

ANNOTATIE

Postuum gebruik embryo's zonder schriftelijke toestemming overleden partner.

L. ten Haaf

*Annotatie bij Rechtbank Den Haag, 28-09-2023,
ECLI:NL:RBDHA:2023:18938 (GZR-2024-0018, PS-2023-0547)*

***Commentaar bij rechtbank Den Haag 28 september 2023,
ECLI:NL:RBDHA:2023:18938.***

Feiten

1. In 2019 gaat eiseres samen met haar echtgenoot in behandeling bij Medisch Centrum Kinderwens Leiderdorp (MCK) wegens vruchtbaarheidsproblematiek. Na een geslaagde ICSI-behandeling wordt er in 2020 een dochter geboren. De overgebleven embryo's worden ingevroren en bewaard door het MCK. Begin 2021 overlijdt de echtgenoot onverwachts. Later dat jaar verzoekt eiseres het MCK om een nieuwe terugplaatsing met een van de ingevroren embryo's in de hoop een zwangerschap tot stand te brengen. Het MCK laat eiseres per brief weten dat zij haar verzoek niet kunnen honoreren, omdat dit wettelijk niet is toegestaan. Artikel 7 (in samenhang met artikel 8) van de Embryowet vereist namelijk dat geslachtscellen en embryo's vernietigd worden als de betrokken persoon is overleden, 'tenzij deze uitdrukkelijk schriftelijk toestemming heeft gegeven voor het gebruik na zijn overlijden'. Nu deze schriftelijke toestemming ontbreekt, is het MCK genoodzaakt de opgeslagen embryo's van eiseres en haar overleden partner te vernietigen.

Vordering

2. Eiseres is het niet eens met de beslissing en start een procedure om afgifte van de embryo's te vorderen, zodat zij deze bij een andere kliniek kan laten terugplaatsen. Volgens eiseres

heeft het MCK haar en haar echtgenoot niet geïnformeerd over het feit dat voor postuum gebruik van embryo's expliciete schriftelijke toestemming nodig was. Integendeel, de bewaarnemingsovereenkomst wekte de indruk dat voor het gebruik van embryo's na overlijden geen bijzondere voorwaarden waren. Door het ontbreken van deze kennis is de toestemming van haar echtgenoot niet schriftelijk vastgelegd, terwijl uit verklaring van naasten blijkt als hij op de hoogte was geweest, hij zeker zijn toestemming zou hebben gegeven.

3. Het MCK erkent dat eiseres en haar echtgenoot niet volledig zijn geïnformeerd over de reikwijdte van artikel 7 en dat de bewaarnemingsovereenkomst verwarring wekt. Desondanks kunnen zij niet meewerken aan het tot stand brengen van een nieuwe zwangerschap, nu artikel 7 Embryowet schriftelijke toestemming van de echtgenoot vereist. Aangezien andere vruchtbaarheidsklinieken ook aan deze bepaling gebonden zijn, heeft afgifte geen zin omdat geen enkele kliniek wettelijk de embryo's mag terugplaatsen. Maar totdat de rechtbank een beslissing heeft genomen zullen de opgeslagen embryo's niet vernietigd worden.

Uitspraak

4. De vraag die de rechtbank moet beantwoorden is of het gegeven dat de kliniek eiseres en haar echtgenoot onvoldoende heeft geïnformeerd, en dat uit verklaringen van naasten blijkt dat haar echtgenoot toestemming zou hebben gegeven als hij correct was geïnformeerd, voldoende is om het vereiste van schriftelijke toestemming uit artikel 7 Embryowet opzij te zetten. Hierop stelt de rechtbank eiseres in het gelijk: gezien de bijzondere omstandigheden van deze casus is de rechtbank van oordeel dat bovengenoemd artikel geen belemmering vormt om de embryo's toch over te dragen aan eiseres, zodat zij deze kan gebruiken om bij een andere kliniek een zwangerschap tot stand te brengen. De rechtbank merkt daarbij terecht op dat de afgifte van de embryo's niet gelijkstaat aan een recht op terugplaatsing van een of meerdere embryo's. Voordat de behandeling van start kan gaan, zal eerst gekeken moeten worden of eiseres voldoet aan alle voorwaarden, zoals onder meer neergelegd in het Modelreglement Embryowet van de NVOG en de beleidslijnen van de kliniek zelf.

5. Desondanks wordt er met deze uitspraak van de rechtbank sterk afgeweken van de juridische vereisten van postmortale voortplanting. Zowel in de Embryowet als in het Modelreglement Embryowet van de NVOG, waarin de regelgeving rondom postmortale voortplanting nader is uitgewerkt, wordt benadrukt dat de overleden persoon bij leven *schriftelijk* toestemming moet hebben gegeven voor het gebruik van diens geslachtscellen en embryo's. Beslissingen rondom voortplanting na overlijden raken de betrokkene immers in de meest intieme aspecten van zijn persoon en daarom is de autonomie van de overledene een van de kernprincipes die moet worden meegewogen in de vraag of postmortale voortplanting

acceptabel is. De memorie van toelichting benadrukt dan ook dat het postuum gebruik van geslachtscellen (en daarmee gecreëerde embryo's) zonder uitdrukkelijke toestemming bij leven in strijd is met de persoonlijkheidsrechten van de betrokken persoon en daarom onaanvaardbaar is. Echter, volgens het oordeel van de rechtbank kan deze schriftelijke toestemming (in bijzondere omstandigheden) vervangen worden door een gereconstrueerde toestemming op basis van verklaringen van eiseres en naasten.

MCK tekortgeschoten

6. De bijzondere omstandigheden waar de rechtbank over spreekt zijn tweeledig, en betreffen beide de autonomie en het zelfbeschikkingsrecht van de overleden persoon. Als eerste benadrukt de rechtbank, verwijzend naar de memorie van toelichting, dat beslissingen omtrent het krijgen van kinderen zeer ingrijpend zijn, en dat dit aspect van het recht op zelfbeschikking ook na de dood gerespecteerd moet worden. Beslissingen rondom de voortplanting vormen zo'n fundamenteel aspect van het zelfbeschikkingsrecht, aangezien ze in grote mate bepalen hoe iemands leven en identiteit wordt vormgegeven, waarbij permanente relaties met anderen worden gesmeed. Om die reden zijn deze beslissingen ook bepalend voor het leven van anderen, zoals de partner en het toekomstige kind en dat maakt de betrokkene ook (mede)verantwoordelijk. Gezien de fundamentele aard is het begrijpelijk dat dit aspect van het zelfbeschikkingsrecht doorwerkt na het overlijden.

7. Echter, de rechtbank stelt dat de overleden echtgenoot zijn autonomie niet goed heeft kunnen uitoefenen, nu hij niet goed geïnformeerd was. Het MCK is tekortgeschoten in haar informatieplicht door het toestemmingsvereiste niet te benoemen tijdens de voorgesprekken. Sterker nog, de bewaarnemingsovereenkomst zou eiseres en haar echtgenoot zelfs op het verkeerde been hebben gezet. De overeenkomst wekte namelijk de indruk dat er geen bijzondere obstakels zijn om, als een van de partners overlijdt, de embryo's over te dragen aan een andere kliniek. Nergens wordt daarbij vermeld dat er schriftelijke toestemming van de partner is vereist om de embryo's na diens overlijden te gebruiken.

Gereconstrueerde toestemming

8. De overleden echtgenoot heeft door de tekortkoming van de kliniek niet de mogelijkheid gehad om zijn toestemming voor het gebruik van de embryo's na zijn overlijden schriftelijk vast te leggen. Maar dat betekent op zichzelf nog niet dat toestemming kan worden aangenomen. Nu schriftelijk bewijs ontbreekt, reconstrueert de rechtbank deze toestemming via een andere weg. De schriftelijke toestemming van de overleden echtgenoot wordt als het ware vervangen door verklaringen van naasten, waaronder de gemotiveerde verklaring van eiseres dat zij en haar partner in 2022 opnieuw een poging tot terugplaatsing wilden doen. Dit

punt wordt ook bevestigd door verklaringen van de vader van de echtgenoot en vrienden, die eensgezind aangeven dat hij gezinsuitbreiding wilde. Zij zijn overtuigd dat de overleden echtgenoot toestemming zou hebben gegeven als hij had geweten dat hij dit moest doen.

9. Deze reconstructie verdient wel enkele kanttekeningen. Een eerste punt is van praktische aard. Men kan zich afvragen hoeveel verklaringen er nodig zijn en hoe eenduidig deze moeten zijn om de wil van de overleden partner te kunnen reconstrueren. Natuurlijk verdient het sympathie dat de rechtbank erkent dat degenen die dicht bij de overledenen stonden hem het beste kennen en bereid is naar hen te luisteren. Maar toch schuilt hierin het gevaar van ongelijke behandelingen. Want stel dat de overleden partner geen groot sociaal netwerk heeft? Of stel dat de overleden partner niet zijn familieplanning doornam met vrienden en familie en zij dus niet zeker weten of de overleden partner ook gezinsuitbreiding zou willen als hij of zij is overleden? De deur die de rechter hier openzet roept belangrijke vragen op die niet beantwoord worden. Ook al komt postmortale voortplanting weinig voor volgens het Modelreglement Embryowet, het is zeker niet ondenkbaar dat zich een vergelijkbare situatie voortdoet met betrekking tot de doorwerking van het zelfbeschikkingsrecht na overlijden in een andere context. Zou in die gevallen bij het ontbreken van een schriftelijke verklaring ook de wens van de overledene achteraf gereconstrueerd kunnen worden?

10. Een tweede, meer fundamentele punt betreft de aanknopingspunten waaruit de rechtbank de toestemming afleidt. Door eiseres en naasten zijn verschillende verklaringen afgegeven waaruit duidelijk volgt dat de overleden echtgenoot instemde met gezinsuitbreiding bij leven. Zo heeft eiseres gemotiveerd aangegeven dat zij en haar echtgenoot in 2022 een nieuwe terugplaatsingspoging wilden ondernemen. De vader van de overleden echtgenoot heeft verklaard dat zijn zoon plannen maakte voor gezinsuitbreiding en vrienden geven aan dat hij zeker meer dan één kind wilde. Echter, kunnen deze gezinsuitbreidingsplannen die iemand maakt bij leven ook gezien worden als toestemming voor gezinsuitbreiding onder alle omstandigheden en in het bijzonder als toestemming voor gezinsuitbreiding na overlijden? Mijns inziens gaat de rechtbank te gemakkelijk voorbij aan deze grote sprong in haar redenering.

11. De rechtbank stelt dat de overleden echtgenoot zich niet nadrukkelijk over de mogelijkheid van postmortale voortplanting heeft kunnen uitlaten, als gevolg van het tekortschieten van het MCK. Ook al volgt het niet heel duidelijk uit het arrest zelf, maar aangezien eiseres en haar echtgenoot niet geïnformeerd zijn over het schriftelijke toestemmingsvereiste, acht ik het aannemelijk dat de mogelijkheid van postmortale voortplanting überhaupt niet uitgebreid ter sprake is geweest. Is deze optie doorgenomen door beide partners en hebben zij de verschillende aspecten die een rol spelen kunnen meenemen in hun overwegingen? En als beide partners niet de mogelijkheid hebben gekregen om hier over na te denken, hoe kunnen

vrienden en familie dan op de hoogte zijn van hun ideeën en gevoelens hierover? Als de mogelijkheid van het gebruik van de embryo's na het overlijden wel degelijk was besproken, dan zou men verwachten dat dit ook explicieter in de motivering van het arrest naar voren komt. Echter, uit de verschillende verklaringen volgt alleen dat de naasten ervan overtuigd zijn dat de overleden echtgenoot zijn toestemming zou geven, omdat hij plannen voor gezinsuitbreiding bij leven maakte.

12. Juist bij postmortale voortplanting kan niet zomaar worden aangenomen dat als iemand plannen maakt bij leven, ook wil dat daaraan gevolg gegeven wordt indien hij onverwacht komt te overlijden. Deze uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht raakt immers niet alleen de persoon zelf, maar zijn keuze heeft ook een grote impact op het toekomstige kind. Door de keuze van de betrokken persoon wordt er immers een kind op de wereld gezet dat bewust een ouder onthouden wordt en waarvan het vooralsnog niet geheel duidelijk is hoe deze bijzondere situatie de belangen en de ontwikkeling van het kind beïnvloedt. Er is dus sprake van een andere situatie dan wanneer beide ouders in leven zijn, wat de keuze van de betrokken persoon kan beïnvloeden. De memorie van toelichting geeft ook geen aanleiding om aan te nemen dat op basis van plannen voor gezinsuitbreiding bij leven kan worden aangenomen dat de betrokken persoon instemt met postmortaal gebruik van zijn geslachtscellen en embryo's. Er wordt enkel gesteld dat als gezinsuitbreiding door beide partners bij leven gewenst is, aangenomen mag worden dat het kind er niet alleen komt als onderdeel van het rouwproces. Dit maakt postmortale voortplanting eerder acceptabel, omdat het kind niet slechts een middel is, maar überhaupt al gewenst was. Maar nog altijd vereist het postuum gebruik van geslachtscellen en embryo's nadrukkelijke toestemming, omdat niet alleen de persoonlijkheidsrechten van de persoon zelf, maar ook de belangen van het toekomstige kind op het spel staan – waarvoor de betrokken persoon medeverantwoordelijk is.

Conclusie

13. De zeer persoonlijke belangen die in deze casus op het spel staan wekken veel sympathie en begrip voor eiseres. Haar toekomstbeeld, dat al drastisch veranderd is door de schrijnende gebeurtenissen, dreigt nog verder op het spel te komen te staan door de tekortkoming in de informatieplicht van het MCK. Als gevolg hiervan wordt de rechtbank geconfronteerd met een complex dilemma, want hoe doet men nu het meeste recht aan de autonomie van de overleden echtgenoot? Het vereiste van schriftelijke toestemming zoals neergelegd in artikel 7 Embryowet dient er juist voor om zeggenschap te geven aan de overleden persoon van wie de geslachtscellen en de daarmee gecreëerde embryo's afkomstig zijn. Maar nu de mogelijkheid om die keuze vast te leggen de overledene ontnomen is, getuigt het dan niet juist van respect voor zijn zelfbeschikkingsrecht om te luisteren naar degenen die het dichtst bij hem stonden

en hem het beste kenden? Nu de rechtbank voor deze laatste weg kiest, is er sprake van een significante afwijking van het wettelijke vereiste. Niet alleen is de schriftelijke toestemming vervangen door de verklaringen van naasten. Ook wordt uit de gezinsuitbreidingsplannen die de echtgenoot met zijn vrouw maakte tijdens zijn leven afgeleid dat hij ook zou instemmen met postmortale voortplanting. Dit alles roept de vraag op of de door de rechtbank gereconstrueerde toestemming wel gezien kan worden als een geïnformeerde en weloverwogen toestemming. Zeker omdat in de context van voortplanting de uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht niet enkel de betrokken persoon zelf raakt, maar ook het toekomstige kind, is extra zorg geboden.

Deze annotatie is ook verschenen in Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2024, aflevering 2, p. 172-181.