



KU LEUVEN



Maastricht University

Faculteit Rechten

master in de rechten

Masterthesis

Het verbod op commercieel draagmoederschap bekeken vanuit mensenrechtelijk en rechtsvergelijkend perspectief

Tessa Quina

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

PROMOTOR :

Prof. dr. Tim WUYTS

Samenvatting

Het lijkt voor koppels evident om hun kinderwens in vervulling te zien gaan. Niets is echter minder waar: veel koppels kampen met vruchtbaarheidsproblemen en ook voor homokoppels of transgenders is het vaak niet mogelijk om zelf een kind op de wereld te zetten. De enige mogelijkheid die hen dan nog rest, is adoptie. Dit is echter een langdurige en dure procedure, waarbij geen zekerheid bestaat dat je uiteindelijk een kind mag verwelkomen.

Dit is de reden waarom draagmoederschap een populaire oplossing is om sneller een baby in de armen te kunnen sluiten. Wensouders trekken vaak naar het buitenland om een draagmoeder te vinden die hun kindje wil dragen en baren. In Europa is draagmoederschap veelal verboden of niet wettelijk geregeld, waardoor wensouders naar de Verenigde Staten, Oekraïne, India, ... reizen en bereid zijn hiervoor onredelijk hoge bedragen te betalen. Dikwijls komen de wensouders ook in aanraking met malafide praktijken in deze landen. Het is duidelijk dat wensouders tot heel wat bereid zijn wanneer het over hun onvervulde kinderwens gaat. Hierbij gaat het dus niet meer om onbaatzuchtig draagmoederschap, maar om commercieel draagmoederschap.

België kent tot op heden geen wettelijke regeling omtrent (commercieel) draagmoederschap. Dit is problematisch, aangezien wensouders en draagmoeders het risico lopen om bestraft te worden wanneer ze toch voor het commercieel draagmoederschap kiezen. Een wettelijke regeling dringt zich op, maar de vraag rijst of commercieel draagmoederschap verboden moet worden of dat toch bepaalde vormen van vergoeding aan de draagmoeder mogelijk moeten zijn.

In deze masterscriptie worden de begrippen commercialisatie en draagmoederschap onderzocht. Hieruit blijkt dat er geen eensgezindheid bestaat over de afbakening van het begrip commercialisatie. Ook het ethisch perspectief wordt belicht: draagmoederschap is principieel ethisch aanvaardbaar, over de ethische toelaatbaarheid van commercieel draagmoederschap bestaat evenwel discussie.

Tot op heden is de Belgische wetgever er bij geen enkel wetsvoorstel in geslaagd om te voorzien in een helder, allesomvattend wettelijk kader, rekening houdend met de onduidelijkheid die heerst omtrent het commercieel karakter van draagmoederschap. Er wordt steeds in een wettelijke regeling voorzien die slechts beperkte onderdelen aankaart. Dit, gecombineerd met de ethische discussie, is waarschijnlijk ook de reden dat een wet tot op heden uitblijft.

Ook het mensenrechtelijk perspectief wordt onderzocht. De vraag die beantwoord wordt, is of uit verschillende mensenrechtelijke verdragen een verplichting kan worden afgeleid om commercieel draagmoederschap te verbieden.

Het rechtsvergelijkend deel vergelijkt commercieel draagmoederschap met verschillende rechtsfiguren, waaronder adoptie en medisch begeleide voortplanting. De wettelijke regeling van andere rechtsstelsels wordt eveneens geanalyseerd, om te kijken of de Belgische wetgever hieruit inspiratie kan opdoen om een wettelijke regeling uit te werken.

Het laatste hoofdstuk biedt een antwoord op de vraag of een verbod op commercieel draagmoederschap zich opdringt vanuit ethisch en mensenrechtelijk perspectief en hoe de wetgever een allesomvattende wettelijke regeling kan inschrijven. Tot slot worden nog enkele kritische opmerkingen en bedenkingen gemaakt.

Dankwoord

Het schrijven van een masterscriptie is steeds bijzonder, maar het schrijven van een masterscriptie in het academiejaar 2020-2021 is memorabel. De laatste jaren aan de universiteit doorbrengen tijdens een wereldwijde pandemie, is een unieke situatie. De mooiste tijd van ons leven, zo wordt de studententijd ook genoemd, op deze manier afsluiten, is dan ook iets om nooit meer te vergeten.

Graag zou ik enkele mensen willen bedanken die mij, zowel tijdens dit academiejaar als tijdens de vorige vier jaren, onvoorwaardelijk hebben gesteund en zonder wie deze masterscriptie niet tot stand zou zijn gekomen.

In de eerste plaats zou ik mijn promotor, prof. dr. Wuyts, van harte willen bedanken. Hij heeft mij de kans gegeven om dit uitermate boeiende onderwerp uit te werken. Tevens wil ik hem bedanken voor de waardevolle feedback die ik telkens kreeg. Ik ontving keer op keer een document met tips en advies om mijn onderzoek naar een hoger niveau te tillen en zelfs zonder het te vragen, bezorgde hij me nuttige artikels en teksten. Ik ben ervan overtuigd dat ik, door zijn hulp, advies en opbouwende kritiek, niet alleen als toekomstig jurist, maar ook als persoon ben gegroeid.

Ook mijn vriend, mijn ouders, mijn broer en mijn vriendinnen verdienen een bijzondere blijk van waardering. Ze zijn mijn steun en toeverlaat geweest gedurende de afgelopen jaren, mijn grootste supporters en mijn kompas. Ik wil hen bedanken voor de raad die ze mij hebben gegeven, voor het aanhoren van mijn frustraties en twijfels en voor de motivatie die ze mij hebben gegeven om door te blijven gaan.

Verder rest mij niets anders dan een welgemeende dankjewel aan iedereen die heeft bijgedragen tot het voltooien van deze masterscriptie.

Tessa Quina,

Tremelo, 12 mei 2021.

Inhoudsopgave

Samenvatting	I
Dankwoord	III
1. INLEIDING	1
1.1. Onderwerp van het onderzoek	1
1.2. Probleemstelling	1
1.3. Onderzoeksvragen	3
1.4. Gehanteerde onderzoeksmethoden	4
1.5. Opbouw van het onderzoek	5
2. WAT IS COMMERCIEEL DRAAGMOEDERSCHAP?	7
2.1. Commercialisatie	7
2.1.1. Gradaties	7
2.1.2. Criteria	9
2.2. Draagmoederschap	10
2.2.1. Laag- versus hoogtechnologisch draagmoederschap	11
2.2.2. Commercieel versus altruïstisch draagmoederschap	12
2.3. Draagmoederschapsovereenkomst	14
2.4. Ethische aanvaardbaarheid van commercieel draagmoederschap	18
2.4.1. Tegenstanders	18
2.4.2. Voorstanders	19
2.4.3. Conclusie	20
3. WETTELIJK KADER IN BELGIË	23
3.1. Algemeen wettelijk kader rond draagmoederschap	23
3.2. Wettelijk kader rond commercieel draagmoederschap	24
3.2.1. Strafrechtelijk kader	24
3.2.2. Gezondheidsrechtelijk kader	25
3.2.3. Familierechtelijk kader	27
3.3. Wetsvoorstellen	27
3.3.1. Informatieverslag Senaat	27
3.3.2. Wetsvoorstellen m.b.t. de regeling voor de toepassing van draagmoederschap	29
3.3.3. Wetsvoorstellen m.b.t. de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap	30

4.	MENSENRECHTELIJKE WAARBORGEN	33
4.1.	Art. 8 EVRM	33
4.2.	IVRK	36
4.2.1.	Art. 3 IVRK	37
4.2.2.	Art. 35 IVRK.....	38
4.2.3.	Art. 2 Facultatief Protocol bij IVRK	39
4.3.	Art. 3 Handvest van de Grondrechten.....	41
4.4.	Conclusie.....	41
5.	RECHTSVERGELIJKING	43
5.1.	Algemeen	43
5.2.	Interne rechtsvergelijking	43
5.2.1.	Adoptie.....	44
5.2.2.	Medische begeleide voortplanting.....	46
5.2.3.	Andere bio-ethiek wetten	47
5.3.	Externe rechtsvergelijking.....	48
5.3.1.	Verbod op commercieel draagmoederschap.....	49
5.3.1.1.	Duitsland.....	49
5.3.1.2.	Frankrijk	50
5.3.1.3.	Nederland.....	52
5.3.2.	Toelating van commercieel draagmoederschap	53
5.3.2.1.	Californië.....	53
5.3.2.2.	Oekraïne	54
5.4.	Conclusie.....	55
6.	ALGEMENE CONCLUSIE.....	57
6.1.	Noodzaak verbod op commercieel draagmoederschap?.....	57
6.2.	Hoe kan de Belgische wetgever dit aanpakken?	59
6.3.	Gevolgen wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap	60
7.	BIBLIOGRAFIE	61
	BIJLAGE 1: Overzichtstabel interne rechtsvergelijking	72
	BIJLAGE 2: Overzichtstabel externe rechtsvergelijking	73

Lijst met afkortingen

Adv.	Advies
BW	Burgerlijk Wetboek
BS	Belgisch Staatsblad
CA Fam Code	California Family Code
CC	Code Civil
EHRM	Europees Hof Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag Rechten van de Mens
IVF	In-vitrofertilisatie
IVRK	Internationaal Verdrag Rechten van het Kind
KB	Koninklijk Besluit
MBV	Medisch Begeleide Voortplanting
Parl.St.	Parlementair stuk
Sr.	Nederlands Wetboek van Strafrecht
Sw.	Belgisch Strafwetboek

1. INLEIDING

1.1. Onderwerp van het onderzoek

1. In dit onderzoek wordt een verbod op commercieel draagmoederschap onderzocht. De definitie van commercieel draagmoederschap is doorgaans de volgende: "*Draagmoederschap is het fenomeen waarbij een vrouw, de draagmoeder, tegen een vergoeding die de medische kosten overschrijdt, in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling het aan de wensouder(s) af te staan*".¹ Bijgevolg vereist commercieel draagmoederschap een winst oogmerk. Een kind baren omwille van onbaatzuchtige redenen valt dus op het eerste gezicht, bij een letterlijke lezing, niet onder commercieel draagmoederschap.²

2. Het onderzoek richt zich op een verbod op commercieel draagmoederschap. Ondanks de vele pogingen van de Belgische wetgever, bestaat er in België nog geen wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap. Tot op heden bestaat er zelfs geen enkele wettelijke bepaling die dit regelt.³

3. In het Belgische recht bestaat wel een wettelijk verbod op commercialisering van adoptie, van voortplantingsmateriaal en van ander lichaamsmateriaal.⁴ Voor sperma- en eiceldonatie is in een onkostenvergoeding voorzien, maar ook hier geldt het verbod op handel van menselijk lichaamsmateriaal.⁵ Er wordt onderzocht hoe een verbod op commercieel draagmoederschap kan worden ingericht in vergelijking met deze verschillende wettelijke regelingen.

4. Het verbod op commercieel draagmoederschap wordt tevens bekeken in het licht van de mensenrechtelijke waarborgen die in verschillende internationaal- en Europeesrechtelijke verdragen kunnen worden gevonden.

5. Tot slot volgt een rechtsvergelijking met verschillende rechtsfiguren in het Belgische recht, zoals adoptie en medisch begeleide voortplanting. Ook de wetgeving inzake commercieel draagmoederschap van andere landen komt aan bod, om hier eventueel inspiratie uit te putten voor een mogelijke Belgische regeling.

1.2. Probleemstelling

6. Tot op heden bestaat er nog geen wetgeving omtrent commercieel draagmoederschap. Het wordt niet toegelaten door een wettelijke bepaling, maar ook niet verboden. Dit kan tot schrijnende

¹ S. TACK EN G. VERSCHULDEN (eds.), *Medische begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121-122.

² S. TACK EN G. VERSCHULDEN (eds.), *Medische begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Brussel, Larcier, 2014, 23.

³ G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.* 2010, 69-70.

⁴ Art. 6 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; Artikelen 19, 22, 48 en 51 MBV-wet; Art. 5, 3° Embryowet; Art. 391quater, lid 1 Sw.

⁵ Art. 51, §2 MBV-wet.

situaties leiden, met onbillijke gevolgen. Zo worden er ook elk jaar draagmoederschapsbeurzen georganiseerd, met als gevolg dat het debat omtrent de regularisatie van commercieel draagmoederschap telkens weer op gang komt.⁶ Dit heeft al tot veel verschillende wetsvoorstellen geleid⁷, maar een wet blijft tot op heden uit.

7. Koppels die zelf geen kinderen kunnen krijgen, ofwel omwille van medische redenen, ofwel door hun seksuele geaardheid, worden in België aan hun lot overgelaten. Ook wanneer Belgische koppels dan toch naar het buitenland zijn getrokken om hun kinderwens waar te maken, verloopt de terugkeer naar België vaak niet van een leien dakje. Dit fenomeen wordt bestempeld als draagmoederschapstoerisme.⁸ Concreet kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een Belgisch koppel dat een commercieel agentschap inschakelde om via een Oekraïense draagmoeder hun kind op de wereld te zetten. Doordat België geen regelgeving kent, werd het koppel met hun zoon tegengehouden door de Belgische ambassade in Kiev en moest het zontje noodgedwongen twee jaar in een Oekraïens weeshuis verblijven.⁹ De zaken Baby D., Baby J., en Baby Samuel zijn nog maar enkele pijnlijke voorbeelden van het gebrek aan een wettelijke regeling.¹⁰ Het onderzoek is in eerste instantie dus relevant voor de dagelijkse praktijk omdat heel wat koppels worden geconfronteerd met de problematiek rond draagmoederschap wanneer ze zelf geen kinderen kunnen krijgen.

8. De lacune in de wetgeving heeft tot gevolg dat er voor koppels die beroep willen doen op een draagmoeder veel rechtsonzekerheid bestaat. Ook voor de draagmoeder zelf bestaat er een grote rechtsonzekerheid. Dit is dus problematisch voor koppels die zelf geen kinderen kunnen krijgen, zoals homokoppels, transgenders en koppels met vruchtbaarheidsproblemen. Bovendien is onduidelijk hoe de rechter zal oordelen over de navolgende adoptie- of erkenningsprocedure van de buitenlandse geboortakte. Ook dit is een belangrijk aspect dat aan bod komt in deze masterscriptie.

⁶ J.-J. DE GUCHT, "Niet wij, maar een Amerikaanse draagmoederschapsbeurs beantwoordt de vragen van homokoppels", <https://www.jeanjacquesdegucht.be/opiniestukken/opinie/item/683-niet-wij-maar-een-amerikaanse-draagmoederschapsbeurs-beantwoordt-de-vragen-van-homokoppels> [laatst geconsulteerd op 6 mei 2021]; V. BEEL, "Protest tegen vijfde beurs voor draagmoeders", Protest tegen vijfde beurs voor draagmoeders - De Standaard [laatst geconsulteerd op 6 mei 2021].

⁷ Zie bv. Wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 0170/001; Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-193/1; Voorstel van resolutie van 9 juni 2011 betreffende de internationale regeling van draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1075/1; Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0608/001; Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0633/001; Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001; RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap), 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 23.

⁸ G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR* 2011, afl. 4, 1421-1510; L. PLUYM, *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 91; N. BRONCKAERS, "Draagmoederschap: durven regelen", *Juristenkrant* 2018, afl. 377, 17.

⁹ MDM, "Belgische en haar baby vast in Kiev", http://www.standaard.be/cnt/dmf20180712_03610916 [laatst geconsulteerd op 20 maart 2021]; X., "Draagmoeder verkocht baby D aan hoogst biedende", <https://www.knack.be/nieuws/belgie/draagmoeder-verkocht-baby-d-aan-hoogst-biedende/article-normal-65926.html> [laatst geconsulteerd op 20 maart 2021]; N. BRONCKAERS, "België moet een inhaalbeweging maken om de wetgeving rond draagmoederschap aan te passen aan de realiteit", <https://www.knack.be/nieuws/belgie/belgie-moet-een-inhaalbeweging-maken-om-de-wetgeving-rond-draagmoederschap-aan-te-passen-aan-de-realiteit/article-opinion-1409873.html> [laatst geconsulteerd op 21 maart 2021].

¹⁰ Gent 4 december 2013, C/1749/13, onuitg.; Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, 172, advies OM, noot J. SOSSON en *JLMB* 2009, 1083.

9. Tot slot is er ook de problematiek omtrent de mensenrechten. Er zijn talloze zaken die reeds voor het EHRM zijn gebracht en waarbij de problematiek werd aangekaart.¹¹ Vaak oordeelde het EHRM dan over een schending van het recht op familie- en privéleven.¹² Dit is een heel belangrijk aspect wanneer wordt nagedacht over een eventueel verbod op draagmoederschap, aangezien de Belgische wetgeving getoetst kan worden aan de bepalingen van het EVRM en uit deze rechtspraak inspiratie geput kan worden. Een uitgebreid onderzoek van wetgeving en rechtspraak is hierbij van groot belang.

1.3. Onderzoeksvragen

10. De centrale onderzoeksvraag is de volgende: *“Dringt een wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap zich op vanuit ethisch perspectief en vanuit het EVRM, het IVRK en het Handvest van de Grondrechten, en zo ja, hoe zou dit verbod dan kunnen worden ingeschreven in het Belgische recht?”*

11. Om deze centrale onderzoeksvraag te beantwoorden, wordt eerst een antwoord geformuleerd op de volgende subonderzoeksvragen:

1°: Hoe worden commercialisatie en draagmoederschap gedefinieerd?

2°: Wat is het bestaande wettelijk kader en welke wetsvoorstellen zijn al ingediend?

3°: Is het Belgisch recht in overeenstemming met het mensenrechtelijk kader?

4°: Hoe wordt commercialisatie bij andere rechtsfiguren geregeld en hoe wordt commercieel draagmoederschap in andere landen geregeld?

5°: Welke oplossing geniet de voorkeur vanuit mensenrechtelijk en rechtsvergelijkend perspectief?

12. In dit onderzoek wordt de focus gelegd op commercieel draagmoederschap. Om die reden zal de algemene omkadering omtrent draagmoederschap buiten beschouwing worden gelaten. Ook andere vormen van draagmoederschap worden dus niet onderzocht. Het internationaal privaatrecht komt evenmin aan bod in dit onderzoek, aangezien de focus hierbij niet ligt op het commercieel aspect van draagmoederschap. Omwille van het tijdsbestek en de beperkte omvang van dit onderzoek wordt de technische uitleg van de medisch begeleide voortplanting eveneens niet besproken. Tot slot wordt ook het psychologisch en sociologisch standpunt buiten beschouwing gelaten. De klemtoon ligt op het commercieel aspect van draagmoederschap en een eventueel verbod hieromtrent, waardoor de keuze is gemaakt om de onderdelen die hier niet aan bijdragen, achterwege te laten.

¹¹ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië; EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson/France; EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee/France.

¹² EHRM 13 december 2007, nr. 39051/03, Emonet et. al/Zwitserland, § 77; EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03, Tysiac/Polen, § 113; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 95.

1.4. Gehanteerde onderzoeksmethoden

13. Het onderzoek dat wordt gevoerd, is een monodisciplinair onderzoek. Hiervoor worden zowel de Belgische wetgeving, rechtspraak en rechtsleer, als de Europees- en internationaalrechtelijke wetgeving, rechtspraak en rechtsleer geanalyseerd. Ook de mensenrechtelijke verdragen worden in dit kader onderzocht.

14. Het onderzoek is tevens aanbevelend. Het doel van het onderzoek bestaat erin om tot een eigen werkdefinitie te komen van commercieel draagmoederschap, zodat deze kan worden getoetst aan de verschillende mensenrechtelijke bepalingen. Er wordt onderzoek gevoerd naar de rechtsgeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst en naar de ethische aanvaardbaarheid van commercieel draagmoederschap. Het bestaande wettelijk kader omtrent commercieel draagmoederschap wordt onderzocht. Intern wordt de vergelijking gemaakt met adoptie, medisch begeleide voortplanting en andere bio-ethische wetten. Ook wordt het Belgische recht op dit punt vergeleken met dat van andere landen. Het uiteindelijke doel bestaat erin om tot een toekomstvisie te komen die inspiratie kan bieden aan de Belgische wetgever. Er wordt geconcludeerd welke oplossing de voorkeur geniet vanuit mensenrechtelijk en rechtsvergelijkend perspectief. Dit wordt eveneens bekeken in het licht van de bestaande verwachtingen en van de ethische aanvaardbaarheid. Zo kan, voor eens en voor altijd, de rechtsonzekerheid die door de lacune in de wetgeving is ontstaan, worden weggewerkt.

15. Het rechtsvergelijkend onderzoek draagt bij tot het aanbevelend onderzoek, aangezien door de vergelijking kan worden geanalyseerd wat de gelijkenissen en verschillen zijn en hoe een Belgische wet omtrent commercieel draagmoederschap uiteindelijk zou moeten worden.

Ten eerste wordt intern vergeleken binnen het Belgische rechtssysteem. Hierbij wordt onderzocht hoe commercialisatie bij adoptie, medisch begeleide voortplanting en andere bio-ethische wetten wordt geregeld.

Vervolgens wordt ook extern vergeleken met andere rechtssystemen, om inspiratie op te doen uit de wetgeving van andere landen. Enerzijds wordt onderzocht hoe een wettelijk verbod in andere landen is geregeld en anderzijds wordt bestudeerd hoe landen commercieel draagmoederschap toelaten.

Het betreft tevens een microvergelijking, waarbij de focus ligt op de specifieke rechtsfiguur van commercieel draagmoederschap en bijkomend ook de adoptie, medisch begeleide voortplanting en andere bio-ethische mogelijkheden.

Tot slot wordt een dogmatische benadering nagestreefd. Hierbij wordt commercieel draagmoederschap geprojecteerd op verschillende buitenlandse rechtssystemen, zodat de equivalente vorm hiervan kan worden opgespoord en vergeleken.

1.5. Opbouw van het onderzoek

16. Het onderzoek start met het definiëren van draagmoederschap en commercialisatie. Voor het onderzoek is het namelijk van belang dat duidelijk is wat onder commercieel draagmoederschap wordt verstaan. Voorts wordt de vraag gesteld of de draagmoederschapsovereenkomst rechtsgeldig is. Als laatste wordt de ethische aanvaardbaarheid van commercieel draagmoederschap onderzocht.

17. Vervolgens wordt het strafrechtelijk, gezondheidsrechtelijk en familierechtelijk kader omtrent commercieel draagmoederschap besproken. Ook de verschillende wetsvoorstellen die doorheen de jaren zijn ingediend, zijn van groot belang. Op die manier kan worden onderzocht welke initiatieven de Belgische wetgever al heeft ondernomen en welke mogelijkheden er zijn om tot een wettelijk kader te komen omtrent commercieel draagmoederschap. Tevens wordt onderzocht of er eventueel ook nog andere mogelijkheden zijn, los van de initiatieven die de wetgever al heeft genomen.

18. Verder worden de mensenrechtelijke waarborgen behandeld die in het EVRM, het IVRK en het Handvest van de Grondrechten kunnen worden teruggevonden omtrent commercieel draagmoederschap. Hierbij wordt telkens onderzocht wat commercieel draagmoederschap is, of dit verboden moet worden en wat de gevolgen zijn van een verbod op commercieel draagmoederschap in het licht van de mensenrechtelijke waarborgen. Er wordt tevens onderzocht wat mensenrechtelijk wordt beschermd en of het Belgische recht in overeenstemming is met de grond- en mensenrechten.

19. Daaropvolgend wordt het rechtsvergelijkend deel besproken. Doel van dit deel is om te analyseren hoe commercialisatie bij andere rechtsfiguren wordt behandeld en hoe commercieel draagmoederschap in het buitenland wordt geregeld. Dit kan een inspiratiebron zijn voor een eventueel wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap in België.

20. Eenmaal duidelijk is dat het Belgische recht gebreken vertoont, wordt onderzocht hoe het recht in overeenstemming kan worden gebracht met het mensenrechtelijk kader. Er wordt, op basis van de interne en externe rechtsvergelijking, een afweging gemaakt met betrekking tot de mogelijkheden die de Belgische wetgever heeft om een verbod in te schrijven. Voorts wordt bekeken hoe een verbod kan worden gehandhaafd en wat de gevolgen zijn wanneer ouders bijvoorbeeld naar het buitenland gaan om daar een kind te krijgen via draagmoederschap en terugkeren met het kind naar België. Er moet dan een afweging worden gemaakt tussen het belang van het kind en de openbare orde, wat uitermate complex is.

2. WAT IS COMMERCIEEL DRAAGMOEDERSCHAP?

21. In dit eerste deel wordt onderzocht wat de definitie is van commercieel draagmoederschap. Aangezien er nog geen wetgeving bestaat omtrent commercieel draagmoederschap, is het van belang om te weten wat onder dit begrip wordt verstaan. Om te beginnen worden de begrippen commercialisatie en draagmoederschap gedefinieerd. Vervolgens wordt de rechtsgeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst onderzocht om aan te tonen wat de gevolgen kunnen zijn van de eventuele niet-afdwingbaarheid van deze overeenkomst. Als laatste wordt de vraag gesteld of commercieel draagmoederschap ethisch aanvaardbaar is.

2.1. Commercialisatie

2.1.1. Gradaties

22. De vraag rijst wat precies moet worden begrepen onder commercialisatie in de huidige wetgeving. Aangezien er nog geen wetgeving bestaat in het kader van commercieel draagmoederschap, moet deze vraag worden beantwoord in het licht van de wettelijke regeling bij andere rechtsfiguren. Daarna kan worden onderzocht of deze definitie ook moet worden gebruikt in het kader van commercieel draagmoederschap.

23. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende soorten financiële voordelen, namelijk een vergoeding, een beloning en een betaling. Deze drie voordelen komen hierna uitgebreid aan bod. Niet elk financieel voordeel wordt beschouwd als commercialisatie en dus zullen niet alle financiële voordelen onder een verbod op commercieel draagmoederschap moeten vallen.

24. De minst verregaande variant betreft de (onkosten)vergoeding. Bij een vergoeding worden de kosten van de opname in het ziekenhuis, de wegneming van het materiaal en ook de gederfde inkomsten gedekt. Er wordt dus een bepaald bedrag overeengekomen waardoor de ziekenhuiskosten en de arbeidsongeschiktheid worden vergoed. Ook een morele lastenvergoeding voor de geleden ongemakken kan worden toegekend. Een vergoeding dekt enkel de onkosten, wat inhoudt dat er geen enkel voordeel aan wordt gekoppeld.¹³ De financiële nadelen van de donor worden dus weggewerkt.¹⁴ De bedoeling van deze onkostenvergoeding is om de donor zo goed mogelijk te herstellen in de situatie van voor de donatie.¹⁵ Een onkostenvergoeding leidt bovendien ook niet tot een verregaande commercialisering of tot een verzakelijking van de donor zelf. Een onkostenvergoeding kan volgens VAN GELDER zelfs gezien worden als een onontbeerlijke vergoeding voor de altruïstische donor.¹⁶

¹³ P. HERBOTS, "Medisch begeleide voortplanting", *NJW* 2008, (336) 339; X., "Vrouwen die doneren en daar toch veel moeite voor doen, hoeven er toch geen geld voor te verliezen?" in X, "Nee, wij zoeken géén studentes", <https://www.standaard.be/cnt/us1ntcoi> [laatst geconsulteerd op 15 maart 2021].

¹⁴ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 316.

¹⁵ *Ibid.*, 327.

¹⁶ *Ibid.*, 327.

Het is echter wel zo dat, zelfs wanneer een vergoeding wordt betaald, vaak discussie bestaat omtrent het bedrag ervan. Doordat deze vergoedingen vaak niet bij KB zijn vastgelegd (*infra*, nr. 137), is het onduidelijk hoeveel een vergoeding mag bedragen en welke kosten vergoed mogen worden om niet onder het verbod van niet-commercialisering te vallen.¹⁷ Ook hier ontbreekt dus een wettelijke regeling, die voor rechtszekerheid kan zorgen bij alle soorten donatie.

25. Een beloning gaat verder dan een (onkosten)vergoeding. Hierbij wordt namelijk wel een zeker voordeel toegekend aan de donor. Bovenop het dekken van de financiële nadelen, wordt aan de donor nog een bedrag geschonken. Hieronder wordt niet noodzakelijk een geldsom verstaan, ook een attentie of symbolische gift als blijk van waardering kan hieronder vallen.¹⁸ Het kan zowel gaan om een eenmalige prestatie als om een langdurige beloning. Onder het Belgische recht worden de financiële beloningen echter in de meeste gevallen niet toegelaten, gelet op het feit dat een donatie volledig altruïstisch dient te gebeuren.¹⁹ De beloning kan echter worden gezien als een handeling met een winstoogmerk wanneer deze voldoende groot is, wat dus niet kan worden aanvaard. Indirecte financiële beloningen en niet-financiële beloningen, die als blijk van waardering worden geschonken aan de donor, kunnen wel worden aanvaard, omdat hier het commercieel oogmerk minder sterk aanwezig is.²⁰ Symbolische giften, die als blijk van waardering worden geschonken, kunnen dan ook niet worden gezien als een betaling of als een daadwerkelijk financieel voordeel. Dit zijn dus de soorten beloningen die het makkelijkst kunnen worden aanvaard omdat deze geen echt financieel voordeel uitmaken, noch commercialiteit.²¹

Wanneer de beloning niet wordt gegeven met het doel om de donor te overtuigen om zijn lichaamsmateriaal af te staan, maar louter om hem te bedanken, kan deze dus niet worden gezien als een betaling of als een financieel voordeel voor de donor. Er zal in dat geval ook geen sprake kunnen zijn van een winstoogmerk in hoofde van de donor. Een eenvoudige blijk van waardering of een symbolische gift moet als beloning worden toegelaten in het kader van niet-commerciële donatie.²²

Wanneer de beloning echter verder gaat dan een simpele gift, is het moeilijk om dit nog als een blijk van waardering te beschouwen. Wanneer dit het geval is, heeft de beloning namelijk wel tot doel om de donor te stimuleren om lichaamsmateriaal af te staan. Dit wordt vaak beschouwd als onwenselijk en leidt mogelijks tot commercialisering, wat onder het Belgische recht niet kan worden toegelaten.²³ Ook een beloning kan immers een winstoogmerk uitlokken en commercialisering in de hand werken.²⁴

¹⁷ P. HERBOTS, "Medisch begeleide voortplanting", *NJW* 2008, (336) 339.

¹⁸ G. DEN HARTOGH, *Afscheid van vrijblijvendheid – Beslissystemen voor orgaandonatie in ethisch perspectief*, Den Haag, Centrum voor Ethiek en Gezondheid, 2008, 89.

¹⁹ Art. 4, §1, lid 1 Orgaantransplantatiewet; Artikelen 19, 22, 48 en 51 Wet Medisch Begeleide Voortplanting; Art. 6, §1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²⁰ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 350.

²¹ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende de donatie van sperma en eicellen*, 8 maart 2004, nr. 27, <https://www.health.belgium.be/nl/advies-nr-27-donatie-van-sperma-en-eicellen>, 30.

²² N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 357.

²³ G. VAN DIJK en M.T. HILHORST, *Financiële stimulering van orgaandonatie – Een ethische verkenning*, Den Haag, Centrum voor ethiek en gezondheid, 2007, 22-23.

²⁴ I. GEESINK en C. STEEGERS, *Nier te koop, baarmoeder te huur*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011, 101-102.

26. De meest verregaande variant is de betaling. Hierbij wordt de geldsom of het voordeel niet langer gezien als een beloning. Het doel van een betaling is dan ook meestal om de donor te overtuigen om lichaamsmateriaal af te staan. De intentie achter een betaling verschilt dus van de intentie achter een vergoeding of beloning. Het bedrag ligt bij een betaling ook vaak veel hoger dan bij een loutere beloning of vergoeding. Dit wordt door de Belgische wet in alle gevallen van het afstaan van lichaamsmateriaal als problematisch beschouwd omdat dit een lucratieve handeling uitmaakt. Er is sprake van een betaling wanneer de context van de beloning of de vergoeding wordt overstegen, dus wanneer meer dan enkel de gemaakte onkosten worden vergoed.²⁵

Betaling van de donor veronderstelt dus een daadwerkelijke financiële tegenprestatie ten gevolge van de donatie. De altruïstische intentie ontbreekt hier, waardoor het winstoogmerk duidelijk aanwezig is. Hierbij gaat het echt om een koop-verkoop van lichaamsmateriaal, het leveren van een dienst tegen betaling of het betalen voor de toestemming van de donor.²⁶ Er is een rechtstreekse link tussen de betaling en de donatie. Dit kan worden gezien als een daadwerkelijke vorm van commercialisering van lichaamsmateriaal. De Belgische wetgeving verbiedt zulke praktijken echter uitdrukkelijk, aangezien lichaamsmateriaal volstrekt buiten de handel is.²⁷ Dit heeft bovendien tot gevolg dat de overeenkomst zonder voorwerp is (*infra*, nr. 50).²⁸ Wanneer er geen altruïstisch oogmerk, maar een winstoogmerk bestaat in hoofde van de donor, kan dit worden gezien als commercialisatie.

2.1.2. Criteria

27. Uit het voorgaande blijkt dat er verschillende elementen bestaan om te bepalen of er sprake is van commercialisatie of niet. VAN GELDER werkt met gradaties, namelijk een vergoeding, een beloning en een betaling. Er kan echter, naar mijn oordeel, ook een onderscheid worden gemaakt tussen objectieve elementen, subjectieve elementen en bijkomende elementen.

28. Onder het objectief criterium valt een vergoeding die meer bedraagt dan het dekken van de kosten. Hierbij is het winstoogmerk in hoofde van de donor niet van belang. Er wordt louter gekeken naar de vergoeding: dekt deze enkel de onkosten of wordt er een hoger bedrag uitgekeerd aan de donor? Wanneer enkel de onkosten worden gedekt, valt dit niet onder commercialisatie. Zoals hierboven reeds aangehaald (*supra*, nr. 24), kan hierbij echter ook discussie ontstaan over welke kosten onder onkosten vallen. Deze kosten worden namelijk vaak niet bij KB vastgelegd (*infra*, nr. 137).

29. Onder het subjectief criterium valt de aanwezigheid van een winstoogmerk. Wanneer de donor handelt met de intentie om winst te halen uit de donatie, kan dit een indicatie vormen van

²⁵ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 358-359.

²⁶ *Ibid.*, 359.

²⁷ Art. 4, §1 Orgaantransplantatiewet; Art. 19, art. 22, art. 48 en art. 51 Wet Medisch Begeleide Voortplanting; Art. 6, §1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²⁸ Art. 1128 BW; P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, 250; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam" in P. REYNAERT, J. TAELS en G. VANHEESWIJCK, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 341-342.

commercialisatie. Om als niet-commercieel te worden beschouwd, moet de donor handelen met een altruïstisch oogmerk. De donor moet onbaatzuchtig handelen, ten voordele van een ander. Wanneer hij echter uit winstbejag handelt, kan dit aanleiding geven tot commercialisatie. Niet alleen de intentie van de donor, maar ook de bedoeling van degene die het voordeel geeft aan de donor, speelt hierbij een belangrijke rol.

30. De bijkomende elementen die tot commercialisatie kunnen doen besluiten, zijn onder andere de tussenkomst of bemiddeling van derden die handelen vanuit een winstgevende activiteit. Dit houdt in dat een derde optreedt als bemiddelaar of tussenpersoon, waarbij deze de donor en de ontvanger samenbrengt en hiervoor een bepaald bedrag ontvangt.²⁹ Vaak zal dit een agentschap zijn dat optreedt als bemiddelende derde. Dit betekent echter dat het de professionele activiteit uitmaakt van deze derde en hij er dus werkelijk een lucratieve handel van heeft gemaakt. Wanneer dit het geval is, maakt dit ontegensprekelijk commercialisatie uit. Ook een aanbod doen of reclame maken voor commercieel draagmoederschap kan als bijkomend criterium worden gehanteerd om tot commercialisatie te besluiten. Wat eveneens kan bijdragen tot de kwalificatie van commercialisatie is het onvrijwillig karakter. Wanneer één van de partijen wordt gedwongen om een bepaalde prijs te betalen voor het draagmoederschap, kan dit een indicatie vormen van het commercieel karakter.

31. Een definitie van commercialisatie kan dus, volgens de huidige opvatting, als volgt worden opgesteld: er is sprake van commercialisatie wanneer de donor handelt met winstoogmerk en een bedrag ontvangt dat de normale kosten overschrijdt. Wanneer bovendien een lucratieve handel wordt opgezet om met winst organen of ander lichaamsmateriaal te verkopen, is er overduidelijk sprake van commercialisatie. De onkostenvergoeding en beloning waarover VAN GELDER handelt, zullen waarschijnlijk niet als commercialisatie kunnen worden beschouwd, een betaling echter wel.

Het is echter heel moeilijk om een onderscheid te maken tussen een vergoeding, een beloning en een betaling. De vraag rijst welke elementen bij de beoordeling worden meegenomen om te bepalen of er sprake is van commercialisatie of niet. Niet alleen het objectief element is hierbij namelijk van belang, maar ook met het subjectief element moet rekening worden gehouden. Een bedenking die hierbij moet worden gemaakt, is of zowel het subjectief als het objectief element aanwezig moeten zijn en in welke mate de bijkomende elementen een rol spelen bij de beoordeling van het commercieel karakter. Dit heeft ook gevolgen met betrekking tot draagmoederschap en meer bepaald met welke elementen rekening moet worden gehouden om als commercieel draagmoederschap te worden beschouwd.

2.2. Draagmoederschap

32. De vraag rijst wat precies moet worden verstaan onder draagmoederschap en welke vormen van draagmoederschap bestaan. In de rechtsleer wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen

²⁹ S. HOLLAND, "Contested Commodities at Both Ends of Life: Buying and Selling of Gametes, Embryos and Body Tissues", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2001, vol. 11, afl. 3, (263) 270-271.

hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap enerzijds en tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap anderzijds.³⁰

33. Bij draagmoederschap laat de draagmoeder in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling komen, om het kind dat wordt geboren, af te staan aan de wensouders.³¹ De wensouders krijgen dus op een alternatieve wijze toch een kind. Andere termen die eveneens worden gebruikt voor de draagmoeder, zijn leenmoeder of vervangmoeder.³² Draagmoederschap veronderstelt een voorafgaande afspraak tussen de wensouders en de draagmoeder, vóór enige verwekking van het kind.³³ De wensouders hebben de bedoeling om het kind na de geboorte zelf op te voeden en wensen bovendien te worden aangemerkt als juridische ouders van het kind.³⁴

Draagmoederschap wordt gekenmerkt door de opsplitsing van de verwekking en de zwangerschap en baring van het kind. De gameten worden door de wensouders aan de draagmoeder overgedragen en de draagmoeder staat het kind af aan de wensouders na de geboorte.³⁵

34. Deze zwangerschap-voor-een-ander is een mogelijkheid voor wensouders die zelf geen kinderen kunnen krijgen omwille van medische redenen, zoals door afwezigheid of beschadiging van de baarmoeder, waar medisch begeleide voortplanting niet mogelijk is, of die de last van de zwangerschap niet willen opnemen.³⁶

35. Er zijn verschillende mogelijkheden om een draagmoeder te vinden: dit kan zowel een toevallige derde zijn, die eventueel wordt gevonden via de zogenaamde draagmoederschapsbureaus of op één van de draagmoederschapsbeurzen die elk jaar worden georganiseerd in België, evenals een intieme vriendin of zelfs een familielid van de wensouders. Deze laatste vorm wordt omschreven als "endofamiliaal draagmoederschap".³⁷

2.2.1. Laag- versus hoogtechnologisch draagmoederschap

36. Het onderscheid tussen laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap wordt gekenmerkt door het verschil in genetisch ouderschap van de draagmoeder, dan wel van de wensouders.

³⁰ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127; L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (ed.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (119) 121.

³¹ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 2; F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 126;

³² F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 126; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *TPR* 1990, (645) 651.

³³ L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121.

³⁴ *Ibid.*, 121; M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, afl. 7, 405.

³⁵ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 126; L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121.

³⁶ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 126; T. VANSWEEVELT, "Wanneer een wettelijke regeling voor draagmoederschap?", *T.Gez.* 2019-20, afl. 1, 2-3.

³⁷ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127; L. PLUYM, "Adoptie", *TPR* 2012, afl. 4, 1603.

37. Laagtechnologisch draagmoederschap houdt in dat de draagmoeder de genetische moeder is, waarbij de tussenkomst van een arts niet is vereist. De draagmoeder kan zichzelf insemineren met het sperma van de wensvader of van een donor, maar ze kan evenzeer geslachtsgemeenschap hebben met de wensvader.³⁸ Dit betekent dus dat de draagmoeder haar eigen eicellen gebruikt.³⁹ De draagmoeder zal dus de genetische moeder zijn van het kind.⁴⁰ Dit heeft tot gevolg dat deze vorm van draagmoederschap niet kan worden beschouwd als een voortplantingstechniek zoals in-vitrofertilisatie. PLUYM spreekt over een sociale oplossing voor onvruchtbaarheid eerder dan een medisch-technologische remedie.⁴¹

Hoogtechnologisch draagmoederschap veronderstelt de tussenkomst van een arts: het kind wordt bij de draagmoeder verwekt met de eicel en het sperma van de wensouders via in-vitrofertilisatie in een erkende fertilitieitskliniek. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap heeft het kind dus een genetische band met de wensouders, in tegenstelling tot bij het laagtechnologisch draagmoederschap.⁴² Ook bij deze vorm van draagmoederschap is een tussenkomst van donoren mogelijk.⁴³

2.2.2. Commercieel versus altruïstisch draagmoederschap

38. Het onderscheid tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap wordt volgens de rechtsleer gekenmerkt door het al dan niet bestaan van een winstoogmerk in hoofde van de draagmoeder.⁴⁴

39. Altruïstisch draagmoederschap houdt in dat de draagmoeder een beperkte vergoeding krijgt die enkel de kosten van de zwangerschap en bevalling dekt.⁴⁵ Het is eveneens mogelijk dat er helemaal geen vergoeding wordt betaald aan de draagmoeder.⁴⁶ Dit is dus de zwangerschap-voor-een-ander zonder winstoogmerk van de draagmoeder.

³⁸ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127; G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierightelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR* 2011, 1430.

³⁹ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, 652-653.

⁴⁰ G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, 20.

⁴¹ L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121; G. COENE en K. RAES, "Een vreemde eend in de buik. Draagmoeders of baarvrouwen? De ethiek van het gewilde, niet-uterine ouderschap" in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert. Ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 127.

⁴² M. VEYS, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, nr. 7, 403; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, 652-653; L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121.

⁴³ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127.

⁴⁴ L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121-122.

⁴⁵ L. PLUYM, "Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders", *TJK* 2014, nr. 1, 92.

⁴⁶ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 128.

40. Er zijn verschillende criteria om tot commercieel draagmoederschap te besluiten (*supra*, nr. 27-31). Een eerste criterium is het winstoogmerk in hoofde van de draagmoeder.⁴⁷ Dit is een subjectief element. Het viseert de intentie van de draagmoeder: wil ze onbaatzuchtig voor een ander een kind baren of baart ze een kind uit winstbejag? Wanneer de draagmoeder er een financieel voordeel uit wenst te halen, kan dit een indicatie zijn van commercialisatie (*supra*, nr. 29). Ook de intentie van de wensouders die de draagmoeder een financieel voordeel geven, kan hierbij in aanmerking worden genomen.

Een tweede criterium is de betaalde vergoeding. Dit maakt het objectief criterium uit. Wanneer de draagmoeder een vergoeding ontvangt, die meer bedraagt dan de kosten van de zwangerschap en de bevalling, kan er sprake zijn van commercieel draagmoederschap.⁴⁸ Een financiële compensatie voor de draagmoeder die de onkosten van de zwangerschap en bevalling zelfs maar licht overstijgt impliceert dus mogelijks het commerciële karakter van het draagmoederschap (*supra*, nr. 28).⁴⁹

Een derde criterium is de tussenkomst van een bemiddelende derde. Wanneer een derde optreedt als bemiddelaar tussen wensouders en draagmoeder en deze handelt met een lucratief oogmerk en wanneer er als het ware een winstgevende handel in de organisatie van draagmoederschappen wordt opgezet, kan zonder twijfel worden gesteld dat het om commercieel draagmoederschap gaat door het lucratief oogmerk dat deze bemiddelende derden nastreven.⁵⁰

41. De vraag rijst of er een meer gedifferentieerde terminologie aangewend moet worden, gelet op het feit dat de term "commercialisatie" nog verder strekt dan de vergoeding die hoger is dan de kosten van zwangerschap en bevalling. Volgens GULDIX is de term "commercieel draagmoederschap" niet passend wanneer het louter gaat om een vergoeding die meer bedraagt dan de kosten van de zwangerschap en de bevalling.⁵¹ "Commercieel" is enkel geschikt wanneer het gaat over draagmoederschappen die worden georganiseerd met een lucratief oogmerk, waarbij vaak bemiddelende derden tussenkomen die hier een winstgevende bezigheid van maken. Wanneer de draagmoeder een eenmalige beloning krijgt van de wensouders voor de geleverde inspanningen bovenop de gemaakte kosten, zou er geen sprake mogen zijn van commercieel draagmoederschap. Een andere term, zoals "verlonend of remunererend draagmoederschap", is een beter alternatief volgens GULDIX. Zo zou het ook mogelijk moeten zijn om deze vorm van draagmoederschap toe te laten en enkel in een verbod te voorzien op commercieel draagmoederschap als lucratieve handel.⁵²

42. Mijns inziens is er, wat draagmoederschap betreft, enkel sprake van commercialisatie wanneer de draagmoeder er een commerciële, winstgevende activiteit van maakt en waarbij eventueel een bemiddelende derde kan worden ingeschakeld. Een onkostenvergoeding waarbij de

⁴⁷ L. PLUYM, "Juridische aspecten van draagmoederschap" in S. TACK en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 121-122.

⁴⁸ E. GULDIX, "Draagmoederschap" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 128; L. PLUYM, "Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders", *TJK* 2014, nr. 1, 92.

⁴⁹ E. GULDIX, "Draagmoederschap" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 128.

⁵⁰ *Ibid.*, 128.

⁵¹ *Ibid.*, 128.

⁵² *Ibid.*, 128.

kosten van de zwangerschap worden gedekt, kan niet worden beschouwd als commercialisering. Evenmin is een beloning voor de draagmoeder als teken van dankbaarheid een vorm van commercialisatie, zelfs niet wanneer haar een bedrag wordt geschonken dat de kosten van de zwangerschap overschrijdt. Men kan niet zomaar bij elke vorm van betaling besluiten tot commercialisatie. Een meer gedifferentieerde terminologie, waarbij een onderscheid gemaakt wordt tussen altruïstisch, vergoedend, verlonend en commercieel draagmoederschap, is dus wenselijk. De vraag rijst echter welke vormen van draagmoederschap ethisch aanvaardbaar zijn en vanuit mensenrechtelijk perspectief kunnen worden toegelaten.

43. De grens vanaf wanneer er sprake is van commercieel draagmoederschap, is dus zeer onduidelijk en maakt tot op heden voorwerp uit van discussie, zowel in de rechtspraak als de rechtsleer. Zoals beschreven (*supra*, nr. 27-31), zijn er verschillende criteria die kunnen bijdragen aan de beoordeling van het commercieel karakter van draagmoederschap. De vraag rijst echter in welke mate aan al deze criteria tegelijkertijd moet zijn voldaan om te kunnen besluiten tot commercieel draagmoederschap: volstaat een cumulatieve toepassing van het objectief en subjectief criterium of zijn er nog bijkomende criteria nodig om te kunnen besluiten tot commercieel draagmoederschap? Indien dit het geval is, welke bijkomende criteria spelen dan een rol bij de beoordeling van het commercieel karakter? De grenzen worden in dit onderzoek geanalyseerd en de gevolgen van de bestempeling als commercieel draagmoederschap worden onderzocht.

44. Een werkdefinitie van commercieel draagmoederschap kan aldus als volgt worden opgemaakt: commercieel draagmoederschap is het fenomeen waarbij een draagmoeder een kind draagt en baart tegen betaling voor de wensouders en waarbij de draagmoeder een lucratieve handel opzet om kinderen te dragen voor wensouders, eventueel met tussenkomst van bemiddelende derden.

2.3. Draagmoederschapsovereenkomst

45. Draagmoederschap veronderstelt een voorafgaand akkoord tussen de wensouders en de draagmoeder, wat inhoudt dat er tussen de twee partijen een overeenkomst wordt gesloten vooraleer de verwekking van het kind plaatsvindt.⁵³ De verschillende elementen van de draagmoederschapsovereenkomst worden besproken om zo de rechtsgeldigheid ervan te bepalen.

46. De intentie en de draagmoederschapsovereenkomst moeten de verwekking van het kind dus voorafgaan.⁵⁴ De overeenkomst is een belofte van de draagmoeder om het kind af te staan aan de wensouders na de geboorte en de belofte van de wensouders om het kind op te voeden in hun

⁵³ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 126.

⁵⁴ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 23.

gezin.⁵⁵ Deze overeenkomst kan worden gekwalificeerd als een verbintenis om iets te doen, hoewel deze verbintenis niet afdwingbaar is.⁵⁶ De overeenkomst kan zowel schriftelijk als mondeling zijn.⁵⁷

47. De draagmoederschapsovereenkomst in het kader van commercieel draagmoederschap moet, om rechtsgeldig te zijn naar Belgisch recht, voldoen aan de vier basisvoorwaarden voor een geldige overeenkomst⁵⁸, namelijk toestemming, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak.⁵⁹

48. Zowel de wensouder(s) als de draagmoeder moeten hun toestemming geven. Deze voorwaarde is in de context van draagmoederschap doorgaans niet problematisch. Er bestaat echter wel discussie in de rechtsleer dat, door de onvoorzienbare risico's van de zwangerschap en de bevalling, aan de toestemmingsvereiste in hoofde van de draagmoeder nooit kan zijn voldaan.⁶⁰ Dit bezwaar geldt echter voor elke overeenkomst inzake een medische ingreep die een gezondheidsrisico met zich meebrengt.⁶¹ Volgens VERSCHELDEN kan er wel degelijk sprake zijn van een volwaardige toestemming bij draagmoederschap, indien alle partijen hun toestemming op een vrije en geïnformeerde wijze hebben gegeven.⁶²

49. Zowel de wensouder(s) als de draagmoeder moeten bekwaam zijn om contracten aan te gaan.⁶³ Ook deze voorwaarde is in het geval van een draagmoederschapsovereenkomst niet problematisch.

50. De overeenkomst moet bovendien een geoorloofd voorwerp hebben overeenkomstig art. 2 en 1128 BW. Een voorwerp of oorzaak is ongeoorloofd wanneer deze strijdig is met de openbare orde en de goede zeden.⁶⁴ VAN LEUVEN definieert de openbare orde en de goede zeden als een geheel van regels die worden aanvaard door redelijke mensen in een land op een welbepaald tijdstip.⁶⁵ DE PAGE en MASSON stellen algemeen dat de draagmoederschapsovereenkomst nietig is, omdat het voorwerp strijdig is met de openbare orde.⁶⁶ MASSAGER is daarentegen van oordeel dat het creëren van leven wel een geoorloofd voorwerp uitmaakt.⁶⁷

Art. 1128 BW bepaalt echter dat alleen zaken die in de handel zijn, het voorwerp van een overeenkomst kunnen uitmaken. Gezien het lichaam geen voorwerp kan zijn en onvervreemdbaar

⁵⁵ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 23.

⁵⁶ Art. 1126 BW.

⁵⁷ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 23; I MARTENS, "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.", *TJK* 2006, 7.

⁵⁸ Art. 1108 BW.

⁵⁹ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 25.

⁶⁰ M.-F. LAMPE, "Procréation assistée – Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – Status de l'enfant à naître", *RTDF* 1986, 162; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 25.

⁶¹ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 25.

⁶² G. VERSCHELDEN, *Afstamming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 699-700.

⁶³ Art. 1123 BW.

⁶⁴ B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek Verbintenissenrecht (gebonden)*, Mortsel, Intersentia, 2019, 235-236.

⁶⁵ N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten: Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 368-369; Cass. 8 april 1999, *Arr.Cass.* 1999, 474, *DAOR* 2000, 356, noot F. MOURLON BEERNAERT en *TBH* 1999, 855, commentaar I. CLAEYS.

⁶⁶ H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1990, 933.

⁶⁷ N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 857.

en niet beschikbaar is, heeft de draagmoederschapsovereenkomst volgens sommige auteurs geen voorwerp.⁶⁸

51. De overeenkomst moet tot slot een geoorloofde oorzaak hebben.⁶⁹ Een overeenkomst die tot voorwerp of gevolg heeft dat de staat van de persoon wordt gewijzigd, wanneer deze is toegekend aan een persoon door de wet, is absoluut nietig.⁷⁰ De draagmoederschapsovereenkomst heeft echter een ongeoorloofde oorzaak omdat ze strijdig is met het principe van de niet-beschikbaarheid van de staat van de persoon.⁷¹ De overeenkomst waarbij de draagmoeder meer dan een onkostenvergoeding wordt uitbetaald om haar lichaam ter beschikking te stellen, is strijdig met de openbare orde en goede zeden.⁷² Bovendien kan worden geargumenteed dat commercieel draagmoederschap kinderhandel uitmaakt, wat dus een ongeoorloofde beschikking inhoudt van de staat van de persoon.⁷³ Kinderhandel is bovendien manifest in strijd met de openbare orde en goede zeden.⁷⁴ Dit toont nogmaals aan dat het belangrijk is om de grenzen te kennen vanaf wanneer er sprake is van commercieel draagmoederschap.

Volgens MASSAGER volstaat het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon echter niet als rechtvaardiging voor de absolute nietigheid van een draagmoederschapsovereenkomst. MASSAGER en VAN GYSEL zijn tevens van mening dat, wanneer het kind wordt verwekt met gameten van beide wensouders, de draagmoederschapsovereenkomst net tot doel heeft dat de biologische werkelijkheid in overeenstemming wordt gebracht met de juridische werkelijkheid, door de wensouders aan te merken als biologische ouders.⁷⁵ Volgens VERSCHULDEN hoeft een draagmoederschapsovereenkomst niet per se een ongeoorloofde aanspraak in verband met de vaststelling van de afstamming langs moederszijde in te houden, namelijk wanneer de naam van de draagmoeder overeenkomstig de geldende regels in de geboorteakte wordt vermeld en de wensmoeder vervolgens overgaat tot adoptie.⁷⁶

52. De meerderheid van de rechtsleer is dus van oordeel dat de overeenkomst die tussen de draagmoeder en de wensouders wordt gesloten, een ongeoorloofd voorwerp en een ongeoorloofde oorzaak heeft. Dit leidt tot de absolute nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst, waardoor deze dus ook niet afdwingbaar is wanneer één van de partijen zich niet aan de

⁶⁸ P. SENAËVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, 250; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam" in P. REYNAERT, J. TAELS en G. VANHEESWIJCK, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 341-342.

⁶⁹ Art. 1133 BW.

⁷⁰ W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1982, 91.

⁷¹ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 34.

⁷² *Ibid.*, 37.

⁷³ A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken" in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (ed.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, (89) 97; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge, II, Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, 933; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam" in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (305) 341.

⁷⁴ Gent (Jk.) 30 april 2012, *TBBR* 2012, 372, noot G. VERSCHULDEN en *T.Fam.* 2013, 140, noot L. PLUYM.

⁷⁵ A.-C. VAN GYSEL en N. MASSAGER, "Les limites de l'autonomie de la volonté et droit des personnes" in V. SIMONART, J.-F. ROMAIN en M. GREGOIRE, *L'ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, 210-211.

⁷⁶ G. VERSCHULDEN, *Afstamming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 702.

overeenkomst houdt. Het is echter duidelijk dat dit nog voor discussie vatbaar is, afhankelijk van de interpretatie die aan de verschillende voorwaarden wordt gegeven.

53. De draagmoederschapsovereenkomst op zich kan evenwel toch als rechtsgeldig worden beschouwd wanneer deze objectief wordt bekeken. Zolang het kind nog niet is geboren, kan immers worden gesteld dat er nog geen sprake is van een persoon in de juridische zin van het woord.⁷⁷ Voorts wordt, zelfs bij commercieel draagmoederschap, het kind niet echt verkocht, maar zal er een regularisatieprocedure plaatsvinden, waar de vader het kind kan erkennen en de wensmoeder het kind kan adopteren.⁷⁸ Bovendien is het ook zo dat een vrouw, die een kind voor een ander draagt omwille van altruïstische redenen, niet op een ongeoorloofde wijze over haar lichaam beschikt.⁷⁹

54. Vooral over het voorwerp en de oorzaak van de draagmoederschapsovereenkomst bestaat veel discussie, zeker wanneer deze betrekking heeft op "commercieel" draagmoederschap. Zolang echter niet duidelijk is wat de grenzen van commercialisatie zijn, is het nog moeilijker om de geoorloofdheid van deze overeenkomst te beoordelen. Wanneer er dan toch een overeenkomst wordt gesloten over een kind, waarbij de wensouders de draagmoeder betalen voor haar diensten, kan worden geargumenteed dat het kind als het ware wordt verkocht, nog voor het is geboren. Dit is zonder meer in strijd met het verbod op kinderhandel. Het creëren van leven mag dan wel een geoorloofd voorwerp uitmaken, het creëren van leven tegen betaling is dat mijns inziens niet. Deze discussie toont dus het belang aan van een duidelijke afbakening tussen commercieel en niet-commercieel draagmoederschap.

Eenmaal duidelijk is wat als commercieel draagmoederschap kan worden beschouwd, kan ook worden gekeken naar de afdwingbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst. Wanneer de overeenkomst nietig is, kan deze niet worden afgedwongen door de wensouders en de draagmoeder.⁸⁰ De vergoeding die de draagmoeder zou krijgen, kan niet worden opgeëist en de verbintenis om het kind af te staan kan door de wensouders niet worden afgedwongen. Wanneer de overeenkomst in bepaalde gevallen dan toch als rechtsgeldig wordt beschouwd, is ze in beginsel uitvoerbaar en afdwingbaar.⁸¹

55. Het valt dus niet te ontkennen dat, wanneer een wettelijke regeling omtrent commercieel draagmoederschap wordt opgesteld, een duidelijke afbakening tussen commercieel en niet-commercieel draagmoederschap noodzakelijk is. Ook omtrent de draagmoederschapsovereenkomst

⁷⁷ E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1106.

⁷⁸ *Ibid.*, (1104) 1106.

⁷⁹ L. PLUYM, *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 69-70; E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1106; Antwerpen (16de bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; N. GALLUS, "La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel" in G. SCHAMPS en J. SOSSON (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel, Bruylant, 2013, 182; G. GENICOT, "Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle: plaidoyer pour un droit neutre et libéré" in G. SCHAMPS en J. SOSSON (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel, Bruylant, 2013, 158-161; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 852-853.

⁸⁰ P. HERBOTS, "Medisch begeleide voortplanting", *NJW* 2008, (336) 340.

⁸¹ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 142.

moet duidelijkheid worden verschaft, meer bepaald of deze in bepaalde gevallen rechtsgeldig kan zijn en op welke manier deze dan kan worden afgedwongen. Ook de gevolgen van een niet-rechtsgeldige overeenkomst moeten worden voorzien.

2.4. Ethische aanvaardbaarheid van commercieel draagmoederschap

56. De vraag die in dit deel wordt beantwoord, is of commercieel draagmoederschap ethisch aanvaardbaar is. Op basis van de adviezen van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek kan inzicht worden verkregen inzake de beleidskeuzes die de Belgische wetgever reeds heeft gemaakt in de context van commercieel draagmoederschap. De ethische (on)aanvaardbaarheid van commercieel draagmoederschap kan eveneens een indicatie zijn dat een verbod op commercieel draagmoederschap zich opdringt.

2.4.1. Tegenstanders

57. Het probleem dat zich stelt bij commercieel draagmoederschap is de vergoeding van de draagmoeder en hoe hoog deze vergoeding al dan niet mag zijn. Door sommige leden van het Comité wordt geargumenteed dat draagmoederschap buiten de economische markt moet worden gehouden en dat de draagmoeder geen vergoeding mag ontvangen bovenop het dekken van de onkosten. Ook het betalen van bemiddelingsdiensten mag niet worden toegestaan.⁸²

58. In eerdere adviezen heeft het Raadgevend Comité zich al uitgesproken over de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsmaterialen en daarbij werd geconcludeerd dat de beschikbaarheid van lichaamsmateriaal tot de niet-commerciële sfeer moet worden beperkt. Om tot een consistent geheel te komen, zou hetzelfde moeten gelden voor embryodonatie (advies 29) en dus ook voor draagmoederschap.⁸³

59. Commercialisering van draagmoederschap zou ook als gevolg hebben dat wensouders meer en hogere kosten hebben, doordat er in België een gebrek is aan draagmoeders. Hierdoor zou het altruïstisch en solidair karakter dus wegvallen volgens verschillende leden van het Comité. Dit kan bovendien leiden tot sociale onrechtvaardigheid, doordat niet iedereen de financiële middelen heeft om een draagmoeder te betalen.⁸⁴

60. Het toelaten van commercieel draagmoederschap zou er daarenboven toe leiden dat het vaker voorkomt, wat dan weer als gevolg kan hebben dat draagmoederschap ook wordt gebruikt omwille van andere dan medische redenen, zoals esthetische redenen en carrièreplanning, wat dus

⁸² RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 27-28.

⁸³ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende de donatie van sperma en eicellen*, 8 maart 2004, nr. 27, <https://www.health.belgium.be/nl/advies-nr-27-donatie-van-sperma-en-eicellen>, 47; RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 27-28.

⁸⁴ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 28.

moet worden uitgesloten. De leden van het Comité zijn voorstander van het reguleren van draagmoederschap, maar zijn tegen het stimuleren ervan.⁸⁵ Het commercialiseren van draagmoederschap kan eveneens tot uitbuiting en misbruik leiden van de draagmoeders, wat absoluut niet de bedoeling kan en mag zijn.⁸⁶

61. Volgens sommige leden van het Comité houdt commercieel draagmoederschap steeds een ongeoorloofd gebruik van het lichaam in. Ze zijn van mening dat een prijs bepalen voor het dragen van een kind principieel onmogelijk is. Evenmin is het mogelijk om een prijs te kleven op de waarde van een kind. Dit leidt bovendien tot een onderwaardering van het statuut van kinderen en vrouwen door ze te herleiden tot hun voortplantingsfunctie.⁸⁷ Commercialisering maakt een aantasting van de menselijke waardigheid uit en is dus als gevolg ongeoorloofd. Andere leden beschouwen zowel niet-commercieel als commercieel draagmoederschap op zich steeds als een instrumentalisering van de draagmoeder en van het kind.⁸⁸

62. De tegenstanders stellen zich echter ook de vraag waar de grens ligt voor het onderscheid tussen commercieel en niet-commercieel draagmoederschap. Er loopt immers een dunne lijn tussen een symbolische gift uit appreciatie of geschenken en een werkelijke betaling van de draagmoeder. Wat kan worden beschouwd als een redelijke vergoeding en vanaf welk moment is er effectief sprake van commercialisering?⁸⁹ Dit zijn vragen die kunnen worden gesteld in het kader van commercialisering van draagmoederschap en die ook bij een wetsvoorstel in acht moeten worden genomen. Zoals hierboven beschreven, blijkt dat er, zowel bij de wetgever, rechters en rechtspractici als bij ethici, discussie bestaat omtrent de grenzen van commercialisatie (*supra*, nr. 27-31).

2.4.2. Voorstanders

63. Er zijn ook een aantal argumenten die kunnen pleiten voor een toelating van commercialisering van draagmoederschap. Zo kan commercialisering zorgen voor een groter respect voor de vrijheid van individuen en de rechten over hun lichaam. Dit is ook de theorie van Locke, die stelt dat het individu de eigenaar is van zijn lichaam en hij er vrij over moet kunnen beschikken.⁹⁰

64. Commercialisering van het menselijk lichaam zou ook kunnen bijdragen aan het beëindigen van bepaalde situaties van schaarste en zo het verkeer van delen van het lichaam beperken.⁹¹

⁸⁵ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 28.

⁸⁶ *Ibid.*, 28.

⁸⁷ R. BER, "Ethical Issues in Gestational Surrogacy.", *Theor Med Bioeth* 2000, 153-169; R. ROWLAND, *Living Laboratories – Women and Reproductive Technologies*, Australia, Sun, 1992; L. HEPBURN, *Ova-Dose?*, Australia, Allen and Unwin, 1992.

⁸⁸ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 29; P. DE SUTTER, "Over voortplanting, genetica en ethiek", *T.Fam.* 2018, afl. 2, 26.

⁸⁹ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 29.

⁹⁰ *Ibid.*, 31.

⁹¹ *Ibid.*, 31.

65. Verder betekent commercialisering van het lichaam niet dat er geen publieke regelgeving zou zijn. Dit zou namelijk wettelijk worden geregeld, aangepast aan de specifieke situaties en aan de soorten elementen van het lichaam betrokken in de transactie.⁹² Het zou dus kunnen leiden tot een aangepast, efficiënt wettelijk kader van draagmoederschap, wat dan weer tot gevolg heeft dat de rechtsonzekerheid die op dit moment bestaat, wordt weggenomen.

66. Het Raadgevend Comité stelt bovendien dat de ethiek van de gift perverse effecten heeft. Doordat er een schaarste is van bijvoorbeeld draagmoeders, leidt dit tot bepaalde moeilijkheden, zoals wachttijden. Niet-commercialisering leidt ook tot feitelijke ongelijkheden. Deze is, volgens het Comité, slechts dwingend voor diegenen die geen toegang hebben tot een ander land dat wel openstaat voor de markt in lichaamsdelen. Zij die genoeg financiële middelen hebben om naar het buitenland te trekken en daar hun kinderwens te vervullen, zullen deze mogelijkheid benutten, in tegenstelling tot diegenen die deze mogelijkheden niet hebben doordat ze er simpelweg het geld niet voor hebben. Het Comité verwoordt dit op een mooie manier: *"Het systeem van de gift leidt dus tot een paradoxale situatie. Hoewel het een beroep doet op een ethiek van de gelijkheid en de solidariteit berooft het de rijken niet van de toegang tot het "gecommercialiseerde lichaam", maar veroordeelt het de armen wel tot de afhankelijkheid van liefde en altruïsme"*.⁹³

67. Dit zijn volgens sommige leden van het Comité argumenten waarmee eveneens rekening moet worden gehouden om te bepalen of commercialiseerbaarheid van draagmoederschap ethisch aanvaardbaar en wenselijk is.

2.4.3. Conclusie

68. Hoewel er zeker argumenten en redenen zijn om de commercialiseerbaarheid van draagmoederschap in overweging te nemen vanuit ethisch oogpunt, zijn het toch vooral de stemmen van de tegenstanders die doorwegen. Ook uit voorgaande adviezen blijkt dat het menselijk lichaam buiten de economische sfeer moet worden gehouden en dat de commercialisering ervan zou leiden tot een inbreuk op de waardigheid van de persoon. Het toelaten ervan zou ten bate zijn van de sterkeren in de maatschappij en zou tot gevolg hebben dat de zwakkeren worden uitgebuit. In de huidige sociaaleconomische context is het bovendien niet wenselijk om tot commercialiseerbaarheid van het menselijk lichaam over te gaan.⁹⁴

69. Er bestaat een consensus onder de leden van het Comité dat draagmoederschap, dus zwangerschap-voor-een-ander, principieel ethisch aanvaardbaar is, maar er moet worden

⁹² RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 31; RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen*, 10 december 2007, nr. 43, Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (belgium.be), 50.

⁹³ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 31-32.

⁹⁴ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen*, 10 december 2007, nr. 43, Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (belgium.be), 51.

geanticipeerd op de mogelijke problemen die zich kunnen stellen.⁹⁵ Alle leden zijn het er dus unaniem over eens dat draagmoederschap principieel aanvaardbaar is en dat het wettelijk moet worden geregeld.⁹⁶ Dit betekent echter niet dat ook commercieel draagmoederschap ethisch geoorloofd wordt geacht. De commercialisering van draagmoederschap stuit op veel kritiek en er zijn meer argumenten tegen dan voor commercieel draagmoederschap. Er loopt immers een vage grens tussen de "huur" van een baarmoeder, de vergoeding van de onkosten en de symbolische gift aan de draagmoeder. Hier een wettelijk kader rond maken, is uitermate delicaat.⁹⁷ Het grote gevaar schuilt vooral in de clandestiene commercialisering, die kan leiden tot de organisatie van kinderhandel en tot de uitbuiting van zwakkere vrouwen.⁹⁸ Dit vormt dan ook een onderwerp van discussie in het ethisch debat.

70. De Nationale Raad van de Orde van Artsen heeft draagmoederschap bovendien impliciet goedgekeurd door, bij gebrek aan een wettelijk kader, een aantal deontologische aanbevelingen voorop te stellen.⁹⁹ De Nationale Raad heeft op die manier zelf al richtlijnen uitgezet waaronder draagmoederschap mogelijk zou moeten zijn, waarbij ook de commercialisering wordt uitgesloten. Er wordt echter wel al gesteld dat vergoedingen mogelijk moeten zijn, om de ongemakken van de draagmoeder weg te werken.¹⁰⁰ Dit draagt eveneens bij tot de conclusie dat draagmoederschap door zowel leden van het Raadgevend Comité voor de bio-ethiek, als door artsen zelf als ethisch aanvaardbaar kan worden beschouwd. Het is dus vijf voor twaalf voor de politiek om aan deze wens gehoor te geven en om (commercieel) draagmoederschap wettelijk te regelen.

71. Draagmoederschap *as such* wordt meestal als ethisch aanvaardbaar beschouwd. Over de ethische aanvaardbaarheid omtrent commercieel draagmoederschap bestaat echter twijfel. De vraag die hierbij rijst, is natuurlijk hoe de grens tussen commercieel en niet-commercieel wordt bepaald. Wordt de klassieke benadering gehanteerd, waarbij er sprake is van commercieel draagmoederschap wanneer een vergoeding wordt betaald die meer bedraagt dan de onkosten, of wordt rekening gehouden met een meer gedifferentieerd begrippenapparaat? Kinderhandel is te allen tijde moreel onaanvaardbaar, maar er bestaat nog veel onduidelijkheid over de kwalificatie van commercialisatie en dus ook over de ethische aanvaardbaarheid van de verschillende vormen van draagmoederschap.

⁹⁵ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 23.

⁹⁶ F. MORTIER, "Ethici: koele minnaars van draagmoederschap", *TJK* 2006, nr. 1, 20.

⁹⁷ *Ibid.*, 21.

⁹⁸ *Ibid.*, 21.

⁹⁹ X., "Draagmoeder", Advies 2 oktober 2010, www.ordomedic.be.

¹⁰⁰ X., "Draagmoeder", Advies 2 oktober 2010, www.ordomedic.be.

3. WETTELIJK KADER IN BELGIË

72. In het tweede deel wordt het wettelijk kader omtrent (commercieel) draagmoederschap in België onderzocht. Om te beginnen wordt bestudeerd of er een algemeen wettelijk kader bestaat omtrent draagmoederschap en wat de gevolgen zijn bij gebrek aan dergelijk wettelijk kader. Vervolgens wordt geanalyseerd of commercieel draagmoederschap wettelijk is geregeld en wat de gevolgen zijn van de afwezigheid van een duidelijk wettelijk kader. Tot slot worden de verschillende ingediende wetsvoorstellen onderzocht om te weten te komen welke mogelijkheden in België al zijn overwogen.

3.1. Algemeen wettelijk kader rond draagmoederschap

73. Draagmoederschap kent in België tot op heden nog geen wettelijke regeling. PLUYM argumenteert echter dat, zolang er geen strafrechtelijk verbod is ingeschreven in de Belgische wet, altruïstisch draagmoederschap toegelaten is.¹⁰¹ Ook in het vonnis van de Jeugdrechtbank van 4 juni 1996 argumenteerde het Openbaar Ministerie dat altruïstisch draagmoederschap, waarbij het kind werd gedragen door de zus van de wensmoeder, op zich niet verboden is.¹⁰² In de rechtsleer werd ook al meermaals verdedigd dat altruïstisch draagmoederschap, ondanks het ontbreken van een wettelijk kader, is toegelaten en bovendien niet strijdig is met de openbare orde.¹⁰³ Het fenomeen draagmoederschap is bijgevolg dus toegelaten.

74. Doordat een algemeen wettelijk kader omtrent draagmoederschap ontbreekt, moet worden teruggevallen op het gemeenrecht. Draagmoederschap en bemiddeling in het kader van draagmoederschap kunnen dus niet strafrechtelijk worden gesanctioneerd.¹⁰⁴ Er bestaat tot op heden ook geen wettelijke grondslag om de draagmoederschapsbeurzen, die elk jaar worden georganiseerd in Brussel, te sanctioneren.¹⁰⁵ Ook omtrent de toepasbaarheid van andere bio-ethiek wetten op draagmoederschap bestaat tot op heden discussie.

75. Het is duidelijk dat een wettelijke regeling omtrent draagmoederschap geboden is. Dit blijkt niet alleen uit de talrijke wetsvoorstellen die al zijn ingediend de voorbije legislaturen, maar ook uit bijvoorbeeld de adviezen van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België.¹⁰⁶ Er bestaat onder

¹⁰¹ L. PLUYM, "Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders", *TJK* 2014, nr. 1, 92.

¹⁰² Advies OM bij Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *JLMB* 1996, 1182.

¹⁰³ E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, (1104) 1107; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, (247) 249, nrs. 7-8; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN.

¹⁰⁴ G. VERSCHULDEN, *Afstamming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 696-697.

¹⁰⁵ *Vr. en Antw.* Kamer 2016-17, 30 november 2016, 61-62 (Vr. nr. 1472 C. FONCK).

¹⁰⁶ Zie bv. Wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 0170/001; Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-193/1; Voorstel van resolutie van 9 juni 2011 betreffende de internationale regeling van draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1075/1; Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0608/001; Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0633/001; Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001; RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 23.

de leden van het Raadgevend Comité consensus over één punt, namelijk dat draagmoederschap principieel aanvaardbaar is en wettelijk moet worden geregeld (*supra*, nr. 69). Dit zou weliswaar onder strikte voorwaarden moeten worden geregeld, maar wetgeving omtrent dit onderwerp is noodzakelijk. Door het gebrek aan enige wettelijke omkadering ontstaat er rechtsonzekerheid, zowel in hoofde van de draagmoeder als in hoofde van de wensouders.¹⁰⁷

3.2. Wettelijk kader rond commercieel draagmoederschap

76. Commercieel draagmoederschap is evenmin geregeld in het Belgische recht. Zowel het burgerlijk recht als het strafrecht kennen geen bepalingen die dit onderwerp regelen.¹⁰⁸ Er bestaat dus geen wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap. Dit heeft tot gevolg dat commercieel draagmoederschap op een alternatieve wijze moet worden bestraft.

3.2.1. Strafrechtelijk kader

77. Het tegen betaling sluiten van een overeenkomst die als voorwerp de “verkoop” van een kind heeft, wordt strafrechtelijk gesanctioneerd wegens onmenselijke of mensonterende behandeling van het kind.¹⁰⁹ Op die manier wordt commercieel draagmoederschap dus toch onrechtstreeks strafbaar geacht. Ook andere strafbaarstellingen, zoals onderschuiving van een kind (art. 363 Sw.), valsheid in geschrifte (art. 196 Sw.) en valse naamdracht (art. 231 Sw.) worden soms toegepast op commercieel draagmoederschap.¹¹⁰ Niet alleen de draagmoeder wordt hierbij strafrechtelijk gevisieerd, ook de wensouders riskeren een strafrechtelijke sanctie.¹¹¹

78. De strafbaarstelling op grond van mensonterende behandeling veronderstelt dat de behandeling de menselijke waardigheid van degene die eraan wordt onderworpen, ernstig aantast.¹¹² Onterende behandeling is een behandeling “die het individu brutaal beledigt in het bijzijn van anderen of hem ertoe aanzet te handelen tegen zijn wil of tegen zijn geweten”.¹¹³ Dit geldt evenzeer voor een behandeling die “een individu in zijn eigen ogen krenkt”.¹¹⁴

79. De vraag die hier rijst, is of commercieel draagmoederschap de draagmoeder ertoe aanzet te handelen tegen haar wil of haar geweten in en of dit volgens haar krenkend is. Wanneer over deze vraag wordt nagedacht, zal vaak tot de conclusie worden gekomen dat de wensouders de draagmoeder hier niet toe aanzetten en dat de draagmoeder ook niet tegen haar wil handelt.

¹⁰⁷ L. PLUYM, “Juridische aspecten van draagmoederschap” in S. TACK EN G. VERSCHELDEN (eds.), *Medische begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 122.

¹⁰⁸ Informatieverslag betreffende een onderzoek van de mogelijkheden voor een wettelijke regeling van meeouderschap, *Parl.St.* 2015-16, nr. 6-98/2.

¹⁰⁹ Art. 417bis, 3° Sw; Corr. Oudenaarde (3e k.) 12 oktober 2012, onuitg.; Gent 4 december 2013, C/1749/13, onuitg.); L. PLUYM, “Juridische aspecten van draagmoederschap” in S. TACK EN G. VERSCHELDEN (eds.), *Medische begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 120.

¹¹⁰ G. VERSCHELDEN, “De (on)mogelijkheid tot volle stiefouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap”, *TBBR* 2012, afl. 8, 384.

¹¹¹ KI Gent 24 november 2011, nr. 2010/12/116, onuitg.

¹¹² GwH 19 december 1991, nr. 31/91; GwH 29 juni 1994, nr. 51/94.

¹¹³ M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN en J. VERBIST, *Guiding Strafrecht*, Brussel, Larcier, 2018, 529.

¹¹⁴ EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, Tyrer/The United Kingdom.

Bijgevolg rijst er, mijns inziens, twijfel omtrent de toepasbaarheid van deze strafbaarstelling op commercieel draagmoederschap.

3.2.2. Gezondheidsrechtelijk kader

80. Een volgende vraag die rijst, is of er eventueel andere wettelijke bepalingen uit bio-ethiek wetten van toepassing zijn op het commercieel draagmoederschap.

81. Wanneer er gebruik wordt gemaakt van hoogtechnologisch draagmoederschap, worden technieken gebruikt die in de MBV-wet worden geregeld, waaronder in-vitrofertilisatietechnieken.¹¹⁵ Hoewel dit het geval is, wordt draagmoederschap niet uitdrukkelijk geregeld in de MBV-wet.¹¹⁶ Wanneer de wet echter letterlijk wordt gelezen, zou dit dus impliceren dat ook de technieken van de MBV-wet van toepassing kunnen zijn op de uitvoering van de draagmoederschapsovereenkomst. GENICOT en LELEU zijn eveneens van oordeel dat uit de wet niet kan worden afgeleid dat deze niet van toepassing zou zijn op het draagmoederschap.¹¹⁷ Er zijn ook rechtsgeleerden die hier anders over oordelen. SOSSON stelt namelijk dat de MBV-wet niet van toepassing is op de medisch begeleide voortplanting voor de uitvoering van de draagmoederschapsovereenkomst, aangezien zij de focus legt op de finaliteit van de MBV-wet.¹¹⁸ Wanneer de MBV-wet niet kan worden toegepast op het draagmoederschap, heeft dit tot gevolg dat het gemeenrecht omtrent afstamming en adoptie moet worden toegepast.¹¹⁹

82. In de MBV-wet wordt de wensouder gedefinieerd als *“elke persoon die heeft besloten om ouder te worden door middel van medisch begeleide voortplanting, ongeacht of dit met zijn eigen gameten of embryo's gebeurt of niet”*.¹²⁰ De draagmoeder kan aan de hand van deze definitie niet worden beschouwd als wensouder, aangezien zij geen ouder wenst te worden van het kind dat ze draagt. De wensouders die de overeenkomst hebben gesloten, zullen wel als wensouders kunnen worden beschouwd in de zin van de MBV-wet. DEWALLENS en VANSWEEVELT zijn het echter niet eens met deze opvatting. De wet is niet van toepassing op het draagmoederschap zelf.¹²¹ De MBV-wet gaat er namelijk van uit dat de vrouw die het embryo ontvangt, ook de wensmoeder is, wat bij

¹¹⁵ Art. 2, a), 2° MBV-wet; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 16.

¹¹⁶ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 435; P. SENAEVE, G. VERSCHULDEN en F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 304.

¹¹⁷ G. GENICOT, “La maîtrise du début de la vie: la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée”, *JT* 2009, (17) 23; Y.-H. LELEU, “Du droit au respect de l’intégrité physique à la maîtrise du corps: le droit de la personnalité comme vecteur d’autodétermination” in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 2009, (25) 54-55, nr. 15.

¹¹⁸ J. SOSSON, “Le droit de la filiation nouveau est arrivé!”, *JT* 2007, (391), 391, nr. 19.

¹¹⁹ L. PLUYM, “Adoptie na internationaal draagmoederschap”, *T.Fam.* 2012, afl. 2, 45-51; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 435.

¹²⁰ Art. 2, f) MBV-wet.

¹²¹ F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 127; L. PLUYM, “Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België”, *TJK* 2012/1, 19.

draagmoederschap niet het geval is.¹²² De MBV-wet regelt het draagmoederschap ook niet als afzonderlijke voortplantingstechniek.¹²³

83. Ondanks het feit dat draagmoederschap niet wordt geregeld door de MBV-wet, moeten de bepalingen van deze wet volgens WUYTS wel steeds worden nageleefd wanneer, in het kader van draagmoederschap, op een voortplantingstechniek die door de wet wordt geregeld, beroep wordt gedaan.¹²⁴

84. Mijns inziens is de MBV-wet, wanneer deze letterlijk wordt geïnterpreteerd, echter wel van toepassing op commercieel draagmoederschap. De technieken die worden gebruikt bij draagmoederschap, zijn immers dezelfde als bij medisch begeleide voortplanting. Enkel focussen op de finaliteit van de wet kan er niet toe leiden dat draagmoederschap volledig van het toepassingsgebied wordt uitgesloten. Het is tevens onbillijk dat er een onderscheid zou worden gemaakt naar finaliteit van de uitvoering van de medisch begeleide voortplanting. Wanneer de MBV-wet niet van toepassing is op commercieel draagmoederschap, heeft dit bovendien tot gevolg dat de strafbepalingen van de wet niet van toepassing zijn op de uitvoering van de draagmoederschapsovereenkomst, terwijl deze strafbepalingen wel van toepassing zijn op de uitvoering van de medisch begeleide voortplanting.

85. Ook in de rechtspraak met betrekking tot adoptie na (commercieel) draagmoederschap is er heel wat onduidelijkheid door het ontbreken van een wettelijk kader omtrent commercieel draagmoederschap. Sommige rechtbanken maken duidelijk een onderscheid tussen commercieel dan wel altruïstisch draagmoederschap¹²⁵, terwijl andere rechtbanken geen probleem maken van het commercieel karakter van het draagmoederschap.¹²⁶

86. Wat de bijkomende elementen van commercialiteit betreft (*supra*, nr. 30), blijkt dat ook de MBV-wet handel in menselijke gameten verbiedt.¹²⁷ Dit houdt dus in dat ook bij medisch begeleide voortplanting het verhandelen van gameten geen lucratieve bezigheid mag uitmaken en dat bemiddeling door derden of door agentschappen verboden is.

¹²² T. WUYTS, "Draagmoederschap" in P. SENAËVE, G. VERSCHULDEN, F. SWENNEN en T. WUYTS (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 359.

¹²³ L. PLUYM, "Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België", *TJK* 2012, nr. 1, 19.

¹²⁴ H. NYS en T. WUYTS, "De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten", *RW* 2007-08, nr. 19, 763.

¹²⁵ Gent (jeugd.) 18 mei 2009, 2009/JZ/40, onuitg.; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; Antwerpen (jeugd.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, nr. 41/2009/13B, onuitg.

¹²⁶ Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, 43, noot L. PLUYM; Adoptievonnissen na Rb. Antwerpen (3e k.) 19 december 2008, *tijdschrift@ipr.be* 2010, afl. 4, 140, noot J. VERHELLEN; Jeugdrb. Hoei (11e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, 403, noot van de redactie; Jeugdrb. Gent (25e k.) 8 februari 2010, *RV.639.B.2008/25*, onuitg.

¹²⁷ Art. 51, §2 MBV-wet.

3.2.3. *Familierechtelijk kader*

87. Het feit dat er geen wetgeving bestaat omtrent commercieel draagmoederschap, zowel op strafrechtelijk vlak als op gezondheidsrechtelijk vlak, heeft echter wel gevolgen wat betreft de adoptie die volgt na het draagmoederschap. Vaak wordt adoptie na commercieel draagmoederschap niet toegestaan door de bevoegde rechtbank.¹²⁸ Ook de draagmoederschapsovereenkomst wordt als absoluut nietig beschouwd en zal bijgevolg niet afdwingbaar zijn.¹²⁹ Het is echter niet geheel duidelijk wat de gevolgen van het commercieel of altruïstisch motief zijn: in het verleden werd gehamerd op het altruïstisch karakter om de adoptie uit te spreken.¹³⁰ Deze problematiek toont nog maar eens de nood aan een wettelijk kader omtrent draagmoederschap in het algemeen, maar zeker ook omtrent commercieel draagmoederschap aan.

88. Ook de vraag of het gaat om hoogtechnologisch dan wel laagtechnologisch draagmoederschap heeft in de rechtspraak al een invloed gehad op de vaststelling van een afstammingsband tussen de wensouders en het kind dat is geboren uit draagmoederschap.¹³¹ Deze opvatting is echter de laatste tijd verlaten, zo blijkt uit de rechtspraak.¹³² Er wordt bij de toekenning van de adoptie en dus de afstammingsband steeds meer gekeken naar de sociale werkelijkheid en niet enkel naar de juridische werkelijkheid.

3.3. **Wetsvoorstellen**

89. Er zijn de voorbije jaren al meerdere wetsvoorstellen ingediend om tegemoet te komen aan de nood van een wettelijk kader omtrent commercieel draagmoederschap.¹³³ Zowel de wetsvoorstellen tot een regeling van draagmoederschap als de voorstellen tot bestraffing van draagmoederschap worden hierna besproken.

3.3.1. *Informatieverslag Senaat*

90. Het informatieverslag van de Senaat handelt over de opvattingen die bestaan omtrent commercieel draagmoederschap. De verschillende politieke partijen geven elk hun definitie van "commercieel" draagmoederschap. Meteen blijkt dat er heel wat verschillende opvattingen zijn waarbij commercieel draagmoederschap telkens anders wordt gedefinieerd.¹³⁴

¹²⁸ Antwerpen (jeugdtk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, nr. 41/2009/13B, onuitg.

¹²⁹ G. VERSCHULDEN, "De (on)mogelijkheid tot volle stiefouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap", *TBBR* 2012, afl. 8, 378.

¹³⁰ Antwerpen (jeugdtk.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, nr. 41/2009/13B, onuitg.

¹³¹ Gent (jeugdtk.) 16 januari 1989, *TGR* 1989, 52.

¹³² Jeugdrb. Gent (26e k.) 26 september 2003, *RV* 197/2003, onuitg.; Jeugdrb. Namen (17e k.) 7 januari 2011, *Act. dr. fam.* 2013, afl. 5, 99, noot N. GALLUS.

¹³³ R. BOONE, "Een voorstel tot wettelijke regeling van draagmoederschap", *Juristenkrant* 2015, afl. 316, 11.

¹³⁴ Informatieverslag betreffende een onderzoek van de mogelijkheden voor een wettelijke regeling van meeoederschap, Parl.St. Senaat 2015-16, nr. 6-98/2, 256.

Wanneer wordt gekeken naar de elementen die hoger zijn aangereikt om tot commercialisatie te besluiten (*supra*, nr. 27-31), blijkt dat er onder de politieke partijen geen consensus bestaat omtrent welke elementen aanwezig moeten zijn om van commercialisatie te kunnen spreken. Voor N-VA zijn bijvoorbeeld zowel het objectief als het subjectief element noodzakelijk en kan met bijkomende elementen rekening worden gehouden. PS en Ecolo-Groen leggen de nadruk vooral op het objectieve element. CD&V houdt rekening met alle elementen, maar focust hierbij toch vooral op de bijkomende elementen. Sp.a focust dan weer op het objectieve element en de bijkomende elementen.¹³⁵ Dit toont duidelijk aan dat er veel onduidelijkheid bestaat over de grens tussen commercieel en niet-commercieel draagmoederschap. Er bestaat dus, zo blijkt, discussie over de definitie van commercieel draagmoederschap. De vraag rijst dus aan welke criteria moet zijn voldaan om tot commercialisatie te kunnen besluiten.

91. Er bestaat wel eensgezindheid omtrent de vraag of commercieel draagmoederschap verboden zou moeten worden. Het antwoord op deze vraag is, volgens alle politieke partijen, affirmatief te beantwoorden. Er worden verschillende redenen gegeven voor de noodzaak van dit verbod: het voorkomen dat sociaal zwakkere vrouwen worden uitgebuit of dat de draagmoeder wordt geïnstrumentaliseerd, het beginsel dat het menselijk lichaam niet voor commerciële doeleinden mag worden gebruikt, het feit dat commercieel draagmoederschap kan leiden tot mensenhandel, tot een schending van de mensenrechten en tot de negatie van het zelfbeschikkingsrecht.¹³⁶ Er bestaat echter ook eensgezindheid over het feit dat de draagmoeder wel een vergoeding moet kunnen krijgen voor een aantal kosten die verband houden met de zwangerschap.¹³⁷

92. Ook over de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap bestaat consensus: commercieel draagmoederschap moet door de wet strafbaar worden gesteld en er moet in strafsancities worden voorzien ten laste van de draagmoeder, de wensouders en eventuele tussenpersonen, zo blijkt uit het informatieverlag.¹³⁸

93. De vraag of er een genetische band moet en/of mag bestaan tussen het kind en zijn wensouders en/of de draagmoeder, vormt wederom een punt van discussie. De meeste partijen zijn het erover eens dat er een genetische band is vereist tussen minstens één van de wensouders en het kind. Of er een genetische band mag bestaan tussen het kind en de draagmoeder, is niet geheel duidelijk. Sommige partijen wensen enkel hoogtechnologisch draagmoederschap te regelen, waarbij dus geen genetische band mag bestaan met de draagmoeder. Andere partijen zijn daarentegen voorstander van een regeling van zowel hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap, waarbij ook een genetische band met de draagmoeder mogelijk moet kunnen zijn.¹³⁹

94. Uit het informatieverlag blijkt nogmaals dat de grens tussen commercieel en niet-commercieel heel vaag is. Een heldere definitie van commercieel draagmoederschap, waaruit blijkt

¹³⁵ Informatieverlag betreffende een onderzoek van de mogelijkheden voor een wettelijke regeling van meeouderschap, Parl.St. Senaat 2015-16, nr. 6-98/2, 256.

¹³⁶ *Ibid.*, 257.

¹³⁷ *Ibid.*, 258.

¹³⁸ *Ibid.*, 258.

¹³⁹ *Ibid.*, 259-260.

met welke criteria rekening moet worden gehouden om van commercieel draagmoederschap te kunnen spreken, is dan ook noodzakelijk vooraleer een wetsvoorstel kan worden uitgewerkt dat commercieel draagmoederschap eventueel verbiedt. Zolang hierover geen consensus bestaat tussen de verschillende politieke partijen, kan geen allesomvattend wetsvoorstel worden aangenomen dat een duidelijke regeling omtrent commercieel draagmoederschap vooropstelt.

3.3.2. Wetsvoorstellen m.b.t. de regeling voor de toepassing van draagmoederschap

95. Er zijn een aantal wetsvoorstellen ingediend die ertoe strekken een regeling uit te werken voor de toepassing van draagmoederschap.¹⁴⁰ Gemeenschappelijk aan al deze wetsvoorstellen is dat enkel het volkomen altruïstisch draagmoederschap wordt toegelaten. Commercieel draagmoederschap wordt in al deze voorstellen verboden. Ook de hulp inschakelen van een tussenpersoon is bij deze wetsvoorstellen uit den boze.¹⁴¹

96. In deze wetsvoorstellen worden een aantal definities gegeven van onder andere de wensouders, de draagmoeder en het onderscheid tussen hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap, maar er ontbreekt telkens een definitie van altruïstisch en commercieel draagmoederschap.¹⁴² In de toelichting staat wel te lezen dat altruïstisch draagmoederschap onderscheiden moet worden van commercieel draagmoederschap, waarbij door bemiddeling van een instantie, draagmoeders hun diensten ter beschikking stellen tegen een forse financiële vergoeding.¹⁴³ Hieruit blijkt dat vooral belang wordt gehecht aan de bijkomende criteria van bemiddeling door een derde of door een agentschap om tot commercieel draagmoederschap te kunnen besluiten.

97. De draagmoederschapsovereenkomst is in principe nietig. De wetsvoorstellen voorzien echter in uitzonderingen op deze nietigheid en in het wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap wordt een voorbeeld gegeven van hoe een dergelijke draagmoederschapsovereenkomst er zou moeten uitzien.¹⁴⁴

98. Wat de afstammingsregeling betreft, wordt in het wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap voorzien in een afstamming via de weg van adoptie.¹⁴⁵ In het wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap wordt ervoor gekozen om de

¹⁴⁰ Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1; Wetsvoorstel betreffende de draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-160/1; Wetsvoorstel betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-236/1; Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-929/1.

¹⁴¹ Art. 5 Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1; Art. 5 Wetsvoorstel betreffende de draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-160/1; Art. 4-6 Wetsvoorstel betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-236/1; Art. 18 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-929/1.

¹⁴² Art. 2 Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1; Art. 2 Wetsvoorstel betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-236/1; Art. 2 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-929/1.

¹⁴³ Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1.

¹⁴⁴ Art. 3-4 Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1; Art. 3-4 Wetsvoorstel betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-236/1; Art. 8 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-929/1.

¹⁴⁵ Art. 8 Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1.

afstammingsregels aan te passen, waarbij de wensouders als juridische ouders zullen worden beschouwd.¹⁴⁶

99. Deze wetsvoorstellen tonen aan dat er nog geen eensgezindheid bestaat over de regeling van het draagmoederschap. Er wordt geen duidelijke definitie gegeven van commercieel draagmoederschap en de gevolgen van draagmoederschap m.b.t. het juridisch ouderschap verschillen sterk.

3.3.3. Wetsvoorstellen m.b.t. de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap

100. Er bestaan echter ook tal van wetsvoorstellen die commercieel draagmoederschap strafbaar willen stellen als de verkoop van kinderen.¹⁴⁷ Zowel commercieel draagmoederschap, waarbij de draagmoeder wordt betaald, als publiciteit, reclame en bemiddeling inzake draagmoederschap worden in deze wetsvoorstellen strafbaar gesteld.¹⁴⁸

In deze wetsvoorstellen wordt commercieel draagmoederschap in verband gebracht met mensenhandel en meer bepaald met de verkoop van kinderen.¹⁴⁹ Commercieel draagmoederschap wordt bij deze voorstellen dan ook strafbaar gesteld onder de verkoop van kinderen, zonder in een specifiek verbod op commercieel draagmoederschap te voorzien.

Het Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap voorziet wel in een apart hoofdstuk met de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap. Hierbij worden zowel het commercieel draagmoederschap als de reclame en bemiddeling door derden strafbaar gesteld.¹⁵⁰

Wat echter ontbreekt in al deze wetsvoorstellen is een duidelijk kader omtrent commercieel draagmoederschap. Er worden geen definities van onder andere wensouders, draagmoeder, commercieel en altruïstisch draagmoederschap gegeven, de gevolgen van (commercieel) draagmoederschap worden niet bepaald en de rechtsgeldigheid en afdwingbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst blijven buiten schot. Enkel de strafbaarstelling van commercieel

¹⁴⁶ Art. 14-17 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-929/1.

¹⁴⁷ Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-532/1; Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0608/001; Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0633/001.

¹⁴⁸ Art. 2 Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-532/1; Art. 2 Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0608/001; Art. 4-5 Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0633/001.

¹⁴⁹ Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-532/1; Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0608/001.

¹⁵⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0633/001.

draagmoederschap wordt geïmplementeerd, zonder enige omkadering, wat toch een gemis is, aangezien een duidelijk en allesomvattend wettelijk kader hoogstnoodzakelijk is.

101. Een interessant wetsvoorstel is daarom dat van 5 december 2019 over de organisatie van centra voor draagmoederschap. Hierbij wordt een wettelijk kader gecreëerd omtrent hoogtechnologisch draagmoederschap met een strafbaarstelling van bemiddeling inzake draagmoederschap. Ondanks de uitsluiting van het lucratieve aspect, worden vergoedingen wel aanvaard. De kostenposten worden in het wetsvoorstel ook duidelijk vermeld, zodat hierover geen discussie kan ontstaan. Hierbij wordt vermeld dat de vergoeding minimaal de kosten verbonden aan de zwangerschap dekt.¹⁵¹ De lijst van kostenposten in het wetsvoorstel is echter niet-limitatief, wat inhoudt dat ook nog andere kosten kunnen worden opgenomen die geen betaling zullen uitmaken. Dit betekent dus dat het objectief criterium niet strikt te interpreteren valt, aangezien het om een niet-limitatieve lijst gaat. Het commerciële karakter van het draagmoederschap zal dus vooral uit het subjectieve criterium en de bijkomende elementen moeten blijken.

Ook de draagmoederschapsovereenkomst wordt hier vermeld en zal dus niet meer absoluut nietig zijn.¹⁵² In art. 8 van het wetsvoorstel wordt tevens vermeld dat een overeenkomst zoals bepaald in artikel 7 van de wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten wordt gesloten.¹⁵³ Dit houdt dus in dat de MBV-wet ook van toepassing zal zijn op het draagmoederschap.

Het afstammingsrecht wordt door dit wetsvoorstel eveneens aangepast, aangezien in art. 312 BW het volgende wordt ingevoerd: "*Indien de geboorte evenwel het gevolg is van een draagmoederschapsovereenkomst wordt de wensouder als ouder vermeld op de geboortakte*". Dit heeft tot gevolg dat de wensouders ook niet meer moeten overgaan tot adoptie van het kind, maar dat zij automatisch als juridische ouders zouden worden aangemerkt. Op het vlak van rechtszekerheid zou dit dus een enorme sprong vooruit zijn.

Tot slot worden ook strafbepalingen ingevoerd, waarbij boetes en gevangenisstraffen worden opgelegd wanneer de bepalingen van de wet zouden worden overtreden.¹⁵⁴ Dit is bijvoorbeeld het geval indien er toch reclame gemaakt wordt inzake draagmoederschap of wanneer een bemiddelende derde het draagmoederschap organiseert.¹⁵⁵

102. Dit wetsvoorstel is, mijns inziens, één van de meer omvattende voorstellen, doordat rekening wordt gehouden met meerdere aspecten en dit voorstel een globale regeling van het draagmoederschap beoogt. Enerzijds wordt draagmoederschap wettelijk vastgelegd, met een

¹⁵¹ Art. 13 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001.

¹⁵² Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001.

¹⁵³ Art. 8 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001.

¹⁵⁴ Art. 18 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001.

¹⁵⁵ Art. 18 Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001.

onderscheid tussen altruïstisch, vergoedend, verlonend en commercieel draagmoederschap. De vergoedingen die worden toegestaan, zijn ook expliciet vermeld. Anderzijds wordt zowel het afstammingsrecht als het strafrecht aangepast, waarbij de wensouders ook als juridische ouders worden aangemerkt en waarbij strafbepalingen worden ingevoerd die gelden wanneer de wet wordt overtreden. Het is dus een voorstel dat met zoveel mogelijk aspecten van het commercieel draagmoederschap tracht rekening te houden.

Een punt van kritiek is echter dat het wetsvoorstel enkel hoogtechnologisch draagmoederschap regelt, waardoor laagtechnologisch draagmoederschap buiten beschouwing blijft. Dit kan bijgevolg eventueel een bron van rechtsonzekerheid blijven. Voorts ontbreken, naar mijn mening, ook nog een aantal definities. Het onderscheid tussen hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap wordt niet duidelijk gedefinieerd in de wet en ook de terminologie rond commercialisatie blijft onaangeroerd. Wanneer dergelijke belangrijke definities ontbreken, kan dit leiden tot rechtsonzekerheid en discussie omtrent de toepasbaarheid van de wet op een concrete situatie van draagmoederschap. Dit zijn gemiste kansen, waardoor bijsturing noodzakelijk is. Om tot een volwaardig en allesomvattend wettelijk voorstel te komen, moeten er dus nog enkele aanpassingen worden doorgevoerd.

4. MENSENRECHTELIJKE WAARBORGEN

103. In dit derde deel wordt onderzocht welke mensenrechtelijke waarborgen op Europees en internationaal niveau bestaan omtrent commercieel draagmoederschap. Er wordt onderzocht wat mensenrechtelijk wordt beschermd in verschillende verdragen. Daarna volgt een analyse omtrent de overeenstemming van het Belgisch recht met de Europese en internationale wetgeving. Tot slot wordt bestudeerd of commercieel draagmoederschap vanuit mensenrechtelijk oogpunt kan worden toegelaten.

4.1. Art. 8 EVRM

104. Het EVRM regelt (commercieel) draagmoederschap niet expliciet. Art. 8 EVRM is echter wel van toepassing op draagmoederschap.¹⁵⁶

105. Artikel 8 EVRM waarborgt het recht op eerbiediging van het privé-, gezins- en familieleven. Het Hof geeft een brede interpretatie aan dit artikel, waardoor ook rechten die er niet specifiek in staan opgesomd, toch onder het toepassingsgebied kunnen vallen.¹⁵⁷

106. Het begrip “gezins- en familieleven” heeft volgens het EHRM een autonome betekenis, wat tot gevolg heeft dat het bestaan van een gezins- en familieleven een feitenkwestie is en dus *in concreto* wordt beoordeeld.¹⁵⁸ Een belangrijk aspect dat hierbij in rekening wordt genomen, is het werkelijk bestaan in de praktijk van nauwe persoonlijke banden.¹⁵⁹ Het Hof zal dus beoordelen of er *de facto* familiebanden bestaan, waaronder het samenleven van de partijen, de lengte van de relatie, etc.¹⁶⁰

107. Wanneer er geen biologische afstammingsband bestaat tussen het kind en de ouders, kan er toch sprake zijn van een gezinsleven op basis van de nauwe persoonlijke banden tussen de pleegouders en het kind, de rol van de volwassenen ten opzichte van het kind en de tijd die ze samen doorbrengen.¹⁶¹ De biologische afstammingsband tussen ouders en kind is dus volgens het Hof niet doorslaggevend voor het bestaan van een gezinsleven en de afwezigheid ervan kan worden aangevuld door de daadwerkelijke betrokkenheid van de verzoeker in het leven van het betrokken kind.¹⁶²

¹⁵⁶ EHRM 7 maart 2006, nr. 6339/05, Evans/Verenigd Koninkrijk, § 57; EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans/Verenigd Koninkrijk (Gr. Kamer), §§ 71-72; EHRM 18 april 2006, nr. 44362/04, Dickson/Verenigd Koninkrijk, § 26; EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, Dickson/Verenigd Koninkrijk (Gr. Kamer), § 66; EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. et al./Oostenrijk, § 60.

¹⁵⁷ COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (CoE) on the right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2020, 7.

¹⁵⁸ EHRM 13 juni 1979, nr. 00006833/74, Marckx/België, §31.

¹⁵⁹ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië, §140.

¹⁶⁰ EHRM 22 april 1997, nr. 75/1995/581/667, X, Y and Z/The United Kingdom, §36.

¹⁶¹ EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, Moretti en Benedetti/Italië, §48.

¹⁶² N. GALLUS, “Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour Européenne des droits de l’homme”, *Rev.dr.ULB* 2005, (13) 23.

Met het arrest *Paradiso en Campanelli* is het Hof echter afgeweken van zijn vaste rechtspraak: ingeval draagmoederschap in een lidstaat niet is toegelaten of niet is gereguleerd, kunnen de wensouders zich beroepen op een draagmoeder in het buitenland, maar de erkenning van de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsbanden kan enkel worden afgedwongen wanneer er een biologisch verwantschap bestaat met één van de wensouders én wanneer er sprake is van een *de facto* gezinsleven.¹⁶³

108. Het EHRM heeft echter al meerdere keren geoordeeld dat er, in het kader van draagmoederschap, wel sprake is van het bestaan van een familielevens in de zin van art. 8 EVRM.¹⁶⁴ Het Hof heeft bovendien al geoordeeld dat de biologische band met één van de wensouders én hun intentie om het kind op te voeden voldoende is om art. 8 EVRM toe te passen.¹⁶⁵ Ook in meer recente arresten wordt door het EHRM bevestigd dat er sprake is van een familielevens tussen de wensouders en een kind dat geboren is uit draagmoederschap, wanneer het kind een biologische band heeft met één van de wensouders.¹⁶⁶

109. De vraag rijst, wanneer er een band van gezins- en familielevens bestaat, welke verplichtingen hieruit voortvloeien voor de staat. Het Hof kan de zaak benaderen vanuit het perspectief van de positieve en de negatieve verplichtingen.¹⁶⁷

De positieve verplichtingen houden in dat de staat maatregelen moet treffen die de uitoefening van het recht op bescherming van het gezinsleven mogelijk maken en dat de staat tevens specifieke bepalingen moet invoeren om handelingen van particulieren die inbreken op het gezinsleven of dit miskennen te bestraffen en te vermijden.¹⁶⁸

De negatieve verplichtingen hebben betrekking op de escape-clausule.¹⁶⁹ Hierbij wordt onderzocht of er een inmenging is in het privé-, gezins- en familielevens. Wanneer dit het geval is, moet deze inmenging gerechtvaardigd zijn. Er is dan een wettelijke basis en een legitiem doel vereist en de inmenging moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.¹⁷⁰

Wanneer eenmaal een gezins- en familielevens wordt vastgesteld tussen de wensouders en het kind, rust er op de staat een positieve verplichting om die band juridisch te verankeren en te beschermen, aangezien dit ook in het belang van het kind wordt geacht.¹⁷¹ Hieruit kan afgeleid worden dat,

¹⁶³ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, *Paradiso en Campanelli/Italië*, §140; S. DEN HAESE, "Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland", *Tijdschrift@ipr.be* 2017, www.ipr.be, 126-140.

¹⁶⁴ EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Menesson/Frankrijk*, § 45 en EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, *Labassee/Frankrijk*, § 37.

¹⁶⁵ EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, *D. en anderen/België*, § 49.

¹⁶⁶ EHRM 21 juli 2016, nr. 9063/14 en 10410/14, *Foulon en Bouvet/Frankrijk*; EHRM 19 januari 2017, nr. 44024, *Laborie/Frankrijk*.

¹⁶⁷ P. DE HERT, "Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar*, Vol. 1, Antwerpen, Intersentia, 2004, 741.

¹⁶⁸ EHRM 13 juni 1979, nr. 00006833/74, *Marckx/België*, §31; EHRM 26 maart 1985, nr. 8979/80, *X en Y/Nederland*, §23; EHRM 9 november 2006, nr. 11449/02, *Tavli/Turkije*, §28.

¹⁶⁹ T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 460.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 460.

¹⁷¹ P. SENAEEVE, "Recente ontwikkelingen inzake het afstammingsrecht" in P. SENAEEVE (ed.), *Themis 25 - Personen- en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2004, 17.

wanneer wordt vastgesteld dat er een gezins- en familieleven bestaat in het kader van commercieel draagmoederschap, de staat er alles aan moet doen om de afstammingsband juridisch te verankeren en deze afstammingsband bovendien ook juridisch moet erkennen. Dit wordt namelijk vermoed in het hoger belang van het kind te zijn.

110. Art. 8 EVRM garandeert echter geen recht om een gezin of familie te stichten en ook geen recht op adoptie.¹⁷² Het recht op respect voor het gezinsleven impliceert namelijk geen recht om een gezin te stichten.¹⁷³ Het is echter wel zo dat er op de autoriteiten een verplichting rust om een gezinsleven te faciliteren, wat inhoudt dat de autoriteiten ervoor moeten zorgen dat de familiebanden zich op een normale manier kunnen ontwikkelen.¹⁷⁴ Het weigeren van een adoptie na draagmoederschap in het buitenland kan leiden tot een ontzegging van juridische bescherming van de familieband tussen de wensouders en het kind.¹⁷⁵ Waar het Hof wel steeds rekening mee moet houden bij de beoordeling van dergelijke zaken, is het hoger belang van het kind. Dit kan er dus ook toe leiden dat de afstammingsband toch zal moeten worden erkend na draagmoederschap.¹⁷⁶

111. Het is bovendien niet steeds duidelijk of de afstammingsbanden door de lidstaten moeten worden erkend na een situatie van grensoverschrijdend draagmoederschap. De verdragsstaten hebben namelijk een ruime beoordelingsmarge en zijn niet verplicht om de kinderen, geboren via een draagmoeder, toe te laten op hun grondgebied. De nationale overheden moeten immers de mogelijkheid krijgen om bepaalde juridische controles uit te voeren.¹⁷⁷ Het Hof heeft bovendien geoordeeld dat staten niet verplicht zijn om de details van de geboorteakte van een kind geboren via draagmoederschap in het buitenland te registreren om de wettelijke ouder-kindrelatie met de beoogde moeder vast te stellen, aangezien adoptie ook kan dienen als middel om die relatie te erkennen.¹⁷⁸ De bedenking die hierbij moet worden gemaakt, is dan wat de gevolgen zijn wanneer de staat adoptie niet toelaat na een procedure van (commercieel) draagmoederschap, zoals in Frankrijk het geval is (*infra*, nr. 165).

Het is echter wel zo dat het recht van het kind op eerbiediging van het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM vereist dat het nationale recht de mogelijkheid biedt om een wettelijke ouder-kindrelatie met de wensmoeder te erkennen, wanneer deze in de buitenlandse geboorteakte wordt aangeduid

¹⁷² COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (CoE) on the right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2020, 66; EHRM 10 juni 2010, nr. 25762/07, Schwizgebel/Zwitserland, § 72; EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, E.B./Frankrijk, § 41; EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj/Frankrijk; T. WUYTS, *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 472; L. PLUYM, "De invloed van draagmoederschap op adoptie", (noot onder Gent 30 april 2012), *T.Fam.* 2013, 147.

¹⁷³ COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (CoE) on the right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2020, 66.

¹⁷⁴ EHRM 13 december 2007, nr. 39051/03, Emonet et. al/Zwitserland, § 77; EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03, Tysiac/Polen, § 113.

¹⁷⁵ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 95.

¹⁷⁶ EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse/Nederland, § 109.

¹⁷⁷ L. PLUYM, "Het hobbelige parcours van grensoverschrijdend draagmoederschap en de moeilijke verhouding met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens", *TJK* 2015, nr. 1, 49-50.

¹⁷⁸ EHRM 10 april 2019, *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, nr. P16-2018-001; EHRM 16 juli 2020, nr. 11288/18, D./Frankrijk.

als de moeder.¹⁷⁹ Wanneer het kind een biologische band blijkt te hebben met één van de wensouders, weegt het recht van het kind om zijn biologisch verwantschap juridisch erkend te zien, zwaarder door dan het belang van de samenleving. Dit heeft tot gevolg dat de betrokken staat zijn recht verliest om geen gevolgen toe te kennen aan (grensoverschrijdend) draagmoederschap.¹⁸⁰

112. Het EHRM verplicht de lidstaten (nog) niet om draagmoederschap wettelijk te regelen.¹⁸¹ Evenmin moet de afstammingsband tussen het kind en de wensouders bij grensoverschrijdend draagmoederschap worden erkend wanneer er geen biologisch verwantschap is met minstens één van de wensouders en de betrokken verdragsstaat ervoor heeft gezorgd dat de totstandkoming van nauwe persoonlijke banden wordt verhinderd. In België heeft dit tot gevolg, aangezien draagmoederschap niet is gereguleerd, dat wensouders zich kunnen beroepen op een draagmoeder in het buitenland, maar dat de afstammingsband enkel kan worden afgedwongen wanneer ze kunnen bewijzen dat er een biologische band is met minstens één van de wensouders en er sprake is van een *de facto* gezinsleven.¹⁸²

Concreet betekent dit dus dat onderdanen van een Verdragsstaat waar draagmoederschap niet is toegelaten of niet is gereguleerd, zich kunnen beroepen op een draagmoeder in het buitenland maar dat zij de erkenning van de in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsband(en) enkel kunnen afdwingen wanneer zij kunnen aantonen dat het kind met minstens één van de wensouders biologisch verwant is én er sprake is van een *de facto* gezinsleven.

113. Op basis van het EVRM kan, naar mijn mening, geen verplichting worden afgeleid om een verbod op commercieel draagmoederschap in te voeren. De Raad van Europa heeft zelf geen wettelijke regeling omtrent draagmoederschap, dus lidstaten zijn vrij om een verbod in te richten of niet. Dit betekent echter niet dat er geen verbod mag worden ingevoerd. Een verbod op commercieel draagmoederschap is dus ook niet uitgesloten overeenkomstig het Europese recht. Op de staat rust wel de positieve verplichting om, wanneer tussen de wensouders en kind een familielevens wordt aanvaard, al het nodige te doen zodat de juridische afstammingsband tussen het kind en de wensouders wordt erkend. De wensouders hebben dan de mogelijkheid om de erkenning van deze ouder-kindrelatie af te dwingen.

4.2. IVRK

114. Het IVRK regelt (commercieel) draagmoederschap niet en biedt ook geen definitie van wat hieronder kan worden verstaan. Het Verdrag is echter wel van belang, aangezien uit verschillende

¹⁷⁹ EHRM 10 april 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, nr. P16-2018-001.

¹⁸⁰ S. DEN HAESE, "Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland", *Tijdschrift@ipr.be* 2017, www.ipr.be, 126-140.

¹⁸¹ COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (CoE) on the right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2020, 68.

¹⁸² S. DEN HAESE, "Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland", *Tijdschrift@ipr.be* 2017, www.ipr.be, 126-140.

bepalingen kan worden afgeleid of België een verbod zou moeten invoeren op commercieel draagmoederschap.

115. De UN Human Rights Council heeft in een *thematic report* commercieel draagmoederschap wel gedefinieerd. Hierbij wordt gefocust op de contractuele relatie tussen de draagmoeder en de wensouders. Commercieel draagmoederschap bestaat wanneer de draagmoeder ermee instemt om zwangerschapsdiensten te verlenen en/of het kind legaal en fysiek over te dragen, in ruil voor een of andere vergoeding.¹⁸³

Commercieel draagmoederschap omvat eveneens de "vergoeding" die verder gaat dan de redelijke en gespecificeerde kosten die zijn gemaakt als direct gevolg van de draagmoederschapsovereenkomst. Hieruit volgt dan ook dat betalingen voor onredelijke of niet-gespecificeerde "uitgaven" eigenlijk een betaling uitmaken voor de zwangerschapsdiensten en/of de overdracht van het kind.¹⁸⁴

Tot slot is ook de betrokkenheid van tussenpersonen met winstoogmerk een indicatie van commercieel draagmoederschap. Tussenpersonen kunnen worden gedefinieerd als partijen (personen of organisaties) die wensouders en draagmoeders samenbrengen, en/of bemiddelen in de draagmoederschapsovereenkomsten, waaronder ook medische klinieken, medische professionals, advocaten, draagmoederschapsagentschappen of "makelaars" vallen. Wanneer deze een redelijke vergoeding ontvangen voor hun professionele diensten die noodzakelijk zijn voor het draagmoederschap, worden ze niet noodzakelijk gekwalificeerd als tussenpersonen. Dit is enkel zo wanneer ze deze functies uitoefenen voor het tot stand brengen van en bemiddelen in de relatie tussen de wensouders en de draagmoeder.¹⁸⁵

4.2.1. Art. 3 IVRK

116. Art. 3 IVRK is een cruciaal artikel in het kader van draagmoederschap. Dit artikel waarborgt het belang van het kind. Bij alle maatregelen betreffende kinderen vormen de belangen van het kind de eerste overweging.¹⁸⁶ Staten hebben bijgevolg geen discretionaire bevoegdheid om te besluiten of de belangen van het kind al dan niet worden beoordeeld en er het juiste gewicht aan wordt toegekend als eerste overweging bij alle uit te voeren maatregelen.¹⁸⁷

117. Art. 3 IVRK speelt vooral een rol bij het beoordelen van de invloed van draagmoederschap op adoptie, dus bij het vaststellen van de afstammingsband tussen de wensouders en het kind. Aangezien bij een adoptie ook de belangen van het kind spelen, zou er dus rekening mee moeten

¹⁸³ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 januari 2018, A/HRC/37/60, 11.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 11.

¹⁸⁵ *Ibid.*, 11.

¹⁸⁶ Art. 3 IVRK.

¹⁸⁷ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29 May 2013, CRC/C/GC/14, available at: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>.

worden gehouden bij de beoordeling van deze adoptie. Wanneer een adoptie wordt geweigerd, louter omwille van het feit dat het kind is geboren via draagmoederschap, is dit nefast voor het kind.¹⁸⁸ Bovendien heeft het kind er ook niet voor gekozen om op deze wijze geboren te worden en heeft het kind er net alle belang bij om in een gezin terecht te komen waar het gewild is.

Bij adoptie zijn de belangen van het kind tevens niet de eerste, maar de voornaamste overweging waarmee rekening moet worden gehouden.¹⁸⁹ Dit maakt duidelijk dat de belangen van het kind, ongeacht de situatie, doorslaggevend zijn en dat er dus ook in die zin moet worden geoordeeld. Dit is ook de reden waarom adoptie na draagmoederschap in het verleden al meermaals is aanvaard door de rechtbank.¹⁹⁰ Door de adoptie te weigeren, worden niet alleen de belangen van het kind miskend, maar is er ook een schending van art. 2 IVRK. Het weigeren van de adoptie omwille van redenen dat het commercieel draagmoederschap onwettig is, zorgt er dus voor dat het kind ten onrechte wordt gestraft en dat er een schending is van meerdere artikelen van het IVRK.

118. Er moet echter ook rekening worden gehouden met het feit dat dit recht niet absoluut is. Het belang van het kind neemt een bijzondere plaats in, maar er zijn ook nog andere belangen die meetellen, zoals de belangen van de ouders, van andere kinderen en van de maatschappij.¹⁹¹ Voor draagmoederschap en meer bepaald de vaststelling van de afstammingsband na de procedure van draagmoederschap, zal een belangenafweging dus noodzakelijk zijn.

119. Bovendien blijkt dat draagmoederschap *as such* niet strijdig is met de belangen van het kind.¹⁹²

4.2.2. Art. 35 IVRK

120. In het kader van commercieel draagmoederschap speelt art. 35 IVRK, waarin wordt gestipuleerd dat staten alle nodige maatregelen moeten nemen ter voorkoming van de ontvoering of de verkoop van of van de handel in kinderen voor welk doel ook of in welke vorm ook, een rol.

121. Doordat commercieel draagmoederschap, en meer bepaald het tegen betaling sluiten van een overeenkomst die als voorwerp de "verkoop" van een kind heeft, in België onrechtstreeks wordt bestraft omwille van mensonterende behandeling, kan dit commercieel draagmoederschap een

¹⁸⁸ L. PLUYM, "De invloed van draagmoederschap op adoptie", *T.Fam.* 2013, afl. 6, 142-147.

¹⁸⁹ Art. 21 IVRK.

¹⁹⁰ . Jeugdrb. Hoei (11e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, 403; Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, *Act. dr. fam.* 2013, afl. 5, 99, noot N. GALLUS; Jeugdrb. Namen (17e k.) 7 januari 2011, nr. 2919/09, onuitg.; Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, 43, noot L. PLUYM; Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, 174, advies O.M., noot J. SOSSON en *JLMB* 2009, 1083; Antwerpen (jeugd k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T.Ge.* 1997-98, 124, noot E. MONTERO.

¹⁹¹ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29 May 2013, CRC/C/GC/14, available at: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>; L. PLUYM, *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 309.

¹⁹² S. GOLOMBOK, L. BLAKE, P. CASEY, G. ROMAN en V. JADVA, "Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, 1966-1977.

schending inhouden van art. 35 IVRK. Het stichten van een familie mag niet worden bereikt door de ontvoering van, de verkoop van of de handel in kinderen.¹⁹³

122. Veel hangt echter af van de vraag wat als commercieel draagmoederschap wordt gekwalificeerd en of dit kan worden beschouwd als kinderhandel. De vraag of commercieel draagmoederschap als kinderhandel wordt beschouwd, is namelijk vatbaar voor discussie.¹⁹⁴ Het staat echter wel vast dat staten verplicht zijn om ervoor te zorgen dat hun wetten en hun beleid, die verkoop van, handel in, misbruik en uitbuiting van kinderen verbieden, evenals algemene waarborgen tegen de verkoop van en handel in kinderen, van toepassing zijn in de context van draagmoederschap.¹⁹⁵

123. Wanneer de werkdefinitie wordt gehanteerd (*supra*, nr. 44), kan inderdaad worden gesteld dat een verbod zich opdringt in het kader van art. 35 IVRK. Er wordt namelijk een lucratieve handel opgezet, wat mijns inziens kan worden beschouwd als een vorm van kinderhandel. Andere vormen van draagmoederschap, waaronder altruïstisch, vergoedend en verlonend draagmoederschap, kunnen in het licht van art. 35 IVRK wel worden toegelaten. Hierbij wordt het kind immers niet “verkocht”, maar wordt het uit onbaatzuchtigheid gedragen voor wensouders die zelf geen kinderen kunnen krijgen, mits een vergoeding die binnen de perken blijft en die ook wettelijk wordt vastgelegd. Het is bovendien in het hoger belang van het kind dat dergelijke vormen van draagmoederschap worden toegelaten, aangezien het kind écht gewild is voor de wensouders. Zo kan het kind in de beste omgeving worden opgevoed.

4.2.3. Art. 2 Facultatief Protocol bij IVRK

124. In art. 2 van het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het Verdrag inzake de rechten van het kind wordt een definitie gegeven van de verkoop van kinderen. Deze luidt als volgt: “*De verkoop van kinderen is iedere handeling of transactie waarbij een kind wordt overgedragen door een persoon of groep personen aan een andere persoon of groep personen tegen betaling of een andere vorm van vergoeding*”.¹⁹⁶

125. De verkoop van een kind omvat elke betaling of een andere vorm van vergoeding volgens dit artikel. Vaak kan commercieel draagmoederschap wel worden beschouwd als de verkoop van kinderen in de zin van art. 2 van het Facultatief Protocol.¹⁹⁷ Commercieel draagmoederschap zal

¹⁹³ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 januari 2018, A/HRC/37/60, 10.

¹⁹⁴ P. GERBER en K. O'BYRNE, *Surrogacy, Law and Human Rights*, London, Routledge, 2017, 95.

¹⁹⁵ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 juli 2019, A/74/162, 21.

¹⁹⁶ Art. 2 Facultatief protocol van 25 mei 2000 bij het verdrag inzake de rechten van het kind, inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie, BS 27 maart 2006.

¹⁹⁷ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 januari 2018, A/HRC/37/60, 11.

echter geen verkoop van het kind inhouden wanneer het duidelijk is dat de draagmoeder alleen wordt betaald voor de zwangerschapsdiensten en niet voor de overdracht van het kind.¹⁹⁸

126. In het kader van de verkoop van kinderen moet, overeenkomstig art. 3 van het Facultatief Protocol, iedere lidstaat waarborgen dat zijn strafrecht volledig van toepassing is op het aanbieden, afleveren, of aanvaarden van een kind, ongeacht op welke wijze, met als doel de seksuele uitbuiting van het kind, de overdracht met winstoogmerk van organen van het kind en het onderwerpen van het kind aan gedwongen arbeid.¹⁹⁹ Bij draagmoederschap is het echter niet de bedoeling om het kind seksueel uit te buiten, de organen te verkopen of het kind te onderwerpen aan gedwongen arbeid, waardoor deze bepaling ook niet relevant is in de context van commercieel draagmoederschap.

127. Bij de toepassing van de werkdefinitie (*supra*, nr. 44) wordt dus duidelijk dat commercieel draagmoederschap wel degelijk onder de verkoop van kinderen kan vallen, aangezien hierbij een betaling wordt aangeboden aan de draagmoeder om het kind (over) te dragen. Dit is echter ook het geval bij verlonend en vergoedend draagmoederschap. Wanneer er evenwel een wettelijke regeling komt voor draagmoederschap, worden de mogelijke vergoedingen ook bij wet vastgesteld, waardoor deze wettelijk kunnen worden toegelaten. Op die manier kunnen vergoedend en verlonend draagmoederschap dus wel worden toegelaten, zonder schending van art. 2 van het Facultatief Protocol.

Uit art. 3 Facultatief Protocol kan echter geen rechtstreekse verplichting worden afgeleid om draagmoederschap strafrechtelijk te beteugelen, aangezien het doel bij draagmoederschap niet valt onder één van de doelen onder art. 3 Facultatief Protocol. Het is wel zo dat er een schending mogelijk is van art. 2 Facultatief Protocol, aangezien commercieel draagmoederschap wel kan worden beschouwd als de verkoop van een kind. Uit art. 3 Facultatief Protocol kan echter worden afgeleid dat de lidstaten ook omwille van andere redenen bepaalde gedragingen strafbaar kunnen stellen, waardoor commercieel draagmoederschap wel strafbaar kan worden gesteld om in overeenstemming te zijn met art. 2 Facultatief Protocol.

128. Uit art. 3 IVRK kan dus geen rechtstreekse verplichting worden afgeleid om een verbod op commercieel draagmoederschap in te voeren. Bij een letterlijke interpretatie van art. 35 IVRK en art. 2 en 3 van het Facultatief Protocol bij het IVRK dringt een verbod op commercieel draagmoederschap zich, mijns inziens, echter wel op. Het is namelijk in het belang van het kind dat commercieel draagmoederschap tegen wordt gegaan. Bovendien wordt het kind bij commercieel draagmoederschap "verkocht" met een winstoogmerk en dit maakt kinderhandel en uitbuiting uit. Het is dus bijgevolg noodzakelijk dat commercieel draagmoederschap niet alleen wordt verboden, maar ook strafrechtelijk wordt gesanctioneerd om in overeenstemming te zijn met het IVRK en het Facultatief Protocol bij het IVRK.

¹⁹⁸ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 januari 2018, A/HRC/37/60, 17.

¹⁹⁹ Art. 3 Facultatief protocol van 25 mei 2000 bij het verdrag inzake de rechten van het kind, inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie, BS 27 maart 2006.

4.3. Art. 3 Handvest van de Grondrechten

129. Ook het Handvest van de Grondrechten bevat geen definitie van commercieel draagmoederschap, waardoor niet geheel duidelijk is wat hieronder moet worden verstaan in het licht van dit Handvest. Wel waarborgt art. 3, lid 2, c) van het Handvest van de Grondrechten het recht op de menselijke integriteit: *“In het kader van de geneeskunde en de biologie moeten met name in acht worden genomen: het verbod om het menselijk lichaam en bestanddelen daarvan als zodanig als bron van financieel voordeel aan te wenden”*.²⁰⁰

130. Commercialiteit wordt hier dus gedefinieerd als het aanwenden van het menselijk lichaam en bestanddelen daarvan als bron van financieel voordeel. Wanneer wordt vergeleken met de in België geldende criteria m.b.t. commercialiteit, is duidelijk dat vooral het objectief en het subjectief criterium een rol spelen (*supra*, nr. 28-29), namelijk de vergoeding (het financieel voordeel) en de intentie (het “aanwenden van” als bron van financieel voordeel) van de partijen.

131. Dit artikel is een uiting van het principe van niet-commercialiteit van het lichaam en lichaamsmateriaal.²⁰¹ Commercialisering druist volgens de meerderheid in tegen de menselijke waardigheid en de menselijke vrijheid.²⁰²

132. Art. 3 van het Handvest van de Grondrechten stelt dus de niet-commercialiteit van het lichaam voorop, waaruit kan worden afgeleid dat commercieel draagmoederschap niet kan worden toegelaten. Het is echter zo dat niet elke vorm van vergoeding of beloning als commercialiteit kan worden beschouwd. Bovendien is niet volledig duidelijk welke criteria in aanmerking moeten worden genomen om tot commercialiteit te besluiten. Mijns inziens is het echter wel duidelijk dat uit dit artikel een verplichting kan worden afgeleid om de werkelijke handel inzake draagmoederschap te verbieden. Hierbij wordt namelijk het lichaam van de draagmoeder als bron van financieel voordeel aangewend, wat niet de bedoeling kan of mag zijn. Wanneer de draagmoeder dus handelt met de intentie om winst te genereren en hier een lucratieve handel van maakt, dringt een verbod zich op in het licht van het Handvest van de Grondrechten.

4.4. Conclusie

133. Zowel het EVRM, het IVRK als het Handvest van de Grondrechten bepalen niet wat onder commercieel draagmoederschap moet worden verstaan. Enkel voor het IVRK heeft de Human Rights Council een definitie aangereikt. In vergelijking met het Belgisch standpunt blijkt dat met alle elementen rekening wordt gehouden om tot commercialisatie te besluiten (*supra*, nr. 28-30). Uit de andere Verdragen blijkt niet of alle componenten, onderzocht in hoofdstuk 2, daaronder vallen. De reden waarom er geen definitie van commercieel draagmoederschap bestaat in deze verdragen, is doordat het fenomeen zowel op internationaal als op Europees vlak niet wettelijk wordt geregeld. Dit

²⁰⁰ Art. 3, lid 2, c) Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van 18 december 2000.

²⁰¹ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 163.

²⁰² C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 72.

zorgt er dus ook voor dat de lidstaten een bepaalde vrijheid hebben wat betreft een wettelijke regeling omtrent commercieel draagmoederschap. Dit verklaart ook meteen waarom er onder de Europese lidstaten zoveel diversiteit bestaat in het kader van commercieel draagmoederschap.

134. Er bestaat echter wel eensgezindheid over het feit dat het verboden is om een kind te verkopen en het lichaam te gebruiken om er financieel voordeel uit te halen. Dit betekent dat er een verbod bestaat op commercialiteit en kinderhandel vanuit mensenrechtelijk perspectief. Hieruit kan, naar mijn mening, worden afgeleid dat commercieel draagmoederschap in België verboden moet worden. Vergoedend en verlonend draagmoederschap zijn, naast altruïstisch draagmoederschap, vormen die eventueel wel kunnen worden toegelaten, aangezien ze geen kinderhandel, noch commercialisatie van het lichaam uitmaken. Om in overeenstemming te komen met Europees en internationaal recht, zou België een wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap moeten inrichten. Hier moet wel de nuance worden gemaakt dat er een onderscheid moet zijn tussen verschillende vormen van vergoeding, zodat enkel de lucratieve handel en de echte commercialisatie van draagmoederschap wordt verboden, zoals blijkt uit de werkdefinitie.

135. De gevolgen van een verbod op commercieel draagmoederschap zijn echter niet volledig duidelijk. Uit het EVRM blijkt dat, wanneer het kind een biologische band heeft met één van de wensouders, het recht van het kind om zijn biologisch verwantschap juridisch erkend te zien, zwaarder doorweegt dan het belang van de samenleving. De betrokken staat zal dan gevolgen moeten toekennen aan het draagmoederschap en de afstammingsband moeten vaststellen. Uit het IVRK kan enkel worden afgeleid dat, bij beslissingen omtrent het vaststellen van de afstammingsband, rekening moet worden gehouden met het hoger belang van het kind. Het is bovendien zo dat het toestaan van de adoptie bijvoorbeeld in het hoger belang van het kind is, zelfs na een procedure van commercieel draagmoederschap. De gevolgen zijn dus niet altijd verenigbaar met de mensenrechten, waardoor er moet worden genuanceerd bij een wettelijke regeling omtrent commercieel draagmoederschap, door bijvoorbeeld wel een juridische band met het kind toe te staan, maar de wensouders en de draagmoeder toch strafrechtelijk te vervolgen.

5. RECHTSVERGELIJKING

5.1. Algemeen

136. In het vierde onderdeel wordt onderzocht hoe commercialisatie bij andere rechtsfiguren wordt geregeld en hoe commercieel draagmoederschap in andere rechtsstelsels wordt geregeld. Voor het intern rechtsvergelijkend onderdeel wordt bestudeerd of commercialisatie wel wettelijk is geregeld bij andere rechtsfiguren, waaronder adoptie en medisch begeleide voortplanting. Ten tweede wordt de vraag gesteld hoe commercialisatie dan wordt behandeld bij deze rechtsfiguren. Tot slot wordt onderzocht of commercieel draagmoederschap naar analogie kan worden geregeld of dat dit anders moet worden aangepakt. Voor het extern rechtsvergelijkend onderdeel zal een antwoord worden geboden op de vraag welke regeling er bestaat in andere landen die een verbod op commercieel draagmoederschap hebben. Ten tweede wordt onderzocht hoe commercieel draagmoederschap in andere landen wettelijk wordt geregeld wanneer het is toegelaten. Tot slot wordt de vraag beantwoord of buitenlands recht een inspiratiebron kan zijn voor België om tot een wettelijke regeling te komen met betrekking tot commercieel draagmoederschap.

5.2. Interne rechtsvergelijking

137. De wetten die zullen worden onderzocht in het kader van de bio-ethiek zijn de MBV-wet, de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, de Orgaantransplantatiewet en de Embryowet. De betaling van de donor door middel van een financieel voordeel of het aanbieden van lichaamsmateriaal met een winst oogmerk is, volgens de vier wetten, verboden.²⁰³ Een onkostenvergoeding daarentegen is voor gameten, organen en lichaamsmateriaal (behalve voor overtallige embryo's en bloed²⁰⁴) wel toegelaten.²⁰⁵ Deze moet dan wel uitdrukkelijk worden vastgelegd bij KB.²⁰⁶ Tot op heden is dergelijk KB voor de MBV-wet en de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal nog niet uitgewerkt. Dit is problematisch, aangezien de partij van wie een vergoeding uitgaat, het risico loopt om strafrechtelijk te worden vervolgd.²⁰⁷ Enkel voor orgaantransplantatie is een dergelijk KB uitgewerkt.²⁰⁸

138. De wetgeving inzake bio-ethiek kent bovendien ook geen coherente regeling omtrent commercialisatie. De MBV-wet bepaalt namelijk dat de "gratis" donatie van overtallige embryo's geoorloofd is en dat "handel" in menselijke embryo's verboden is.²⁰⁹ De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal bepaalt dan weer dat "geen enkel voordeel" mag worden aangeboden in ruil voor de donatie van menselijk lichaamsmateriaal. De Orgaantransplantatiewet spreekt van "vrijwillige en onbetaalde donaties". De Embryowet bepaalt tot slot dat het verboden is om embryo's, gameten en

²⁰³ Art. 6, §1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; Art. 4, §1 Orgaantransplantatiewet; Art. 19, art. 22, art. 48, §§1-2 en art. 51, §§1-2 Wet Medisch Begeleide Voortplanting; art. 5, 3^o Embryowet.

²⁰⁴ Art. 5, lid 1 Bloedwet.

²⁰⁵ Art. 6, §2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; Art. 4, §2 Orgaantransplantatiewet; Art. 48, §1, lid 2 en art. 51, §1, lid 2 Wet Medisch Begeleide Voortplanting.

²⁰⁶ Art. 6, §2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; Art. 4, §2 Orgaantransplantatiewet; Art. 48, §1, lid 2 en art. 51, §1, lid 2 Wet Medisch Begeleide Voortplanting.

²⁰⁷ Art. 73 juncto art. 48, §1, lid 2 en art. 51, §1, lid 2 Wet Medisch Begeleide Voortplanting.

²⁰⁸ Koninklijk besluit tot vaststelling van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in artikel 4 § 2 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

²⁰⁹ Art. 22 en 51 MBV-wet.

embryonale stamcellen te gebruiken voor "commerciële doeleinden". Geen van de wetten bepaalt echter wat onder handel, commerciële doeleinden, voordelen of onbetaalde donaties moet worden verstaan. Er wordt dus voor elke materie afzonderlijk bepaald wat geoorloofd is in het kader van commercialisatie, maar op deze manier ontstaat er een onduidelijke en incoherente regeling. Het is dus ook moeilijk om zomaar te bepalen dat commercieel draagmoederschap op dezelfde manier moet worden geregeld als één van deze bio-ethiek wetten commercialisatie regelt, net omwille van de verschillende terminologie die wordt gebruikt.

139. Er zal dus worden onderzocht wat de pijnpunten van deze wetten zijn en of er een regeling bestaat die geschikt is om naar analogie toe te passen op de wettelijke regeling van commercieel draagmoederschap.

5.2.1. Adoptie

140. Adoptie is een techniek waarbij tussen twee individuen een afstammingsband wordt vastgesteld die gelijk is aan of sterk gelijkt op die van de (oorspronkelijke) afstamming.²¹⁰ Het verschil tussen adoptie en draagmoederschap is dat de draagmoederschapsovereenkomst wordt gesloten tussen de wensouders en de draagmoeder vóór enige verwekking van het kind, terwijl de adoptie pas na de verwekking/geboorte van het kind tot stand komt. Er is dus bij adoptie geen sprake van een overeenkomst.²¹¹

141. Vaak wordt ervoor gekozen om na de procedure van (commercieel) draagmoederschap een adoptieve afstammingsband te laten vaststellen ten opzichte van het kind. Dit heeft in het verleden al tal van problemen met zich meegebracht, aangezien de rechter dit vaak weigerde omwille van het commerciële karakter van het draagmoederschap.²¹² Een adoptie moet steunen op wettige redenen en moet plaatsvinden in het hoger belang van het kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het kind op grond van het internationaal recht toekomen.²¹³ In de context van draagmoederschap is het echter moeilijker om te voldoen aan deze voorwaarden. In bepaalde gevallen hield de rechter dan weer geen rekening met het commerciële karakter van het draagmoederschap.²¹⁴

142. De commercialisatie van adoptie wordt onder meer geregeld in het Haags Adoptieverdrag. Artikel 32 van dit verdrag bepaalt het volgende: "(1) Niemand mag ongerechtvaardigd financieel of ander voordeel trekken uit enig optreden in verband met een interlandelijke adoptie. (2) Uitsluitend kosten en uitgaven, met inbegrip van redelijke honoraria van personen die bij een adoptie hebben bemiddeld, mogen in rekening worden gebracht en betaald. (3) Bestuurders, beheerders en

²¹⁰ G. VERSCHELDEN, *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2021, 335.

²¹¹ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 23.

²¹² Antwerpen (jeugd k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN.

²¹³ Art. 344-1 BW.

²¹⁴ Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, 43, noot L. PLUYM; Jeugdrb. Hoei (11e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, 403, noot van de redactie. Jeugdrb. Gent (25e k.) 8 februari 2010, *RV*.639.B.2008/25, onuitg.

*werknemers van instellingen die bij een adoptie hebben bemiddeld, mogen geen bezoldiging ontvangen die onevenredig hoog is in vergelijking met de verleende diensten”.*²¹⁵

Dit artikel toont duidelijk aan dat commerciële adoptie verboden is en bijgevolg dus onbezoldigd moet zijn. Het probleem is echter dat België niet de interlandelijke, maar de binnenlandse adoptieprocedure volgt, waardoor het Verdrag eigenlijk niet nuttig is voor de adoptie in België. Wanneer de adoptie volgt op commercieel draagmoederschap, is het bovendien zo dat het Haags Adoptieverdrag niet kan worden toegepast. Ten eerste mag de toestemming van de ouders pas worden verkregen na de geboorte van het kind.²¹⁶ In de context van draagmoederschap is dit problematisch, aangezien er bij eender welke vorm van draagmoederschap vóór enige verwekking van het kind een overeenkomst wordt gesloten. Ten tweede mogen de toestemmingen niet zijn verkregen tegen betaling of in ruil voor enige andere tegenprestatie.²¹⁷ Ook dit is in het kader van commercieel draagmoederschap problematisch, aangezien de toestemming van de draagmoeder wordt uitgelokt door de betaling die de wensouders aanbieden.²¹⁸

143. Het aanbieden, bemiddelen en adopteren van een kind tegen betaling wordt in België bestraft.²¹⁹ Het Belgisch recht voorziet dus in een strafbaarstelling van commerciële adoptie in art. 391quater, lid 1 Sw.: *“Met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en met geldboete van zesentwintig euro tot vijfhonderd euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft hij die voor zichzelf, met bedrieglijk inzicht, een adoptie heeft verkregen of proberen te verkrijgen die strijdig is met de bepalingen van de wet.”* Ook hij die bij een adoptie als tussenpersoon is opgetreden en voor een derde een adoptie heeft verkregen of proberen te verkrijgen zonder lid te zijn van een daartoe vooraf door de bevoegde gemeenschap erkende adoptiedienst of die als lid van een erkende adoptiedienst voor een derde een adoptie heeft verkregen of proberen te verkrijgen die strijdig is met de bepalingen van de wet, wordt bestraft.²²⁰

Wanneer de adoptie heeft plaatsgevonden ingevolge de ontvoering van, de verkoop van of de handel in kinderen, vordert het openbaar ministerie de herziening van het vonnis waarbij deze adoptie is uitgesproken ten aanzien van de adoptant of van de adoptanten.²²¹ Hierdoor verliest de adoptie haar wettelijke gevolgen.²²²

144. Commerciële adoptie wordt in België dus wettelijk verboden en ook strafbaar gesteld. Ook de bemiddeling als tussenpersoon inzake adoptie is in België een strafbaar feit. Inzake commercieel draagmoederschap bestaat dergelijke regeling echter niet. Er wordt echter vaak teruggegrepen naar de adoptieprocedure na draagmoederschap. De rechter heeft dan de zware taak om te beoordelen of de adoptie plaatsvindt in het hoger belang van het kind. Dit is echter een moeilijke beoordeling:

²¹⁵ Art. 32 Haags Adoptieverdrag.

²¹⁶ Art. 4, c., 4. Haags Adoptieverdrag.

²¹⁷ Art. 4, c., 3. Haags Adoptieverdrag.

²¹⁸ L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 76.

²¹⁹ Voorstel van resolutie van 9 juni 2011 betreffende de internationale regeling van draagmoederschap, *Parl.St. Senaat* 2010-11, nr. 5-1075/1.

²²⁰ Art. 391quinquies Sw.

²²¹ Art. 351 BW.

²²² F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT, *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 135.

de wensouders willen een afstammingsband laten vaststellen zodat zij de juridische ouders van het kind zijn, om het kind ook in alle liefde te laten opgroeien, wat niet de intentie is van de draagmoeder, maar de wensouders hebben hier, bij commercieel draagmoederschap, wel een serieuze som geld voor op tafel gelegd, wat dan weer in strijd is met het verbod op kinderhandel. Deze lacune in de wetgeving voor commercieel draagmoederschap kan bovendien tot een ongerechtvaardigd onderscheid leiden: adoptanten hangt een veel zwaardere straf boven het hoofd dan draagmoeders en wensouders.

145. Hieruit blijkt ook dat een wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap gelijkaardig zal moeten worden bestraft als het verbod op commerciële adoptie. Het zou namelijk niet logisch zijn dat adoptanten nog steeds veel zwaarder zouden worden gestraft dan de draagmoeder en de wensouders. Ook dat de wensouders en draagmoeder buiten schot blijven, zoals in Duitsland en Frankrijk het geval is (*infra*, nr. 160 en 164), is niet wenselijk.

5.2.2. Medische begeleide voortplanting

146. Ook de MBV-wet kent een verbod op commercialisatie van voortplantingsmateriaal, in dit geval van embryo's en gameten.²²³ Hoewel er bij draagmoederschap technieken worden toegepast die onder de MBV-wet vallen, is deze wet toch niet van toepassing op draagmoederschap, wat voor de nodige problemen zorgt. Er wordt in de MBV-wet ook voorzien in een sanctie wanneer één van de wettelijke bepalingen wordt overtreden.²²⁴

147. Bij medisch begeleide voortplanting worden verschillende bevruchtingstechnieken gehanteerd, waarbij de tussenkomst van een arts is vereist. Hieronder vallen onder andere kunstmatige inseminatie en IVF, waarbij op een gegeven ogenblik een eicel en/of een embryo worden behandeld.²²⁵ Bij medisch begeleide voortplanting wordt bovendien een overeenkomst gesloten voor de verwekking van het kind.²²⁶ Verder wordt een opsplitsing gemaakt tussen de genetische ouder(s) en de wensouders.²²⁷ Deze elementen zijn raakvlakken met draagmoederschap.

148. De Koning kan een vergoeding bepalen om verplaatsingskosten of loonverlies van de persoon bij wie een afname wordt verricht, te dekken. Deze vergoeding kan ook de ziekenhuiskosten dekken die samenhangen met de afname van eicellen bij de donor.²²⁸ Hier wordt dus een onderscheid gemaakt tussen een betaling, die strikt verboden is, en een vergoeding van de onkosten, wat wel wordt toegelaten.²²⁹ Duidelijk is dat enkel altruïstisch donorschap kan worden aanvaard, aangezien de donor hier geen voordeel uit haalt.

²²³ Artikelen 19, 22, 48 en 51 MBV-wet.

²²⁴ Art. 73 MBV-wet.

²²⁵ Art. 2, a) MBV-wet.

²²⁶ S. TACK EN G. VERSCHELDEN (eds.), *Medische begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 10.

²²⁷ P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2015, 264.

²²⁸ Art. 51, §1, lid 2 MBV-wet.

²²⁹ G. GENICOT, "La maîtrise du début de la vie: la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée", *JT* 2009, afl. 6336, 21.

Het probleem is echter dat de Koning voor de MBV-wet dergelijk KB nog niet heeft uitgewerkt. Wanneer dus een vergoeding voor de onkosten wordt betaald aan de persoon bij wie een afname wordt verricht, zal deze nog steeds strafbaar zijn.

149. Er zijn aan deze wet ook een aantal pijnpunten. Ten eerste bestaat er discussie over het feit of de wet al dan niet kan worden toegepast op commercieel draagmoederschap en in welke gevallen de wettelijke bepalingen toch van toepassing kunnen zijn (*supra*, nr. 81-84). Ten tweede biedt de wet geen duidelijke definitie van wat nu juist verboden is en wat onder handel moet worden verstaan. Er wordt niet duidelijk bepaald met welke elementen rekening wordt gehouden bij het bepalen van het commerciële karakter. Ook het feit dat er nog geen KB is uitgewerkt door de Koning omtrent de onkostenvergoeding, zorgt voor rechtsonzekerheid en voor bepaalde risico's wanneer de donor toch enige vorm van onkostenvergoeding zou krijgen.

150. De vraag die rijst, is of commercieel draagmoederschap naar analogie moet worden geregeld met medisch begeleide voortplanting. Dit is, naar mijn mening, niet het geval. De MBV-wet bevat dan wel technieken die ook van toepassing zijn op (commercieel) draagmoederschap, maar deze is nog te weinig uitgewerkt om een heldere en allesomvattende regeling voor commercieel draagmoederschap te voorzien. Er wordt nog onvoldoende gedifferentieerd en gedefinieerd welke elementen bepalend zijn om tot commercialisatie te kunnen besluiten. Draagmoederschap is bovendien nog iets complexer dan enkel medisch begeleide voortplanting, waardoor de regeling van medisch begeleide voortplanting niet zomaar kan worden overgenomen om toe te passen op commercieel draagmoederschap.

5.2.3. *Andere bio-ethiek wetten*

151. Zowel de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, de Orgaantransplantatiewet als de Embryowet waarborgen een verbod om voortplantingsmateriaal tegen vergoeding te doneren.²³⁰ Deze verschillende wetten hanteren echter allemaal een verschillende terminologie om dit verbod vorm te geven. Het principe is echter in de drie wetten hetzelfde: een vergoeding van de onkosten is mogelijk, wanneer deze bij KB wordt vastgelegd. Hieronder kunnen onder meer de ziekenhuiskosten, verplaatsingskosten en het loonverlies vallen. Tot op heden bestaat dergelijk KB enkel voor orgaantransplantatie.²³¹

152. De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal bepaalt dat er geen enkel voordeel mag worden aangeboden in ruil voor de donatie van menselijk lichaamsmateriaal.²³² De donor mag echter wel een vergoeding voor kosten of inkomstenderving ontvangen, die het rechtstreeks gevolg zijn van de donatie.²³³ Commercialisatie wordt hier vooral bepaald op basis van het objectief criterium, namelijk

²³⁰ Art. 6 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; Art. 5, 3° Embryowet; Art. 4 Orgaantransplantatiewet.

²³¹ Koninklijk besluit tot vaststelling van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in artikel 4 § 2 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

²³² Art. 6, §1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²³³ Art. 6, §2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

de hoogte van het bedrag dat de donor ontvangt. Hij/zij mag er geen enkel voordeel uit halen, maar wat dit juist inhoudt, is onduidelijk.

153. De Embryowet stelt dat het verboden is om embryo's, gameten en embryonale stamcellen te gebruiken voor commerciële doeleinden.²³⁴ Aangezien deze donatie geen specifieke kosten veroorzaakt voor de oorspronkelijke ouders, wordt ook niet in een onkostenvergoeding voorzien.²³⁵ Het element dat bepalend is om te kunnen besluiten tot commercialisatie is hier dus het subjectief criterium, namelijk de intentie van de donor.

154. De Orgaantransplantatiewet bepaalt dat donaties van organen van levende en overleden donoren vrijwillig en onbetaald zijn.²³⁶ Donoren kunnen echter wel een vergoeding ontvangen, mits deze beperkt blijft tot het vergoeden van de rechtstreekse en onrechtstreekse kosten en de inkomstenderving die met de donatie verband houden. In deze materie heeft de Koning wel een KB opgesteld, waarin de vergoedingen worden bepaald die kunnen worden aanvaard.²³⁷ De kosten die vergoed mogen worden, zijn de kosten van geneeskundige verstrekkingen en de kosten voor de inkomstenderving ten gevolge van de arbeidsongeschiktheid.²³⁸ Er is hier sprake van commercialisatie wanneer de donatie onvrijwillig gebeurt. Vooral het bijkomend en het objectief criterium spelen hierbij een rol.

155. Na een korte analyse blijkt dus dat de verschillende bio-ethische wetten er een verschillende terminologie op nahouden en ook verschillende criteria hanteren om tot commercialisatie te kunnen besluiten. Dit leidt ertoe dat het voor de personen in kwestie moeilijk wordt om te bepalen wanneer ze de grens overschrijden van commercialisatie, wat een grote bron van rechtsonzekerheid kan vormen. De regeling omtrent het al dan niet commercieel karakter van al deze vormen van donatie is ook zeer beperkt. Het is dan ook moeilijk om commercieel draagmoederschap naar analogie met één van deze wetten te regelen. Doordat er al een te lange tijd een lacune bestaat in de wetgeving, volstaat het niet om enkel te stellen dat draagmoederschap "vrijwillig en onbetaald" zou moeten gebeuren, dat de draagmoeder er "geen enkel voordeel" uit mag halen of dat het verboden is dat draagmoederschap voor "commerciële doeleinden" wordt uitgevoerd. Het is immers niet duidelijk wat hieronder valt en welke vergoedingen eventueel toch mogelijk zouden zijn.

5.3. Externe rechtsvergelijking

156. Wereldwijd bestaat het fenomeen van (commercieel) draagmoederschap. Dit impliceert ook meteen dat er in verschillende landen, verschillende regels bestaan. Over het algemeen kunnen vier tendensen worden onderscheiden: (1) landen waar zowel altruïstisch als commercieel draagmoederschap verboden zijn (waaronder Duitsland en Frankrijk), (2) landen waar geen enkele

²³⁴ Art. 5, 3^o Embryowet.

²³⁵ RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende Embryodonatie*, 21 juni 2004, nr. 29, <https://www.health.belgium.be/nl/advies-nr-29-embryodonatie>, 9.

²³⁶ Art. 4, §1 Orgaantransplantatiewet.

²³⁷ Koninklijk besluit tot vaststelling van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in artikel 4 § 2 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

²³⁸ Art. 1 Koninklijk besluit tot vaststelling van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in artikel 4 § 2 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

vorm van draagmoederschap wettelijk is geregeld (zoals in België het geval is), (3) landen waar draagmoederschap wettelijk is geregeld, maar enkel altruïstisch draagmoederschap is toegelaten (zoals in het Verenigd Koninkrijk en Griekenland) en (4) landen waar commercieel draagmoederschap is toegelaten, wat ook de meest extreme vorm is die niet vaak voorkomt (onder andere in Oekraïne en Californië).²³⁹

157. Er zal worden geanalyseerd wat de verschillende wettelijke regelingen verstaan onder commercieel draagmoederschap, hoe dit wettelijk wordt geregeld en wat de gevolgen zijn van deze wettelijke regeling.

5.3.1. *Verbod op commercieel draagmoederschap*

5.3.1.1. *Duitsland*

158. Draagmoederschap wordt in Duitsland als volgt gedefinieerd: “een vrouw die, op basis van een overeenkomst, vrijwillig een kunstmatige of natuurlijke bevruchting ondergaat om het kind vervolgens te dragen en na de geboorte af te staan aan de wensouders, zodat deze het kind kunnen adopteren”.²⁴⁰ Het is van geen belang of de overeenkomst wordt opgemaakt voor of na de verwekking van het kind, wat in België wel van belang is (*supra*, nr. 45-46).

159. Duitsland kent een wettelijk verbod op elke vorm van draagmoederschap, dus zowel op commercieel als altruïstisch draagmoederschap.²⁴¹ Het Duits recht kent eveneens een verbod op bemiddeling inzake draagmoederschap²⁴², meer bepaald via openbare verklaringen of krantenadvertenties.²⁴³ In het Duitse recht wordt het begrip commercialisatie niet gebruikt, maar wordt het openbaar meedelen van de zoektocht naar een draagmoeder of wensouders geïndiceerd.²⁴⁴

160. Opvallend in Duitsland is vooral dat de strafbaarstelling gericht is op tussenkomende derden en niet op de draagmoeder of de wensouders. Deze worden namelijk uitgesloten van het toepassingsgebied.²⁴⁵ In specifieke noodsituaties kan draagmoederschap immers helpen en wanneer het onopvallend is kan het sociaal aanvaardbaar zijn, waardoor het niet steeds noodzakelijk of wenselijk is om de draagmoeder of de wensouders te bestraffen.²⁴⁶ Commerciële bemiddeling is echter verboden en strafbaar gesteld wegens strijdigheid met het waardesysteem van de Grondwet (art. 1.1 Grundgesetz).²⁴⁷

²³⁹ J.M. SCHERPE, *European Family Law Volume III*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2016, 249-250.

²⁴⁰ §13a Adoptionsvermittlungsgesetz

²⁴¹ §13c Adoptionsvermittlungsgesetz; §1, (1), 7° Embryonenschutzgesetz.

²⁴² K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom, 2011, 226.

²⁴³ §13d Adoptionsvermittlungsgesetz.

²⁴⁴ §13b Adoptionsvermittlungsgesetz; V. BOILLET, L. BRUNET, M. COTTIER, E. DE LUZE, N. DETHLOFF, M. GIROUX, S. NAVAS NAVARRO, M. ROCA, I. ESCODA, K.A. ROKAS, S. SHAKARGY en M. WELLS-GRECO, *La gestation pour autrui: approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, 31.

²⁴⁵ §14b, (3) Adoptionsvermittlungsgesetz.

²⁴⁶ A. LÜDERITZ, “Verbot von Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, (1633) 1636.

²⁴⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, Drucksache 11/41454, 9 maart 1983.

161. De bestraffing geldt dus voor bemiddelende derden die een geldelijk voordeel ontvangen. Indien deze derden handelen met commercieel of zakelijk oogmerk, geldt zelfs een zwaardere straf.²⁴⁸ De vraag rijst of een overeenkomst, gesloten tussen de draagmoeder en de wensouder in private sfeer, zonder tussenkomst van derden, eventueel een omzeiling van het verbod kan inhouden.²⁴⁹

Een vergelijking met het Belgische standpunt inzake commercialisatie toont duidelijk aan dat de situatie in Duitsland anders wordt geregeld. Het objectief criterium (*supra*, nr. 28) wordt gehanteerd om de straf te bepalen, maar het subjectief criterium (*supra*, nr. 29), dus de intentie van de tussenkomende derden, geldt als een strafverzwarende omstandigheid. Duitsland hanteert dus een andere opvatting dan België inzake commercialisatie en welke invloed dit heeft op de bestraffing van draagmoederschap.

162. Doordat in Duitsland een zeer streng verbod geldt, waaronder geen enkele vorm van draagmoederschap wordt toegelaten, kennen ze ook hier het fenomeen van draagmoederschapstoerisme naar het buitenland.²⁵⁰ De vraag rijst dan ook wat de gevolgen zijn wanneer koppels van het buitenland terugkeren naar Duitsland met het kind dat wordt geboren via draagmoederschap. Net zoals momenteel in België het geval is, opteren de ouders vaak voor adoptie van het kind, maar vormt de wettelijkheid een obstakel.²⁵¹ De adoptie moet namelijk ook worden beoordeeld in het belang van het kind en op basis van de reële verwachting dat er een band ontstaat tussen de wensouders en het kind.²⁵² Uit de rechtspraak blijkt echter dat er geen duidelijkheid bestaat omtrent de onderlinge relatie tussen draagmoederschap en adoptie.²⁵³

5.3.1.2. Frankrijk

163. De wetgever definieert draagmoederschap niet in de wet. De Franse Code Civil stipuleert wel uitdrukkelijk dat elke draagmoederschapsovereenkomst nietig is.²⁵⁴ De reden hiervoor is dat de Franse wetgever draagmoederschap strijdig acht met de menselijke waardigheid, het belang van het kind en het belang van de samenleving in het algemeen.²⁵⁵ Deze bepaling is tevens van openbare

²⁴⁸ §14b, (2) Adoptionsvermittlungsgesetz.

²⁴⁹ V. BOILLET, L. BRUNET, M. COTTIER, E. DE LUZE, N. DETHLOFF, M. GIROUX, S. NAVAS NAVARRO, M. ROCA, I. ESCODA, K.A. ROKAS, S. SHAKARGY en M. WELLS-GRECO, *La gestation pour autrui: approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, 31.

²⁵⁰ V. BOILLET, L. BRUNET, M. COTTIER, E. DE LUZE, N. DETHLOFF, M. GIROUX, S. NAVAS NAVARRO, M. ROCA, I. ESCODA, K.A. ROKAS, S. SHAKARGY en M. WELLS-GRECO, *La gestation pour autrui: approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, 40-41.

²⁵¹ AG Düsseldorf 19 november 2010, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 10796.

²⁵² §1741 (1) BGB; K. BOELE-WOELKI, I. CURRY-SUMNER, W. SCHRAMA en M. VONK, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom, 2011, 233

²⁵³ LG Düsseldorf 15 maart 2012, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 19794; LG Frankfurt 3 augustus 2012, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 3111; AG Hamm 22 februari 2011, *Beck-Rechtsprechung* 2011, 25140; AG Düsseldorf 19 november 2010, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 10796.

²⁵⁴ Art. 16-7 CC.

²⁵⁵ M. ANDRÉ, A. MILON en H. DE RICHEMONT, *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, Sénat 2007-08, nr. 421, 55.

orde, waardoor hiervan niet kan worden afgeweken.²⁵⁶ Het verbod richt zich dus zowel op altruïstisch als op commercieel draagmoederschap.²⁵⁷

164. De Franse wetgever bestraft in art. 227-12 Code Pénal de bemiddelende derde. Niet alleen deze personen, maar ook de uitvoerende dokters worden in zekere zin geviseerd.²⁵⁸ Net zoals in Duitsland, heeft ook hier de wetgever geen strafsanctie ingevoerd ten aanzien van de wensouders of de draagmoeder. Wel bestaat er een strafsanctie in art. 227-13 Code Pénal ingeval de wensmoeder verklaart de juridische moeder te zijn van het kind of wanneer de draagmoeder de identiteit van de wensmoeder aanneemt.

In Frankrijk wordt dus voornamelijk gefocust op de bijkomende elementen (*supra*, nr. 30) om te besluiten tot commercialisatie, meer bepaald op de bemiddeling inzake draagmoederschap. Ook in Frankrijk wordt dus niet met de drie criteria rekening gehouden om tot commercialisatie te kunnen besluiten.

165. Ook hier rijst, door het strenge verbod, de vraag naar de gevolgen wanneer wensouders een afstammingsband willen laten vaststellen met het kind. Het Franse Hof van Cassatie heeft, zelfs voor enig verbod, geoordeeld dat een adoptie is uitgesloten wanneer een koppel een overeenkomst sluit met een andere persoon, waarin wordt geregeld dat deze het kind zal baren en zal afstaan aan dit koppel.²⁵⁹ Adoptie wordt dus in Frankrijk steeds geweigerd.²⁶⁰ Ook de erkenning van een buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap met de wensouders die als juridische ouders vermeld staan, wordt geweigerd.²⁶¹ Frankrijk is echter op de vingers getikt door het EHRM: wanneer zowel wensvader als de kinderen om een juridische erkenning verzoeken, is het voor een lidstaat niet mogelijk zich te beroepen op het belang van het kind om de weigering van juridische erkenning te verantwoorden.²⁶² Het Franse Hof van Cassatie heeft, in navolging van het arrest van het EHRM, geoordeeld dat de registratie van de geboorteakte wat betreft de juridische afstammingsrelatie tussen de wensvader en het kind, voor zover er tussen hen ook een biologische verwantschap bestaat, moet worden aanvaard. Ook een absolute onmogelijkheid tot erkenning van de juridische afstammingsrelatie tussen wensmoeder en kind wordt door het EHRM als een schending beschouwd

²⁵⁶ Art. 16-9 CC.

²⁵⁷ F. TERRÉ en D. FENOUILLET, *Droit civil: la famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 758.

²⁵⁸ Art. 511-24 Code Pénal.

²⁵⁹ Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, 417, noot D. THOUVENIN, *La Semaine Juridique Edition Générale* 1991, II, 21752, noot F. TERRÉ, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *Revue critique de droit international privé* 1991, 711, noot C. LABRUSSE-RIOU.

²⁶⁰ Cass. 9 december 2003, 01-03927, *Recueil Dalloz* 2004, 1998, noot E. POISSON-DROCOURT en *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, 75; Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz* 1994, 581, noot Y. CHARTIER en *JT* 1995, 149.

²⁶¹ Cass. 13 september 2013, 12-30.138, *AJ Collectivités Territoriales* 2013, 517 en *Revue critique de droit international privé* 2013, 909, noot P. HAMMJE; Cass. 6 april 2011, 10-19.053, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNEDÉ en *Revue critique de droit international privé* 2011, 722, noot P. HAMMJE; Cass. 17 december 2008, 07-20468, *Revue critique de droit international privé* 2009, 320, noot P. LAGARDE, *La Semaine Juridique Edition Générale* 2009, II 10020, 37, noot A. MIRKOVIC en noot L. D'AVOUT, *Journal du droit international* 2009, 577, noot S. BOLLÉE en *AJ Famille* 2009, 81, noot F. CHÉNEDÉ.

²⁶² EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, *Menesson/Frankrijk*, § 100; J. VAN DEN SANDE, "De juridische erkenning van wensmoeders in draagmoederschapszaken", *T.Fam.* 2020, nr. 4, 101-108.

van art. 8 EVRM, waardoor Frankrijk op de één of andere manier toch in de mogelijkheid moet voorzien om een juridische afstammingsband vast te stellen tussen de wensmoeder en het kind.²⁶³

5.3.1.3. Nederland

166. Overeenkomstig art. 151b Sr. wordt als draagmoeder aangemerkt “*de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen*”. De wensouders zijn dan deze ‘andere’ waarvoor de draagmoeder het kind baart. Ook hier wordt een voorafgaande overeenkomst vereist tussen de wensouders en de draagmoeder.²⁶⁴

167. In tegenstelling tot Frankrijk en Duitsland, kent Nederland sinds twee jaar wel een wettelijke regeling omtrent altruïstisch draagmoederschap. Altruïstisch draagmoederschap werd pas in de zomer van 2019 voor het eerst wettelijk geregeld. Zowel onbetaald als betaald draagmoeder zijn, blijft onbestraft in Nederland.²⁶⁵ De draagmoederschapsovereenkomst is, naar Nederlands recht, geldig. De overeenkomst kan door de rechter zelfs ontbonden worden tot op het moment van de geboorte om de belangen van de draagmoeder te waarborgen.²⁶⁶ Het draagmoederschap *an sich* is in Nederland dus niet verboden.²⁶⁷

168. Nederland kent eveneens al sinds geruime tijd een verbod op commercieel draagmoederschap. Het is namelijk verboden om beroeps- of bedrijfsmatig te bemiddelen tussen draagmoeder en wensouders, te adverteren voor zo’n bemiddeling en in het openbaar een draagmoeder aan te bieden of te zoeken naar een draagmoeder.²⁶⁸ Hierbij wordt niet enkel bemiddeling met winst oogmerk geïmagineerd, maar ook de geregelde en stelselmatige bemiddeling zonder winst oogmerk.²⁶⁹ Dit impliceert dat het wel mogelijk is om in privé sfeer te bemiddelen inzake draagmoederschap.²⁷⁰ De reden achter dit verbod is dat de wetgever wil vermijden dat wensouders omwille van andere redenen dan medische of biologische dergelijke overeenkomst aan zouden gaan.²⁷¹

²⁶³ J. VAN DEN SANDE, “De juridische erkenning van wensmoeders in draagmoederschapszaken”, *T.Fam.* 2020, nr. 4, 101-108.

²⁶⁴ RIJKSOVERHEID, *Kind en Ouders in de 21 ste Eeuw: Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap*, Den Haag, Xerox/OBT, 2016, 268 (Hierna: Rapport Herijking Ouderschap).

²⁶⁵ Rapport Herijking Ouderschap, 276.

²⁶⁶ RTL Nieuws, “Historische doorbraak: rechten draagmoeders en wensouders voortaan direct vastgelegd”, RTL Nieuws, 2019, <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/politiek/artikel/4776981/draagmoederschap-deelgezag-homostel-meerouderschap-regenboogouders> [laatst geconsulteerd op 24 april 2021].

²⁶⁷ M. SCHOOTS, J. VAN ARKEL en S. DERMOUT, “Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?”, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, (189) 191.

²⁶⁸ Art. 151b en art. 151c Sr.

²⁶⁹ Rapport Herijking Ouderschap, 277.

²⁷⁰ E. VAN GALEN-HERRMANN, “Voorgestelde strafbepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap”, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1991, (114) 114.

²⁷¹ Kamerstukken II 2009-2010, 32123-XVI, nr. 30, 2.

Hieruit blijkt dat er in Nederland enkel sprake is van commercialisatie wanneer de bijkomende criteria aanwezig zijn. Het subjectief criterium, dus het intentioneel element, speelt een minder doorslaggevende rol.

169. Ook in Nederland is het afstammingsrecht niet aangepast, waardoor beroep moet worden gedaan op de algemene wettelijke regelingen, van delen van het overeenkomstenrecht, van de regeling voor afstamming of adoptie en van de regeling voor het beëindigen en toekennen van gezag.²⁷² De adoptie moet in Nederland eveneens in het kennelijk belang van het kind zijn.²⁷³ De voorwaarden voor de adoptie staan voorts opgesomd in art. 1:228 BW. Na de geboorte van het kind via draagmoederschap bestaat dus nog steeds een lange tijd van rechtsonzekerheid vooraleer vaststaat wie als juridische ouders van het kind kunnen worden aangemerkt.²⁷⁴

5.3.2. Toelating van commercieel draagmoederschap

5.3.2.1. Californië

170. Commercieel draagmoederschap is naar Californisch recht een persoon of organisatie die zich bezighoudt met het maken van reclame om zo wensouders en draagmoeders bij elkaar te brengen of het optreden als tussenpersoon bij een draagmoederschapsovereenkomst, of het aanrekenen van een vergoeding voor de verleende diensten.²⁷⁵

171. Californië kent een wettelijke regeling omtrent draagmoederschap sinds 1 januari 2013. Commercieel draagmoederschap wordt hier expliciet wettelijk toegelaten. Op deze manier poogt de wetgever fraude tegen te gaan.²⁷⁶ Artikel 7960 van de Family Code geeft een omvattende lijst met definities, zodat duidelijk wordt aangegeven wat onder de verschillende begrippen moet worden verstaan en wat wettelijk is toegelaten.

In Californië wordt voornamelijk rekening gehouden met de bijkomende elementen en het objectief element (*supra*, nr. 28-30) om tot commercialisatie te besluiten. Onder draagmoederschap verstaat de Californische wetgever namelijk "een persoon of organisatie die zich bezighoudt met een van de volgende activiteiten:

(1) Reclame voor het werven van partijen bij een overeenkomst voor geassisteerde voortplanting of voor het doneren van eicellen voor gebruik door een andere persoon dan de aanbieder van de eicellen, of het optreden als tussenpersoon tussen de partijen bij een overeenkomst voor geassisteerde voortplanting of eiceldonatie.

(2) Het in rekening brengen van een vergoeding of een andere waardevolle vergoeding voor verleende diensten met betrekking tot een overeenkomst voor geassisteerde voortplanting of eiceldonatie."

²⁷² Rapport Herijking Ouderschap, 268.

²⁷³ Art. 1:227 lid 3 BW.

²⁷⁴ Rapport Herijking Ouderschap, 276.

²⁷⁵ CA Fam Code §7960 (e) (2).

²⁷⁶ CA Fam Code Article 7960.

Het intentioneel element speelt hier niet zozeer een rol, waarschijnlijk mede doordat het niet strafbaar is om winst te genereren. Reclame maken voor draagmoederschap en bemiddelen tussen de wensouders en draagmoeders wordt expliciet toegelaten, net zoals het aanrekenen van een vergoeding, van welke hoogte dan ook. Bijgevolg wordt hier ook geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende gradaties (*supra*, nr. 24-26) zoals in België het geval is.

172. In tegenstelling tot de rechtsstelsels waar (commercieel) draagmoederschap uit den boze is, wordt hier geen gebruik gemaakt van de adoptie- en erkenningsprocedure om een afstammingsband vast te stellen. De afstammingsband wordt in Californië gevestigd door het intentioneel ouderschap.²⁷⁷ De wensouder is "een persoon, gehuwd of ongehuwd, die blijk geeft van de intentie om wettelijk gebonden te zijn als ouder van een kind dat wordt geboren via begeleide voortplanting".²⁷⁸ De afstamming wordt in de overeenkomst al vastgelegd alvorens het kind is geboren.²⁷⁹ Zelfs wanneer de wensouders geen genetische band hebben met het kind dat wordt geboren via draagmoederschap, heeft de rechtbank geoordeeld dat ze toch de juridische ouders van het kind zijn op basis van de Uniform Parentage Act, omwille van het simpele feit dat ze de intentie hebben om een kind te verwekken.²⁸⁰

In vergelijking met het Belgische recht wordt de afstammingsband dus gevestigd zoals bij medisch begeleide voortplanting, waarbij de wensouders ook als juridische ouders worden beschouwd. Dit is een uitzondering op het principe dat de biologische band tussen kind en ouder doorslaggevend is. Ook in Californië is het wensouderschap een uitzondering op het biologisch ouderschap.

173. De adoptieprocedure is in Californië bovendien geen mogelijkheid om een afstammingsband vast te stellen ten opzichte van het kind dat wordt geboren via draagmoederschap, omdat deze procedure op belangrijke punten verschilt van het draagmoederschap.²⁸¹

Dit is een verschilpunt met België, aangezien de adoptieprocedure, samen met de erkenningsprocedure, vaak de enige mogelijkheid is om een afstammingsband vast te stellen tussen de wensouders en het kind dat wordt geboren via draagmoederschap.

5.3.2.2. Oekraïne

174. Oekraïense wetgeving biedt geen uitgebreide lijst aan definities van draagmoederschap, zoals in Californië het geval is. Dit is dus, net zoals in België en Frankrijk, een lacune in de wetgeving. Er worden wel een aantal beperkingen opgelegd aan het draagmoederschap. Ten eerste is het vereist dat de wensouders getrouwd zijn, aangezien enkel echtgenoten als juridische ouders kunnen worden

²⁷⁷ *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776, 19 Cal.Rptr.2d 494, 61 USLW 2721 (Cal. 1993) (20 mei 1993).

²⁷⁸ CA Fam Code §7960 (c); Act; Section 809 (a) Uniform Parentage Act.

²⁷⁹ CA Fam Code §7613; CA Fam Code §7633; Section 811 Uniform Parentage Act.

²⁸⁰ *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (4th Dist. 1998) (10 maart 1998).

²⁸¹ *In re Doe*, 7 Misc.3d 352, 793 N.Y.S.2d 878 (N.Y. Count.) (25 januari 2005).

geregistreerd.²⁸² Ten tweede is enkel een heteroseksueel huwelijk geldig in Oekraïne, waardoor het is uitgesloten dat homoseksuele koppels als wensouders optreden.²⁸³

Dit zijn verschilpunten met de andere rechtsstelsels die al zijn besproken, aangezien het van geen belang is of de wensouders getrouwd zijn en welke seksuele geaardheid ze hebben. Dit kan verklaard worden vanuit het feit dat seksueel contact tussen mannen of tussen vrouwen tot voor kort nog strafbaar was en de Oekraïense wetgever dit eigenlijk nog steeds niet wil bevorderen.

175. Sinds 2002 is draagmoederschap en draagmoederschap in combinatie met eiceldonatie absoluut legaal in Oekraïne.²⁸⁴ De Oekraïense wetgeving vermeldt niets over commercieel draagmoederschap. Er bestaat echter wel het principe van de contractvrijheid, op basis waarvan de partijen vrij kunnen bepalen wie de tegenpartij is en wat de tegenprestatie is.²⁸⁵ Deze bepalingen vormen dus de basis voor een levendige commerciële draagmoederschapsmarkt, aangezien commercieel draagmoederschap nergens door de wetgeving is verboden. Hieruit kan bijgevolg worden afgeleid dat commercieel draagmoederschap volkomen legaal is.

176. De afstammingsband in Oekraïne wordt op dezelfde manier geregeld als in Californië, namelijk op basis van het intentioneel ouderschap. Ook hier worden de wensouders als juridische ouders aangemerkt wanneer een kind wordt geboren via draagmoederschap.²⁸⁶ De donor of draagmoeder heeft tevens geen ouderlijk gezag over het kind en ze kan de afstammingsband langs moederszijde ook niet betwisten.²⁸⁷

5.4. Conclusie

177. Uit de interne rechtsvergelijking blijkt dat draagmoederschap te complex is om dit naar analogie met één van de andere wetten te regelen (*infra*, bijlage 1). De adoptieprocedure is geen wenselijke oplossing om de afstammingsband na draagmoederschap vast te stellen. Wel is het aangewezen om de strafbaarstelling op een gelijkaardige manier te regelen, mede doordat het verbod op commerciële adoptie heel helder is opgesteld. De meest gelijkaardige regeling is die van de medisch begeleide voortplanting doordat dezelfde voortplantingstechnieken worden gebruikt. Deze is echter onvoldoende uitgewerkt om een heldere regeling te bieden voor draagmoederschap. Ten eerste is niet duidelijk, onder geen van de wetten bovendien, wat als commercialisatie kan worden beschouwd, mede doordat dit in het Belgische recht een discussiepunt is. Ook het feit dat er tussen de MBV-wet, de Embyrowet, de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal en de Orgaantransplantatiewet een verscheidenheid aan begrippen bestaat omtrent het commercieel karakter, draagt niet bij aan een coherente regeling. Ten tweede is het idee van een vergoeding die bij KB kan worden vastgesteld geen ideale keuze. Zoals blijkt uit de interne vergelijking, is dit tot op

²⁸² Art. 123 (2) Family Code Ukraine.

²⁸³ Art. 21 (1) Family Code Ukraine.

²⁸⁴ K. PONNIAH, "In search of surrogates, foreign couples descend on Ukraine", 13 februari 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-42845602>.

²⁸⁵ Art. 6 (1) Civil Code of Ukraine; Art. 627 (1) Civil Code of Ukraine.

²⁸⁶ Art. 123 (2) Family Code of Ukraine.

²⁸⁷ Art. 139 (2) Family Code of Ukraine.

heden enkel uitgewerkt voor de Orgaantransplantatiewet, waardoor er veel rechtsonzekerheid bestaat over het al dan niet toekennen van een (beperkte) vergoeding. Ten derde is het fenomeen van draagmoederschap nog veel complexer dan alle andere regelingen, doordat er een overeenkomst moet worden gesloten, de voorwaarden, rechten en plichten van de draagmoeder en de wensouders duidelijk moeten worden uiteengezet, de vergoeding moet worden bepaald die de grens van de commercialiteit niet mag overschrijden en daarenboven ook nog eens het vaststellen van de afstammingsband moet worden geregeld. Er komt dus heel wat meer bij kijken dan bij bijvoorbeeld het doneren van een nier, waardoor een specifieke wetgeving op maat wenselijk is.

178. De externe rechtsvergelijking toont aan dat ieder rechtssysteem zijn eigen regeling heeft met onderlinge verschillen, zowel in de rechtsstelsels die een verbod kennen als in de rechtsstelsels die commercieel draagmoederschap toelaten (*infra*, bijlage 2).

In de landen waar een verbod op (commercieel) draagmoederschap bestaat, blijkt vooral het vaststellen van een afstammingsband problematisch, doordat dit altijd via een alternatieve weg moet, zoals adoptie of erkenning. In Frankrijk is het vaststellen van een afstammingsband zelfs zo goed als onmogelijk. Ook het definiëren wat onder commercieel draagmoederschap valt, is in de meeste landen zeer verschillend en onduidelijk. De strafbaarstelling verschilt eveneens van land tot land, doordat soms enkel de bemiddelende derden worden bestraft en soms ook de draagmoeder en wensouders worden geïsoleerd.

De landen die commercieel draagmoederschap toelaten, kennen ook een verschillende regeling. In Californië wordt dit duidelijk geregeld met een lijst aan definities en een duidelijke regeling voor het vaststellen van de afstammingsband, terwijl Oekraïne eerder stil is omtrent het commercieel karakter, waardoor de toelating wordt gebaseerd op het principe van de contractvrijheid. Deze twee landen kennen wel een regeling voor het vaststellen van de afstammingsband op basis van het intentioneel ouderschap, wat ingeval van draagmoederschap de meest wenselijke uitkomst is.

179. Commercieel draagmoederschap vereist dus een zelfstandige regeling die allesomvattend en helder is. Een verbod op commercieel draagmoederschap is mogelijk en misschien zelfs wenselijk, maar er moeten toch wat nuances worden aangebracht wanneer wordt vergeleken met andere landen. Om te beginnen is het belangrijk dat een lijst met definities wordt opgesteld (zoals in Californië), zodat duidelijk wordt wat onder de verschillende begrippen moet worden verstaan. Vooral een duidelijk kader omtrent commercialisatie is hoogstnoodzakelijk. Vervolgens is een strafbaarstelling vereist die gelijkaardig is aan de strafbaarstelling bij de andere rechtsfiguren, zodat er geen ongerechtvaardigd onderscheid ontstaat. Verder moet duidelijk worden bepaald welke vergoedingen toch kunnen worden aanvaard in de context van draagmoederschap. Tot slot moet de mogelijkheid bestaan om, zelfs wanneer wordt gehandeld in strijd met de wet, toch een afstammingsband vast te stellen, mits strafbaarstelling van de partijen, wanneer dit in het hoger belang van het kind is.

6. ALGEMENE CONCLUSIE

180. Uit deze uiteenzetting blijkt dat commercieel draagmoederschap een fenomeen is dat vaker voorkomt dan in eerste instantie wordt gedacht. Het is namelijk een oplossing voor koppels die zelf geen kinderen kunnen krijgen omwille van medische redenen om zo hun kindwens toch in vervulling te laten gaan. Het grote pijnpunt is echter dat er geen wettelijke regelgeving bestaat omtrent het fenomeen, waardoor er niet alleen rechtsonzekerheid bestaat over de rechtsgeldigheid van de praktijk, maar ook over de gevolgen inzake de afstammingsband tussen de wensouders en het kind. Het is onmiskenbaar dat de Belgische wetgever hier verandering in moet brengen, zodat deze bron van rechtsonzekerheid na ontelbare jaren wordt weggewerkt. De vraag rijst echter of een verbod op commercieel draagmoederschap noodzakelijk is of dat toch bepaalde vormen van financiële voordelen voor de draagmoeder toegelaten kunnen worden.

6.1. Noodzaak verbod op commercieel draagmoederschap?

181. De vraag die aan het einde van dit onderzoek moet worden beantwoord, is of een verbod op commercieel draagmoederschap zich opdringt vanuit ethisch perspectief en vanuit het EVRM, het IVRK en het Handvest van de Grondrechten.

182. Onder de leden van het Raadgevend Comité voor de Bio-ethiek bestaat consensus dat draagmoederschap wettelijk zou moeten worden geregeld en dus ook principieel ethisch aanvaardbaar is (*supra*, nr. 69). Over de ethische geoorlooftheid van commercieel draagmoederschap bestaat evenwel discussie. De reden van deze discussie is dat er nog geen eensgezindheid bestaat over de grens tussen commercialiteit en niet-commercialiteit. De afbakening van dit begrip is tot op heden onduidelijk en vatbaar voor verschillende interpretaties. De meerderheid van de leden van het Comité neigt echter naar de kant van een verbod op commercieel draagmoederschap, omwille van het risico op kinderhandel en uitbuiting van maatschappelijk zwakkere vrouwen (*supra*, nr. 68).

183. Geen van de mensenrechtelijke verdragen kent een regeling omtrent commercieel draagmoederschap. Uit het EVRM kan geen verplichting worden afgeleid om commercieel draagmoederschap wettelijk te regelen, dus ook niet om een verbod in te richten (*supra*, nr. 113-114). Uit het IVRK en het Handvest van de Grondrechten blijkt echter wel dat een verbod op commercieel draagmoederschap noodzakelijk is, omwille van het verbod op kinderhandel en het principe van niet-commercialiteit van het menselijk lichaam (*supra*, nr. 129 en 133). De vraag rijst evenwel welke vormen van een geldelijke vergoeding kunnen worden toegelaten en welke elementen in rekening moeten worden genomen om tot commercialiteit te kunnen besluiten.

184. Vanuit ethisch en mensenrechtelijk perspectief blijkt dus dat er toch eerder wordt gepleit voor een verplichting voor de Belgische wetgever om commercieel draagmoederschap wettelijk te verbieden.

185. In hoeverre is een dergelijk verbod echter ook wenselijk? Mijns inziens kunnen er namelijk verschillende redenen worden aangehaald waarom de draagmoeder wel recht zou hebben op een vergoeding die eventueel zelfs de kosten van de zwangerschap overschrijdt.

De draagmoeder ondergaat, zelfs wanneer ze uit vrije wil haar toestemming heeft gegeven, de risico's verbonden aan de zwangerschap. Het is niet zeker of er complicaties zullen optreden en ook de bevallingswijze is onzeker aan het begin van de zwangerschap. Bij een natuurlijke bevalling kunnen er complicaties optreden, maar aan een bevalling via keizersnede hangen daarenboven ook de risico's vast die aan elke operatie inherent zijn en kan ze zelfs tot een aantal maanden nadien last ondervinden van deze keizersnede. Doordat er zoveel bij komt kijken, is het ook moeilijk om in te schatten wat de kosten van de zwangerschap inhouden en wat hieronder kan en moet vallen. De bedenkingen die kunnen worden gemaakt, zijn dan ook, naar mijn mening, voor welke periode de draagmoeder kosten mag aanrekenen en of er eventueel een bepaald maximumbedrag moet worden opgelegd.

Er komen tevens ook heel wat andere kosten kijken bij een zwangerschap dan enkel de medische kosten, zoals zwangerschapskledij, inkomstenverlies, verplaatsingskosten, kosten voor kinesitherapie na de zwangerschap en eventueel ook thuisverpleging wanneer het een bevalling met keizersnede betreft. Dit zijn kosten waarmee, mijns inziens, eveneens rekening moet worden gehouden bij een wettelijke regeling en die ook geoorloofd zouden moeten zijn.

Tot slot speelt ook het mentale aspect een grote rol. De draagmoeder heeft het kind negen maanden gedragen en ze kan zelfs de biologische moeder van het kind zijn. Tijdens deze negen maanden ontwikkelt zich tussen de draagmoeder en het ongeboren kind een band. Het kind na deze periode afstaan, kan geen gemakkelijke opdracht zijn, zelfs niet wanneer de draagmoeder er op voorhand mee heeft ingestemd. Zelfs wanneer het een altruïstisch draagmoederschap betreft, zou het mogelijk moeten zijn dat de wensouders de draagmoeder hiervoor bedanken op een manier die zij passend achten, ongeacht of het een geldelijke vergoeding of een symbolische gift betreft.

186. Een verbod op commercieel draagmoederschap is dus, om in overeenstemming te zijn met de mensenrechtelijke verdragen, noodzakelijk en zelfs verplicht en vanuit ethisch standpunt ook verantwoord. Om tot een verbod te komen, moeten evenwel nog een aantal zaken worden verduidelijkt, zoals de afbakening van het begrip commercialisatie (*supra*, nr. 31), de kostenposten, de rechtsgeldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst (*supra*, nr. 51-55), ... Het puur commercieel draagmoederschap, waarbij wordt gehandeld uit winstbejag en waarbij de draagmoeder monsterbedragen vraagt voor haar baarmoeder, is uit den boze. Andere vormen, zoals altruïstisch, vergoedend en verlonend draagmoederschap zouden, naar mijn mening, zonder twijfel moeten worden toegelaten. Hierbij moeten ook vergoedingen mogelijk zijn zoals de partijen zelf wenselijk achten.

6.2. Hoe kan de Belgische wetgever dit aanpakken?

187. Uit de externe rechtsvergelijking blijkt dat geen enkel land er tot op heden in is geslaagd om tot een allesomvattende wettelijke regeling te komen, ongeacht of deze landen een verbod kennen op commercieel draagmoederschap of dat ze dit toelaten (*supra*, nr. 179-180). Ook de interne rechtsvergelijking biedt geen soelaas, aangezien de situatie van draagmoederschap zo complex is dat een analoge toepassing onmogelijk is (*supra*, nr. 145, 150 en 155). Het vergoedingssysteem, waarbij de vergoeding bij KB kan worden vastgelegd, blijkt ook geen werkbare oplossing (*supra*, nr. 138).

188. Ook de wetsvoorstellen die in België al zijn ingediend, bieden geen heldere en omvangrijke regeling (*supra*, nr. 95-102). Er bestaat bovendien nog steeds geen eensgezindheid over de eventuele toelaatbaarheid van commercieel draagmoederschap en over welke vormen toch verboden zouden moeten worden (*supra*, nr. 94).

189. De rechtsonzekerheid die op dit moment bestaat bij een situatie van (commercieel) draagmoederschap, moet absoluut weggewerkt worden. De vraag rijst dan hoe de Belgische wetgever dit best kan regelen.

190. Vooreerst zal de wetgever een heldere begrippenlijst moeten opnemen in de wet, zodat duidelijk blijkt wat onder de verschillende begrippen wordt verstaan en welke criteria in aanmerking worden genomen om tot commercialisatie te besluiten. Californië heeft dit bijvoorbeeld heel duidelijk opgenomen in haar wetgeving (*supra*, nr. 172). Zowel altruïstisch, verlonend als commercieel draagmoederschap moet worden opgenomen in deze nieuwe wetgeving. Om tot een allesomvattende regeling te komen, wordt niet alleen hoogtechnologisch, maar ook laagtechnologisch draagmoederschap best geregeld (*supra*, nr. 102).

De draagmoederschapsovereenkomst verdient tevens bijzondere aandacht. Tot op heden is deze volgens de meerderheid absoluut nietig en dus niet afdwingbaar (*supra*, nr. 52). Wanneer draagmoederschap wettelijk wordt geregeld, zal de overeenkomst gereguleerd moeten worden, zodat deze, weliswaar onder bepaalde voorwaarden, als rechtsgeldig wordt aangemerkt en afdwingbaar is voor de rechtbank.

Voorts zal de wet ook een aantal strafbepalingen moeten voorzien, ingeval de wet niet wordt nageleefd en er toch sprake zou zijn van een commercieel draagmoederschap. De strafbaarstelling kan eventueel naar analogie worden geregeld met de strafbaarstelling van commerciële adoptie (*supra*, nr. 143-145) of commerciële medisch begeleide voortplanting (*supra*, nr. 146).

Tot slot moet de wet ook het afstammingsrecht aanpassen, zodat de wensouders automatisch de juridische ouders zijn van het kind dat wordt geboren via draagmoederschap. Een regeling naar analogie met medisch begeleide voortplanting is perfect mogelijk.

6.3. Gevolgen wettelijk verbod op commercieel draagmoederschap

191. Wanneer België een verbod op commercieel draagmoederschap inschrijft, moet eveneens voorzien worden wat de gevolgen zijn van dergelijk verbod. De wet zal moeten bepalen of er, bij overtreding van de wet, nog steeds een afstammingsband kan worden vastgesteld. Ook de strafbaarstelling van de wensouders, de draagmoeder en eventuele bemiddelende derden moet duidelijk worden geregeld.

192. Eén van de grootste pijnpunten aan het gebrek van een wettelijke regeling, is dat ouders vaak geen afstammingsband kunnen laten erkennen ten opzichte van het kind. De enige mogelijkheid is om het kind via adoptie in hun gezin op te nemen. Dit is echter heel omslachtig en bovendien ook onzeker, aangezien de adoptie nog steeds kan worden geweigerd (*supra*, nr. 141).

193. Wanneer een verbod wordt ingeschreven in het Belgische recht, is een regeling naar analogie met Frankrijk, Duitsland of Nederland geen ideaal scenario. Het afstammingsrecht is in geen van deze landen aangepast aan de situatie van het draagmoederschap (*supra*, nr. 162, 165 en 169). De draagmoeder heeft niet de intentie om het kind zelf op te voeden, de wensouders wel. Het is dus, mijns inziens, noodzakelijk dat er in elk geval een afstammingsband tussen de wensouders en het kind tot stand komt, zelfs bij overtreding van de wet. Het is in het hoger belang van het kind om in een gezin terecht te komen waar het welkom en gewenst is. Wanneer dit niet het geval is, kan dit tot zeer schrijnende situaties leiden en wordt het belang van het kind duidelijk miskend.

194. Het totstandkomen van een afstammingsband heeft echter niet tot gevolg dat de partijen vrijuit gaan. Ingeval het draagmoederschap toch als commercieel draagmoederschap wordt gekwalificeerd, zijn zowel de draagmoeder, de wensouders als eventueel tussenkomende derden strafbaar. Ook de fertiliteitscentra die meewerken aan deze vorm van draagmoederschap zouden in dit geval een straf moeten kunnen krijgen.

195. Draagmoederschap is, zeker ethisch gezien, een zeer delicate kwestie, commercieel draagmoederschap is dit nog meer. De grens tussen commercieel en niet-commercieel is uitermate vaag en dus ook heel moeilijk te bepalen. Net daarom is een heldere, allesomvattende regeling essentieel. Wanneer de Belgische wetgever echter rekening houdt met de hierboven aangehaalde aspecten, zou België, naar mijn mening, wel eens het eerste land kunnen zijn waar commercieel draagmoederschap zo goed is geregeld. Koppels die via draagmoederschap hun kinderwens toch kunnen vervullen, zullen met deze wettelijke regeling zonder extra zorgen een kindje in hun armen kunnen sluiten.

7. BIBLIOGRAFIE

7.1. Wetgeving

7.1.1. Internationaal

Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, *BS* 17 januari 1992, 805.

Facultatief protocol van 25 mei 2000 bij het verdrag inzake de rechten van het kind, inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie, *BS* 27 maart 2006.

Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, *BS* 6 juni 2005, 26063.

UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 29 May 2013, CRC /C/GC/14, available at: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>.

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 januari 2018, A/HRC/37/60, 20 p.

UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, 15 juli 2019, A/74/162, 22 p.

COUNCIL OF EUROPE, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (CoE) on the right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2020, 148 p.

7.1.2. Europees

Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, *BS* 19 augustus 1955, 5029.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 18 december 2000.

7.1.3. Californië

Family code van 13 July 1992, Stats. 1992, Ch. 162, 463–722.

Uniform Parentage Act van 15 november 2017, ULC.

7.1.4. Oekraïne

Law No. 2947-II, Family Code [Ukraine], 1 January 2003, available at: <https://www.refworld.org/docid/4c4575d92.html>.

Law No. 177-IV, Civil Code of Ukraine [Ukraine], 16 January 2003, available at: <https://www.refworld.org/docid/5d6652ac4.html>.

7.1.5. Duitsland

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, Drucksache 11/41454, 9 maart 1983.

Bürgerliches Gesetzbuch, 1 januari 1900.

Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG), 2 Juli 1976.

Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG), 13 December 1990, Bundesgesetzblatt 1990 Part I, No. 69, 2746.

7.1.6. Frankrijk

Code Civil 21 maart 1804.

Code Pénal 1 januari 1811, Bulletin des lois n.º 277bis, n.º 1-7.

ANDRÉ, M., MILON, A. en DE RICHEMONT, H., *Rapport d'information sur la maternité pour autrui*, Sénat 2007-08, nr. 421, 119 p.

7.1.7. Nederland

Nederlands Burgerlijk Wetboek.

Wetboek van Strafrecht 3 maart 1981, *Stb.* 1881, 35.

Kamerstukken II 2009-2010, 32123-XVI, nr. 30, 2.

7.1.8. België

Burgerlijk Wetboek, *BS* 21 maart 1804.

Strafwetboek, *BS* 9 juni 1867, 3133.

Wet betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 14 februari 1987, 2129.

Wet betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, *BS* 8 oktober 1994, 25624.

Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38.575.

Wet inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, *BS* 19 december 2008, 68774.

Wet betreffende het onderzoek op embryo's in vitro, *BS* 28 mei 2003, 29287.

Koninklijk besluit tot vaststelling van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in artikel 4 § 2 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 27 maart 1987, nr. 4589.

Wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, *Parl.St.* Kamer 2007, nr. 0170/001.

Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2007, nr. 4-193/1.

Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-130/1.

Wetsvoorstel betreffende de draagmoeders, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-160/1.

Wetsvoorstel betreffende het draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010, nr. 5-236/1.

Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-929/1.

Voorstel van resolutie van 9 juni 2011 betreffende de internationale regeling van draagmoederschap, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1075/1.

Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-532/1.

Informatieverslag betreffende een onderzoek van de mogelijkheden voor een wettelijke regeling van meeoouderschap, *Parl.St.* Senaat 2015-16, nr. 6-98/2.

Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0608/001.

Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek wat betreft het commercieel draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0633/001.

Wetsvoorstel houdende organisatie van centra voor draagmoederschap, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 0855/001.

Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat, nr. 3-1440/9, 6 en 70.

Vr. en Antw. Kamer 2016-17, 30 november 2016, 61-62 (*Vr.* nr. 1472 C. FONCK).

RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende zwangerschap-voor-een-ander (draagmoederschap)*, 5 juli 2004, nr. 30, Zwangerschap voor een ander (belgium.be), 35 p.

RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen*, 10 december 2007, nr. 43, Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (belgium.be), 52 p.

7.2. Rechtspraak

7.2.1. Europees

EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, Tyrer/The United Kingdom.

EHRM 13 juni 1979, nr. 00006833/74, Marckx/België.

EHRM 26 maart 1985, nr. 8979/80, X en Y/Nederland.

EHRM 22 april 1997, nr. 75/1995/581/667, X, Y and Z/The United Kingdom.

EHRM 7 maart 2006, nr. 6339/05, Evans/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 9 november 2006, nr. 11449/02, Tavli/Turkije.

EHRM 18 april 2006, nr. 44362/04, Dickson/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03, Tysiac/Polen.

EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, Evans/Verenigd Koninkrijk (Gr. Kamer).

EHRM 4 december 2007, nr. 44362/04, Dickson/Verenigd Koninkrijk (Gr. Kamer).

EHRM 13 december 2007, nr. 39051/03, Emonet et. al/Zwitserland.

EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, E.B./Frankrijk.

EHRM 13 januari 2009, nr. 33932/06, Todorova/Italië.

EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, S.H. et al./Oostenrijk.

EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, Moretti en Benedetti/Italië.

EHRM 10 juni 2010, nr. 25762/07, Schwizgebel/Zwitserland.

EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse/Nederland.

EHRM 4 oktober 2012, nr. 43631/09, Harroudj/Frankrijk.

EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson/France.

EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee/France.

EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, D. en anderen/België.

EHRM 3 oktober 2014, nr. 12738/10, Jeunesse/Nederland.

EHRM 21 juli 2016, nr. 9063/14 en 10410/14, Foulon en Bouvet/Frankrijk.

EHRM 19 januari 2017, nr. 44024, Laborie/Frankrijk.

EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië.

EHRM 10 april 2019, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, nr. P16-2018-001.

EHRM 16 juli 2020, nr. 11288/18, D./Frankrijk.

7.2.2. Verenigde Staten

Johnson v. Calvert, 5 Cal.4th 84, 851 P.2d 776, 19 Cal.Rptr.2d 494, 61 USLW 2721 (Cal. 1993) (20 mei 1993).

In re Marriage of Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410 (4th Dist. 1998) (10 maart 1998).

In re Doe, 7 Misc.3d 352, 793 N.Y.S.2d 878 (N.Y. Count.) (25 januari 2005).

7.2.3. Duitsland

AG Düsseldorf 19 november 2010, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 10796.

AG Hamm 22 februari 2011, *Beck-Rechtsprechung* 2011, 25140.

AG Düsseldorf 19 november 2010, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 10796.

LG Düsseldorf 15 maart 2012, *Beck-Rechtsprechung* 2012, 19794.

LG Frankfurt 3 augustus 2012, *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, 3111.

7.2.4. Frankrijk

Cass. 31 mei 1991, *Recueil Dalloz* 1991, 417, noot D. THOUVENIN, *La Semaine Juridique Edition Générale* 1991, II, 21752, noot F. TERRÉ, *JT* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON en *Revue critique de droit international privé* 1991, 711, noot C. LABRUSSE-RIOU.

Cass. 29 juni 1994, *Recueil Dalloz* 1994, 581, noot Y. CHARTIER en *JT* 1995, 149.

Cass. 9 december 2003, 01-03927, *Recueil Dalloz* 2004, 1998, noot E. POISSON-DROCOURT en *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, 75.

Cass. 17 december 2008, 07-20468, *Revue critique de droit international privé* 2009, 320, noot P. LAGARDE, *La Semaine Juridique Edition Générale* 2009, II 10020, 37, noot A. MIRKOVIC en noot L. D'AVOUT, *Journal du droit international* 2009, 577, noot S. BOLLÉE en *AJ Famille* 2009, 81, noot F. CHÉNÉDÉ.

Cass. 6 april 2011, 10-19.053, *AJ Famille* 2011, 262, noot F. CHÉNÉDÉ en *Revue critique de droit international privé* 2011, 722, noot P. HAMMJE.

Cass. 13 september 2013, 12-30.138, *AJ Collectivités Territoriales* 2013, 517 en *Revue critique de droit international privé* 2013, 909, noot P. HAMMJE.

7.2.5. België

GwH 19 december 1991, nr. 31/91.

GwH 29 juni 1994, nr. 51/94.

Cass. 8 april 1999, *Arr.Cass.* 1999, 474, *DAOR* 2000, 356, noot F. MOURLON BEERNAERT en *TBH* 1999, 855, commentaar I. CLAEYS.

Gent (jeugd.) 16 januari 1989, *TGR* 1989, 52.

Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *JLMB* 1996, 1182.

Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T.Gez.* 1997-98, 124, noot E. MONTERO.

Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN.

Jeugdrb. Gent (26e k.) 26 september 2003, *RV* 197/2003, onuitg.

Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, 1774, noot F. SWENNEN.

Adoptievonnissen na Rb. Antwerpen (3e k.) 19 december 2008, *tijdschrift@ipr.be* 2010, afl. 4, 140, noot J. VERHELLEN.

Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, 172, advies OM, noot J. SOSSON en *JLMB* 2009, 1083.

Gent (jeugd.) 18 mei 2009, 2009/JZ/40, onuitg;

Jeugdrb. Gent (25e k.) 8 februari 2010, *RV.639.B.2008/25*, onuitg.

Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, 43, noot L. PLUYM.

Jeugdrb. Namen (17e k.) 7 januari 2011, nr. 2919/09, onuitg.

Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, nr. 41/2009/13B, onuitg.

Namen (17e k.) 7 januari 2011, *Act. dr. fam.* 2013, afl. 5, 99, noot N. GALLUS.

Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, nr. 41/2009/13B, onuitg.

Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, *Act. dr. fam.* 2013, afl. 5, 99, noot N. GALLUS.

KI Gent 24 november 2011, nr. 2010/12/116, onuitg.

Jeugdrb. Hoei (11e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, 403, noot van de redactie.

Gent (Jk.) 30 april 2012, *TBBR* 2012, 372, noot G. VERSCHULDEN en *T.Fam.* 2013, 140, noot L. PLUYM.

Corr. Oudenaarde (3e k.) 12 oktober 2012, onuitg.

Gent 4 december 2013, C/1749/13, onuitg.

7.3. Rechtsleer

7.3.1. Boeken

BOELE-WOELKI, K. en ODERKERK, M. (ed.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 191 p.

BOELE-WOELKI, K., CURRY-SUMNER, I., SCHRAMA, W. en VONK, M., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag, Boom, 2011, 353 p.

BOILLET, V., BRUNET, L., COTTIER, M., DE LUZE, E., DETHLOFF, N., GIROUX, M., NAVAS NAVARRO, S., ROCA, M., ESCODA, I., ROKAS, K.A., SHAKARGY, S. en WELLS-GRECO, M., *La gestation pour autrui : approches juridiques internationales*, Limal, Anthemis, 2018, 200 p.

DE BUSSCHER, M., MEESE, J., VAN DER KELEN, D. en VERBIST, J., *Duiding Strafrecht*, Brussel, Larcier, 2018, 930 p.

DE PAGE, H. en MASSON, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1990, 1619 p.

DEBEUCKELAERE, W., MEEUSEN, J. en WILLEKENS, H. (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert. Ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 291 p.

DELVA, W., *Personen- en familierecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1982, 272 p.

DEN HARTOGH, G., *Afscheid van vrijblijvendheid – Beslissystemen voor orgaandonatie in ethisch perspectief*, Den Haag, Centrum voor Ethiek en Gezondheid, 2008, 129 p.

DEWALLENS, F. en VANSWEEVELT, T., *Handboek gezondheidsrecht Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1632 p.

GEESINK, I. en STEEGERS, C., *Nier te koop, baarmoeder te huur*, Amsterdam, Bert Bakker, 2011, 247 p.

GERBER, P. en O'BYRNE, K., *Surrogacy, Law and Human Rights*, London, Routledge, 2017, 238 p.

HEPBURN, L., *Ova-Dose?*, Australia, Allen and Unwin, 1992, 188 p.

HEYVAERT, A., DEBEUCKELAERE, W., MEEUSEN, J. en WILLEKENS, H., *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert. Ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys en Breesch, 2002, 291 p.

KESTEMONT, L. en SCHOUKENS, P., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 144 p.

MASSAGER, N., *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 1013 p.

PLUYM, L., *Draagmoederschap*, Gent, Larcier, 2014, 170 p.

PLUYM, L., *Een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 565 p.

- RENCHON, J.-L. (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 2009, 346 p.
- REYNAERT, P., TAELS, J. en VANHEESWIJCK, G., *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 628 p.
- RIJKSOVERHEID, *Kind en Ouders in de 21 ste Eeuw: Rapport van de Staatscommissie Herijking ouderschap*, Den Haag, Xerox/OBT, 2016, 643 p.
- ROWLAND, R., *Living Laboratories – Women and Reproductive Technologies*, Australia, Sun, 1992, 384.
- SCHAMPS, G. en SOSSON, J. (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel, Bruylant, 2013, 466 p.
- SCHERPE, J.M., *European Family Law Volume III*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2016, 416 p.
- SENAEVE, P. (ed.), *Themis 25 - Personen- en familierecht*, Brugge, Die Keure, 2004, 101 p.
- SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2015, 688 p.
- SENAEVE, P., VERSCHELDEN, G. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 444 p.
- SIMONART, V., ROMAIN, J.-F. en GREGOIRE, M., *L'ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, 327 p.
- SWENNEN, F., *Het personen- en familierecht: een benadering in context*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 585 p.
- TACK, S. EN VERSCHELDEN, G. (eds.), *Medische begeleide voortplanting*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 232 p.
- TERRÉ, F. en FENOUILLET, D., *Droit civil: la famille*, Parijs, Dalloz, 2011, 1109 p.
- TROUET, C., *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 590 p.
- VAN DIJK, G. en HILHORST, M.T., *Financiële stimulering van orgaandonatie – Een ethische verkenning*, Den Haag, Centrum voor Ethiek en Gezondheid, 2007, 54 p.
- VAN GELDER, N., *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 864 p.
- VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten: Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2009, 612 p.
- VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar*, Vol. 1, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1828 p.
- VELAERS, J. (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 628 p.
- VERSCHELDEN, G., *Afstamming in APR*, Mechelen, Kluwer, 2004, 762 p.

VERSCHELDEN, G., *Handboek Belgisch Personen-, familie- en relatievermogensrecht*, Brugge, die Keure / la Chartre, 2021, 1207 p.

VERSCHELDEN, G., *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, 422 p.

WEYTS, B. en VANSWEEVELT, T., *Handboek Verbintenissenrecht (gebonden)*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 1214 p.

WUYTS, T., *Ouderlijk gezag*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 990 p.

7.3.2. Tijdschriften

BER, R., "Ethical Issues in Gestational Surrogacy.", *Theor Med Bioeth* 2000, 153-169.

CAMMU, N., "Kind en ouders in de 21e eeuw: Het rapport van de Nederlandse Staatscommissie Herijking Ouderschap", *T.Fam.* Afl. 2, 53-57.

DE MEUTER, S., "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, 652-653.

DE SUTTER, P., "Over voortplanting, genetica en ethiek", *T.Fam.* 2018, afl. 2, 26-27

DEN HAESE, S., "Ommekeer in de rechtspraak van het EHRM: Intern verbod op draagmoederschap kan niet altijd omzeild worden door zich te beroepen op een draagmoeder in het buitenland", *Tijdschrift@ipr.be* 2017, www.ipr.be, 126-140.

GALLUS, N., "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour Européenne des droits de l'homme", *Rev.dr.ULB* 2005, 13-68.

GENICOT, G., "La maîtrise du début de la vie: la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée", *JT* 2009, (17) 23.

GOLOMBOK, S., BLAKE, L., CASEY, P., ROMAN, G. en JADVA, V., "Children Born Through Reproductive Donation: A Longitudinal Study of Psychological Adjustment", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2013, 1966-1977.

GULDIX, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *RW* 1993-94, 1104-1128.

HERBOTS, P., "Medisch begeleide voortplanting", *NJW* 2008, 336-341.

HOLLAND, S., "Contested Commodities at Both Ends of Life: Buying and Selling of Gametes, Embryos and Body Tissues", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2001, vol. 11, afl. 3, 263-284.

LAMPE, M.-F., "Procréation assistée – Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – Status de l'enfant à naître", *RTDF* 1986, 162.

LÜDERITZ, A., "Verbot von Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes", *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, 1633-1636.

MARTENS, I., "Adoptie. Hervorming van intern en interlandelijk adoptierecht", *NJW* 2006, 338-361.

MARTENS, I., "Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.", *TJK* 2006, nr. 1, 5-19.

MORTIER, F., "Ethici: koele minnaars van draagmoederschap", *TJK* 2006, nr. 1, 20-23.

NYS, H. en WUYTS, T., "De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten", *RW* 2007-08, nr. 19, 762-776.

PLUYM, L., "Adoptie na internationaal draagmoederschap", *T.Fam.* 2012, afl. 2, 45-51.

PLUYM, L., "Adoptie", *TPR* 2012, afl. 4, 1596-1643.

PLUYM, L., "Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders", *TJK* 2014, nr. 1, 92-104.

PLUYM, L., "De invloed van draagmoederschap op adoptie", (noot onder Gent 30 april 2012), *T.Fam.* 2013, 142-147.

PLUYM, L., "Het hobbelige parcours van grensoverschrijdend draagmoederschap en de moeilijke verhouding met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens", *TJK* 2015, afl. 1, 48-66.

PLUYM, L., "Het recht van het kind om zijn ouders te kennen (art. 7.1 IVRK) na heterologe medisch begeleide voortplanting, adoptie en draagmoederschap in België", *TJK* 2012/1, 5-22.

SCHOOTS, M., VAN ARKEL, J. en DERMOUT, S., "Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, 189-191.

SENAEVE, P., "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *VI.T.Gez.* 1988, 247-258.

SOSSON, J., "Le droit de la filiation nouveau est arrivé!", *JT* 2007, (391), 391, nr. 19.

VAN DEN SANDE, J., "De juridische erkenning van wensmoeders in draagmoederschapszaken", *T.Fam.* 2020, nr. 4, 101-108.

VAN GALEN-HERRMANN, E., "Voorgestelde strafbepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap", *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1991, 114.

VANSWEEVELT, T., "Wanneer een wettelijke regeling voor draagmoederschap?", *T.Gez.* 2019-20, afl. 1, 2-3.

VERSCHELDEN, G., "De (on)mogelijkheid tot volle stiefouderadoptie na laagtechnologisch commercieel draagmoederschap", *TBBR* 2012, afl. 8, 374-387.

VERSCHELDEN, G., "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.* 2010, 69-70.

VERSCHELDEN, G., "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR* 2011, 1421-1510.

VEYS, M., "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *TBBR* 2006, nr. 7, 402-415.

X., "Hvb Brussel over draagmoederschap: hoger belang van het kind primeert op notie wetsontduiking", *T.Vreemd.* 2019, afl. 2, 187.

7.4. Varia

BEEL, V., "Protest tegen vijfde beurs voor draagmoeders", Protest tegen vijfde beurs voor draagmoeders - De Standaard.

BOONE, R., "Een voorstel tot wettelijke regeling van draagmoederschap", *Juristenkrant* 2015, afl. 316, 11.

BRONCKAERS, N., "België moet een inhaalbeweging maken om de wetgeving rond draagmoederschap aan te passen aan de realiteit", <https://www.knack.be/nieuws/belgie/belgie-moet-een-inhaalbeweging-maken-om-de-wetgeving-rond-draagmoederschap-aan-te-passen-aan-de-realiteit/article-opinion-1409873.html>.

BRONCKAERS, N., "Draagmoederschap: durven regelen", *Juristenkrant* 2018, afl. 377, 17.

DE GUCHT, J.-J., "Niet wij, maar een Amerikaanse draagmoederschapbeurs beantwoordt de vragen van homokoppels", <https://www.jeanjacquesdegucht.be/opiniestukken/opinie/item/683-niet-wij-maar-een-amerikaanse-draagmoederschapbeurs-beantwoordt-de-vragen-van-homokoppels>.

MDM, "Belgische en haar baby vast in Kiev", http://www.standaard.be/cnt/dmf20180712_03610916.

PONNIAH, K., "In search of surrogates, foreign couples descend on Ukraine", 13 februari 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-42845602>.

RTL Nieuws, "Historische doorbraak: rechten draagmoeders en wensouders voortaan direct vastgelegd", *RTL Nieuws*, 2019, <https://www.rtlnieuws.nl/nieuws/politiek/artikel/4776981/draagmoederschap-deelgezag-homostel-meerouderschap-regenboogouders>.

X., "Draagmoeder verkocht baby D aan hoogstbiedende", <https://www.knack.be/nieuws/belgie/draagmoeder-verkocht-baby-d-aan-hoogst-biedende/article-normal-65926.html>.

X., "Draagmoeder", Advies 2 oktober 2010, www.ordomedic.be.

X., "Nee, wij zoeken géén studentes", <https://www.standaard.be/cnt/us1ntcoi>.

BIJLAGE 1: Overzichtstabel interne rechtsvergelijking

	COMMERCIALISATIE STRAFBAAR?	VERGOEDING?	DUIDELIJKHEID OMTRENT COMMERCIALISATIE?	REGELING NAAR ANALOGIE MOGELIJK?
ADOPTIE	Strafbaarstelling van aanbieden, bemiddelen en adopteren van een kind tegen betaling	Mogelijkheid van adoptiepremie	Ja	Strafbaarstelling naar analogie mogelijk
MEDISCH BEGELEIDE VOORTPLANTING	Strafbaarstelling van commercialisatie van voortplantingsmateriaal	Vergoeding mogelijk bij KB, maar tot op heden nog niet vastgelegd	Nee	Strafbaarstelling naar analogie mogelijk Vaststellen afstammingsband naar analogie mogelijk
WET MENSELIJK LICHAAMSMATERIAAL	Strafbaarstelling van het aanbieden van enig voordeel in ruil voor donatie menselijk lichaamsmateriaal	Vergoeding mogelijk bij KB, maar tot op heden nog niet vastgelegd	Nee	Strafbaarstelling naar analogie mogelijk Regeling omtrent commercialisatie niet mogelijk
EMBRYOWET	Strafbaarstelling van het gebruiken van embryo's, gameten en embryonale stamcellen voor commerciële doeleinden	Vergoeding mogelijk bij KB, maar tot op heden nog niet vastgelegd	Nee	Strafbaarstelling naar analogie mogelijk Regeling omtrent commercialisatie niet mogelijk
ORGAANTRANSPLANTATIEWET	Strafbaarstelling van onvrijwillige en betaalde donaties van levende en overleden donoren	Vergoeding vastgelegd bij KB voor geneeskundige verstrekkingen en kosten voor inkomstenderving ten gevolge van arbeidsongeschiktheid	Nee	Strafbaarstelling naar analogie mogelijk Regeling omtrent commercialisatie niet mogelijk

BIJLAGE 2: Overzichtstabel externe rechtsvergelijking

	DRAAGMOEDERSCHAP VERBODEN OF TOEGELATEN?	HOE WETTELIJK GEREGELD?	AFSTAMMINGSBAND?	REGELING NAAR ANALOGIE MOGELIJK?
DUITSLAND	Verbod op elke vorm van draagmoederschap	Strafbaarstelling bemiddeling en reclame Draagmoeder en wensouders blijven buiten schot	Erkenning of adoptie, maar rechtsonzekerheid	Neen: - Wettelijke regeling moet anders - Vaststellen van een afstammingsband moet via intentioneel ouderschap
FRANKRIJK	Verbod op elke vorm van draagmoederschap	Strafbaarstelling van de bemiddelende derde Draagmoeder en wensouders blijven buiten schot	Erkenning of adoptie, maar rechtsonzekerheid	Neen: - Wettelijke regeling moet anders - Vaststellen van een afstammingsband moet via intentioneel ouderschap
NEDERLAND	Verbod op commercieel draagmoederschap	Strafbaarstelling beroepsmatige bemiddeling en reclame	Erkenning of adoptie, maar rechtsonzekerheid	Neen: - Wettelijke regeling moet anders - Vaststellen van een afstammingsband moet via intentioneel ouderschap
CALIFORNIË	Toelating van commercieel draagmoederschap	Toelaatbaarheid expliciet wettelijk voorzien	Intentioneel ouderschap	Neen: Commercieel draagmoederschap in België niet mogelijk Ja: Vaststellen van de afstammingsband
OEKRAÏNE	Toelating van commercieel draagmoederschap	Toelaatbaarheid gebaseerd op principe van contractvrijheid	Intentioneel ouderschap	Neen: Commercieel draagmoederschap in België niet mogelijk Ja: Vaststellen van de afstammingsband