

Veranderend ouderschap en migratie

VREEMDELINGRECHTELIJKE ASPECTEN VAN MEEROUDERSCHAP,
MEERPERSOONSGEZAG EN DRAAGMOEDERSCHAP

Advies



Adviescommissie voor
Vreemdelingenzaken

De ACVZ

De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) bestaat uit tien deskundigen. De ACVZ is een onafhankelijk adviesorgaan dat is ingesteld bij wet. De commissie adviseert de regering en het parlement over migratie. Zij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De ACVZ brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

Colofon

Advies 'Veranderend ouderschap en migratie', uitgebracht aan de minister voor Rechtsbescherming en de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.

Uitgave van de ACVZ, Den Haag 2019

Advieskenmerk: 50 – 2019, februari 2019
ISBN: 978-90-8521-078-8

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
Turfmarkt 147
2511 DP 's-Gravenhage
E-mail: acvz@acvz.org
Website: www.acvz.org
Tel: 070 3704300

Dit ACVZ advies is voorbereid door:

Koos Richelle
Saskia Bonjour
Tesseltje de Lange
Judith Louwinger-Rijk
Sonja Avontuur
Christine Otten



Samenvatting

Inleiding

In december 2016 heeft de Staatscommissie Herijking ouderschap (hierna: Staatscommissie) het rapport '*Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*' uitgebracht. Hierin stelt de Staatscommissie regelingen voor het meerouderschap en meerpersoonsgezag van maximaal vier personen voor. De reden hiervoor is dat er in de maatschappij verschillende vormen van sociaal ouderschap bestaan (zoals stiefoudergezinnen en ouderparen van gelijk geslacht), waarop de regelgeving onvoldoende aansluit. Daarnaast doet zij een voorstel voor een met waarborgen omklede draagmoederschapsregeling. Deze regeling heeft als doel te voorkomen dat Nederlandse ouders een draagmoeder zoeken in een land waar de rechten van de draagmoeder en het kind onvoldoende geborgd zijn. De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) adviseert in dit rapport over de vreemdelingrechtelijke gevolgen van de voorstellen van de Staatscommissie.

De ACVZ beantwoordt in het advies de volgende vragen:

- 1) In hoeverre brengen de voorstellen van de Staatscommissie verblijfsrechtelijke gevolgen met zich mee?
- 2) In hoeverre zijn aanpassingen in het vreemdelingenrecht nodig of gewenst om de door de Staatscommissie aanbevolen regeling mogelijk te maken voor die situaties waarin één of meer betrokkenen (ouders, gezagsdrager, draagmoeder en/of kinderen) vreemdelingen zijn?
- 3) In hoeverre zouden de voorgestelde regeling of daaruit voortvloeiende benodigde aanpassingen in het vreemdelingenrecht kunnen leiden tot gebruik met als uitsluitend oogmerk de aanspraken van ouders en/of gezagsdragers op een verblijfsrecht binnen Nederland?
- 4) Indien uit het antwoord op vraag 3 blijkt dat een zodanig gebruik aannemelijk is: Kan het vreemdelingenrecht of de door de Staatscommissie aanbevolen regeling zodanig worden vormgegeven dat dat kan worden voorkomen? Zo ja, op welke wijze?
- 5) Op welke wijze kan het vreemdelingenrecht eraan bijdragen dat Nederland geen bestemmingsland wordt voor internationaal draagmoederschap?
- 6) Op welke wijze kan het vreemdelingenrecht aanvullende bescherming bieden tegen mogelijke uitbuiting van de draagmoeder?

Het advies is gebaseerd op drie uitgangspunten, te weten:

- het belang en de rechten van het kind;
- het belang van de rechtseenheid en rechtszekerheid;
- de balans tussen enerzijds het voorkomen van oneigenlijk gebruik¹ van het recht en anderzijds de gerechtvaardigde belangen van de betrokken gezinnen.

Conclusies en aanbevelingen

1. Meerouderschap en meerpersoonsgezag

In hoofdstuk 3 behandelt de ACVZ de voorgestelde meerouderschapsregelingen en de meerpersoonsgezagsregeling. Ook vreemdelingen kunnen – mits het Internationaal Privaatrecht (IPR) hieraan niet in de weg staat – in de voorstellen van de Staatscommissie een beroep doen op de voorgestelde regelingen.

Conclusie 1

De ACVZ concludeert dat doorvoering van de voorstellen van de Staatscommissie vreemdelingrechtelijke gevolgen met zich zullen meebrengen. Omwille van de rechtseenheid en de rechtszekerheid acht de ACVZ het dringend gewenst dat de wijzigingen ten aanzien van het begrip 'gezin' in het afstammingsrecht ook worden doorgevoerd in het vreemdelingenrecht. Het is daarnaast nodig om de verblijfsrechtelijke positie van mensen in de nieuwe gezinsvormen te regelen. Zolang het vreemdelingenrecht niets regelt ten aanzien van de verblijfsrechtelijke positie bestaat er rechtsonzekerheid.

Overigens merkt de ACVZ op dat het nationale vreemdelingenrecht niet voorziet in een regeling die rekening houdt met de maatschappelijke ontwikkelingen die maken dat niet altijd sprake is van een gezinsband tussen ouders onderling maar wel tussen deze ouders en hun kind.

Het vorenstaande brengt de ACVZ tot de volgende aanbevelingen:

Aanbeveling 1

Harmoniseer de definitie van gezin, ouder, gezagsdrager en bloedverwant in het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) door:

- in artikel 1 Vw voor de definitie van 'ouder' en 'gezagsdrager' te verwijzen naar de definities die in het BW zijn opgenomen. Deze definities ontbreken thans in dit artikel;
- de definitie van 'gezinsvorming' in artikel 1.1. Vreemdelingenbesluit (Vb) aan te passen zodat hier ook de gezinnen die ontstaan als gevolg van de door de Staatscommissie voorgestelde regeling onder vallen.

Aanbeveling 2

Maak in artikel 3.14 Vb verblijf van de ouder of gezagsdrager bij kind mogelijk. Aan dit verblijf kunnen, binnen de grenzen van het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK), het Unierecht en het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), nadere eisen worden gesteld. Bij het bepalen van de voorwaarden voor verblijf bij kind dient het belang van het kind de eerste overweging te vormen.



Conclusie 2

Onderzoek van de ACVZ wijst uit dat niet geheel valt uit te sluiten dat oneigenlijk gebruik van de voorgestelde meerouderschaps- en meerpersoonsgezagsregelingen kan worden gemaakt. Oneigenlijk gebruik van het recht is nooit helemaal uit te sluiten. De complexiteit van het te doorlopen traject wordt echter door veel experts die de ACVZ heeft geconsulteerd, gezien als een waarborg tegen oneigenlijk gebruik. In België en Frankrijk (waar een regeling voor eenvoudige adoptie van kracht is) en in British Colombia, Canada (waar een meerouderschapsregeling geldt) zijn bovendien geen gevallen van gebruik van de regelingen met het enkele doel verblijf te krijgen, bekend. De ACVZ hanteert als uitgangspunt dat een balans dient te worden bereikt tussen het voorkomen van oneigenlijk gebruik enerzijds en bescherming van gerechtvaardigde belangen van betrokkenen anderzijds. Dit brengt de ACVZ na een evaluatie van verschillende opties om oneigenlijk gebruik te voorkomen, tot de volgende aanbeveling.

Aanbeveling 3

Stel geen verblijfsrechtelijke beperking aan de regelingen voor meerouderschap en meerpersoonsgezag zoals deze zijn voorgesteld door de Staatscommissie. Laat de beoordeling van het meerouderschaps- en meerpersoonsgezagsverzoek in elk individueel geval over aan de familierechter. Neem in de wettekst wel als waarborg tegen oneigenlijk gebruik op dat de deelnemers aan de regeling aan de rechter verstrekken:

- Een eigen verklaring dat geen gebruik wordt gemaakt van de regeling met het enig oogmerk om een verblijfsrecht in Nederland te verkrijgen ingeval een deelnemer aan de regeling geen Nederlander is of niet rechtmatig in Nederland verblijft als bedoeld in artikel 8 onder b, d of e Vw;
- Een verklaring over het verblijfsrecht van de deelnemer(-s) die niet de Nederlandse nationaliteit bezit (-ten).²

Neem verder in de wettekst op dat:

- de rechter, alvorens de toestemming te verlenen voor de uitvoering van de overeenkomst, de verklaring omtrent het verblijfsrecht van de deelnemer(-s) die niet de Nederlandse nationaliteit bezit(-ten) verifieert;
- indien de rechter tot het oordeel komt dat het oogmerk van de vreemdeling niet is gericht op het meerouderschap of meerpersoonsgezag, maar op het verkrijgen van toelating tot Nederland, het verzoek moet worden afgewezen.

2. Draagmoederschap

In hoofdstuk 4 behandelt de ACVZ de draagmoederschapsregeling. De Staatscommissie wil met de regeling voorkomen dat Nederlanders nog naar het buitenland gaan voor een draagmoederschapstraject, maar vindt het tegelijkertijd een onaanvaardbaar risico als Nederland zelf een bestemmingsland voor internationaal draagmoederschap wordt. Zij stelt daarom de eis van 'gewoon verblijf' voor tenminste één van de wensouders en de draagmoeder.

Conclusie 3

De ACVZ is van mening dat het niet mogelijk is om voor Unieburgers met rechtmatig verblijf (en zij die daarmee worden gelijk gesteld), naast het gewoon verblijf zoals dat door de Staatscommissie wordt voorgesteld, aanvullende verblijfs-eisen te stellen om te voorkomen dat Nederland een bestemmingsland wordt voor mensen die via draagmoederschap een kind willen krijgen. De ACVZ beveelt wel aan nadere eisen te stellen aan het verblijfsrecht van betrokken vreemdelingen die geen Unieburger zijn (derdelanders). Het stellen van deze nadere eisen voorkomt dat personen die onrechtmatig in Nederland verblijven, personen die in procedure zijn en dus een onzekere verblijfsstatus hebben en personen die slechts een tijdelijk verblijfsrecht in Nederland hebben aan de regeling kunnen deelnemen. Daarnaast voorkomt het stellen van deze nadere eisen dat de wensouders en draagmoeder een overeenkomst uitvoeren die mogelijk in strijd is met de Wet arbeid vreemdelingen.

Aanbeveling 4

Stel de draagmoederschapsregeling alleen open voor Unieburgers met rechtmatig verblijf, zij die daarmee moeten worden gelijkgesteld en derdelanders met een permanent verblijfsrecht³ in Nederland. Voeg daartoe aan het concept artikel 1:205 lid 3 BW (*de rechtbank geeft de in het eerste lid bedoelde toestemming slechts indien...*) de volgende voorwaarden toe:

- i: de draagmoeder de Nederlandse nationaliteit heeft dan wel rechtmatig verblijf in Nederland heeft op grond van artikel 8 onder b, d of e Vw.
- j: tenminste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit heeft dan wel rechtmatig verblijf in Nederland heeft op grond van artikel 8 onder b, d of e Vw.

Conclusie 4

In het voorstel van de Staatscommissie wordt het rechtsbeginsel doorbroken dat de geboortemoeder altijd de juridisch moeder van het kind is (*mater semper certa est-beginsel*). Nederland zou zich hiermee wereldwijd in een bijna unieke positie plaatsen. De ACVZ concludeert dat, omwille van het belang van het kind en de rechtszekerheid, het daarom van groot belang is dat een kind dat ontstaat als uitvloeisel van de draagmoederschapsovereenkomst in Nederland wordt geboren. Daarmee kan namelijk worden geborgd dat het Nederlandse afstammingsrecht van toepassing is. Ook als aanbeveling 4 wordt opgevolgd kan het namelijk in een enkel geval toch voorkomen dat door onvoorziene omstandigheden de betrokken ouders en/of de draagmoeder op het moment van de geboorte van het kind geen verblijfsrecht in Nederland meer hebben. Dit brengt de ACVZ tot de volgende aanbeveling:

Aanbeveling 5

Stel voor de draagmoeder en/of de wensouders die geen verblijfsrecht meer hebben in Nederland een visum kort verblijf in voor de geboorte van een kind dat conform de draagmoederschapsprocedure is geconcipieerd.



Conclusie 5

De ACVZ concludeert dat de EU Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan en de uitwerking van deze richtlijn in nationale regelgeving de buitenlandse draagmoeder indien nodig kan beschermen tegen uitbuiting. De ACVZ acht het van belang dat de draagmoeders op de hoogte zijn van deze richtlijn. Daarnaast acht de ACVZ het onwenselijk als er naast de draagmoederschaps-overeenkomst tevens een arbeids-, dienstverlenings-, of huurovereenkomst tussen draagmoeder en wensouders zou bestaan of hebben bestaan. Het bestaan van meerdere afhankelijkheidsrelaties vergroot namelijk het risico op mensenhandel. De ACVZ doet daarom de volgende aanbevelingen:

Aanbeveling 6

Zorg ervoor dat aan betrokken buitenlandse draagmoeders in hun begeleidingstraject (waarin het voorstel van de Staatscommissie voorziet) onder meer informatie wordt verstrekt over de EU Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan in het algemeen en de regelingen van artikel 273f Wetboek van Strafrecht (WvSr) en het tijdelijke verblijfsrecht in geval van aangifte ingevolge B8.3 Vreemdelingencirculaire (Vc) in het bijzonder.

Aanbeveling 7

Neem in de regeling op dat er geen (andere) arbeids-, dienstverlenings- en/of huur-overeenkomst tussen de wensouders en de draagmoeder mag bestaan of mag hebben bestaan voorafgaand aan de draagmoederschapsovereenkomst.

Tot slot: de invloed van het Internationaal Privaatrecht

De mate waarin de rechtspositie van vreemdelingen wordt beheerst door de voorgestelde *familierechtelijke bepalingen* wordt in de eerste plaats bepaald door aanwijzingsregels van het IPR. De ACVZ acht het dan ook van groot belang dat de *vreemdelingrechtelijke gevolgen* van het IPR en eventuele voorgestelde wijzigingen die de Staatscommissie Internationaal Privaatrecht in een advies dat zij tegelijkertijd of kort na het verschijnen van dit advies zal uitbrengen, worden gewogen en is desgewenst bereid om hierover aanvullend advies uit te brengen.

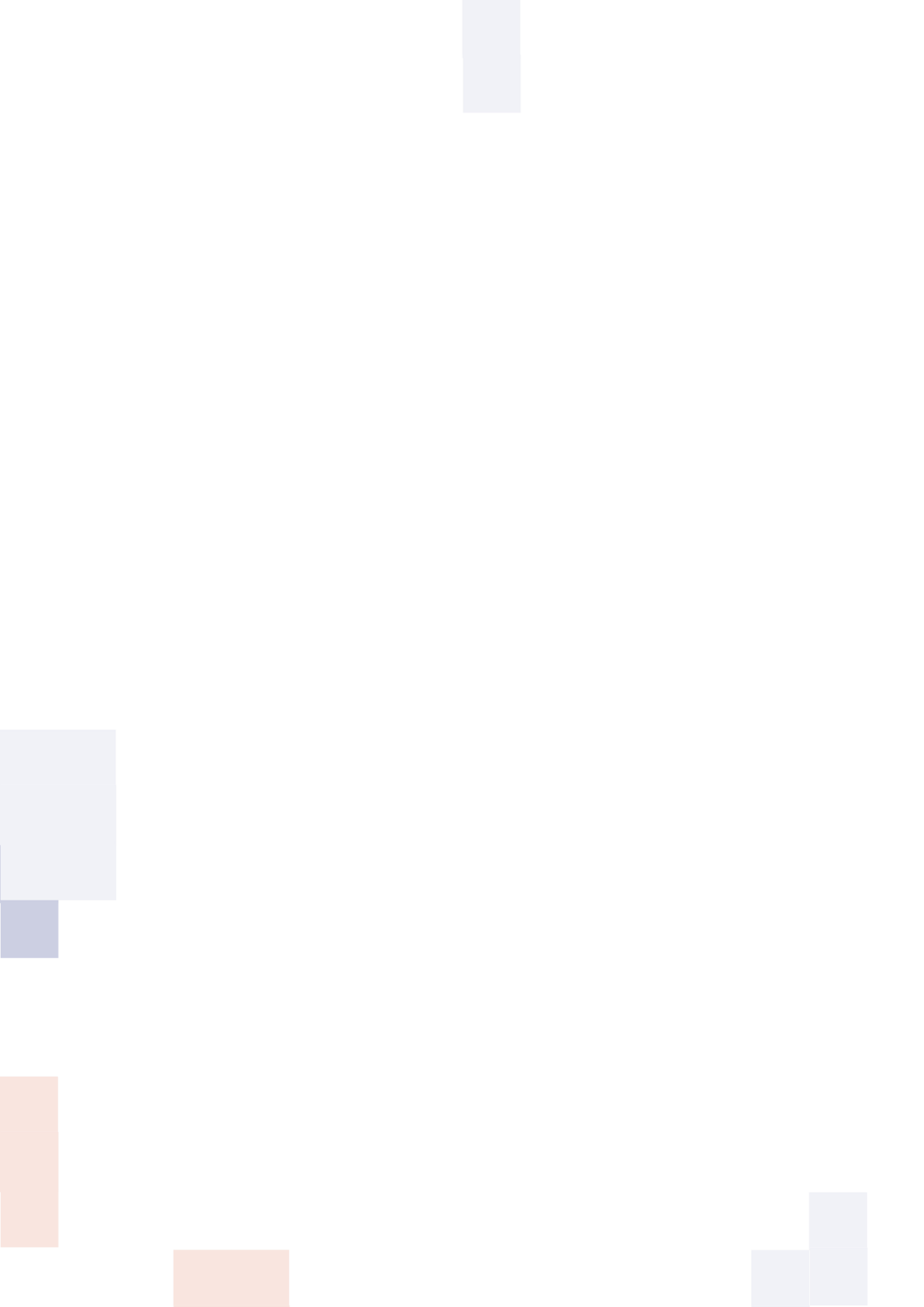
¹ Met 'oneigenlijk gebruik' wordt bedoeld: gebruik met als uitsluitend oogmerk de aanspraken van ouders en/of gezagsdragers op een verblijfsrecht binnen Nederland.

² Met deze aanbeveling wordt de parallel gezocht met artikel 1:44 lid 1 onder i BW, waarin eenzelfde bepaling is opgenomen ten aanzien van een huwelijk met een buitenlandse partner.

³ Met de term '**permanent verblijfsrecht**' doelt de ACVZ op het verblijfsrecht van vreemdelingen die:

- Unieburger zijn of als zodanig moeten worden aangemerkt (**artikel 8 onder e Vw**) of;
- een EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen hebben die voldoet aan de voorwaarden die zijn benoemd in de artikelen 8 onder b en d Vw (**artikel 45a j° artikel 8 onder b en d Vw**) of;
- die in het bezit zijn van:
 - o een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd (**artikel 20 Vw j° artikel 8 onder b Vw**) of;
 - o een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd (**artikel 33 j° artikel 8 onder d Vw**).

Met het gebruik van de term 'permanent' zoekt de ACVZ aansluiting bij het gebruik van dit begrip in het Unierecht (zie ook het gebruik van deze term in artikel 45a lid 2 Vw.)



Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	11
1.1 Achtergrond	12
1.2 Adviesvraag	13
1.3 Opbouw van het advies	15
1.4 Methode van onderzoek	16
Hoofdstuk 2 Algemene uitgangspunten van het advies	17
2.1 Het advies van de Staatscommissie als startpunt	18
2.2 Het belang en de rechten van het kind	18
2.3 Het belang van de rechtseenheid en rechtszekerheid	19
2.4 De balans tussen het voorkomen van oneigenlijk gebruik en de belangen van betrokken gezinnen	21
2.5 Regels van internationaal privaatrecht	22
Hoofdstuk 3 Meerouderschap en meerpersoonsgezag	25
3.1 Voorstel meerouderschap en meerpersoonsgezag	26
3.2 Aanpassing vreemdelingenrecht	29
3.3 Het risico op oneigenlijk gebruik van de regeling	33
Hoofdstuk 4 Draagmoederschap	43
4.1 Voorstel draagmoederschapsregeling	44
4.2 Het vreemdelingenrecht als hulpmiddel bij het tegengaan van internationaal draagmoederschap	46
4.3 Aanvullende bescherming van de buitenlandse draagmoeder tegen uitbuiting	54
Afkortingenlijst	59
Begrippenlijst	61
Geïnterviewde personen en deelnemers expertmeeting en focusgroepen	69
Bijlage 1 Adviesvraag	73
Bijlage 2 Juridisch kader	76
1. Nederlands afstammings- en gezagsrecht	77
2. Gezinsmigratierecht	80
2.1 Internationaal publiekrecht	80

2.2 Unierecht	85
2.3 Nationaal recht	95
3. Relevante regelgeving over draagmoederschap	96
3.1. Vrij verkeer van diensten binnen de EU	96
3.2. Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan (Richtlijn slachtoffers mensenhandel 2011/36/EU)	97
3.3. Wet arbeid vreemdelingen	99
 Bijlage 3 Voorbeeldcasussen	 103
Casus meerouderschap	105
Casus meerpersoonsgezag	107
Casus eenvoudige adoptie	110
Casus draagmoederschap	112
 Bijlage 4 Cijfers	 117



Hoofdstuk 1

Inleiding

In dit hoofdstuk schetst de ACVZ de achtergrond en de adviesvraag. Ook worden de opbouw van het advies en de methode van onderzoek beschreven.

1.1 Achtergrond

Op 28 april 2014 hebben de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de minister van Wonen en Rijksdienst naar aanleiding van een aangenomen motie in de Eerste Kamer een Staatscommissie Herijking Ouderschap (hierna: de Staatscommissie) ingesteld. De aanleiding voor de motie was onder meer dat er in de maatschappij verschillende vormen van sociaal ouderschap bestaan, waarop de regelgeving onvoldoende aansluit. Hierdoor worden gezinnen waarin één of meer ouders familierechtelijk niet worden erkend geconfronteerd met ongelijkheid in het kader van toegang tot medische zorg, het nemen van medische beslissingen, zorgverlof, het erfrecht en belastingen. Voorts bestaat binnen deze gezinnen onzekerheid ten aanzien van de positie van de sociale (maar niet-juridisch) ouder bij schoolaangelegenheden, echtscheiding, overlijden en de alimentatieplicht. Ten slotte kunnen zich ook praktische problemen voordoen, bijvoorbeeld bij het reizen naar het buitenland (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 91).

De Staatscommissie kreeg de opdracht om de regering te adviseren over de wenselijkheid van wijziging van het BW en aanverwante wetten zodat deze in overeenstemming worden gebracht met maatschappelijke en medische ontwikkelingen. In december 2016 heeft de Staatscommissie het rapport *'Kind en ouders in de 21ste eeuw'* uitgebracht. De essentie van het advies van de Staatscommissie staat hieronder kort weergegeven. In de hoofdstukken 3 en 4 wordt hierop nader ingegaan.

De voorstellen van de Staatscommissie

De samenleving verandert. Door maatschappelijke ontwikkelingen komt het steeds vaker voor dat kinderen niet opgroeien in de traditionele gezinsvorm van een getrouwde vader en moeder. Het percentage kinderen dat opgroeit in een gezin waarin twee personen van verschillend geslacht met elkaar zijn getrouwd is afgenomen met 18% ten opzichte van 1996, terwijl in diezelfde periode het percentage kinderen dat opgroeit bij twee personen van verschillend geslacht die samenwonen is toegenomen met 12%. Het komt ook steeds vaker voor dat kinderen opgroeien bij twee personen waarvan er slechts één de juridisch ouder is (meestal stiefgezinnen) of bij twee personen van gelijk geslacht. Verzorgingsconstructies waarbij het kind gedeeltelijk wordt verzorgd door een vrouwenstel en gedeeltelijk door een mannenstel komen ook voor, al zijn hierover geen gegevens beschikbaar (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 66-80). Het afstammingsrecht houdt op het moment onvoldoende rekening met deze diversiteit aan gezinsvormen, waardoor sociaal ouderschap en juridisch ouderschap vaker uiteenlopen. Daarnaast bestaat er op dit moment geen regeling voor draagmoederschap in Nederland. Nederlandse wensouders wenden zich als gevolg daarvan vaak tot het buitenland, hetgeen risico's met zich kan brengen. Het voorstel van de Staatscommissie beoogt hierin verandering te brengen.

Meerouderschap

Een kind mag maximaal vier juridische ouders hebben (nu zijn dat er twee). Dit kan door het sluiten van een meerouderschapsovereenkomst vóór de conceptie van het kind of door 'eenvoudige adoptie' na de geboorte van het kind.

Meerpersoonsgezag

Er kunnen maximaal vier personen het gezag hebben over het kind (nu zijn dat er twee). Dit kan door het sluiten van een meerpersoonsgezagsovereenkomst.

Draagmoederschap

Er moet een met waarborgen omklede regeling voor draagmoederschap komen. Wensouders en draagmoeder moeten in de regeling vóór de conceptie van het kind een draagmoederschapsovereenkomst sluiten.

Alle overeenkomsten moeten door de burgerlijk rechter worden goedgekeurd.

De Staatscommissie heeft in haar rapport opgemerkt dat de introductie van juridisch meerouderschap en draagmoederschap vragen oproept met betrekking tot de consequenties voor het vreemdelingenrecht en opgemerkt dat haar overwegingen ten aanzien van (onder meer) het vreemdelingenrecht nader onderzoek behoeven (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 484). In het Regeerakkoord van oktober 2017 (Vertrouwen in de toekomst, 2017, p. 6) is vervolgens afgesproken dat de door de Staatscommissie aanbevolen onderzoeken, waaronder dat ten aanzien van de vreemdelingrechtelijke consequenties, zullen worden uitgevoerd. De Staatscommissie Internationaal Privaatrecht is gevraagd te adviseren over IPR-aspecten, nationaliteitsrecht en naamrecht. Andere onderzoeken die nog worden uitgevoerd gaan over de fiscale consequenties, erfrecht en onderhoudsverplichtingen.⁴

1.2 Adviesvraag

De minister voor Rechtsbescherming en de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid hebben de ACVZ gevraagd om het onderzoek naar de vreemdelingrechtelijke consequenties van het advies van de Staatscommissie uit te voeren. Zij hebben de ACVZ de volgende adviesvraag gesteld (zie ook bijlage 1):

Adviesvraag

'Wij vragen u ons te adviseren of en op welke wijze het vreemdelingenrecht of de door de Staatscommissie aanbevolen regeling voor meerouderschap, meeroudergezag, draagmoederschap en eenvoudige adoptie vorm kan worden gegeven zodat voorkomen wordt dat de aanbevolen regelingen bij invoering zouden kunnen leiden tot gebruik met als uitsluitend oogmerk de aanspraak van ouders op een verblijfsrecht binnen Nederland.'

Aan de vraag van de bewindspersonen gaat een aantal voorvragen vooraf, die de ACVZ in dit advies eveneens beantwoordt. In de eerste plaats de vraag **of** de

voorstellen van de Staatscommissie verblijfsrechtelijke gevolgen hebben. Als dat niet het geval is, kan de regeling immers ook niet worden gebruikt met het uitsluitend oogmerk om verblijf te krijgen. De eerste vraag is dan ook:

- 1) In hoeverre brengen de voorstellen van de Staatscommissie verblijfsrechtelijke gevolgen met zich mee?

Vervolgens heeft de ACVZ zich de vraag gesteld of de voorstellen van de Staatscommissie met zich meebrengen dat er aanpassingen in het vreemdelingenrecht nodig zijn. Immers, als het familierecht wordt hervormd en het gezinsmigratierecht hetzelfde blijft, dan gaan de twee rechtsgebieden mogelijk schuren of elkaar zelfs tegenwerken. Dat is vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid ongewenst. Dit leidt tot de tweede voorvraag:

- 2) In hoeverre zijn aanpassingen in het vreemdelingenrecht nodig of gewenst om de door de Staatscommissie aanbevolen regeling mogelijk te maken voor die situaties waarin één of meer betrokkenen (ouders, gezagsdrager, draagmoeder en/of kinderen) vreemdeling zijn?

Na het beantwoorden van deze twee voorvragen heeft de ACVZ de volgende vragen beantwoord:

- 3) In hoeverre zouden de voorgestelde regeling of daaruit voortvloeiende benodigde aanpassingen in het vreemdelingenrecht kunnen leiden tot gebruik met als uitsluitend oogmerk de aanspraken van ouders en/of gezagsdragers op een verblijfsrecht binnen Nederland?
- 4) Indien uit het antwoord op vraag 3 blijkt dat een zodanig gebruik aannemelijk kan zijn: Kan het vreemdelingenrecht of de door de Staatscommissie aanbevolen regeling zodanig worden vormgegeven dat dat kan worden voorkomen? Zo ja, op welke wijze?

Aanvullend advies over de draagmoederschapsregeling

Tijdens het onderzoek werd duidelijk dat de voorstellen van de Staatscommissie voor wat betreft de draagmoederschapsregeling veel vragen omtrent mogelijk ongewenste bijeffecten oproepen die niet direct te herleiden zijn tot de vraag van de bewindspersonen (die zich beperkt tot het gebruik met uitsluitend oogmerk om verblijf in Nederland te krijgen). De Staatscommissie heeft in haar rapport namelijk aangegeven het onaanvaardbaar te vinden als Nederland een bestemmingsland wordt voor internationaal draagmoederschap (ook wel draagmoederschapstoerisme genoemd). Met andere woorden: de regeling moet vooral mensen met een sterke binding met de Nederlandse rechtsorde faciliteren en niet openstaan voor willekeurig ieder ouderpaar en/of draagmoeder, zonder enige binding met Nederland. Daarnaast leven er bij de Staatscommissie zorgen over de mogelijk kwetsbare positie van sommige draagmoeders die zouden kunnen

deelnemen aan de regeling. De Staatscommissie heeft met het oog daarop een aantal waarborgen in de voorgestelde procedure ingebouwd (zoals verplichte begeleiding en juridisch advies) die dienen om de draagmoeder te beschermen. De ACVZ heeft zich gebogen over de vraag of het vreemdelingenrecht aanvullende waarborgen kan bieden. In hoofdstuk 4 worden de volgende vragen beantwoord:

- 5) Op welke wijze kan het vreemdelingenrecht eraan bijdragen dat Nederland geen bestemmingsland wordt voor internationaal draagmoederschap?
- 6) Op welke wijze kan het vreemdelingenrecht aanvullende bescherming bieden tegen mogelijke uitbuiting van de draagmoeder?

1.3 Opbouw van het advies

Vooraan in het advies is een samenvatting opgenomen.

In hoofdstuk 2 legt de ACVZ uit welke uitgangspunten zij heeft gehanteerd om tot haar advies te komen. Daarnaast wordt het adviesonderwerp hier afgebakend en wordt aandacht besteed aan het raakvlak tussen het IPR en het vreemdelingenrecht.

Hoofdstuk 3 gaat over de vreemdelingrechtelijke gevolgen van de voorstellen van de Staatscommissie ten aanzien van meerouderschap, eenvoudige adoptie en meerpersoonsgezag.

De vreemdelingrechtelijke gevolgen van de voorgestelde regeling voor draagmoederschap worden in hoofdstuk 4 apart behandeld. Hiervoor is gekozen omdat de draagmoederschapsregeling andere vreemdelingrechtelijke vragen oproept dan de overige voorstellen van de Staatscommissie.

De aanbevelingen van de ACVZ staan naar onderwerp gerangschikt in de hoofdstukken 2 t/m 4 en zijn opgenomen in de samenvatting.

Achterin het advies is een literatuurlijst, een afkortingenlijst, een verklarende woordenlijst en een lijst van geïnterviewde personen en deelnemers aan de expertmeeting en focusgroepen opgenomen.

Het advies bevat vier bijlagen. De eerste bijlage geeft de adviesvraag aan de ACVZ weer. In bijlage 2 staat het relevante juridisch kader beschreven. Bijlage 3 bevat vier casusbeschrijvingen die de ACVZ heeft gebruikt voor haar onderzoek. In bijlage 4 wordt relevant cijfermateriaal gepresenteerd.

Leeshulp: vier casusbeschrijvingen in bijlage 3

De ACVZ heeft vier voorbeeldcasussen ontwikkeld waarin ervan is uitgegaan dat de voorstellen van de Staatscommissie in ongewijzigde vorm in wetgeving zijn omgezet. De vreemdelingen in de voorbeeldcasussen voldoen aan alle voorwaarden die in de wetsvoorstellen van de Staatscommissie zijn gesteld. De relevante vreemdelingrechtelijke kwesties die in dit advies aan de orde komen zijn in ten minste één van de casussen verwerkt. In de casussen zijn varianten opgenomen waarin wordt uitgelegd wat het gevolg zou zijn als de aanbevelingen van de ACVZ worden opgevolgd.

De casussen kunnen helpen om een beter inzicht te krijgen in de rechtsvragen die de ACVZ in het advies behandelt en in de uitwerking van de aanbevelingen van de ACVZ in de praktijk.

1.4 Methode van onderzoek

De ACVZ heeft voor dit advies jurisprudentie- en literatuuronderzoek verricht. Daarnaast zijn interviews gehouden met onder meer beleidsambtenaren, wetenschappers en belangenorganisaties en zijn gegevens opgevraagd bij het ministerie van Justitie en Veiligheid en het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Vervolgens heeft de ACVZ vier voorbeeldcasussen ontwikkeld om op die manier de vreemdelingrechtelijke gevolgen goed in kaart te kunnen brengen. Deze casussen zijn voorgelegd aan een expertmeeting, een focusgroep van IND-medewerkers en een focusgroep van advocaten. Via het Europees Migratie Netwerk zijn enkele gerichte vragen gesteld aan België en Frankrijk over meerouderschap en aan het Verenigd Koninkrijk (VK) over de draagmoederschapsregeling. Achter in het rapport is een lijst met alle geïnterviewde personen en de deelnemers aan de expertmeeting en focusgroepen opgenomen.

⁴ *Kamerstukken II 2017/18, 33 836, nr. 24.*



Hoofdstuk 2

Algemene uitgangspunten van het advies

In dit hoofdstuk beschrijft de ACVZ de drie uitgangspunten waarop haar advies is gebaseerd:

- Het belang van het kind;
- Het belang van de rechtseenheid en rechtszekerheid;
- De balans tussen enerzijds het voorkomen van oneigenlijk gebruik en anderzijds de gerechtvaardigde belangen van de betrokken gezinnen.

Verder geeft de ACVZ in dit hoofdstuk de afbakening van het advies aan en wijst zij op de invloed van het IPR op het afstammings- en gezagsrecht bij internationale gezinnen.⁵

2.1 Het advies van de Staatscommissie als startpunt

De ACVZ neemt in haar advies het rapport 'Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw' van de Staatscommissie als startpunt en gaat uit van de werkhypothese dat de voorgestelde wettekst in ongewijzigde vorm in een wetsvoorstel wordt omgezet.⁶

Het mandaat van de ACVZ beperkt zich tot het vreemdelingenrecht en -beleid en strekt zich niet uit tot het familierecht. De ACVZ spreekt zich in dit advies dan ook alleen uit over de voorstellen van de Staatscommissie als die op het gebied van het vreemdelingenrecht of –beleid gevolgen met zich meebrengen.

2.2 Het belang en de rechten van het kind

De Staatscommissie heeft in haar advisering het belang en de rechten van het kind als eerste overweging genomen.

Het belang en de rechten van het kind in het rapport van de Staatscommissie

De Staatscommissie zegt over het belang en de rechten van het kind onder meer het volgende:

'Dat bij alle maatregelen die het kind betreffen, het belang van het kind een eerste overweging dient te zijn, vormt al langer een belangrijk beginsel binnen het Nederlandse personen-, familie- en jeugdrecht. Op internationaal niveau wordt het belang van het kind reeds sinds 1959 beschouwd als een fundamenteel uitgangspunt.(...)

'Het IVRK (*Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind*), aanvaard door de Algemene Vergadering van de VN in 1989 en in werking getreden in 1990, erkent het kind als drager van rechten.(...) De Staatscommissie beziet het belang van het kind dan ook in samenhang met de rechten van het kind, zoals neergelegd in onder meer het IVRK. (...) De belangen en rechten van het kind hebben in de loop van de jaren steeds meer en steeds prominenter hun weg

gevonden naar Europese en Nederlandse wet- en regelgeving en rechtspraak en deze ontwikkeling zal zich naar verwachting de komende tijd voortzetten.

(Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 22-24)

In navolging van de Staatscommissie neemt de ACVZ het belang van het kind als het centrale uitgangspunt van dit advies. In het vreemdelingenrecht geldt, net als in het familierecht, dat de belangen en de rechten van het kind een eerste overweging moeten vormen. De erkenning van het kind als drager van rechten heeft geleid tot wijzigingen in het vreemdelingenrecht en deze rechtsontwikkeling is nog in volle gang.⁷ Vooropgesteld zij evenwel dat het Nederlandse gezinsmigratierecht van oudsher de ouders en hun verblijfsrecht bij elkaar en het verblijfsrecht van kinderen bij hun ouders als uitgangspunt heeft (Bonjour, 2009). In de Vw is als gevolg daarvan geen regeling opgenomen voor verblijf van buitenlandse ouders bij hun kind. Hierop is één uitzondering gemaakt: de verblijfsregeling voor ouders van de alleenstaande minderjarige vreemdeling (amv) die houder is van een verblijfsvergunning asiel.⁸ Jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en van het Hof van de Europese Unie (EU-Hof) hebben er inmiddels echter toe geleid dat er nog vier gronden zijn waarop een ouder in Nederland verblijf bij kind kan krijgen. Hierop wordt in hoofdstuk 3 ingegaan. In hoofdstuk 3 komt in het verlengde daarvan de vraag aan de orde of het uitgangspunt dat verblijfsrechten van ouders centraal staan in het nationale vreemdelingenrecht en dat kinderen hen volgen gehandhaafd kan blijven. In ieder geval zal dit advies voornamelijk draaien om de vraag: heeft de ouder of gezagsdrager waarvan de rechter een meerouderschap-, meerpersoonsgezag,- of draagmoederschapsovereenkomst heeft goedgekeurd het recht om bij het kind in Nederland te verblijven? De ACVZ hanteert daarvoor de term 'verblijf bij kind'. Alleen als het gaat om gezinsmigratie in algemene zin zal gebruik worden gemaakt van het begrip 'gezinsmigratie'.

2.3 Het belang van de rechtseenheid en rechtszekerheid

De Staatscommissie maakt in haar rapport duidelijk dat haar overwegingen ten aanzien van onder meer het vreemdelingenrecht nader onderzoek behoeven. Zij heeft zich dan ook slechts in zeer beperkte bewoordingen uitgelaten over het vreemdelingenrecht en merkt daarover het volgende op.

Opmerking Staatscommissie over het vreemdelingenrecht

'De Staatscommissie is zich ervan bewust dat de introductie van juridisch meerouderschap en draagmoederschap vragen oproept met betrekking tot de consequenties voor het vreemdelingenrecht. Met name kan hierbij worden gedacht aan de mogelijkheid dat een beroep op een verblijfsrecht wordt gedaan als ouder van een Nederlands kind. De Staatscommissie acht het evident dat juridisch meerouderschap niet zou mogen leiden tot aanspraken van de ouders op een verblijfsrecht binnen Nederland, die anders niet een dergelijke aanspraak

zouden hebben. Immers, dan zou juridisch meerouderschap mogelijk een sluiproute in de richting van een verblijfsrecht worden. Voor zover de Staatscommissie kan overzien, is daarvan echter geen sprake zolang ten minste één van de wensouders rechtmatig verblijf binnen de Europese Unie heeft. Het voorgestelde kader voorziet hierin.’⁹

(Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 484)

Er is een aantal opmerkingen te plaatsen bij deze passage. In de eerste plaats voorziet het voorgestelde juridisch kader er niet in dat tenminste één van de wensouders rechtmatig verblijf binnen de Europese Unie (EU) heeft. In hoofdstuk 3 en 4 zal hierop verder worden ingegaan. In de tweede plaats is de stelling sinds het uitkomen van het advies van de Staatscommissie, als gevolg van de uitspraak van het EU-Hof in de zaak Chavez-Vilchez (zie hiervoor hoofdstuk 3), achterhaald. In de derde plaats is de stelling onvolledig. Hij gaat namelijk alleen over de rechten van Unieburgers en personen die daarmee gelijk zijn gesteld, maar zegt niets over overige vreemdelingen (derdelanders die niet gelijk zijn gesteld met Unieburgers).¹⁰

De ACVZ is tot slot van oordeel dat in deze passage het belang van het kind niet tot zijn recht komt. In het uiterste geval is het volgens deze passage mogelijk dat een kind eerst vier ouders kan krijgen, waarvan er vervolgens drie ernstig worden beperkt in hun contact met het kind omdat zij geen rechtmatig verblijf in Nederland hebben. Zoals in paragraaf 2.2 al is aangegeven moeten naar het oordeel van de ACVZ ook bij het doordenken van de vreemdelingrechtelijke gevolgen van de voorstellen van de Staatscommissie het belang en de rechten van het kind een eerste overweging vormen.

De ACVZ is van oordeel dat het in het kader van de rechtseenheid en rechtszekerheid van belang is dat veranderende rechtsopvattingen in het gehele recht hun neerslag krijgen. Als de Nederlandse samenleving vindt dat de definitie van ‘gezin’ in één rechtsgebied (het BW) moet worden gewijzigd en de wetgever een wijze van gezinsvorming mogelijk maakt die voorheen niet mogelijk was, dan behoort de nieuwe gezinsvorm in alle rechtsgebieden op hetzelfde niveau te worden beschermd. Dat kan onder meer met zich meebrengen dat ouders in de nieuwe gezinsvormen verblijf bij hun kind wordt toegestaan, zoals dat ook mogelijk is voor ouders in andere (traditionele) gezinnen.

In 2017 had 8% van de kinderen die in Nederland zijn geboren niet de Nederlandse nationaliteit en van 15% van de in Nederland geboren kinderen had één of beide ouders niet de Nederlandse nationaliteit.¹¹

De ACVZ gaat in dit advies dan ook in op de vraag of en zo ja op welke punten het vreemdelingenrecht aangepast moet worden als de voorstellen van de Staatscommissie doorgang vinden, om te borgen dat het vreemdelingenrecht op één lijn wordt gebracht met de veranderde definitie van ‘gezin’ in het familierecht.

2.4 De balans tussen het voorkomen van oneigenlijk gebruik en de belangen van betrokken gezinnen

De minister voor Rechtsbescherming en de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid hebben aan de ACVZ de vraag gesteld hoe kan worden voorkomen dat de door de Staatscommissie aanbevolen regelingen zouden kunnen leiden tot gebruik met als uitsluitend oogmerk om in Nederland verblijf te krijgen (verder in dit rapport 'oneigenlijk gebruik' genoemd). Oneigenlijk gebruik van regelingen is ongewenst en valt tegelijkertijd nooit helemaal uit te sluiten. Het is in het geval van gezinsmigratie bovendien moeilijk om hier een vinger op te leggen, omdat het gezinsleven zich bij uitstek in de privésfeer afspeelt. Daar komt bij dat mensen vaak meerdere motieven kunnen hebben bij het aangaan van relaties en het vormen van een gezin. Een verblijfsrecht in Nederland kan één van die motieven zijn. De grens tussen oneigenlijk gebruik en gewoon gebruik is daarbij vaak moeilijk te trekken (Ten Berg, 2018 en WODC, 2016). Bij het al dan niet formuleren van maatregelen die oneigenlijk gebruik van de regeling tegengaan moet naar het oordeel van de ACVZ een balans worden gevonden tussen het voorkomen hiervan enerzijds en de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen anderzijds. Dit is het derde uitgangspunt dat aan het advies ten grondslag ligt.

De ACVZ heeft bij het zoeken naar die balans in het oog gehouden dat het formuleren van wet- en regelgeving niet de enige en ook niet altijd de beste manier is om oneigenlijk gebruik tegen te gaan. Het kan immers ook zijn dat de beste waarborg is om het aan de betrokken beroepskrachten (zoals familierechters, IND-medewerkers, advocaten en bijzonder curatoren) over te laten om op basis van de omstandigheden van het geval zo goed mogelijk te handelen. Onder andere uit het onderzoek voor dit advies komt naar voren dat de rechtspraktijk van zowel het familierecht als het vreemdelingenrecht zeer divers is.¹² De werkelijkheid is vaak onvoorspelbaar en het is onmogelijk om door wetgeving alle mogelijke situaties te beheersen. Dichtgetimmerde regelingen brengen bovendien het risico met zich mee dat groepen onnodig worden buitengesloten of dat hun gedrag op voorhand als verdacht wordt bestempeld. De gerechtvaardigde belangen van betrokkenen worden dan uit het oog verloren.

Geen cijfers oneigenlijk gebruik verblijf bij kind beschikbaar

De ACVZ heeft, om een betere inschatting te maken van de fraudegevoeligheid van de voorgestelde maatregelen, bij het ministerie van Justitie en Veiligheid informatie opgevraagd over hoe vaak andere gronden die een verblijfsrecht bij een kind kunnen opleveren oneigenlijk gebruikt zijn of hoe vaak er vermoedens van oneigenlijk gebruik zijn. Hierover bleken geen gegevens beschikbaar te zijn.

Schijnrelaties komen in zeer beperkte mate voor

Het enige systematische onderzoek dat in Nederland is verricht naar oneigenlijk gebruik van het gezinsmigratiebeleid is het WODC-onderzoek *Schijn bedriegt* uit 2016. Dit onderzoek gaat over schijnrelaties en het is maar zeer de vraag of er een parallel te trekken is met het onderwerp van dit

advies, waar het gaat om het concipiëren van een kind. In ieder geval komt uit het WODC-onderzoek naar voren dat het aandeel schijnrelaties onder alle relaties waaruit een verblijfsrecht in Nederland voortvloeit beperkt is: de schatting is dat het om 2,1 % van alle 'migratierelaties' gaat. Van het totaal aantal aanvragen heeft de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) 3% afgewezen wegens een vermoeden van een schijnrelatie. (WODC, 2016, pp. 8-9)

2.5 Regels van internationaal privaatrecht

De voorstellen van de Staatscommissie gaan over wijzigingen in het afstammings- en gezagsrecht. Als er in dit rechtsgebied internationale vraagstukken ontstaan (wat vaak het geval zal zijn als het gaat om gezinsvorming in Nederland waarbij vreemdelingen betrokken zijn) treden de regels van het IPR in werking. De nationale IPR-regels zijn neergelegd in Boek 10 BW. Ook internationaal recht, zoals het Haags adoptieverdrag en de Verordening Brussel II bis¹³ kunnen een rol spelen. De vragen of het Nederlandse recht van toepassing is en of de Nederlandse rechter bevoegd is, worden in de eerste plaats bepaald door regels van IPR.

Als uit de toepassing van het IPR blijkt dat het Nederlandse recht niet van toepassing en/of de Nederlandse rechter niet bevoegd is, is het logische gevolg dat het Nederlandse vreemdelingenrecht niet van toepassing is. Het IPR kan als zodanig een belemmering opwerpen aan internationale gezinnen die de intentie hebben om gebruik te maken van de regelingen die de Staatscommissie voorstelt. Anderzijds kan het IPR ook een beschermende functie vervullen tegen oneigenlijk gebruik.

De Staatscommissie IPR brengt later advies over dit onderwerp uit, dat mede in zal gaan op de vraag in hoeverre Boek 10 BW moet worden aangepast. Welke consequenties de voorstellen van de Staatscommissie en een eventuele aanpassing van boek 10 BW hebben voor het vreemdelingenrecht kan de ACVZ nu nog niet beantwoorden (zie ook (Sumner, 2017)).

De ACVZ is bereid over de vreemdelingrechtelijke gevolgen van aanpassingen in boek 10 BW desgewenst op een later tijdstip advies uit te brengen. De ACVZ acht het van groot belang dat de vreemdelingrechtelijke gevolgen van het IPR en eventuele wijzigingen die de Staatscommissie IPR voorstelt worden meegenomen, om onverwachte en ongewenste situaties te voorkomen.

⁵ Met internationale gezinnen bedoelt de ACVZ gezinnen waarvan de leden niet allemaal dezelfde nationaliteit hebben.

⁶ De adviestekst van de Staatscommissie wijkt op enkele punten af van de voorgestelde wetteksten. In die gevallen heeft de ACVZ de wettekst aangehouden. Bijvoorbeeld: Op p. 429 van het advies stelt de Staatscommissie voor dat het meerouderschap ook nog kan worden vormgegeven tijdens de zwangerschap, maar in het voorgestelde artikel 202 onder f BW (p. 499) staat de voorwaarde geformuleerd dat de geboortemoeder nog niet zwanger

mag zijn. Op p. 485 staat dat het juridisch kader er in voorziet dat tenminste één van de wensouders rechtmatig verblijf heeft in de EU, maar dat is niet het geval.

⁷ In bijlage 3 is een volledige beschrijving van het relevante juridisch kader opgenomen.

⁸ Art. 29 lid 2c Vw, art. 3.24a Vb.

⁹ Ter onderbouwing van haar stelling dat ten minste één wensouder rechtmatig verblijf binnen de EU moet hebben, teneinde het juridisch meerouderschap niet te laten verworden tot sluiproute verwijst de Staatscommissie naar de uitspraken ABRvS 9 augustus 2013, AB 2013/355, m.nt. P.R. Rodrigues en CRvB 17 december 2012, AB 2013/257, m.nt. I. Sewandono.

¹⁰ Een derdelander is een persoon die geen Unieburger is. Zie verder het juridisch kader in bijlage 3.

¹¹ Gegevens op verzoek van de ACVZ versterkt door het CBS. Zie bijlage 4.

¹² Als voorbeeld kunnen de casussen in bijlage 4 dienen. De ACVZ heeft deze fictieve casussen in een expertmeeting en in twee focusgroepen ingebracht en daar werden ze door de deelnemers als realistisch aangemerkt. De werkelijkheid is vaak zelfs nog merkwaardiger dan fictie, is een opmerking die we meerdere keren hebben gehoord.

¹³ Verordening (EG) Nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000.)



Hoofdstuk 3

Meerouderschap en meerpersoonsgezag

De Staatscommissie stelt voor om ouderschap en gezag mogelijk te maken voor drie tot vier personen. In het huidige familierecht staat dit open voor maximaal twee personen, ongeacht hun geslacht. Ouders kunnen volgens het vreemdelingenrecht verblijfsaanspraken ontlenen aan de relatie die zij hebben met hun kind. Op dit moment kent het vreemdelingenrecht de rechtsfiguur van het meerouderschap echter niet. De ACVZ stelt in dit hoofdstuk voor hoe het vreemdelingenrecht toegerust kan worden op de nieuwe gezinsvorm en op overige maatschappelijke ontwikkelingen die de Staatscommissie tot dit voorstel hebben gebracht.

Het kabinet wil in navolging van de Staatscommissie voorkomen dat het meerouderschap oneigenlijk wordt gebruikt teneinde verblijf in Nederland te krijgen. De ACVZ stelt de vraag in hoeverre de regeling zich voor oneigenlijk gebruik met dit doel leent. Vervolgens evalueert de ACVZ meerdere manieren om oneigenlijk gebruik van de meerouderschapsregeling te voorkomen en presenteert zij de oplossing die volgens haar het meest wenselijk is.

3.1 Voorstel meerouderschap en meerpersoonsgezag

Het voorstel van de Staatscommissie maakt het mogelijk dat drie tot vier personen het ouderschap van een kind kunnen aanvaarden.¹⁴ Op dit moment is ouderschap en gezag voorbehouden aan twee personen.¹⁵ Er zijn twee manieren waarop personen volgens het voorstel meerouders kunnen worden van een kind, te weten: juridische vormgeving voor de geboorte (de meerouderschapsregeling) en juridische vormgeving na de geboorte van het kind door eenvoudige adoptie (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 427-439). De beide vormen worden in dit hoofdstuk met de term 'meerouderschap' aangeduid. Het voorstel maakt het tevens mogelijk dat drie tot vier personen gezagsdragers kunnen worden. Nu meerpersoonsgezag bij meerouderschap het uitgangspunt is, zal in dit hoofdstuk ook worden stilgestaan bij het gezag van drie of vier personen.¹⁶

Meerouderschap (juridische vormgeving voor geboorte)

Casus 1 in bijlage 3 is een voorbeeld van meerouderschap

De meerouderschapsprocedure vóór de geboorte van het kind begint met een verzoek aan de familierechter. Voordat de geboortemoeder zwanger is van het kind, kunnen maximaal vier wensouders zich tot de rechtbank richten met een gezamenlijk verzoek meerouder te worden. Bij het 'meerouderschapsverzoek' moet een meerouderschapsovereenkomst worden overgelegd, waarin onder meer afspraken over de verzorgingstaken, omgang en hoofdverblijfplaats van het kind staan. Bij een 'internationale dimensie' moet worden aangegeven hoe de ouders ermee om zullen gaan als hun ouderschap dan wel gezag in het buitenland niet wordt erkend. Het belang van het toekomstige kind mag zich niet verzetten tegen toestemming van de rechter en een bijzonder curator wordt benoemd die het toekomstig kind vertegenwoordigt. De rechter verleent toestemming voor het opmaken van de akte van aanvaarding door de ambtenaar van de burgerlijke stand indien aan alle voorwaarden is voldaan. Door inschrijving van deze akte wordt de persoon, die niet al van rechtswege ouder wordt (d.w.z. de geboortemoeder, haar echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner), meerouder. Bij het opmaken van deze akte wordt ook een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag van de betrokkenen opgemaakt. Het meerouderschapsverzoek staat open voor:

- de geboortemoeder,
- de genetisch ouder; en
- de levensgezel van de geboortemoeder of de genetisch ouder.

Samen mogen verzoekers niet meer dan twee huishoudens vormen en in beide huishoudens moet een genetische band met het kind bestaan, dan wel de geboortemoeder aanwezig zijn. Deze laatste twee eisen gelden niet voor personen die al gezamenlijk de ouders van een eerder geboren kind zijn.

(Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 498-502)

Eenvoudige adoptie (juridische vormgeving na geboorte)

Casus 3 in bijlage 3 is een voorbeeld van eenvoudige adoptie

Het voorstel maakt voorts mogelijk dat het kind ondanks adoptie in familierechtelijke betrekking blijft staan tot zijn oorspronkelijke ouder(s) (eenvoudige adoptie).¹⁷ Meerouderschap kan door deze vorm van adoptie ontstaan. De rechter wijst het adoptieverzoek alleen toe als dit in het kennelijk belang van het kind is en als wordt voldaan aan bepaalde voorwaarden. Ook beveelt de Staatscommissie aan in adoptiezaken voortaan een bijzonder curator te benoemen die het kind vertegenwoordigt. De adoptiefouder moet direct voorafgaand aan het verzoek tenminste een jaar voor het kind hebben gezorgd en de Staatscommissie beveelt aan om het verbod van adoptie door grootouders te schrappen. (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 439) Er zijn twee varianten van eenvoudige adoptie:¹⁸

Pleegzorgsituaties: Op verzoek van één of twee personen kan de rechtbank de adoptie uitspreken. Voor adoptie volgens dit artikel geldt een samenleefeis voor de adoptiefouders van drie jaren, tenzij het kind wordt geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder. De oorspronkelijke ouders mogen in deze situaties geen gezag meer hebben.

Aspirant meerouders: Adoptie op verzoek van meer dan twee personen die gezamenlijk ouder willen worden is bij uitspraak van de rechter mogelijk. De Staatscommissie beoogt hiermee zowel meerouders die het niet is gelukt vóór de geboorte het meerouderschap te regelen als samengestelde gezinnen na echtscheiding een mogelijkheid te bieden het meerouderschap na de geboorte van een kind te verkrijgen. De meeste voorwaarden voor meerouderschap vóór de zwangerschap¹⁹ zijn ook hier van toepassing. De rechter zal bij stiefgezinnen in beginsel aannemen dat de oorspronkelijke juridische ouders ook de genetisch ouder van het kind zijn. De eis van drie jaar samenwoning is hier losgelaten en in plaats daarvan is de voorwaarde gesteld dat niet meer dan twee huishoudens worden gevormd. (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 514-515)

Meerpersoonsgezag

Casus 2 in bijlage 3 is een voorbeeld van meerpersoonsgezag

Het voorstel bepaalt dat bij het opmaken van de akte van aanvaarden meerouderschap tevens een akte van aanvaarding van gezamenlijk gezag van drie of vier personen opgemaakt wordt. Ook voor meerouderadoptie is meerpersoonsgezag vanaf de adoptie het uitgangspunt, doch hiervan kan de rechter in het belang van het kind afwijken.²⁰ De Staatscommissie laat de mogelijkheid tot het niet ontstaan van meerpersoonsgezag open voor situaties waarin dit niet wenselijk is, zoals meerouderadoptie door pleegouders waarbij de oorspronkelijke ouders geen gezag meer uitoefenen. Het staat de rechtbank overigens vrij een andere vorm van gezag toe te wijzen dan is verzocht (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 537-538).

De Staatscommissie stelt tevens voor een regeling in te voeren voor meerpersoonsgezag los van meerouderschap. Op gezamenlijk verzoek van de ouders of degenen die tenminste één jaar voorafgaand aan het verzoek voor het kind hebben gezorgd kan de rechtbank toestemming verlenen voor gezamenlijk gezag.²¹ De betrokkenen mogen niet meer dan twee huishoudens vormen, het verzoek moet zijn vergezeld van een meerpersoonsgezagsovereenkomst, de rechtbank moet het verzoek in het kennelijk belang van het kind achten en er mogen niet meer dan vier gezagsdragers ontstaan door de aanvaarding. Een bijzonder curator vertegenwoordigt het kind.

(Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 537-540)

3.2 Aanpassing vreemdelingenrecht

In het voorstel van de Staatscommissie zijn in de voorgestelde meerouderschaps- en de meerpersoonsgezagsregelingen geen beperkingen opgenomen ten aanzien van deelname van vreemdelingen.²² Wanneer toekomstige regels van IPR zullen bepalen dat in deze zaken waarbij vreemdelingen een meerouderschaps- of meerpersoonsgezagsovereenkomst sluiten ook het Nederlandse recht van toepassing is en de Nederlandse rechter bevoegd is om kennis te nemen van de zaak, bestaat er geen belemmering voor internationale gezinnen om deel te nemen aan de regelingen (zie paragraaf 2.5.). Onduidelijk is echter wat de gevolgen voor hun verblijfspositie zullen zijn als vreemdelingen zich op de regelingen gaan beroepen. Naar het oordeel van de ACVZ dient het vreemdelingenrecht daarin op adequate wijze te voorzien. Dit voorkomt dat de rechtseenheid onder druk komt te staan door een discrepantie tussen het familierecht en het vreemdelingenrecht. Een dergelijke discrepantie zal ertoe leiden dat er in de praktijk onduidelijkheid ontstaat en dat alleen via de kostbare en tijdrovende weg van de jurisprudentie een oplossing kan worden gevonden.

De verruiming van het begrip 'gezin' in de Nederlandse samenleving heeft tot gevolg dat het beleid ten aanzien van het verblijf van buitenlandse ouders of gezagsdragers bij hun kind anders zal moeten worden ingevuld. Als drie tot vier personen ouder en/of gezagsdrager zijn van een kind betekent dit dat ook voor deze personen geldt dat zij een aanvraag kunnen indienen voor verblijf bij hun kind. Of de aanvraag van de betrokken buitenlandse ouder wordt toegewezen zal in de eerste plaats afhangen van de vorm van de relatie tussen deze ouder en het kind. Zo speelt een rol of de persoon juridisch ouder en/of gezagsdrager van het kind is, of de ouder genetisch verwant aan het kind is en de manier waarop de ouder de zorgrelatie met het kind feitelijk invult. Daarnaast is voor de vreemdelingrechtelijke gevolgen van belang of het kind Nederlander, Unieburger of derdelander is. Concluderend kan dus worden gesteld dat verblijfsrechtelijke gevolgen voor de meerouders of meergezagsdragers kunnen ontstaan op het moment dat er een kind is geboren.

De Staatscommissie vindt het echter wenselijk dat vóór de conceptie goed wordt nagedacht en afspraken worden gemaakt over het worden van meerouder. Een gevolg hiervan is dat de vraag opgeworpen kan worden of en zo ja hoe bij een verzoek om meerouderschap vóór de conceptie de familierechter de toekomstige vreemdelingrechtelijke gevolgen kan meewegen in zijn oordeel.

Huidige mogelijkheden voor verblijf bij kind

In de Vw ontbreekt momenteel een grond om verblijf bij kind aan te vragen, met uitzondering van verblijf bij alleenstaande amv's die houder zijn van een verblijfsvergunning asiel. Verblijfsrechten op grond van een (gezins-)relatie met de volwassen gezinshereniger worden in het reguliere gezinsherenigingsbeleid enkel toegekend aan de persoon met wie de gezinshereniger het leven deelt of aan diens minderjarige kind. Bij het ontbreken van de mogelijkheid van een beroep op verblijf bij een partner voorziet het Vb niet in een verblijfsdoel 'verblijf bij kind' en zijn de ouders aangewezen op jurisprudentie van het EU-Hof dan wel het EHRM en ongewisse beleidsontwikkelingen dienaangaande. Er is als gevolg van de jurisprudentieontwikkeling een aantal gronden om als ouder verblijf te verkrijgen vanwege de relatie met een kind:

- Voor de verzorgende ouder die daadwerkelijk de voogdij heeft over het schoolgaande kind van de Unierechtelijke werknemer, om als verzorgende ouder tot voltooiing van de studie bij hen te blijven in het kader van het vrij verkeer van werknemers (Verordening 492/2011 en richtlijn 2004/38). De nationaliteit van de kinderen en hun verzorger is niet relevant;
- Om als verzorgende ouder van een 'economisch-inactief Unieburger kind' in een andere lidstaat bij het kind te blijven;
- Om als derdelander ouder bij het Nederlandse kind te verblijven als het kind door het vertrek van die ouder genoodzaakt is het grondgebied van de Unie te verlaten (Zambrano en Chavez-Vilchez).
- Door een beroep op het bestaan van family life in de zin van artikel 8 EVRM te doen.

(Schrauwen, 2018)

Voor een beroep op verblijf bij kind op de in het tekstkader genoemde gronden geldt dat onduidelijk is wat hiervan de uitkomst zal zijn. Een beroep in Nederland op verblijf op grond van het arrest Chavez-Vilchez is voorbehouden aan de derdelander ouder van een Nederlands kind. Indien dit kind genoodzaakt is in navolging van zijn ouder het grondgebied van de Unie te verlaten, moet deze ouder een verblijfsrecht worden verleend. Voor de beoordeling hiervan wordt gekeken naar de afhankelijkheidsrelatie tussen ouder en het kind. De jurisprudentie ziet echter op twee ouders en het is onduidelijk of en zo ja in hoeverre een derde en vierde ouder hier verblijfsaanspraken aan kunnen ontleen. Daarnaast is het beleid ten aanzien van deze jurisprudentie aan verandering onderhevig (Den Besten, Van Melle, & Wegelin, 2018). Zo was vóór 1 juli 2018 de frequentie en omvang van de daadwerkelijke zorg- en opvoedingstaken niet relevant, terwijl nadien in de Vc is opgenomen dat de IND geen verblijfsrecht verleent bij marginale zorg- en opvoedingstaken van de ouder.²³

Voor artikel 8 EVRM geldt enerzijds dat vaste jurisprudentie van het EHRM uitwijst dat het vreemdelingenrecht beperkender regels mag stellen dan het familierecht. Anderzijds moet toch worden aangenomen dat het gegeven dat Nederland meerouderschap bij wet mogelijk maakt (en deze gezinsvorm bovendien in andere landen niet wordt erkend) met zich brengt dat dit zal worden meegewogen in een belangenafweging in het kader van een beroep op *family life* in de zin van artikel 8 EVRM.

De onduidelijkheid over de kans op het slagen van een beroep op verblijf bij kind heeft tot gevolg dat er rechtsonzekerheid ontstaat die erin kan resulteren dat internationale gezinnen afzien van een beroep op de regeling.

Tot slot gaat de ACVZ ervan uit dat de maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van gezinssamenstellingen in Nederland zoals deze zijn geschetst door de Staatscommissie (zie paragraaf 1.1) eveneens gelden voor gezinnen waarbij vreemdelingen zijn betrokken. Het ligt voor de hand dat eenouder-, stief- en meeroudergezinnen ook onder deze groep in toenemende mate voorkomen. Het nationale vreemdelingenrecht voorziet echter niet in een regeling die rekening houdt met de maatschappelijke ontwikkelingen die maken dat niet altijd meer sprake is van een gezinsband tussen ouders maar wel tussen ouder en kind. Hoewel het Vb in navolging van de Verblijfsrichtlijn in artikel 8.7 de mogelijkheid biedt voor kinderen (die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer) om de ouder voor wie ze zorgen bij zich te laten voegen, ontbreekt de mogelijkheid voor minderjarige kinderen om op basis van hun relatie met hun ouders gezinshereniging te bewerkstelligen.²⁴ Ontwikkelingen op dit terrein zijn niet uitgebleven. Zo is op 8 november 2016 een initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Vw in verband met het verankeren van het belang van het kind ter advisering aan de ACVZ voorgelegd. Hierin wordt voorgesteld om een artikel 13a aan de Vw toe te voegen, waarin staat dat een verzoek om een verblijfsvergunning van een minderjarige vreemdeling dan wel een van zijn ouders ingewilligd wordt als de belangen van het kind ernstig worden bedreigd bij afwijzing van dit verzoek, tenzij het algemeen belang zich daar in het specifieke geval tegen verzet. Zoals opgemerkt in haar *'Advies Verankering van het belang van het kind in de Vreemdelingenwet'* staat de ACVZ in principe positief tegenover een verankering van het belang van het kind in de Vw (ACVZ, 2017). De ACVZ is daarnaast van oordeel dat ook het invoeren van de verblijfsgrond 'verblijf bij kind' dringend gewenst is.

Verblijf bij kind in andere EU-lidstaten

Andere lidstaten van de EU zijn al bekend met de mogelijkheid van verblijf bij kind in hun vreemdelingenbeleid. Zo is verblijf bij een Duits kind mogelijk voor zijn derdelander ouders. Ook in het Verenigd Koninkrijk is bepaald dat ouders die geen beroep kunnen doen op verblijf bij een partner een beroep kunnen doen op verblijf bij hun kind (Klaassen, 2018, p. 13). Ook Frankrijk maakt mogelijk dat verblijf bij een Frans kind wordt aangevraagd. Om in Frankrijk aanspraak te maken op een verblijfsrecht op deze grond moeten de ouders aantonen dat zij vanaf de geboorte van het kind (of tenminste gedurende twee jaar voor indiening van het verzoek) hebben bijgedragen aan diens verzorging en ontwikkeling. Dit veronderstelt dat de ouder dan wel met het kind in één huis woont, dan wel dat de ouder apart woont maar (emotioneel) gebonden is aan het kind en een financiële bijdrage levert om in diens levensonderhoud te voorzien.²⁵

Door in het BW juridisch ouderschap en gezag mogelijk te maken voor drie tot vier personen verruimt de wetgever de definitie van het begrip 'gezin'. De ACVZ

meent dat een gevolg hiervan moet zijn dat deze verruiming ook doorwerkt in en wordt opgenomen in het (reguliere) vreemdelingenrecht. Het vreemdelingenrecht moet in die context expliciet aangeven dat een kind drie tot vier ouders kan hebben en dat een gezin met drie tot vier ouders niet anders wordt behandeld dan een gezin met één of twee ouders. Wijziging van de vreemdelingenregelgeving op dit punt voorkomt verwarring, zorgt direct voor duidelijkheid en draagt bij aan de rechtseenheid. De ACVZ vindt voorts dat het onwenselijk is dat er discrepanties tussen het BW en de vreemdelingenwetgeving en het –beleid bestaan. Ongeacht de voorstellen van de Staatscommissie dient het reguliere vreemdelingenrecht – bij het ontbreken van de mogelijkheid van een beroep op verblijf bij partner - verblijf bij kind mogelijk te maken, teneinde rekening te houden met bovengenoemde maatschappelijke ontwikkelingen (zie ook Klaassen, 2018, p. 15.)

De Staatscommissie beoogt meerpersoonsgezag ook mogelijk te maken voor andere verzorgers dan de ouders. Het gaat om personen die het kind ten minste één jaar voorafgaand aan het verzoek hebben verzorgd en opgevoed. Denkbaar is dat verzorgende grootouders een dergelijk verzoek zullen indienen.²⁶ Indien grootouders meerouders dan wel meergezagsdragers zijn zal dit naar verwachting vreemdelingrechtelijke gevolgen met zich brengen op grond van de Verblijfsrichtlijn en de arresten O. en S. en S. en G. van het EU-Hof (zie hiervoor bijlage 2). De ACVZ acht het wenselijk dit in de nationale regelgeving op te nemen.

Aanbeveling 1

Harmoniseer de definitie van gezin, ouder, gezagsdrager en bloedverwant in het BW en de Vw door:

- In artikel 1 Vw voor de definitie van ouder en gezagsdrager te verwijzen naar de definities die in het BW zijn opgenomen. Deze definities ontbreken thans in dit artikel.
- De definitie van gezinsvorming in artikel 1.1 Vb aan te passen zodat hier ook de gezinnen die ontstaan als gevolg van de door de Staatscommissie voorgestelde regeling onder te scharen zijn.

Aanbeveling 2

Maak in artikel 3.14 Vb verblijf van de ouder of gezagsdrager bij kind mogelijk. Aan dit verblijf kunnen, binnen de grenzen van het IVRK, het Unierecht en het EVRM, nadere eisen worden gesteld. Bij het bepalen van de voorwaarden voor verblijf bij kind dient het belang van het kind een eerste overweging te vormen.

Polygamie

Een kwestie die in het onderzoek in het kader van migranten en meerouderschap naar voren is gebracht is die van polygamie. Polygamie is in Nederland verboden. Het civielrechtelijke polygamieverbod staat in de artikelen 30, eerste lid, en 33 van boek 1 BW en het strafrechtelijk polygamieverbod staat in artikel 237 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) en geldt ook voor geregistreerd partnerschap,²⁷

maar niet voor het samenlevingscontract.

Sinds 1 april 2014 is artikel 1:204, eerste lid, sub e BW (oud) vervallen waardoor het mogelijk is geworden dat gehuwde mannen kinderen kunnen erkennen van vrouwen waarmee zij *niet* gehuwd zijn.²⁸ Tot nu toe kan enkel één huwelijkspartner en zijn/haar kinderen een afgeleid verblijfsrecht krijgen (artikel 3.16 Vb). Op 23 maart 2018 heeft de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid de Kamer (naar aanleiding van vragen) ervan op de hoogte gesteld dat de IND aanvragen voor hereniging met een tweede of volgende echtgeno(o)t(e) afwijst, en dat de IND dit in het verleden 'voor zover bekend' ook altijd heeft gedaan. Op de vraag of hij de mening deelt 'dat het leven in een situatie van een polygaam huwelijk nooit in het belang van het kind kan zijn' antwoorde de staatssecretaris dat hij gezinshereniging in polygame situaties niet in het belang van het kind acht.²⁹

Een afstammingsrelatie die is ontstaan uit een polygame *relatie* is niet strijdig met de openbare orde, maar erkenning in Nederland van een afstammingsrelatie die uit een polygaam *huwelijk* is ontstaan is pas mogelijk als het huwelijk niet langer polygaam is.³⁰ Enerzijds is te beredeneren dat op grond van het gelijkheidsbeginsel onderscheid tussen meeroudergezinnen waarbij ouders een polygame relatie hebben en meeroudergezinnen waarbij ouders geen polygame relatie hebben in de toekomst niet te rechtvaardigen is. Anderzijds kan worden gesteld dat de Gezinsherenigingsrichtlijn lidstaten verbiedt toestemming te verlenen tot gezinshereniging voor een andere echtgenoot dan die waarmee de gezinshereniger al op het grondgebied samenwoont.³¹ De voorgestelde wijzigingen van het afstammingsrecht zien op de relatie tussen ouders en hun minderjarige kinderen, en niet op de relatie tussen de (wens)ouders onderling. De basis voor een verblijfsrecht van de kinderen is dan niet meer gelegen in het afgeleide verblijfsrecht voor één partner en zijn/haar kinderen (artikel 3.16 Vb), maar in de relatie van de (meerdere) ouder(s) tot het kind.

Welke gevolgen de diversificatie van de afstammingsregels heeft voor uit polygame relaties geboren kinderen is voor de ACVZ onduidelijk. Het is mogelijk dat kinderen uit polygame huwelijken, gelijk kinderen uit meerouderschap, een sterkere rechtspositie en mogelijk verblijfsrecht moet toekomen. Volgens de ACVZ betekent dit niet dat het polygame huwelijk niet langer verboden zou kunnen worden, maar praktisch, vanuit het belang van het kind gezien, kan het betekenen dat meerdere vrouwen, zijnde moeders van meerdere legaal verblijvende kinderen, moeten worden toegelaten.

3.3 Het risico op oneigenlijk gebruik van de regeling

Het spreekt voor zich dat gebruik van de regeling met als enig oogmerk een verblijfsrecht te verkrijgen ongewenst is. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.4 is het volledig uitbannen van oneigenlijk gebruik een gecompliceerde, zo niet onhaalbare kwestie en hanteert de ACVZ als één van de uitgangspunten van dit advies dat een balans wordt gevonden tussen het voorkomen van oneigenlijk

gebruik enerzijds en bescherming van de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen anderzijds.

Uit het onderzoek van de ACVZ komt naar voren dat niet geheel valt uit te sluiten dat de regeling kan worden gebruikt met het uitsluitende doel om verblijfsrecht te verkrijgen. Echter, de procedure zoals die door de Staatscommissie wordt voorgesteld is complex, er is enige tijd mee gemoeid, de betrokkenen worden daarin intensief begeleid en een gang naar de rechter is noodzakelijk om de vereiste goedkeuring te krijgen. Deze rechter wordt geadviseerd door een bijzonder curator die het belang van het kind behartigt. Verblijfsrechten ontstaan vervolgens pas op het moment dat het kind daadwerkelijk is geboren (met uitzondering van de regeling voor eenvoudige adoptie). Die geboorte ligt mogelijk ver af van het moment waarop juridisch ouderschap of meerpersoonsgezag geregeld wordt. Uitzonderingen daargelaten is dit op zijn vroegst negen maanden na verlening van toestemming door de rechter, maar het kan ook nog jaren duren nu er geen geldigheidsduur van de overeenkomst is opgenomen in de regeling. Grootschalig oneigenlijk gebruik van de voorgestelde regelingen ligt zodoende niet voor de hand. De overheid kan het reeds bestaande instrumentarium om oneigenlijk gebruik op te sporen en tegen te gaan ook bij meerouderschap inzetten. Dit instrumentarium wordt beschreven in het juridisch kader (bijlage 2). Hoewel nieuw is dat via de meerouderschapsregeling ten hoogste vier in plaats van twee ouders een aanspraak op verblijf bij hun (eerste) kind kunnen hebben, is het concept van de schijnerkenning dan wel het schijnhuwelijk immers niet nieuw.

Eenvoudige adoptie in België en Frankrijk

De ACVZ heeft in België en Frankrijk, landen die reeds een regeling voor eenvoudige adoptie kennen, nagevraagd of deze regelingen (vermoedens van) oneigenlijk gebruik opleveren. België heeft laten weten dat er enkele gevallen bekend zijn, maar het betrof dan volwassenen die zich lieten adopteren. Dit is in Nederland niet mogelijk.

Frankrijk laat weten dat oneigenlijk gebruik van eenvoudige adoptie lastig voor te stellen is nu moet worden voldaan aan restrictieve voorwaarden. Zo moeten de adoptiefouders meer dan twee jaar getrouwd zijn, of getrouwd zijn en ouder dan 28 jaar. Voor het verlenen van een verblijfsvergunning bij een Frans kind moet het kind de gewone verblijfsplaats in Frankrijk hebben. Buitenlandse ouders die een verzoek om verblijf bij kind indienen moeten aantonen dat ze vanaf de geboorte van het kind dan wel gedurende twee jaar voor indiening van het verzoek een bijdrage hebben geleverd aan het levensonderhoud en de ontwikkeling van het kind. Dit veronderstelt dat de ouder dan wel met het kind in één huis woont, dan wel dat de ouder apart woont maar (emotioneel) gebonden is aan het kind en een financiële bijdrage levert om in diens levensonderhoud te voorzien. Zelfs als de juridische afstammingsband met de oorspronkelijke ouders dus in tact is gebleven zullen deze niet als ouders van het kind worden aangemerkt, nu deze niet bij het kind in Frankrijk wonen en ze niet kunnen bijdragen aan het levensonderhoud en de ontwikkeling van het kind dat niet bij hen woont.

Meerouderschap Canada

In de jurisdictie British Columbia zijn sinds het mogelijk worden van het

registreren van juridisch meerouderschap op 18 maart 2013 in totaal drie gezinnen met drie ouders geregistreerd. Hierbij speelden geen vreemdelingenrechtelijke aspecten.³²

Meerpersoonsgezag

In Engeland, Wales en Finland bestaat de wettelijke mogelijkheid om gezag aan meer dan twee personen toe te kennen (Sikorska, Kruger, & Swennen, 2015).

De ACVZ heeft met inachtneming van het vorenstaande vier opties de revue laten passeren om te komen tot een zodanige regeling van het meerouderschap zoals gepresenteerd door de Staatscommissie dat de kans op oneigenlijk gebruik wordt geminimaliseerd. Deze opties zijn:

1. Stel de regeling voor wensouders die het meerouderschap juridisch vóór de zwangerschap willen regelen, alleen open voor Unieburgers met rechtmatig verblijf in Nederland en vreemdelingen die daarmee gelijk zijn gesteld.
2. Stel de regeling voor wensouders die het meerouderschap juridisch vóór de zwangerschap willen regelen, naast de vreemdelingen genoemd onder optie 1, alleen open voor derdelanders met een permanent verblijfsrecht³³ in Nederland.
3. Maak in de regelgeving duidelijk dat de rechter bij het beoordelen van het meerouderschapsverzoek of de eenvoudige adoptie de vreemdeling-rechtelijke aspecten meeweegt in zijn oordeel.
4. Laat het eventueel meewegen van de huidige en toekomstige verblijfspositie van de wensouders volledig over aan de familierechter.

De ACVZ is tot de conclusie gekomen dat er met **de derde optie** een juiste balans wordt gevonden tussen het voorkomen van oneigenlijk gebruik enerzijds en bescherming van de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen anderzijds. De ACVZ zal hieronder de voor- en nadelen van de opties ten behoeve van de structuur (van meest tot minst beperkend), bespreken in bovengenoemde volgorde.

Optie 1: Stel de regeling voor wensouders die het meerouderschap juridisch vóór de zwangerschap willen regelen, alleen open voor Unieburgers met rechtmatig verblijf in Nederland en vreemdelingen die daarmee gelijk zijn gesteld.

De toegang tot de meerouderschapsregeling blijft in deze optie beperkt tot Nederlanders en personen die vallen onder artikel 8 onder e Vw ('verblijf als gemeenschapsonderdaan'). Het voordeel hiervan is dat het risico op oneigenlijk gebruik ten aanzien van het verblijfsrecht wordt verkleind. De personen die deelnemen aan de regeling hebben immers de Nederlandse nationaliteit of worden aangemerkt als Unieburger. (Het is echter niet uitgesloten dat voor of na

de geboorte een verandering komt in het verblijfsrecht van de Unieburger). Het nadeel is dat een dergelijke eis onnodig alle gezinnen waarvan één of meer betrokkenen derdelander zijn zou uitsluiten van de regeling en daarmee geen oog heeft voor de gerechtvaardigde belangen van ouders en kind om hun gezinsleven in Nederland net als ieder ander vorm te geven.

De ACVZ acht het stellen van deze eis voor eenvoudige adoptie, waarbij het juridisch ouderschap pas na de geboorte wordt vormgegeven, ongewenst. Het kind heeft in die situatie de betreffende (sociale) ouders immers al en het bij voorbaat uitsluiten van deze ouders is niet in het belang van het kind. Voorts ligt de belangenafweging van de familierechter hier anders. Zo moet de eenvoudige adoptie in het kennelijk belang van het kind zijn. De ACVZ vindt dan ook dat de familierechter dit moet beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval, zonder enige vreemdelingrechtelijke belemmeringen. Nu bij een bestaand kind de eis van Unieburgerschap van de ouders volgens de ACVZ niet kan worden gesteld, is een negatief gevolg van het stellen van die eis bij het vormgeven van juridisch ouderschap vóór de conceptie dat het aantrekkelijker wordt voor wensouders die geen Unieburger zijn om na de geboorte van het kind pas om meerouderschap te verzoeken. Dat wensouders er in de praktijk waarschijnlijk voor zullen kiezen om eerst een kind te krijgen en vervolgens het meerouderschap te regelen is niet in lijn met de opvatting van de Staatscommissie, dat het belangrijk is dat “zoveel mogelijk wordt bevorderd dat juridisch ouderschap op het tijdstip van de geboorte van het kind kan ontstaan. De feitelijke positie en de rechtspositie van het kind zijn daarmee direct geborgd” (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 428). Een wettelijke eis kan dus een averechts gevolg hebben.

Optie 2: Stel de regeling voor wensouders die het meerouderschap juridisch vóór de zwangerschap willen regelen, naast de vreemdelingen genoemd onder optie 1, alleen open voor derdelanders met een permanent verblijfsrecht in Nederland.

De toegang tot de meerouderschapregeling blijft in deze optie – naast de groep personen genoemd in optie 1 - beperkt tot vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben als bedoeld in artikel 8 onder b, of d Vw. Bewijs hiervan kan op vrij eenvoudige wijze door de familierechter worden beoordeeld.

Een positief gevolg van deze optie is dat de kans op het verzoeken van meerouderschap voorafgaand aan de conceptie met als enig oogmerk een verblijfsrecht te verkrijgen er onder de groep derdelanders niet is als men weet dat voor toegang tot de regeling een permanent verblijfsrecht is vereist. Een ander gevolg van de wettelijke eis van een permanent verblijfsrecht is dat de verblijfspositie van de wensouders altijd wordt beoordeeld. Positief daaraan is dat zij hun permanente verblijfsrecht eerst in orde zullen maken alvorens zich tot de rechter te richten. Deelname aan de regeling van wensouders die in Nederland

wonen maar niet over een verblijfsrecht beschikken of over een wankel verblijfsrecht beschikken wordt hiermee voorkomen. De ACVZ is van oordeel dat verblijfsonzekerheid van hier woonachtige wensouders in veel gevallen niet in het belang van het kind zal zijn, gelet op de stressvolle situatie die dit met zich kan meebrengen. Anderzijds kan de verblijfspositie van de wensouders op het moment van het verlenen van toestemming door de rechter anders zijn dan op het moment van de geboorte van het kind. Hoewel een permanent verblijfsrecht slechts bij uitzondering wordt verloren kent de toestemming van de rechter geen geldigheidsduur. Zo kan het voorkomen dat het kind bijvoorbeeld pas vijf jaar na de verleende toestemming wordt geboren. De verblijfspositie van de ouders kan op dat moment alweer zijn veranderd. Het stellen van een geldigheidsduur aan de verleende toestemming kan hierin enige verandering brengen, maar sluit dit niet uit.

Een nadeel van deze optie is dat naar verwachting vooral ouders die de meerouderschapsregeling te goeder trouw willen gebruiken, maar geen permanent verblijfsrecht hebben, zullen worden getroffen. Ook worden gezinnen die tot deze categorie behoren en hun gezinsleven, ook zonder kinderen, elders niet kunnen uitoefenen (zoals LHBTI-vluchtelingen met een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd) uitgesloten. Een ander nadeel van deze optie is, net als bij optie 1, dat het wensouders kan aanzetten om eerst een kind te krijgen en dan via de weg van de eenvoudige adoptie het meerouderschap te regelen.

Een ander negatief gevolg is dat deze optie een flinke inperking betreft van de gedachte (van de Staatscommissie) dat een ieder die dit wil, mits te goeder trouw, toegang zou moeten krijgen tot deze regeling. Tot slot kan enerzijds gezegd worden dat deze optie een verdergaande inbreuk op de keuzevrijheid van aspirant-meerouders betreft om zelf te bepalen dat zij een gezin willen stichten, waarbij ten onrechte onderscheid wordt gemaakt tussen gezinnen met twee ouders (waarvoor voornoemde eis niet geldt) en die met meer dan twee ouders. Anderzijds kan in navolging van de Staatscommissie worden gesteld dat, nu meerouderschap een toename van (juridische) complexiteit van de opvoedingssituatie met zich brengt, het stellen van voorwaarden aan de vormgeving van het juridisch meerouderschap gerechtvaardigd is (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 429). Dergelijke voorwaarden zijn ook bekend in het huidige adoptierecht.³⁴

Optie 3: Expliciteer in de regelgeving dat de rechter bij het beoordelen van het meerouderschapsverzoek of de eenvoudige adoptie de vreemdelingrechtelijke aspecten meeweegt in zijn oordeel.

De derde optie is dat de rechter bij het beoordelen van het meerouderschapsverzoek de (te verwachten) verblijfspositie van de wensouders betreft in de weging van het belang van het kind. De rechter dient hierbij ook te betrekken de vraag of het verzoek wordt gedaan met het enkele oogmerk om een

verblijfsrecht in Nederland te krijgen. Omdat de Staatscommissie ten aanzien van deze afweging aansluit bij de zeven kernen van goed ouderschap kan de vraag over de verblijfspositie onder de kern 'continuïteit in de opvoedingsrelatie' worden geschaard. De vraag over oneigenlijk gebruik van de regeling kan worden geschaard onder de kern 'een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment'.³⁵

Positieve gevolgen van deze optie zijn, dat de verblijfspositie van de wensouders altijd ter sprake komt en dat de vraag of er vermoedens zijn dat met een oneigenlijke reden een beroep wordt gedaan op de regeling, wordt betrokken bij de afweging. Onderzoek van de ACVZ wijst uit dat continuïteit van de opvoedingsrelatie in de huidige praktijk ook kan worden vormgegeven bij verblijf van ouders in verschillende landen. De rechter zal het ontbreken van een (permanent) verblijfsrecht dan ook niet per definitie als nadelig, dus als niet in het belang van het kind, achten. Relevant zijn in dit verband de afspraken die de ouders maken in het kader van de omgang met het kind en de omstandigheden van het geval. Uiteraard is het ook bij deze optie mogelijk dat de verblijfspositie na de verleende toestemming wijzigt. Als gevolg van het weigeren van toestemming bij deze optie kunnen wensouders ervoor kiezen van te voren hun verblijfsrecht in orde te maken.

Als de rechter tot het oordeel komt dat de regeling gebruikt wordt met het enkele doel verblijf te krijgen wijst deze het verzoek af omdat dan niet is voldaan aan de 'een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment'.

Voorts kan het zijn dat de rechter ondanks het ontbreken van een permanent verblijfsrecht zijn toestemming verleent, als het ouderschapsplan daar rekening mee houdt. Hiermee valt niet uit te sluiten dat in de toekomst verblijfsaanspraken ontstaan op grond van verblijf bij kind.

Optie 4: Het eventueel meewegen van de huidige en toekomstige verblijfspositie van de wensouders wordt volledig aan de familierechter overgelaten.

Ten slotte kan het eventueel meewegen van de verblijfspositie van de (wens)ouders en het risico op oneigenlijk gebruik volledig aan de familierechter worden overgelaten in het kader van de uitvoerbaarheid van de meerouderschapsovereenkomst.

Een eerste voordeel hiervan is dat geen onderscheid bij wet wordt gemaakt tussen tweelouder- en meeroudergezinnen ten aanzien van de verblijfspositie. Ook personen zonder verblijfsrecht kunnen een beroep doen op de regeling.

Een tweede voordeel is dat deze optie geen inperking betreft van het voorstel van de Staatscommissie. Er worden, net als bij optie 3, geen personen bij voorbaat uitgesloten van de regeling op grond van hun verblijfsstatus.

Een derde voordeel is dat er maatwerk wordt geleverd. De beoordeling van familierechtelijke aspecten en het belang van het kind wordt volledig overgelaten aan de familierechter, die dit zal doen aan de hand van de omstandigheden van het geval. In deze optie kan de meerouderschapsovereenkomst een omgangs-

regeling met marginaal direct contact en daarnaast digitaal of telefonisch contact bevatten met ouders die in het buitenland verblijven. Het verblijfsrecht hoeft dan niet ter sprake te komen, nu dit niet vereist is voor invulling van de omgangsregeling. Dit kan tot gevolg hebben dat ouders zonder een verblijfsrecht kunnen deelnemen aan de regeling, wat er toe kan leiden dat er in de toekomst wel verblijfsaanspraken kunnen ontstaan op grond van verblijf bij kind. De beoordeling van die eventuele vreemdelingrechtelijke aspecten wordt in deze variant volledig overgelaten aan het hierin gespecialiseerde en hierop toegeruste orgaan, namelijk de IND.

Een nadeel van deze optie is dat het mogelijk is dat de invulling van de overeenkomst vraagt dat de ouders een verblijfsrecht hebben in verband met de omvang van het overeengekomen contact met het kind. De rechter wordt vervolgens gevraagd naar vreemdelingrechtelijke aspecten te kijken, terwijl de familierechter daar niet op is toegerust. Ook is het de vraag of de familierechter een goede inschatting kan maken van mogelijk gebruik van de regeling met als enkel doel een verblijfsrecht in Nederland te krijgen. Het gevolg daarvan kan zijn dat de rechter een overeenkomst goedkeurt waarbij niet is voldaan aan de kern 'een onvoorwaardelijk persoonlijk commitment', die door de Staatscommissie is bestempeld als de grondslag voor alle andere kernen van goed ouderschap. De IND kan vervolgens worden geconfronteerd met een verblijfsaanvraag van een persoon die van een Nederlandse rechter toestemming heeft gekregen om een gezin te stichten, terwijl zij ernstige vraagtekens zet bij de intenties van de betrokkene. Dit kan voorkomen worden door de IND eerder in het proces te consulteren.

Conclusie

Zoals opgemerkt in paragraaf 2.4 is het overlaten van de beoordeling aan de gespecialiseerde beroepskrachten soms de beste optie in situaties waarin de praktijk zo onvoorspelbaar is dat deze moeilijk door middel van regelgeving kan worden afgedicht en de verwachting is dat de kans op oneigenlijk gebruik niet groot is. Daarnaast is er reeds een bestaand instrumentarium gericht op het voorkomen van oneigenlijk gebruik van het gezinsmigratiebeleid, dat grotendeels op deze zaken kan worden toegepast. Het doel is het voorkomen van oneigenlijk gebruik en niet het beperken van de regeling tot een puur nationale regeling. De opties 1 en 2 zijn dan ook niet nodig om het beoogde doel te bereiken, terwijl bij optie 4 het vreemdelingenrecht en het risico op oneigenlijk gebruik te veel uit het oog verloren wordt. De ACVZ beveelt dan ook de derde optie aan en adviseert bij de uitwerking daarvan aansluiting te zoeken bij artikel 44 lid 1 onder i BW, waarin de regeling omtrent het voorkomen van schijnhuwelijken is opgenomen. Dit leidt tot de hierna volgende aanbeveling.

Aanbeveling 3

Stel geen verblijfsrechtelijke beperking aan de regelingen voor meerouderschap en meerpersoonsgezag zoals deze zijn voorgesteld door de Staatscommissie. Laat de beoordeling van het meerouderschaps- en meerpersoonsgezagsverzoek in elk individueel geval over aan de familierechter. Neem in de wettekst wel als waarborg tegen oneigenlijk gebruik op dat de deelnemers aan de regeling aan de rechter verstrekken:

- Een eigen verklaring dat geen gebruik wordt gemaakt van de regeling met het enig oogmerk om een verblijfsrecht in Nederland te verkrijgen ingeval een deelnemer aan de regeling geen Nederlander is of niet rechtmatig in Nederland verblijft als bedoeld in artikel 8 onder b, d of e Vw;
- Een verklaring over het verblijfsrecht van de deelnemer(-s) die niet de Nederlandse nationaliteit bezit (-ten).³⁶

Neem verder in de wettekst op dat:

- de rechter, alvorens de toestemming te verlenen, de verklaring omtrent het verblijfsrecht van de deelnemer(-s) die niet de Nederlandse nationaliteit bezit(-ten) verifieert;
- indien de rechter tot het oordeel komt dat het oogmerk van de vreemdeling niet is gericht op het meerouderschap of meerpersoonsgezag, maar op het verkrijgen van toelating tot Nederland, het verzoek moet worden afgewezen.

¹⁴ Artikel 1:202 BW wetsvoorstel. Met 'aanvaarden van ouderschap' wordt bedoeld wat op dit moment 'erkenning' wordt genoemd.

¹⁵ Voor het ontstaan van ouderschap en gezag volgens het huidige familierecht zie bijlage 3.

¹⁶ Zie artikel Ka wetsvoorstel.

¹⁷ Artikel 1:216, derde lid, BW wetsvoorstel. In Nederland bestaat op dit moment enkel de volle adoptie, waarbij de juridische banden met de oorspronkelijke ouders worden doorgesneden.

¹⁸ Pleegzorgsituaties: artikel 1:213 BW wetsvoorstel. Aspirant-meerouders: ingevolge 1:214 BW wetsvoorstel.

¹⁹ Artikel 1:214, tweede lid, BW wetsvoorstel in samenhang met artikel 1:202, tweede lid, onder a tot en met e, derde lid en vierde lid, BW wetsvoorstel.

²⁰ Artikel 1:Ka, tweede lid, BW wetsvoorstel.

²¹ Artikel 1:Kb, eerste lid, en tweede lid, aanhef en onder a, BW wetsvoorstel.

²² In tegenstelling tot bij de meerouderschapsregeling is bij de draagmoederschapsregeling wel de eis van de gewone verblijfplaats van ten minste een van de wensouders en de draagmoeder opgenomen in het wetsvoorstel.

²³ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 21 juni 2018, nummer WBV 2018/4, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 2018, nr. 36067.

²⁴ Uitzondering is de alleenstaande minderjarige asielstatushouder, die op grond van artikel 3.24a Vb zijn ouders bij zich mag laten voegen. Juridisch ouderschap creëert voor het kind bloedverwantschap met de ouders en diens familieleden. Een genetische band is hiervoor niet vereist. (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 157-158) De Verblijfsrichtlijn (omgezet in artikel 8.7 Vb) bepaalt dat rechtstreekse bloedverwanten in neergaande en opgaande lijn die ten laste zijn van een Unieburger (die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer) zich bij deze Unieburger mogen voegen. Nu meer personen juridisch ouder kunnen worden zal dit vreemdelingrechtelijke gevolgen met zich brengen.

²⁵ Informatie op verzoek van de ACVZ verstrekt door Frankrijk.

²⁶ Het kan ook andere familieleden betreffen die de zorg voor het kind dragen. De Staatscommissie beveelt in aanbeveling 38 ook aan om het verbod van adoptie door een grootouder van het kind te schrappen.

²⁷ Schakelbepaling artikel 90octies Sr doet artikel 237 Sr ook gelden voor het geregistreerd partnerschap.

²⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 819.

²⁹ *Kamerstukken II*, 2017/18, 20172018-1539 «Asielzoeker mag tweede vrouw uit Syrië halen in belang van kinderen».

³⁰ HR 19 mei 2017, JV 2017/162, ECLI:NL:HR:2017:942, m. nt. V. Kidjan en mr. T. van Houwelingen.

³¹ Dit is terug te vinden in artikel 4, vierde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn en punt 11 van de considerans. In het verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende de toepassing van richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging is opgenomen: 'Ten eerste is als gevolg van het verbod op het polygame huwelijk de hereniging met slechts één echtgenoot toegestaan, en kan aan de kinderen van andere echtgenoten het recht op toegang met het oog op hereniging met de gezinshereniger worden ontzegd'. Zie COM(2008) 610, p.5. Dit is terug te vinden in artikel 4, vierde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn.

³² Informatie in juni 2018 op verzoek verstrekt aan de ACVZ door het *Vital Statistics Agency* van British Colombia.

³³ Zie voor de definitie van permanent verblijf de verklarende woordenlijst.

³⁴ Zie artikel 10:111 BW.

³⁵ De eerste aanbeveling van de Staatscommissie luidt: '*Stel de zeven kernen van goed ouderschap centraal in het afstammings- en gezagsrecht. Waarborgen voor een adequate invulling van deze zeven kernen moeten in iedere regeling van afstamming en gezag aanwezig zijn.*'

³⁶ Met deze aanbeveling wordt de parallel gezocht met artikel 1:44 lid 1 onder i BW, waarin eenzelfde bepaling is opgenomen ten aanzien van een huwelijk met een buitenlandse partner.



Hoofdstuk 4

Draagmoederschap

De Staatscommissie heeft in haar advies een regeling voor draagmoederschap voorgesteld. In Nederland bestaat een dergelijke regeling momenteel niet. De Staatscommissie wil met de introductie van de draagmoederschapsregeling bereiken dat wensouders die in Nederland wonen niet meer naar het buitenland gaan om een draagmoeder te zoeken. De Staatscommissie wil echter voorkomen dat Nederland een bestemmingsland wordt voor buitenlandse draagmoeders en/of wensouders. Ook wil de Staatscommissie de rechten van alle betrokkenen, waaronder de draagmoeder, goed regelen. De ACVZ stelt in dit hoofdstuk een aantal aanvullingen op de draagmoederschapsregeling voor die aan deze twee doelstellingen kunnen bijdragen.

4.1 Voorstel draagmoederschapsregeling

In Nederland bestaat momenteel geen draagmoederschapsregeling. Altruïstisch draagmoederschap is niet verboden, maar Nederland voert wel een ontmoedigingsbeleid (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 283). Daarom is het voor zowel wensouders als voor vrouwen die zich als draagmoeder willen aanbieden verboden om te adverteren en ook bemiddeling tussen wensouders en draagmoeders is niet toegestaan. Het gevolg is dat het voor wensouders moeilijk is om in Nederland een draagmoeder te vinden, waardoor zij vaak hun heil in het buitenland zoeken. De Staatscommissie vindt dit onwenselijk omdat de rechten van het kind, de wensouders en de draagmoeder in andere landen niet altijd goed geborgd zijn. Zo wordt bijvoorbeeld de ontstaansgeschiedenis van het kind niet in alle landen geregistreerd, terwijl een kind het recht heeft om te weten van wie het afstamt. Ook is de positie van de draagmoeder in sommige van de landen waar Nederlanders zich toe wenden volgens de Staatscommissie zorgelijk te noemen. (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 458)

De Staatscommissie adviseert daarom, mede vanuit het oogpunt van het belang van het kind, om in Nederland een regeling voor niet-commercieel draagmoederschap te introduceren waarin de rechten van alle betrokkenen zoveel mogelijk zijn gewaarborgd en heeft in het advies een concreet voorstel voor een dergelijke regeling opgenomen.

Hoofdpunten draagmoederschapsregeling

Casus 4 in bijlage 3 is een voorbeeld van de draagmoederschapsregeling

Wensouder(s) en de draagmoeder moeten voorafgaand aan de conceptie van het kind een overeenkomst sluiten. Hierin moeten **onder meer** afspraken staan over:

- de wijze waarop de risico's die zijn verbonden aan de zwangerschap en de bevalling van de draagmoeder zijn afgedekt.
- de vergoeding van de draagmoeder, die, naast een onkostenvergoeding voor daadwerkelijk gemaakte kosten, niet meer dan €6.000 mag bedragen.
- wie de genetische ouders van het kind zullen zijn.

Andere voorwaarden zijn:

- Zowel de wensouders als de draagmoeder moeten voorlichting en begeleiding ontvangen.
- Er is onafhankelijk juridisch advies voor de draagmoeder.
- De draagmoeder en ten minste één van de wensouders hebben gewoon verblijf in Nederland.
- Het staat vast dat de familierechtelijke betrekking tussen het kind en ten minste één wensouder vanaf de geboorte wordt erkend in het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats zal hebben.
- Het staat vast dat het kind vanaf de geboorte de nationaliteit van ten minste één van de wensouders zal bezitten.
- De overeenkomst moet vóór de zwangerschap door een familierechter worden goedgekeurd.
- Als het kind wordt geboren zijn de wensouders meteen juridisch ouder en komen zij, en niet de draagmoeder, op de geboorteakte te staan. Hiermee wordt het rechtsbeginsel *mater semper certa est* (= de moeder is altijd bekend) doorbroken.

(Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 502-509)

Het advies van de Staatscommissie over de draagmoederschapsregeling wijkt op een aantal punten af van de adviezen over meerouderschap en meerpersoonsgezag. In de eerste plaats wordt met de draagmoederschapsregeling géén meerouderschap of meerpersoonsgezag beoogd. De draagmoeder wordt in de voorstellen geen juridisch ouder en krijgt ook geen ouderlijk gezag over het kind. Met dit voorstel doorbreekt Nederland het *mater semper certa est*-beginsel, waarmee het internationaalrechtelijk een bijna unieke positie inneemt.³⁷ Zoals hierna zal blijken is die unieke positie ook relevant voor de vreemdelingrechtelijke keuzes die besproken worden. In de tweede plaats beoogt de Staatscommissie bij de draagmoederschapsregeling te bereiken dat de betrokkenen een noodzakelijke band met Nederland hebben (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 462-464). De Staatscommissie vindt het een onaanvaardbaar risico dat Nederland een aantrekkelijk land zou worden voor internationaal draagmoederschap (ook wel draagmoederschapstoerisme genoemd) en wil dat voorkomen door het uitgangspunt van een noodzakelijke band van alle betrokkenen met Nederland te hanteren. Dit uitgangspunt ontbreekt bij de overige voorstellen van de Staatscommissie. De voorgestelde draagmoederschapsregeling werpt als gevolg

daarvan andere vragen op dan de overige voorstellen. Het vreemdelingenrecht kan bijdragen aan het bereiken van de doelen die de Staatscommissie in de regeling beoogt te bereiken.

De ACVZ adresseert in dit hoofdstuk de volgende vragen:³⁸

- Op welke wijze kan het vreemdelingenrecht eraan bijdragen dat Nederland geen bestemmingsland wordt voor internationaal draagmoederschap?
- Op welke wijze kan het vreemdelingenrecht aanvullende bescherming bieden tegen mogelijke uitbuiting van de draagmoeder?

4.2 Het vreemdelingenrecht als hulpmiddel bij het tegengaan van internationaal draagmoederschap

De Staatscommissie wil een goede draagmoederschapsregeling voor betrokkenen die een noodzakelijke band met Nederland hebben en tegelijkertijd voorkomen dat Nederland een bestemmingsland wordt voor internationaal draagmoederschap. Daarom heeft ze laten onderzoeken of het mogelijk is om een nationaliteitseis te stellen aan de betrokken deelnemers. Dat onderzoek heeft uitgewezen dat de draagmoederschapsovereenkomst hoogstwaarschijnlijk valt onder het vrij verkeer van diensten binnen de EU, ook al is het een niet-commerciële regeling (Koffeman, 2016). Een nationaliteitseis is daarom volgens de Staatscommissie niet toegestaan. Zij heeft daarom in plaats daarvan in de regeling als voorwaarde gesteld dat tenminste één van de wensouders én de draagmoeder 'gewoon verblijf' in Nederland moeten hebben. Gewoon verblijf is een term uit het IPR. Van gewoon verblijf is sprake als het middelpunt van iemands maatschappelijke leven zich in Nederland bevindt. Deze eis zou binnen de kaders van het Unierecht wel gesteld mogen worden en daarmee kan volgens de Staatscommissie worden geborgd dat de betrokkenen daadwerkelijk een band met Nederland hebben. Met de eis wordt verder beoogd te waarborgen dat het kind in Nederland wordt geboren, zodat, met het oog op het belang van het kind, (nog te formuleren) Nederlandse afstammingsregels over kinderen die uit een draagmoeder worden geboren van toepassing zijn. Ook moet het woonplaatsvereiste eraan bijdragen dat buitenlandse vrouwen niet onder oneigenlijke druk komen te staan om draagmoeder in Nederland te worden vanwege de onkostenvergoeding. Bovendien is de eis van de gewone verblijfsplaats noodzakelijk om de vereiste vrijwillige instemming van de draagmoeder te kunnen toetsen. Buitenlandse wensouders en draagmoeders die al in Nederland wonen voldoen aan de eis van gewoon verblijf en kunnen zodoende in principe een beroep doen op de regeling (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, pp. 462-465).

Naar het oordeel van de ACVZ kan het stellen van de eis van gewoon verblijf tot op zekere hoogte bijdragen aan de beoogde doelen, maar is het niet voldoende. De gekozen insteek brengt namelijk twee problemen met zich mee:

- De term 'gewoon verblijf' heeft vreemdelingrechtelijk geen betekenis. Het is mogelijk om aan deze eis te voldoen zonder legaal in Nederland te verblijven, het gaat immers enkel om de vraag of het middelpunt van iemands maatschappelijke leven zich in Nederland afspeelt. Ook vreemdelingen die nog in procedure zijn maar die nog geen verblijfsvergunning hebben kunnen voldoen aan deze eis.
- De Staatscommissie heeft in haar analyse -op basis waarvan zij heeft geconcludeerd dat het stellen van een nationaliteitseis niet is toegestaan- enkel het recht voor Unieburgers en personen die daarmee worden gelijkgesteld (bijvoorbeeld hun familieleden) betrokken. Het vrij verkeer van diensten en personen is echter niet van toepassing op derdelanders die niet met Unieburgers zijn gelijkgesteld. Deze groep vreemdelingen is in de analyse van de Staatscommissie buiten beschouwing gelaten.

Het is mogelijk dat, en dit geldt voor Unieburgers en derdelanders, de betrokken vreemdelingen voldoen aan de eis van gewoon verblijf, maar toch geen rechtmatig verblijf in de zin van de Vw hebben, of dat niet meer hebben op het moment van de zwangerschap en geboorte. De rechter moet immers de overeenkomst goedkeuren vóórdat er sprake is van een zwangerschap en er is geen geldigheidsduur van de overeenkomst opgenomen in de voorgestelde regeling. Dit betekent dat er een aanzienlijke periode kan zitten tussen het tijdstip van goedkeuring door de rechter en de daadwerkelijke zwangerschap en geboorte. Het gevolg kan zijn dat de draagmoeder en/of de wensouder(-s) tijdens de zwangerschap Nederland moeten verlaten of zelfs worden uitgezet. Er is ook een situatie denkbaar waarbij de draagmoeder alleen in Nederland achterblijft, terwijl zij conform de regeling geen juridisch ouder van het kind is, noch het ouderlijk gezag heeft. Dit is niet in het belang van het kind en evenmin in het belang van de draagmoeder en de wensouders.

Voorbeelden vreemdelingen met 'gewoon verblijf'

De casus *draagmoederschap* (zie bijlage 3) verduidelijkt het verschil tussen gewoon verblijf en verblijfsrechten in de zin van de Vw. Het gaat hier om drie derdelanders, waarvan één persoon een asielvergunning voor bepaalde tijd heeft (Mohammed), één persoon onrechtmatig verblijft (Sarah) en één persoon nog in procedure is (Elza). Zij hebben alle drie 'gewoon verblijf' in Nederland en voldoen zodoende aan de verblijfseis die de Staatscommissie voorstelt. Maar de verleende tijdelijke verblijfsvergunning kan worden ingetrokken (bijvoorbeeld in geval de situatie in het herkomstland verbetert), de asielaanvraag kan worden afgewezen en op één van de betrokkenen rust nu al de verplichting om Nederland te verlaten. Zij kan in principe ieder moment worden uitgezet.

In de voorgestelde regeling voor draagmoederschap is nu geen enkele bepaling opgenomen die eisen stelt aan het verblijfsrecht van eventueel betrokken derdelanders. In het vorige hoofdstuk is de ACVZ ten aanzien van de regelingen voor meerouderschap, eenvoudige adoptie en meerpersoonsgezag tot de conclusie gekomen dat een dergelijke eis disproportioneel zou zijn, omdat de kans dat de regeling zal leiden tot gebruik met als enig oogmerk om een verblijfsrecht in Nederland te verwerven klein is. De ACVZ denkt dat dit ook geldt voor de draagmoederschapsregeling, om dezelfde redenen als die zijn aangegeven in paragraaf 3.3 ten aanzien van meerouderschap en meerpersoonsgezag. Echter, de ACVZ denkt dat het vreemdelingenrecht ten aanzien van de draagmoederschapsregeling kan worden ingezet voor een ander doel: te weten het voorkomen dat Nederland een bestemmingsland wordt voor internationaal draagmoederschap. Daar wordt in deze paragraaf verder op ingegaan.

Geen gevallen van oneigenlijk gebruik draagmoederschap in het VK bekend

De ACVZ heeft in het VK navraag gedaan over vermoedens van oneigenlijk gebruik bij draagmoederschap. Uit het antwoord van het VK komt naar voren dat het land geen draagmoederschapsregeling kent zoals de Staatscommissie die voorstelt, zodat de vergelijking lastig is (Zie ook: European Parliament, 2013, p. 58). In het VK is enkel toegestaan dat privépersonen een contract sluiten over draagmoederschap, maar de afspraken die daarin zijn opgenomen zijn op geen enkele manier afdwingbaar. De geboortemoeder wordt na geboorte automatisch de juridisch ouder van het kind en de wensouders kunnen pas zes weken na de geboorte de rechter om een 'parental order' verzoeken. De wensouders krijgen (naast andere eisen) alleen een 'parental order' van de rechter als zij hun 'domicile' in het VK hebben. Dit begrip moet volgens de geraadpleegde contactpersoon van de ACVZ in het VK worden uitgelegd als: *'having one's main and permanent home in the UK. This normally equates to having permanent residence, or being someone whose application for permanent residence would be highly likely to be successful.'*³⁹ In principe is het voorstelbaar dat een buitenlandse vrouw in het VK als draagmoeder fungeert, maar de kosten voor hoogtechnologisch draagmoederschap zijn in het VK erg hoog en het is daarom onwaarschijnlijk dat een kliniek een vrouw die geen 'domicile' in het VK heeft zou behandelen. Er zijn in het VK geen gevallen bekend van draagmoederschapscontracten tussen privépersonen die hebben geleid tot een verblijfsrecht voor één van de betrokkenen.

Uit onderzoek naar de Griekse draagmoederschapsregeling komt het beeld naar voren dat in Griekenland met name buitenlandse vrouwen als draagmoeder fungeren

Griekenland heeft als enige EU-lidstaat sinds 2002 een wettelijke regeling voor draagmoederschap (European Parliament 2013, pp. 277-294). Wensmoeder en draagmoeder moeten volgens deze regeling vóór de conceptie van het kind toestemming vragen aan de rechter. De draagmoeder mag niet tevens de genetisch moeder van het kind zijn. Zowel de wensmoeder als de draagmoeder moesten aanvankelijk 'domicile' hebben in Griekenland, maar deze eis is met een amendement op de wet komen te

vervallen (Horsey & Neofytou, 2015). Als de overeenkomst wordt goedgekeurd is de draagmoeder eraan gebonden en worden de wensmoeder en haar partner vanaf de geboorte de juridisch ouders van het kind (waarmee het *mater semper certa est* beginsel wordt doorbroken). De regeling verbiedt commercieel draagmoederschap en staat alleen een onkostenvergoeding toe, die kan oplopen tot € 12.000 (Horsey & Neofytou, 2015). Uit onderzoek van het Europees Parlement komt naar voren dat bij 17 onderzochte zaken in de periode 2007-2010 (dus in de periode voordat de eis van 'domicile' was komen te vervallen) er 2 Griekse draagmoeders betrokken waren. De overige draagmoeders waren Bulgaars (4), Pools (3), Russisch (2), Georgisch (1) en Filipijns (1) en volgens de onderzoekers in sommige gevallen werkzaam in het huishouden van de wensouders of van één van hun familieleden. De onderzoekers bestempelen deze draagmoeders als "mostly of low social standing (considerably lower than that of the intending parents), of low wage, and came from countries which were in chronic financial decline." (European Parliament, 2013, p. 284). Ander onderzoek bevestigt het beeld dat het merendeel van de draagmoeders in Griekenland niet de Griekse nationaliteit heeft, en in de meeste gevallen uit Oost-Europa afkomstig is (Horsey & Neofytou, 2015; Hatzis, 2010).

De ACVZ heeft bij de Griekse autoriteiten over de uitwerking van de regeling navraag gedaan, maar heeft geen nadere informatie ontvangen.

De vier opties die in het vorige hoofdstuk zijn beschreven worden hier beoordeeld in het licht van de vraag in hoeverre ze, in aanvulling op de eis van gewoon verblijf, zouden kunnen bijdragen aan het bereiken van het beoogde doel van een noodzakelijke band met Nederland.

Deze opties zijn:

1. Stel de draagmoederschapsregeling alleen open voor Unieburgers met rechtmatig verblijf in Nederland en vreemdelingen die daarmee gelijk zijn gesteld.
2. Stel de draagmoederschapsregeling, naast de vreemdelingen genoemd onder optie 1, alleen open voor derdelanders met een permanent verblijfsrecht in Nederland.
3. Expliciteer in de regelgeving dat de rechter bij het beoordelen van het draagmoederschapsverzoek de vreemdelingrechtelijke aspecten meeweegt in zijn oordeel.
4. Laat het eventueel meewegen van de huidige en toekomstige verblijfspositie van de wensouders en de draagmoeder volledig over aan de familierechter.

De ACVZ is tot de conclusie gekomen dat er met **de tweede optie** een juiste balans wordt gevonden tussen het voorkomen van draagmoederschapstoerisme enerzijds en bescherming van de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen anderzijds. De ACVZ zal hieronder de voor- en nadelen van de opties ten behoeve van de structuur (van meest tot minst beperkend), bespreken in bovengenoemde volgorde.

Optie 1: Stel de regeling alleen open voor Unieburgers met rechtmatig verblijf in Nederland of vreemdelingen die daarmee zijn gelijk gesteld.

De eerste optie is om de regeling alleen open te stellen voor Nederlanders en vreemdelingen die vallen onder artikel 8 onder e Vw (verblijf als gemeenschapsonderdaan), mits zij voldoen aan de door de Staatscommissie voorgestelde voorwaarde van gewoon verblijf. De ACVZ ziet, net als de Staatscommissie, geen ruimte om deze groep vreemdelingen uit te sluiten van de voorgestelde regeling, ook al zou dat met het oog op het voorkomen van 'draagmoederschapstoerisme' binnen de EU mogelijk wel gewenst zijn. Hierbij merkt de ACVZ eveneens op dat het voor Unieburgers over het algemeen vrij eenvoudig zal zijn om aan de gestelde eisen van rechtmatig en gewoon verblijf te voldoen (Zwaan, et al., 2018, pp. 92-96).⁴⁰ Voor economische actieve Unieburgers geldt dat zij onder het recht op vrij verkeer vallen als zij reële en daadwerkelijke arbeid verrichten die niet louter marginaal en bijkomstig is. Wanneer hiervan sprake is, is op basis van de rechtspraak van de EU lastig te duiden (Zwaan, et al., 2018, p. 273). De draagmoederschapsovereenkomst zelf kan voldoende zijn om te concluderen dat de draagmoeder die onder artikel 8 onder e Vw valt aan deze eis voldoet. De IND neemt namelijk aan dat aan de eis in ieder geval is voldaan als de inkomsten uit arbeid meer bedragen dan 50% van de toepasselijke bijstandsnorm of de Unieburger tenminste 40% van de gebruikelijke volledige arbeidstijd werkt.⁴¹ Voor personen jonger dan 21, alleenstaanden en kostendelende medebewoners is de voorgestelde onkostenvergoeding voor de draagmoeder van maximaal € 500 per maand voldoende om te concluderen dat er sprake is van reële en daadwerkelijke arbeid, niet zijnde louter marginaal en bijkomstig. Dit volgt uit de normen die in paragraaf 3.2 van de Participatiewet zijn gesteld.⁴²

Het voordeel van een keuze voor optie 1 is dat het risico dat vreemdelingen die geen verblijfsrecht (meer) hebben deelnemen aan de regeling vrijwel volledig is uitgesloten. Het nadeel is dat een dergelijke eis onnodig alle gezinnen waarvan één of meer betrokkenen derdelander zijn zou uitsluiten van de regeling en daarmee geen oog heeft voor de gerechtvaardigde belangen van deze ouders en hun eventuele kinderen om hun gezinsleven in Nederland net als ieder ander vorm te geven.

Optie 2: Stel de draagmoederschapsregeling, naast de vreemdelingen genoemd onder optie 1, alleen open voor derdelanders met een permanent verblijfsrecht in Nederland.

De tweede optie is dat in het BW voor de draagmoederschapsregeling (vóór de zwangerschap) de eis wordt gesteld dat de wensouders en de draagmoeder een permanent verblijfsrecht in Nederland moeten hebben. Een situatie waarin de betrokken vreemdelingen op het moment van de toetsing door de rechter wél, maar op het moment van de zwangerschap en bevalling géén gewoon verblijf in

Nederland hebben kan (tot op zekere hoogte)⁴³ voorkomen worden door, naast de vreemdelingen genoemd onder optie 1, alleen derdelanders met een permanent verblijfsrecht tot de regeling toe te laten. Deze eis kan bijdragen aan de doelstelling om de regeling te beperken tot personen die een noodzakelijke band met Nederland hebben. Zolang Unieburgers met rechtmatig verblijf en zij die als zodanig moeten worden aangemerkt tot de regeling worden toegelaten, vormt deze eis geen inbreuk op het vrij verkeer van personen en diensten, dat immers alleen op hen van toepassing is. De nadelen die in hoofdstuk 3 zijn benoemd voor optie 2 zijn niet van toepassing op de draagmoederschapsregeling. Het klopt dat wensouders waarvan er één een onzeker verblijfsrecht heeft worden buitengesloten van de regeling, maar het is nu juist de bedoeling om de draagmoederschapsregeling te beperken tot mensen die een noodzakelijke band met Nederland hebben. Het in hoofdstuk 3 genoemde nadeel, dat ouders die willen deelnemen aan de meerouderschapsregeling met het stellen van strengere eisen hun toevlucht kunnen zoeken tot de regeling voor eenvoudige adoptie gaat hier niet op.

Optie 3: Expliciteer in de regelgeving dat de rechter bij het beoordelen van het verzoek de huidige en te verwachten verblijfsspositie van de ouders en de draagmoeder betreft.

De derde optie is dat in de regelgeving wordt geëxpliciteerd dat de rechter bij het beoordelen van het verzoek de verblijfsspositie van de ouders en de draagmoeder betreft. Dit kan bij het toetsen van één van de zeven kernen van goed ouderschap, waarbij te denken valt aan de kern 'continuïteit in de opvoedingsrelatie' (zie ook hoofdstuk 3).

Optie 3 heeft als voordeel dat de verblijfsspositie van de ouders altijd wordt betrokken bij het oordeel van de rechter. Echter, het nadeel kan zijn dat de rechter ondanks het ontbreken van een zeker verblijfsrecht toch toestemming verleent en de IND na het verlenen van de toestemming besluit de verblijfsaanvraag af te wijzen of de verblijfsvergunning in te trekken, met als gevolg de hierboven geschetste risico's. Enkel de IND gaat immers over de beoordeling van een verblijfsstatus en heeft de expertise om hierover een zorgvuldig besluit te nemen. Hierbij is van belang om op te merken dat de Staatscommissie bij de toetsing van de draagmoederschapsregeling een lagere drempel voorstelt voor de invulling van de toets van het belang van het kind, te weten het 'buitengrenscriterium': alleen als er een hoog risico op ernstige schade voor het kind bestaat, zou de overheid de medewerking aan het ontstaan van het kind moeten onthouden (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 471). Als dit criterium wordt gehandhaafd, ligt het niet voor de hand dat de rechter zijn toestemming zal onthouden enkel omdat er een onzeker verblijfsrecht van de ouders is. Daarmee ontstaat het risico dat de draagmoeder geen verblijfsrecht heeft in Nederland en het kind in een land ter wereld komt waar de Nederlandse afstammingsregels niet van toepassing zijn. Dit is niet in het belang van het

kind. Met het verlenen van rechterlijke instemming zouden ook verwachtingen kunnen ontstaan over het in de toekomst verlenen van een vergunning voor verblijf bij het kind van de ouders. Het vreemdelingenrecht kent echter zijn eigen afwegingen en het is bepaald niet denkbeeldig dat in een later stadium, als het kind er eenmaal is, negatief wordt beschikt op een aanvraag tot verblijf bij het kind.

Optie 4: Het eventueel meewegen van de huidige en toekomstige verblijfspositie van de wensouders en de draagmoeder wordt aan de familierechter overgelaten.

Het eventueel meewegen van de verblijfsrechtelijke positie van de (wens)ouders en draagmoeder (die wel moeten voldoen aan de door de Staatscommissie gestelde eis van 'gewoon verblijf' in Nederland) kan aan de familierechter worden overgelaten bij de beoordeling van de uitvoerbaarheid van de draagmoederschapsovereenkomst. Voordelen zijn dat dit geen inperking oplevert van het voorstel van de Staatscommissie en dat de beoordeling van de verlening van een verblijfsrecht volledig wordt overgelaten aan het verantwoordelijke orgaan, namelijk de IND. Maar de nadelen die bij optie 3 zijn genoemd gelden bij deze optie in nog sterkere mate.

Afweging

De ACVZ is van mening dat een goede balans (tussen enerzijds het vermijden van het volgens de Staatscommissie onaanvaardbaar risico van een regeling die internationaal draagmoederschap aantrekt en anderzijds de belangen van vreemdelingen die in Nederland wonen en de kinderen die voortkomen uit de draagmoederschapsregeling) gevonden kan worden door alleen Unieburgers (of zij die als zodanig moeten worden aangemerkt) met rechtmatig verblijf en derdelanders met permanent verblijf toe te laten tot de regeling (optie 2). Het gaat dan om vreemdelingen:

- die gemeenschapsonderdaan zijn of als zodanig moeten worden aangemerkt of;
- die in het bezit zijn van:
 - o een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd of
 - o een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd.

Iedereen die onrechtmatig in Nederland verblijft wordt hiermee uitgesloten van de regeling. Hetzelfde geldt voor vreemdelingen die nog in procedure zijn en op grond daarvan rechtmatig in Nederland verblijven maar van wie nog onzeker is of ze een verblijfsvergunning zullen krijgen. Ook vreemdelingen die slechts een tijdelijk verblijfsrecht hebben (bijvoorbeeld een asielvergunning voor bepaalde tijd of een verblijfsvergunning op grond van studie) kunnen volgens dit voorstel geen gebruik maken van de regeling. Hiermee wordt de kans dat het kind niet op Nederlands grondgebied wordt geboren, en de Nederlandse afstammingsregels

niet van toepassing zouden zijn, geminimaliseerd. De ACVZ acht het, in navolging van de Staatscommissie, van groot belang dat er geen onduidelijkheid ontstaat over afstamming en nationaliteit van de kinderen die voortkomen uit de draagmoederschapsregeling.

Daarnaast is van belang dat, zoals hierboven reeds is opgemerkt, uit onderzoek naar voren is gekomen dat het draagmoederschap Unierechtelijk als een dienst moet worden aangemerkt (Koffeman, 2016). Ook de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) kent een ruim begrip van arbeid en dienstverlening. Het is daarbij niet vereist dat er een vergoeding tegenover staat. Zo valt vrijwilligerswerk ook onder de Wav. De Wav kent eveneens een ruim werkgeversbegrip. Een natuurlijke persoon die iemand een dienst laat verrichten is een werkgever in de zin van de Wav. Dit betekent dat aangenomen kan worden dat het bij draagmoederschap eveneens gaat om het verlenen van een persoonlijke dienst in de zin van de Wav en dat de wensouders als werkgever in de zin van die wet moeten worden aangemerkt.⁴⁴ De ACVZ verwacht dat als alleen Unieburgers (of zij die als zodanig moeten worden aangemerkt) met rechtmatig verblijf en derdelanders met permanent verblijf zullen worden toegelaten tot de draagmoederschapsregeling, er geen strijd ontstaat met de voorwaarden uit de Wav. Vreemdelingen met permanent verblijf hebben immers onbeperkte toegang tot de arbeidsmarkt en het verlenen van diensten.

Aanbeveling 4

Stel de draagmoederschapsregeling alleen open voor Unieburgers met rechtmatig verblijf, zij die daarmee moeten worden gelijkgesteld en derdelanders met een permanent verblijfsrecht in Nederland.

Voeg daartoe aan het concept artikel 1:205 lid 3 BW (*de rechtbank geeft de in het eerste lid bedoelde toestemming slechts indien...*) de volgende voorwaarden toe:

i: de draagmoeder de Nederlandse nationaliteit heeft dan wel rechtmatig verblijf in Nederland heeft op grond van artikel 8 onder b, d of e Vw.

j: tenminste één van de wensouders de Nederlandse nationaliteit heeft dan wel rechtmatig verblijf in Nederland heeft op grond van artikel 8 onder b, d of e Vw.

In een enkel geval kan het toch voorkomen dat, ondanks de hierboven voorgestelde aanvulling op de regeling, door onvoorziene omstandigheden de betrokken ouders en/of de draagmoeder op het moment van de geboorte van het kind geen verblijfsrecht in Nederland meer hebben. De overeenkomst moet immers al vóór de conceptie worden goedgekeurd en sindsdien kan er een geruime tijd verstreken zijn, waarin de levens van de betrokkenen een onverwachte wending kunnen hebben genomen. De ACVZ meent daarom dat het wenselijk is om een visum kort verblijf in te stellen voor de draagmoeder en/of wensouders die in die positie zijn komen te verkeren, zodat het kind toch in Nederland ter wereld kan komen, het meteen bij zijn juridische ouders kan

worden geplaatst en het Nederlandse afstammingsrecht kan worden toegepast. Dit om, met het oog op het belang en de rechten van het kind, te voorkomen dat vreemd afstammingsrecht van toepassing is en de afstammingsband tussen wensouders en kind mogelijk niet wordt erkend, of dat het kind in Nederland ter wereld komt in afwezigheid van zijn juridische ouders. Ook moet voorkomen worden dat de draagmoeder tegen haar wil in alsnog de juridisch ouder van het kind wordt, doordat het kind geboren wordt in een land dat het *mater semper certa est* beginsel hanteert.

Aanbeveling 5

Stel voor de draagmoeder en/of de wensouders die geen verblijfsrecht meer hebben in Nederland een visum kort verblijf in voor de geboorte van een kind dat conform de draagmoederschapprocedure is ontstaan.

4.3 Aanvullende bescherming van de buitenlandse draagmoeder tegen uitbuiting

Zoals ook al in paragraaf 4.2 is aangegeven, moet het draagmoederschap volgens de Staatscommissie als dienstverlening worden aangemerkt. Dit betekent dat, in geval er sprake is van dwang, de EU Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan⁴⁵ van toepassing is. De term 'draagmoederschap' ontbreekt weliswaar in de Richtlijn, echter artikel 2 lid 3 schaaft gedwongen dienstverlening onder de definitie. Volgens de preambule (nr. 11) omvat de definitie van de Richtlijn eveneens 'andere handelswijzen zoals illegale adoptie (...), voor zover deze de constitutieve elementen van mensenhandel omvatten.' Deze richtlijn is in Nederland omgezet in artikel 273f Wetboek van Strafrecht (WvSr). Hoewel draagmoederschap daarin niet nadrukkelijk wordt genoemd, valt ook niet-commercieel draagmoederschap als bedoeld in deze regeling onder dit artikel, mits aan de overige bestanddelen van het artikel is voldaan. De opsomming in het artikel is namelijk niet limitatief.⁴⁶

De Staatscommissie beoogt met haar advies een regeling te treffen die de draagmoeder effectief beschermt tegen uitbuiting en stelt met dat doel onder meer verplicht dat de draagmoeder voorlichting, begeleiding en onafhankelijk juridisch advies ontvangt. De ACVZ merkt in dit kader op dat zij het onwenselijk acht als er naast de draagmoederschapsovereenkomst tevens een arbeids-, dienstverlenings-, of huurovereenkomst tussen draagmoeder en wensouders zou bestaan of zou hebben bestaan omdat dat het risico op mensenhandel vergroot.⁴⁷ Uit onderzoek naar de draagmoederschapsregeling in Griekenland is gebleken dat het daar voorkomt dat buitenlandse werknemers van de wensouders tevens als draagmoeder voor hen fungeren (zie tekstkader in paragraaf 4.2). De ACVZ doet daarom in aanvulling op het door de

Staatscommissie voorgestelde begeleidingstraject voor de draagmoeder nog enkele aanbevelingen die verder bijdragen aan de bescherming van de buitenlandse draagmoeder tegen uitbuiting zoals hiervoor benoemd.

Aanbeveling 6

Borg dat aan betrokken buitenlandse draagmoeders in hun begeleidingstraject informatie wordt verstrekt over de EU Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan in het algemeen en over de uitwerking daarvan in artikel 273f WvSr en in B8.3 Vc in het bijzonder.

Aanbeveling 7

Neem in de regeling op dat er geen (andere) arbeids- huur- of dienstverleningsovereenkomst tussen wensouders en draagmoeder mag bestaan of hebben bestaan voorafgaand aan de draagmoederschaps-overeenkomst, om zo meervoudige afhankelijkheid van de draagmoeder ten opzichte van de wensouders te voorkomen.

³⁷ Voor zover de ACVZ bekend doorbreken binnen de Raad van Europa verder alleen Oekraïne en Griekenland dit rechtsbeginsel in geval van draagmoederschap.

³⁸ Zie ook paragraaf 1.2. (adviesvraag).

³⁹ Zie voor de voorwaarden voor permanent verblijf in het VK: <https://www.gov.uk/apply-for-a-uk-residence-card/permanent-residence-card>

⁴⁰ Zie voor de voorwaarden die aan deze groep gesteld kunnen worden verder art. 6 t/m 8 Verblijfsrichtlijn, art. 8.7-8.25 Vb en het juridisch kader in bijlage 2.

⁴¹ B10/2.2 Vc.

⁴² Zie bijlage 4, figuur 7.

⁴³ Ook verblijfsvergunningen die niet tijdelijk zijn kunnen onder bepaalde bijzondere omstandigheden worden ingetrokken, bijvoorbeeld bij ernstige criminele antecedenten of in geval de betrokken vreemdeling zijn hoofdverblijfplaats naar het buitenland heeft verplaatst.

⁴⁴ Artikel 1b onder 2 van de Wav luidt: 'In deze wet en de daarop rustende bepalingen wordt verstaan onder werkgever... de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten.' Deze wet hanteert een ruim werkgeversbegrip zodat niet is uit te sluiten dat wensouders onder die definitie vallen. Zie ook (Zwaan, et al., 2018, p. 259).

⁴⁵ Richtlijn 2011/36/EU van het Europees parlement en de raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad.

⁴⁶ Informatie interview Bureau Nationaal Rapporteur Mensenhandel.

⁴⁷ Informatie interview Bureau Nationaal Rapporteur Mensenhandel.

Literatuurlijst

- ACVZ. (2017). *Advies verankering van het belang van het kind in de Vreemdelingenwet*. ACVZ.
- Boeles, P. (2018). Over doodnormale nauwe en emotionele banden die bescherming verdienen. *A&MR*, 332-338.
- Bonjour, S. (2009). *Gezin en Grens. Beleidsvorming inzake gezinsmigratie in Nederland, 1955-2005*.
- Den Besten, M., Van Melle, B., & Wegelin, B. (2018). Een jaar na Chavez-Vilchez. *A&MR*, 286-292.
- European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department Citizen's Rights and Constitutional Affairs. (2013). *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Union.
- Groenendijk, K., & Riel, M. v. (2017). Migratierecht is bijna helemaal Unierecht. *A&MR*, 405-414.
- Hatzis, A. (2010). The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece. *SSRN Electronic Journal*.
- Horsey, K., & Neofytou, K. (2015). The fertility treatment time forgot. What should be done about surrogacy in the UK. In K. Horsey, *Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embryology*. Routledge.
- Klaassen. (2018). Jaarverslag 2017. Universiteit Leiden.
- Koffeman, N. (2016). *Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan Europees recht*. Universiteit Leiden.
- Reneman, A. (2011). Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht. *A&MR*, 349-362.
- Rodrigues, P. (2016). Misbruik van migratierecht. In M. Bosma, D. Van Leeuwen, & O. Van Loon, *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink* (pp. 273-280). Leiden: Drukkerij Van der Linden.
- Schrauwen, A. (2018). Kinderen als verblijfsgever. *A&MR*, 280-285.
- Sikorska, K., Kruger, T., & Swennen, F. (2015). *Meerouderschap en meeroudergezag*. Antwerpen: Universiteit Antwerpen, onderzoeksgroep Persoon& Vermogen.
- Staatscommissie Herijking ouderschap. (2016). *Kind en ouders in de 21e eeuw*. Den Haag: Staatscommissie Herijking ouderschap.
- Sumner, I. (2017). Staatscommissie Rapport Herijking ouderschap gezien vanuit het IPR. *Relatierecht en praktijk*.
- Ten Berg, J. (2018). Waar ligt de grens tussen gebruik en misbruik van het recht op vrij verkeer? *A&MR*, 314-321.
- VVD, CDA, D66, Christenunie. (2017, oktober 10). Vertrouwen in de toekomst. *Regeerakkoord 2017-2021*.
- WODC. (2016). *Schijn bedriegt. Een onderzoek naar de prevalentie en verschijningsvormen van schijnrelaties*. Den Haag: WODC.
- Wortmann, S., & Duijvendijk-Brand, J. v. (2018). *Compendium van het personen- en familierecht*. Deventer: Wolters Kluwer.
- Zwaan, K., Terlouw, A., Oosterom-Staples, H., De Lange, T., De Hart, B., Grütters, C., & Fernhout, R. (2018). *Nederlands migratierecht*. Den Haag: Boom juridisch.

Afkortingenlijst

AA	Algemene Asielprocedure
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACVZ	Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
amv	alleenstaande minderjarige vreemdeling
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Hof van Justitie EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (voorloper EU)
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EU-Hof	Hof van Justitie van de Europese Unie
EVRM	Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
IND	Immigratie- en Naturalisatiedienst
IPR	Internationaal Privaatrecht
J&V	Justitie en Veiligheid
LHBT(I)	lesbische vrouwen, homoseksuele mannen, biseksuelen, transgenders (en intersekse personen)
Pw	Participatiewet
Rv	Rechtsvordering
Stcrt.	Staatscourant
SvVenJ	Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie
Vb	Vreemdelingenbesluit 2000
Vc	Vreemdelingencirculaire 2000
VK	Verenigd Koninkrijk
Vw	Vreemdelingenwet 2000
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum
WvSr	Wetboek van Strafrecht

Begrippenlijst

Aanvaarden ouderschap

De Staatscommissie stelt voor om in het vervolg in plaats van het 'erkennen van een kind' te spreken van het 'aanvaarden van ouderschap'.

Adoptie

Door adoptie komen het kind, de adoptiefouder en zijn/haar bloedverwanten of de adoptiefouders en hun bloedverwanten in familierechtelijke betrekking tot elkaar te staan (artikel 1:229 BW). Daarnaast eindigt door (volle) adoptie de familierechtelijke verhouding tussen het kind en de oorspronkelijke ouder(s). De familierechtelijke verhouding tussen het kind en de oorspronkelijke ouder wordt niet verbroken indien het kind wordt geadopteerd door de partner van de oorspronkelijke ouder (partneradoptie).

Bij eenvoudige (ook wel zwakke) adoptie ontstaat een familierechtelijke relatie tussen kinderen en de adoptiefouders, maar blijft de familierechtelijke relatie met de oorspronkelijke ouders in stand.

Afgeleid verblijfsrecht

Een verblijfsrecht dat ontstaat voor buitenlandse ouders dan wel kinderen, op basis van hun relatie met elkaar.

Afstamming

Feitelijke afstamming is de genetische afstamming.

Bloedverwant

Een juridisch bloedverwant staat in familierechtelijke betrekking tot een ander. Juridisch ouderschap brengt juridisch bloedverwantschap in de eerste graad met zich. Het aantal geboorten die de bloedverwantschap hebben veroorzaakt bepalen de graad van bloedverwantschap. Juridische bloedverwantschap hoeft niet samen te vallen met genetische bloedverwantschap. Erkenning, een gerechtelijke vaststelling van het ouderschap of adoptie gelden als geboorte.

Derdelander

Een persoon die geen Unieburger is.

Draagmoeder

De vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te dragen en te baren ten behoeve van wensouders. De draagmoeder kan de genetisch ouder zijn van het kind, maar dit hoeft niet.

Draagmoederschapstoerisme

Het fenomeen waarbij buitenlandse en in het buitenland wonende wensouders gebruik maken van een (mogelijk in te voeren) versoepelde regeling voor draagmoederschap zonder dat deze wensouders voldoende binding met Nederland hebben.

Duomoeder

De echtgenote of geregistreerde vrouwelijke partner van de geboortemoeder, alsmede de vrouw die het kind heeft erkend of van wie het ouderschap gerechtelijk is vastgesteld (artikel 1:198 lid 1 aanhef en onder b, c en d BW).

Eenvoudige adoptie

Zie adoptie.

Erkennen

Door erkenning kan het juridisch ouderschap van het kind verkregen worden.

Family Life

Deze term is ontleend aan artikel 8 EVRM, dat een recht bevat op eerbiediging van privé- en gezinsleven. Van *family life* in de zin van artikel 8 EVRM is in ieder geval sprake tussen moeder en kind, tussen kind en de echtgenoot van de moeder indien sprake is van een 'wettig en serieus huwelijk', maar ook tussen het kind en de man die het kind heeft erkend. Tussen de genetisch vader en het kind is niet automatisch sprake van gezinsleven, hetgeen wel het geval is tussen het kind en de wettige en serieuze adoptiefouder(s). Ook tussen grootouders en het kind kan sprake zijn van *family life*. Samenwonen met het kind is geen vereiste voor *family life*. Tussen partners van hetzelfde geslacht kan ook sprake zijn van *family life*. De Nederlandse wetgever legt dit begrip uit als 'in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan'. Tussen een juridisch ouder en kind is hiervan sprake.

Geboortemoeder

De vrouw uit wie het kind is geboren (artikel 1:198, eerste lid, aanhef en onder a, BW.)

Gemeenschapsonderdaan (synoniem Unieburger)

Een persoon die de nationaliteit bezit van een van de lidstaten van de Europese Unie.

Genetisch moeder

'De moeder uit wier eikel het kind is ontstaan.' (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 560)

Genetisch ouder

'De genetisch vader of moeder.' (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 560)

Genetisch vader

'De man uit wiens zaadcel het kind is ontstaan.' (Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 560)

Gewone verblijfplaats

De plaats waar het middelpunt van iemands maatschappelijke leven zich afspeelt.

Gezag

Artikel 1:245 BW bepaalt dat minderjarigen onder gezag staan. Dit houdt in dat een volwassene de bevoegdheid heeft te beslissen over zaken betreffende de persoon van de minderjarige, het bewind over het vermogen van de minderjarige en zijn/haar vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte. Onder gezag wordt zowel verstaan ouderlijk gezag als voogdij, waarbij ouderlijk gezag inhoudt dat één dan wel beide juridische ouders van het kind het gezag uitoefenen en voogdij inhoudt dat een ander dan een juridische ouder gezag uitoefent. Gezag eindigt op het moment dat het kind meerderjarig wordt maar ook bij het omzetten van gezamenlijk gezag naar eenhoofdig gezag, een gezagswissel of bij overlijden.

Gezinshereniging

Het door migratie opnieuw bij elkaar komen van de leden van een gezin die door migratie van elkaar waren gescheiden. (VanDale)

Instemmende levensgezel

Persoon die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die het ontstaan van het kind tot gevolg kan hebben gehad.

Internationaal gezin

Een gezin waarin tenminste één van de personen niet de Nederlandse nationaliteit heeft of niet in Nederland woonachtig is.

Juridisch ouder

Een persoon die volgens de wet ouder is van een kind. Het bestaan van een genetische band is hiervoor niet vereist. In titel 11 ('Afstamming') van het BW is bepaald wie de juridisch ouder van een kind is. Waar in het BW over de ouder van een kind wordt gesproken wordt hiermee de juridisch ouder bedoeld. Tussen de juridisch ouder en het kind bestaat *family life* in de zin van artikel 8 EVRM, en het kind heeft een recht op omgang met deze ouder (artikel 1:377a, eerste lid, BW). Voor de ouder is naast het recht op omgang tevens sprake van een verplichting tot omgang met het kind. Juridisch ouderschap hoeft niet samen te vallen met (ouderlijk) gezag. Ook indien de juridisch ouder niet tevens gezag over het kind heeft is er sprake van een recht op, alsmede een verplichting tot omgang (artikel 1:377a, eerste lid, BW).

Kerngezin

Ouders en hun minderjarige kinderen.

Kind

Artikel 1 IVRK definieert 'kind' als een persoon onder de 18, tenzij uit toepasselijk recht anders blijkt. Hetzelfde geldt voor de wetgever in artikel 1:233 BW, ten aanzien van de term 'minderjarige'. Artikel 1 Vw 2000 definieert 'minderjarige' als eenieder die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt. Hoewel de vreemdelingenwet zowel spreekt van minderjarige kinderen en meerderjarige kinderen wordt de term 'meerderjarig kind' niet gedefinieerd.

Een kind van een ouder is ingevolge artikel 1:3 BW in samenhang met artikel 1:197 BW de eerstegraadbloedverwant van die ouder in neergaande lijn.

***Mater semper certa est*-beginsel**

Het rechtsbeginsel dat de geboortemoeder altijd de juridisch moeder van het kind is.

Meerouderschap

De situatie waarin een kind meer dan twee juridische ouders heeft.

Meerpersoonsgezag

De situatie waarin meer dan twee personen (een vorm van) gezag over een minderjarig kind uitoefenen.

Migratiere relatie

Een relatie waarin een vreemdeling zich bij een partner voegt die in een ander land woont.

Omgang

'Het kind heeft het recht op omgang met zijn ouders en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. De niet met het gezag belaste ouder heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind.' - Artikel 1:377a BW.

Oneigenlijk gebruik

Gebruik van een regeling met uitsluitend oogmerk om in Nederland verblijf te krijgen.

Ouderschap in pedagogische zin

Een persoon met wie het kind een onvoorwaardelijke, stabiele, intense, intieme en niet in tijd afgegrensde relatie heeft, waarin voor het kind wordt gezorgd en het kind wordt geholpen zich te ontwikkelen.

Partneradoptie

Adoptie waarbij een levenspartner van een juridisch ouder door adoptie de tweede juridisch ouder van het kind wordt.

Permanent verblijfsrecht

Met de term 'permanent verblijfsrecht' doelt de ACVZ op het verblijfsrecht van vreemdelingen die:

- Unieburger zijn of als zodanig moeten worden aangemerkt (artikel 8 onder e Vw) of;
- een EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen hebben die voldoet aan de voorwaarden die zijn benoemd in de artikelen 8 onder b en d Vw (artikel 45a jo artikel 8 onder b en d Vw) of;
- die in het bezit zijn van:
 - o een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd (artikel 20 Vw jo artikel 8 onder b Vw) of;
 - o een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd (artikel 33 jo artikel 8 onder d Vw).

Met het gebruik van de term 'permanent' zoekt de ACVZ aansluiting bij het gebruik van dit begrip in het Unierecht (zie ook het gebruik van deze term in artikel 45a lid 2 Vw.)

Pleegouder

De persoon die de feitelijke zorg en opvoeding voor het kind op zich heeft genomen. Deze ouder hoeft niet met het ouderlijk gezag te zijn belast. Indien de pleegouder is belast met het gezag over het kind wordt dit voogdij genoemd. Het is ook mogelijk dat de juridisch ouder van het kind slechts een gedeelte van het gezag aan de pleegouder overdraagt.

Regenbooggezin

Een gezin waarin ouders hetzelfde geslacht hebben.

Sociale ouder

De volwassen persoon met een nauwe persoonlijke betrekking ('family life') met het kind, die dit kind feitelijk verzorgt en opvoedt.

Stiefouder

De persoon die een huwelijk of geregistreerd partnerschap heeft met de juridisch ouder van het kind dat niet zijn/haar kind is. Ook na scheiding met de ouder van het kind blijft de stiefouder aanverwant van het kind (artikel 1:3, tweede en derde lid, BW). Op de stiefouder kan een onderhoudsverplichting ten aanzien van het minderjarige en het meerderjarige kind rusten.

Unieburger (synoniem gemeenschapsonderdaan)

Een persoon die de nationaliteit bezit van een van de lidstaten van de Europese Unie.

Verblijf bij kind

Het verblijfsrecht (voor ouders of verzorgers) dat van het recht van het kind om in Nederland te verblijven wordt afgeleid.

Verwekker

De man die door geslachtsgemeenschap een kind bij een vrouw verwekt.

Vreemdeling

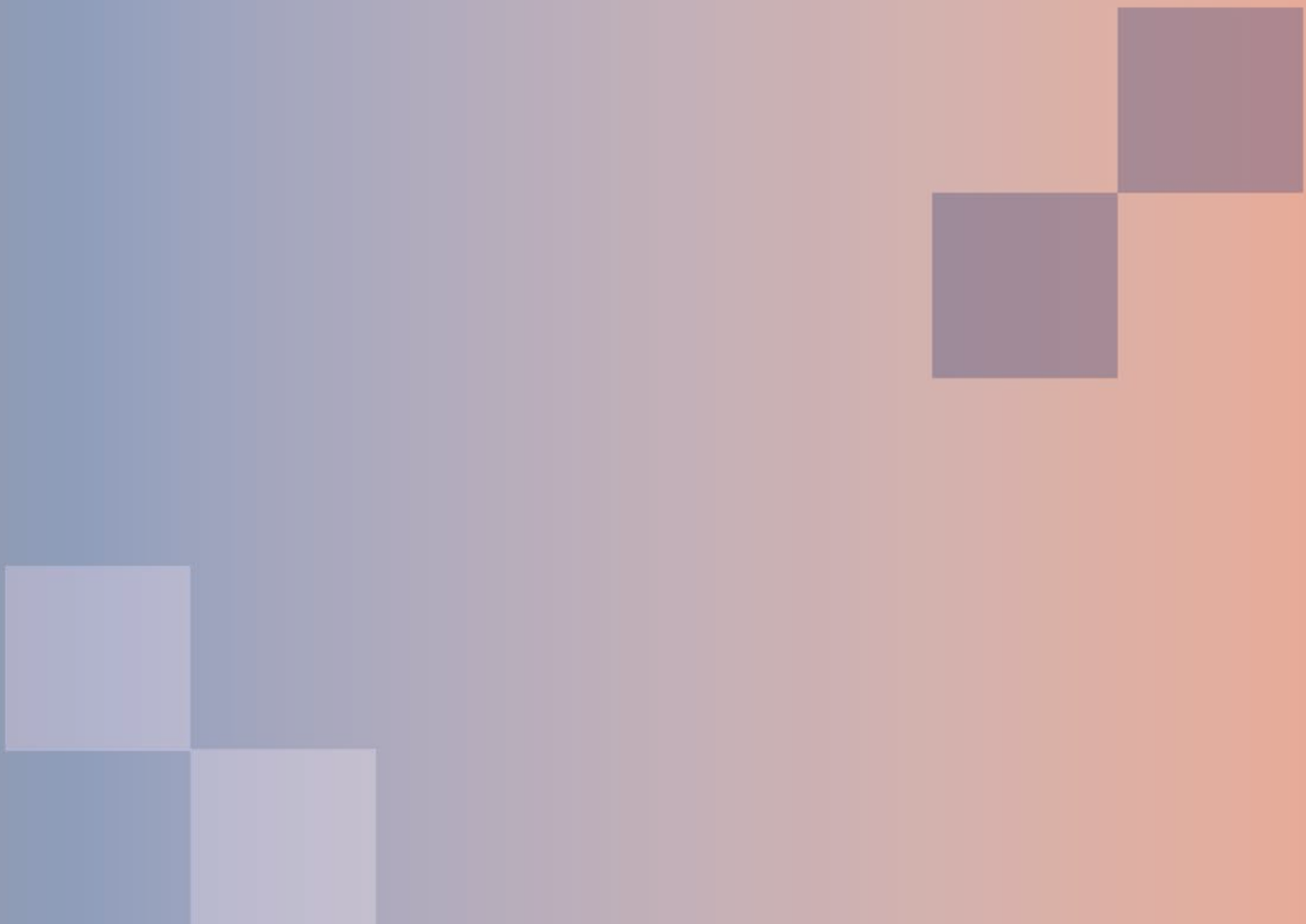
Ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld.

Wensouder

De persoon met een kinderwens. In een draagmoederschapconstructie is de wensouder de persoon ten behoeve van wie de draagmoeder het kind draagt en baart.

Zwakke adoptie

Zie adoptie.



Geïnterviewde personen en deelnemers expertmeeting en focusgroepen



Interviews

Organisatie	Naam	Functie
Advocatenkantoor de Binnenstad	Mevr. W. Eusman	Advocaat
COC	Dhr. P. Tijsma	Manager public affairs
College voor de Rechten van de Mens	Mevr. M. Chébtí	Collegelid
Defence for Children	Mevr. L. Bosch	Juridisch adviseur
Gemeente Amsterdam, Dienst Basisinformatie	Dhr. E. Gubbels	Adviseur
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Directie Migratiebeleid	Mevr. E. Bleeker Mevr. C. Poortman Dhr. B. Niehoff Dhr. J. Kempers	Coördinerend beleidsmedewerker (Senior) beleidsmedewerker Coördinerend beleidsmedewerker Coördinerend beleidsmedewerker
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Directie Wetgeving en Juridische Zaken	Dhr. J. van der Hoeven	Wetgevingsjurist
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Raad voor de Kinderbescherming	Mevr. H. Hulscher Mevr. S. de Koogel	Adviseur beleid Juridisch deskundige
Bureau Nationaal Rapporteur Mensenhandel	Dhr. S.R. van Bommel	Coördinator cluster mensenhandel
Stichting Meer Dan Gewenst	Mevr. S. Coster	Bestuurslid
Universiteit Leiden	Mevr. M. Vonk	Universitair docent
Universiteit van Amsterdam	Mevr. T. Gerrits	Universitair docent
Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV)	Mevr. L. van Amersfoort	Business adviseur
-	Mevr. H. Faasen	Notaris

Expertmeeting

Organisatie	Naam	Functie
Gemeente Amsterdam, Dienst Basisinformatie	Dhr. E. Gubbels	Adviseur
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Raad voor de Kinderbescherming	Mevr. S. de Koogel	Juridisch deskundige
Staatscommissie IPR	Mevr. L. Fröhn	Secretaris
Universiteit Leiden	Dhr. M. Klaassen	Universitair docent

Universiteit Tilburg	Mevr. M. Vonk	Universitair docent
	Mevr. H. Oosterom-Staples	Universitair docent
Vrije Universiteit	Dhr. I. Sumner	Hoogleraar
	Mevr. B. de Hart	Hoogleraar
	Mevr. N. Ismaili	Promovendus
ACVZ	Dhr. K. Richelle	Voorzitter
	Mevr. T. de Lange	Vice-voorzitter
	Mevr. S. Bonjour	Lid
	Mevr. J. Louwinger	Lid
	Mevr. S. Avontuur	(senior) adviseur
	Mevr. C. Otten	(senior) adviseur

Focusgroep Advocaten

Organisatie	Naam	Functie
Advocatenkantoor de Binnenstad	Mevr. W. Eusman	Advocaat
De Poorte advocatuur	Mevr. J. de Poorte	Advocaat
Everaert advocaten	Mevr. V. Kidjan	Advocaat
Kroes advocaten	Mevr. S. Lindeboom	Advocaat
ACVZ	Dhr. K. Richelle	Voorzitter
	Mevr. S. Avontuur	(senior) adviseur

Focusgroep IND

Organisatie		
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Immigratie- en Naturalisatiedienst	Mevr. M. van Nienes	Medewerker behandelen en ontwikkelen
	Dhr. P. Brouwer	(senior) adviseur
	Mevr. C. Meeng	Medewerker behandelen en ontwikkelen
	Dhr. J. Albronda	Medewerker behandelen en ontwikkelen
Ministerie van Justitie en Veiligheid, Directie Migratiebeleid	Mevr. E. Bleeker	Coördinerend beleidsmedewerker
ACVZ	Mevr. S. Bonjour	Lid
	Mevr. C. Otten	(senior) adviseur



Bijlage 1

Adviesvraag



> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de voorzitter van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken,
mr. J.N.M. Richelle
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

ADVIESCOMMISSIE VOOR VREEMDELINGENZAKEN	
Datum:	12-4-2018
Voor:	
Aan:	ADV-002

Directie-generaal
Vreemdelingenzaken
Directie Migratiebeleid
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/jenv

Ops kenmerk
2233119

Bij beantwoording de datum
en ops kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.

Datum 9 april 2018
Onderwerp Adviesaanvraag Herijking ouderschap

Geachte heer Richelle,

In december 2016 heeft de Staatscommissie Herijking Ouderschap het rapport 'Kind en Ouders in de 21^{ste} eeuw' uitgebracht. De opdracht aan de Staatscommissie was de regering te adviseren over de wenselijkheid van wijziging van bestaande regelgeving die betrekking heeft op het ontstaan van juridisch ouderschap en de invoering van een wettelijke regeling voor meerouderschap, meeroudergezag, draagmoederschap en eenvoudige adoptie. Naar aanleiding hiervan heeft de Staatscommissie een aantal aanbevelingen gedaan op dit terrein.

Vreemdelingenrecht in het rapport Staatscommissie

De Staatscommissie heeft er in haar advies op gewezen dat de introductie van juridisch meerouderschap, gezag en draagmoederschap vragen oproept met betrekking tot de consequenties voor het vreemdelingenrecht. Hierbij kan met name worden gedacht aan de mogelijkheid dat een beroep op een verblijfsrecht wordt gedaan als ouder van een Nederlands kind. De Staatscommissie heeft dan ook aangegeven het evident te achten dat juridisch meerouderschap niet zou mogen leiden tot aanspraken van ouders op een verblijfsrecht binnen Nederland, die anders niet een dergelijke aanspraak zouden hebben. Dit zou namelijk betekenen dat juridisch meerouderschap mogelijk een sluiproute naar een verblijfsrecht zou worden. Voor zover de Staatscommissie kon overzien, zou daarvan geen sprake zijn zolang ten minste één van de wensouders rechtmatig verblijf heeft binnen de Europese Unie. Het voorgestelde kader voorziet dan ook hierin.

Regeerakkoord 2017-2021

In het Regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' is opgenomen dat de onderzoeken die zijn aanbevolen door de Staatscommissie zullen worden uitgevoerd. In het regeerakkoord wordt hierbij expliciet onderzoek op het gebied van het vreemdelingenrecht genoemd.

Adviesvraag en vervolg

Wij vragen u ons te adviseren over:

Of en op welke wijze het vreemdelingenrecht of de door de Staatscommissie aanbevolen regeling voor meerouderschap, meeroudergezag, draagmoederschap en eenvoudige adoptie vorm kan worden gegeven zodat voorkomen wordt dat de aanbevolen regelingen bij invoering zouden kunnen leiden tot gebruik met als uitsluitend oogmerk de aanspraak van ouders op een verblijfsrecht binnen Nederland.



Het verzoek is uw advies gereed te hebben uiterlijk eind 2018, zodat het vervolgens, gebundeld met andere onderzoeken aan het kabinet en de Kamer kan worden aangeboden.

Directoraat-Generaal
Vreemdelingenzaken
Directie Migratiebeleid

Datum
9 april 2018
Oms kenmerk
20181100

Hoogachtend,

De Minister voor Rechtsbescherming,

Sander Dekker

De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,

Mark Harbers

Pagina 3 van 5



Bijlage 2

Juridisch kader

Deze bijlage geeft een overzicht van het Nederlandse afstammings- en gezagsrecht (paragraaf 1), het Europese en Nederlandse gezinsmigratierecht (paragraaf 2) en relevante regelgeving voor draagmoederschap (paragraaf 3). Deze bijlage behandelt de voor dit advies belangrijkste regelgeving en jurisprudentie. Gelet op de omvang van de diverse rechtsgebieden is niet beoogd een uitputtend beeld te geven.

1. Nederlands afstammings- en gezagsrecht

Het Nederlandse afstammingsrecht is opgenomen in Boek 1 BW. Voor het afstammings- en gezagsrecht is ook het IPR van belang. Het Nederlandse IPR is geregeld in Boek 10 BW en in internationaal recht, zoals het Haags adoptieverdrag en de Verordening Brussel IIbis.⁴⁸ Voor de IPR-aspecten van de voorstellen van de Staatscommissie Herijking ouderschap wordt verwezen naar het advies van de Staatscommissie IPR, dat naar verwachting kort na het verschijnen van dit advies zal worden uitgebracht.

Op dit moment zijn er vier manieren om juridisch ouder van een kind te worden, namelijk: van rechtswege, door erkenning, door gerechtelijke vaststelling en door adoptie. Het afstammingsrecht bepaalt dat een kind maximaal twee ouders heeft. In deze paragraaf worden de wijzen van het verkrijgen van ouderschap en enkele rechtsgevolgen van dit ouderschap volgens het huidige afstammingsrecht toegelicht.

Juridisch ouderschap van rechtswege ontstaat altijd voor de geboortemoeder (*mater semper certa est*- beginsel).⁴⁹ De tweede juridisch ouder is van rechtswege de echtgeno(o)t(e) of geregistreerd partner van de moeder. Indien die persoon een vrouw is, is hiervoor wel vereist dat er sprake is van een onbekende donor.⁵⁰

Iedere persoon die niet door artikel 1:41 BW⁵¹ wordt belemmerd om met de moeder te trouwen of een geregistreerd partnerschap met haar aan te gaan, mag haar kind erkennen als dat nog geen twee juridische ouders heeft.⁵² Hiervoor is toestemming van de juridisch ouder en van het kind vanaf twaalf jaar vereist.⁵³ De rechter kan bij het ontbreken van toestemming van de moeder of het kind onder omstandigheden vervangende toestemming verlenen aan de verwekker,⁵⁴ de genetisch vader met een nauwe persoonlijke betrekking met het kind die niet de verwekker is⁵⁵ en de persoon die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (instemmende levensgezel).⁵⁶

Het ouderschap van de verwekker van het kind of van de levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met de handeling die het ontstaan van het kind tot gevolg heeft gehad, kan door de rechter op verzoek van de moeder of het kind gerechtelijk worden vastgesteld.⁵⁷ Voor de moeder van een kind kan dit een laatste middel zijn om de andere ouder verantwoordelijk te houden voor de

verzorging en opvoeding van het kind (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 112).

Tot slot is het mogelijk om door adoptie juridisch ouder te worden van een kind. Dit kan door een kind te adopteren waarbij de band met de oorspronkelijke ouder (-s) wordt verbroken en door partneradoptie.

Adoptie met verbreking van de band met oorspronkelijke ouder(-s)

Eén persoon of twee personen samen kunnen een verzoek tot adoptie indienen bij de rechter.⁵⁸ Als twee personen tezamen een adoptieverzoek indienen, moeten zij direct vóór indiening van dit verzoek drie jaren of langer hebben samengewoond. De rechter kan het adoptieverzoek bij uitspraak toewijzen, als dit in het kennelijk belang is van het kind en als is voldaan aan onder meer de voorwaarden dat het kind op de dag van het verzoek minderjarig moet zijn, dat de adoptant of adoptanten het kind ten minste een jaar heeft of hebben verzorgd en opgevoed⁵⁹ en dat het kind vanaf twaalf jaar geen bezwaar mag hebben tegen de adoptie.⁶⁰ Een andere voorwaarde is dat de oorspronkelijke ouder(-s) niet (langer) het gezag over het kind heeft. Voorts moet voor toewijzing van het adoptieverzoek vaststaan dat het kind niets meer van zijn ouder(s) te verwachten heeft. In ons rechtssysteem wordt adoptie namelijk als kindbeschermingsmaatregel beschouwd (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 121). Adoptie is een vergaand middel, waarbij de familierechtelijke banden met de oorspronkelijke ouder(s) worden verbroken. Deze vorm van adoptie wordt volle adoptie genoemd. Gevolg van de adoptie is voorts dat de adoptiefouders door adoptie het gezamenlijk gezag uitoefenen.

Partneradoptie

Naast de adoptie waarbij de band met de oorspronkelijke ouders wordt verbroken is het ook mogelijk om het kind van de partner te adopteren. Met partneradoptie is sprake van een uitzondering en wordt oneigenlijk gebruik gemaakt van de adoptiebepaling, die als een kindbeschermingsmaatregel bedoeld is. Voor partneradoptie gelden deels andere regels. De partner die een adoptieverzoek indient ten aanzien van het kind van zijn/haar echtgenoot, geregistreerde partner of levensgezel moet ook voldoen aan de samenlevingsduur van drie jaar, tenzij het kind is geboren binnen de relatie van de adoptant en de ouder.⁶¹ Wanneer twee mannen samen het ouderschap willen vervullen kan een tweede vader, die geen genetische band met het kind heeft, enkel worden toegevoegd door adoptie. Wanneer twee vrouwen het ouderschap willen vervullen kan een vrouw, naast de mogelijkheid van adoptie, het moederschap ook van rechtswege verkrijgen of door erkenning van het kind van de geboortemoeder (zie boven (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 121).

In het Nederlandse familierecht bestaat thans geen regeling voor draagmoederschap, vanwege bezwaren tegen het fenomeen.⁶² Altruïstisch draagmoederschap is niet verboden, maar het is wensouders en draagmoeders

wel verboden om te adverteren. Ook bemiddeling is niet toegestaan (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 111).

Rechtsgevolgen van ouderschap

Een rechtsgevolg van juridisch ouderschap is gezag en ziet op 'de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte'.⁶³ Relevant hier is dat dit de plicht omvat om voor de verzorging en opvoeding van het kind te zorgen.⁶⁴ De geboortemoeder is in beginsel met gezag bekleed. Bij twee ouders die tijdens hun huwelijk of geregistreerd partnerschap een kind krijgen ontstaat het gezamenlijk gezag.⁶⁵ In geval van erkenning dan wel gerechtelijke vaststelling van het ouderschap kan de rechter om het gezag worden verzocht. Ook kan het gezag door beide ongehuwde ouders worden uitgeoefend als zij hun voornemen daartoe in het gezagsregister hebben vastgelegd (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 112).⁶⁶ Uitoefening van ouderlijk gezag wordt genormeerd door artikel 8 EVRM (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 124).⁶⁷

Het kind heeft verder het recht op omgang met zijn ouders en ook voor ouders bestaat het recht op omgang (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 147).⁶⁸ Toch vallen ouderschap en gezag niet altijd samen. Het is mogelijk dat maar een van beide ouders is belast met het (eenhoofdig) gezag. Ook is gezag mogelijk voor de persoon die samen met de ouder gezag uitoefent en zelf geen ouder van het kind is. Tot slot wordt gesproken van voogdij als één of twee personen gezag over het kind uitoefenen die geen ouder van het kind zijn.⁶⁹ De ouder die niet met het gezag is belast heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind.⁷⁰

Een ander gevolg van het hebben van een familierechtelijke betrekking met een ouder is de onderhoudsplicht. Niet alleen de ouder heeft tegenover een kind de plicht tot levensonderhoud, maar ook een kind heeft deze plicht ten opzichte van zijn ouder op het moment dat deze behoeftig wordt.⁷¹ Dit betreft niet enkel de juridisch ouder (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 112).⁷²

Nationaliteitsrecht

Tot slot is een rechtsgevolg van de familierechtelijke betrekking tussen ouder en kind dat het kind met (een) Nederlandse moeder(s) of vader deze nationaliteit bij geboorte van zijn ouder verkrijgt (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 112). Een kind krijgt verder van rechtswege de Nederlandse nationaliteit door gerechtelijke vaststelling, adoptie of erkenning van een Nederlandse ouder (artikelen 3, 4 en 5 Rijkswet op het Nederlanderschap).⁷³

2. Gezinsmigratierecht

Er zijn meerdere redenen op grond waarvan verblijfsrechten kunnen ontstaan in Nederland voor buitenlandse ouders dan wel kinderen, op basis van hun relatie met elkaar (ook wel afgeleide verblijfsrechten genoemd). Hierbij staan enkele grondrechten centraal. De regels over gezinsmigratie zijn afkomstig uit verschillende rechtsbronnen. In deze paragraaf komen achtereenvolgens het relevante internationaal publiekrecht, Europees recht, Unierecht en het Nederlandse recht aan de orde.

Voor dit advies is met name het verblijfsrecht van een ouder bij kind relevant. Deze rechten zijn daarom in tekstkaders uitgelicht.

2.1 Internationaal publiekrecht

IVRK

Over gezinshereniging bepaalt het Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) in artikel 10 dat Nederland een verzoek hiertoe met welwillendheid, menselijkheid en spoed moet behandelen. Artikel 3, eerste lid, IVRK bevat het kernbeginsel dat de belangen van het kind een eerste overweging moeten vormen bij maatregelen die hem betreffen. In het geval van adoptie is zelfs bepaald dat het belang van het kind *de voornaamste* overweging moet vormen.⁷⁴ Het belang van het kind moet bij algemene en individuele besluitvorming worden betrokken. Vanaf 2012 is de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van oordeel dat artikel 3 IVRK rechtstreekse werking heeft. Hoewel het eerste lid geen norm bevat die zonder omzetting in het nationale recht direct toepasbaar is moet de rechter beoordelen of de IND binnen de grenzen van dit recht is gebleven. Terughoudendheid bij deze toets is wel vereist.⁷⁵

Een ander belangrijk kernbeginsel van het IVRK is dat van non-discriminatie, zoals neergelegd in artikel 2. Hieruit volgt dat verdragsstaten de rechten uit het IVRK moeten eerbiedigen en waarborgen zonder 'discriminatie van welke aard ook'. Verboden wordt onder meer te discrimineren naar godsdienst, etnische of maatschappelijke afkomst, welstand, geboorte of andere omstandigheden van het kind en zijn ouder. Het tweede lid is ook zeer relevant, nu dit bepaalt dat bestraffing van het kind vanwege de gedragingen van de ouders met 'alle passende maatregelen' moeten worden voorkomen. Het recht van het kind om te worden gehoord (artikel 12) is nog een kernbeginsel van het IVRK.

Overige rechten die van belang zijn, zijn:

- het recht op naam, nationaliteit en het recht om de ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (artikel 7 IVRK);
- dat de verdragsstaat de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders, voogden of verruimde gezin moet eerbiedigen (artikel 5 IVRK);

- het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind (artikel 18 IVRK en artikel 8 EVRM);
- dat de staat verplicht is te waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders, tenzij dit in het belang van het kind is (artikel 9 IVRK en artikel 8 EVRM);
- het recht op bescherming tegen inmenging in het familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM en artikel 16 IVRK);
- de verplichting voor de verdragsstaat om maatregelen te nemen om de verkoop van kinderen te voorkomen (artikel 35 IVRK).

(Staatscommissie Herijking ouderschap, 2016, p. 30)

EVRM en EHRM

Vreemdelingen die niet vallen onder het Unierecht (dat hieronder wordt besproken) kunnen zich net als Unieburgers beroepen op het EVRM. Het EVRM is van toepassing op iedereen binnen de rechtsmacht van een verdragsstaat.⁷⁶ Dit is hoofdzakelijk op het grondgebied van die staten.⁷⁷ In uitzonderlijke gevallen is in de jurisprudentie ook rechtsmacht aangenomen buiten het grondgebied, als de handelingen of de effecten van de handelingen van de verdragsstaat buiten het grondgebied plaatsvonden.⁷⁸

Artikel 8 EVRM

Artikel 8 EVRM omvat het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. De tekst van artikel 8 EVRM luidt:

‘1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

Hieronder zal eerst het begrip ‘familie- en gezinsleven’ (*family life*) worden besproken en daarna het begrip ‘privéleven’ (*private life*).

Family life

Niet alleen juridische betrekkingen maar ook de feitelijke situatie is bepalend voor het bestaan van *family life* als bedoeld in dit artikel.⁷⁹ Tussen ouders en hun kinderen kan sprake zijn van *family life* (Zwaan, et al., 2018, p. 240).⁸⁰ Tussen moeder en kind wordt het bestaan van *family life* aangenomen. Het ontstaan van *family life* tussen de genetisch vader en het kind is minder vanzelfsprekend en geschiedt – als de vader het kind niet heeft erkend en niet is getrouwd met de

moeder – enkel in geval van 'bijzondere of bijkomende omstandigheden'. *Family life* ontstaat wel tussen het kind en de man die op het moment dat het kind wordt geboren een wettig en serieus huwelijk heeft met de moeder, en ook tussen het kind en diens erkenner is sprake van *family life*. Ook adoptie leidt tot *family life* (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 6).

Family life kan ook bestaan tussen nauwe verwanten (zoals grootouders en kleinkinderen) die daadwerkelijk nauwe betrekkingen met elkaar hebben. Over *family life* tussen duomoeder en kind heeft het EHRM zich (nog) niet uitgelaten (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 6). Gezinsleven tussen volwassenen – niet behorend tot het kerngezin – wordt slechts aangenomen in het geval van 'more than normal emotional ties' (Zwaan, et al., 2018, p. 241).⁸¹

Verblijf bij kind Artikel 8 EVRM

Voor het recht van een ouder op verblijf bij kind op grond van artikel 8 EVRM zal eerst aan de hand van individuele omstandigheden worden beoordeeld of sprake is van *family life*. Vervolgens wordt beoordeeld of op de verdragsstaat een (positieve of een negatieve) verplichting rust om *family life* mogelijk te maken. Om dit te beoordelen vindt er een afweging plaats van het belang van de verdragsstaat enerzijds tegen het belang van de vreemdeling anderzijds. In de uitspraak *Da Silva en Hoogkamer* verwoordt het EHRM dit als volgt.

*'The Court reiterates that in the context of both positive and negative obligations the State must strike a fair balance between the competing interests of the individual and of the community as a whole. However, in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation. Moreover, Article 8 does not entail a general obligation for a State to respect immigrants' choice of the country of their residence and to authorise family reunion in its territory. Nevertheless, in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest (see Gül v. Switzerland, 19 February 1996, § 38, Reports 1996-I).(...)'*⁸²

In de uitspraak *El Ghatet t. Zwitserland* voegt het EHRM toe:

*'(...)Where children are involved, their best interests must be taken into account and national decision-making bodies have a duty to assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any removal of a non-national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it (see Jeunesse v. the Netherlands [GC], no. 12738/10, § 109, 3 October 2014; X v. Latvia [GC], no. 27853/09, § 96, ECHR 2013; and Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, § 135, ECHR 2010).'*⁸³

Bijzondere omstandigheden van het geval zijn dus bepalend bij de belangenafweging.⁸⁴

Artikel 8 EVRM verplicht een staat niet om de keuze voor een verblijfplaats van betrokkenen te respecteren en omvat evenmin een fundamenteel recht op verblijf vanwege het bestaan van gezinsleven (Zwaan, et al., 2018, p. 243). Als sprake is van *family life*, rust op de verdragsstaat wel de verplichting zich te onthouden van inmenging in de uitoefening hiervan (bijvoorbeeld door intrekking van een verblijfsvergunning) en kan op de staat de verplichting rusten om in te

grijpen teneinde *family life* juist mogelijk te maken (bijvoorbeeld door toelating dan wel aanvaarding van verblijf van een vreemdeling bij een hoofdpersoon in Nederland). Van een verplichting tot toelaten of aanvaarden van verblijf is slechts bij uitzondering sprake. Te denken valt aan gevallen waarin er objectieve belemmeringen zijn om *family life* ergens anders uit te oefenen (Zwaan, et al., 2018, pp. 242-243)

Inmenging in het recht op *family life* is slechts toegestaan als dit is voorzien bij wet om een van de legitieme doelen in het tweede lid van artikel 8 EVRM te dienen. In de praktijk ziet het EHRM 'migratiecontrole' als legitiem doel om het belang van het economisch welzijn te waarborgen (Zwaan, et al., 2018, p. 245).⁸⁵ Teneinde te beoordelen of de inmenging noodzakelijk is dienen de belangen van alle betrokkenen te worden afgewogen. In de zaak *Berrehab*, waarin het EHRM voor het eerst ongerechtvaardigde inmenging heeft aangenomen, werd voortgezet verblijf geweigerd aan de heer *Berrehab* en werd hij uitgezet na echtscheiding met een Nederlandse vrouw. Hierdoor werd de uitoefening van *family life* met het uit het huwelijk geboren kind belemmerd, terwijl dit essentieel was nu zij nog erg jong was.⁸⁶ De vader had vier keer per week een aantal uren per keer omgang met zijn kind. Hoewel de inbreuk bij wet was voorzien overwoog het EHRM bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inbreuk - ten aanzien van het legitieme doel economisch welzijn - dat de vreemdeling jaren rechtmatig in Nederland woonde, een huis en baan had en hij familierelaties had. De ernst van de inbreuk achtte het Hof aanzienlijk nu de inbreuk de 'very close ties' tussen vader en dochter zou kunnen gaan verbreken terwijl het kind gelet op haar jonge leeftijd in contact met haar vader moest blijven. Het EHRM oordeelde dat geen balans was bereikt tussen de belangen van betrokkenen en dat de inbreuk daarmee disproportioneel was ten opzichte van het legitieme doel, waardoor zij de maatregel niet noodzakelijk achtte.⁸⁷

Ten aanzien van de positieve verplichting (toelating) op grond van artikel 8 EVRM houdt het EHRM rekening met de verblijfsstatus op het moment van ontstaan van *family life*. Betrokkenen worden zelf verantwoordelijk gehouden voor het aangaan van *family life* onder dergelijke omstandigheden, waardoor voor de staat in die gevallen niet snel een positieve verplichting zal ontstaan.⁸⁸ In de zaak *Sen* oordeelde het EHRM voor het eerst dat het niet toelaten van een derdelander kind bij rechtmatig en permanent in Nederland wonende ouders strijd met artikel 8 EVRM opleverde (Zwaan, et al., 2018, p. 249).

Tot slot wordt ook de uitoefening van ouderlijk gezag beschermd door artikel 8 EVRM. (Wortmann & Duijvendijk-Brand, 2018, par. 124). Het EHRM zegt hierover onder meer:

'61. It should be observed at the outset that family life in the Contracting States encompasses a broad range of parental rights and responsibilities in regard to care and custody of minor children. (...) Family life in this sense, and especially the rights of parents to exercise parental authority

over their children, having due regard to their corresponding parental responsibilities, is recognized and protected by the Convention, in particular by Article 8. Indeed the exercise of parental rights constitutes a fundamental element of family life (see the R v. the United Kingdom judgment of 8 July 1987, NJ 1988, 828, par. 64).⁸⁹

Private life

Over de term 'private life' in de zin van artikel 8 EVRM merkt het EHRM op dat dit een breed concept is dat niet uitputtend kan worden gedefinieerd. Het recht ziet op de fysieke en sociale identiteit van een persoon en beheerst niet enkel de persoon zelf maar ook het recht van de persoon om relaties met anderen aan te gaan en te ontwikkelen.⁹⁰ In de zaak *Paradiso & Campanelli t. Italië* had een Italiaans stel tevergeefs geprobeerd een kind te krijgen. Via draagmoederschap hebben ze uiteindelijk in Rusland een kind gekregen - volgens technieken die in strijd waren met Italiaans recht - dat is meegebracht naar Italië. Naar later bleek was er geen genetische band tussen de wensouders en het kind. In Italië is het kind weggehaald bij de ouders en in een 'children's home' geplaatst. Het EHRM concludeert dat er geen sprake is van *family life* tussen het kind en de wensouders vanwege het ontbreken van een genetische band, de korte duur van de relatie met het kind en de onzekerheid van de juridische band.⁹¹ Het EHRM overwoog ten aanzien van *private life* als volgt:

'163. In the present case, the Court notes that the applicants had a genuine intention to become parents, initially by attempts to conceive via in vitro fertilisation, then by applying for and obtaining formal approval to adopt, and, lastly, by turning to ova donation and the use of a surrogate mother. A major part of their lives was focused on realising their plan to become parents, in order to love and bring up a child. Accordingly, what is at issue is the right to respect for the applicants' decision to become parents (see S.H. and Others v. Austria, cited above, § 82), and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child. Lastly, given that the proceedings before the Minors Court concerned the issue of biological ties between the child and the second applicant, those proceedings and the establishment of the genetic facts had an impact on the second applicant's identity and the relationship between the two applicants.

164. In the light of these considerations, the Court concludes that the facts of the case fall within the scope of the applicants' private life.

(c) Conclusion

165. In view of the foregoing, the Court concludes that there was no family life between the applicants and the child. It considers, however, that the impugned measures pertained to the applicants' private life. It follows that Article 8 of the Convention applies under this head.'⁹²

In de zaken *Mennesson t. Frankrijk* en *Labassee t. Frankrijk* weigerde Frankrijk de juridische relatie te erkennen tussen kinderen die in de Verenigde Staten door middel van een draagmoeder waren geboren en hun Franse wensouders. Er werd geen inbreuk op het recht op *family life* aangenomen maar wel een inbreuk op het recht op *private life*.⁹³

Artikel 14 EVRM

Ook artikel 14 EVRM waarin het verbod van discriminatie is opgenomen is van belang. Hierin is het volgende bepaald:

‘Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.’

Overeenkomstig artikel 2 lid 2 IVRK mag het handelen van ouders niet worden toegerekend aan kinderen. Het EHRM onderstreept dit in een aantal zaken en maakt duidelijk dat het belang van het kind altijd in ogenschouw moet worden genomen in gevallen waarin ouders verwijtbaar hebben gehandeld (Zwaan, et al., 2018, p. 251).

Indien de zaak beheerst wordt door nationaal recht en het EVRM van toepassing is, is een klacht bij het EHRM mogelijk. Het Unierecht lijkt echter verdergaande bescherming dan het EHRM te bieden op het gebied van gezinshereniging (Zwaan, et al., 2018, pp. 252-253).

2.2 Unierecht

Hieronder worden de grondrechten en regelingen uit het Unierecht besproken die gaan over afgeleide verblijfsrechten. Het is niet van belang wanneer de familieband is ontstaan.⁹⁴ Het Unierecht beheerst migratie van Unieburgers binnen de EU en van niet-Unieburgers, of ‘derdelanders’ naar en in de EU. Naar schatting ‘wordt het verblijfsrecht van ruim 90% van de rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen’ bepaald door het Unierecht (Groenendijk & van Riel, 2017).

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Naast de rechten uit het EVRM, dat behoort tot de algemene beginselen van de Unie, staan er in het Handvest overige rechten die een aanvulling vormen op de rechten uit het EVRM (Zwaan, et al., 2018, p. 32). Anders dan het EVRM, bevat het Handvest een algemene beperking ten aanzien van de toepasselijkheid op het handelen van de lidstaten. De toepassing op nationale maatregelen is beperkt tot de situaties waarin lidstaten Unierecht ‘ten uitvoer brengen’.⁹⁵ Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat hieraan voldaan is wanneer een nationale

regeling of bestuurshandeling binnen het toepassingsbereik van het Unierecht valt.⁹⁶ De rechten van het kind zijn opgenomen in artikel 24 Handvest. Zoals blijkt uit de Toelichtingen bij het Handvest is dit artikel met name gebaseerd op de artikelen 3, 9, 12 en 13 IVRK, die hiervoor zijn genoemd (Reneman, 2011).⁹⁷ Artikel 24, tweede lid, Handvest bepaalt dat bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, de belangen van het kind een eerste overweging vormen. Daarnaast hebben alle kinderen het recht op 'regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders', tenzij dit niet in hun belang is.

Voorts zijn het recht op eerbiediging van het privé-leven en het familie- en gezinsleven (artikel 7 Handvest) en het recht te huwen en een gezin te stichten (artikel 9 Handvest) van belang.

Werknemersverordening (Verordening (EU) 492/2011)

Deze verordening gaat over Unieburgers die arbeid in loondienst verrichten in een gastlidstaat.⁹⁸

Verblijf bij kind

Artikel 10 Werknemersverordening

Artikel 10 Werknemersverordening bepaalt dat de kinderen van een Unieburger die in een gastlidstaat werknemer is of was, als ze in die gastlidstaat wonen, onder dezelfde voorwaarden als de eigen onderdanen van deze lidstaat worden toegelaten tot het onderwijs. Dit gaat om 'al het onderwijs' (Schrauwen, 2018, p. 281). In het arrest Baumbast verduidelijkt het Hof van Justitie EG dat indien de ouder aan wie de rechten worden ontleend geen migrerende werknemer meer is in die lidstaat de kinderen (ongeacht hun nationaliteit) het recht hebben hun opleiding voort te zetten (Schrauwen, 2018, p. 280).⁹⁹ Dit arrest maakt verder duidelijk dat het recht op onderwijs 'niet restrictief mag worden uitgelegd (...) en in geen geval haar nuttige werking mag worden ontnomen'.¹⁰⁰ Dit leidt het Hof van Justitie EG tot de conclusie dat ook de ouder die het kind daadwerkelijk verzorgt verblijf moet worden toegestaan, zodat het recht op onderwijs van het kind vergemakkelijkt wordt. Dit geldt ook wanneer deze ouder is gescheiden van de Unieburger van wie het verblijfsrecht in eerste instantie werd afgeleid. De nationaliteit van de verzorgende ouder is net als de nationaliteit van het kind geen relevant gegeven.¹⁰¹

De Verblijfsrichtlijn (2004/38/EG)

Richtlijn 2004/38/EG (PB 2004 L 158; hierna: de Verblijfsrichtlijn) geldt niet alleen voor Unieburgers en hun familieleden maar ook voor burgers uit IJsland, Noorwegen, Liechtenstein en Zwitserland en hun familieleden (Zwaan, et al., 2018, p. 39). Een fundamentele vrijheid die de interne markt met zich brengt, is het recht van elke Unieburger om te reizen door en te verblijven in de lidstaten van de EU waarvan zij niet de nationaliteit hebben (gastlidstaten).¹⁰² Ook aan familieleden van Unieburgers (ongeacht hun nationaliteit) dient dit vrij verkeer en verblijf onder voorwaarden te worden verleend, om ervoor te zorgen dat ze in de gastlidstaat bij de Unieburger kunnen zijn.¹⁰³ De Verblijfsrichtlijn creëert afgeleide verblijfsrechten dus in beginsel op het moment dat Unieburgers in een

gastlidstaat verblijven (Zwaan, et al., 2018, pp. 188-189).¹⁰⁴ Familieleden van de Unieburger die volgens de richtlijn, mits voldaan aan de voorwaarden, van *rechtswege* het recht hebben op toegang en verblijf zijn:

- de echtgenoot;
- de geregistreerd partner;
- de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn onder de 21 jaar of ten hunnen laste alsmede die van de echtgenoot of geregistreerd partner; en
- de rechtstreekse bloedverwanten van de Unieburger en diens echtgenoot of geregistreerd partner in opgaande lijn die te hunnen laste zijn (artikel 2, tweede lid, Verblijfsrichtlijn).

De uitleg van het begrip 'echtgenoot' is voorbehouden aan individuele lidstaten en hierbij is het nationale familierecht bepalend. Op lidstaten rust wel de verplichting een in het buitenland gesloten huwelijk te erkennen (Zwaan, et al., 2018, p. 191). Hoewel sommige lidstaten het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht niet erkennen, mag een lidstaat om deze reden verblijf niet weigeren aan de echtgenoot of echtgenote die derdelander is en met wie de onderdaan van de lidstaat in kwestie in een gastland 'een gezinsleven heeft opgebouwd of bestendigd' en een wettig huwelijk heeft gesloten.¹⁰⁵ Hoewel de annotator de uitspraak in de zaak *Coman* 'een zeer belangrijke stap in de erkenning van LHBT rechten in de EU rechtsorde' noemt, stelt hij de manier waarop het vrij verkeer van de Europese Unie omgaat met andere relaties dan het huwelijk ter discussie.¹⁰⁶

Verblijf bij kind

Artikel 2, tweede lid, Verblijfsrichtlijn

Ten aanzien van verblijf bij kind is relevant het recht dat toekomt aan rechtstreekse bloedverwanten van Unieburgers in opgaande lijn. Juridisch ouderschap creëert voor het kind namelijk bloedverwantschap met de ouders en diens familieleden. Een genetische band is hiervoor niet vereist. Unieburgers (en eventueel hun echtgenoten) die ten gevolge van de meerouderschapsovereenkomst drie tot vier ouders hebben kunnen op grond van artikel 2, tweede lid, Verblijfsrichtlijn herenigen met de ouders die te hunnen laste zijn.¹⁰⁷ Voorts is relevant het recht dat toekomt aan rechtstreekse bloedverwanten van Unieburgers in neergaande lijn. Indien een kind met één van zijn ouders naar een andere lidstaat verhuist worden mogelijkerwijs rechten gecreëerd voor meerouder(s) die geen echtgeno(o)t(e) of partner van de verhuizende Unieburger zijn.

Familieleden waarvoor gastlidstaten toegang en verblijf moeten 'vergemakkelijken' zijn:

- familieleden die in het land van herkomst ten laste zijn van de Unieburger;
- familieleden die in het land van herkomst inwonen bij de Unieburger;
- familieleden die door ernstige gezondheidsredenen afhankelijk zijn van de zorg van de Unieburger (artikel 3, tweede lid, Verblijfsrichtlijn) (Boeles, 2018).¹⁰⁸

Hoewel de verplichting dus niet bestaat om overige familieleden *van rechtswege* toegang en verblijf te verlenen, behandelt Nederland alle voornoemde

familieleden hetzelfde. Dit is te zien in de omzetting van de richtlijn in artikel 8.7, derde en vierde lid, Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb). De graad van verwantschap zorgt niet voor een beperking (Boeles, 2018, p. 334).

Lidstaten mogen polygame huwelijken als strijdig met de interne rechtsorde bestempelen (Zwaan, et al., 2018, p. 191).¹⁰⁹ Het strafrechtelijk polygamieverbod staat in artikel 237 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) en geldt ook voor geregistreerd partnerschap,¹¹⁰ maar niet voor het samenlevingscontract. Sinds 1 april 2014 is artikel 1:204, eerste lid, sub e BW (oud) vervallen waardoor mogelijk is geworden dat gehuwde mannen kinderen erkennen van vrouwen waarmee zij *niet* gehuwd zijn.¹¹¹ Tot nu toe kan enkel één huwelijkspartner en diens/dier kinderen een afgeleid verblijfsrecht krijgen (artikel 3.16 Vb).¹¹² Een afstammingsrelatie die is ontstaan uit een polygame *relatie* is niet strijdig met de openbare orde, maar erkenning in Nederland van een afstammingsrelatie die uit een polygaam *huwelijk* is ontstaan is pas mogelijk als het huwelijk niet langer polygaam is.¹¹³

Verblijf bij kind

Artikel 7, eerste lid onder b Verblijfsrichtlijn

Kinderen die Unieburgers zijn hebben op grond van artikel 7, eerste lid, onder b, Verblijfsrichtlijn (als economisch niet-actieven) het recht om in een gastlidstaat te verblijven, mits zij beschikken over toereikende bestaansmiddelen en een ziektekostenverzekering.¹¹⁴ De herkomst van deze middelen doet er niet toe.¹¹⁵ Het nuttig effect van het recht om in een andere lidstaat te verblijven brengt met zich dat ook aan de *persoon die daadwerkelijk voor het kind zorgt* verblijf niet mag worden geweigerd, omdat deze ouder nodig is om het kind te begeleiden.¹¹⁶ Dit werd voor het eerst bepaald in het arrest *Chen* en is in het arrest *Alokpa* herhaald.

Artikel 12, derde lid, Verblijfsrichtlijn

Artikel 12, derde lid, Verblijfsrichtlijn bepaalt dat het overlijden van een Unieburger of zijn of haar vertrek uit de gastlidstaat niet met zich brengt dat diens schoolgaande/studerende kinderen hun verblijfsrecht verliezen. Ditzelfde geldt voor het verblijfsrecht van 'de *ouder die daadwerkelijk de voogdij heeft over de kinderen*'. Dit geldt tot voltooiing van de studie en de nationaliteit en leeftijd is irrelevant. Schrauwen legt uit dat het afgeleid verblijfsrecht voor de verzorgende ouder van schoolgaande kinderen onder de Verblijfsrichtlijn minder ruim is dan onder de Werknemersverordening (Schrauwen, 2018, pp. 280-282).¹¹⁷ Dit volgt uit de arresten *Ibrahim en Teixeira* waar het EU-Hof, hoewel zij verwijst naar de Verblijfsrichtlijn, de kinderen van een migrerende werknemer en de verzorgende ouder een verblijfsrecht toekent op 'de enkele grond van' artikel 12 Verordening 1612/68.¹¹⁸ Ondanks de codificatie van het arrest *Baumbast* in artikel 12, derde lid, Verblijfsrichtlijn blijft het Hof artikel 12 Vo.1612/68 overeenkomstig *Baumbast* uitleggen voor kinderen van migrerende werknemers en sluit ze niet aan bij de beperktere uitleg die in de Verblijfsrichtlijn is opgenomen.¹¹⁹ Het ontbreken van toereikende bestaansmiddelen of een volledig dekkende ziektekostenverzekering mag niet als voorwaarde worden gesteld.¹²⁰

Het verbod op misbruik van recht is een algemeen beginsel van Unierecht.¹²¹ In artikel 35 Verblijfsrichtlijn is opgenomen dat lidstaten 'de nodige maatregelen' kunnen nemen om rechten die de Verblijfsrichtlijn verleent te ontfangen, beëindigen of in te trekken wanneer sprake is van rechtsmisbruik of fraude. Deze

maatregelen moeten wel proportioneel zijn en voldoen aan de procedurele waarborgen die staan in artikel 30 en 31 van de Verblijfsrichtlijn.¹²² In de richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van de Verblijfsrichtlijn (hierna: Richtsnoeren Verblijfsrichtlijn) verwoordt de Europese Commissie haar standpunt ten aanzien van misbruik en fraude. Misbruik van het recht op vrij verkeer omschrijft zij als ‘kunstmatig gedrag dat als **enig** doel heeft het door het [Unierecht] gewaarborgde recht van vrij verkeer en verblijf te krijgen en dat, hoewel het formeel voldoet aan de voorwaarden van de communautaire voorschriften, in strijd is met het doel van die voorschriften’.¹²³ Fraude omschrijft zij als ‘bewust bedrog of bewuste misleiding met als doel om op grond van de richtlijn het recht van vrij verkeer en verblijf te krijgen’.¹²⁴ Volgens Rodrigues is sprake van rechtsmisbruik als een recht wordt gebruikt ‘voor een andere bestemming dan waarvoor het recht oorspronkelijk is bedoeld’. Van bedrog moet volgens Rodrigues worden gesproken als opzettelijk een wettelijk voordeel wordt verkregen omdat er valse of onjuiste informatie wordt verstrekt (Rodrigues, 2016).

In punt 28 van de preambule Verblijfsrichtlijn staat dat lidstaten ‘de noodzakelijke maatregelen’ kunnen treffen om misbruik en fraude tegen te gaan, met name met betrekking tot elke vorm van verwantschap die tot stand is gekomen met als enig doel het recht van vrij verkeer en verblijf te kunnen genieten. De Commissie geeft aan:

‘De maatregelen van de lidstaten ter bestrijding van schijnhuwelijken mogen EU-burgers en hun familieleden niet ontmoedigen hun recht van vrij verkeer uit te oefenen en mogen geen onrechtmatige inbreuk vormen op hun legitieme rechten. Zij mogen de doeltreffendheid van het Gemeenschapsrecht niet in gevaar brengen en mogen niet discrimineren op grond van nationaliteit.’

Bij de uitlegging van het begrip misbruik in het kader van de richtlijn moet de nodige aandacht worden besteed aan de status van de EU-burger. Conform het beginsel van voorrang van het [Unierecht], moet de vraag of er misbruik is gemaakt van het [Unierecht] worden onderzocht in het kader van het [Unierecht] zelf, en niet in het kader van het nationale migratierecht. De richtlijn belet niet dat de lidstaten individuele gevallen onderzoeken wanneer er een gegrond vermoeden van misbruik bestaat. Krachtens het [Unierecht] zijn systematische controles echter verboden. De lidstaten kunnen zich baseren op eerdere analyses en ervaring die aantonen dat er een duidelijk verband bestaat tussen gevallen waar misbruik is bewezen en bepaalde kenmerken van deze gevallen.¹²⁵ De Commissie geeft vervolgens twee lijsten met indicatieve criteria die lidstaten kunnen vaststellen omdat ze doen vermoeden dat er wel of juist geen misbruik is gemaakt van het Unierecht.¹²⁶

In het arrest *Emsland-Stärke*, dat niet over migratierecht ging, heeft het Hof van Justitie van de EG bepaald dat voor het vaststellen van rechtsmisbruik ‘enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist [is] waaruit blijkt, dat in

weerwil van de formele naleving van de door een [Unieregeling] opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt' en 'anderzijds is een subjectief element vereist, namelijk de bedoeling om een door de gemeenschapsregeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat'.¹²⁷ Ook in de uitspraak *McCarthy* van het Hof van Justitie EU, die wél over migratierecht gaat herhaalt het Hof dat om rechtsmisbruik te bewijzen, voornoemde objectieve omstandigheden en een subjectief element is vereist. Daarnaast geeft het Hof aan dat het feit dat een lidstaat meent te maken te hebben met veel rechtsmisbruik- of fraudesituaties – ('door derdelanders die schijnhuwelijken aangaan of vervalste verblijfskaarten gebruiken') een maatregel 'die berust op overwegingen van algemene preventie, onder uitsluiting van elke specifieke beoordeling van de eigen gedragingen van de betrokkene' niet rechtvaardigt, omdat de Verblijfsrichtlijn hierin niet voorziet. Maatregelen moeten zijn gebaseerd op 'een individueel onderzoek van het concrete geval'.¹²⁸

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Als de Unieburger in de eigen lidstaat (werkt en) verblijft en er dus geen gebruik wordt gemaakt van het recht op vrij verkeer (zuiver interne situatie) kan het Unierecht niet worden ingeroepen - tenzij de nationale wetgever het Unierecht van toepassing verklaart¹²⁹ - en dient beroep te worden gedaan op nationaal recht. Het EU-Hof heeft echter situaties benoemd waarin ondanks het bestaan van een interne situatie en nadat is vastgesteld dat er geen aanspraak is op verblijf onder secundair EU-recht (richtlijnen en verordeningen) een rechtstreeks beroep kan worden gedaan op het Werkingsverdrag. Terugkeer door een Nederlander en zijn gezin vanuit een gastlidstaat naar Nederland waar een verblijfsrecht dient te worden gegarandeerd behoort indien voldaan aan de voorwaarden – op grond van artikel 21 Werkingsverdrag tot één van deze uitzonderingen. De Verblijfsrichtlijn wordt naar analogie toegepast.

Verblijf bij kind

Artikel 20 Werkingsverdrag

Artikel 20 Werkingsverdrag vormt de grondslag voor verblijfsaanspraken van ouders uit een derde land met minderjarige Nederlandse kinderen. Indien de ouder te wiens laste een kind van jonge leeftijd komt het verblijf in een lidstaat en toegang tot de arbeidsmarkt aldaar wordt geweigerd, is het kind (de Unieburger) genoodzaakt in navolging van zijn ouder het grondgebied van de Unie te verlaten. Ten gevolge hiervan wordt het kind ervan weerhouden het effectieve genot van de rechten inherent aan zijn Unieburgerschap uit te oefenen. Dit is voor het eerst in het arrest *Zambrano* bepaald.¹³⁰ Uit het arrest *Dereci* volgt dat 'het criterium van de ontzegging van het effectieve genot' een bijzonder criterium is dat enkel speelt wanneer er sprake is van een zuiver interne situatie en waarbij een derdelander familielid een verblijfsrecht moet worden verleend omdat de Unieburger anders geen gebruik kan maken van een van de rechten die haar/hem op basis van haar/zijn Unieburgerschap toekomt.¹³¹ In de Nederlandse praktijk werd het criterium uit het arrest *Zambrano* in eerste instantie zo toegepast dat indien er één ouder is die rechtmatig in Nederland verblijft wordt aangenomen dat het kind niet genoodzaakt is het grondgebied te verlaten, nu het bij die ouder kan verblijven (Zwaan, et al., 2018, p. 198), (Den Besten, Van Melle, & Wegelin, Een jaar na Chavez-Vilchez, 2018).

In het arrest *O.S. en L.* is uitgelegd dat de situatie waarin een kind in navolging van een ouder gedwongen wordt de Unie te verlaten niet enkel geldt voor die gevallen waarin er een genetische band tussen het kind en de derdelander (in deze zaak een stiefvader) bestaat. Van belang is wél of de derdelander de wettelijke, financiële of affectieve last over de Unieburger-kinderen heeft. De afhankelijkheidsverhouding bepaalt immers of een kind genoopt zal zijn in navolging van zijn ouder de Unie te verlaten, aldus het Hof.¹³² Het Hof legt in *Alokpa* uit dat weigering verblijf toe te staan die ervoor zorgt dat de persoon die vanaf de geboorte 'alléén daadwerkelijk voor [de kinderen] zorgt' de Europese Unie moet verlaten, inhoudt dat ook de kinderen worden gedwongen de Europese Unie te verlaten.¹³³

Hierna volgde opnieuw een uitleg van het arrest *Zambrano*, ditmaal in het arrest *Chavez-Vilchez*. Bij het beoordelen van het risico dat het kind zijn derdelander ouder moet volgen uit de Europese Unie is het relevant dat het gezag en/of de wettelijke, financiële of affectieve last van dat kind bij deze ouder ligt en moet worden gezien 'welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die onderdaan is van een derde land'. Het Hof stelt dat bij deze beoordeling rekening moet worden gehouden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven (artikel 7 Handvest) in samenhang met de plicht tot inachtneming van het hogere belang van het kind (artikel 24, tweede lid, Handvest). Het enkele feit dat een Nederlandse ouder de zorg kan en wil dragen is niet voldoende en in het belang van het kind moet rekening worden gehouden met 'alle betrokken omstandigheden', doch 'meer in het bijzonder de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie zowel met de ouder die burger van de Unie is als met de ouder die onderdaan van een derde land is, evenals het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder zou worden gescheiden'.¹³⁴ In september 2017 is het Nederlandse beleid conform dit arrest gewijzigd,¹³⁵ en met ingang van 1 juli 2018 is het opnieuw gewijzigd.¹³⁶

In het recente arrest *K.A. e.a.* is verduidelijkt dat het voor het vaststellen van de afhankelijkheidsverhouding wel relevant maar niet noodzakelijk is dat het kind met de derdelander samenwoont. Daarnaast is voor vaststelling van de afhankelijkheidsrelatie niet voldoende dat het kind met de derdelander een gezinsband heeft, ongeacht of dit een genetische dan wel een juridische is. In tegenstelling tot dat wat geldt voor minderjarige Unieburgers en hun derdelander ouder heeft het Hof in dit arrest voorts geoordeeld dat tussen twee volwassenen uit dezelfde familie alleen in uitzonderlijke gevallen, waarin de Unieburger die van de derdelander afhankelijk is niet van deze derdelander kan worden gescheiden, een recht op grond van artikel 20 Werkingsverdrag zal ontstaan.¹³⁷

Artikel 45 Werkingsverdrag

In het arrest *S. en G.*¹³⁸ bepaalt het EU-Hof dat als een Unieburger (hoewel woonachtig in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit bezit) werkzaamheden verricht in een andere lidstaat zijn familieleden op grond van het Werkingsverdrag (vrij verkeer van werknemers) afgeleide verblijfsrechten kunnen hebben. De reden voor het verlenen van een afgeleid verblijfsrecht op deze grond is dat de weigering hiervan afbreuk kan doen aan de fundamentele vrijheden van het Werkingsverdrag. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of toekenning van een afgeleid verblijfsrecht noodzakelijk is om dit te voorkomen. Relevant is dat het derdelander familielid voor het kind van de Unieburger zorgt, maar het enkele gegeven dat het wenselijk is dat deze derdelander (in dit geval de schoonmoeder) de zorg verricht is niet voldoende om te stellen dat de Unieburger ervan wordt weerhouden zijn recht op vrij verkeer uit te oefenen.

Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86/EG)

Het doel van de Gezinsherenigingsrichtlijn is te bepalen onder welke voorwaarden een derdelander, die rechtmatig in een lidstaat verblijft, het recht op gezinshereniging met een derdelander mag uitoefenen.¹³⁹ Zoals in de inleiding reeds opgemerkt kunnen Nederlandse referenten dankzij jurisprudentie van de ABRvS echter ook een beroep doen op de Gezinsherenigingsrichtlijn ten aanzien van hun derdelandergezinslid.¹⁴⁰ Derdelanders, inclusief personen met een asielstatus, die in het bezit zijn van een verblijfstitel die tenminste één jaar geldig is en grond hebben om te verwachten dat zij permanent verblijf zullen krijgen, hebben een recht op gezinshereniging.¹⁴¹ Hoofdstuk vijf van de Gezinsherenigingsrichtlijn bevat gunstigere bepalingen voor gezinsleden van vluchtelingen. Toepassing van deze voordelen mag worden beperkt tot gezinsleden met wie een gezinsband bestond voor binnenkomst in de lidstaat.¹⁴² Bij de beoordeling of er sprake is van misbruik van het verblijfsrecht of fraude mag de lidstaat er ook rekening mee houden dat de gezinsrelatie pas is ontstaan nadat de gezinshereniger een verblijfsrecht heeft gekregen.¹⁴³ In overige gevallen biedt de Gezinsherenigingsrichtlijn onder gelijke voorwaarden een recht op zowel gezinshereniging als gezinsvorming. Dit vindt volgens het EU-Hof steun in de considerans van de Gezinsherenigingsrichtlijn, artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest.¹⁴⁴

De preambule van de Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt in considerans punt 2 dat de grondrechten en beginselen in acht worden genomen die met name in artikel 8 EVRM en in het Handvest worden erkend. De richtlijn bevat minimumnormen en nationaal recht en verdragen mogen bepalingen creëren die gunstiger zijn.¹⁴⁵

Artikel 5, vijfde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt dat lidstaten 'terdege' rekening houden met de belangen van minderjarige kinderen, bij de beoordeling van een verzoek om gezinshereniging. In het arrest *O.S. en L.* benadrukt het EU-Hof dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat hun uitleg van het Unierecht (en dus

de artikelen van de Gezinsherenigingsrichtlijn) niet in strijd is met grondrechten die door de rechtsorde van de EU worden beschermd. Ze geeft aan dat artikel 7 Handvest en 8 EVRM overeenstemmen en in samenhang moeten worden gelezen met artikel 24, derde lid, Handvest dat bepaalt dat een kind regelmatig persoonlijke betrekkingen met zijn of haar beide ouders moet kunnen onderhouden. Het is aan de autoriteiten van de lidstaat om 'een evenwichtige en redelijke beoordeling van alle in het geding zijnde belangen te maken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de betrokken kinderen'.¹⁴⁶

Het recht op gezinshereniging zoals opgenomen in artikel 4, eerste lid, Gezinsherenigingsrichtlijn is een subjectief recht. Dit houdt in dat als wordt voldaan aan de voorwaarden die in de Gezinsherenigingsrichtlijn worden gesteld de lidstaat geen beoordelingsruimte heeft en toegang en verblijf op het grondgebied moet toestaan. De vraag of het gezin zich eventueel ergens anders zou kunnen vestigen is hierbij niet van belang. Dit heeft het EU-Hof verhelderd in het arrest *Parlement t. Raad* en opnieuw in herinnering gebracht in *Chakroun*.¹⁴⁷ Lidstaten moeten gezinshereniging (toegang en verblijf) mogelijk maken voor:

- de echtgenoot van de gezinshereniger;
- de minderjarige kinderen (inclusief geadopteerde kinderen) van de gezinshereniger en diens echtgenoot;
- de minderjarige kinderen (inclusief geadopteerde kinderen) van de gezinshereniger, als de gezinshereniger gezag heeft en de kinderen ten lasten van hem of haar komen. Lidstaten kunnen hereniging van kinderen onder gedeeld gezag toestaan mits de andere gezagsdrager instemt;
- de minderjarige kinderen (inclusief geadopteerde kinderen) van de echtgenoot, als de echtgeno(o)t(e) gezag heeft en de kinderen ten laste van hem of haar komen. Lidstaten kunnen hereniging van kinderen onder gedeeld gezag toestaan mits de andere gezagsdrager instemt. (Artikel 4, eerste lid, Gezinsherenigingsrichtlijn).

Bij een polygaam huwelijk wordt geen toestemming verleend voor verblijf aan de tweede echtgenoot indien de eerste echtgenoot reeds samenwoont met de gezinshereniger in de lidstaat.¹⁴⁸ Lidstaten kunnen verder bepalen dat het huwelijk gelijk wordt behandeld als een geregistreerd partnerschap.¹⁴⁹

Lidstaten *kunnen* toestemming verlenen voor gezinshereniging voor:

- bloedverwanten van de gezinshereniger of haar of zijn echtgeno(o)t(e) van de eerste graad in rechtstreekse opgaande lijn, als deze personen in het land van herkomst de nodige gezinssteun ontberen; en
- de meerderjarige niet-gehuwde kinderen van de gezinshereniger of diens echtgenoot, als zij vanwege hun gezondheidstoestand kennelijk niet in

staat zijn zelf in hun levensonderhoud te voorzien. (Artikel 4, tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn)

Nederland hanteert in overeenstemming met de Gezinsherenigingsrichtlijn een middelenvereiste voor de gezinshereniger (Zwaan, et al., 2018, p. 230). Hierover bepaalde het EU-Hof in het arrest *Chakroun* dat de bevoegdheid van de lidstaat om te eisen dat de gezinshereniger beschikt over 'stabiele en regelmatige inkomsten' (artikel 7, eerste lid, aanhef en onder c, Gezinsherenigingsrichtlijn) strikt moet worden uitgelegd. Gezinshereniging is namelijk de algemene regel en het doel van de Gezinsherenigingsrichtlijn is om gezinshereniging te bevorderen. Lidstaten mogen met voornoemde bevoegdheid geen afbreuk doen aan dit doel. Nu behoeften verschillen van persoon tot persoon is het stellen van een referentiebedrag door lidstaten toegestaan, maar is het eisen van een minimuminkomen niet de bedoeling.¹⁵⁰

Verder is bepaald dat lidstaten bewijs *mogen* verlangen dat de gezinshereniger beschikt over adequate huisvesting (artikel 7, eerste lid onder a, Gezinsherenigingsrichtlijn), een ziektekostenverzekering (artikel 7, eerste lid onder b, Gezinsherenigingsrichtlijn) en voldoet aan integratievoorwaarden (artikel 7, tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn). Nederland verlangt wel een ziektekostenverzekering, voldoende middelen van bestaan en een minimumleeftijd van 21 jaar (artikel 4, vijfde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn)¹⁵¹ en het voldoen aan een inburgeringscursus in het buitenland, maar verlangt niet van de gezinshereniger adequate huisvesting of een termijn van twee jaar voordat gezinsleden zich bij de gezinshereniger mogen voegen (artikel 8, eerste lid Gezinsherenigingsrichtlijn).

Bij het niet voldoen aan alle voorwaarden van de richtlijn, ook de optionele voorwaarden zoals de integratievoorwaarden,¹⁵² moet een individuele afweging worden gemaakt in het kader van het doel van de richtlijn, het Handvest en de beginselen van het Unierecht (Zwaan, et al., 2018, p. 237).

Verblijf bij kind

Artikel 4, tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn

Lidstaten *kunnen* toestemming verlenen voor gezinshereniging voor bloedverwanten van de gezinshereniger of haar of zijn echtgeno(o)t(e) van de eerste graad in rechtstreekse opgaande lijn, als deze personen in het land van herkomst de nodige gezinssteun ontberen; en

Artikel 10, derde lid, onder a, Gezinsherenigingsrichtlijn

Lidstaten moeten toegang en verblijf van de ouders van alleenstaande minderjarige vluchtelingen toestaan op grond van artikel 10, derde lid, onder a, Gezinsherenigingsrichtlijn.

Artikel 16, tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt dat lidstaten een verzoek om toegang en verblijf met het doel gezinshereniging kunnen afwijzen,

een verblijfstitel die met dat doel is verleend kunnen intrekken of kunnen weigeren een verleende verblijfstitel te verlengen als de lidstaten vastgesteld hebben dat sprake is van enige vorm van fraude.¹⁵³ Dezelfde maatregelen staan lidstaten ter beschikking als sprake is van een huwelijk, partnerschap of adoptie die enkel tot stand is gebracht met het doel om toegang of een verblijfsaanspraak te verkrijgen.¹⁵⁴ Bij gegronde vermoedens van fraude of een schijnhandeling heeft een lidstaat de mogelijkheid om specifieke controles uit te voeren.¹⁵⁵ De Commissie heeft voor de toepassing van de Gezinsherenigingsrichtlijn richtsnoeren gegeven, en verwijst voor de definities van misbruik en de lijsten met indicatieve criteria naar de Richtsnoeren Verblijfsrichtlijn zoals deze hiervoor zijn genoemd.¹⁵⁶ Ze verwijst ook naar het Handboek Schijnhuwelijken, waarin de Commissie aangeeft aan welke regels lidstaten gehouden zijn bij het treffen van maatregelen om rechtsmisbruik tegen te gaan.¹⁵⁷

2.3 Nationaal recht

Zoals hiervoor aangegeven wordt naar schatting 'het verblijfsrecht van ruim 90% van de rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen door het Unierecht bepaald' (Groenendijk & van Riel, 2017, p. 405). Het afgeleide verblijfsrecht op grond van de familie- of gezinsband komt in het nationale recht tot uitdrukking in artikel 15 Vw. Het nationale recht moet in overeenstemming zijn met de regels van het Unierecht die hierover gaan. De nationale regelgeving omvat meerdere regels ter implementatie van Unierecht.

Artikel 3.13 Vb tot en met 3.22a Vb bepalen wat de voorwaarden zijn om een geslaagd beroep te doen op afgeleide verblijfsrechten in verband met familie- of gezinsleven. De gezinshereniger dient een Nederlander te zijn van 21 jaar of ouder, of een vreemdeling van 21 jaar of ouder met rechtmatig verblijf dat niet tijdelijk is in de zin van artikel 3.5 Vb.¹⁵⁸ Bij een gezinshereniger met een vergunning voor bepaalde tijd is overeenkomstig de Gezinsherenigingsrichtlijn een termijn van ten minste een jaar rechtmatig verblijf in Nederland als voorwaarde ingesteld. Hiervan kan onder meer in het belang van het kind worden afgeweken (Zwaan, et al., 2018, p. 237).¹⁵⁹

Op grond van het nationale recht kan een verblijfsvergunning onder beperking verblijf als familie- of gezinslid verleend worden aan:

- de echtgenoot, geregistreerd partner of degene die in een duurzame relatie met de gezinshereniger leeft. Deze persoon moet 21 jaar of ouder zijn. De gezinshereniger moet samenwonen en een gezamenlijke huishouding voeren met de vreemdeling.¹⁶⁰
- het minderjarig genetisch of juridisch kind van de hereniger dat naar het oordeel van de minister feitelijk behoort en reeds in land van herkomst feitelijk behoorde tot het gezin van de hereniger en onder wiens gezag het kind staat.¹⁶¹

Hoewel geen sprake meer is van verruimde gezinshereniging (dat wil zeggen hereniging van ongehuwde partners en andere leden met nauwe en duurzame gezinsbanden met de gezinshereniger), beschikt de staatssecretaris over de vrijheid gezinshereniging voor deze groep toe te staan (Zwaan, et al., 2018, p. 255).¹⁶²

De voorwaarden benoemd in artikel 16 Vw worden nader uitgewerkt in het Vb. Indien aan de voorwaarden van artikel 3.16 tot en met 3.22 Vb wordt voldaan moet de staatssecretaris een afgeleide verblijfsvergunning afgeven. In gevallen waarin dit niet het geval is mag de staatssecretaris dit ook doen.¹⁶³

In artikel 8.25 Vb is opgenomen dat rechtmatig verblijf kan worden ontzegd of ingetrokken als sprake is van misbruik, het verstrekken onjuiste informatie of het achterhouden van relevante informatie. Voor de tekst van dit artikel is aansluiting gezocht bij de terminologie van artikel 35 van de Verblijfsrichtlijn en het Handboek Schijnhuwelijken.¹⁶⁴

3. Relevante regelgeving over draagmoederschap

3.1. Vrij verkeer van diensten binnen de EU

Koffeman heeft in opdracht van de Staatscommissie geanalyseerd of beperkingen ten aanzien van de nationaliteit of woonplaats van de wensouders en/of de draagmoeder zouden mogen volgens het Europees recht. De Staatscommissie acht dit namelijk wenselijk om draagmoederschapstoerisme naar Nederland te voorkomen. In haar analyse van het Europees recht wijst Koffeman op het verbod op beperkingen ten aanzien van het vrij verrichten van diensten binnen de Unie vervat in artikel 56 Werkingsverdrag. Ze geeft aan dat het EU-Hof het dienstenbegrip zeer ruim uitlegt. Aan de hand van jurisprudentie stelt ze vast dat het moreelgevoelige karakter van draagmoederschap geen reden is waarom draagmoederschap zou zijn uitgesloten van het recht op vrij verkeer van diensten en het bijbehorende juridisch kader (Koffeman, 2016, p. 15).

Artikel 57 Werkingsverdrag zegt dat diensten 'gewoonlijk tegen vergoeding geschieden'. Koffeman zegt ook 'dat draagmoederschap enkel van het dienstenbegrip kan worden uitgesloten, indien voorkomen kan worden dat deze dienst op grond van de toe te kennen (onkosten)vergoeding, kan worden aangemerkt als 'economische activiteit'. Zelfs als (eventueel door strenge eisen aan de onkostenvergoeding) draagmoederschap niet als dienst in de zin van het Werkingsverdrag kan worden gezien, kan worden afgevraagd of de diensten van de draagmoeder alsnog onder de bescherming van de vrijheid van diensten zullen vallen, nu de dienst van het draagmoederschap onderdeel is van een 'draagmoederschapsconstructie bestaande uit verschillende medische en juridische handelingen' (Koffeman, 2016, p. 18).

Haar vertrekpunt is zodoende dat draagmoederschap onder het dienstenbegrip valt. Ze concludeert vervolgens op grond van uitspraken van het EU-Hof 'dat in

het afstammingsrecht vervatte eisen aan de nationaliteit en/of de woonplaats *van de wensouders* (cursivering toegevoegd) een beperking vormen van het vrij dienstenverkeer' (Koffeman, 2016, pp. 18-21).

Vervolgens kijkt Koffeman of deze beperking gerechtvaardigd kan worden. (Koffeman, 2016, pp. 28-29).¹⁶⁵ Als rechtvaardigingsgronden voor maatregelen zonder onderscheid (zoals het stellen van een woonplaatsvereiste) kunnen naast de rechtvaardigingsgronden uit het Werkingsverdrag (die nodig zijn bij een maatregel met onderscheid) ook rechtvaardigingsgronden die zijn opgenomen in een niet-limitatieve en door jurisprudentie ontwikkelde lijst worden gebruikt. Koffeman stelt na een bespreking van jurisprudentie 'Hoewel dus zeker niet is uitgesloten dat in casu een rechtvaardigingsgrond voor de scope regel¹⁶⁶ kan worden aangenomen – te meer waar het eisen aan de woonplaats (een maatregel zonder onderscheid) betreft – behoeft deze grond wel nadere onderbouwing en invulling. Die invulling heeft ook direct gevolgen voor de toetsing van de proportionaliteit van deze beperkende maatregel.' De maatregel moet dus ook proportioneel zijn. Daarnaast moet de maatregel in overeenstemming zijn met grondrechten. Het belang van het kind moet in dit kader volgens Koffeman bij het opstellen van de regel voorop staan. Koffeman merkt over grondrechten voorts onder meer op dat bij een scope regel ten aanzien van de wensouders 'in ieder geval ten aanzien van een onderscheid op grond van nationaliteit, [zal] moeten worden onderzocht of er 'zeer zwaarwegende redenen' zijn die een dergelijk onderscheid kunnen rechtvaardigen' (Koffeman, 2016, pp. 21-27).

De vraag of het stellen van een nationaliteits- of woonplaatseis *ten aanzien van de draagmoeder* een beperking van het dienstenverkeer inhoudt beantwoordt Koffeman eveneens bevestigend. Ten aanzien van een rechtvaardigingsgrond benadrukt Koffeman dat hier naast het tegengaan van draagmoederschapstoerisme ook kan worden betoogd dat met de maatregel wordt beoogd exploitatie van de draagmoeder uit een minder welvarend land te voorkomen. Hiermee wordt het grondrecht op de menselijke waardigheid van draagmoeder en het (ongeboren) kind gediend. De vraag kan volgens Koffeman ook gesteld worden of er niet minder dwingende maatregelen zijn om exploitatie te voorkomen. Ten slotte stelt Koffeman dat moet worden onderzocht of een nationaliteits- of woonplaatseis in overeenstemming is met grondrechten, nu deze het risico met zich brengt dat een kind in rechtsonzekerheid terecht komt: immers de draagmoeder wil afstand doen van het kind en de wensouders kunnen geen ouders worden. Dit roept ook vragen op in het kader van artikel 8 EVRM (Koffeman, 2016, p. 29).

3.2. Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan (Richtlijn slachtoffers mensenhandel 2011/36/EU)

Het draagmoederschap moet, in navolging van Koffeman, volgens de Staatscommissie als dienstverlening worden aangemerkt. Dit betekent dat, in

geval er sprake is van dwang, de Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan¹⁶⁷ van toepassing is. De D-G internal policies van de EU merkt in haar rapport over de regimes van draagmoederschap in Europa over mensenhandel in het kader van draagmoederschap op:

'Regulating the surrogate practice towards mutually beneficial ends is a key direction (Deonandan 2013). Lack of adequate regulation will contribute to the maintenance of a global black market of surrogacy services, with considerable risks and exposure of women to trafficking, exploitation, coercion. Legal contracts need to evolve as to safeguard the interests of surrogate mothers, taking into consideration the inescapable fact that surrogacy decisions are taken under certain personal circumstances, which might change over time. (...) In any case, the legality of contracts should not be compromised by the involvement of agents with profit and other non-altruistic motives, whose only interest is to serve their clients and provide them with children, disregarding the need for emotional fulfilment and alleviation of the often harsh circumstances dominating the life of surrogate mothers (Centre for Social Research 2012) (European Parliament, 2013, p. 24).

Draagmoederschap, valt onder het toepassingsbereik van artikel 2 lid 3 van de Richtlijn slachtoffers mensenhandel 2011/36/EU. De lidstaten moeten maatregelen nemen om derdelanders die aangifte doen een tijdelijke verblijfsvergunning te verlenen. De nationale regeling hiervoor is geïmplementeerd in B8.3 Vc. Aan een persoon die op deze grond een verblijfsvergunning verkrijgt komen enkele rechten toe, waaronder – voor de duur van de verleende vergunning - het recht op vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

Volgens de preambule (nr. 11) omvat de definitie van de Richtlijn eveneens 'andere handelswijzen zoals illegale adoptie (...), voor zover deze de constitutieve elementen van mensenhandel omvatten.'

Artikel 3 Richtlijn 2004/81 (betreffende de verblijfstitel die in ruil voor samenwerking met de bevoegde autoriteiten wordt afgegeven aan onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van mensenhandel of hulp hebben gekregen bij illegale immigratie) bepaalt:

- '1. De lidstaten passen deze richtlijn toe op onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn of zijn geweest van strafbare feiten in verband met mensenhandel, ook als zij het grondgebied van de lidstaten illegaal zijn binnengekomen.
2. De lidstaten kunnen deze richtlijn toepassen op onderdanen van derde landen die hulp hebben gekregen bij illegale immigratie.'

3.3. Wet arbeid vreemdelingen

Het is te verwachten dat draagmoederschap ook zal gaan vallen onder de definitie van het verlenen van een persoonlijke dienst in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Dat betekent dat de wensouders als werkgever in de zin van die wet moeten worden aangemerkt. Artikel 1b onder 2 Wav bepaalt immers:

‘In deze wet en de daarop rustende bepalingen wordt verstaan onder werkgever de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten.’

De Wav hanteert een ruim werkgeversbegrip zodat niet is uit te sluiten dat wensouders onder die definitie vallen.¹⁶⁸ Indien dit het geval is dient draagmoederschap te voldoen aan de voorwaarden genoemd in de Wav en dient de familierechter hier rekening mee te houden.

⁴⁸ Verordening (EG) Nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000.

⁴⁹ Artikel 1:198-199 BW.

⁵⁰ Artikel 1:198, eerste lid, aanhef en onder b, BW.

⁵¹ Dit artikel bepaalt dat een huwelijk niet mag worden gesloten tussen personen die in opgaande of neergaande lijn van nature of familierechtelijk in relatie tot elkaar staan. Het huwelijksbeletsel geldt ook voor broers en zussen. Met ingang van 1 april 2014 is de erkenning van een kind door een getrouwde man niet meer nietig volgens de wet.

⁵² Artikel 1:204, eerste lid, BW.

⁵³ Boek 1, titel 11, afdeling 3, BW.

⁵⁴ De verwekker is de man die door de geslachtsdaad genetisch vader van het kind is.

⁵⁵ Met ‘de genetisch vader met een nauwe persoonlijke betrekking met het kind die niet de verwekker is’ wordt de donor bedoeld.

⁵⁶ Artikel 1:204, derde en vierde lid, BW.

⁵⁷ Artikel 1:207 BW.

⁵⁸ Boek 1, titel 11, afdeling 4, BW.

⁵⁹ Dit geldt niet voor interlandelijke adopties die door een rechter zijn uitgesproken in een land dat is aangesloten bij het Haags Adoptieverdrag.

⁶⁰ Artikel 1:228 BW.

⁶¹ Mr. S.F.M. Wortmann, mr. J. van Duijvendijk-Brand, paragraaf 121: ‘De voorwaarde van drie jaar samenleven is ter bescherming van de belangen van het kind gesteld. Zij schept het vermoeden dat de relatie ook naar de toekomst toe duurzaam zal zijn.’

⁶² Mr. S.F.M. Wortmann, mr. J. van Duijvendijk-Brand, paragraaf 111: ‘Een wettelijke regeling van het draagmoederschap is steeds afgewezen. Regeling van het draagmoederschap zou impliciet legitimering van het draagmoederschap betekenen. Gelet op de risico's voor alle betrokkenen verbonden aan het draagmoederschap staan velen terughoudend tegenover dit verschijnsel.’

⁶³ Artikel 1:245, vierde lid, BW. Gezag is geregeld in Boek 1, titel 14, BW.

⁶⁴ Artikel 1:247, eerste lid, BW.

⁶⁵ Artikel 1:251, eerste lid, BW en artikel 1:253aa BW.

⁶⁶ Artikel 1:252 BW.

⁶⁷ Mr. S.F.M. Wortmann, mr. J. van Duijvendijk-Brand verwijst naar EHRM, 8 juli 1987, A121 (R. tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁶⁸ Artikel 1:377a, eerste lid, BW bepaalt dit recht voor het kind. In rechtspraak heeft het EHRM geoordeeld dat ‘The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life’; zie EHRM 8 juli 1987, NJ 1988/828 (W. tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁶⁹ Artikel 1:245, derde lid, BW.

⁷⁰ Artikel 1:377a, eerste lid, BW.

⁷¹ Artikel 1:392, eerste en tweede lid, BW.

⁷² De auteur vermeldt dat – hoewel niet uitgewerkt in titel 17 van boek 1 – het kind in principe een onderhoudsplicht heeft tegenover de verwekker en de instemmende levensgezel.

⁷³ Zie ook *Stb.* 2013, 481.

⁷⁴ Artikel 21 IVRK.

⁷⁵ ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716, r.o. 2.3.8.

⁷⁶ Artikel 1 EVRM.

⁷⁷ EHRM 19 oktober 2012, nr. 48787/99 (*Case of Ilascu and others v. Moldova and Russia*), r.o. 312: '(...)From the standpoint of public international law, the words 'within their jurisdiction' in Article 1 of the Convention must be understood to mean that a State's jurisdictional competence is primarily territorial (see Banković and Others, cited above, § 59), but also that jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State's territory. This presumption may be limited in exceptional circumstances, particularly where a State is prevented from exercising its authority in part of its territory. (...)'

⁷⁸ EHRM 19 oktober 2012, nr. 43370/04 (*Case of Catan and others v. Moldova and Russia*), r.o. 104.

⁷⁹ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74 (*Marckx arrest*), r.o. 31; 'The Court concurs entirely with the Commission's established case-law on a crucial point, namely that Article 8 (art. 8) makes no distinction between the "legitimate" and the "illegitimate" family. Such a distinction would not be consonant with the word "everyone", and this is confirmed by Article 14 (art. 14) with its prohibition, in the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention, of discrimination grounded on "birth".'

⁸⁰ Samenwonen is hiervoor geen voorwaarde. Ook bij het bestaan van een omgangsregeling kan sprake zijn van *family life*.

⁸¹ In de richtlijnen voor toepassing 8 EVRM van de IND in Werkinstructie 2015/4 heeft de IND uiteengezet hoe zij als uitvoeringsorganisatie dit leerstuk benadert.

⁸² EHRM 31 januari 2006, nr. 50435/99 (*Rodrigues Da Silva en Hoogkamer tegen Nederland*), r.o. 39.

⁸³ EHRM 8 november 2016, nr. 56971/10 (*El Ghatet/Zwitserland*), r.o. 42.

⁸⁴ Zie ook werkinstructie 2018/11, p.3. De IND geeft haar medewerkers in deze instructie handvatten voor de invulling van de belangenafweging.

⁸⁵ Zwaan e.a. verwijzen naar EHRM 25 maart 2014, nr. 38590/10 (*Biao tegen Denemarken*), m.nt. De Vries.

⁸⁶ EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84 (*Berrehab*), r.o. 23.

⁸⁷ *Berrehab* r.o. 29.

⁸⁸ In het belang van het kind heeft het EHRM de positieve verplichting onder voornoemde omstandigheden wel aangenomen.

⁸⁹ EHRM 28 november 1988, ECLI:NL:XX:1988:AD0533, r.o. 61.

⁹⁰ EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12 (*Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*): '159. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which does not lend itself to exhaustive definition. (...)'

⁹¹ *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*, r.o. 157.

⁹² *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy*.

⁹³ EHRM 26 juni 2014, ECLI:NL:XX:2014:454 (*Mennesson t. Frankrijk*) en EHRM 26 juni 2014, zaaknr. 65941/11 (*Labassee t. Frankrijk*).

⁹⁴ Ten aanzien van de Gezinsherenigingsrichtlijn is dit, zoals uitgelegd in het arrest Chakroun te vinden in punt 6 considerans en artikel 2, aanhef en onder d.

⁹⁵ Artikel 51, eerste lid, Handvest grondrechten EU.

⁹⁶ Zie onder meer HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10 (*Akerberg Fransson*) r.o. 20-21 en HvJ EU 26 september 2013, C-418/11 (*Texdata*), r.o. 72-73.

⁹⁷ Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (2007/C 303/02).

⁹⁸ De Verordening vervangt verordening 1612/68, zie artikel 41 verordening 492/2011.

⁹⁹ HvJ EG 17 september 2002, C-413/99 (*Baumbast en R.*), r.o. 63. *Baumbast en R.* ziet op artikel 12 Verordening 1612/68. Dit is vervangen door artikel 10 Verordening 492/2011.

¹⁰⁰ *Baumbast en R.* r.o. 74.

¹⁰¹ *Baumbast en R.* r.o. 75.

¹⁰² Artikel 21, eerste lid, Werkingsverdrag, punt 2 considerans Verblijfsrichtlijn en artikel 2, derde lid, Verblijfsrichtlijn.

¹⁰³ Considerans punt 5 en artikel 3, eerste lid, Verblijfsrichtlijn.

¹⁰⁴ Het Hof van Justitie EU heeft hierop uitzonderingen gemaakt.

¹⁰⁵ HvJ EU 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:385 (*Coman*), r.o. 51. Het gaat hier om een terugkeersituatie (Europaroute) die wordt beheerst door artikel 21 Werkingsverdrag en waarop de Verblijfsrichtlijn naar analogie moet worden toegepast. Dit is bepaald in de arresten HvJ EG 7 juli 1992, ECLI:EU:C:1992:296 (*Singh*) en HvJ EU 12 maart 2014, C-456/12 (*O. en B.*). In zijn conclusie in zaak *Coman*, waarin Roemenië verblijfsrecht op grond van de Verblijfsrichtlijn heeft geweigerd aan de Amerikaanse echtgenoot van een Roemeense staatsburger die met hem was gehuwd in België, pleit advocaat-generaal Wathelet voor een uniforme uitleg van het begrip 'echtgenoot'. Door de echtgenoot verblijf te weigeren maakt de lidstaat inbreuk op het recht van vrij verkeer en verblijf van de Unieburger, aldus de advocaat-generaal.

¹⁰⁶ Noot J.J. Rijpma p.2, HvJ EU 5 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:385 (*Coman e.a.*), JV 2018/137, ve18002200.

¹⁰⁷ Geïmplementeerd in artikel 8.7, tweede lid, Vb.

¹⁰⁸ 'Vergemakkelijken' in de zin van artikel 3, tweede lid, Verblijfsrichtlijn legt: 'de lidstaten een verplichting op om aanvragen die zijn ingediend door personen die een bijzondere

relatie van afhankelijkheid met een burger van de Unie hebben, gunstiger te behandelen dan aanvragen tot binnenkomst en verblijf van andere staatsburgers van derde landen.'': *Rahman* r.o. 21.

¹⁰⁹ COM (2009)313, p.4, B7/3.1.4 en 3.2.6 Vc.

¹¹⁰ Schakelbepaling artikel 90octies Sr doet artikel 237 Sr ook gelden voor het geregistreerd partnerschap.

¹¹¹ *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 819.

¹¹² *Kamerstukken II*, 2017/18, 20172018-1539 «Asielzoeker mag tweede vrouw uit Syrië halen in belang van kinderen».

¹¹³ HR 19 mei 2017, JV 2017/162, ECLI:NL:HR:2017:942, m. nt. V. Kidjan en mr. T. van Houwelingen.

¹¹⁴ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa en Moudoulou*) JV 2013/378, r.o. 27 en HvJ EG 19 oktober 2004, C-200/02 (*Chen*), r.o. 20 en 26-28.

¹¹⁵ HvJ EG 19 oktober 2004, C-200/02 (*Chen*), r.o. 30.

¹¹⁶ HvJ EG 19 oktober 2004, C-200/02 (*Chen*), r.o. 45.

¹¹⁷ De werknemersverordening wordt hieronder besproken.

¹¹⁸ HvJ EU 23 februari 2010, C-480-08 (*Teixera*), r.o. 61.

¹¹⁹ Zie Noot H. Oosterom-Staples bij HvJ EU 23 februari 2010, C-310/08 (*Ibrahim*), JV 2010/148, p.1-2: In artikel 12 is het arrest Baumbast gecodificeerd, hoewel artikel 12 Verordening 1612/68 (waarop Baumbast ziet) met de inwerkingtreding van de Verbljfsrichtlijn niet is ingetrokken.

¹²⁰ HvJ EU 23 februari 2010, C-480-08 (*Teixera*) r.o. 70.

¹²¹ Dit volgt uit HvJ EU 22 november 2017, C-251/16 (*Edward Cussens*), r.o. 27 en 28 en HvJ EU 6 februari 2018, C-359/16 (*Altun*), r.o. 49: 'Het (...) beginsel dat fraude en misbruik van recht verboden zijn, vormt een algemeen beginsel van Unierecht dat justitiabelen dienen na te leven'.

¹²² Dit betreffen de waarborgen omtrent kennisgeving van besluiten en toegang tot de rechter.

¹²³ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad van 2 juli 2009 betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van Richtlijn 2004/38/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten COM 2009(313), p. 16.

¹²⁴ COM 2009 (313), p.15.

¹²⁵ COM 2009(313), p. 16.

¹²⁶ COM 2009(313), p. 17. Zie ook ABRvS 11 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3081, r.o. 1.1 over het karakter van de lijst met aanwijzingen dat sprake is van misbruik.

¹²⁷ HvJ EU 14 december 2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*), r.o. 52 en 53.

¹²⁸ HvJ EU 18 december 2014, C-202/13 (*McCarthy*) r.o. 52 - 55.

¹²⁹ In antwoord op de prejudiciële vragen die zijn gesteld door de ABRvS op 10 mei 2017 geeft Advocaat-Generaal Mengozzi het Hof in overweging mee onder meer te antwoorden dat wanneer de Gezinsherenigingsrichtlijn in het Nederlandse recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze van toepassing is verklaard op gezinsleden van Nederlandse gezinsherenigers, het Hof bevoegd is prejudiciële vragen met betrekking tot de uitlegging van bepalingen daarvan te beantwoorden. Conclusie AG Mengozzi HvJ EU 27 juni 2018, C-257/17 (*C en A*), ECLI:EU:C:2018:503).

¹³⁰ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) r.o. 42 - 45.

¹³¹ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci e.a.*), r.o. 66 en 67.

¹³² HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O. en S. en L.*), r.o. 56.

¹³³ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa en Moudoulou*) JV 2013/378, r.o. 33 en 34.

¹³⁴ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez Vilchez*) r.o. 70 -71.

¹³⁵ ve17001987, 15 september 2017, WBV 2017/9 - Wijziging B10 Vc 2000 - Verzamel WBV (par. 2.2).

¹³⁶ ve18002505 21 juni 2018, WBV 2018/4 - Wijziging A1, A3, A4, B1, B5, B7, B9, B10, B12 Vc 2000 - Verzamel WBV.

¹³⁷ HvJ EU 8 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:308 (*K.A. e.a. tegen Belgische Staat*) r.o. 64-75.

¹³⁸ HvJ EU 12 maart 2014, C-457/12 (*S. en G.*).

¹³⁹ Artikel 1 Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁴⁰ ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4650, r.o. 2.3., JV 2015/60 m.nt. C.A. Groenendijk. Zie ook ABRvS 7 december 2015, JV 2016/30 en ABRvS 28 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4066, waarin de Gezinsherenigingsrichtlijn van overeenkomstige toepassing op gezinnen van Nederlandse referenten als het gaat om het inburgeringsvereiste.

¹⁴¹ Artikel 3, eerste lid en tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁴² Artikel 9, tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn. HvJ EU 27 juni 2018, C-380/17, (*K en B*) - Conclusie AG. HvJ EU 4 maart 2010, C-578/08 (*Chakroun*), r.o. 60 : 'Alleen in het voor vluchtelingen geldende artikel 9, lid 2, van de richtlijn is bepaald dat de „lidstaten de toepassing [van de bepalingen van hoofdstuk V van de richtlijn kunnen] beperken tot vluchtelingen wier gezinsband al vóór binnenkomst bestond". Dit vindt zijn verklaring in het feit dat vluchtelingen bij binnenkomst in het land gunstiger worden behandeld.'

¹⁴³ Artikel 16, tweede lid, Gezinsherenigingsrichtlijn. Zie uitleg fraude in de conclusie van Advocaat-Generaal P. Mengozzi van 4 oktober 2018, C-557/17 (*Y.Z. tegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*).

¹⁴⁴ *Chakroun* r.o. 61-63. Artikel 2, aanhef en onder d, Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁴⁵ Artikel 4 en 5 Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁴⁶ HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O. en S. en L.*), r.o. 75-81.

¹⁴⁷ HvJ EU 27 juni 2006, C-540/03 (*Parlement tegen Raad*), r.o. 57-60 en *Chakroun* r.o. 41.

¹⁴⁸ Artikel 4, vierde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁴⁹ Artikel 4, derde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁵⁰ *Chakroun* r.o. 43 en 48.

¹⁵¹ HvJ EU 17 juli 2014, C-338/13 (*Noorzia*).

¹⁵² HvJ EU 9 juli 2015, C-153/14 (*K. & A.*) r.o. 50.

¹⁵³ Tweede lid, aanhef en onder a.

¹⁵⁴ Tweede lid, aanhef en onder b.

¹⁵⁵ Artikel 16, vierde lid, Gezinsherenigingsrichtlijn.

¹⁵⁶ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 3 april 2014 betreffende richtsnoeren voor de toepassing van Richtlijn 2003/86/EG betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten COM (2014) 210, p.27.

¹⁵⁷ Handbook 26 september 2014 on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens COM(2014) 604.

¹⁵⁸ Zie artikel 3.15, eerste lid, Vb.

¹⁵⁹ Zie artikel 3.15 derde lid aanhef en onder c, Vb.

¹⁶⁰ Artikel 3.17 Vb.

¹⁶¹ Artikel 3.14 Vb.

¹⁶² Verruimde gezinshereniging is in oktober 2012 vervallen. De SvJenV heeft zijn discretionaire bevoegdheid op grond van artikel 3.13, tweede lid, Vb. De literatuur zegt dat reden bestaat om aan te nemen dat hiervan gebruik wordt gemaakt.

¹⁶³ Zie artikel 3.13 Vb.

¹⁶⁴ Nota van Toelichting bij het besluit van 17 februari 2016, *Stb.* 2016, 86, p. 27.

¹⁶⁵ Verwezen wordt hiertoe naar de rechtvaardigingsgronden uit het verdrag, Art. 52 juncto 62 VWEU. 'Net als bij eisen aan de nationaliteit en woonplaats van de wensouders moet acht geslagen worden op de rechtspraak waaruit volgt dat voor een beperkende maatregel geen rechtvaardiging op grond van openbare orde kan worden aanvaard, indien die tegen eigen onderdanen niet vergelijkbare repressieve maatregelen worden genomen. Immers, ook nu geldt dat draagmoeders met de Nederlandse nationaliteit, of draagmoeders die voldoen aan het woonplaatsvereiste (aan welk vereiste Nederlandse draagmoeders gemakkelijker voldoen) *niet* worden uitgesloten van de afstammingsrechtelijke regeling.'

¹⁶⁶ Een beperking van het internationale geldingsbereik van een regeling, in dit geval de draagmoederschapregeling.

¹⁶⁷ Richtlijn 2011/36/EU van het Europees parlement en de raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad.

¹⁶⁸ Zie ook (Zwaan, et al., 2018, p. 259).



Bijlage 3

Voorbeeldcasussen

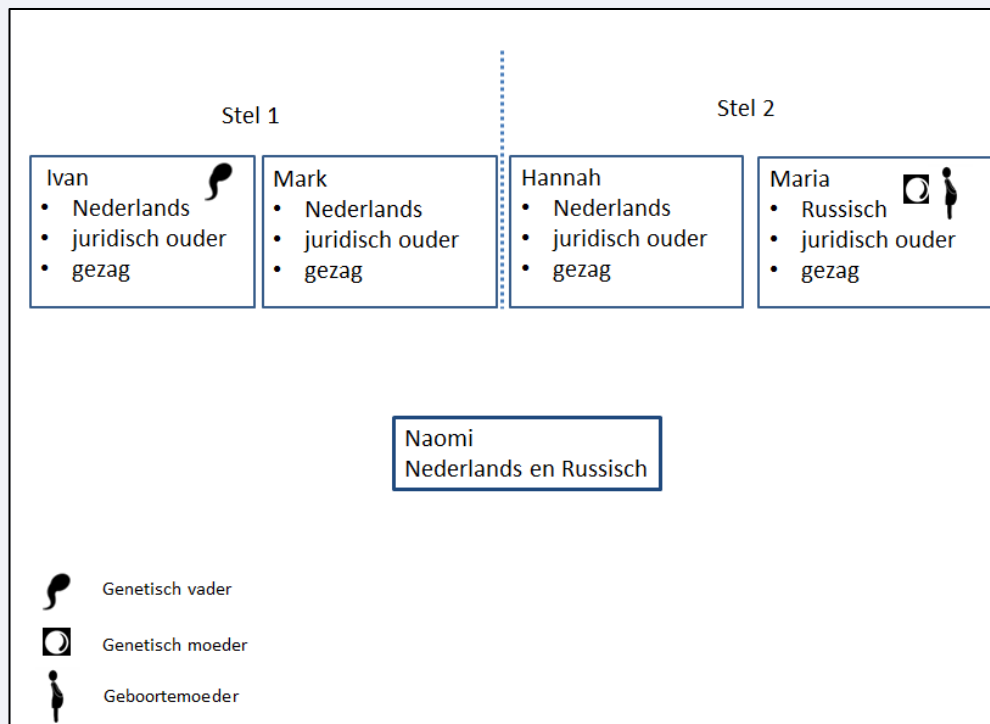
Gebruik casussen als methode van onderzoek

Tijdens het onderzoekstraject bleek al snel dat het zonder voorbeelden lastig was om de mogelijke vreemdelingrechtelijke gevolgen van de voorstellen van de Staatscommissie in alle aspecten te doordenken. De ACVZ heeft daarom vier voorbeeldcasussen ontwikkeld, die hielpen bij het toetsen van relevante regelgeving en jurisprudentie en het onderbouwen van het advies. De casussen hebben ook gediend als basis voor de bespreking in de expertmeeting en de focusgroepen. Ze zijn gedurende het traject naar aanleiding van voortschrijdend inzicht aangepast. Soms zijn ook wijzigingen aangebracht omdat het een goede denkoefening was om enkele variabelen in de casus te veranderen en te zien hoe de situatie dan zou zijn. De eindversie van de casussen is toegevoegd aan dit advies om het juridisch kader te illustreren en beter inzichtelijk te maken.

Uitgangspunt casussen

Alle casussen zijn geschreven op basis van de voorstellen van de Staatscommissie en gaan er vanuit dat de voorstellen inmiddels in ongewijzigde vorm in wetgeving zijn omgezet. De betrokkenen voldoen aan de voorwaarden die de Staatscommissie in het advies stelt. In de casussen is zoveel mogelijk gevarieerd met de nationaliteit en het verblijfsrecht van de betrokkenen. De casussen eindigen met een aanvraag voor een verblijfsvergunning bij de IND om bij het inmiddels geboren kind te kunnen verblijven, of met een advies van een advocaat over welke weg het beste bewandeld kan worden om dat doel te bereiken. Er is **geen** 'oplossing' van de casussen gegeven omdat de casussen zijn geschreven met het doel discussie op te roepen en actuele rechtsvragen te stellen. Bovendien gaat de rechtsontwikkeling voor wat betreft verblijf bij kind op dit moment erg snel (zie hiervoor bijlage 2), zodat een gegeven oplossing snel achterhaald kan zijn.

Casus meerouderschap



Ivan en Mark (stel 1) en Hannah (alleenstaand) hebben een kinderwens. Zij hebben geprobeerd om gezamenlijk een kind te krijgen via kunstmatige inseminatie met het zaad van Ivan maar het lukt Hannah niet om zwanger te worden. Daarom zoeken zij een vrouw die hen kan helpen hun droom te verwezenlijken en plaatsen een advertentie op internet. Maria (Russische) heeft moeite om in Rusland de touwtjes aan elkaar te knopen en ziet, ook gelet op haar homoseksuele geaardheid, geen toekomst voor zichzelf in haar land. Ze heeft daarom via internet naar mogelijkheden gezocht om het land te verlaten. Zo is zij op een internationaal LGBTI-forum gestuit op de advertentie van Ivan, Mark en Hannah. Maria wil hen graag helpen om hun droom te verwezenlijken. Als tegenprestatie is Hannah bereid om referent te zijn voor Maria, zodat Maria als gezinsmigrant naar Nederland kan komen. Maria mag tevens haar intrek nemen in de ruime woning van Hannah en zal conform de meerouderschapsovereenkomst ook een rol krijgen in de opvoeding van het kind. Dit is voor Maria heel belangrijk. Ook al is het de bedoeling dat zij een kind krijgt met als oogmerk om op die manier verblijf in Nederland mogelijk te maken, ze weet van zichzelf dat ze veel zal houden van het kind dat zij 9 maanden gedragen heeft en zal daarom ook invulling willen geven aan de ouder-kind relatie. Bij Ivan en Mark is sprake van een stabiele relatie. Hannah en Maria doen voorkomen dat dat bij hen ook het geval is. De stellen hebben in het plan opgenomen dat ze, als het kind er daadwerkelijk komt, in dezelfde wijk in Rotterdam zullen gaan wonen, en de zorgtaken gelijkwaardig over de twee huishoudens zullen verdelen. De bijzonder curator heeft aangegeven het, mede in verband met het intolerante klimaat voor regenbooggezinnen in Rusland, in het belang van het kind te achten dat het in Nederland zal opgroeien, en dat het

de mogelijkheid heeft om met alle vier de ouders invulling te geven aan de ouder-kind relatie.

De rechter verleent na toetsing van de artikelen 1:202 t/m 1:204 BW (NIEUW) de gevraagde toestemming.

Variant: Wat als aanbeveling 3 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 3 van de ACVZ wordt opgevolgd moet de rechter, alvorens toestemming voor de overeenkomst te verlenen, Maria vragen om een verklaring te ondertekenen waarin staat dat geen gebruik wordt gemaakt van de regeling met als enig oogmerk om verblijf te krijgen en haar vragen een verklaring omtrent haar verblijfsrecht te overleggen. De rechter beoordeelt deze verklaringen en als er sprake is van oneigenlijk gebruik wordt het verzoek afgewezen. De IND kan in deze variant op verzoek van de rechter een onderzoek naar de motieven van Maria starten voor en niet pas nadat de rechter de toestemming al verleend heeft.

Maria dient een aanvraag voor verblijf bij partner in. Zij verblijft nog in Rusland in afwachting van afgifte van de MVV om naar Nederland te reizen. De IND heeft bij de behandeling van de aanvraag ernstige vermoedens gekregen dat er sprake is van een schijnrelatie tussen Hannah en Maria. Zij wisten basale vragen over elkaar niet te beantwoorden en konden geen foto's overleggen waar ze beiden op stonden. De IND-ambtenaar stuitte vervolgens bij een *social media* onderzoek op de advertentie van Ivan, Mark en Hannah. De IND wijst de aanvraag van Maria af.

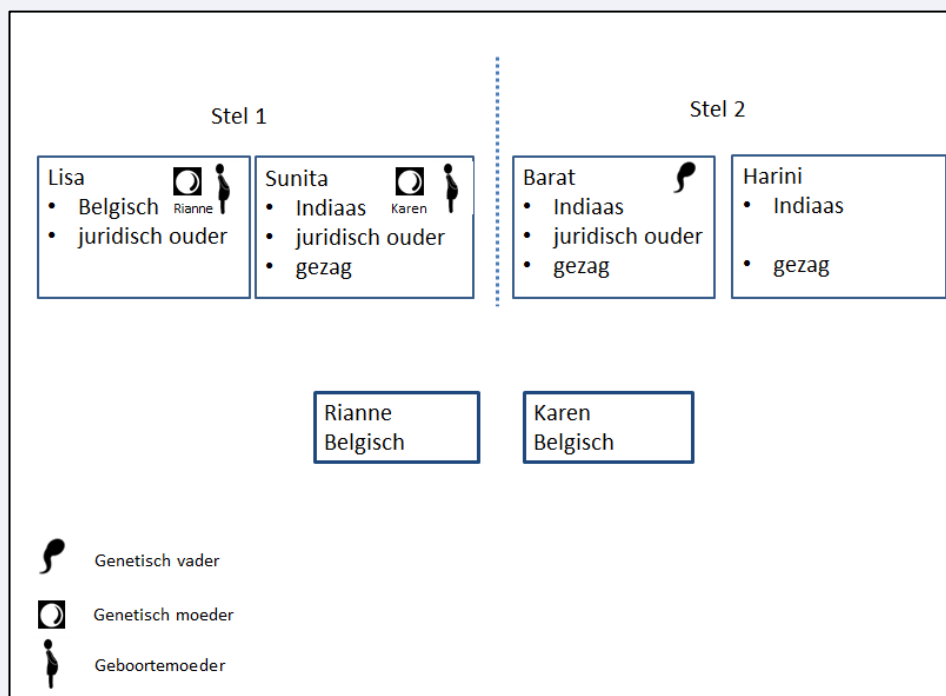
Maria blijkt inmiddels echter zwanger te zijn. Drie maanden na ontvangst van de afwijzende beschikking bevalt zij in Rusland, in het bijzijn van Ivan, Mark en Hannah, van Naomi. Nu meervoudig ouderschap in Rusland wordt gezien als in strijd met de openbare orde wordt op de Russische geboorteakte alleen Maria als ouder van Naomi vermeld en verkrijgt Naomi de Russische nationaliteit. Maria heeft volgens het Russisch recht als enige het ouderlijk gezag. Ivan, Mark en Hannah willen Naomi mee naar Nederland nemen maar daarvoor geeft Maria geen toestemming als zij zelf niet met Naomi mee kan komen. Ivan, Mark en Hannah keren uiteindelijk zonder Naomi terug naar Nederland en melden zich met de Russische geboorteakte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Rotterdam, die de akte van aanvaarding van het ouderschap door meer dan twee personen inschrijft. Hiermee is komen vast te staan dat Naomi, die immers drie Nederlandse ouders heeft, tevens de Nederlandse nationaliteit heeft. Maria dient vervolgens een aanvraag in voor een faciliterend visum waarmee zij naar Nederland kan reizen om een aanvraag voor een EU-verblijfsdocument (conform artikel 8, aanhef en onder e, Vw) in te dienen, onder expliciete vermelding van het arrest Chavez-Vilchez en gelijktijdige overlegging van de geboorteakte van Naomi en het BRP-uitreksel van de akte van aanvaarding van het ouderschap door meer dan twee personen. Tevens toont zij aan dat zij sinds de geboorte van Naomi, inmiddels drie maanden geleden, de ouder met de meeste daadwerkelijke zorgtaken is (Den Besten, Van Melle, & Wegelin, Een jaar na Chavez-Vilchez, 2018).

Variant: Wat als aanbeveling 1 en 2 worden opgevolgd?

Als aanbeveling 1 wordt opgevolgd is meteen duidelijk dat Maria als juridisch ouder van Naomi, net als iedere andere ouder van een Nederlands kind, een beroep kan doen op bestaande regelingen voor verblijf bij kind en wordt voorkomen dat daarover in de praktijk onduidelijkheid ontstaat die alleen via de kostbare en tijdrovende weg van de jurisprudentie kan worden opgelost.

Als aanbeveling 2 wordt opgevolgd hoeft Maria haar aanvraag niet meer te baseren op jurisprudentie van het EU-Hof, maar kan zij zich beroepen op artikel 3.14 Vb. In dit artikel kan het belang van het kind worden opgenomen en kunnen binnen de grenzen van het Unierecht en het EVRM nadere eisen worden gesteld. De IND heeft hiermee een duidelijker kader waarin de omstandigheden van het geval tegen elkaar kunnen worden afgewogen dan wanneer zij zich bij die afweging enkel kan verlaten op jurisprudentie.

Casus meerpersoonsgezag



Lisa is een Belgische die in Nederland werkt als wetenschappelijk onderzoeker. Zij is juridisch ouder en heeft aanvankelijk het gezamenlijk gezag met haar Indiase echtgenote Sunita (die geen juridisch ouder is) over het Belgische kind Rianne. Sunita werkt momenteel niet, maar is thuis om voor Rianne te zorgen. Lisa en Sunita verblijven op grond van artikel 8 onder e Vw (verblijf als gemeenschapsonderdaan of als persoon die als zodanig moet worden aangemerkt) rechtmatig in Nederland. Ze willen graag een tweede kind. Zij vragen hun goede vriend Barat, die eerder (voor de introductie van de regeling van de Staatscommissie) zaaddonor was voor Rianne, om ook zaaddonor te zijn voor hun tweede kind. Barat heeft een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd met als doel 'studie'. Hij is juridisch ouder van Rianne, en heeft een omgangsregeling waarbij Rianne iedere twee weken een weekend bij hem is,

maar heeft aanvankelijk geen gezag over haar. Nu inmiddels de mogelijkheid van het meerouderschap bestaat, dienen Lisa, Sunita en Barat bij de rechtbank conform art. 1:202 BW (NIEUW) een verzoek in voor toestemming voor het opmaken van een akte van aanvaarding van het ouderschap door meer dan twee personen. De rechter ziet na toetsing van de artikelen 1:202 en 1:203 BW (NIEUW) geen belemmeringen en verleent de toestemming.

Variant: Wat als aanbeveling 3 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 3 wordt opgevolgd moeten alle betrokkenen een verklaring overleggen dat geen gebruik wordt gemaakt van de regeling met enig oogmerk om verblijf te krijgen en een verklaring omtrent hun verblijfsrecht. De rechter beoordeelt deze verklaringen. De IND kan in deze variant de rechter adviseren, waarbij met name de aard en duur van de verblijfsvergunning van Barat relevant is. De rechter kan die informatie betrekken bij het oordeel over de uitvoerbaarheid van het ouderschapsplan en over de vraag of wordt voldaan aan de kern van goed ouderschap 'continuïteit in de opvoedingsrelatie.'

Sunita raakt al spoedig zwanger van het tweede kind (Karen). Tijdens de zwangerschap van Sunita treedt Barat in het huwelijk met medestudent Harini, eveneens van Indiase nationaliteit en tevens in het bezit van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd met als doel 'studie'. Als Karen wordt geboren maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte van aanvaarding van het ouderschap door meer dan twee personen en een akte van aanvaarding van gezag door meer dan twee personen (artikel Ka BW NIEUW) op voor Lisa, Sunita en Barat.

Enkele maanden na de geboorte van Karen gaan Lisa en Sunita uit elkaar. De scheiding vertoont alle karakters trekken van een vechtscheiding. Lisa wordt er door Sunita van beschuldigd dat zij de kinderen mishandelt. Lisa wordt uiteindelijk opgenomen in een psychiatrische instelling met 'Münchhausen by Proxy' als voorlopige diagnose. Lisa begint tijdens de behandeling langzaam te beseffen dat het, gelet op dit ziektebeeld, in het belang van de kinderen is dat zij afstand doet van het ouderlijk gezag. Door alle toestanden is gedurende de afgelopen 14 maanden inmiddels een groot deel van de dagelijkse zorg van de kinderen op de schouders van Barat en Harini terechtgekomen. Barat en Harini hebben bij Lisa en Sunita aangegeven dat zij, gelet op de rol die zij inmiddels in het leven van de kinderen hebben gekregen, graag een meerpersoonsgezagovereenkomst voor de kinderen willen sluiten (op basis van artikel Kb BW NIEUW), zodat Barat ook het gezag krijgt over Rianne en Harini eveneens het ouderlijk gezag over beide kinderen krijgt. Lisa en Sunita zien in dat zij het zonder Barat en Harini niet zouden hebben gered en menen dat het in het belang van de kinderen is als het gezag voortaan wordt gedeeld tussen Sunita, Barat en Harini. Als gevolg hiervan vragen zij toestemming voor het opmaken van een akte van aanvaarding van het gezamenlijk gezag over de kinderen van meer dan twee personen. De rechtbank heeft een bijzonder curator benoemd, die heeft aangegeven dat de meerpersoonsgezagsovereenkomst in het belang van de kinderen is.

Op grond van de artikelen Kb en Kc BW NIEUW besluit de rechter dat het in het belang van de kinderen is om het ouderlijk gezag te beleggen bij Sunita, Barat en Harini. Hierbij neemt zij voor Harini expliciet in haar overweging mee dat zij de kinderen gedurende 14 maanden voorafgaand aan het verzoek heeft verzorgd en opgevoed. Zij verleent de gevraagde toestemming.

Variant: Wat als aanbeveling 3 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 3 wordt opgevolgd moeten Lisa, Sunita en Barat opnieuw een verklaring overleggen dat geen gebruik wordt gemaakt van de regeling met als enig oogmerk om verblijf te krijgen en een verklaring omtrent hun verblijfsrecht. Ook Harini moet deze verklaringen overleggen. De rechter beoordeelt deze verklaringen. De IND kan in deze variant de rechter adviseren over de aard en duur van de verblijfsvergunning van Barat en Harini en over de vraag of de gewijzigde situatie van Lisa en Sunita gevolgen heeft voor hun rechtmatig verblijf in Nederland. De rechter kan die informatie betrekken bij het oordeel over de uitvoerbaarheid van het ouderschapsplan en over de vraag of wordt voldaan aan de kern van goed ouderschap 'continuïteit in de opvoedingsrelatie.'

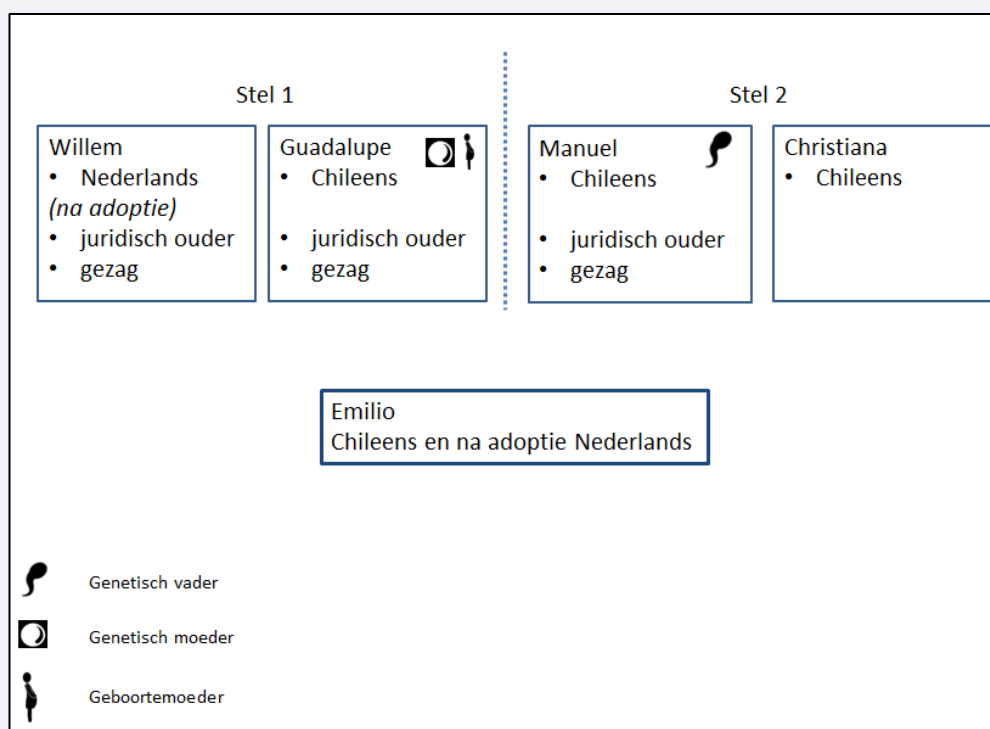
Barat is inmiddels afgestudeerd aan de kunstacademie als webdesigner en heeft vervolgens geprobeerd om zich als zelfstandig ondernemer te vestigen in Nederland. Na een jaar moet hij echter constateren dat zijn bedrijf niet levensvatbaar is. Barat vraagt een faillissement aan. Harini heeft vanwege alle toestanden en de zorg voor de kinderen onvoldoende studiepunten gehaald en een negatief bindend studieadvies gekregen. Dit heeft tot gevolg dat Barat en Harini hun verblijfsrecht in Nederland verliezen. Zij willen echter samen met de kinderen in Nederland blijven. Zij dienen bij de IND op grond van artikel 9 lid 1 Vw een aanvraag in voor de afgifte van een document of schriftelijke verklaring waaruit hun rechtmatig verblijf op grond van artikel 8 onder e Vw, als familielid van een gemeenschapsonderdaan, blijkt. Zij beroepen zich hierbij op de verblijfsrichtlijn en op het Unieburgerschap in artikel 20 Werkingsverdrag, waaronder de Chavez-Vilchez jurisprudentie. Tevens beroepen zij zich op artikel 24 van het Handvest, waarin is bepaald dat bij alle handelingen aangaande kinderen de belangen van het kind een essentiële overweging vormen. Zij wijzen er hierbij op dat de Nederlandse rechter heeft geoordeeld dat de meeroudergezagsovereenkomst in het belang van de kinderen is.

Variant: Wat als aanbeveling 1 en 2 worden opgevolgd?

Als aanbeveling 1 wordt opgevolgd is meteen duidelijk dat gezagsdragers uit een meerpersoonsgezagsovereenkomst, net als iedere andere gezagsdrager, een beroep kunnen doen op bestaande regelingen voor verblijf bij kind en wordt voorkomen dat daarover in de praktijk onduidelijkheid ontstaat die alleen via de kostbare en tijdrovende weg van de jurisprudentie kan worden opgelost.

Als aanbeveling 2 wordt opgevolgd hoeven Barat en Harini hun aanvraag voor verblijf bij hun kinderen niet meer te baseren op jurisprudentie van het EU-Hof, maar kunnen zij zich beroepen op artikel 3.14 Vb. In dit artikel kan de toetsing van het belang van het kind worden opgenomen en kunnen binnen de grenzen van het Unierecht en het EVRM nadere eisen worden gesteld aan Barat en Harini. De IND heeft hiermee een duidelijker kader waarin de omstandigheden van het geval tegen elkaar kunnen worden afgewogen dan wanneer zij zich bij die afweging enkel kan verlaten op jurisprudentie.

Casus eenvoudige adoptie



Manuel en Guadalupe zijn twaalf jaar geleden in Chili de ouders geworden van een jongen, Emilio. Toen Emilio twee jaar was is de relatie tussen zijn ouders gestrand, en is Manuel elders in de stad gaan wonen. De onderlinge verhoudingen zijn echter in het belang van Emilio zeer goed gebleven. Beiden zijn juridisch ouder en hebben gezag. Kort na de breuk heeft Guadalupe een relatie gekregen met Willem, die als expat in Chili werkzaam was. Doordat Manuel de ziekte MS heeft is hij steeds minder in staat om voor zijn kind te zorgen. Emilio kwam wel iedere zaterdagavond bij hem eten en Manuel zette alles op alles om geen ouderavond of voetbalwedstrijd van Emilio over te slaan, zodat hij zoveel mogelijk betrokken kon blijven bij zijn opvoeding. Willem heeft mede door de ziekte van Manuel de afgelopen jaren steeds meer een vaderrol op zich genomen en een zó sterke band met Emilio ontwikkeld dat zijn ouderschap ook door Manuel wenselijk wordt geacht. Bovendien voorziet Willem ook grotendeels in het levensonderhoud van Emilio, nu Manuel door de MS arbeidsongeschikt is geraakt en moet zien rond te komen van een zeer karige uitkering. Manuel is twee jaar geleden getrouwd met Christiana.

Willem heeft echter kortgeleden een uitdagende functie op het hoofdkantoor in Amsterdam aanvaard en is een maand geleden teruggekeerd naar Nederland. Guadalupe en Emilio zijn met Willem meegekomen. Guadalupe is in Chili al geslaagd voor het basisexamen inburgering buitenland en heeft inmiddels bij het IND-loket een aanvraag ingediend voor een reguliere verblijfsvergunning op grond van art. 14 Vw met als doel 'verblijf bij partner'. Zij heeft in afwachting van de beslissing rechtmatig verblijf in Nederland op grond van art. 8 onder f

Vw. Emilio kon vanwege zijn Chileense nationaliteit visumvrij meereizen naar Nederland. Emilio heeft inmiddels al een goede start gemaakt op de internationale school in Amsterdam en het gezin vindt al snel zijn draai in Nederland. Het is de bedoeling om voor Emilio, als zijn moeder haar verblijfsvergunning heeft, een afgeleide verblijfsvergunning aan te vragen. De advocaat van Willem wijst hem echter op de mogelijkheid van eenvoudige adoptie van Emilio, waarmee Willem na al die jaren van sociaal ouderschap ook juridisch vader van hem kan worden en eveneens het ouderlijk gezag kan krijgen. Hiermee zou een droom van Willem in vervulling gaan. Ook Guadalupe en Emilio zijn enthousiast en Manuel heeft er geen bezwaar tegen. Bijkomend voordeel is dat Emilio dan meteen de Nederlandse nationaliteit kan krijgen en er geen verblijfsprocedure meer nodig is.

Willem, Manuel en Guadalupe dienen vervolgens op grond van artikel 1:214 BW (NIEUW) een verzoek in bij de rechtbank tot de eenvoudige adoptie van Emilio door Willem, waarbij ze met zijn drieën de ouders van Emilio kunnen worden. Emilio wordt gehoord in de procedure en daaruit blijkt dat hij heel graag door Willem geadopteerd wil worden. Omdat aan alle overige voorwaarden is voldaan en de rechter de adoptie in het belang van Emilio acht, wijst de rechter het adoptieverzoek toe.

Variant: Wat als aanbeveling 3 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 3 wordt opgevolgd moeten Manuel en Guadalupe een verklaring overleggen dat geen gebruik wordt gemaakt van de regeling met enig oogmerk om verblijf te krijgen en een verklaring omtrent hun verblijfsrecht. De rechter beoordeelt deze verklaringen. De IND kan in deze variant de rechter adviseren over de aard en duur van de verblijfsvergunning van Guadalupe en over het (eventueel toekomstige) verblijfsrecht van Manuel. De rechter kan die informatie betrekken bij het oordeel over de uitvoerbaarheid van het ouderschapsplan en over de vraag of wordt voldaan aan de kern van goed ouderschap 'continuïteit in de opvoedingsrelatie.'

Emilio verkrijgt vervolgens als gevolg van de adoptie op grond van artikel 5 lid 1 van de Rijkswet op het Nederlanderschap (RWN) het Nederlanderschap.

Manuel dient vervolgens bij de IND op grond van artikel 9 lid 1 Vw een aanvraag in voor de afgifte van een document of schriftelijke verklaring waaruit zijn rechtmatig verblijf op grond van artikel 8 onder e Vw, als familielid van een gemeenschapsonderdaan, blijkt. Hij beroept zich hierbij op de verblijfsrichtlijn en op het Unieburgerschap in artikel 20 van het Werkingsverdrag, waaronder de Chavez-Vilchez jurisprudentie. Tevens beroept hij zich op artikel 24 van het Handvest, waarin is bepaald dat bij alle handelingen aangaande kinderen de belangen van het kind een essentiële overweging vormen. Hij wijst er hierbij op dat de Nederlandse rechter heeft geoordeeld dat de eenvoudige adoptie in het belang van Emilio is en dat de rechter het ouderschapsplan, waarbij de opvoedingstaken voor Emilio over alle drie de ouders is verdeeld, heeft goedgekeurd.

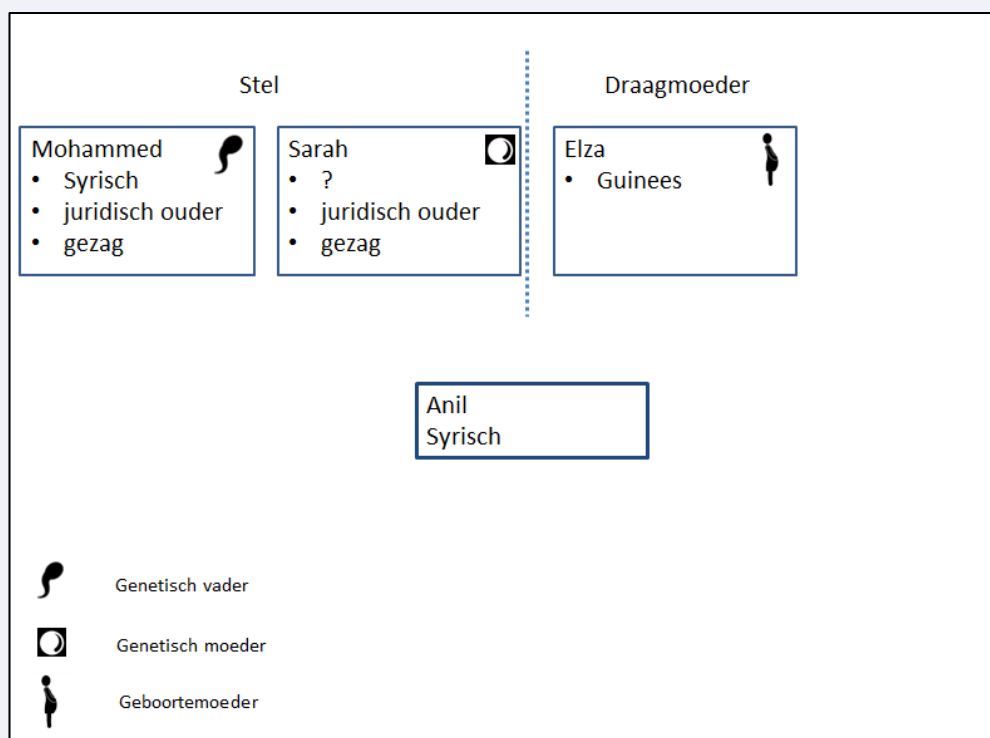
Variant: Wat als aanbeveling 1 en 2 worden opgevolgd?

Als aanbeveling 1 wordt opgevolgd is meteen duidelijk dat Manuel als ouder uit een meeroudergezin, net als bij ieder ander gezin, een beroep kan doen op bestaande regelingen voor verblijf bij kind en wordt voorkomen dat daarover in de praktijk onduidelijkheid ontstaat die alleen via de kostbare en tijdrovende weg van de jurisprudentie kan worden opgelost.

Als aanbeveling 2 wordt opgevolgd hoeft Manuel zijn aanvraag voor verblijf bij zijn kind niet meer te baseren op jurisprudentie van het EU-Hof, maar kan hij zich beroepen op artikel 3.14 Vb. In dit artikel kan de toetsing van het belang van het kind worden opgenomen en kunnen binnen de grenzen van het Unierecht en het EVRM nadere eisen worden gesteld. De IND heeft hiermee een duidelijker kader waarin de omstandigheden van het geval tegen elkaar kunnen worden afgewogen dan wanneer zij zich bij die afweging enkel kan verlaten op jurisprudentie.

Manuel wil natuurlijk graag dat ook zijn vrouw Christiana bij hem in Nederland komt wonen. De advocaat van Willem heeft hen verzekerd dat dit geen probleem is. Als Manuel het document heeft ontvangen waaruit blijkt dat hij rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8 onder e Vw, dan kan Christiana conform art. 315 lid 1 onder b Vb een verblijfsvergunning op grond van artikel 14 onder de beperking 'verblijf als familielid' aanvragen. Manuel zal gelet op art. 3.22 lid 2 Vb vanwege zijn ernstige aandoening niet hoeven te voldoen aan het inkomensvereiste. De twee minderjarige dochters van Christiana kunnen daarna met een beroep op art. 3.15 lid 3 onder c tevens een aanvraag voor verblijf bij Christiana indienen.

Casus draagmoederschap



Mohammed en Sarah hebben elkaar twee jaar geleden in Ter Apel leren kennen, toen zij daar op dezelfde dag een asielaanvraag indienden. Mohammed is enkele dagen na de indiening van zijn aanvraag tijdens de Algemene Asielprocedure (AA) in het bezit gesteld van een asielvergunning voor bepaalde tijd. De herhaalde aanvraag van Sarah werd echter binnen enkele dagen afgewezen en het beroep tegen dat besluit is anderhalf jaar geleden ongegrond verklaard. Sindsdien is het verblijf van Sarah in Nederland niet langer rechtmatig. Sarah heeft ongeloofwaardige verklaringen over haar (gestelde) nationaliteit afgelegd en staat daarom bij de IND geregistreerd als 'van onbekende nationaliteit'. Een jaar geleden zijn Sarah en Mohammed met elkaar getrouwd en het adres van Mohammed moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van Sarah.

Mohammed en Sarah koesteren een kinderwens. Echter, Sarah heeft in het verleden tijdens haar eerste huwelijk meerdere miskramen gehad, en ook nu met Mohammed is het al een keer misgegaan. Gynaecologisch onderzoek wijst uit dat de kans op een succesvolle zwangerschap voor Sarah zeer klein is. Sarah en Mohammed komen daarom in aanmerking voor een behandeling voor hoogtechnologisch draagmoederschap. Aangezien Mohammed recent, na het overlijden van zijn vader in Syrië, een bescheiden erfenis heeft gekregen, en hij bovendien als zelfstandig post- en pakketbezorger voor PostNL aan de slag kan, voorzien zij geen financiële belemmeringen om hun droom te realiseren. Sarah en Mohammed besluiten daarom op zoek te gaan naar een draagmoeder. Zij raadplegen de website van de non-profitorganisatie 'Happy families', die (conform aanbeveling 62 van de Staatscommissie) een ontheffing heeft gekregen voor het verbod op bemiddeling tussen wensouders en draagmoeders. De keuze valt op de 19-jarige Elza, een Guinese die drie maanden geleden een asielaanvraag heeft ingediend in Nederland. Er is nog geen beslissing genomen op haar aanvraag. Elza had in Guinee al via via gehoord over de mogelijkheid om in Nederland een vergoeding van €6.000 te krijgen als draagmoeder. Zodoende heeft zij zich meteen na aankomst in Nederland bij Happy families ingeschreven. Elza woont in AZC Leersum, dat als haar gewone verblijfplaats moet worden aangemerkt.

Sarah, Mohammed en Elza verzoeken vervolgens de rechtbank om toestemming voor het opmaken van een akte van aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap door een ambtenaar van de burgerlijke stand. Zij overleggen daarbij een draagmoederschapsovereenkomst, waarin onder meer is opgenomen dat en op welke wijze Elza juridisch advies en begeleiding op kosten van de wensouders kan krijgen en op welke wijze de risico's die verbonden zijn aan de zwangerschap en bevalling voor Elza zijn afgedekt.

Variant: wat als aanbeveling 6 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 6 wordt opgevolgd is geborgd dat Elza in haar begeleidingstraject wordt geadviseerd over de EU Richtlijn inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, artikel 273 onder f WvSr en B8.3 Vc.

Eveneens is in de overeenkomst opgenomen dat Elza naast een onkostenvergoeding voor daadwerkelijk gemaakte kosten en inkomstenderving, een forfaitair bedrag van €6.000 ontvangt.

Variant: Wat als aanbeveling 7 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 7 wordt opgevolgd toetst de rechter of er een (andere) arbeids-, huur- of dienstverleningsovereenkomst bestaat tussen Mohammed en Sarah enerzijds en Elza anderzijds en wijst het verzoek af als dat het geval is.

De rechter constateert dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1:205 t/m 1:208 BW NIEUW en verleent de gevraagde toestemming. Hierbij neemt de rechter mede in overweging dat Elza haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft (art. 1:205 lid 3 onder b BW NIEUW). Mohammed en Sarah hebben eveneens gewoon verblijf in Nederland (art. 1:205 lid 3 onder d BW NIEUW). Bovendien staat vast dat de familierechtelijke relatie vanaf het tijdstip van de geboorte van het kind zal worden erkend in het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft (dat is immers Nederland) en uit het algemeen ambtsbericht Syrië van de minister van Buitenlandse Zaken maakt de rechter op dat volgens het Syrisch nationaliteitsrecht het kind van rechtswege de Syrische nationaliteit zal krijgen en dus niet staatloos ter wereld zal komen (resp. art. 1:205 lid 3 onder e en f BW NIEUW). Bovendien verblijft Mohammed rechtmatig in Nederland, zodat eveneens is voldaan aan de suggestie van de Staatscommissie op pagina 485 van haar rapport, dat een eis van rechtmatig verblijf van ten minste één van de ouders kan voorkomen dat de regeling wordt ingezet als een sluiproute in de richting van een verblijfsrecht. De rechter is na het horen van de betrokkenen tot de conclusie gekomen dat er geen sprake is van ernstige contra-indicaties. Ze heeft zich nog wel afgevraagd of het feit dat Sarah geen verblijfsrecht heeft als zodanig moet worden aangemerkt, maar vond dit toch onvoldoende ernstig om de toestemming te weigeren. De Staatscommissie gaf op pagina 471 van haar rapport immers aan dat bij draagmoederschap het 'buitengrenscriterium' moet worden gehanteerd: Alleen als er een hoog risico op ernstige schade voor het kind bestaat, zou de overheid de medewerking aan het ontstaan van het kind moeten onthouden. Daarvan is geen sprake.

Variant: Wat als aanbeveling 4 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 4 wordt opgevolgd moet de rechter conform artikel 1:205 BW NIEUW onder i en j het verzoek afwijzen omdat geen van de betrokkenen voldoet aan de hierin gestelde voorwaarde van een permanent verblijfsrecht.

Spoedig na de goedkeuring van de overeenkomst raakt Elza zwanger. De inspectie SZW heeft kort daarna bij een controle van de administratie bij non-profit organisatie 'Happy families' geconstateerd dat de dienstverlening van Elza in strijd is met de Wav en legt haar een boete op van €5.000. Mohammed en Sarah worden als werkgevers in de zin van de Wav aangemerkt en krijgen een boete van €20.000 opgelegd.

Variant: Wat als aanbeveling 4 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 4 wordt opgevolgd kan deze situatie zich niet voordoen omdat alleen vreemdelingen die vrij zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt deel kunnen nemen aan de draagmoederschapsregeling.

In dezelfde week wordt de asielaanvraag van Elza afgewezen. Vanwege alle tegenslagen en ook om de boete van de inspectie SZW te ontlopen besluit Elza in een opwelling om hals over kop terug te keren naar Guinee. Omdat de draagmoederschapsovereenkomst in Guinee niet wordt erkend en een Guinese moeder haar nationaliteit niet kan doorgeven aan haar kind, dreigt Elza tegen haar bedoeling in de juridisch moeder van een staatloos kind te worden als het kind in Guinee geboren wordt, terwijl Mohammed en Sarah met lege handen achterblijven in Nederland. Als Elza van de schrik is gekomen dient ze daarom een aanvraag voor een visum kort verblijf in, zodat het kind alsnog in Nederland ter wereld kan komen en de afspraken in de overeenkomst kunnen worden nagekomen. Het visum wordt echter geweigerd wegens vestigingsgevaar.

Variant: Wat als aanbeveling 5 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 5 wordt opgevolgd komt Elza in aanmerking voor een visum kort verblijf en kan het kind in Nederland ter wereld komen, waarmee Mohammed en Sarah de juridisch ouders van het kind kunnen worden en voorkomen wordt dat het kind staatloos ter wereld komt.

Mohammed en Sarah zijn inmiddels radeloos. Zij besluiten om contact te zoeken met de pers en het tv-programma 'Hart van Nederland' maakt een item over hun situatie. Er steekt een storm van verontwaardiging op in Nederland en er worden Kamervragen gesteld. De staatssecretaris besluit om Elza alsnog een visum te verstrekken voor een bevalling in Nederland.

Enkele maanden later bevalt Elza in Nederland van een jongen, Anil genaamd. Kort daarna keert Elza met ondersteuning van het IOM terug naar Guinee.

De ambtenaar van de burgerlijke stand maakt conform de overeenkomst een akte van aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap op en Mohammed en Sarah worden de juridisch ouders van het kind. Anil heeft vanaf zijn geboorte de Syrische nationaliteit en krijgt een reguliere verblijfsvergunning voor verblijf bij zijn vader. Sarah en Mohammed wenden zich vervolgens tot hun advocaat met de vraag of er, nu Sarah de moeder van Anil is geworden,

mogelijkheden zijn om haar verblijf in Nederland te legaliseren. De advocaat adviseert Sarah om een aanvraag in te dienen voor een verblijfsvergunning op grond van artikel 8 EVRM. Een aanvraag voor verblijf bij partner heeft geen kans van slagen omdat Mohammed als zzp-er namelijk een onregelmatig en onzeker inkomen heeft, zodat hij niet voldoet aan het middelenvereiste gesteld in artikel 16, lid 1 onder c Vw. Evenmin voldoet Sarah aan het mvv-vereiste gesteld in artikel 16, lid 1 onder a Vw. Daarom vult Sarah op de website van de IND een 'kennisgeving aanvraag verblijfsvergunning 8 EVRM/humanitair' in. Twee weken later krijgt ze een oproep om zich te melden aan het loket voor het indienen van haar aanvraag voor een verblijfsvergunning op grond van artikel 14 Vw jo 3.4 onder s Vb. Zij beroept zich bij haar aanvraag op artikel 8 EVRM. Zij stelt hierbij dat er tussen haar en Anil sprake is van *family life* en dat daarom op Nederland de positieve verplichting rust om in te grijpen teneinde het *family life* in Nederland mogelijk te maken, helemaal nu een Nederlandse rechter dit gezinsleven heeft goedgekeurd. Er zijn objectieve belemmeringen om het *family life* elders uit te oefenen, nu Mohammed een vluchtelingenstatus heeft en het bovendien maar zeer de vraag is of de 'akte van aanvaarding van het ouderschap na draagmoederschap', waarop het juridisch ouderschap van Mohammed en Sarah is gebaseerd, elders op de wereld zal worden erkend. Tot slot beroept zij zich onder verwijzing naar de uitspraak *Menesson tegen Frankrijk* op het recht op *private life* van Anil en het recht dat Anil heeft om te weten van wie hij afstamt en zijn moeder te kennen. Op de Nederlandse staat rust volgens haar een verplichting om het *private life* van Anil te respecteren, eens te meer nu Nederland de totstandkoming van dit leven van te voren heeft goedgekeurd.

Variant: Wat als aanbeveling 2 wordt opgevolgd?

Als aanbeveling 2 wordt opgevolgd hoeft Sarah haar aanvraag om bij haar kind te kunnen verblijven niet meer te baseren op jurisprudentie van het EU-Hof en het EHRM, maar kan zij zich beroepen op artikel 3.14 Vb. In dit artikel kan de toetsing van het belang van het kind worden opgenomen en kunnen binnen de grenzen van het Unierecht en het EVRM nadere eisen worden gesteld aan het verblijf van Sarah bij haar kind in Nederland. De IND heeft hiermee een duidelijker kader waarin de omstandigheden van het geval tegen elkaar kunnen worden afgewogen dan wanneer zij zich bij die afweging enkel kan verlaten op jurisprudentie.



Bijlage 4

Cijfers

Figuur 1 Hoeveel kinderen werden er in 2017 geboren in Nederland?

In Nederland geboren kinderen	
Totaal	169.836

Bron: CBS

Figuur 2 Wat was de nationaliteit van deze kinderen? (verdeling Nederlandse/overig EU¹⁶⁹/derdelander/onbekend)

Nationaliteit	Aantal	%
Nederlandse nationaliteit	156.982	92,4%
Overige EU-nationaliteiten	5.870	3,5%
Derdelander	5.681	3,3%
Onbekende nationaliteit	1.303	0,8%
Totaal niet-Nederlandse kinderen	12.854	7,6 %
Totaal	169.836	

Bron: CBS

Figuur 3 Hoeveel kinderen die in 2017 in Nederland geboren zijn hadden geen Nederlandse ouders? (verdeling overig EU/derdelander/onbekend)

Nationaliteit	Aantal	%
Beide ouders derdelander	5.235	3,1%
Beide ouders overig EU	4.369	2,6%
Eén overig EU en één derdelander	862	0,5%
Moeder overig EU , geen vader bekend	807	0,5%
Moeder derdelander, geen vader bekend	727	0,4%
Moeder onbekende nationaliteit, geen vader bekend	284	0,2%
Totaal kinderen zonder Nederlandse ouders	12.284	7,2 %

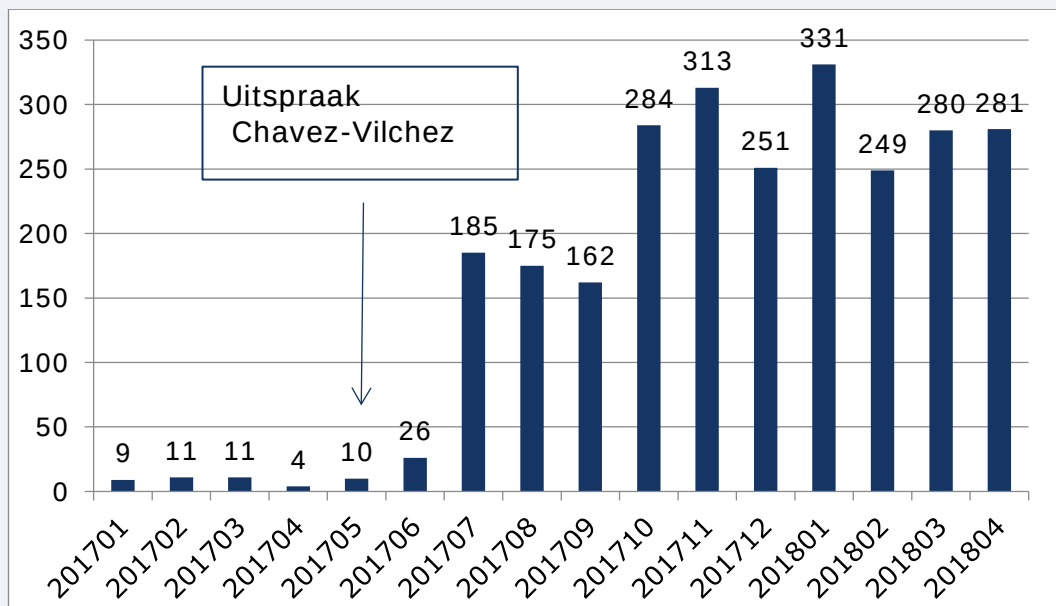
Bron: CBS

Figuur 4 Hoeveel kinderen die in 2017 in Nederland zijn geboren hadden één Nederlandse en één buitenlandse ouder? (verdeling Nederlandse/ overig EU/derdelander/onbekend)

Nationaliteit	Aantal	%
Eén ouder Nederlander en een derdelander	8.268	5,3%
Eén ouder Nederlander en één overig EU	4.894	2,9%
Eén ouder Nederlander en één onbekende nationaliteit	671	0,4%
Totaal kinderen met één Nederlandse ouder	13.833	8,1 %

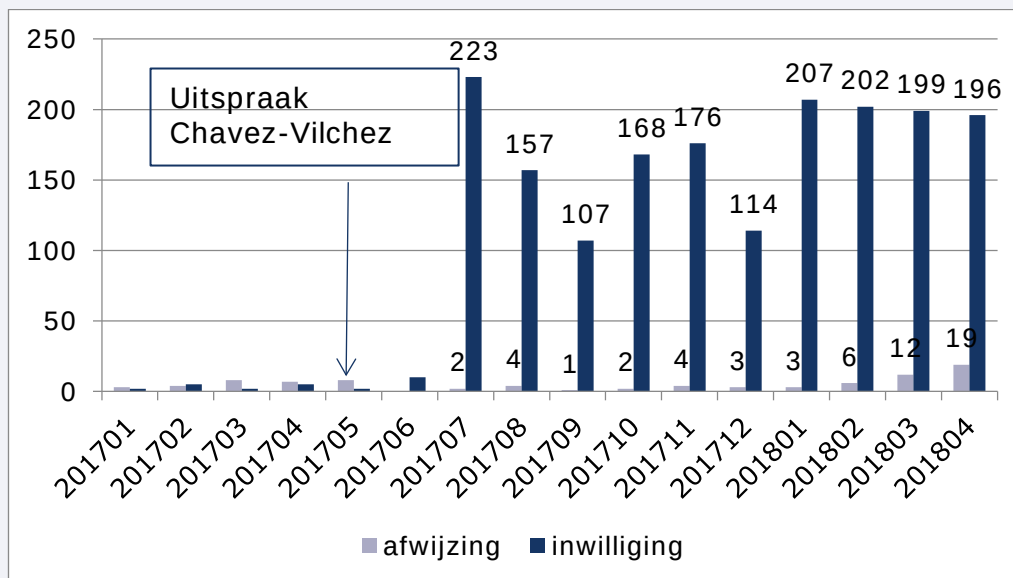
Bron: CBS

Figuur 5 Hoeveel aanvragen voor een verblijfsvergunning van een verzorgende ouder voor verblijf bij Nederlands kind werden er ingediend in de periode januari 2017- april 2018?



Bron: Ministerie van Justitie en Veiligheid

Figuur 6 Hoeveel aanvragen voor een verblijfsvergunning van een verzorgende ouder voor verblijf bij Nederlands kind werden er afgehandeld in de periode januari 2017-april 2018?



Bron: Ministerie van Justitie en Veiligheid

Figuur 7: Wat is de netto bijstandsnorm per maand?

Categorie	Artikel PW	Bijstand incl. VT	Bijstand excl. VT	5,0% VT
Jonger dan 21 jaar zonder ten laste komende kinderen:	20:1	xxxxxxxxx	xxxxxxxxx	xxxxxxxxx
alleenstaande		€ 246,01	€ 233,71	€ 12,30
gehuwden; beide echtgenoten		€ 492,02	€ 467,42	€ 24,60
jonger dan 21 jaar				
gehuwden; één echtgenoot 21 jaar of ouder		€ 957,84	€ 909,95	€ 47,89
Jonger dan 21 jaar met één of meer ten laste komende kinderen:	20:2			
alleenstaande ouder		€ 246,01	€ 233,71	€ 12,30
gehuwden; beide echtgenoten		€ 776,75	€ 737,91	€ 38,84
jonger dan 21 jaar				
gehuwden; één echtgenoot 21 jaar of ouder		€ 1242,57	€ 1180,44	€ 62,13
21 jaar tot pensioengerechtigde leeftijd:	21			
alleenstaande of alleenstaande ouder		€ 996,56	€ 946,73	€ 49,83
gehuwden		€ 1423,66	€ 1352,48	€ 71,18
Pensioengerechtigde leeftijd of ouder:	22			
alleenstaande of alleenstaande ouder		€ 1121,43	€ 1065,36	€ 56,07
gehuwden; één of beide echtgenoten pensioengerechtigde leeftijd of ouder		€ 1533,18	€ 1456,52	€ 76,66
Kostendelersnorm:	22a:3			
echtgenoot jonger dan 21 jaar, zonder ten laste komende kinderen		€ 246,01	€ 233,71	€ 12,30
echtgenoot jonger dan 21 jaar, met één of meer ten laste komende kinderen		€ 530,74	€ 504,20	€ 26,54
Verblijf in een inrichting:	23			
alleenstaande of alleenstaande ouder	23:1	€ 315,54	€ 299,76	€ 15,78
+ toeslag € 34,00 (incl. VT)	23:2	€ 349,54	€ 332,06	€ 17,48
gehuwden	23:1	€ 490,81	€ 466,27	€ 24,54
+ toeslag € 81,00 (incl. VT)	23:2	€ 571,81	€ 543,22	€ 28,59

Bron: <https://www.st-ab.nl/bijstandsnorm.htm>

¹⁶⁹ Met 'overig EU' wordt bedoeld alle nationaliteiten van de EU, met uitzondering van de Nederlandse.