

Het recht op afstammingsinformatie in draagmoederschapszaken

FJR 2019/50

In deze bijdrage komt de vraag aan de orde welke rol het recht van kinderen op afstammingsinformatie speelt bij draagmoederschap binnen en buiten de Nederlandse grenzen. Hoe gaat de Nederlandse rechtspraak hiermee om?

1. Inleiding

Het recht op afstammingskennis mag zich verheugen in een groeiende belangstelling. De ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad hebben daar belangrijke bouwstenen voor gelegd. Artikel 7 IVRK en 8 IVRK bieden, naast artikel 8 EVRM, de mensenrechtelijke basis voor dit recht. Artikel 7 lid 1 IVRK betreft het recht om, voor zover mogelijk, de ouders te kennen en door hen verzorgd te worden. Artikel 8 IVRK behelst het recht van kinderen om hun identiteit te behouden en specificeert daarbij uitdrukkelijk het behoud van familierelaties. Blauwhoff heeft in zijn proefschrift het internationale mensenrechtelijke en het nationale kader van verschillende landen naast elkaar gelegd.² Hij constateert dat het recht van kinderen op kennis rondom hun afstamming bepaalde belangen dient: een belang van identiteitsontwikkeling, maar ook een medisch belang en een belang om incestueuze relaties te voorkomen. Op grond van de procreatieve verantwoordelijkheid die ouders (inclusief donoren) in beginsel hebben, dienen zij het kind voor te lichten. Kinderen hebben – in zijn woorden – op grond van hun beslissingsprivacy een recht om zelf te beslissen wat ze willen weten. De rechtspraak van het EHRM is op het punt van draagmoederschap en het recht op afstammingskennis niet duidelijk, aldus Blauwhoff. Met betrekking tot draagmoederschap komt hij tot de conclusie dat het zaak is dat de wensouders het kind tijdig vertellen dat het geboren is met een draagmoedertraject en wie de draagmoeder is.³ Van Raak-Kuiper schrijft in haar proefschrift dat het recht op afstammingsinformatie zich in geval van draagmoederschap uitstrekt tot het recht van het kind te weten dat er een eiceldonor en draagmoeder in het spel zijn geweest, al betwijfelt ze of ouders de statusvoorlichting daadwerkelijk zullen geven.⁴

In de recente rechtspraak van het EHRM over draagmoederschap speelt het recht van kinderen op afstammingsinformatie een ondergeschikte rol bij de andere belangen die

kinderen hebben.⁵ Dit is enigszins opmerkelijk juist omdat in andere zaken die niet over draagmoederschap gaan, meer gewicht is toegekend aan dit recht van kinderen.⁶

In het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap is veel aandacht besteed aan het recht op informatie van kinderen over hun ontstaansgeschiedenis. Dit recht wordt veel breder opgevat dan alleen een recht op afstammingsinformatie. Het gaat hierbij niet alleen om de gegevens van de gameten- of embryodonor(en), maar ook om gegevens over de niet-genetische geboortemoeder en de instanties die hebben bemiddeld of medische assistentie hebben verleend.⁷ Uit het gezag zou de verplichting moeten voortvloeien om kinderen voor te lichten over hun ontstaansgeschiedenis.⁸ Daarnaast blijft het, aldus de Staatscommissie, nodig dat wensouders voorlichting krijgen over het belang van openheid over de ontstaansgeschiedenis naar het kind toe. Behandelende medici, maar wellicht ook ambtenaren van de burgerlijke stand, zouden hierbij een rol kunnen spelen. In een nieuw register van de ontstaansgeschiedenis van een kind ('register ontstaansgeschiedenis') zouden meer gegevens geregistreerd kunnen worden, bijvoorbeeld van een donor ook als er geen gebruik is van medische tussenkomst.⁹ Voor draagmoederschap meent de Staatscommissie dat het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis in ieder geval de afspraken tussen de draagmoeder en de wensouders, de identiteit van de draagmoeder en de genetische afkomst van het kind zouden moeten betreffen.¹⁰

De regering heeft recent een aantal verreikende maatregelen aangekondigd, grotendeels gebaseerd op het rapport van de Staatscommissie.¹¹ Registratie van gegevens over de donor zou mogelijk en soms zelfs verplicht moeten zijn bij draagmoederschap en in vergelijkbare situaties waarin juridische afstamming en biologische of genetische afstamming uiteenlopen. Er komt één herkenbaar centraal

1 Prof. mr. W.M. (Wendy) Schrama is hoogleraar familierecht en rechtsvergelijking, Universiteit Utrecht, directeur van UCERF en redactielid van FJR.
2 R.J. Blauwhoff, *Foundation facts, relative truths*, Antwerpen 2009: Intersentia.
3 R.J. Blauwhoff, *Foundation facts, relative truths*, Antwerpen 2009: Intersentia, p. 331-332.
4 J.A.E. van Raak-Kuiper, *Koekoekskinderen en het recht op afstammingsinformatie* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 100-101.

5 EHRM 16 juni 2014 *Menesson/Frankrijk* (nr. 65192/11) en *Labassee/Frankrijk* (nr. 65941/11); EHRM 10 april 2019, *Menesson/Frankrijk II*, P16-2018-001 (advisory opinion), W.M. Schrama & S. Bou-Sfia, Commentaar PFR 2019-0134.
6 EHRM 13 december 2007, nr. 39051/03 (*Emonet/Zwitserland*) EHRM 20 december 2007, nr. 23890/02 (*Phinikaridou/Cyprus*); EHRM 25 september 2012, nr. 33783/09 (*Godelli/Italië*); EHRM 14 januari 2016, nr. 30955/12 (*Mandet/Frankrijk*). Het lijkt veel uit te maken of het recht op afstammingsinformatie het centrale deel van de klacht van een schending van artikel 8 EVRM betreft, of niet.
7 Staatscommissie Herijking ouderschap, *Kind en ouders in de 21ste eeuw*, p. 383.
8 Dit is in navolging van de HR 18 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:452, zie Staatscommissie Herijking ouderschap, p. 38. Eerder werd dit al bepleit door Van Raak-Kuiper, supra, p. 173. Zie de conclusie van deze bijdrage voor een kritische reflectie hierop.
9 Staatscommissie Herijking ouderschap, p. 384.
10 Staatscommissie Herijking ouderschap, p. 460.
11 *Kamerstukken II* 2018/19, 33836, nr. 45: kabinetsreactie op de aanbevelingen op het terrein van draagmoederschap, meerouderschap en meerperoonsgezag van de Staatscommissie Herijking ouderschap, Brief van 12 juli 2019.

punt waar kinderen die op zoek zijn naar afstammingsinformatie terecht kunnen voor toegang tot beschikbare gegevens. Hier zouden in ieder geval zowel gegevens over de donor, draagmoeder of de anonieme geboortemoeder, binnenlandse en buitenlandse adoptiegegevens en andere beschikbare gegevens over biologische afstamming moeten kunnen worden opgeslagen. Kinderen zouden bij draagmoederschap de mogelijkheid moeten hebben om hun ontstaansgeschiedenis te achterhalen. Aan de regeling van het gezag zou in de wet een nieuwe ouderlijke plicht toegevoegd worden: het voorlichten van kinderen over hun ontstaansgeschiedenis.

Kortom, in de afgelopen jaren is het recht op afstammingskennis geëvolueerd tot een steeds uitgebreider en zwaarder recht. Het is (nog) niet duidelijk waar staten juridisch precies toe verplicht zijn op grond van het internationale recht in de context van draagmoederschap. Wel is binnen Nederland een tendens zichtbaar om aan dit recht veel gewicht toe te kennen. Het recente plan van de regering draagt daaraan bij. De vraag is hoe in de rechtspraak invulling wordt gegeven aan dit recht en welke factoren daarbij van belang zijn. Dit wordt hierna aan de hand van een analyse van recente jurisprudentie over draagmoederschap onderzocht. Tot slot volgen enkele conclusies.

Vooraf nog een opmerking in verband met de terminologie: hierna wordt recht op afstammingsinformatie gebruikt, omdat dit korter is dan het recht op informatie over de ontstaansgeschiedenis, maar er wordt hetzelfde, ruimere begrip mee bedoeld.

2. Het recht op afstammingsinformatie in jurisprudentie over draagmoederschap

2.1 Methode en resultaten

Via rechtspraak.nl is gezocht met verschillende zoektermen gerelateerd aan draagmoederschap.¹² Er is gekozen voor zaken uit 2017, 2018 en de eerste helft van 2019. De reden voor een beperking in tijd is om de omvang van het onderzoek te begrenzen. Verder is voor juist deze periode gekozen, omdat zo duidelijk wordt welke rol het rapport van de Staatscommissie dat eind 2016 is verschenen speelt. Daarnaast zijn enkele niet-gepubliceerde uitspraken verwerkt.¹³ In totaal gaat het om 17 uitspraken. Dit zijn – op één na – allemaal rechtbankzaken, hetgeen verband houdt met het feit dat de beslissingen toewijzend zijn (en hoger beroep dus niet aan de orde). Het betreft zowel zaken binnen de interne, Nederlandse context als zaken met een grensoverschrijdend karakter. Hierna wordt eerst aandacht besteed aan zaken met een grensoverschrijdend element.

2.2 Buitenlandse zaken met eiceldonor

Er zijn in totaal 9 internationale zaken verwerkt.¹⁴ Daarvan zijn er drie van de rechtbank Den Haag en zes van de rechtbank Amsterdam. De zaken laten zich verdelen in twee typen verzoeken: partneradoptie waarbij de juridische band met de wensvader die in alle gevallen de biologische vader is, in stand blijft, of een verzoek tot inschrijving van de geboorteakte uit het buitenland. In de adoptiezaken wordt door de rechtbanken onderzocht of aan de Nederlandse voorwaarden voor adoptie in artikel 1:227-229 BW is voldaan. De vraag naar afstammingsvoorlichting – als hij gesteld wordt – wordt dan geplaatst in de sleutel van het kennelijk belang van het kind. Bij het verzoek tot inschrijving van de geboorteaktes wordt het recht op afstammingsinformatie bij de openbare orde-toets (en in dat verband artikel 1:198 BW) meegenomen. In alle gevallen worden de verzoeken uiteindelijk toegewezen; soms na een kritische bevraging waarom ouders voor een anonieme donor gekozen hebben.

In twee of drie¹⁵ gevallen is sprake van een anonieme eiceldonor¹⁶ waarvan de identiteit nimmer te achterhalen is. In één geval is sprake van een anonieme donor, van wie enige rudimentaire kenmerken bij de wensouders bekend zijn, maar niet de identiteit. Vier keer is sprake van een identificeerbare donor van wie de kinderen de identiteit mogelijk kunnen achterhalen. Tot slot is er één eiceldonor van wie de identiteit bekend is bij de wensouders en met wie er ook contact na de geboorte is tussen de donor en de wensouders. De zaken worden hierna kort per instantie en chronologisch besproken.

In een niet-gepubliceerde uitspraak van de rechtbank Amsterdam gaat het om een draagmoeder in de VS die met sperma van de wensvader en een anonieme/onbekende eiceldonor een kind krijgt.¹⁷ Voor de geboorte bepaalt de rechter aldaar dat de wensvader juridisch vader is; de draagmoeder staat op de Amerikaanse geboorteakte vermeld. In Nederland gaat het om een adoptieverzoek van de wensmoeder. Deze uitspraak wijkt duidelijk af van de volgende uitspraken van dezelfde rechtbank: de rechtbank constateert in een zeer korte beschikking dat aan alle voorwaarden van artikel 1:227 en 1:228 BW is voldaan en dat het verzoek kan worden toegewezen. Hoe dit zich verhoudt tot het recht te weten van wie het kind afstamt, komt geheel niet aan bod. Deze uitspraak is van een eerdere datum; later lijkt door deze rechtbank een scherper lijn ingezet te zijn.

Dat blijkt bijvoorbeeld uit een recenter geval, ook bij de rechtbank Amsterdam, waar een man en vrouw via een Amerikaanse draagmoeder een tweeling hebben gekregen.¹⁸

12 'Draagmoeder', 'draagmoederschap', 'statusvoorlichting', 'recht op afstammingskennis'. Op zichzelf zou de zoekterm draagmoeder voldoende moeten zijn, maar het indexsysteem klopt niet altijd en op deze wijze komt een zo volledig mogelijk beeld tot stand.

13 Geanonimiseerd verkregen via een advocaat.

14 Een tiende zaak is niet relevant: Rb. Oost-Brabant 15 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4352.

15 Niet duidelijk is in hoeverre het bij Rb. Amsterdam 14 juni 2017, C13/624244/ FA RK 17-1141 om een anonieme of onbekende donor gaat.

16 Hierbij heeft een zelfstandige kwalificatie door mij plaatsgevonden omdat de terminologie in de rechtspraak door elkaar heen loopt, bijv. het gebruik van 'anonieme donor' waar een identificeerbare donor wordt bedoeld.

17 Rb. Amsterdam 14 juni 2017, C13/624244/ FA RK 17-1141.

18 Rb. Amsterdam 1 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3985.

Er is gebruikgemaakt van een identificeerbare eiceldonor en sperma van de wensvader. Op de geboorteakte van de tweeling staan de draagmoeder en wensvader als ouders vermeld. Voorafgaand aan de geboorte heeft een Amerikaanse rechter hierover beslist. Nu ligt onder meer een verzoek tot adoptie door de wensmoeder voor. De rechtbank knoopt aan bij het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap en geeft aan dat het voor kinderen van groot belang is om te (kunnen) achterhalen uit wie zij zijn geboren, van wie zij genetisch afstammen en onder welke omstandigheden zij zijn ontstaan en geboren. De wensouders vinden het van belang dat de kinderen in de toekomst de mogelijkheid hebben om informatie te verkrijgen over hun genetische moeder. Deze waarborg is ook opgenomen in de overeenkomst die zij zijn aangegaan met de genetische moeder. De eiceldonor, haar advocaat en wensouders hebben een overeenkomst gesloten waaruit blijkt dat de kinderen vanaf hun 15e verjaardag contact mogen leggen met de donor, via de betreffende organisatie. De donor stemt ermee in dat zij zal overwegen om in te gaan op de wens van de kinderen informatie omtrent het donorschap te geven. De donor houdt evenwel het recht om te beslissen geen nadere informatie kenbaar te maken. Op de zitting hebben verzoekers aangegeven dat de genetische moeder al meerdere eicellen heeft gedoneerd en dat gebleken is dat zij al open heeft gestaan voor contacten. Vervolgens wordt het adoptieverzoek toegewezen.

In een niet-gepubliceerde uitspraak van de rechtbank Amsterdam¹⁹ gaat het om een stel dat via hoogtechnologisch draagmoeder op Cyprus met sperma van de wensvader en een eikel van een bekende donor een kind krijgt. Niet duidelijk is of de draagmoeder op de geboorteakte is vermeld. Kan de wensmoeder het kind adopteren? De overwegingen zijn gelijk aan die in de zaak hiervoor. De wensouders hebben bewust voor een bekende eiceldonor gekozen, er is contact via Whatsapp en de Raad voor de Kinderbescherming adviseert positief. In dit geval is het recht op afstammingsinformatie volgens de rechtbank voldoende geborgd en kan het adoptieverzoek worden toegewezen.

In een vierde zaak waarover de rechtbank Amsterdam zich heeft gebogen, gaat het om twee mannen, die een Nederlandse vriendin bereid gevonden hebben om als draagmoeder op te treden in Cyprus met een eikel van een anonieme eiceldonor. Aannemelijk is dat de draagmoeder op de Nederlandse geboorteakte als moeder vermeld is, maar daarover wordt niets vermeld in de uitspraken. Nu ligt een adoptieverzoek voor van de duovader.²⁰ In de eerste beschikking geeft de rechtbank opdracht aan de Raad voor de Kinderbescherming om onderzoek te doen, waarvan de resultaten in de tweede beschikking gewogen worden. De Raad rapporteert dat de wensvaders en draagmoeder aangeven het van groot belang te vinden dat de kinderen opgroeien met het ware verhaal rondom hun afstamming. Ze maken, met hulp

van een pedagoog, een boekje met verhalen en foto's van de zwangerschap. Er zijn wel enige kenmerken van de anonieme eiceldonor bekend en de wensvaders weten dat ze geboren is in Azerbeidzjan. Zodra de tweeling daar aan toe is, zullen ze een bootreis maken en zullen ze haar geboorteland en de kliniek op Cyprus bezoeken.

De rechtbank verwijst naar de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (WDKB) waarin is vastgelegd dat een kind recht heeft op informatie over zijn afstamming. Deze wetgeving berust op nationale en internationale jurisprudentie, waarbij deze afweging telkens ten voordele van het recht van kind werd beslist. Ook in artikel 7 IVRK is het recht dat een kind heeft om te weten van wie het afstamt, opgenomen. Door te handelen zoals verzoekers hebben gedaan is aan de kinderen de mogelijkheid ontnomen om, als zij de leeftijd daarvoor hebben en de behoefte daartoe bestaat, duidelijkheid te verkrijgen omtrent de identiteit van hun genetische moeder. Ook de Staatscommissie heeft geadviseerd dat een eventuele draagmoederschapsregeling in Nederland moet waarborgen dat de ontstaansgeschiedenis voor het kind op termijn te achterhalen is. De Raad wijst evenzeer op dit belang. Vervolgens is de rechtbank kritisch over het handelen van de wensvaders en gelooft ook niet dat verzoekers zich niet bewust waren van het feit dat zij iets deden dat in Nederland niet is toegestaan. Uiteindelijk wordt het verzoek tot adoptie wel toegewezen, gelet op artikel 8 EVRM, omdat de kinderen sinds hun geboorte in gezinsverband met de vaders leven. De kinderen zijn bijzonder gewenst en de rechtbank is er op grond van hetgeen de Raad hierover heeft gerapporteerd van overtuigd dat verzoekers de kinderen op adequate wijze kunnen en zullen voorlichten over hun afkomst. De adoptie wordt in het belang van de minderjarigen geacht en toegewezen.

In een vijfde, niet-gepubliceerde uitspraak van zeer recente datum van de rechtbank Amsterdam betreft het een in Texas geboren kind uit een draagmoeder na een hoogtechnologisch traject.²¹ Er is gebruikgemaakt van een anonieme eiceldonor en sperma van de wensvader, die het kind prenataal bij de burgerlijke stand in Nederland heeft erkend. Op de Amerikaanse geboorteakte staan de draagmoeder en de wensvader als ouders. Het gaat om een adoptieverzoek door de wensmoeder. De wensouders geven aan dat ze voor een anonieme eiceldonor hebben gekozen omdat deze eiceldonor de enige is die uit hetzelfde Afrikaanse land als zij afkomstig is, hetgeen ze belangrijk vonden omdat het kind zich dan in beide ouders kan herkennen. Ze hebben nagedacht over statusvoorlichting en denken aan een therapeut. De rechtbank haalt dezelfde overwegingen aan als in de uitspraak hiervoor behandeld en ook hier wordt het adoptieverzoek toegewezen.

19 Rb. Amsterdam 17 juli 2019, C13/662938/ FA RK 19-1394.

20 Rb. Amsterdam 23 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:352 en Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3172.

21 Rb. Amsterdam 1 mei 2019, C13/654046/ FA RK 18-5816.

De rechtbank Den Haag had te oordelen over kinderen geboren via een draagmoederschapconstructie in India.²² De wensvader was de biologische vader van de tweeling. De wensouders staan op de Indiase geboorteakte als ouder vermeld, maar de wensmoeder is niet de genetische moeder. Gedurende twee jaar speelt de vraag of het adoptieverzoek kan worden toegewezen. De rechtbank beoordeelt verschillende aspecten vanuit een kritische blik, ingegeven door de strenge eisen die in Nederland aan hoogtechnologisch draagmoederschap gesteld worden. De rechtbank overweegt dat niet vaststaat of de eicel van de draagmoeder afkomstig is of dat sprake is van een anonieme of identificeerbare eiceldonor. De verzoekers hebben daarop een verklaring overhandigd waaruit blijkt dat alle informatie van de eiceldonor wordt bewaard in de registers van een specifiek bedrijf. Het bedrijf geeft geen informatie, tenzij er een gerechtelijk bevel is. De rechtbank is van mening dat duidelijk is dat de eicel niet van de draagmoeder is, maar van een identificeerbare donor. Daarnaast is vast komen te staan dat de minderjarigen vanaf hun 18e informatie kunnen verkrijgen omtrent de identiteit van de eiceldonor. De wensmoeder is zeer emotioneel wanneer het aankomt op haar positie als moeder en onduidelijk is of de kinderen later genoeg ruimte zullen krijgen om hun ontstaansgegevens te achterhalen zonder belast te worden met haar gevoelens. Daarom adviseert de Raad dat de verzoekster eerst hulp dient te zoeken om met deze gevoelens aan de slag te gaan. De verzoekster heeft inmiddels een psycholoog bezocht en vorderingen geboekt. De rechtbank heeft er voldoende vertrouwen in dat de verzoekster de kinderen zal kunnen helpen bij het achterhalen van hun ontstaansgeschiedenis en dat de belangen van de kinderen voldoende zijn gewaarborgd. De rechtbank benadrukt dat het van groot belang is voor de minderjarigen dat hun afstamming bekend wordt en dat verzoekers, op een wijze die passend is bij de leeftijd van de minderjarigen, de voorlichting aan de minderjarigen over hun afstamming voortzetten. Het adoptieverzoek wordt toegewezen.

De rechtbank Den Haag sprak zich ook uit over een verzoek volgend op een Oekraïens draagmoederschapstraject.²³ De draagmoeder was via hoogtechnologisch draagmoederschap zwanger geworden van een tweeling met eicellen van een identificeerbare eiceldonor en sperma van de verzoeker. De wensouders zijn op de geboorteakte als juridisch ouders vermeld. Er is een bijzondere curator benoemd voor de twee kinderen, hetgeen deze zaak onderscheidt van andere rechterlijke procedures. De rechtbank heeft over verschillende verzoeken te oordelen, waaronder gerechtelijke vaststelling van het vaderschap door de wensvader (ingediend door de bijzondere curator) en adoptie door de wensmoeder. Een van de algemene overwegingen van de rechtbank is dat verzoekers in overeenstemming met het in artikel 7 IVRK

verankerde recht en aanbeveling 52 van het rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap, gewaarborgd hebben dat de ontstaansgeschiedenis van de minderjarigen op termijn volledig is te achterhalen. Zij hebben voor een identificeerbare eiceldonor gekozen en te zijner tijd kunnen de kinderen kennis nemen van de identiteit van de donor. Bij de beoordeling van het adoptieverzoek wordt ook meegewogen dat voldoende is gebleken dat het kind te zijner tijd zal worden voorgelicht over de gevolgen van de adoptie in de mate die past bij zijn leeftijd en peil van ontwikkeling. De verzoeken worden toegewezen.

Redelijk vergelijkbaar verloopt de zaak, ook bij rechtbank Den Haag, waarin hoogtechnologisch draagmoederschap heeft plaatsgevonden in Canada.²⁴ Er is sperma van de wensvader gebruikt en een eicel van een identificeerbare donor. De route is niet die van adoptie, maar van inschrijving van de geboorteakte. Op de Canadese geboorteakte staat de draagmoeder als moeder vermeld en de wensvader als juridisch vader. De minderjarige is sinds de geboorte door de man en zijn partner verzorgd. De ambtenaar heeft geweigerd de geboorteakte in te schrijven, omdat sprake is van een draagmoederovereenkomst. De vraag is of er sprake is van strijd met de openbare orde. Naar het oordeel van de rechtbank geeft de mater semper certa est-regel een beginsel weer van juridische en sociale aard dat in de Nederlandse samenleving als fundamenteel wordt beschouwd. Gelezen in samenhang met artikel 7 en 8 IVRK acht de rechtbank dit beginsel, dat blijkens de wetsgeschiedenis onverkort van toepassing is indien het genetisch materiaal niet afkomstig is van de vrouw die het kind heeft gebaard, van openbare orde. Een kind moet, indien mogelijk, aan de hand van de geboorteakte in staat worden gesteld zijn afstamming te kennen. In casu is gebleken dat er gebruik is gemaakt van een identificeerbare eiceldonor en dat het kind vanaf zijn zestiende haar identiteit kan achterhalen. Onder deze omstandigheden is er geen sprake van strijd met de openbare orde indien de geboorteakte wordt ingeschreven.

Ook de volgende zaak die bespreking behoeft, speelde bij de rechtbank Den Haag en gaat om de inschrijving van een geboorteakte.²⁵ Het gaat om hoogtechnologisch draagmoederschap in de VS waarbij gebruik is gemaakt van sperma van de verzoeker en een eicel van een donor van wie de identiteit bij de vader bekend is. Aldaar is vastgesteld – na rechterlijke tussenkomst – dat de man de biologische en juridische vader van het kind is. De geboorteakte van het kind wijst de draagmoeder aan als moeder en de biologische vader als vader. De man vraagt de rechtbank de ambtenaar te gelasten de Amerikaanse geboorteakte van de minderjarige in te schrijven. De ambtenaar weigerde dit, omdat draagmoederschap eerst getoetst dient te worden. De rechtbank is van mening dat, omdat het draagmoederschapstraject met voldoende waarborgen omkleed lijkt te zijn geweest, inschrijving mogelijk moet zijn en dat de openbare orde zich hier

22 Rb. Den Haag 6 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:17211; Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16474 en vervolg in Rb. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4074.

23 Rb. Den Haag 2 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11169.

24 Rb. Den Haag 10 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7583.

25 Rb. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7708.

niet tegen verzet. Voorts staat biologische verwantschap tussen het kind en de man vast. De rechtbank acht hierbij vooral van belang dat het voor de minderjarige mogelijk is zijn afstammingsgegevens te achterhalen, zeker nu de geboortakte niet overeenkomt met de biologische werkelijkheid, want de draagmoeder is niet de genetische moeder. De man is in het bezit van alle noodzakelijke gegevens van de eiceldonor en heeft in zijn testament laten opnemen dat zijn ouders deze gegevens aan het kind overhandigen ingeval de man iets overkomt. Ook kan het kind zelf bij het bereiken van zijn 18e levensjaar deze gegevens in Amerika opvragen. Volgens de rechtbank is voldoende gebleken dat het kind uiteindelijk zal kunnen achterhalen “uit wie hij is geboren, van wie hij genetisch afstamt en onder welke omstandigheden dit is gebeurd”.

2.3 Draagmoederschap binnen Nederland

Daarnaast zijn er zaken waarin het draagmoederschapstraject binnen de Nederlandse grenzen plaatsvindt, te onderscheiden tussen hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap. Deze verzoeken spelen op rechtbank-niveau door het land heen. Eén keer wordt er hoger beroep ingesteld tegen een afwijzende beslissing op het adoptieverzoek, dat ook door het hof wordt afgewezen, evenwel om redenen die niet in verband staan met het recht op afstammingsinformatie.²⁶

In drie gevallen gaat het om hoogtechnologisch draagmoederschap. In Nederland gebeurt dit alleen als de wensmoeder de eicel levert. In deze drie rechtszaken wordt het adoptieverzoek door de wensouders zonder verdere overwegingen over het recht op afstammingskennis toegewezen.²⁷ Dat lijkt op het eerste gezicht logisch, want de juridische feiten stemmen overeen met de biologische feiten. Maar dat neemt niet weg dat de manier waarop deze kinderen ter wereld gekomen zijn, wel bijzonder is en dat het recht op afstammingskennis zich ook uitstrekt tot informatie over het draagmoederschapstraject en wie de draagmoeder is. Of dat gebeurt in deze zaken blijft buiten beeld. Er worden in ieder geval geen overwegingen aan gewijd.

Daarnaast zijn er vier uitspraken over laagtechnologisch draagmoederschap binnen Nederland. In dat geval is de identiteit van de draagmoeder, die tevens de eicel levert, bekend bij de ouders. In alle vier de zaken is er in meer of mindere mate contact met de wensouders en draagmoeder en/of kind.

De rechtbank Gelderland oordeelde dat verzoeker de biologische vader is en dat de minderjarige sinds zijn geboorte bij de verzoekers woont en aldaar is gehecht. Er is ook intensief contact met draagouders en (half)broers en de minderjarige zal worden opgevoed met de wetenschap dat zijn draagmoeder zijn biologische moeder is. Verder is het in het belang van het kind dat de feitelijke familieband geforma-

liseerd wordt en is niks meer te verwachten van de draagouders in hoedanigheid als ouder. Het traject is ook bewust en weloverwogen gekozen en ondersteund door Fiom.²⁸

De rechtbank Noord-Holland gaat voorbij aan het recht op afstammingskennis bij de beoordeling van het adoptieverzoek door beide wensouders. Het gaat om laagtechnologisch draagmoederschap waarbij het kind verwekt is met sperma van de wensvader. De draagmoeder en wensvader zijn sinds hun kindertijd bevriend. Volgens de rechtbank is voldaan aan alle voorwaarden voor adoptie, maar of het kind weet dat het de draagmoeder als biologische moeder heeft en dat het via draagmoederschap ter wereld is gekomen, blijft buiten beschouwing.²⁹

Op een vergelijkbare wijze behandelt de rechtbank Den Haag een verzoek tot adoptie door beide wensouders na laagtechnologisch draagmoederschap tot stand gekomen met sperma van de wensvader. In het kader van de vraag of aan de verzorgingstermijn is voldaan, komt de begeleiding die partijen van Fiom hebben gehad aan de orde, net als de nauwe betrokkenheid van de Raad voor de Kinderbescherming. Naar voren komt dat de draagouders vrienden zijn van de wensouders en dat er contact tussen hen is. De vraag hoe de adoptievoorwaarden zich echter verhouden tot het recht van het kind om zijn ontstaansgeschiedenis en moeder te kennen, wordt niet uitdrukkelijk gesteld.³⁰

In een uitzonderlijke zaak waar eerst de rechtbank Gelderland en later Hof Den Bosch zich over moesten uitlaten, speelt het recht op afstammingsinformatie niet expliciet een rol; dat was ook niet nodig, omdat het kind wist dat de draagmoeder zijn biologische moeder was.³¹ Het kind had ook contact met haar en halfbroertjes en -zusjes. Het adoptieverzoek van de duovader wordt om andere redenen afgewezen.

Opvallend is dat het recht op afstammingskennis in deze zaken niet expliciet naar voren komt. Via het uittreksel van de geboortakte is de naam van de draagmoeder te achterhalen, maar dat vereist wel dat het kind weet dat er sprake is geweest van draagmoederschap. Met twee vaders als ouders is dat duidelijk, maar met een moeder en een vader is dat niet zo. Bovendien zou het integraal onderdeel van zijn levensgeschiedenis kunnen zijn, en het ontwikkelen van identiteit begint al vroeg.

3. Conclusies

Het recht op afstammingskennis speelt een grote rol, maar zeker niet overal en ook niet voor alle aspecten van de ontstaansgeschiedenis. Met name als het hoogtechnologisch draagmoederschap in het buitenland betreft waarbij sprake is van een eiceldonor wordt veel aandacht aan het recht op afstammingsinformatie besteed (met een uitzondering). Dit vindt plaats in het kader van de vraag of adoptie in het kennelijk belang van het kind is: welke mogelijkheden heeft het

26 Rb. Oost-Brabant 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4484; Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2385.

27 Rb. Gelderland 18 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6925; Rb. Noord-Holland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2293; Rb. Noord-Nederland 2 mei 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3961.

28 Rb. Gelderland 7 augustus 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6924.

29 Rb. Noord-Holland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2294.

30 Rb. Den Haag 14 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2038.

31 Rb. Oost-Brabant 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4484; Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2385.

kind om te weten van wie het afstamt en hoe het ter wereld gekomen is? Bij verzoeken om inschrijving van een buitenlandse geboorteakte is het recht op afstammingsinformatie onderdeel van de openbare orde-toets. Het lijkt niet echt uit te maken welke route gevolgd worden.

Opvallend is dat het recht op afstammingsinformatie vooral wordt gezien ten aanzien van de eiceldonor en minder richting de draagmoeder. In de overwegingen wordt niet ingegaan op het recht van informatie over de draagmoeder, die toch, ook als ze niet de eicel levert, essentieel is bij het ter wereld komen van het kind. Weliswaar kan in een aantal gevallen via de geboorteakte worden achterhaald wat haar naam is, maar dat veronderstelt wel dat het kind op de hoogte is van het draagmoederschap. In een aantal gevallen worden de wensouders op de buitenlandse geboorteakte vermeld en is het recht op informatie waarschijnlijk veel moeilijker te effectueren. Of de naam van de draagmoeder nu wel of niet uit de geboorteakte blijkt, in alle gevallen zou de rechter hier meer aandacht aan kunnen besteden. Verder is in sommige gevallen het recht op afstammingsinformatie ten aanzien van de donor illusoir, omdat van een anonieme donor gebruikgemaakt is. Dat neemt niet weg dat de rechters in die gevallen wel de nodige aandacht kan besteden aan dit recht en in ieder geval kan proberen te bewerkstelligen dat de kinderen te weten komen dat ze via een draagmoederschapstraject met een anonieme donor ter wereld zijn gekomen.

Bij de hoogtechnologische buitenlandse draagmoederzaken waar de identiteit van de donor te achterhalen is, verschilt zowel de leeftijd waarop de kinderen een verzoek kunnen indienen, als de voorwaarden waaronder, als de personen/ instanties ten opzichte van wie dat recht geldend gemaakt kan worden. Qua leeftijd komen voor: 14, 16 en 18 jaar, de (jonge) leeftijd van de kinderen ten tijde van de beslissing; ook 'tezijnertijd'. De voorwaarden voor toegang tot de gegevens worden deels beheerst door het buitenlandse recht; voor zover dat niet het geval is, wordt het in het midden gelaten wanneer dit dient plaats te vinden. Soms is uit de uitspraak min of meer duidelijk waar de informatie door het kind kan worden opgevraagd, maar niet altijd ('in Amerika', of er wordt niet over gerept over de vraag bij wie of waar het kind terecht kan). Of de buitenlandse commerciële klinieken tegen de tijd dat de kinderen dit recht kunnen uitoefenen, nog bestaan en ook vindbaar zijn (denk aan overnames en faillissementen) is een kwestie van afwachten. Van een overheidsregister lijkt nergens sprake, en of er toezicht wordt gehouden op de naleving van de regels door klinieken (vermoedelijk een punt van aandacht) omtrent registratie is onduidelijk. Ook kan de eiceldonor soms weigeren haar identiteit te onthullen. Het recht op afstammingsvoorlichting is in die zin een recht waarvan de handhaving moeilijk te realiseren is, niet alleen vanwege het tijdsverloop tussen de geboorte en het verzoek om informatie, de betrokkenheid van (commerciële) instellingen in andere landen, maar ook omdat daadwerkelijke naleving van de plicht van ouders van op het moment van de beslissing nog zeer jonge kinderen lastig is. De taak van rechter kan dan niet veel verder

gaan ouders er goed gemotiveerd op te wijzen dat kinderen gebaat zijn bij informatie en daar recht op hebben. Dat er voor kinderen wel degelijk risico's aan kleven, is duidelijk. Qua motivering ter onderbouwing van het recht op afstammingsinformatie wordt vaak alleen gewezen op de artikelen 7 (en soms 8) IVRK, al dan niet in combinatie met het rapport van de Staatscommissie. Een enkele keer wordt ook de Wet Donorgegevens genoemd. Ook komt het voor dat alleen het rapport van de Staatscommissie wordt genoemd. Dat laatste vind ik minder mooi. Het is een belangrijk advies, dat van alle bronnen de meest extensieve interpretatie aan het recht op afstammingsinformatie geeft. Dat is fijn voor de rechter, want daardoor is het niet nodig om op zoek te gaan naar de reikwijdte van het op afstammingsinformatie in internationale normen, en met name artikel 8 EVRM. Toch is het rapport geen bindende bron. Ook opvallend is dat artikel 8 EVRM nauwelijks genoemd wordt in de rechtspraak, terwijl dat juist via de rechtspraak van het EHRM concretere richtlijnen biedt en een directe verplichting aan de staat oplegt; al voeg ik daar direct aan toe dat die richtlijnen voor draagmoederschapszaken nog niet erg helder zijn.

In de onderzochte 'nationale' zaken wordt nauwelijks ingegaan op het recht op informatie van het kind, ook al is er een derde betrokken geweest bij zijn ontstaan (draagmoeder, die tevens de eicel heeft geleverd bij laagtechnologische gevallen, of een draagmoeder die de eicel niet heeft geleverd bij hoogtechnologisch draagmoederschap). Dit lijkt niet gezien te worden als een thema dat aan de orde dient te komen.³² Bij hoogtechnologisch draagmoederschap binnen Nederland zijn de vereisten om behandeld te mogen worden streng, zijn de genetische ouders bekend en zijn er in dit opzicht meer waarborgen en een goede begeleiding. Maar of het kind bij het opgroeien ook echt actief geïnformeerd wordt dat er een draagmoeder betrokken is, is niet duidelijk.³³ Bij laagtechnologisch draagmoederschap kennen de wensouders de draagmoeder, maar dat is geen garantie dat het kind dit ook te weten komt. Hier zou meer aandacht voor mogen zijn in de beslissingen.

Bij deze conclusies past de kanttekening dat niet inzichtelijk is of deze resultaten veroorzaakt worden doordat in deze analyse alleen naar de uitspraak van de rechter is gekeken. Wellicht is er uit de dossiers en wat ter zitting ter sprake komt, meer duidelijk. Dat is een van de beperkingen van een onderzoek op basis van alleen de uitspraken. Aan de andere kant: het kan voor de wensouders een moeilijk aspect zijn, waarover niet zo gemakkelijk gepraat wordt met het kind.³⁴

32 Rb. Noord-Holland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2294; Rb. Den Haag 14 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2038.

33 Uit de patiëntenfolder Draagmoederschap van VUMC blijkt dat de ouders hier wel duidelijk voorlichting over krijgen; zo vroeg mogelijk het kind informeren is het devies. Zie: <https://www.vumc.nl/web/file?uuid=f7cdecfd-b656-48c6-9400-acedaf3fdbc9&owner=5ec2d559-9d3f-4285-8cbd-140abc921b69&contentid=2960&disposition=inline>, p. 15.

34 Zie ook de aandacht die hieraan besteed wordt in de voornoemde folder van het VUMC Draagmoederschap en Van Raak-Kuiper, supra, p. 140-144.

Ik schets hierna een aanzet voor 'good practices' voor de rechterlijke macht. Het recht op afstammingsinformatie dient in alle gevallen van draagmoederschap expliciet benoemd te worden door de rechter. Dit recht kan worden onderbouwd met artikel 8 EVRM, artikel 7 en 8 IVRK, gevolgd door de nationale wetgeving (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) en tot slot het rapport van de Staatscommissie. Het recht strekt zich uit tot zowel de personen die de gameten leveren, maar ook tot de draagmoeder. Het zou mooi zijn als voor de betrokkenen (draagmoeder, eicel- en/of spermadonor) expliciet gemaakt wordt in de overwegingen in hoeverre die identiteit reeds bekend is, potentieel te achterhalen is en onder welke voorwaarden en welke instelling/bedrijf, of anoniem zal blijven. De gegevens die bekend zijn, zouden zoveel mogelijk uit de beschikking moeten blijken. Daarna zouden de wensouders actief bevraagd moeten worden op hun bereidheid om voorlichting, van jongs af aan, aan het kind te geven. Problemen die door de Raad of de rechter in dit kader worden gezien, verdienen aandacht. Een goed voorbeeld daarvan is de hiervoor besproken zaak van de rechtbank Den Haag,³⁵ waar de wensmoeder professionele begeleiding krijgt. De rechter en Raad kunnen bij problemen doorverwijzen naar relevante instanties. In de tussentijd kan de beschikking worden aangehouden. Daarnaast zou ik het niet gek vinden om een bijzondere curator te benoemen. Hoewel die strikt genomen alleen in afstammingszaken benoemd moet worden, zie ik niet in waarom hij bij adoptiezaken als deze, niet een belangrijke toegevoegde waarde kan hebben. De Raad heeft als institutionele instelling een eigen perspectief; de bijzondere curator heeft een andere taak, namelijk de belangen van het kind behartigen. Door het aanhouden van de zaak gaat er meer tijd overheen. Dat kan stress en onzekerheid binnen het gezin opleveren. Daar staat tegenover dat daarmee bij de ouders duidelijker gemaakt kan worden dat zorgvuldigheid en het belang van informatie voor het kind cruciaal zijn op de langetermijn.

Met de voornemens van het kabinet wordt tegemoetgekomen aan een aantal problemen die in deze bijdrage zijn gesignaleerd.³⁶ Een register van de ontstaansgeschiedenis biedt een centrale registratie voor uiteenlopende situaties. Dat is toe te juichen, ook omdat het een overheidsregister is, en dus niet aan de grillen van de markt is overgeleverd. De rechtszaken laten zien dat het ontbreken van een centrale registratie binnen een land, het recht van kinderen potentieel ernstig belemmert, zeker waar de commerciële markt een rol heeft. Of het een goed idee is (weer) een nieuwe verplichting aan het gezag toe te voegen die ouders tot informeren verplicht, betwijfel ik. Ten eerste wordt zo geleidelijk het gezag meer en meer met wenselijke richtlijnen in de wet ingevuld. Dit moet een 'duidelijk signaal richting de samen-

leving geven'. Dat doet het vast, maar het signaal zal niet bij veel mensen aankomen. Het is de vraag of voorlichting over het belang aan ouders niet meer zoden aan de dijk zet, bijvoorbeeld via de klinieken in Nederland waar draagmoederschap medisch wordt begeleid en andere organisaties. Daarnaast zou de voorlichtingsplicht wat mij betreft niet aan ouderlijk gezag maar aan ouderschap gekoppeld moeten zijn. Het is niet omdat er gezag is, dat deze plicht zou moeten bestaan, maar omdat men ouder is en procreatieve verantwoordelijkheid heeft.

Er zullen altijd wel kinderen geboren worden die geen toegang tot afstammingsinformatie hebben, omdat de wensouders voor anonimiteit kiezen. De door de regering voorgestelde draagmoederschapsregeling kan dit binnen de perken houden. Blijft staan dat de rechter en andere instanties als de Raad voor de Kinderbescherming, toch tamelijk machteloos zijn als ouders wel voor anonimiteit gekozen hebben.³⁷ Het kind is immers al geboren en er is sprake van conflicterende rechten van het kind: bescherming van zijn familieleven met de wensouders prevaleert dan, zoals ook het recente *Menesson II*-advies³⁸ laat zien, boven het recht op afstammingskennis (zie de bijdrage van Blauwhoff in deze special). De wens van de regering erkenning van een buitenlandse geboorteakte in dit soort gevallen te bemoeilijken, kan het weliswaar lastiger maken voor de wensouders (en daarmee ook voor het kind), maar uiteindelijk moet er waarschijnlijk in de meeste gevallen toch een mogelijkheid zijn voor de wensouders om een juridische band met het kind te vestigen. Inzetten op voorlichting, zoals de regering voornemens is, is dus een goed plan.

Tot slot nog de opmerking dat de rechtsvorming op dit terrein vooral plaatsvindt in eerste aanleg. Bijna alle verzoeken worden toegewezen, wat begrijpelijk is: het kind is al geboren, is zeer gewenst, er is doorgaans sprake van genetische verwantschap met ten minste een wensouder en het kind groeit al (jaren) op in het gezin van de wensouders. Dat betekent dat er doorgaans geen hogere rechterlijke instantie aan te pas komt. Het zou, in het kader van de rechtsvorming en rechtseenheid, een idee kunnen zijn om het OM te horen en een conclusie te laten nemen op grond van artikel 44 Rv. Een alternatief is dat rechters in eerste aanleg prejudiciële vragen aan de Hoge Raad stellen; hoewel de onzekerheid waarin ouders en kind verkeren, dan langer duurt, komt er wel meer duidelijkheid. Beide ideeën zouden in de toekomst nader onderzocht kunnen worden op voor- en nadelen.

Ik sluit af met de constatering dat er zelden een recht was dat zo snel zo'n belangrijke betekenis heeft gekregen. Dat lijkt me in dit geval een goede zaak.

35 Rb. Den Haag 6 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:17211; Rb. Den Haag 15 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:16474 en vervolg in Rb. Den Haag 10 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4074.

36 Kabinetsreactie op de aanbevelingen op het terrein van draagmoederschap, meerouderschap en meerpersoonsgezag van de Staatscommissie Herijking ouderschap, Brief van 12 juli 2019.

37 Zoals ook door de regering onderkend in de brief, p. 6 en 8.

38 *Menesson/Frankrijk II*, P16-2018-001.