

ANNOTATIE

Commentaar bij het advies van het EHRM op prejudiciële vragen van het Franse Cour de Cassation, verzoeknr. P16-2018-001 van 10 april 2019.

W.M. Schrama en S. Bou-Sfia

1. Dit is de eerste keer dat er een advies wordt gegeven door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: Hof) op basis van het nieuwe Zestiende Protocol. Ook Nederland krijgt op korte termijn met dit protocol te maken: de Eerste Kamer heeft de goedkeuringswet in december aanvaard en het protocol treedt op 1 juni 2019 in werking. Dat betekent dat ook de hoogste rechters in Nederland een prejudiciële vraag *kunnen* stellen over de interpretatie en toepassing van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in een concrete casus. De achterliggende doelen zijn het bevorderen van de dialoog tussen nationale rechter en Hof en het verlagen van de werkdruk van het Hof.

2. In casu gaat het om twee prejudiciële vragen van de hoogste Franse rechter over een principiële vraag van uitleg over artikel 8 EVRM in de welbekende *Menesson*-zaak. Daarover had het Hof eerder al een beslissing gegeven (EHRM 26 juni 2014, 65192/11 (*Menesson/Frankrijk*)). Het gaat om een gehuwd Frans echtpaar dat in Californië een tweeling heeft gekregen via hoogtechnologisch draagmoederschap. Daarbij is genetisch materiaal van de vader gebruikt en een eicel van een anonieme derde-donor; de wensvader is dus genetisch verwant met de kinderen en de wensmoeder niet. Naar Californisch recht zijn beide wensouders juridisch ouder en dit staat ook op de geboorteakte van de kinderen. Bij terugkomst in hun thuisland weigerde de Franse staat de in Amerika ontstane afstammingsband tussen beide wensouders en kinderen te erkennen, omdat de draagmoederschapsovereenkomst in strijd met de openbare orde is. Draagmoederschap is illegaal in Frankrijk en de Franse staat beriep zich op algemene belangen die behartigd

moesten worden. Het niet erkennen van de ouder-kindbanden betekende dat de ouders en kinderen telkens hun Amerikaanse papieren moesten gebruiken, hetgeen tot 'onduidelijkheid, wantrouwen en ongemak' leidde. Ook kregen de kinderen de Franse nationaliteit niet, althans was dit zeer onzeker. De ouders klaagden bij het Hof over schending van het privé- en gezinsleven van henzelf en hun kinderen. Het Hof nam geen schending aan van het door artikel 8 EVRM beschermde familieleven van de wensouders, maar wel van het privéleven van de kinderen. Daarbij speelt het recht op identiteit, dat besloten ligt in het recht op privéleven, een essentiële rol. Van het recht op identiteit maakt het recht om de biologische ouder-kindbanden in rechte bevestigd te zien, deel uit. Het feit dat de man de biologische vader van de tweeling was, speelde hierbij een doorslaggevende rol. Na de uitspraak van het Hof is de zaak opnieuw bezien binnen de Franse jurisdictie, hetgeen ertoe leidde dat de Cour de Cassation de onderstaande prejudiciële vragen aan het Hof heeft gesteld.

3. In wezen gaat het om de vraag in hoeverre lidstaten in een dergelijke situatie verplicht zijn op grond van artikel 8 EVRM ook de ouder-kindband met de genetisch niet verwante wensmoeder te erkennen of mogelijk te maken. Daarbij stelt het Franse hof expliciet de vraag of het daarbij uitmaakt of het kind tot stand gekomen is met een eikel van de wensmoeder. In de tweede plaats rijst de vraag of adoptie dan een voldoende middel is om een moeder-kindrelatie te creëren.

4. De beantwoording en argumentatie door het Hof zijn opmerkelijk kort – dat zal in verband staan met deze nieuwe werkmethode – maar volgen wel de gangbare route. Eerst volgt een zeer korte verwijzing naar internationale bepalingen, waaronder artikel 3, 7 en 8 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), naar het werk van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht alsmede een rapport over kindereexploitatie van de speciale VN-rapporteur. Deze worden echter in het vervolg van het advies niet meer genoemd. Daarna komen de '*comparative law materials*' aan de orde, nodig voor het bepalen van de mate van consensus onder de lidstaten en de omvang van de beoordelingsruimte die aan staten wordt gelaten. In zeer grove streken wordt de stand van zaken geschetst in de lidstaten. Daarbij gaat het om de vraag in hoeverre draagmoederschapsconstructies zijn toegestaan (volgens het Hof in 9 lidstaten, terwijl ze getolereerd worden in nog 10 lidstaten, waar dit anderzijds in 24 andere lidstaten expliciet of impliciet verboden is). De procedure om ouderschap te vestigen of te erkennen voor kinderen geboren uit draagmoederschap varieert, aldus nog steeds het Hof, van land tot land. Drie opties bestaan: registratie van de buitenlandse geboorteakte van een genetisch eigen kind (16 van de 19 staten die draagmoederschap toestaan/tolereren resp. 7 van de 24 die dat niet doen), adoptie (5 resp. 12) of andere gerechtelijke procedures (19 resp. 9). Met andere woorden: in veel landen is er wel iets mogelijk. Of dit in deze landen ook geldt bij hoogtechnologisch draagmoederschap, en

ongeacht de vraag of bekend is wie de donoren zijn en of er sprake is van commercieel draagmoederschap, wordt niet duidelijk.

5. Vervolgens gaat het Hof in op allerlei beperkingen van het advies; begrijpelijk omdat het advies antwoord geeft op de vragen die in dit geval zijn gesteld. Aan de andere kant: als het doel van prejudiciële vragen is om toekomstige vragen voor te zijn en richtlijnen aan de nationale rechters te geven over uitleg en toepassing van verdragsrechten, dan moet er niet te sterk beperkt worden. Het gaat volgens het Hof alleen om de voorliggende vraag of in een dergelijke situatie het recht op privéleven van een in het buitenland door hoogtechnologisch draagmoederschap geboren kind vergt dat de moeder-kindrelatie gevestigd in het buitenland erkenning kan krijgen in het nationale recht. Dit is verder beperkt tot de situatie waarin gebruikgemaakt is van een eiceldonor en de wensvader de biologische vader is die in dat buitenland als juridisch vader geldt, hetgeen in dat nationale recht erkend wordt. Het Hof kiest ervoor om de rechtsontwikkeling in andere gevallen open te laten.

6. De inhoudelijke argumentatie is, zoals nadrukkelijk aangegeven door het Hof, gebaseerd op: 1) het belang van de kinderen (*the best interests of the child*) dat 'paramount' is en 2) de beoordelingsruimte die staten toekomt. Met betrekking tot het eerste punt overweegt het Hof dat, hoewel Frankrijk mag streven naar het tegengaan van draagmoederschap, de belangen van kinderen door het niet erkennen van de ouder-kindband worden geschaad. Die belangen ziet het Hof in de rechtsonzekerheid over de identiteit van het kind binnen de samenleving waarin het opgroeit. Concreet verwijst het Hof naar de belangen van minderjarigen bij nationaliteit,^[1] verblijfsrecht en erfrecht in relatie tot de moeder, alsook naar de belangen bij een voortdurende relatie met de moeder na een mogelijke scheiding van de vader of zijn overlijden, en bij bescherming wanneer de moeder zou weigeren of ophouden voor de kinderen te zorgen. Dan merkt het Hof op dat het belang van het kind uit meer bestaat dan alleen bescherming van deze aspecten van het privéleven, zoals het belang beschermd te worden tegen risico's van misbruik van draagmoederschapsconstructies en het recht te weten van wie het kind afstamt; wat kan pleiten voor het *niet* erkennen van de juridische afstammingsband met de wensmoeder. Daar doet het Hof vervolgens, wat ons betreft ten onrechte, niet veel meer mee. Het Hof overweegt, gelet op de verschillende belangen, dat de belangen van de kinderen met betrekking tot hun identiteit, identificatie met de *de facto* ouders en de omgeving waarin zij leven en zich ontwikkelen ten minste vereisen dat iedere situatie individueel getoetst wordt en dat daarom de generieke en absolute onmogelijkheid om de moeder-kindband erkent te krijgen onverenigbaar is met deze belangen van minderjarigen.

Met betrekking tot het tweede punt, de beoordelingsruimte van lidstaten om een eigen afweging te maken, is het al dan niet bestaan van een gemeenschappelijke benadering in de

lidstaten relevant. Als er geen consensus tussen de lidstaten is over het relatieve gewicht van het belang in kwestie of de beste manier om dat belang te beschermen, met name waar het om een gevoelig moreel of ethisch vraagstuk gaat, is die ruimte doorgaans groter. Uit de vergelijkende landeninformatie volgt dat, hoewel er een bepaalde trend is richting erkenning van de relatie tussen kinderen en wensouders, er geen consensus is. Daarentegen volgt uit het feit dat het om de bescherming van een bijzonder belangrijk onderdeel van de identiteit van een persoon gaat, waaronder de juridische ouder-kindrelatie, de beoordelingsvrijheid van staten normaal gesproken beperkt is. Hier gaat het bovendien om een onderwerp dat nog verder strekt dan de identiteit van de kinderen. Andere fundamentele aspecten van hun privéleven zijn daarnaast in het geding waar het betreft de omgeving waar ze opgroeien en zich ontwikkelen en om de personen die verantwoordelijk zijn voor hun welzijn. Dit ondersteunt, aldus het Hof, de beperking van de beoordelingsvrijheid van staten. Hierbij sluit het Hof aan bij de argumentatie in *Menesson/Frankrijk* (r.o. 77 en 80) en *Labassee/Frankrijk* (r.o. 56 en 59), waarbij het afwijkt van de gebruikelijke argumentatie dat de in beginsel door identiteit beperkte beoordelingsmarge verruimd wordt door andere factoren.

De optelsom is dan snel gemaakt: het belang van de kinderen en de beperkte beoordelingsvrijheid leiden ertoe dat er een mogelijkheid moet zijn om de juridische band tussen wensmoeder en kind te erkennen of te vestigen. In antwoord op de vraag van het Franse hof merkt het Hof op dat het een en ander des te sterker geldt als de wensmoeder ook de eicel heeft geleverd. De eerste prejudiciële vraag is daarmee beantwoord.

7. Op naar de tweede: hoe moet dat dan vanuit mensenrechtelijk perspectief bezien, in gevallen als deze? Hier geeft het Hof veel meer vrijheid aan de staten om te kiezen op welke wijze ze dit realiseren. Ook hier speelt het gebrek aan consensus een rol, plus het feit dat de identiteit *an sich* minder direct geraakt wordt door de vraag via welke route het resultaat gerealiseerd wordt, aldus het Hof. Die relatie hoeft ook niet vanaf het begin te bestaan/erkend te worden; maar wel zo snel mogelijk, en uiterlijk op het moment dat sprake is van een feitelijke realiteit (*practical reality*). Het is aan de nationale autoriteiten om te beoordelen of en wanneer hiervan in de omstandigheden van het specifieke geval sprake is. Het hoeft naar het oordeel van het Hof niet per definitie om erkenning van de buitenlandse geboorteakte te gaan, adoptie kan ook een geschikte route zijn, hetgeen afhangt van de individuele omstandigheden van ieder geval. Wel is van belang dat de effecten gelijk zijn aan die van registratie van een geboorteakte. Het gaat erom dat er een effectief mechanisme bestaat om de relatie te erkennen. Dat kan adoptie zijn, mits de voorwaarden passend zijn en de procedure een snelle beslissing kent, zodat het kind niet gedurende lange tijd in onzekerheid verkeert. Het is evident dat de toetsing door de rechter ook het belang van het kind in de omstandigheden van dat geval behoort vast te stellen. Voor de vraag of de Franse

adoptieprocedure in dit opzicht voldoet, is volgens het Hof relevant dat die beperkt is tot gehuwde wensouders en dat er nog steeds sprake is van onzekerheid, bijvoorbeeld inzake de voorwaarde van toestemming van de draagmoeder. Het is echter aan de nationale Franse rechter om hier een oordeel over te geven, waarbij het Hof wel expliciteert dat hij hierbij rekening moet houden met de ten tijde van aanhangige adoptieprocedures kwetsbare positie van kinderen.

8. Opvallend is dat de argumentatie die in *Mennesson/Frankrijk* en *Labassee/Frankrijk* is gebruikt ten opzichte van de biologische vader, waarbij het Hof constateert dat het privéleven van de kinderen is geschonden door de Franse staat, hier eigenlijk niet kan werken, omdat de wensmoeder niet een biologische ouder is. Wel oordeelt het Hof dat er in beide gevallen negatieve gevolgen zijn voor het recht op privéleven van de kinderen door de ondermijning van hun identiteit in de Franse samenleving met betrekking tot nationaliteit en erfrecht. Waar in *Mennesson I* het biologisch ouderschap cruciaal is, kan dit in *Mennesson II* geen argument zijn. Daarom heeft het Hof nieuwe argumenten nodig om het belang van de kinderen bij de juridische erkenning van de ouder-kindband met de wensmoeder aannemelijk te maken. Die vindt het Hof in de juridische identificatie met de volwassenen die voor hen zorgen en verantwoordelijk zijn voor hun welzijn en het belang bij het kunnen opgroeien in een stabiele omgeving. Opvallend is dat de identiteit van de kinderen ook in deze zaak een grote rol speelt, ondanks dat de moeder geen biologische ouder is.

9. Wat betekent dit nu? Geeft deze beslissing nu voldoende richting, het doel van het stellen van een prejudiciële vraag? Duidelijk is in ieder geval dat in deze specifieke context de absolute onmogelijkheid om een ouder-kindband te vestigen een schending van artikel 8 EVRM oplevert. Hoeveel ruimte lidstaten hebben om binnen een adoptieprocedure te komen tot het oordeel dat die band met de wensmoeder niet wordt vastgesteld, is niet helder. De argumenten die het Hof gebruikt lijken erop te wijzen dat die ruimte zeer beperkt is. Zou een uitkomst kunnen zijn dat de juridische band met de moeder niet tot stand komt, omdat na een afweging van alle belangen de Franse rechter tot het oordeel komt dat het niet in het belang van het kind is? Bijvoorbeeld omdat de tweeling geen toegang tot hun afstammingsgegevens heeft, nu zij via anonieme eiceldonatie tot stand gekomen zijn? Dit is een recht dat in andere procedures wel veel gewicht krijgt, maar hier kennelijk slechts zijdelings relevant is. Het Hof lijkt weinig ruimte te bieden om tot een ontkennende beantwoording van deze vraag te komen. Door de (te) sterke nadruk op het nog verder dan identiteit strekkende belang van de kinderen bij wie ze opgroeien en wie verantwoordelijk voor hen is en door veel gewicht toe te kennen aan de juridische (aan) afstamming (vergelijkbare band) met de niet-biologische ouder lijkt er weinig ruimte om tot een andere conclusie te komen.

En welke ruimte is er voor de nationale rechter als blijkt dat sprake is geweest van uitbuiting

van de draagmoeder die bij nader inzien haar toestemming voor afstand van het kind wenst in te trekken? Hoe verhouden haar mensenrechten zich (als het al niet familielevens is, wat na negen maanden zwangerschap voor de hand lijkt te liggen, dan toch zeker privélevens) tot de rechten van de wensouders? En hoe moeten de belangen van de kinderen dan gezien worden (die zijn immers 'paramount')?

10. Het lijkt erop neer te komen dat, als in ieder geval één wensouder biologisch ouder is, alles wat zich in het draagmoederschapland heeft voorgedaan, niet relevant is, want het belang van de kinderen nu is doorslaggevend, als er maar een akte ligt waarop de wensouders als juridisch ouders zijn aangemerkt en de kinderen in het gezin van de wensouders opgroeien. Dat zou effectief met zich meebrengen dat nationaal beleid tegen dit soort constructies geen stand houdt, omdat het eindresultaat is dat de banden gevestigd in het buitenland links- of rechtsom erkend/gevestigd moeten worden. Dat leidt tot een groot spanningsveld tussen het behartigen van publieke en individuele belangen. Doordat een mensenrechtenhof per definitie moet oordelen in individuele zaken over het belang van een individueel kind, weegt het belang van dat individu zwaar. Het publieke belang, waarmee de belangen van de groep (toekomstige) kinderen (en draagmoeders) behartigd zouden kunnen worden, delft hier regelmatig het onderspit, net zoals in deze zaak. Anders geformuleerd: ook al weten we dat er een wereldwijde afzetmarkt is, waarin uitbuiting en onderdrukking voorkomen, en ook al ondervinden draagmoeders, donoren en kinderen daarvan de nadelen, uiteindelijk mogen de kinderen die onder de bescherming van het EVRM vallen, hier niet het kind van de rekening van worden. Daar valt heel wat voor te zeggen, maar dat betekent wel dat we de globale handelsmarkt waarin het nodige mis is, in stand houden. Is dat nu de bedoeling van mensenrechten? Hoog tijd dat de Haagse Conferentie vaart maakt met de onderhandelingen over een verdrag dat draagmoederschap reguleert.

[1] Vgl. hetgeen het Hof hierover opmerkt in EHRM 26 juni 2014, 65192/11, r.o. 97 (*Mennesson/Frankrijk*) en EHRM 26 juni 2014, 65941/11, r.o. 76 (*Labassee/Frankrijk*).