijen onafhankelijke juridische en psychologische bijstand hebben gekregen. Wordt aan alle voorwaarden voldaan, dan kan het juridisch ouderschap aldus vóór de geboorte van het kind worden geregeld, in plaats van erna, zoals het nu is. De

wensouders kunnen dan direct op de geboorteakte van de baby vermeld worden.

Voor buitenlands draagmoederschap gaat een andere regeling gelden, maar ook daarvoor komt een duidelijke regeling zodat wens- en draagouders beter weten wat wel en niet mogelijk is. Indien aan alle nog vast te stellen vereisten wordt voldaan, komt de in het buitenland gevoerde procedure voor erkenning in Nederland in aanmerking. Commercieel draagmoederschap wordt strafbaar gesteld, maar een vergoeding is wel mogelijk. De contouren van de nieuwe beoogde draagmoederschapsregeling zijn nu door het Kabinet geschetst. Voor de zomer 2020 wordt een eerste wetsvoorstel aan de Tweede Kamer verwacht. Daarna zal meer duidelijk worden wanneer en in welke vorm de wetgeving ingevoerd zal worden.

9. Vele aspecten

Wie als advocaat betrokken is bij draagmoederschapszaken moet zich ervan bewust zijn dat het afstammingsrecht in draagmoederschapszaken complex is (zelfs met de nieuwe wetgeving) en dat vaak ook vragen van internationaal privaatrecht rijzen. Ook moet bedacht worden dat niet alle in het buitenland gegeven beslissingen en authentieke akten worden erkend in Nederland.

Een goede voorbereiding van de wensouders is cruciaal om latere problemen te voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan situaties waarbij gebruik is gemaakt van anonieme donoren. We weten dat het voor kinderen heel belangrijk is dat ze (kunnen) weten van wie zij afstammen en dat recht hebben ze ook. Hoe gaat een rechtbank met dit gegeven om als er al kinderen zijn die worden verzorgd en opgevoed door de wensouders en geen andere ouders hebben en kennen? Dit soort gevallen liggen complex en de juridische procedures kunnen daardoor lang duren. Wat te doen als de Raad voor de Kinderbescherming medewerking weigert, wanneer dat juridisch noodzakelijk is voor adoptie door de wensouder(s)? Het gezag van de draagmoeder (en eventueel haar echtgeno(o)t(e)) moet dan namelijk zijn beëindigd en dat kan in de meeste situaties wettelijk gezien alleen op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming. Dat kan in Nederland alleen via een gerechtelijke uitspraak. Dit ligt complex bij een gehuwde draagmoeder, aangezien haar man of vrouw dan ook met het gezag is belast (vanuit Nederlands perspectief).

Op dit moment is een veel voorkomend probleem het niet erkennen van buitenlandse geboorteaktes door de gemeente Den Haag waar buitenlandse geboorteaktes worden ingeschreven in het geboorteregister. Dat komt onder andere doordat de draagmoeder niet vermeld is als geboortemoeder op de geboorteakte. Ook stelt de gemeente Den Haag zich op het standpunt dat in het geval van buitenlands draagmoederschap er altijd een rechterlijke toets moet plaatsvinden door een Nederlandse rechter. Hierdoor kunnen de wensouders hun kind niet inschrijven in Nederland, staat het Nederlanderschap van het kind niet vast en wordt het juridisch ouderschap van de wensouders niet erkend. De wensouders zijn dan aangewezen op een langdurige en

kostbare juridische procedure in Nederland. Met de richtlijnen in de nieuwe wetgeving zal dit onderdeel opgelost worden en weten de wensouders vooraf waar ze aan moeten voldoen om de in het buitenland gevoerde procedure erkend te krijgen.

In een draagmoederschapspraktijk komt niet alleen het afstammingsrecht aan bod, maar ook IPR, vreemdelingenrecht, nationaliteitsrecht, namenrecht en erfrecht. Denk daarbij ook aan het verzekeren van zorg van een in het buitenland geboren kind dat nog niet het juridische kind van de wensouders is of een levensverzekering voor het gezin van de draagmoeder, het opstellen van testamenten, het ouderschapsverlof van wensouders, etc.

Een advocaat in een draagmoederschapspraktijk moet veel juridisch pionieren en niet schromen om juridisch uitdagende standpunten in te nemen, zoals bijvoorbeeld het juridisch ouderschap van wensouders verzoeken die beiden niet genetisch verwant zijn. Gelukkig zijn er inmiddels diverse positieve rechterlijke uitspraken geweest waarbij de rechters goed gelet hebben op de belangen van het kind, de draagouders en de wensouders. Ook zijn er bijzondere curatoren die een stap verder durven te gaan (zoals verzoeken om de ontkenning van het moederschap). In de rechtbank Den Haag zijn zeer deskundige rechters op het gebied van in het buitenland geboren kinderen, buitenlandse geboorteaktes, het vaststellen van de geboortegegevens en de erkenning van beslissingen of akten uit het buitenland.

10. Slot

Elke zaak is verschillend en behoeft een eigen aanpak. Zelfs, nadat ik jarenlang werkzaam ben in draagmoederschapszaken, levert het bij mij nog regelmatig de nodige hoofdbrekens op. Er zijn zoveel verschillende routes denkbaar die doorlopen worden door wensouders. Dit maakt dat ik ook geen eenduidig stappenplan kan geven, omdat per situatie bekeken moet worden wat de exacte feiten zijn. Daarbij is nog meer van belang welke route wordt gekozen of al is gekozen, wat het toepasselijk recht, of de Raad voor de Kinderbescherming wel of niet erbij betrokken is of moet worden, of de gemeente de aktes inschrijft of niet, etc. Bij internationale draagmoederschapszaken komt nog meer onzekerheid kijken, waaronder nationaliteitskwesies, het eventueel betrekken van een vreemdelingenrecht advocaat enzovoorts.

Al met al levert dit regelmatig langdurige (en vaak complexe en kostbare) procedures op. De onzekerheid voor het kind, de wensouders en de draagouders over het langdurige juridische traject is onwenselijk en niet in het belang van met name het kind. Ik ben dan ook zeer verheugd over de aankondiging van de nieuwe wetgeving op het gebied van draagmoederschap. Dit gaat hopelijk voor alle betrokken partijen veel duidelijkheid geven.