

**JPF 2011/33**

**Gerechtshof 's-Gravenhage**

1 december 2010, 200.020.898/01; LJN BO7387.

( mr. Van Nieveld

mr. Mink

mr. Pijls-Olde Scheper )

1. [Appellant 1],

hierna te noemen: de vader, en

2. [appellant 2], te [woonplaats],

hierna te noemen: de wensmoeder,

verzoekers in hoger beroep,

hierna gezamenlijk ook te noemen: de verzoekers,

advocaat: voorheen mr. J.C. Snikkenburg-den Haan te Berkel-Enschot, gemeente Tilburg, thans mr.

E.J.M. Habets te Schiedam,

tegen

[geïntimeerde] te [woonplaats],

verweerster in hoger beroep,

hierna te noemen: de draagmoeder.

Als belanghebbende is aangemerkt:

mr. A.A.J. de Nijs te Rotterdam,

in haar hoedanigheid van bijzondere curator over de na te noemen minderjarige,

hierna te noemen: de bijzondere curator.

In zijn hoedanigheid als omschreven in artikel 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in de procedure gekend:

de Raad voor de Kinderbescherming, regio Rotterdam-Rijnmond, locatie Rotterdam,

hierna te noemen: de raad.

Draagmoederschap, Gezagswisseling, Adoptie

[ BW Boek 1 - 227 ; BW Boek 1 - 228 ; BW Boek 1 - 253c ]

## » **Samenvatting**

Een gehuwde draagmoeder en gehuwde wensouders kregen een kind met gebruik van laag technologisch draagmoederschap. Na de geboorte van het kind wordt het vaderschap van de draagvader ontkend. Daarna heeft de Rechtbank Rotterdam het verzoek tot gezagswisseling van draagmoeder naar wensvader en een verzoek tot adoptie door de wensmoeder afgewezen. Verzoekers zijn in hoger beroep gekomen bij het Hof 's-Gravenhage. Op 10 februari 2010 heeft het hof via tussenbeschikking de Raad voor de Kinderbescherming gelast een uitgebreid onderzoek te doen naar de wenselijkheid van de gezagswisseling en de adoptie. De raad adviseert het hof om de juridische met de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen en de vader met het eenhoofdige gezag te belasten.

Het hof stelt voorop dat voor de vraag of de vader alleen met het gezag over het kind dient te worden belast, het hof eerst moet bekijken of de gezagswijziging in het belang van het kind is op grond van art. 1:253c lid 3 BW. Op basis van de overgelegde documenten is het hof van oordeel dat het in het belang van het kind is dat de vader alleen met het gezag over het kind zal worden belast.

Ten aanzien van het verzoek om de adoptie uit te spreken zijn de verzoekers ontvankelijk, om reden dat aan de voorwaarden van art. 1:227 lid 1 en 2 BW is voldaan. Op grond van art. 1:227 lid 3 BW kan het hof de adoptie slechts uitspreken indien dit kennelijk in belang van het kind is. Het hof

overweegt dat de adoptie kennelijk in het belang van het kind is. De wensmoeder is namelijk, samen met de wensvader, sinds de geboorte van het kind feitelijk de opvoeder en ouder van de minderjarige.

Het hof vernietigt de bestreden beschikking en belast de vader alleen met het ouderlijk gezag en spreekt de adoptie uit van het kind door de wensmoeder.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### *Verder procesverloop in hoger beroep*

(...; red.)

### *Verdere beoordeling van het hoger beroep*

1. Het hof handhaaft al hetgeen is overwogen en beslist in zijn beschikking van 10 februari 2010.
2. De raad adviseert het hof om de juridische met de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen en de vader met het eenhoofdig gezag te belasten, nu de raad dit in het belang van de minderjarige wenselijk acht. De minderjarige woont bij de verzoekers die volledig zorg dragen voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige en alle beslissingen hem aangaande nemen. De draagmoeder oefent feitelijk haar gezag niet uit en zij wenst hiertoe ook niet over te gaan.

Voorts adviseert de raad dat de minderjarige zal worden geadopteerd door de wensmoeder nu dit in het kennelijk belang van de minderjarige is, mede gelet op het feit dat de minderjarige (vanaf zijn geboorte) wordt opgevoed door de verzoekers en het goed met hem gaat. Daarnaast heeft de minderjarige van de draagmoeder in de hoedanigheid van ouder, verzorger en opvoeder niets meer te verwachten. De draagmoeder ziet de minderjarige als het kind van de verzoekers. Ook wordt de minderjarige door de verzoekers voorgelicht over zijn status. Daarbij komt dat de draagmoeder nog steeds bevriend is met de verzoekers en daardoor ook regelmatig contact plaatsvindt tussen de draagmoeder en de minderjarige.

3. De verzoekers onderschrijven de conclusies en het advies van de raad. De verzoekers achten het in het belang van de minderjarige dat de vader alleen met het gezag over de minderjarige wordt belast. De verzoekers achten het vervolgens in het kennelijk belang van de minderjarige dat de minderjarige door de wensmoeder wordt geadopteerd.
4. De draagmoeder en de bijzondere curator zijn het eveneens met het advies van de raad eens.
5. Het hof overweegt als volgt.

### *Gezag*

6. Het hof stelt voorop dat voor de vraag of de vader, als de tot het gezag bevoegde vader die nimmer het gezag gezamenlijk met de (draag)moeder heeft uitgeoefend, alleen met het gezag over de minderjarige dient te worden belast, het hof het in artikel 1:253c lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) geformuleerde criterium hanteert, te weten of de gezagswijziging in het belang van het kind wenselijk is. Het hof dient daarbij – in het licht van hetgeen in het belang van het kind wenselijk is – de mogelijkheden die ieder van de ouders aan het kind biedt of kan bieden af te wegen en aan de hand daarvan te beoordelen aan wie van de ouders het gezag het best kan worden opgedragen, waarbij tevens rekening zal moeten worden gehouden met mogelijke nadelen die voor het kind verbonden kunnen zijn aan het enkele feit van een verandering van het gezag en een daarmee verband houdende wijziging van de verzorgingssituatie.

7. Op basis van de overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting is het hof van oordeel dat het in het belang van de minderjarige is dat de vader alleen met het gezag over de minderjarige zal worden belast. Daartoe overweegt het hof als volgt. Het gaat goed met de minderjarige. Conform de – in het kader van het laagtechnologisch draagmoederschap – gemaakte afspraken tussen de verzoekers enerzijds en de draagmoeder anderzijds, verzorgt de vader, samen met de wensmoeder, de minderjarige vanaf zijn geboorte. Tevens is het hof gebleken dat nimmer een basis voor de uitoefening van het gezamenlijk gezag aanwezig is geweest. De vader beslist samen met de wensmoeder over de opvoeding van de minderjarige en de draagmoeder wordt daarbij niet betrokken. Evenmin heeft de draagmoeder de wens het gezag, dat zij thans nog eenhoofdig heeft, uit te oefenen. De draagmoeder beschouwt de minderjarige als het kind van de verzoekers en zij heeft derhalve niet de wens bij de besluitvorming rondom de verzorging en opvoeding betrokken te worden. Evenwel is de draagmoeder in de huidige situatie de enige die beslissingsbevoegd is ten aanzien van de minderjarige. Gelet op het wezenlijke belang van de minderjarige om de juridische met de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen, acht het hof het in het licht van het vorenoverwogene noodzakelijk dat het gezag over de minderjarige wordt gewijzigd. De bestreden beschikking zal te dien aanzien dan ook worden vernietigd.

### ***Adoptie***

8. Uit de stukken en het verhandelde ter terechtzitting is gebleken dat de verzoekers ontvankelijk zijn in hun verzoek de adoptie uit te spreken van de minderjarige door de wensmoeder, daar aan de voorwaarden van artikel 1:227 lid 1 en 2 BW is voldaan.

9. Het hof stelt voorop dat op grond van het bepaalde in artikel 1:227 lid 3 BW het adoptieverzoek slechts kan worden toegewezen indien de adoptie in het kennelijk belang van het kind is, op het tijdstip van het verzoek vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft en aan de voorwaarden, genoemd in artikel 1:228 BW wordt voldaan. De voorwaarden van artikel 1:228 BW zijn – samengevat – dat het kind op de dag van het eerste verzoek minderjarig is, het kind niet een kleinkind is van een adoptant, de adoptanten ten minste achttien jaren ouder zijn dan het kind, dat geen der ouders het verzoek tegenspreekt, de adoptanten het kind gedurende ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed en dat de ouder of ouders niet (langer) het gezag over het kind hebben.

10. Het hof overweegt vervolgens als volgt. Het hof is van oordeel dat de adoptie in het kennelijk belang van de minderjarige moet worden geacht. De wensmoeder is namelijk, samen met de vader, sinds de geboorte van de minderjarige de feitelijke opvoeder en ouder van de minderjarige. Met de bijzondere curator is het hof van oordeel dat het in het belang van de minderjarige is dat hij in een familierechtelijke betrekking komt te staan tot de wensmoeder, die hem feitelijk sinds zijn geboorte altijd (mede) heeft verzorgd en die hij emotioneel gezien als zijn moeder beschouwt.

11. Daarnaast zal de draagmoeder, gelet op hetgeen het hof zal beslissen, niet langer het gezag over de minderjarige uitoefenen en zal de vader belast zijn met het eenhoofdig gezag. Ook heeft de draagmoeder op 29 april 2008 schriftelijk ingestemd met het verzoek tot adoptie van de minderjarige ten gunste van de wensmoeder. Hoewel uit het rapport van de raad d.d. 11 oktober 2010 is gebleken dat de draagmoeder geen onafhankelijke counseling over het voornemen tot het doen van afstand van een nog ongebooren kind heeft gehad, heeft de draagmoeder na de geboorte van de minderjarige wel gebruik gemaakt van hulpverlening omdat zij na de geboorte een gevoel van leegte ervoer en het daadwerkelijk afstand nemen van de minderjarige moeilijk was. In aanmerking nemende het vorenstaande en het door de draagmoeder ter terechtzitting verklaarde inhoudende dat zij thans weer in balans is, dat het goed met haar gaat en dat zij volhardt in haar instemming met het verzoek tot adoptie, is het hof van oordeel dat de draagmoeder de gevolgen van het doen van afstand ten volle overziet en dat haar voornemen tot afstand doen consequent is. Gelet op het feit dat bij de draagmoeder de wil ontbreekt om voor de minderjarige te zorgen terwijl het bovendien haar uitdrukkelijke wens is dat de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van de

minderjarige bij de verzoekers ligt, staat naar het oordeel van het hof voldoende vast dat de minderjarige niets meer van de draagmoeder in de hoedanigheid van moeder te verwachten heeft.

12. Uit voormeld rapport van de raad blijkt dat de belangen van de minderjarige het meest zijn gediend en gewaarborgd met het in overeenstemming brengen met elkaar van de feitelijke en juridische situatie van de minderjarige. Volgens de raad verloopt de ontwikkeling van de minderjarige in het gezin van de verzoekers voorspoedig. De wensmoeder en de vader zijn erg betrokken op de minderjarige en zij zijn erg blij met hem. Ook wordt de minderjarige door de verzoekers voorgelicht over zijn status. Daarnaast is er nu en in de toekomst ruimte voor contact tussen de minderjarige en de draagmoeder. Gelet op het vorenstaande, acht het hof een adoptie door de wensmoeder in het kennelijk belang van de minderjarige.

13. Nu aan het bepaalde in de artikelen 1:227 en 1:228 van het BW – voor zover in deze zaak van toepassing – is voldaan, zal het hof de bestreden beschikking ook ten aanzien van de adoptie vernietigen en het verzoek van de verzoekers tot adoptie van de minderjarige door de wensmoeder toewijzen en de adoptie uitspreken.

14. Dit alles leidt tot de volgende beslissing.

### ***Beslissing op het hoger beroep***

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking en, opnieuw beschikkende:

belast [de vader] alleen met het ouderlijk gezag over de minderjarige [minderjarige], geboren [in] 2007 te [geboorteplaats];

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

draagt de griffier van het hof op onverwijld van deze beslissing mededeling te doen aan de griffier van de rechtbank te Rotterdam;

spreekt uit de adoptie van:

[minderjarige], geboren [in] 2007 te [geboorteplaats], door [de wensmoeder];

draagt de griffier van het hof op onverwijld van deze uitspraak – zodra deze in kracht van gewijsde is gegaan – mededeling te doen aan de griffier van de rechtbank te Rotterdam;

alsmede deze beschikking – zodra deze in kracht van gewijsde is gegaan – te zenden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Rotterdam;

wijst af het in hoger beroep meer of anders verzochte.

### **» Noot**

Recentelijk zijn (internationale) draagmoederschapconstructies vaak in het nieuws geweest. Denk aan het Oekraïense geval dat op Nieuws-uur en in het *NRC* werd behandeld. Een aantal vragen rijst naar aanleiding van deze complexe materie. In twee uitspraken doen zich vragen omtrent draagmoederschap voor, één in een nationale context («JPF» 2011/36, LJN BO7387) en één in een internationale context («JPF» 2011/33, LJN BK1197). De vragen rondom internationaal draagmoederschap worden behandeld in de noot behorend bij «JPF» 2011/36, LJN BK1197.

Vanaf het begin moet duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen hoog technologisch en laag technologisch draagmoederschap. In de Nederlandse context betekent dit dat beide wensouders genetisch materiaal moeten aanleveren en dat het embryo in een draagmoeder wordt geïmpregneerd. Andere vormen van hoogtechnologisch draagmoederschap (dat wil zeggen waarbij een niet-genetisch draagmoederschap wordt geïmpregneerd met een embryo dat afkomstig is van genetisch materiaal dat niet van de wensouders afkomstig is) zijn in Nederland niet toelaatbaar.

Binnen de Nederlandse landgrenzen kunnen wensouders die gebruik willen maken van mogelijkheden van hoog technologisch draagmoederschap zich wenden tot het VU Medisch Centrum. Deze route is echter slechts toegankelijk als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De wensmoeder heeft bijvoorbeeld geen of een niet-functionerende baarmoeder of een zwangerschap zou haar leven in gevaar brengen en de wensmoeder mag bij de start van de ivf-behandeling niet ouder dan 40 jaar zijn. Bovendien zijn afspraken gemaakt tussen het VU Medisch Centrum en de Raad voor de Kinderbescherming om ervoor te zorgen dat deze route goed verloopt. Indien wensouders en draagmoeder aan de gestelde criteria voldoen, wordt slechts een verkort onderzoek ingesteld door de Raad na de geboorte van het kind. Naar aanleiding van een positief afgerond onderzoek worden wensouders in staat gesteld om het kind na de geboorte in hun gezin op te nemen. Op een later moment kunnen de wensouders het kind adopteren.

Deze bovengenoemde route staat in schril contrast met de ongeregelde positie van wensouders die een kind via laag technologisch draagmoederschap wensen te krijgen. Het Nederlandse straf- en privaatrecht kenmerken zich door het afkeurende beleid ten opzichte van draagmoederschap. Hoewel een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht is opgenomen voor wat betreft de strafbaarheid van verschillende uiteenlopende aspecten van draagmoederschap, is draagmoederschap op zich niet strafbaar. In het kader van het privaatrecht is het ook interessant dat het opstellen van een draagmoederschapsovereenkomst niet onverenigbaar met de wet, maar de inhoud daarvan waarschijnlijk wel, waardoor het contract dan nietig zou zijn op grond van 3:40 lid 2 BW. Het Nederlandse afstammingsrecht kent bovendien geen afwijkende regels betreffende draagmoederschap, waardoor dergelijke situaties gewoon binnen het kader van het BW moeten worden opgelost.

Een dergelijk geval heeft zich op 1 december 2010 voor het Hof 's-Gravenhage voorgedaan. Hoewel het eindresultaat van de rechtbank ervoor zorgt dat de juridische situatie in overeenstemming wordt gebracht met de feitelijke, kan een dergelijk resultaat slechts worden bereikt indien alle partijen het daarmee eens zijn. De juridische situatie (namelijk dat beide wensouders ook juridische ouders van het kind zijn) kan slechts in overeenstemming worden gebracht met de feitelijke situatie (namelijk dat het kind door de wensouders wordt opgevoed en verzorgd) door middel van vier verschillende stappen. Ten eerste, afhankelijk van de huwelijkse status van de draagmoeder, zou eerst het vaderschap moeten worden ontkend. Indien de draagmoeder gehuwd is ten tijde van de geboorte, dan wordt haar man juridisch vader van het kind. In de onderhavige zaak is deze stap intrigerend. Drie personen mogen het huwelijkse vaderschap ontkennen, de moeder, de vader en het kind. *In casu* zouden zowel de moeder als de vader op 1:200 lid 3 BW stuiten, omdat de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Het kind daarentegen kan het vaderschap ontkennen zonder deze beperking. Het kind wordt in dezen door een bijzondere curator vertegenwoordigd. Indien de bijzondere curator het in het belang van het kind acht, dan kan dit verzoek worden ingediend. Voor een recentelijk voorbeeld wordt ook verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 21 juni 2010 (LJN BN1309). De tweede stap is dan dat de wensvader het kind moet gaan erkennen met inachtneming van de voorwaarden van 1:203 BW jo.

1:204 BW (of het vaderschap gerechtelijk vaststellen op grond van 1:207 BW), waarna de vader een verzoek kan indienen bij de rechtbank om op grond van 1:253c BW met het eenhoofdig gezag te worden belast. Als laatste stap kunnen de wensouders een verzoek indienen tot adoptie door de wensmoeder op grond van 1:227 BW jo. 1:228 BW. Uiteindelijk, na al deze stappen, worden de juridische en feitelijke situaties in overeenstemming met elkaar gebracht.

Maar stel nou dat het kind in het onderhavige geval bij de wensouders woonde, maar dat de draagmoeder het kind niet meer wilde afstaan? Hetzij door niet in te stemmen met de erkenning, hetzij door bezwaar te maken ten aanzien van het verzoek tot eenhoofdig gezag door de wensvader. Zou hetzelfde resultaat dan worden bereikt? Waarschijnlijk niet. Wat in ieder geval duidelijk is, is dat een juridisch gevecht in dergelijke situaties onvermijdelijk is en dat dit nooit in het belang van het kind kan zijn. Voor dergelijke situaties is de tijd rijp dat de Nederlandse wetgever zich gaat buigen over een regeling betreffende de overdracht van ouderschap in gevallen van draagmoederschap. Vergelijkbare regelingen worden al in verschillende jurisdicties gebruikt om draagmoederschapconstructies goed te kunnen regelen. Neem bijvoorbeeld Engeland, waar de *Human Embryology and Fertilisation Act 1990* (laatst gewijzigd in 2008) deze al meer dan 20 jaar op pragmatische en doeltreffende wijze heeft kunnen begeleiden.

I. Curry-Sumner,