

# Internationale afstamming en draagmoederschap

Ian Curry-Sumner<sup>1</sup> en Machteld Vonk<sup>2</sup>

## 1. Inleiding

Bij het opstellen van een testament of het afwikkelen van een nalatenschap is het van groot belang om te weten wie de kinderen van de erflater zijn. Uiteraard is dit tevens relevant om te weten bij vragen rondom echtscheiding, met name bij de verplichting om kinderalimentatie te betalen. Waar het tot een jaar of veertig geleden, redelijk eenvoudig was om te stellen wie de juridische kinderen waren van een man of vrouw, kan dat nu een redelijke complex vraagstuk zijn. Steeds vaker worden kinderen buiten huwelijk geboren, of met gebruik van kunstmatige inseminatie technieken. Deze problemen zijn nog complexer door het feit dat er steeds vaker internationale elementen kleven aan de zaak. Dit komt door de toegenomen mobiliteit van mannen en vrouwen wegens werk en liefde, waardoor het aantal internationale huwelijken is toegenomen. Bovendien is er een steeds groeiende *markt* voor internationaal draagmoederschap. Deze laatste tendens zal in dit artikel centraal staan.

Er is sprake van draagmoederschap wanneer wensouders met een draagmoeder afspreken dat zij een kind voor hen zal baren en dit kind na de geboorte aan de wensouders zal overdragen.<sup>3</sup> De genetische relatie tussen de wensouders, de draagmoeder en het kind kan erg verschillen afhankelijk van de omstandigheden. Het kan zijn dat dit kind een genetisch eigen kind is van de draagmoeder (*traditioneel draagmoederschap*), maar het kan ook zijn dat de wensmoeder de eicel levert voor het kind dat uit de draagmoeder wordt geboren (*hoogtechnologisch draagmoederschap*). Daarnaast is het ook mogelijk dat de draagmoeder een kind baart dat is ontstaan uit een eicel van een eiceldonor (ook *hoogtechnologisch draagmoederschap*). Dit soort variaties zijn er ook met betrekking tot de vraag waar het zaad vandaan komt waaruit het kind ontstaat. Dit kan van de partner van de draagmoeder afkomstig zijn, van de wensvader maar ook van een zaaddonor. Als we al deze mogelijkheden combineren blijken er allerlei verschillende scenario's mogelijk te zijn die leiden tot een zeer sterke of een zeer zwakker genetische band tussen wensouders en kind. De sterkste band ontstaat wanneer de eicel en de zaadcel waaruit het kind dat de draagmoeder baart is ontstaan afkomstig zijn van de wensouders. Een genetische band tussen wensouders en kind ontbreekt wanneer geen van beide wensouders genetisch materiaal heeft geleverd voor het kind.

## 2. Nederlandse situatie

In Nederland neemt de overheid een afwachtende houding aan tegenover draagmoederschap, hetgeen betekent dat er geen afzonderlijke regeling bestaat voor het overdragen van ouderschap van de draagmoeder naar de wensouders. De draagmoeder is immers van rechtswege de juridische moeder en dit ouderschap moet worden overgedragen aan de wensouders. Als de draagmoeder getrouwd is, is haar

---

<sup>1</sup> Ian Curry-Sumner is eigenaar van Voorts Juridische Diensten <http://www.voorts.com/>.

<sup>2</sup> Machteld Vonk is werkzaam als onderzoeker en docent familie- en jeugdrecht aan de Afdeling Jeugdrecht van de Universiteit Leiden. Voor meer info zie <http://machteldvonk.wordpress.com/>.

<sup>3</sup> M. Vonk, *Children and their parents*, Intersentia: Antwerp, 2007.

mannelijke echtgenoot bovendien de juridische vader, hetgeen de overdracht van het ouderschap naar de wensouders niet makkelijker maakt.<sup>4</sup> Waar in Nederland een terughoudende benadering van draagmoederschap de overhand heeft, is er een aantal andere jurisdicties dat draagmoederschap toelaat en juridisch heeft ingekaderd, zoals bij voorbeeld India, de Oekraïne, Israël, Engeland en California. Uit onderzoek blijkt dat ook Nederlandse wensouders naar deze landen afreizen voor draagmoederschap en het door de draagmoeder in het buitenland gebaarde kind, als hun eigen kind in Nederland willen opvoeden. Maar is dit kind in de ogen van het Nederlandse recht ook daadwerkelijk het juridische kind van de wensouders? Maakt het daarbij uit of het ouderschap van de wensouders in het buitenland van rechtswege tot stand is gekomen (zoals dat in de Oekraïne gebeurt) of dat het ouderschap door een rechtelijk beslissing tot stand is gekomen (zoals dat in Californië gebeurt) of dat het ouderschap door adoptie tot stand is gekomen? Deze vragen komen in dit artikel aan de orde.

Bij het bespreken van internationaal draagmoederschap en de gevolgen voor de afstamming van het kind, moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat het kind wordt geboren in Nederland, maar er een internationaal element in de zaak zit. In dit geval betref het een vraag van *toepasselijk recht*. Daarnaast onderscheiden we de situatie waarin het kind in het buitenland is geboren en de wensouders hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben, in dat geval gaat het om *erkenning* van in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten. In dit artikel wordt het Nederlandse IPR dat betrekking heeft op deze vragen behandeld. Het is goed daarbij te bedenken dat het zeker niet is uitgesloten dat in andere landen anders met deze IPR-vragen wordt omgegaan. Dit geldt ook voor de voorbeelden die worden gebruikt in het artikel waarbij buitenlands recht, zoals bijvoorbeeld het Franse, aan de orde komt. Wanneer een ander recht, zoals bijvoorbeeld het Duitse of Engelse, zou worden betrokken, zou dit tot een ander antwoord kunnen leiden.

### 3. Geboorte in Nederland uit een buitenlandse draagmoeder

Alvorens men kan vaststellen of er een juridische relatie bestaat tussen een wensouder en het kind dat in Nederland is geboren, dient men eerst het toepasselijk recht vast te stellen. Bij gebrek aan internationale regelingen op dit gebied,<sup>5</sup> dient gebruik te worden gemaakt van de Nederlandse conflictenregels op dit terrein. Tot voor kort waren deze regels in de Wet conflictenrecht afstamming te vinden. Sinds 1 januari 2012 zijn deze in Titel 5, Boek 10 BW te vinden. Op grond van art. 10:102 BW zijn de regels van Boek 10 van toepassing op rechtsbetrekkingen die na 1 januari 2003 zijn vastgesteld

---

<sup>4</sup> M. Vonk, De logeerbuik: draagmoederschap in Nederland', *UCERF, Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen: Ars Aequi, 2011, pp. 63-72: <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2011-0328-200533/UUindex.html>; K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner en W. Schrama en M. Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2012.: <http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/draagmoederschap.asp>; K. Boele Woelki en M. Vonk, 'Surrogacy and same-sex couples in The Netherlands' in: K. Boele-Woelki and A Fuchs (eds.) *Legal recognition of same-sex Couples in Europe*, Intersentia, 2012; I. Curry-Sumner en M. Vonk, 'Surrogacy according to Dutch law' in: K. Trimmings and P. Beaumont (reds.) *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishers: Oxford, 2013.

<sup>5</sup> Behoudens een deelonderwerp, namelijk de wettiging van kinderen: de CIEC-Overeenkomst van 12 september 1962 betreffende de vaststelling van de familierechtelijke betrekkingen tussen het onwettig kind en zijn moeder, *Trb.* 1963, 93 en de CIEC-Overeenkomst van 10 september 1970 inzake de wettiging door huwelijk, *Trb.* 1972, 61.

of gewijzigd alsmede op de erkenning van na 1 januari 2003 buitenlands vastgestelde of gewijzigde rechtsbetrekkingen. In dit artikel zal geen aandacht worden besteed aan de vraag welk recht van toepassing is op kinderen die voor 1 januari 2003 zijn geboren.<sup>6</sup> Afdeling 1 van Titel 5 van Boek 10 BW is hier relevant. Op grond van deze afdeling is het belangrijk om onderscheid te maken naar gelang de huwelijkse status van de draagmoeder. Mocht de draagmoeder getrouwd zijn dan wordt artikel 10:92 BW gebruikt, anders wordt naar artikel 10:94 BW verwezen.<sup>7</sup>

### **3.1 Draagmoeder is gehuwd**

Stel dat in Nederland wonende wensouders een buitenlandse draagmoeder inschakelen om hun kind te baren en dat de draagmoeder in Nederland bevalt. Om vast te stellen wie in familierechtelijke betrekkingen tot het kind staat, dient allereerst het toepasselijk recht te worden vastgesteld. Op grond van art. 10:92 BW wordt eerst gekeken of de moeder uit wie het kind is geboren en haar man een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten. Mocht dit het geval zijn, dan wordt dit recht toegepast.<sup>8</sup> Gaat het bijvoorbeeld om een kind geboren in Nederland waarvan de gehuwde ouders (draagmoeder en haar echtgenoot) de gemeenschappelijk Franse nationaliteit hebben, dan is ingevolge artikel 10:92 BW het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van de ouders van toepassing: in dit geval de Franse. Aangezien het Franse recht het *mater certa semper est* beginsel niet hanteert en de moeder verplicht is om het kind ook te erkennen, zou het zonder aanpassing van deze regel kunnen zijn dat het kind geen juridische moeder zou hebben, tenzij de moeder het kind zou erkennen. Aangezien het Nederlandse recht uitgaat van het beginsel dat de geboortemoeder van een kind altijd de juridische moeder is van het kind,<sup>9</sup> is het verdedigbaar dat er hier sprake zou zijn van strijd met Nederlandse openbare orde. De Nederlandse openbare orde wordt in dit geval ingevuld door het geldende Nederlandse recht, waar internationale verdragen, zoals het EVRM en het IVRK, uiteraard onderdeel van uitmaken. Een beroep op artikel 10:6 BW zou immers voor de hand liggen, waardoor de geboortemoeder door toepassing van het Nederlandse recht automatisch de juridische moeder wordt van het kind.

Hebben de ouders van het kind dat in Nederland wordt geboren geen gezamenlijk nationaliteit, dan is het recht van hun gezamenlijke gewone verblijfplaats van toepassing.<sup>10</sup> Hebben ze geen gezamenlijke gewone verblijfplaats dan is het recht van de gewone verblijfplaats van het kind van toepassing. Deze regeling geldt ook wanneer de echtelieden twee gezamenlijke nationaliteiten hebben (e.g., partijen bezitten bijvoorbeeld naast de Franse nationaliteit ook de Britse nationaliteit). Door de geboorte in Nederland, ook wanneer de echtelieden hier geen enkele andere band hebben, wordt aan de hand van het Nederlandse IPR vastgesteld welk recht van toepassing is op het tot stand komen van familierechtelijke betrekkingen. Een Franse

---

<sup>6</sup> Zie verder L. Strikwerda, "Afstamming", in: T. de Boer en F. Ibili (reds.), *Nederlands international personen- en familierecht. Wegwijzer voor de rechtspraak*, Kluwer: Deventer, 2012.

<sup>7</sup> Natuurlijk als het huwelijk ook in het buitenland is gesloten, dient eerst de aanvraag omtrent de erkenning van het huwelijk te worden beantwoordt: Rb Den Haag, 14 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2355.

<sup>8</sup> HR 25 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV9961.

<sup>9</sup> Artikel 1:198 BW.

<sup>10</sup> Artikel 10:92 lid 1 BW.

draagmoeder die voor een Nederlands stel een kind draagt en in Nederland bevalt, wordt zeer waarschijnlijk van rechtswege de juridische moeder van het kind, ook al voorziet het Franse recht daar niet in omdat een andere resultaat in strijd zou zijn met het Nederlandse openbare orde. Dit geldt niet voor de juridische status van de echtgenoot van de moeder ten opzichte van het kind; ook in het Nederlandse recht heeft het kind niet altijd een vader. Dit laat mogelijkheden over voor de Nederlandse wensvader om het kind van de draagmoeder te erkennen. Dit wordt hieronder verder uitgewerkt. Leidt het toepasselijke recht ertoe, zoals bijvoorbeeld wanneer het Duitse recht van toepassing is, dat het binnen huwelijk geboren kind automatisch twee juridische ouders heeft, dan kan de wensvader natuurlijk niet erkennen.

### **3.2 Draagmoeder is ongehuwd**

#### *3.2.1 Moederschap*

Wanneer de draagmoeder ongehuwd is, is het recht van haar nationaliteit van toepassing op het tot stand komen van een juridische relatie tussen haar en het door haar gebaarde kind.<sup>11</sup> Heeft ze meer dan één nationaliteit dan wordt is het recht van toepassing waarin een dergelijke relatie tot stand komt, een regel die derhalve gebaseerd is op het begunstigingsbeginsel. Heeft de vrouw bijvoorbeeld de Franse en de Nederlandse nationaliteit, dan is het Nederlandse recht van toepassing omdat de vrouw automatisch in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot het kind op grond van art. 1:198 BW.<sup>12</sup> Heeft de vrouw haar gewone verblijfplaats in Nederland dan wordt ze - ongeacht het recht van haar nationaliteit - in elk geval automatisch de juridische moeder van het kind. Wat gebeurt er als een ongehuwde vrouw die geen gewone verblijfplaats in Nederland heeft hier wel van een kind bevalt en op grond van het recht van haar nationaliteit niet in familierechtelijke betrekkingen staat tot het kind? Zeer waarschijnlijk zou in een dergelijk geval op grond van de hierboven genoemde openbare orde exceptie haar moederschap automatisch tot stand komen.

#### *3.2.2 Vaderschap*

Als de geboortemoeder ongehuwd is, is het de vraag of een man door erkenning de juridische vader kan worden van het kind en welk recht op de beantwoording van die vraag van toepassing is. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt aan de eisen die aan de man worden gesteld en aan de eisen die aan de toestemming van de moeder worden gesteld. Wat betreft de man en zijn bevoegdheid is het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit bezit van toepassing.<sup>13</sup> Heeft de man meer dan één nationaliteit, dan is het recht van de nationaliteit die erkenning mogelijk maakt van toepassing. Is erkenning volgens het recht van de nationaliteit(en) van de man niet of niet meer mogelijk dan geldt het recht van de gewone verblijfplaats van het kind. Daarna volgen nog een aantal mogelijkheden als ook dit laatste recht niet in erkenning voorziet, om er maar voor te zorgen dat het kind een vader kan krijgen. Heeft een gehuwde man de Nederlandse nationaliteit dan is het Nederlandse recht sowieso van toepassing op de vraag of hij het kind van een andere vrouw mag erkennen.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Artikel 10:94 lid 1 BW.

<sup>12</sup> Rb. Breda 29 juni 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY0818.

<sup>13</sup> Artikel 10:95 lid 1 BW.

<sup>14</sup> Artikel 10:95 lid 2 en artikel 1:204 lid 1 onder e BW.

Als we teruggaan naar de Franse ongehuwde draagmoeder die in Nederland bevalt, en kijken of de Nederlandse wensvader het kind kan erkennen, dan is het antwoord ja. De wensvader is ingevolge het Nederlandse recht bevoegd het kind te erkennen, echter wanneer hij met de wensmoeder is getrouwd, moet er in gevolge het Nederlandse recht een nauwe persoonlijke betrekking bestaan tussen de man en het kind of tussen de geboortemoeder en de man. Geen van beide is overigens zeer waarschijnlijk. Nederlandse rechters hebben eerder aangenomen dat er voor de geboorte geen nauwe persoonlijke betrekking kan ontstaan tussen een ongeboren kind en de niet met de moeder gehuwde vader.<sup>15</sup> Als de draagmoeder gehuwd is, moet ingevolge 10:92 BW eerst worden gekeken of haar echtgenoot de juridische vader is van het kind op grond van het toepasselijke recht.

Voor de toestemming van de moeder en/of het kind is het recht van de staat van de nationaliteit van de moeder en/of het kind van toepassing.<sup>16</sup> Heeft moeder of kind meer dan een nationaliteit dan is weer het recht van toepassing dat in toestemming voorziet, heeft moeder of kind de Nederlandse nationaliteit dan is het Nederlandse recht van toepassing. Ook dit artikel bevat weer verdere mogelijkheden wanneer de hierboven beschreven mogelijkheden niet tot een oplossing leiden waardoor het kind twee ouders kan verkrijgen. Het was al duidelijk dat de Nederlandse wensvader het kind van de Franse draagmoeder die in Nederland is bevallen kan erkennen, de volgende vraag is dan of het Franse recht voorziet in een mogelijkheid voor de moeder om toestemming aan de wensvader te geven. Is dat het geval, dan kan hij via erkenning de juridische vader worden van het kind.

Naast erkenning kan een man ook door gerechtelijke vaststelling de juridische vader van een kind worden, indien het recht van de gezamenlijke nationaliteit van de moeder en de man daarin voorziet.<sup>17</sup> Bestaat die mogelijkheid niet dan wordt dit bepaald door de gezamenlijke gewone verblijfplaats van de moeder en de man, en leidt dit nog niet tot de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling, dan wordt gekeken naar het recht van de gewone verblijfplaats van het kind. Kijken we naar de Franse draagmoeder en de Nederlandse wensvader, dan hebben ze waarschijnlijk geen gemeenschappelijke nationaliteit en gewone verblijfplaats, dus bepaalt het recht van de gewone verblijfplaats van het kind (in dit geval het Nederlandse recht) of en onder welke omstandigheden gerechtelijke vaststelling van toepassing is. Nu bepaald artikel 1:207 BW dat alleen het vaderschap van een verwekker of een instemmende levensgezel gerechtelijk kan worden vastgesteld, hetgeen onze wensvader geen van beide is. Nu is rechtbank Den Haag al eerder bij een nationale draagmoederschapsovereenkomst creatief met het begrip verwekker omgegaan, waardoor het vaderschap van de wensvader die het zaad voor het kind had geleverd, is vastgesteld als ware hij een verwekker.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9237 en HR 27 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5109. Zie ook I. Curry-Sumner en M. Vonk, "The Netherlands": in, K. Trimmings en P. Beaumont (reds.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart: Oxford 2013, p. 290.

<sup>16</sup> Artikel 10:95 lid 4.

<sup>17</sup> Artikel 10:97 lid 1 BW.

<sup>18</sup> Rb Den Haag, ECLI: NL: RBSGR: 2010 BN1309.

## 4. Geboorte in het buitenland

### 4.1 Inleiding

Maar stel nu dat Nederlandse wensouders naar het buitenland zijn gegaan om een draagmoederschapsovereenkomst te sluiten en de draagmoeder in het buitenland van het gewenste kind bevalt? Vervolgens worden zij in het land van het kind de juridische ouders in plaats van de draagmoeder. In de praktijk is dit de situatie die vaker voorkomt.

Wat betekent dit voor de juridische positie van het kind volgens Nederlands recht? Wordt dit in het buitenland tot stand gekomen ouderschap van de wensouders zondermeer erkend? Maakt het misschien uit hoe het ouderschap tot stand is gekomen en in welk land? Bij deze vragen gaat het niet zoals hierboven om de vraag welk recht van toepassing is op het totstandkoming van familierechtelijke betrekking tussen ouder(s) en kind, maar om de vraag of in het buitenland tot stand gekomen ouderschap na draagmoederschap in Nederland kan worden *erkend*. Het maakt voor de erkenning uit, hoe het ouderschap in het buitenland tot stand is gekomen. Daarbij zijn de drie volgende situaties te onderscheiden:

1. Er is een **rechterlijk beslissing** op grond waarvan een afstammingsrelatie tussen het kind en de wensouders is ontstaan (ex. artikel 10:100 BW). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de ouders in California een draagmoeder hebben gecontracteerd en zij door een zogeheten door een rechter uitgegeven *pre-birth order* bij de geboorte van het kind als juridische ouders op de akte worden geplaatst.
2. Er is een **buitenlandse geboorteakte** waarop de wensouders als ouders zijn vermeld (rechtsfeit of rechtshandeling ex. artikel 10:101 BW). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de wensouders een draagmoeder in de Oekraïne hebben gecontracteerd waardoor zij bij de geboorte van het kind automatisch de juridische ouders zijn.
3. Er heeft in het buitenland een **adoptie** plaatsgevonden. Afhankelijk van de gewone verblijfplaats van de wensouders, het kind en het land waar de adoptie tot stand is gekomen gelden er verschillende erkenningsregimes (artikel 10:105 tot en met 10:109 BW, met verwijzing naar het Haags Adoptieverdrag en de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie).<sup>19</sup>

### 4.2 Erkenning van een buitenlandse rechtelijke beslissing

Een buitenlandse rechterlijke beslissing waarbij een afstammingsband tussen een ouder en een kind tot stand is gekomen, wordt in Nederland in beginsel van rechtswege erkend. Op dit uitgangspunt is een drietal uitzonderingen mogelijk: de eerste uitzondering betreft de situatie waarin er voor de rechtsmacht van de rechter die de uitspraak heeft gedaan kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de betreffende rechtssfeer. De tweede uitzondering doet zich voor wanneer er kennelijk

---

<sup>19</sup> Deze optie wordt verder buiten beschouwing gelaten gelet op de omvang van dit artikel.

geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden.<sup>20</sup> Ten derde kan aan een buitenlandse gerechtelijke uitspraak erkenning worden geweigerd wanneer deze in strijd is met de Nederlandse openbare orde. De vraag is natuurlijk of het in het buitenland tot stand gekomen ouderschap van de wensouders van een kind dat uit een draagmoeder is geboren al dan niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde.<sup>21</sup>

#### **4.3 Erkenning van een buitenlandse geboorteakte**

Voor de erkenning van een buitenlandse geboorteakte, mits sprake is van een *door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte*, gelden dezelfde basisregeling als hierboven voor de erkenning van een gerechtelijke uitspraak uiteengezet. Het uitgangspunt is erkenning, tenzij sprake is van strijd met de Nederlandse openbare orde, of er kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden.<sup>22</sup> Daarnaast is een aantal situaties opgenomen waarin in ieder geval sprake is van een weigeringsgrond, die enerzijds de (on)bevoegdheid van de Nederlandse gehuwde man betreft en anderzijds de toestemming van de moeder. Een voorbeeld van een geboorteakte die in strijd met de Nederlandse openbare orde werd geacht, betrof een Franse geboorteakte waar alleen een vader op stond vermeld. De betreffende vader was met zijn mannelijke partner een draagmoederschapsarrangement met een vrouw aangegaan. Alle drie de partijen hadden hun gewone verblijfplaats in Nederland, maar ze besloten dat de vrouw in Frankrijk zou bevallen zodat zij niet op de geboorteakte zou worden vermeld. De Rechtbank 's-Gravenhage besloot dat een dergelijke akte in strijd is met de Nederlandse openbare orde en dat de draagmoeder alsnog op de geboorteakte moest worden vermeld.<sup>23</sup>

### **5. Het nog ongebornen kind**

Tot nu toe is er steeds sprake geweest van de vraag welk recht van toepassing is wanneer het kind reeds is geboren of wanneer in het buitenland tot stand gekomen ouderschap van een reeds geboren kind in Nederland kan worden erkend. Nu is het in Nederland zo dat een kind dat nog niet is geboren, op grond van artikel 1:2 BW indien zijn belang dit vergt, als geboren kan worden beschouwd. Overlijdt bijvoorbeeld de gehuwde man voordat het kind waarvan zijn vrouw zwanger is, wordt geboren, dan kan het kind ingevolge artikel 1:2 BW toch van de overleden man erven. Wanneer de moeder niet gehuwd was met de vader op het moment dat hij overlijdt, kan zijn vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld. Ook hier zorgt 1:2 BW er weer voor dat het kind na de gerechtelijke vaststelling vaderschap toch kan erven, ook al was het nog niet geboren op het moment van overlijden van de man. Maar hoe zit dit wanneer er sprake is van draagmoederschap? Maakt het dan uit of het kind in Nederland wordt geboren of in het buitenland? Maakt het uit als het kind door toepassing van artikel 1:2 BW de Nederlandse nationaliteit zou verkrijgen? Wat voor soort regel is artikel 1:2 BW: een regel van het persoonlijkheidsrecht of een regel van het afstammingsrecht? Het antwoord op die vraag kan van invloed zijn op de verwijzingscategorie die moet

---

<sup>20</sup> Artikel 10:100 lid 1 BW.

<sup>21</sup> Rb 's-Gravenhage 23 november 2009, zaak nr: 328511/FA RK 09-317 (niet gepubliceerd).

<sup>22</sup> Artikel 10:101 lid 1 BW.

<sup>23</sup> Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK1197.

worden gebruikt. Tot nu toe is voor zover kan worden nagegaan een dergelijke vraag nog niet voorgelegd aan de Nederlandse rechter. Met de toegenomen acceptatie van draagmoederschap en postmortale inseminatie zal deze vraag waarschijnlijk in de toekomst wel gesteld en beantwoord moeten worden.

## 6. Conclusie

In dit korte artikel hebben wij een overzicht willen geven van de verschillende scenario's die zich kunnen voordoen op het moment dat er sprake is van een draagmoederschapsconstructie met een internationaal element. Duidelijk is dat men over veel informatie moet beschikken om te kunnen vaststellen of een kind dat via een draagmoederschapsconstructie is geboren daadwerkelijk het kind is van de wensouders. Men zij hier op bedacht!

### **A. geboorte in NL met internationaal element (*toepasselijk recht*)**

1. de draagmoeder is *gehuwd* → 10:92 BW
2. draagmoeder is *ongehuwd*
  - 2a. moederschap → 10:94 lid 1 BW
  - 2b. vaderschap door erkenning
    - vereisten mbt man → 10:95 lid 1-3 BW
    - vereisten mbt toestemming erkenning moeder/kind → 10:95 lid 4 BW
  - 2c. vaderschap door gerechtelijke vaststelling vaderschap → 10:97 BW

### **B. geboorte buiten NL maar wensouders gewone verblijfplaats in NL (*erkenning van in buitenland tot stand gekomen ouderschap*)**

1. buitenlandse *rechterlijke beslissing* → 10:100 BW
2. buitenlandse *geboorteakte* → 10:101 BW
3. buitenlandse *adoptie* → 10:105-109 BW, Haags Adoptie Verdrag 1993 en Wobka