

Beperkingen aan draagmoederschap getoetst aan Europees recht

Onderzoek in opdracht van de
Staatscommissie Herijking Ouderschap



Universiteit Leiden

Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor Publiekrecht,
Europa Instituut
Dr. N.R. Koffeman LL.M

18 maart 2016

1. Inleiding en onderzoeksvragen

In april 2015 is de Staatscommissie Herijking Ouderschap ingesteld. De Staatscommissie onderzoekt de noodzaak van en behoefte aan aanpassingen in de regeling van het ouderschap, een mogelijke regeling van het meerouderschap, meeroudergezag en het draagmoederschap.

Bij het denken over een wettelijke verruiming van de mogelijkheden voor draagmoederschap in Nederland acht de Staatscommissie Herijking Ouderschap het noodzakelijk tevens aandacht te besteden aan de vraag of de kring van personen die gebruik kunnen maken van de draagmoederschapsregeling (de wensouders) al dan niet beperkt zou kunnen en moeten worden. Anders gezegd: Kan een Nederlandse wettelijke draagmoederschapsregeling een 'scope rule' bevatten (een beperking van het internationale geldingsbereik van de draagmoederschapsregeling) en zo ja, hoe zou deze kunnen luiden? Een verwante vraag is welke vereisten op basis van het Europees recht kunnen worden gesteld aan het gebruik van zaadcellen, eicellen en embryo's uit het buitenland.

Bij het denken over ouderschap na draagmoederschap staat de Staatscommissie bovendien voor de vraag hoe de positie van de genetisch verwante draagmoeder zich verhoudt tot de positie van de (mogelijk eveneens genetisch verwante) wensouder(s) onder art. 8 EVRM (het recht op respect voor familie- en gezinsleven en het recht op respect voor privéleven).

De Staatscommissie Herijking Ouderschap heeft dr. N.R. Koffeman LL.M, universitair docent bij het Europa Instituut van Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, gevraagd over deze vragen te adviseren. De Commissie heeft de nader uit te werken onderzoeksvragen als volgt geformuleerd:

1. Indien de Staatscommissie zou willen adviseren tot een uitbreiding van de mogelijkheden voor draagmoederschap binnen het Nederlandse afstammingsrecht, welke mogelijkheden bestaan er dan op basis van het Europees recht om de toegang tot een dergelijke regeling te beperken tot wensouders die de Nederlandse nationaliteit hebben en/of die in Nederland hun woonplaats of gewone verblijfplaats hebben (voor een bepaalde duur)? Concreet: kan de draagmoederschapsregeling worden beperkt tot (i) Nederlandse wensouders (die in Nederland of in het buitenland hun woonplaats hebben), of (ii) buitenlandse wensouders die (sedert een bepaalde duur) in Nederland hun woonplaats hebben?
2. Welke vereisten kunnen op basis van het Europees recht worden gesteld aan de buitenlandse draagmoeder die in Nederland haar draagmoederschapsdiensten komt aanbieden? Kan de Nederlandse draagmoederschapsregeling eisen stellen aan de nationaliteit en de woonplaats van de draagmoeder? Welke mogelijkheden c.q. beperkingen stelt het Unierecht in dit verband?
3. Welke vereisten kunnen op basis van het Europees recht worden gesteld aan het gebruik van zaad- en eicellen/embryo's uit het buitenland? Kan Nederland de import van zaad- en eicellen/embryo's uit het buitenland die niet voldoen aan de

vereisten van de Embryowet in het algemeen verbieden? De Embryowet stelt strenge eisen; voorstelbaar is dat de eisen uit de Embryowet worden gerekend tot de Nederlandse openbare orde. Kan Nederland vereisen dat geïmporteerde zaad- en eicellen/embryo's worden ge(her)registreerd in Nederland, waardoor afstammingsgegevens binnen Nederland te achterhalen zijn? Kan Nederland vereisen dat in een Nederlands draagmoederschapstraject gebruik wordt gemaakt van embryo's uit het buitenland die voldoen aan de vereisten van de Embryowet?

4. Hoe verhoudt de positie van de genetisch verwante draagmoeder zich tot de positie van de (mogelijk eveneens genetisch verwante) wensouders onder het EVRM? Stel dat een genetisch verwante draagmoeder zich terugtrekt uit een overeenkomst, is het dan op basis van artikel 8 EVRM toelaatbaar dat het ouderschap niet automatisch bij haar komt te liggen? En onder welke voorwaarden zou dat dan kunnen? En zou dan – al dan niet na rechterlijke tussenkomst – het kind dus bij haar kunnen worden weggehaald en bij de wensouders kunnen worden geplaatst? Indien bij de totstandkoming van de draagmoederschapsovereenkomst – en dus vóór de zwangerschap – een rechterlijke toets heeft plaatsgevonden, is het dan noodzakelijk om in alle gevallen de rechter nog een rol te geven bij de overdracht van het kind aan de wensouders na de geboorte. Biedt de rechterlijke toets ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst reeds voldoende waarborg voor bescherming van alle betrokken belangen? Kan, met andere woorden, het contract leidend zijn indien de draagmoeder zich na het sluiten van de overeenkomst bedenkt? Of moet in alle gevallen ook de overdracht van het kind aan de wensouders door de rechter worden getoetst?

Dit rapport¹ bespreekt de voorgelegde onderzoeksvragen per vragenstel: paragraaf 3 bespreekt de eerste twee vragen over de scope regel; paragraaf 4 behandelt de vragen over het gebruik van buitenlandse zaadcellen, eicellen en embryo's en paragraaf 5 tot slot, gaat in op de positie van draagmoeders en wensouders onder art. 8 EVRM. Ter achtergrond en ter inleiding op die bespreking wordt in paragraaf 2 eerst het toepasselijke Europeesrechtelijk kader geschetst.

In dit rapport worden geen definitieve antwoorden gegeven op de gestelde vragen. Het betreffen zeer nieuwe vragen en vanwege de gevoeligheid van de materie is niet met zekerheid te zeggen hoe de toepassing van Europees recht op de voorliggende vragen uitwerkt. Dit rapport beoogt aan te geven waar mogelijke problemen en gevaren zitten en zo veel mogelijk handreikingen te bieden en waar mogelijk oplossingen aan te dragen.

2. Europeesrechtelijk kader

De Europese Unie (EU) heeft geen bevoegdheden op het gebied van familierecht als zodanig en zodoende ook niet op het terrein van draagmoederschap. Zoals bevestigd door de Europese Commissie in 2011:

¹ De auteur is haar collega mr. dr. A. Cuyvers (Universiteit Leiden) erkentelijk voor zijn waardevolle adviezen bij de totstandkoming van dit rapport. De gebruikelijke disclaimer is van toepassing.

'Het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verlenen de Europese Unie geen bevoegdheid om wetgeving aan te nemen ten behoeve van de harmonisatie van de nationale wetgevingen inzake reproductiemethoden met behulp van draagmoeders. Het is daarom aan de afzonderlijke lidstaten om dit vraagstuk te reguleren in het licht van hun sociale en culturele tradities.'²

De EU kan wel maatregelen vaststellen 'betreffende het familierecht met grensoverschrijdende gevolgen',³ maar geen van de rechtsinstrumenten die op grond van deze bevoegdheid tot stand zijn gekomen,⁴ is rechtstreeks relevant voor het afstammingsrecht dat in de eerste en tweede vragensets aan de orde is.

Dit neemt niet weg dat de eerste twee vragensets aan het Unierecht kunnen worden getoetst. EU-lidstaten moeten namelijk ook bij de uitoefening van bevoegdheden die aan hen behoren, het Unierecht in acht nemen en eerbiedigen.⁵ Dit betekent bijvoorbeeld dat het familierecht van de lidstaten niet de vrij verkeersbepalingen mag schenden. De Staatscommissie heeft bij haar verzoek benadrukt dat een zogenoemde 'scope rule' – een beperking van het internationale geldingsbereik van de draagmoederschapsregeling – niet zou beogen eisen aan nationaliteit en woonplaats te stellen voor de toegang tot of het aanbieden van draagmoederschapsdiensten als zodanig. Deze eisen zouden slechts gelden ten aanzien van de toepasselijkheid van de Nederlandse afstammingsrechtelijke regeling in een draagmoederschapssituatie. EU-onderdanen zouden (als wensouders of draagmoeder) dus wél in Nederland en in een Nederlands ziekenhuis een draagmoederschapsregeling aan kunnen gaan, maar in dat geval zou niet het Nederlands afstammingsrecht van toepassing zijn. De afstammingsrechtelijke gevolgen zouden in dergelijke situaties door het recht van een andere – op grond van de omstandigheden van het geval nader te bepalen – (lid-)staat geregeld moeten worden. Zoals nader onderbouwd in para. 3, stelt onderhavig rapport dat niettemin niet kan worden uitgesloten dat ook dergelijke in het afstammingsrecht gestelde eisen aan nationaliteit en woonplaats van de wensouders en/of de draagmoeder beperkingen vormen van het in het EU-recht beschermde vrije dienstenverkeer.⁶ Paragraaf 3 geeft dan ook handreikingen bij de beoordeling van de vraag of een dergelijke beperking gerechtvaardigd zou kunnen.

Ten aanzien van de derde vragenset over eisen aan import en gebruik van geslachtscellen en embryo's, is van belang dat de Europese wetgever op grond van art.

² Antwoord van de Europese Commissie van 10 maart 2011, op schriftelijke vraag nr. 42 aan de Commissie door Ivo Belet (PPE) van 21 februari 2011, H-000096/2011, online beschikbaar op: <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20110310&secondRef=ANN-01&language=EN&detail=H-2011-000096&query=QUESTION>, geraadpleegd op 1 december 2015.

³ Art. 81 lid 3 VWEU.

⁴ Verordening (EG) Nr. 2201/2003 (*Pb* EU L 338 (23.12.2003) p. 1) bijvoorbeeld, bevat bevoegdheidsregels met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid en bepaalt dat gerechten de beslissingen van gerechten van een andere lidstaat betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid moeten erkennen. De Verordening is echter 'niet van toepassing op de vaststelling van familierechtelijke betrekkingen', aldus Overweging 10 van de Preambule bij deze Verordening.

⁵ Bijv. Zaak C-267/06 *Maruko*, para. 59; Zaak C-372/04 *Watts*, r.o. 92; Zaak C-444/05 *Stamatelaki*, r.o. 23 en Zaak C-157/99 *Geraets-Smits en Peerbooms*, r.o. 44-46.

⁶ Art. 56 VWEU e.v.

168 lid sub a VWEU maatregelen aan kan nemen 'waarbij hoge kwaliteits- en veiligheidseisen worden gesteld aan organen en stoffen van menselijke oorsprong, bloed en bloeiderivaten'. Zoals nader besproken in paragraaf 4, is op de derde vragenset een Richtlijn (Richtlijn 2004/23/EG) van toepassing die deze bepaling als rechtsbasis heeft.⁷ Indien zogenoemd secundair recht voorziet in harmonisatie van maatregelen ter bescherming van een algemeen belang, dan vormt dat specifieke instrument het kader waarbinnen de beschermende maatregelen moeten worden getroffen.⁸ De analyse onder 4 zal dan ook aanvangen met de relevante bepalingen van deze Richtlijn. Omdat de Richtlijn echter, zoals nader uitgelegd in para. 4.1, op dit terrein veel ruimte laat aan lidstaten, worden de voorgestelde importverboden en registratie-eisen vervolgens ook getoetst aan de vrij verkeersregels zoals vastgelegd in het Verdrag (para. 4.2.2).

De vierde en laatste vragenset ziet op art 8 EVRM (het recht op respect voor familie- en gezinsleven en het recht op respect voor privéleven.). Para. 2.2 voorziet in een inleiding op dit artikel. Para. 2.2.1 bepreekt in het bijzonder de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in zaken over vrouwen die nadat zij hun kind ter adoptie hadden afgestaan hun toestemming daarvoor wensten te herroepen, terwijl para. 2.2.2 de EHRM-rechtspraak in zaken over internationaal draagmoederschap uiteenzet. Para. 5 analyseert vervolgens welke handreikingen de EHRM-rechtspraak onder art. 8 EVRM geeft voor de situatie waarin een genetisch verwante draagmoeder zich terugtrekt uit de draagmoederschapsovereenkomst.

2.1 Korte inleiding op de vrij verkeersregels

Het EU-recht beschermt het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal binnen de Europese Unie. In beginsel zijn alle nationale maatregelen die de handel tussen de lidstaten belemmeren verboden, tenzij zij kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van een rechtmatig belang.

Bij de beoordeling of een nationale maatregel strijdig is met de EU vrij verkeersregels moet allereerst worden onderzocht of er een vrij verkeersbepaling van toepassing is. Bij de eerste twee vragensets is de relevante vraag of draagmoederschap een dienst vormt in de zin van art. 57 VWEU. Deze vraag is nader uitgewerkt in para. 3.1. Bij de derde vragenset is de relevante vraag of op de import van geslachtscellen en embryo's het vrij verkeer van goederen, of in ieder geval het vrij verkeer van diensten van toepassing is.

Indien een situatie inderdaad binnen de reikwijdte van een vrij verkeersbepaling komt, moet vervolgens onderzocht worden of er sprake van een beperking van deze vrijheid. Ten aanzien van de zgn. scope regel uit de eerste twee vragensets is de relevante vraag of de in het afstammingsrecht te stellen eisen aan nationaliteit en woonplaats van wensouders en draagmoeders, beperkingen van het dienstenverkeer vormen (paras. 3.2.1 en 3.3.1). Bij de vragen over import en gebruik van geslachtscellen en embryo's is de vraag of de eisen van (her)registratie een beperking vormen van het goederenverkeer, dan wel het dienstenverkeer (para. 4.2.2).

⁷ Toentertijd art. 152 lid 4 onder a EG-Verdrag.

⁸ Zaak 5/77 *Tedeschi*, r.o. 35.

Beperkingen van de vrij verkeersrechten zijn enkel toelaatbaar indien zij kunnen worden gerechtvaardigd. Daartoe moet een rechtvaardigingsgrond van toepassing zijn en moet de maatregel proportioneel zijn, hetgeen betekent dat de maatregel geschikt en noodzakelijk moet zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken (zie uitgebreider para. 3.3.2). Bovendien moeten alle beperkingen verenigbaar zijn met grondrechten,⁹ zoals neergelegd in onder meer het EVRM en EU Grondrechtenhandvest.¹⁰ Bij deze toets moet dus ook worden gekeken naar de minimumstandaarden die in de EHRM-rechtspraak zijn vastgesteld, en naar het EU-Grondrechtenhandvest, dat ruimere bescherming van mensenrechten kan bieden dan het minimumniveau van het EVRM.¹¹

2.2 Inleiding op art. 8 EVRM

Art. 8 EVRM beschermt het recht op respect voor familie- en gezinsleven ('the right to respect for family life') en het recht op respect voor privéleven. Dit zijn geen absolute rechten; op grond van het tweede lid van deze bepaling kan een inbreuk op deze rechten gerechtvaardigd worden, indien deze inbreuk voorzien is bij wet, een gerechtvaardigd doel dient¹² en bovendien noodzakelijk is in een democratische samenleving ter verwezenlijking van dat doel. Staten hebben zich op grond van art. 8 EVRM niet alleen te onthouden van ongerechtvaardigde inmengingen met het recht op respect voor familie- en gezinsleven en het recht op respect voor privéleven (zgn. negatieve verplichtingen), zij moeten ook actief optreden om bescherming van deze rechten te verzekeren (zgn. positieve verplichtingen). Er is geen scherpe scheiding tussen negatieve en positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM; in beide gevallen is de relevante toets of een eerlijke afweging ('a fair balance') is gemaakt tussen de betrokken individuele belangen en het algemeen belang.¹³

Of sprake is van 'familieleven' of 'gezinsleven' ('family life') in de zin van art. 8 EVRM is een feitelijke vraag. Bepalend is het bestaan van nauwe persoonlijke banden.¹⁴ Dat betekent dat bescherming van het recht op respect voor familie- en gezinsleven tussen ouders en kind niet is voorbehouden aan de genetische (biologische)¹⁵ ouders van een kind. Ook in geval iemand, al is het maar voor relatief korte periode, als ouder heeft opgetreden, kan dit voldoende zijn om familie- en gezinsleven tussen deze persoon en het kind aan te nemen.¹⁶ Tegelijkertijd is genetische verwantschap tussen een ouder en een kind niet noodzakelijkerwijs voldoende om de bescherming van het recht op respect voor familie- en gezinsleven van art. 8 EVRM te genieten.¹⁷ Er moeten 'bijkomende

⁹ Bijv. Zaak C-368/95 *Familiapress*, r.o. 24.

¹⁰ Het EVRM geldt binnen het EU-recht als algemeen beginsel van Unierecht. Art 6 lid 3 VEU.

¹¹ Art 52 lid 3 EU Grondrechtenhandvest.

¹² Art. 8 lid 2 EVRM bevat een limitatieve opsomming van de mogelijk aan te voeren rechtvaardigingsgronden.

¹³ EHRM 6 december 2007, *Maumousseau and Washington t. Frankrijk*, nr. 39388/05, r.o. 62, zoals naar verwezen in EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 80.

¹⁴ EHRM 13 december 2007, *Emonet a.o. t. Zwitserland*, nr. 39051/03, r.o. 33, onder verwijzing naar EHRM 13 juni 1979 [GK], *Marckx t. België*, nr. 6833/74, r.o. 31 en EHRM 12 juli 2001 [GK], *K. en T. t. Finland*, nr. 25702/94, r.o. 150.

¹⁵ Om redenen van consistentie gebruikt dit rapport ten aanzien van beide genetisch verwante ouders (moeder en vader) de term 'genetisch'.

¹⁶ EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 69. Zie daarentegen ook EHRM 14 januari 2016, *Mandet t. Frankrijk*, nr. 30955/12.

¹⁷ EHRM 5 juni 2014, *I.S. t. Duitsland*, nr. 31021/08, r.o. 69.

omstandigheden' worden aangevoerd 'waaruit de nodige bestendigheid en inhoud van de relatie moet blijken'.¹⁸

Bij uitzondering kan ook voorgenomen ('intended') gezinsleven van een genetisch ouder binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM vallen.¹⁹ Dit kan bijvoorbeeld spelen in geval de relatie tussen de genetisch ouders verboden is op het moment dat het kind geboren wordt en de moeder verhindert dat de vader nauwe persoonlijke banden met het kind kan opbouwen. Bij de beoordeling van de vraag of er in zo'n geval sprake is van voorgenomen gezinsleven wordt meegewogen of de genetische vader zowel voor als na de geboorte van het kind aantoonbaar interesse in en betrokkenheid bij het kind heeft getoond. Tevens weegt mee wat de aard is van de relatie tussen beide genetische ouders²⁰ en of de genetische vader verweten kan worden dat nog geen gezinsleven tot stand is gekomen.²¹ Voorgenomen ouderschap gaat niet zo ver dat het ook recht om ouder te worden omvat: artikel 8 EVRM beschermt uitdrukkelijk niet een recht om een gezin te stichten of een recht om een kind te adopteren.²²

Indien sprake is van gezinsleven tussen (een) ouder(s) en een kind, dan heeft de Staat de plicht te handelen op een wijze die het mogelijk maakt de band tussen ouder(s) en kind te ontwikkelen en moet worden voorzien in wettelijke waarborgen die de opname van het kind in zijn familie mogelijk maken, vanaf de geboorte of zo snel mogelijk daarna.²³ Een wezenlijk aspect van gezinsleven tussen ouder en kind is dat zij kunnen genieten van elkaars gezelschap.²⁴ Besluitvorming over de toekenning van ouderlijk gezag moet door de autoriteiten met urgentie behandeld worden, omdat het verstrijken van de tijd

¹⁸ C. Forder, 'Commentaar op art. 8 EVRM, par. C.1.1.1.2', in: *Sdu Commentaar EVRM Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015. Ten aanzien van genetische (biologische) vaders legt Forder dit als volgt uit: 'Praktisch gezien vallen deze [bijkomende omstandigheden] uiteen in drie groepen: omstandigheden vóór, na en een combinatie, deels vóór en deels na de geboorte. Vóór de geboorte is vereist dat de man een relatie met de moeder heeft gehad die in voldoende mate met een huwelijk op een lijn valt te stellen. [...] Na de geboorte geldt dat feitelijke contacten met het kind de aanwezigheid van familie- en gezinsleven aannemelijk kunnen maken. Samenleving met het kind, het leveren van een financiële bijdrage, verzorging en omgang zijn allemaal geschikt om te laten zien dat de band voldoende nauw is om gezinsleven aan te kunnen nemen. [...] Ook een combinatie van omstandigheden van vóór en na de geboorte kunnen in onderling verband en samenhang beschouwd familie- en gezinsleven aannemelijk maken. [...] Het Hof hecht eraan dat de biologische vader juridische stappen heeft genomen, door bijvoorbeeld een procedure te beginnen die gericht is op erkenning.' Forder verwijst daarbij naar EHRM 26 mei 1994, *Keegan t. Ierland*, nr. 16969/90, r.o. 45; EHRM 18 mei 2006, *L. t. Nederland en Rózański t. Polen*, nr. 55339/00, r.o. 64; EHRM 13 januari 2004, *Haas t. Nederland*, nr. 36983/97, r.o. 42 en EHRM 24 februari 1995, *McMichael t. het VK*, nr. 16424/90, r.o. 90.

¹⁹ Bijv. EHRM 21 december 2010, *Anayo t. Duitsland*, nr. 20578/07, r.o. 57

²⁰ EHRM 19 juni 2003 (ontv. besl.), *Christian Nekvedavicius t. Duitsland*, nr. 46165/99 en EHRM 29 juni 1999 (ontv. besl.), *Nylund t. Finland*, nr. 27110/95.

²¹ EHRM 15 september 2011, *Schneider t. Duitsland*, nr. 17080/07, r.o. 84.

²² EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 67, onder verwijzing naar EHRM 22 januari 2008 [GK], *E.B. t. Frankrijk*, nr. 43546/02, r.o. 41 en EHRM 13 juni 1979 [GK], *Marckx t. België*, nr. 6833/74, r.o. 31. Ten aanzien van adoptie heeft het Hof meermaals benadrukt dat adoptie betekent dat een kind van een gezin wordt voorzien niet andersom. EHRM 22 juni, *Pini e.a. t. Roemenië*, nrs. 78028/01 en 78030/01, r.o. 156, onder verwijzing naar EHRM 26 februari 2002, *Fretté t. Frankrijk*, nr. 36515/97, r.o. 42.

²³ EHRM 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t. Nederland*, nr. 18535/91, para. 32, onder verwijzing naar, *mutatis mutandis*, EHRM 26 mei 1994, *Keegan t. Ierland*, nr. 16969/90, r.o. 50. Zie ook EHRM 13 juni 1979 [GK], *Marckx t. België*, nr. 6833/74, r.o. 31. Forder omschrijft deze plicht van de Staat als een 'recht op vestiging van familierechtelijke betrekkingen' van moeder en kind. Forder 2015, *supra* n. 19, para. C.1.2.2.1.

²⁴ EHRM 8 januari 2013, *A.K. en L. t. Kroatië*, nr. 37956/11, r.o. 51-52.

in dergelijke zaken onherstelbare gevolgen kan hebben voor de relatie tussen een kind en de ouder(s) met wie het kind niet samenleeft.²⁵

Verwijdering van een kind uit zijn gezinssituatie tegen de wens van de ouder(s) acht het EHRM een uiterste maatregel. Het is volgens het Hof in beginsel in het belang van het kind om de banden met zijn genetische ouders te behouden, tenzij zeer zwaarwegende redenen het doorbreken van die banden rechtvaardigen.²⁶ Verwijdering van een kind uit een gezinssetting is een zeer ingrijpende maatregel, die alleen mag worden genomen bij gebrek aan alternatieven en alleen indien deze noodzakelijk is om een kind te beschermen tegen een onmiddellijk gevaar. De daarvoor in de rechtspraak gestelde drempel is, aldus het Hof zelf, zeer hoog.²⁷ Zaken waarin het Hof accepteerde dat deze drempel was gehaald, betroffen bijvoorbeeld situaties van mishandeling, misbruik of een drugsverslaving van de ouders.²⁸ Hoewel Staten bij het maken van afwegingen over uithuisplaatsing van een kind in beginsel enige beoordelingsruimte ('margin of appreciation') genieten, moet de maatregel wel door omstandigheden gerechtvaardigd worden. De Staat moet zorgvuldig onderzoeken wat de gevolgen zijn van de maatregel voor ouder(s) en kind, alsmede de alternatieven onderzoeken, alvorens zo'n maatregel te effectueren.²⁹

In gevallen waarin geen 'gezinsleven' kan worden aangenomen, is vaak nog wel het recht op respect voor privéleven van art. 8 EVRM van toepassing. Het recht op respect voor privéleven omvat een groot aantal deelaspecten, zoals het recht op respect voor de beslissing wel of geen genetisch ouder te worden³⁰ en het recht op het vaststellen van de persoonlijke identiteit, inclusief de afstamming.³¹ Volgens het EHRM betreft de ouder-kind relatie (of genetisch ouderschap) een wezenlijk aspect van de identiteit van ieder individu.³² Dit betekent onder meer dat procedures gericht op de vaststelling of aantasting van vaderschap volgens het EHRM betrekking hebben op het privéleven van de man in de zin van art. 8 EVRM, meer in het bijzonder op zijn recht op persoonlijke identiteit.³³

²⁵ EHRM 25 januari 2000, *Ignaccolo-Zenide t. Roemenië*, nr. 31679/96, r.o. 102

²⁶ EHRM 8 januari 2013, *A.K. en L. t. Kroatië*, nr. 37956/11, r.o. 49.

²⁷ EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 80, onder verwijzing naar EHRM 13 juli 2000 [GK], *Scozzari en Giunta t. Italië*, nrs. 39221/98 en 41963/98, r.o. 148; EHRM 6 juli 2010 [GK], *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, r.o. 136; EHRM 13 maart 2012, *Y.C. t. het VK*, nr. 4547/10, r.o. 133-138 en EHRM 10 april 2012, *Pontes t. Portugal*, nr. 19554/09, r.o. 74-80. Zie ook EHRM 19 september 2000, *Gnahoré t. Frankrijk*, 40031/98, r.o. 59 en EHRM 26 februari 2004, *Görgülü t. Duitsland*, nr. 74969/01, r.o. 48.

²⁸ Zie EHRM 21 januari 2014, *Zhou t. Italië*, nr. 33773/11, r.o. 56, en de daar aangehaalde rechtspraak. Zie ook EHRM 28 oktober 2010, *Aune t. Noorwegen*, nr. 52502/07.

²⁹ EHRM 21 januari 2014, *Zhou t. Italië*, nr. 33773/11, r.o. 55-56, onder verwijzing naar EHRM 12 juli 2001 [GK], *K. en T. t. Finland*, nr. 25702/94, r.o. 166, en EHRM 26 februari 2002, *Kutzner t. Duitsland*, nr. 46544/99, r.o. 67.

³⁰ Bijv. EHRM 4 december 2007 [GK], *Dickson t. het VK*, nr. 44362/04, r.o. 78.

³¹ Bijv. EHRM 4 september 2002, *Mikulic t. Kroatië*, nr. 53176/99.

³² EHRM 26 juni 2014, *Menesson t. Frankrijk*, nr. 65192/11, r.o. 96 en 100. Dat was voor het Hof dan ook reden om de *margin of appreciation* in deze zaak te beperken, ondanks het feit dat er over draagmoederschap geen Europese consensus bestond (r.o. 80).

³³ Bijv. EHRM 28 november 1984, *Rasmussen t. Denemarken*, nr. 8777/79, r.o. 33; EHRM 22 maart 2012, *Ahrens t. Duitsland*, nr. 45071/09, r.o. 60 en EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 70.

Het kind heeft op grond van het recht op respect voor privéleven van art. 8 EVRM een recht om de juridische verhouding tot zijn genetische ouders vast te stellen.³⁴ Volgens het Hof zijn geboorte en de omstandigheden waaronder een kind wordt geboren onderdeel van het privéleven van het kind.³⁵ Voor personen die na hun geboorte anoniem ter adoptie zijn afgestaan is vaststelling van de 'biologische waarheid'³⁶ dan ook van wezenlijk belang voor de persoonlijke ontwikkeling.³⁷ Het recht op kennis van de genetische afstamming is echter niet absoluut; de rechten van het kind moeten worden afgewogen tegen het algemeen belang en de belangen van de betrokken ouders.³⁸ Het Hof laat Staten een beoordelingsruimte bij het maken van die afweging,³⁹ maar wetgeving die geen enkele ruimte laat voor een belangenafweging, waardoor het voor een anoniem ter adoptie afgestaan kind absoluut en definitief onmogelijk is om gegevens over zijn afkomst te achterhalen, overschrijdt die beoordelingsruimte en levert een schending van artikel 8 EVRM op.⁴⁰

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM moet in alle besluitvorming aangaande kinderen het belang van het kind de meest zwaarwegende overweging ('the primary consideration') zijn.⁴¹ De belangen van het kind kunnen dus, afhankelijk van hun aard en gewicht, boven de belangen van de ouders worden gesteld.⁴² Volgens het EHRM is het belang van het kind tweeledig. Het schrijft ten eerste voor dat de banden van een kind met zijn gezin in stand moeten worden gehouden, behalve wanneer het gezin bijzonder ongeschikt is gebleken. Dit betekent ook dat een gezinsverband alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden mag worden verbroken en dat alles moet worden gedaan om persoonlijke relaties te behouden en, waar aangewezen, om het gezin te 'herstellen'. Aan de andere kant is het evident ook in het belang van het kind dat mogelijk wordt gemaakt dat het in een gezonde en veilige leefomgeving op kan groeien. Een ouder kan dan ook niet op grond van art. 8 EVRM aanspraak maken op maatregelen die de ontwikkeling en de gezondheid van het kind zouden schaden.⁴³

³⁴ EHRM 7 februari 2002, *Mikulic t. Kroatië*, nr. 53176/99.

³⁵ EHRM 13 februari 2003 [GK], *Odièvre t. Frankrijk*, nr. 42326/98.

³⁶ Vgl. EHRM 7 februari 2002, *Mikulic t. Kroatië*, nr. 53176/99, r.o. 55.

³⁷ EHRM 13 februari 2003 [GK], *Odièvre t. Frankrijk*, nr. 42326/98.

³⁸ Bijv. EHRM 28 november 1984, nr. 8777/79, *Rasmussen t. Denemarken*, par. 33; *Yildirim t. Oostenrijk*, EHRM (ontv.) 19 oktober 1999, nr. 34308/96; en EHRM 24 november 2005, *Shofman t. Rusland*, nr. 74826/01, r.o. 44.

³⁹ EHRM 13 februari 2003 [GK], *Odièvre t. Frankrijk*, nr. 42326/98.

⁴⁰ EHRM 25 september 2012, *Godelli t. Italië*, nr. 33783/09. Zie uitgebreider N.R. Koffeman, *Morally sensitive issues and cross-border movement in the EU. The cases of reproductive matters and legal recognition of same-sex relationships*, Cambridge: Intersentia 2015, p. 23-26.

⁴¹ EHRM 10 april 2012, *Pontes t. Portugal*, nr. 19554/09, r.o. 75, onder verwijzing naar EHRM 19 september 2000, *Gnahoré t. Frankrijk*, 40031/98, r.o. 59.

⁴² EHRM 10 april 2012, *Pontes t. Portugal*, nr. 19554/09, r.o. 75-76, onder verwijzing naar EHRM 6 december *Maumousseau and Washington t. Frankrijk*, nr. 39388/05, r.o. 62; EHRM 19 september 2000, *Gnahoré t. Frankrijk*, 40031/98, r.o. 59 en EHRM 8 juli 2003 [GK], *Sahin t. Duitsland*, nr. 30943/96, r.o. 66.

⁴³ EHRM 6 juli 2010 [GK], *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland*, nr. 41615/07, r.o. 135-136, onder verwijzing naar EHRM 19 september 2000, *Gnahoré t. Frankrijk*, 40031/98, r.o. 59; EHRM 13 juli 2000 [GK], *Elsholz t. Duitsland*, nr. 25735/94, r.o. 50 en EHRM 4 april 2006, *Maršálek t. Tsjechië*, nr. 8153/04, r.o. 71.

2.2.1 EHRM-rechtspraak over herroeping van de beslissing een kind ter adoptie af te staan

Het EHRM heeft over de jaren enkele zaken beslist die waren ingesteld door vrouwen die hun kind ter adoptie hadden afgestaan en nadien hun beslissing wensten te herroepen. Omdat die situatie enige gelijkenissen vertoont met de in de vierde vragenset voorgelegde situatie, wordt deze rechtspraak hier kort besproken. In de analyse in para. 5 wordt vervolgens terugverwezen naar de hier besproken rechtspraak.

De vier relevante zaken illustreren hoe verschillend EVRM-Verdragspartijen omgaan met een situatie waarin een vrouw terug wenst te komen op haar beslissing haar genetische kind af te staan. In *Kearns t. Frankrijk* (2008)⁴⁴ achtte het EHRM in een dergelijke situatie een herroepingstermijn van twee maanden geen disproportionele inbreuk op het recht voor respect voor familie- en gezinsleven van de moeder. Het Hof merkte daarbij op dat er over dit vraagstuk geen Europese consensus bestond: sommige landen voorzagen in een herroepingstermijn, terwijl in andere landen het ter adoptie opgeven van een kind onherroepelijk was. Bovendien, in die landen waar de wetgeving in een herroepingstermijn voorzag, varieerde deze van tien dagen tot drie maanden. Het Hof hechtte ook gewicht aan het feit dat de Franse termijn beoogde het belang van het kind te dienen. Door de Franse regering aangevoerd onderzoek had aangetoond dat een kind er belang bij heeft zo snel mogelijk stabiele emotionele relaties met het nieuwe gezin te kunnen opbouwen. Volgens het Hof was een termijn van twee maanden, hoewel op het oog kort, voldoende om de moeder in de gelegenheid te stellen haar beslissing te overdenken en te heroverwegen. Bovendien was mw. Kearns 36 jaar oud op het moment dat zij de verklaring tekende waarmee zij afstand deed van haar pasgeboren kind, was zij in het proces bijgestaan door haar moeder en had zij na de geboorte van haar kind twee lange gesprekken met de bevoegde instanties gehad over de toepasselijke procedure en de gevolgen daarvan.

In een Duitse zaak, *V.S. t. Duitsland* (2007),⁴⁵ achtte het Hof zelfs het feit dat eenmaal gegeven toestemming voor het afstaan van een kind ter adoptie onder Duits recht onherroepelijk was, niet in strijd met het EVRM. Daarbij woog zwaar mee dat het Duitse recht wel voorzag in de mogelijkheid om bij de rechter om nietigverklaring van de toestemming te verzoeken. Bovendien had de nationale rechter die zich over de adoptie moest uitspreken uitvoerig onderzocht of er grond was de toestemming van de (minderjarige) moeder voor de adoptie nietig te verklaren. Daarnaast was de moeder toen zij om de adoptie vroeg gewezen op de mogelijkheid het kind tijdelijk in een pleeggezin te laten plaatsen, om zo de mogelijkheid open te houden het later weer zelf te verzorgen. Die optie had zij echter uitdrukkelijk afgewezen omdat ze het kind dat wilde besparen. Mede gelet op het ontbreken van Europese consensus ten aanzien van adoptie, concludeerde het EHRM dat de Duitse autoriteiten hun beoordelingsruimte niet hadden overschreden. Het Hof verklaarde de klacht kennelijk ongegrond.

Ook de klacht van een Duitse vrouw die nadat zij haar pasgeboren tweeling anoniem ter adoptie had afgestaan, omgang met en toegang tot informatie over de kinderen wenste, werd door het EHRM afgewezen.⁴⁶ Volgens het EHRM maakte het feit dat de nationale

⁴⁴ EHRM 10 januari 2008, *Kearns t. Frankrijk*, nr. 35991/04.

⁴⁵ EHRM 22 mei 2007 (besl.), *V.S. t. Duitsland*, nr. 4261/02.

⁴⁶ EHRM 5 juni 2014, *I.S. t. Duitsland*, nr. 31021/08.

rechter bij zijn beoordeling van haar verzoek voorrang had gegeven aan het belang van het kind om ongestoord gezinsleven met de adoptieouders op te kunnen bouwen, geen proportionele inbreuk op het recht op respect voor privéleven van de moeder. Daarbij nam het Hof mee dat verzoekster welbewust van de feitelijke en juridische gevolgen daarvan, al haar rechten ten aanzien van haar biologische kinderen had opgegeven.

In bovengenoemde drie gevallen verklaarde de moeder na uitvoerige gesprekken met de betrokken instanties het kind ter adoptie op te geven. Tevens was het kind reeds onder de zorg van de adoptieouders toen de moeder haar toestemming wenste te herroepen. Het feit dat de moeder, nadat het kind was geboren, geïnformeerde toestemming voor de adoptie had gegeven, was een zwaarwegende, zo niet bepalende, factor. Daarnaast werd door het Hof gewicht toegekend aan het feit dat de nationale rechter het in het belang van het kind had geacht om ongestoord gezinsleven op te bouwen met de adoptieouders.

In de zaak *Todorova t. Italië* (2009)⁴⁷ lag dit anders. In deze zaak had de moeder bij de geboorte van haar tweeling aangegeven de kinderen niet als de hare te erkennen en om anonimiteit verzocht. Toen drie dagen na de geboorte een spoedprocedure ter uithuisplaatsing van de tweeling werd aangevangen, had de moeder aangegeven bedenktijd nodig te hebben. Niettemin werden de kinderen drie dagen later in een tehuis geplaatst en 27 dagen na hun geboorte ter adoptie opgegeven, zonder dat de moeder was gehoord. De moeder had vervolgens tevergeefs geprobeerd bij de rechter de adoptieprocedure op te laten schorten. Het EHRM aanvaardde dat de band tussen de moeder en de tweeling binnen de reikwijdte van het recht op respect voor familie- en gezinsleven kwam, omdat zij belangstelling in de kinderen had getoond en de potentiële relatie tussen moeder en kind verder had kunnen ontwikkelen indien haar de kans was gegeven terug te komen op haar beslissing. Voorts benadrukte het EHRM dat in zaken als deze, waarin een complexe belangenafweging moest worden gemaakt, het belang van het kind voorop gesteld moest worden. Vanwege de complexe afweging, was het des te belangrijker dat werd voldaan aan de procedurele plichten die uit art. 8 EVRM volgen. Hoewel het Hof onderkende dat het in het belang van de kinderen was dat er snel duidelijkheid kwam over hun toekomst, had de gevolgde procedure, waarbij de drastische maatregel was genomen de tweeling binnen 27 dagen na hun geboorte uit huis te plaatsen zonder de moeder te horen, onvoldoende recht gedaan aan het recht op respect voor familie- en gezinsleven van de moeder. De Italiaanse autoriteiten hadden niet voldaan aan hun verplichting zeker te stellen dat de vrouw in volle wetenschap van de gevolgen van een dergelijke beslissing toestemming had gegeven om de kinderen ter adoptie op te geven. Het Hof concludeerde dan ook tot een schending van art. 8 EVRM.

2.2.2 EHRM-rechtspraak over internationaal draagmoederschap

Het EHRM heeft tot dusver vier draagmoederschapszaken beslist. Alle vier de zaken betroffen grensoverschrijdende situaties waarbij de wensouders in een ander land (in alle gevallen geen EU-lidstaat, in sommige gevallen wel een EVRM-Verdragspartij) een draagmoederschapsovereenkomst waren aangegaan. De vier zaken zagen dan ook op vragen die rijzen bij terugkomst met het kind in eigen land. De betreffende uitspraken worden hier kort besproken, waarna in paragrafen 3, 4 en 5 bij de beantwoording van

⁴⁷ EHRM 13 januari 2009, *Todorova t. Italië*, nr. 33932/06.

de door de Staatscommissie voorgelegde vragen, regelmatig naar deze uitspraken wordt verwezen.

Als gevolg van *Menesson t. Frankrijk* en *Labassee t. Frankrijk* (2014)⁴⁸ moeten Verdragspartijen ingeval (één van) de wensouder(s) genetisch ouder is of zijn van een in het buitenland bij een draagmoeder geboren kind, de in dat andere land gevestigde familiebanden tussen wensouder(s) en kind erkennen. Beide zaken betroffen Franse wensouders die in de Verenigde Staten een draagmoederschapsovereenkomst waren aangegaan. In beide gevallen was de wensvader ook de genetisch vader van het kind. De wensouders en kinderen konden wel als gezin samenwonen in Frankrijk, maar het wettelijk ouderschap van de wensouders werd onder Frans recht niet erkend omdat het geven van rechtsgevolg aan een draagmoederschapsovereenkomst in strijd met de Franse openbare orde werd geacht.

Het EHRM stelde in beide zaken vast dat de niet-erkenning van het in het buitenland gevestigde ouderschap inbreuk maakte op het recht op respect voor familie- en gezinsleven en het recht op respect voor privéleven van de wensouders en de kinderen. Het EHRM aanvaardde dat deze inbreuk voorzien was bij wet en een gerechtvaardigd doel diende, al aanvaarde het niet alle door de regering aangevoerde doelen. De Franse regering had gesteld dat de weigeringen tot inschrijving van de Amerikaanse akten in de Franse burgerlijke stand waren gebaseerd op ethische en morele overwegingen die zich ertegen verzetten dat het menselijk lichaam het voorwerp werd van handel en het kind werd gereduceerd tot voorwerp van een overeenkomst. Het EHRM ging niet mee in het door de Franse regering aangevoerde doel van het voorkomen van wanordelijkheden en strafrechtelijke feiten. Volgens het Hof had de regering niet aangetoond dat het aangaan van een draagmoederschapsovereenkomst in een ander land, waar dat legaal was, in Frankrijk een strafbaar feit opleverde. Het Hof aanvaardde wel dat Frankrijk wenste om onderdanen te ontmoedigen toevlucht te zoeken tot in het buitenland beschikbare voortplantingstechnieken die in eigen land verboden waren, teneinde de belangen van het kind en van de draagmoeder te beschermen. Daarmee werden volgens het Hof twee gerechtvaardigde doelen gediend, namelijk bescherming van de gezondheid en bescherming van de rechten van anderen. Het eerstgenoemde doel werd door het Hof niet verder toegelicht. Bij de bescherming van de rechten van anderen concentreerde het Hof zich op de rechten van het kind; het belang van bescherming van draagmoeders werd verder niet meer genoemd. De Franse regering voerde voorts aan dat erkenning van de in het buitenland tot stand gekomen familiebanden neer zou komen op het stilzwijgend toestaan dat de nationale wetgeving op dit terrein kon worden omzeild.⁴⁹ Het Hof aanvaardde dit argument als legitieme achtergrond voor de niet-erkenning, maar was van oordeel dat niettemin onderzocht moest worden of de nationale rechter een eerlijke afweging had gemaakt tussen het algemeen belang en de belangen van betrokkenen, waaronder kinderen, wier belangen voorrang genoten.

Bij zijn beoordeling van de op nationaal niveau gemaakte belangenafweging maakte het Hof onderscheid tussen het recht op respect voor gezins- en familielevens van alle klagers en het recht op respect voor privéleven van de betrokken kinderen. Het Hof vond in deze Franse zaken geen schending van het recht op respect voor familie- en

⁴⁸ EHRM 26 juni 2014, *Menesson t. Frankrijk*, nr. 65192/11 en EHRM 24 juni 2004, *Labassee t. Frankrijk*, nr. 65941/11.

⁴⁹ EHRM 26 juni 2014, *Menesson t. Frankrijk*, nr. 65192/11, r.o. 83.

gezinsleven van de ouders en/of de kinderen. Hoewel er wel sprake was van 'gezinsleven' in de zin van art. 8 EVRM was dit recht niet geschonden. De gezinnen genoten bescherming in Frankrijk op vrijwel gelijke voet met gezinnen, waarbij de kinderen ook de wettelijk erkend waren als kinderen van hun ouders. Dat zij telkens de Amerikaanse documenten vergezeld van een vertaling moesten laten zien en stuitten op onbegrip, wantrouwen en moeilijkheden als zij zich bijvoorbeeld wilden inschrijven bij sociale zekerheidsdiensten, was volgens het Hof op zichzelf onvoldoende voor het aannemen van een schending van het recht op respect voor gezinsleven.

Ten aanzien van het recht op respect voor privéleven van de kinderen stelde het Hof vast dat de niet-erkenning van het in het buitenland gevestigde ouderschap van de wensouders aanzienlijke rechtsonzekerheid voor de betrokken kinderen tot gevolg had. Ook achtte het Hof het inconsequent dat Frankrijk wél onderkende dat in een ander land een familierechtelijke band tussen wensouders en kinderen was gevestigd, maar dat het deze band in de eigen rechtsorde niet erkende. Verder verkeerden de kinderen in onzekerheid of zij de Franse nationaliteit konden verkrijgen, hetgeen volgens het Hof hun persoonlijke identiteit – zoals beschermd door artikel 8 EVRM – negatief aantastte. Het Hof zag ook een aantasting van hun identiteit in het gegeven dat hun erfrechtelijke aanspraken minder gunstig waren dan wanneer het wettelijk ouderschap van de wensouders zou worden erkend. Het Hof had als zodanig al ernstige twijfels bij de verenigbaarheid van niet-erkenning van in het buitenland gevestigde afstamming tussen wensouders en een bij een draagmoeder geboren kind, met het recht op respect voor privéleven van dat kind.⁵⁰ Aan deze redenering kwam volgens het Hof een *bijzonder gewicht* toe, nu één van de wensouder ook genetisch ouder van het kind was.⁵¹ Gelet op het belang van biologisch ouderschap als element van eenieders individuele identiteit was het volgens het Hof niet in het belang van het kind om hem of haar een wettelijk erkende familierechtelijke band van dergelijke aard te ontzeggen, wanneer de biologische realiteit van die band vaststond en ouder en kind om erkenning van die band verzochten. Gelet op de vergaande inmenging met de identiteit van de kinderen en hun recht op respect voor privéleven had Frankrijk met de weigering van erkenning van de afstamming van de kinderen van hun genetische vader zijn beoordelingsruimte overschreden. Het Hof stelde dan ook een schending vast van het recht op respect voor privéleven (art. 8 EVRM) van de betrokken kinderen.

Kort na *Mennesson* en *Labassee* volgde de ontvankelijkheidsbeslissing *D. e.a. t. België* (2014),⁵² die duidelijk maakt dat Staten onder het EVRM niet verplicht zijn om het inreizen van een in het buitenland bij een draagmoeder geboren kind te autoriseren zonder enige juridische toetsing vooraf. De wensouders in deze zaak hadden via een draagmoeder in Oekraïne een kind gekregen. Aanvankelijk konden zij het kind niet meenemen naar België. De Belgische ambassade in Oekraïne weigerde namelijk een paspoort voor het kind te verstrekken, omdat de wensouders hun genetische verwantschap met het kind niet konden aantonen. De ouders startten daarop een procedure voor de Belgische rechter ter verkrijging van een noodreisdocument (*laissez-passer*) voor het kind. De Belgische rechter wilde dit document pas verstrekken nadat hij had geverifieerd of aan de zorgvuldigheidsvereisten voor erkenning van een kind geboren uit draagmoederschap was voldaan. Nadat het genetisch vaderschap van de

⁵⁰ *Idem*, r.o. 99.

⁵¹ *Idem*, r.o. 100.

⁵² EHRM 8 juli 2014 (ontv. besl.), *D. e.a. t. België*, nr. 29176/13.

wensvader was vastgesteld mochten de ouders, na een periode van scheiding van het kind van zo'n vier maanden, het kind uit Oekraïne ophalen. Omdat ouders en kind inmiddels waren verenigd besloot het EHRM de klacht van de wensouders dat zij geen geldig reisdocument voor het kind konden krijgen van de rol te schrappen omdat dit deel van de klacht zonder voorwerp was geworden. Het Hof onderzocht wel of de periode van scheiding tussen wensouders en kind verenigbaar was met het EVRM. Het Hof overwoog dat deze situatie binnen het recht op respect voor familie- en gezinsleven kwam omdat de wensouders vanaf de geboorte van het kind oprecht wensten als ouders voor het kind te zorgen en zij actie hadden ondernomen om een effectief gezinsleven te verzekeren.⁵³ Bovendien hadden zij sinds het kind in België was aangekomen als gezin samengeleefd. De scheiding tussen wensouder en kind als gevolg van de weigering van een reisdocument vormde een inbreuk op art. 8 EVRM. Die inbreuk was voorzien bij wet en diende het gerechtvaardigde doel van bescherming van de rechten van anderen, te weten de rechten van de draagmoeder en, in zekere mate, die van het kind. Het Hof achtte de periode van scheiding tussen wensouders en kind niet bijzonder lang en vond het redelijk dat de Belgische autoriteiten wilden nagaan of aan de eisen rondom geboorten uit draagmoederschap was voldaan. Het Hof nam bij zijn beoordeling mee dat het voor de Belgische wensouders, die advies hadden ingewonnen bij zowel een Belgische als een Oekraïense advocaat, voorzienbaar was dat een procedure gevolgd moest worden voordat zij het kind mee naar België konden nemen. Het viel de Belgische Staat ook niet te verwijten dat de wensouders niet voor een langere tijd een visum kregen in Oekraïne. Bovendien hechtte het Hof waarde aan het feit dat de Belgische ouders tijdens de procedure herhaaldelijk tijd met het kind konden doorbrengen in Oekraïne zonder enige inmenging van de autoriteiten, terwijl de Belgische rechter de zaak daarnaast in een versnelde procedure had behandeld. De klacht werd kennelijk ongegrond en daarmee niet-ontvankelijk verklaard.

In de meest recente door het EHRM besliste draagmoederschapszaak *Paradiso en Campanelli t. Italië*,⁵⁴ bleken de Italiaanse wensouders bij nader inzien niet genetisch verwant te zijn aan het in Rusland bij een draagmoeder geboren kind. Dat was voor de Italiaanse autoriteiten reden om het kind ter adoptie op te geven. Het EHRM oordeelde dat de wensouders zich konden beroepen op de bescherming van art. 8 EVRM. Ten eerste was er *de facto* gezinsleven in de zin van deze bepaling, omdat de wensouders tijdens de belangrijke eerste fase van het leven van het kind enkele maanden als ouders voor het kind hadden gezorgd.⁵⁵ Bovendien had de vader, die in de veronderstelling was geweest ook de genetisch vader van het kind te zijn, een gerechtelijke procedure gestart om zijn vaderschap te laten vaststellen. Hij kon daarom ook zijn recht op respect voor privéleven inroepen. De niet-erkenning van het in Rusland erkende vaderschap van de wensouders door de Italiaanse autoriteiten en de uithuisplaatsing van het kind vormden een inbreuk op de art. 8 EVRM rechten van de wensouders. Deze inbreuk was voorzien bij wet en diende de gerechtvaardigde doelen van het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten en de bescherming van de rechten van het kind.

Het Hof was echter niet overtuigd van de adequaatheid van de elementen waarop de Italiaanse autoriteiten hun conclusie baseerden dat het kind bij de wensouders moest

⁵³ *Idem*, r.o. 49, onder verwijzing naar, *mutatis mutandis*, EHRM 13 januari 2009, *Todorova t. Italië*, nr. 33932/06, r.o. 54.

⁵⁴ EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12.

⁵⁵ *Idem*, r.o. 69.

worden weggehaald. In dit verband benadrukte het Hof dat het verwijderen van een kind uit een gezin een zeer vergaande maatregel is, die alleen in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd kan worden. Volgens het Hof was het enkele feit dat het kind een sterkere emotionele band met de wensouders zou ontwikkelen als hij langer bij hen zou blijven, niet voldoende om zijn verwijdering te rechtvaardigen. Daar kwam bij dat de wensouders aanvankelijk geschikt waren bevonden als adoptieouders, maar in deze omstandigheden, zonder dat enig deskundigenrapport was opgesteld, vanwege het enkele feit dat ze de Italiaanse wetgeving hadden ontweken door naar Rusland te gaan voor draagmoederschap, ongeschikt werden bevonden om het kind in een liefdevolle omgeving op te voeden. Tot slot kreeg het kind in deze zaak pas nadat het twee jaar in Italië had verbleven een nieuwe officiële identiteit. Het Hof benadrukte dat een kind er niet door benadeeld mag worden dat het geboren is bij een draagmoeder, in het bijzonder niet ten aanzien van nationaliteit of burgerschap ('citizenship') of identiteit, welke van wezenlijk belang zijn.⁵⁶ Het EHRM concludeerde dat de autoriteiten geen eerlijke afweging hadden gemaakt tussen de verschillende belangen die in deze zaak in het geding waren en stelde een schending van art. 8 EVRM vast. Het Hof voegde daaraan toe dat zijn uitspraak niet zo moest worden uitgelegd dat het kind aan de wensouders moest worden toegekend, aangezien het kind inmiddels al geruime tijd bij adoptieouders verbleef en daarmee ongetwijfeld nauwe persoonlijke banden had opgebouwd.

De zaak van Paradiso en Campanelli tegen Italië is op verzoek van de regering aan de Grote Kamer voorgelegd. In december 2015 heeft een hoorzitting plaatsgevonden en de Grote Kamer zal naar verwachting in 2016 uitspraak in deze zaak doen.

3. Toetsing van een scope regel in het afstammingsrecht aan Europees recht

Deze paragraaf onderzoekt of een scope regel, waarbij in het afstammingsrecht eisen aan de nationaliteit en/of woonplaats van de wensouders en/of de draagmoeder worden gesteld, verenigbaar zou (kunnen) zijn met Europees recht, meer in het bijzonder met de vrij verkeersregels van het Unierecht. Daartoe wordt allereerst onderzocht of draagmoederschap binnen de reikwijdte van het dienstenverkeer komt (para. 3.1). Daarna worden de eisen aan nationaliteit en/of woonplaats aan de wensouders (para. 3.2), respectievelijk de draagmoeder (para. 3.3) besproken. Omdat de toepasselijke toetsingscriteria en de toepassing daarvan in de rechtspraak in beginsel dezelfde zijn, zal para. 3.3 regelmatig korthedshalve verwijzen naar de uitgebreidere uiteenzetting in para. 3.2.

3.1 Komt draagmoederschap binnen de reikwijdte van het dienstenverkeer?

Art. 56 VWEU bepaalt dat beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden zijn 'ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere

⁵⁶ *Idem*, r.o. 85.

lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.’⁵⁷ De bescherming van deze Verdragsbepaling kan dus alleen worden ingeroepen door onderdanen van EU-lidstaten en alleen indien er een zogenoemd ‘interstatelijk element’ is. Art. 56 VWEU ziet zowel op het aanbieden als op het ontvangen van diensten; ook bij het ontvangen van diensten in een andere lidstaat mogen EU-burgers niet gehinderd worden.⁵⁸ Het begrip ‘diensten’ wordt in het VWEU als volgt gedefinieerd:

‘In de zin van de Verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.’⁵⁹

Dit dienstenbegrip is zeer ruim uitgelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (EU HvJ), als gevolg waarvan het moeilijk is activiteiten te bedenken die hiervan zijn uitgesloten.⁶⁰ Medische zorg, bijvoorbeeld, is als zodanig door Hof binnen reikwijdte van begrip ‘diensten’ gebracht.⁶¹ Zoals het Hof herhaaldelijk heeft overwogen kan de ‘bijzondere aard van bepaalde dienstverrichtingen’ deze niet onttrekken aan het fundamentele beginsel van vrij verkeer.⁶²

De gevoeligheid van een dienstverrichting op moreel vlak, is voor het EU HvJ geen reden geweest deze uit te zonderen van het vrij verkeer. Medische zwangerschapsafbreking (abortus), bijvoorbeeld, is als zodanig ook als dienst in de zin van art. 60 EEG-Verdrag (thans 57 VWEU) aangemerkt.⁶³ Het Hof overwoog daarbij dat het zijn beoordeling niet in de plaats kon stellen van die van de wetgever van de lidstaten waar de betrokken werkzaamheden op wettige wijze werden verricht.⁶⁴ Ook activiteiten als het aanbieden van kansspelen en prostitutie zijn door het Hof geschaard onder het dienstenbegrip in de zin van het Verdrag.⁶⁵

Indien een bepaalde dienstverrichting echter in alle EU-lidstaten wettelijk verboden is, is deze uitgesloten van de bescherming van art. 56 VWEU. In *Josemans*,⁶⁶ bijvoorbeeld, oordeelde het EU HvJ dat de verkoop van soft drugs als zodanig was uitgesloten van de vrij verkeersregels, omdat het wettelijk verboden was in alle EU-lidstaten.

Voor voorliggend geval kan worden vastgesteld dat het moreelgevoelige karakter van draagmoederschap geen grond is voor uitsluiting van de toepassing van de dienstenvrijheid. Ook een *Josemans*-redenering gaat *in casu* niet op, omdat (niet-

⁵⁷ Art. 56 VWEU bepaalt: ‘In het kader van de volgende bepalingen zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.’

⁵⁸ Gevoegde Zaken C-286/82 en C-26/83 *Luisi en Carbone*, r.o. 16.

⁵⁹ Art. 57 lid 1 VWEU.

⁶⁰ C. Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: OUP 2013, p. 370-371.

⁶¹ Bijv. Zaken 286/82 en 26/83 *Luisi en Carbone*, r.o. 16.

⁶² Zaak C-157/99 *Geraets-Smits en Peerbooms*, r.o. 54.

⁶³ Zaak C-159/90 *Grogan*, r.o. 21.

⁶⁴ *Idem*, r.o. 20.

⁶⁵ Zaak C-268/99, *Jany* en Zaak C-275/92 *Schindler*.

⁶⁶ Zaak C-137/09 *Josemans*.

commercieel) draagmoederschap in een aantal EU-lidstaten is gelegaliseerd. Voorts is bij draagmoederschap voldaan aan het vereiste van een interstatelijk element, in geval wensouders en/of draagmoeders met de nationaliteit van een andere EU-lidstaat in Nederland een draagmoederschapsconstructie wensen aan te gaan. Ook aan het vereiste dat een activiteit een tijdelijk karakter moet hebben, is in dat geval voldaan.⁶⁷

Wel kan in het geval van draagmoederschap de vraag worden gesteld of er sprake is van een dienstverrichting die 'gewoonlijk tegen vergoeding' geschiedt. Commercieel draagmoederschap voldoet evident aan deze definitie, maar indien commercieel draagmoederschap verboden blijft, en dus enkel altruïstisch draagmoederschap toegestaan is onder Nederlands recht, dan moet worden onderzocht of de (onkosten)vergoeding die draagmoeders ontvangen voor hun diensten als 'vergoeding' in de zin van art. 57 VWEU kan worden aangemerkt. Dit blijkt een cruciale vraag voor onderhavige analyse.

3.1.1 Het begrip 'vergoeding' in de zin van art. 57 VWEU

Ten aanzien van het begrip 'vergoeding' heeft het EU HvJ overwogen:

'Het wezenlijke kenmerk van de vergoeding bestaat [...] hierin, dat zij de economische tegenprestatie voor de betrokken dienst vormt, welke tegenprestatie gewoonlijk door de dienstverrichter en degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, in onderling overleg wordt vastgesteld.'⁶⁸

Het moet dus gaan om een 'economische tegenprestatie'⁶⁹, ook wel geduid met 'economische transactie'.⁷⁰ Het is in dit verband niet vereist dat de persoon die de activiteit verricht, winst nastreeft.⁷¹ Evenmin is het noodzakelijk dat de vergoeding wordt betaald door de ontvanger van de dienst.⁷² Daarnaast hoeft de vergoeding niet geldelijk te zijn; ook een vergoeding in natura volstaat.⁷³ Bepalend is of de activiteit van economische aard is:

⁶⁷ Art. 57 lid 2 VWEU. Voor een nadere invulling van het begrip 'tijdelijk', zie Zaak C-55/94 *Gebhard*, r.o. 27. Indien de dienst niet tijdelijk van karakter is, is de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) van toepassing.

⁶⁸ Zaak 263/86 *België t. Humbel* r.o. 17. Zie ook Zaak C-281/06 *Jundt*, r.o. 29; Zaak C-422/01 *Skandia en Ramstedt*, r.o. 23; Zaak C-76/05 *Schwarz en Gootjes-Schwarz*, r.o. 38 en Zaak C-318/05 *Commissie/Duitsland*, r.o. 67.

⁶⁹ In het Engels wordt dit aangeduid met de term 'consideration'. Zie Zaak 263/86 *België t. Humbel* r.o. 17.

⁷⁰ Zaak C-275/92 *Schindler*, r.o. 33.

⁷¹ Zaak C-281/06 *Jundt*, para. 33, onder verwijzing naar Zaak C-157/99 *Geraets-Smits en Peerbooms*, r.o. 50 en 52. Zie ook Zaak C-275/92 *Schindler*, r.o. 36.

⁷² Gevoegde Zaken C-51/96 en C-191/97 *Deliège*, r.o. 51.

⁷³ Zaak 196/87 *Steymann*. Deze zaak betrof een loodgieter die als lid van een religieuze commune werkzaamheden verrichtte voor deze commune. De commune voorzag in de materiële behoeften van haar leden, met inbegrip van zakgeld, onafhankelijk van de aard en de omvang van de door hen verrichte werkzaamheden. In deze zaak beoordeelde het Hof of de werkzaamheden van de loodgieter onder het begrip 'economische activiteit' in de zin van art. 2 EG Verdrag (oud) vielen. Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend omdat de voorzieningen die de commune bood konden worden gezien als 'indirecte tegenprestatie voor reële en daadwerkelijke arbeid'. In de literatuur is betoogd dat er geen reden is om aan te nemen dat het Hof ten aanzien van het 'tegenprestatie' begrip een andere positie zou kiezen in een zaak over dienstenverkeer. D. Chalmers, *European Union Law, Cases and Materials*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 805-806.

[...] de doorslaggevende factor die een activiteit binnen de werkings sfeer van de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten doet vallen, [is] de economische aard ervan: de activiteit mag namelijk niet om niet worden verricht.’⁷⁴

Er is maar weinig rechtspraak die nadere invulling geeft aan het begrip ‘vergoeding’. Bijgevolg is er ook maar weinig rechtspraak over de vraag of een onkostenvergoeding hieronder valt. In *Jundt* oordeelde het EU HvJ dat de relatief geringe vergoeding die een advocaat ontving voor het verzorgen van 16 lessen aan een universiteit (‘nagenoeg onbezoldigd’) – een vergoeding die onder het nationale recht als ‘onkostenvergoeding’ werd betiteld – betekende dat de activiteit niet om niet werd verricht en zodoende binnen de reikwijdte van het dienstenverkeer viel.⁷⁵

In de literatuur wordt voor nadere invulling van het begrip ‘vergoeding’ in de zin van art. 57 lid 1 VWEU ook verwezen naar de rechtspraak van het EU HvJ over het begrip ‘vergoeding’ in de zin van de Zesde Richtlijn (Richtlijn 77/388/EEG)⁷⁶ die voorziet in harmonisatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake omzetbelasting.⁷⁷ Art. 2 lid 1 van deze Richtlijn bepaalt dat diensten, ‘welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht’, zijn onderworpen aan belasting over de toegevoegde waarde. Een zeldzaam voorbeeld van een zaak waarin een activiteit werd uitgesloten van dit dienstenbegrip is de zaak *Tolsma*.⁷⁸ Het Hof overwoog dat er enkel sprake is van een dienst ‘onder bezwarende titel’ in de zin van artikel 2 van de Zesde Richtlijn,

[...] wanneer tussen de verrichter en de ontvanger van de dienst een rechtsbetrekking bestaat waarbij over en weer prestaties worden uitgewisseld, en de door de dienstverrichter ontvangen vergoeding de werkelijke tegenwaarde vormt voor de aan de ontvanger verleende dienst.’

Aan deze criteria was in het geval van *Tolsma*, exploitant van een draaiorgel, volgens het Hof niet voldaan, omdat er in dat geval geen overeenkomst tussen partijen was en er ‘geen enkel noodzakelijk verband’ tussen de muzikale verrichting en de betaling⁷⁹ bestond. Daarmee legt deze uitspraak de nadruk op de aard van de betrekking tussen aanbieder en ontvanger van de dienst.

Wanneer de hierboven besproken rechtspraak over het begrip ‘vergoeding’ in de zin van art. 57 VWEU wordt toegepast op voorliggend geval en daarbij bovendien naar analogie aansluiting wordt gezocht bij de rechtspraak van het Hof onder de Zesde Richtlijn, dan kan geconcludeerd worden dat het gegeven dat draagmoederschap niet commercieel mag zijn, deze activiteit niet automatisch van het dienstenbegrip van art. 57 VWEU onttrekt. Het is namelijk niet ondenkbaar dat de vergoeding(en) die een draagmoeder

⁷⁴ Zaak C-281/06 *Jundt*, r.o. 32.

⁷⁵ *Idem*, r.o. 34.

⁷⁶ Zesde Richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der Lidstaten inzake omzetbelasting - Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag *OJL* 145, 13.6.1977, p. 1-40.

⁷⁷ Chalmers 2014, *supra* n. 74, p. 805-806.

⁷⁸ Zaak C-16/93 *Tolsma*.

⁷⁹ *Idem*, r.o. 16-17.

ontvangt voor het aanbieden van haar diensten kan of kunnen worden geduid als een 'economische tegenprestatie.' Het kan in dit verband soms om aanzienlijke bedragen gaan⁸⁰ en – aansluitend bij de rechtspraak onder de Zesde Richtlijn – is bovendien evident sprake van een overeenkomst tussen partijen en een verband tussen de activiteit en de betaling. Te meer als de draagmoeder bijvoorbeeld ook een vergoeding voor gedeelde inkomsten ontvangt, ligt zeer voor de hand dat sprake is van een 'economische tegenprestatie' en daarmee een vergoeding in de zin van art. 57 VWEU.

Concluderend kan gesteld worden 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'. Dit zou mogelijk bereikt kunnen worden door wettelijk strenge voorwaarden te stellen aan de onkostenvergoeding die draagmoeders mogen ontvangen voor hun diensten. Daarbij zij wel opgemerkt dat zelfs indien de diensten van de draagmoeder in zichzelf niet als 'dienst' in de zin van het Verdrag kunnen worden aangemerkt, er complexe vragen rijzen of deze niettemin als onderdeel van een draagmoederschapsconstructie bestaande uit verschillende medische en juridische handelingen, binnen de bescherming van deze vrijheid komen.⁸¹

Uitgaande van de veronderstelling dat draagmoederschap inderdaad kan worden aangemerkt als een dienst in de zin van art. 57 VWEU – waarbij de draagmoeder als aanbieder van de dienst en de wensouders als ontvangers van de dienst de bescherming van art. 56 VWEU tegen beperkingen van die vrijheid genieten – moet worden onderzocht of eisen aan de nationaliteit en woonplaats van wensouders en draagmoeders beperkingen vormen van het dienstenverkeer.

3.2 Eisen aan de nationaliteit en woonplaats van de wensouders

3.2.1 Een 'beperking' van het dienstenverkeer?

De 'scope regel' zoals geïntroduceerd in de eerste door de Staatscommissie voorgelegde vragenlijst, ziet niet op de toegang van wensouders tot draagmoederschapsdiensten als zodanig, maar heeft betrekking op de vraag of er naar Nederlands recht wettelijke afstamming kan worden gevestigd. De centrale vraag is hier dan ook of ontzegging van bepaalde juridische gevolgen van het ontvangen van een dienst kan worden gezien als 'beperking' in de zin van art. 57 VWEU. Anders verwoord, is de hier te onderzoeken

⁸⁰ Hervey heeft er in 1998 al op gewezen dat, gelet op de bedragen die in het VK soms voor draagmoederschapsdiensten betaald werden, deze diensten feitelijk toch een commercieel karakter kregen, waardoor zij toch binnen de reikwijdte van het Europees recht zouden kunnen komen. T.K. Hervey, 'Buy Baby: The European Union and the Regulation of Human Reproduction', 18 *Oxford J. Legal Std.* 1998, p. 207-233, p. 227, voetnoot 132.

⁸¹ Hoogtechnologisch draagmoederschap bestaat uit een (aantal) medische behandeling(en) – bijvoorbeeld het afnemen van een eikel van de wensmoeder en/of het creëren van een embryo uit geslachtscellen van (één van) de wensouders en het plaatsen daarvan in de baarmoeder van de draagmoeder – en een (aantal) juridische overeenkomst(en). Bij voornoemde medische behandeling(en) is dus ook een ziekenhuis betrokken, wiens diensten (het bieden van medische zorg) zonder twijfel diensten in de zin van art. 57 VWEU vormen. Bij medische behandeling in een ziekenhuis is bovendien aan het 'vergoeding'-vereiste voldaan, ongeacht of de Staat of een private verzekeraar de behandeling vergoedt (bijv. Zaak C-157/99 *Geraets-Smits en Peerbooms*, r.o. 55).

vraag of het niet kunnen vestigen van juridisch ouderschap via het afstammingsrecht een beperking van de dienstenvrijheid vormt.

Het begrip ‘beperking’ in de zin van art. 56 VWEU is door het EU HvJ breed uitgelegd:

‘Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist artikel 56 VWEU niet alleen de afschaffing van elke discriminatie van de dienstverrichter op grond van diens nationaliteit of de omstandigheid dat hij in een andere lidstaat is gevestigd dan die van de dienstverrichting, maar tevens de opheffing van elke beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, kan verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken [...].’⁸²

Het gaat er dus om of nationale maatregelen ‘de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken’.⁸³ Zoals de woorden ‘kan’ en ‘kunnen’ aangeven, volstaat ook een potentiële belemmering om aan deze toets te voldoen. Omdat de toepasselijk toets dus laagdrempelig is,⁸⁴ wordt deze over het algemeen gemakkelijk door het EU HvJ aangenomen.⁸⁵

Bij uitzondering heeft het EU HvJ geaccepteerd dat een maatregel of omstandigheid geen beperking in de zin van het vrij verkeer vormde. Eén van die uitzonderingen betreft de situatie waarin de beperkende gevolgen van de maatregel of omstandigheid te ‘onzeker en indirect’ zijn:

‘De beperkende gevolgen die een nationale regelgeving voor het vrije verkeer van goederen teweegbrengt, kunnen [...] zo onzeker en indirect zijn, dat de in de regeling vervatte verplichting niet geacht kan worden de handel tussen de lidstaten te belemmeren.’⁸⁶

Het aantal gevallen waarin het Hof op grond van deze redenering concludeerde dat geen sprake was van een beperking van het vrij verkeer, is beperkt.⁸⁷ In een uitspraak van

⁸² Zaak C-315/13, *Edgard Jan De Clercq*. Zie ook Zaak C-42/07 *Liga Portuguesa*, r.o. 51.

⁸³ Zaak C-55/94 *Gebhard*, r.o. 37; Zaak C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, r.o. 30 en Zaak C-346/06 *Rüffert*, r.o. 37.

⁸⁴ Advocaat-Generaal Tizzano heeft voorgesteld het begrip ‘beperking’ als volgt af te bakenen:

‘In een poging om deze rechtspraak te ontrafelen merk ik allereerst op dat nationale bepalingen die de uitoefening van een economische activiteit regelen *zonder de toegang daartoe rechtstreeks te beïnvloeden en zonder juridisch of feitelijk op enigerlei wijze* tussen de nationale en de buitenlandse marktdeelnemers *te discrimineren*, mijns inziens bezwaarlijk als met het Verdrag strijdige beperkingen kunnen worden gekwalificeerd, alleen maar omdat zij de uitoefening van die activiteit *economisch minder voordelig maken*.’ AG Tizzano in Zaak C-442/02 *Caixa-Bank*, para. 58.

⁸⁵ Bijv. Zaak 185/87 *Cowan* (over vergoeding na geweldsmisdrijf) en Zaak C-168/91 *Konstantinides*, r.o. 15-16 (over een andere spelling van achternaam in burgerlijke stand).

⁸⁶ Zaak C-44/98 *BASF AG*.

⁸⁷ Een voorbeeld uit het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU) betreft een geval waar de mogelijke belemmerende werking uitging van een ‘toekomstige en hypothetische gebeurtenis’, bestaande uit de beëindiging van een arbeidsovereenkomst (Zaak C-190/98 *Graf*). Een ander voorbeeld is een zaak over de vrijheid van vestiging waarin het Hof overwoog dat de beperkingen die een verplichte winkelsluiting op

2008 maakt het Hof uitdrukkelijk onderscheid tussen de situatie waarin de voor het vrij verkeer beperkende gevolgen afhangen van een toekomstige en hypothetische gebeurtenis en de situatie waarin die beperkende gevolgen afhangen 'van een omstandigheid die per definitie verband houdt met de uitoefening van het recht van vrij verkeer', in de betreffende zaak bestaande uit de keuze van de woonplaats. In laatstgenoemde situatie is volgens het Hof wel degelijk sprake van een beperking van het vrij verkeer.⁸⁸

Een andere, slechts eenmalig, toegepaste uitzondering op het begrip 'beperking' deed zich voor in een hierboven al kort aangehaalde zaak over abortus. In *Grogan* beklagden Ierse studentenverenigingen zich erover dat het hen verboden werd informatie te verspreiden over buitenlandse abortusdiensten. Omdat zij informatie verschaften over een dienst (medische zwangerschapsafbreking), beriepen zij zich op art. 56 VWEU.⁸⁹ Het EU HvJ ging daar echter niet in mee. Hoewel medische zwangerschapsafbreking als zodanig wel een dienst in de zin van art. 57 VWEU vormde (zie ook hierboven), bestond er volgens het Hof tussen de activiteit van de studentenverenigingen en de medische zwangerschapsafbrekingen in klinieken in een andere lidstaat 'te weinig verband' om het verbod op de verspreiding van informatie als een beperking van het dienstenverkeer in de zin van het Verdrag te kunnen beschouwen.⁹⁰

Tot slot heeft het Hof in een enkel geval aanvaard dat regels die de markt bepalen, zoals regelingen van sportverenigingen betreffende nationale quota en selectieprocedures door nationale federaties met het oog op deelname aan internationale toernooien, geen beperkingen van het vrij verkeer vormen.⁹¹ Ook deze uitzondering op het beperkingenbegrip toont de 'welwillendheid' van het Hof om alternatieve benaderingen te vinden in (politiek) gevoelige kwesties.

In casu is aannemelijk dat het (mogelijk) niet kunnen overdragen of vestigen van ouderschap, draagmoeders en wensouders uit andere EU-lidstaten ervan weerhoudt in Nederland een draagmoederschapconstructie aan te gaan. Het ligt niet voor de hand dat de beperkende gevolgen van de scope regel 'te onzeker en indirect' en direct zijn. Ook toepassing van bovengenoemde '*Grogan* uitzondering' ligt niet voor de hand. Behalve dat de benadering van het EU HvJ in die zaak zeer bekritiseerd is en later niet meer in de rechtspraak herhaald, is moeilijk vol te houden dat te weinig verband bestaat tussen de activiteit van de draagmoeder en de wensouders, of tussen die van het ziekenhuis en de draagmoeder en/of de wensouders. Tot slot is er ook geen reden om

zondag teweeg kon brengen voor de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), zo onzeker en indirect waren, dat niet kon worden gezegd dat de regeling de vestigingsvrijheid belemmerde (Gevoegde Zaken C-418/93 e.a. *Semeraro Casa Uno Srl*, r.o. 32). Een voorbeeld uit het dienstenverkeer is een Spaanse zaak over vergoeding van in een andere lidstaat gemaakte medische kosten (Zaak C-211/08 *Commissie t. Spanje*, r.o. 72). In diverse andere zaken heeft het Hof een beroep op deze uitzondering op het beperkingenbegrip aanvaard. Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak waarin een lidstaat voor de toekenning van een toelage voor een opleiding in een andere lidstaat de voorwaarde stelde dat de betrokken student eerst een jaar in de eigen lidstaat een opleiding volgde. Het Hof achtte de belemmerende werking van die voorwaarde niet dermate onzeker en onbeduidend dat geen sprake was van een belemmering van het vrij verkeer (Gevoegde Zaken C-11/06 en C-12/06 *Morgan*, r.o. 31-32).

⁸⁸ Zaak C-212/06, *Waalse regering*, r.o. 51.

⁸⁹ Toentertijd art. 59 EEG Verdrag.

⁹⁰ Zaak C-159/90 *Grogan*, r.o. 24.

⁹¹ Gevoegde Zaken C-51/96 en C-191/97 *Deliège*.

aan te nemen dat laatstgenoemde uitzondering op de ruime definitie van het begrip 'beperking' op voorliggend geval van toepassing is.

Concluderend kan gesteld worden dat in het afstammingsrecht vervatte eisen aan de nationaliteit en/of de woonplaats van de wensouders een beperking vormen van het vrij dienstenverkeer.

3.2.2 Zo ja, kan deze beperking gerechtvaardigd worden?

Aangenomen dat er sprake is van een beperking, dan moet worden onderzocht of deze beperking gerechtvaardigd kan worden. Daarbij is de eerste te beantwoorden vraag of er een rechtvaardigingsgrond van toepassing is en zo ja, of de maatregel proportioneel is, meer in het bijzonder of zij geschikt en noodzakelijk is om het met de rechtvaardigingsgrond nagestreefde doel te bereiken. Tot slot moet onderzocht worden of de maatregel verenigbaar is met grondrechten.

Op deze plaats zij opgemerkt dat het Verenigd Koninkrijk, waar draagmoederschap gelegaliseerd is, een vergelijkbare scoperegel kent. Onder de relevante wetgeving kunnen wensouders alleen een verzoek doen om een zogenoemde *parental order* – waarbij de rechter het wettelijk ouderschap aan de wensouders kan toekennen – indien minstens één van hen in het VK *domicile*⁹² heeft.⁹³ Voor zover de auteur van deze studie heeft kunnen nagaan, is voorsnog niet geprocedeerd in het VK over de verenigbaarheid van deze scoperegel met de EU vrij verkeersregels.⁹⁴ Ook uit de toelichtingen bij de betreffende wetsbepaling, blijkt niet dat in het VK over de verenigbaarheid van deze bepaling met het EU vrij verkeer is gedebatteerd.⁹⁵ Het Britse voorbeeld lijkt dus maar beperkt handreikingen te kunnen bieden voor onderstaande analyse.⁹⁶

⁹² Het begrip 'domicile' uit het *common law* omvat meer dan de woonplaats.

⁹³ Art. 54 (4) (b) Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

⁹⁴ Er zijn wel zaken bekend waarbij wensouders uit niet EU-lidstaten waren betrokken, echter zogenoemde derdelanders genieten niet de EU vrijverkeersrechten die EU-onderdanen genieten. In *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam)*, oordeelde een Britse familierechter dat Turkse wensouders geen verzoek tot een *parental order* konden doen, omdat zij geen *domicile* in het VK hadden. De rechter stond op grond van art. 84 van de Adoption & Children Act 2002 wel toe dat het kind in Turkije door de wensouders werd geadopteerd. Er is ook gerapporteerd over een zaak waarbij de ene wensouder de Britse nationaliteit had en de andere de Zuid-Afrikaanse nationaliteit, terwijl zij samen in Zuid-Afrika woonden. De rechter oordeelde dat de Britse wensvader nog steeds voldeed aan het *domicile* vereiste en dus dat de wensouders gezamenlijk een verzoek om een *parental order* konden doen. Zie <<https://www.kingsleynapley.co.uk/news-and-events/blogs/family-law-blog/international-surrogacy-case-update-the-importance-of-domicile-over-residence-in-parental-order-applications>>. Laatst bezocht 27 februari 2016.

⁹⁵ Bijv. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/notes/division/6/2/16>>, laatst bezocht 26 februari 2016.

⁹⁶ Ook een in 2013 gepubliceerde vergelijkende studie naar draagmoederschap binnen de EU, die was uitgevoerd in opdracht van het Europees Parlement, biedt weinig handreikingen. De studie stelt enkel vast dat draagmoederschap waarschijnlijk een dienst in de zin van het EU-Verdrag is, maar gaat verder niet in op mogelijk rechtvaardigingen voor beperkingen op de dienstenvrijheid in dit verband. L. Brunet et al., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, PE 474.403, p. 142-143, online beschikbaar op: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)>, laatst bezocht op 27 februari 2016.

Rechtvaardigingsgrond

De mogelijk aan te wenden rechtvaardigingsgronden voor beperkingen op het vrij dienstenverkeer verschillen voor maatregelen die onderscheid maken op grond van nationaliteit ('maatregelen met onderscheid') en maatregelen die dat niet doen ('maatregelen zonder onderscheid'). Wanneer is komen vast te staan dat eisen aan nationaliteit en woonplaats van de wensouders in het afstammingsrecht beperkingen van het dienstenverkeer vormen, dan vormen eisen aan nationaliteit een maatregel met onderscheid en eisen aan woonplaats een maatregel zonder onderscheid.

Ter rechtvaardiging van maatregelen met onderscheid kunnen alleen rechtvaardigingsgronden uit het Verdrag worden aangevoerd. Het lijstje waarin het Verdrag voorziet, is uitputtend en bestaat uit: de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid.⁹⁷ In de hier besproken omstandigheden is openbare veiligheid in ieder geval niet van toepassing. Ook volksgezondheid ligt niet zo voor de hand. Dan zou moeten komen vaststaan dat de eisen aan nationaliteit en woonplaats een 'passend middel' zijn 'om de verwezenlijking van een hoog niveau van bescherming van de gezondheid te waarborgen'.⁹⁸ In de rechtspraak wordt volksgezondheid met name aangevoerd en aanvaard als rechtvaardigingsgrond in zaken aangaande de organisatie en financiering van de gezondheidszorg, hetgeen in de voorliggende casus niet van toepassing is.⁹⁹

Op het eerste gezicht lijkt openbare orde dan ook de meest toepasselijke rechtvaardigingsgrond. Deze grond dient echter strikt te worden opgevat '[...] zodat de strekking ervan niet zonder controle van de gemeenschapsinstellingen door de onderscheiden lidstaten eenzijdig kan worden bepaald [...].'¹⁰⁰ De openbare orde uitzonderingsgrond kan slechts worden aangevoerd in geval van 'een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel maatschappelijk belang [...].'¹⁰¹ Betwijfeld kan worden of die drempel *in casu* gehaald wordt.

Bij maatregelen zonder onderscheid, zoals een woonplaatsvereiste, worden behalve bovengenoemde rechtvaardigingsgronden uit het Verdrag ook 'dwingende redenen van algemeen belang' (zogenoemde 'rule of reason' gronden) aanvaard. Voor dergelijke maatregelen kan dus een beroep worden gedaan op een uitgebreidere (niet-uitputtende) in de rechtspraak ontwikkelde lijst van mogelijke gronden.¹⁰² Overigens vervaagt deze scheidslijn wel enigszins; het HvJ heeft in sommige zaken ook dwingende redenen van algemeen belang aanvaard voor maatregelen met onderscheid.

⁹⁷ Art. 52 juncto 62 VWEU.

⁹⁸ Zaak C-108/96 *Mac Quen*, r.o. 30.

⁹⁹ Het moet dan zo zijn dat de instandhouding van een verzorgingscapaciteit of medische deskundigheid op nationaal grondgebied essentieel is voor de gezondheid of zelfs het overleven van de bevolking. Zaak C-158/96 *Kohll*, r.o. 50. In ieder geval moet komen vast te staan dat de eisen berusten op het streven, 'de kosten te beheersen en iedere verspilling van financiële en technische middelen en personeel zo veel mogelijk te vermijden' en erop zien 'een rationeel, stabiel, evenwichtig en toegankelijk aanbod van ziekenhuisbehandeling' te garanderen. Zaak C-157/99 *Geraets-Smits Peerbooms*, r.o. 79 en 81.

¹⁰⁰ Zaak C-36/02 *Omega*, r.o. 30.

¹⁰¹ *Idem*, r.o. 30 en Zaak C-268/99, *Jany*, r.o. 59, onder verwijzing naar o.m. Zaken 115/81 en 116/81 *Adoui en Cornuaille*, r.o. 8 en Zaak C-348/96 *Calfa*, r.o. 21.

¹⁰² Dit geldt met name voor rechtspraak van het EU HvJ over kansspelen. Zie Barnard 2013, *supra* n. 61, p. 394.

Hoewel de definitie van ‘dwingende redenen van algemeen belang’ is voorbehouden aan het EU HvJ¹⁰³ en de bewijslast voor de toepasselijkheid van een bepaalde grond bij de Staat ligt,¹⁰⁴ heeft het Hof zich in gevoelige kwesties vaak mild getoond bij het beoordelen van door Staten aangevoerde gronden. Dwingende redenen van algemeen belang die bijvoorbeeld zijn aanvaard in rechtspraak over het aanbieden van kansspelen zijn: consumentenbescherming, fraudebestrijding, het voorkomen dat burgers tot geldverkwisting door gokken worden aangespoord en het ‘vermijden’ van ‘maatschappelijke problemen in het algemeen’.¹⁰⁵

Ook de bescherming van grondrechten is een rechtmatig belang, dat in beginsel een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van het vrij dienstenverkeer.¹⁰⁶ In de zaak *Omega*, over een verbod op ‘laser games’, aanvaarde het EU HvJ bescherming van de menselijke waardigheid, als invulling van de openbare orde exceptie.¹⁰⁷ Het Hof liet daarbij ruimte voor verschillende benaderingen van de lidstaten en overwoog:

‘[...] de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, [kunnen] naar land en tijdstip [...] verschillen. In dit verband komt de bevoegde nationale autoriteiten dus een beoordelingsmarge toe, binnen de door het Verdrag gestelde grenzen [...]’¹⁰⁸

In haar adviesaanvraag heeft de Staatscommissie aangegeven dat de scope regel bedoeld zou zijn om ‘draagmoederschapstoerisme’ in Nederland tegen te gaan. ‘Draagmoederschapstoerisme’ werd daarbij geduid als ‘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.’

Voor het EU HvJ is nog nimmer een beroep gedaan op deze grond als zodanig, maar het Hof heeft wel zaken beslist over andere vormen van ‘toerisme’. In de zaak *Josemans*, bijvoorbeeld, aanvaarde het EU HvJ het tegengaan van drugstoerisme als rechtvaardigingsgrond voor het in Maastricht ingevoerde ingezetenen criterium voor toegang tot coffeeshops. Het Hof overwoog in dit verband:

‘[...] het tegengaan van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast [is] een onderdeel [...] van de drugsbestrijding. Zij houdt verband met de handhaving van de openbare orde alsook met de bescherming van de gezondheid van de burgers, zowel op het niveau van de lidstaten als op dat van de Unie.’¹⁰⁹

¹⁰³ Zaak 41/74 *Van Duyn*.

¹⁰⁴ Bijv. Zaak C-260/04 *Commissie/ Italië*.

¹⁰⁵ Zaak C-42/07 *Liga Portuguesa*, para. 56 onder verwijzing naar Gevoegde Zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 *Placanica e.a.*, para. 46.

¹⁰⁶ Zaak C-36/02 *Omega*, para. 35.

¹⁰⁷ *Idem*, r.o. 33-34 en 41. Omdat de openbare orde rechtvaardigingsgrond van toepassing was, achtte het Hof het in deze zaak niet nodig om te onderzoeken of een maatregel met onderscheid of een maatregel zonder onderscheid aan de orde was (r.o. 29).

¹⁰⁸ *Idem*, r.o. 31.

¹⁰⁹ Zaak C-137/09 *Josemans*, r.o. 65.

In de zaak *Bressol* aanvaardde het Hof de door België aangevoerde grond van volksgezondheid voor beperkingen aan de toegang tot medische opleidingen in België voor studenten uit andere lidstaten. Het Hof overwoog dat niet bij voorbaat kon worden uitgesloten dat een mogelijke kwaliteitsverlaging van de opleiding of een mogelijk tekort aan in België inzetbare medische zorgverstrekkers de bescherming van de volksgezondheid in België kon aantasten.¹¹⁰

Op grond van deze rechtspraak lijkt het zinvol het doel van het tegengaan van 'draagmoederschapstoerisme' nader in te kleuren. Waarom wordt het van belang geacht dat de wensouders voldoende binding met Nederland hebben? Welk doel wordt daarmee gediend? Het tegengaan van overlast, zoals in *Josemans*, kan wellicht niet worden volgehouden. Ook ligt niet voor de hand dat 'draagmoederschapstoerisme' de bescherming van de volksgezondheid in Nederland kan aantasten. Mogelijk kan in dit verband wel aansluiting worden gezocht bij de hierboven genoemde rechtspraak over regulering van kansspelen, waarin fraudebestrijding en consumentenbescherming aanvaard zijn als dwingende redenen van algemeen belang. Tevens zou, aansluitend bij *Omega*, wellicht kunnen worden aangevoerd dat de scope regel dient om grondrechten te beschermen, in het bijzonder de rechten van het kind.

In ieder geval zijn – in beginsel – de mogelijke gronden voor eisen aan de woonplaats van de wensouders (een maatregel zonder onderscheid) ruimer dan die voor eisen aan de nationaliteit van de wensouders (een maatregel met onderscheid).

Hoewel dus zeker niet is uitgesloten dat *in casu* een rechtvaardigingsgrond voor de scope regel 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.

Proportionaliteit

De toetsing van het EU HvJ aan proportionaliteit betekent dat de maatregel geschikt moet zijn om het ermee beoogde doel te bereiken en niet verder mag gaan dan daartoe noodzakelijk is. De eis van geschiktheid is door het Hof als volgt uitgelegd:

'Een nationale wetgeving is slechts geschikt om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.'¹¹¹

In een zaak over kansspelen heeft het EU HvJ de eis van geschiktheid nader ingevuld met de eis dat beperkende maatregelen samenhangend en stelselmatig moeten zijn,¹¹² maar

¹¹⁰ Zaak C-73/08 *Bressol*, r.o. 67. In dit verband is ook de zaak *Dano* over zogenoemd 'sociaal toerisme' interessant. Een Duitse regeling die door AG Wathelet werd omschreven als een regeling die 'personen die alleen maar naar Duitsland [kwamen] om van het socialebijstandstelsel van deze lidstaat te profiteren en geen enkele moeite [deden] om er een plaats op de arbeidsmarkt te verwerven' van het recht op bepaalde basisuitkeringen uitsloot, werd door het EU HvJ verenigbaar bevonden met Verordening (EG) nr. 883/2004 en Richtlijn 2004/38/EG. Zaak C-333/13 *Dano*, Conclusie AG Wathelet, punt 131.

¹¹¹ Zaak C-42/07 *Liga Portuguesa*, para. 61, onder verwijzing naar Zaak C-169/07 *Hartlauer*, r.o. 55.

¹¹² Zaak C-243/01 *Gambelli*, r.o. 67.

in latere rechtspraak is deze verhoogde eis niet meer nadrukkelijk teruggekomen.¹¹³ De eis van noodzakelijkheid betekent dat moet worden onderzocht of er minder beperkende maatregelen kunnen worden genomen om hetzelfde doel te bereiken.

Zoals opgemerkt in de literatuur, 'verschilt de intensiteit waarmee het EU HvJ deze toets uitvoert [...] van zaak tot zaak'.¹¹⁴ Zij wordt sterk beïnvloedt door de gevoeligheid van de materie.¹¹⁵ Met name ten aanzien van moreel gevoelige onderwerpen, zoals prostitutie of het aanbieden van kansspelen, heeft het Hof vaak een zeer beperkte proportionaliteitstoets uitgevoerd.¹¹⁶ Ook in de hierboven reeds aangehaalde zaak *Josemans* werd door het Hof vrij gemakkelijk aangenomen dat een ingezetenen criterium voor toegang tot coffeeshops een geschikt en noodzakelijk middel was om drugstoerisme te bestrijden. Volgens het Hof stond 'buiten kijf' dat het verbod om niet-ingezetenen tot coffeeshops toe te laten, een maatregel was 'om het drugstoerisme aanzienlijk te beperken en bijgevolg de daardoor veroorzaakte problemen te verminderen.'¹¹⁷

Niet zelden laat het Hof in gevoelige kwesties, de proportionaliteitstoets over aan de nationale autoriteiten. Het beperkt zich dan 'tot het aanreiken van elementen die de rechter bij deze afweging moet meenemen.'¹¹⁸ Zo overwoog het Hof in een zaak over kansspelen:

'Zoals in herinnering is gebracht door de meeste lidstaten die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, behoort de kansspelregeling tot de gebieden waarop er tussen de lidstaten aanzienlijke morele, religieuze en culturele verschillen bestaan. Bij gebreke van communautaire harmonisatie op dit gebied staat het aan elke lidstaat om overeenkomstig zijn eigen waardesysteem te beoordelen wat noodzakelijk is voor de bescherming van de betrokken belangen [...].'¹¹⁹

Ook in de hierboven reeds aangehaalde *Bressol* zaak, over beperking van de inschrijving van buitenlandse studenten bij medische opleidingen, liet het Hof het aan de nationale rechter om te beoordelen of de maatregel geschikt en noodzakelijk was om het gestelde doel te bereiken. Daarbij gaf het wel duidelijke, behoorlijk strenge, instructies mee. Zo moesten de door de Belgische regering aangevoerde risico's voor de volksgezondheid worden aangetoond met behulp van een 'objectieve, uitvoerige en cijfermatige analyse'

¹¹³ Zie uitgebreider S.C.G. Van den Bogaert en A. Cuyvers, 'Money for nothing': The case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling, *Common Market Law Review* 2011, p. 1175-1213, in het bijzonder p. 1028.

¹¹⁴ S.C.G. Van den Bogaert en J.J. Rijpma, 'Hof van Justitie EU gedooft discriminatoir cannabisbeleid Maastricht', *Nederlands Juristenblad* 2011/854, p. 1108-1113.

¹¹⁵ Barnard 2013, *supra* n. 61, p. 392.

¹¹⁶ Deze toets is ook wel geduid als 'procedurele proportionaliteit'. F.E. De Witte, 'Sex, Drugs & EU Law: The recognition of ethical and moral diversity in Europe', *Common Market Law Review* 2013, p. 1545-1578, p. 1572. De Witte betoogt dat een procedurele proportionaliteitstoets die morele en ethische keuzes respecteert, alleen de normatieve coherentie van nationaal beleid, de consistente toepassing van sancties en transparantie van wetgeving toetst.

¹¹⁷ Zaak C-137/09 *Josemans*. r.o. 75.

¹¹⁸ Van den Bogaert en Rijpma 2011, *supra* n. 115. Voor een voorbeeld, zie Zaak C-275/92 *Schindler*.

¹¹⁹ Zaak C-42/07 *Liga Portuguesa*, ro. 57.

met ‘ernstige, gelijklopende en bewijskrachtige gegevens’.¹²⁰ Dit is een aanzienlijk strengere toets dan in *Josemans* door het Hof werd toegepast.¹²¹

Eén en ander betekent dat de rechtspraak van het EU HvJ maar zeer beperkt handvatten biedt voor de toepassing van de proportionaliteitstoets op het voorliggende geval, dat uiteraard tevens een moreel gevoelig onderwerp betreft. Hier wordt een aantal (mogelijke) handreikingen geboden voor beoordeling van de proportionaliteit van de scope regel. Als gezegd is die ook afhankelijk van de invulling die aan de aan te voeren rechtvaardigingsgrond wordt gegeven.

Een eerste handreiking is dat – hoewel het Unierecht lidstaten betrekking tot beoordeling van gedragingen die in strijd met de openbare orde kunnen worden geacht ‘geen uniforme waardeschaal’ oplegt – geen rechtvaardiging op grond van openbare orde kan worden aanvaard, indien een lidstaat tegen eigen onderdanen ten aanzien van dezelfde gedraging geen repressieve maatregelen of andere op bestrijding ervan gerichte reële en effectieve maatregelen treft.¹²² Deze rechtspraak is van belang voor onderhavige casus omdat bij toepassing van de scope regel wensouders met de Nederlandse nationaliteit en wensouders die voldoen aan het woonplaatsvereiste *niet* zouden worden uitgesloten van de afstammingsrechtelijke regeling. Voor zover de openbare orde als zodanig als grond voor de scope regel zou worden aangevoerd, kunnen dus ernstige twijfels worden gesteld bij de proportionaliteit van deze maatregel.

Een tweede handreiking kan gevonden worden in de rechtspraak over kansspelregulering, waarin het Hof accepteerde dat Staten er belang bij hebben de exploitatie van deze kansspelen in ‘een beheersbare bedding te leiden’, om zo consumenten te beschermen tegen fraude door marktdeelnemers. In de zaak *Liga Portuguesa* had de Italiaanse regering betoogd dat de autoriteiten ten opzichte van in het buitenland gevestigde marktdeelnemers die hun diensten via het internet aanboden, niet beschikten over dezelfde controlemogelijkheden als ten opzichte van een nationale marktdeelnemer.¹²³ Het Hof aanvaardde dat en oordeelde:

‘Een lidstaat kan [...] van oordeel zijn dat het enkele feit dat een marktdeelnemer [...] rechtmatig via het internet dergelijke diensten aanbiedt in een andere lidstaat waar hij is gevestigd en in beginsel reeds aan wettelijke voorwaarden en aan controles wordt onderworpen door de bevoegde autoriteiten van deze staat, niet kan worden beschouwd als een voldoende waarborg dat de nationale consumenten worden beschermd tegen het risico van fraude en criminaliteit, omdat het voor de autoriteiten van de lidstaat van vestiging in een dergelijke context moeilijk kan zijn om de professionele kwaliteiten en integriteit van de marktdeelnemers te beoordelen.’¹²⁴

Deze lijn van rechtspraak zou voor voorliggende casus van belang kunnen zijn, indien en voor zover de scope regel bedoeld zou zijn gebruik van draagmoederschapsregeling in

¹²⁰ Zaak C-73/08 *Bressol*, r.o. 71.

¹²¹ Zie ook Van den Bogaert en Rijpma 2011, *supra* n. 115.

¹²² Zaak C-268/99, *Jany*, r.o. 60, onder verwijzing naar Gevoegde zaken 115 en 116/81 *Adoui en Cornuaille*, r.o. 8. Zie ook Zaak 121/85 *Conegate*, r.o. 15.

¹²³ Zaak C-42/07 *Liga Portuguesa*, r.o. 68.

¹²⁴ *Idem*, r.o. 69.

‘een beheersbare bedding te leiden’. Voor zover er mee bedoeld wordt vormen van exploitatie te voorkomen, kunnen de hierboven aangehaalde overwegingen over beoordeling van buitenlandse marktdeelnemers mogelijk van belang zijn. Daarbij zij wel opgemerkt dat het risico van exploitatie hoger is ten aanzien van de draagmoeder dan ten aanzien van de wensouders, hetgeen deze rechtspraak wellicht (nog) meer toepasselijk maakt voor de beoordeling van de eisen aan de nationaliteit en woonplaats van de draagmoeder (zie onder 3.3.2).

Toetsing aan grondrechten

Behalve dat de maatregel proportioneel moet zijn, moet hij ook in overeenstemming zijn met grondrechten. De hier voorliggende situatie, waarbij wensouders die een draagmoederschapsconstructie zijn aangegaan, op grond van hun nationaliteit of woonplaats niet onder het afstammingsrecht van dat land de wettelijk ouder van het kind kunnen worden, is als zodanig nog niet door het EHRM beoordeeld (zie ook para. 2.2).

In ieder geval is evident dat een dergelijke regeling gevolgen heeft voor de betrokken kinderen, en dus dat hun belang bij het opstellen van zo’n regeling voorop moet staan. Zoals in paragraaf 2.2.2 besproken, heeft het EHRM bepaald dat het kind niet benadeeld mag worden op grond van het feit dat het geboren is bij een draagmoeder, in het bijzonder niet ten aanzien van nationaliteit of burgerschap (‘citizenship’) en identiteit.¹²⁵ Dat betekent onder meer dat voorkomen moet worden dat het kind in een situatie van rechtsonzekerheid terecht komt.¹²⁶ Hier kunnen in voorliggend geval wel vraagtekens bij gesteld worden, zeker indien een kind dat in een Nederlands ziekenhuis in het kader van een draagmoederschapsconstructie geboren is, riskeert in een situatie van wetteloosheid terecht te komen. In dit kader zij bovendien in herinnering geroepen dat binnen het Unierecht op grond van het EU Grondrechtenhandvest, dat een zelfstandige bepaling over de rechten van het kind bevat,¹²⁷ een hogere bescherming kan worden geboden dan het EVRM.¹²⁸ Het is dus mogelijk dat het EU HvJ in dit verband een hogere bescherming van de rechten van het kind vereist, dan het minimumniveau dat het EVRM vereist.

Voor wat betreft de rechten van de wensouders zou mogelijk gesteld worden dat de scope regel discrimineert op grond van nationaliteit in strijd met art. 21 EU Grondrechtenhandvest, of art. 8 EVRM (recht op respect voor familie- en gezinsleven en op privéleven) in combinatie met art. 14 EVRM (verbod van discriminatie).¹²⁹ Daarvoor zou moeten worden vastgesteld dat wensouders die niet de Nederlandse nationaliteit hebben en/of die niet (voor een bepaalde duur) in Nederland hun woonplaats of gewone

¹²⁵ EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 85.

¹²⁶ Vgl. EHRM 26 juni 2014, *Menesson t. Frankrijk*, nr. 65192/11 en EHRM 24 juni 2004, *Labassee t. Frankrijk*, nr. 65941/11 (zie para. 2.2.2).

¹²⁷ Art. 24 EU Grondrechtenhandvest.

¹²⁸ Art. 52 lid 3 EU Grondrechtenhandvest.

¹²⁹ Zoals uitgebreider uiteengezet in para. 5.1 is het zeer aannemelijk dat de situatie van bij een draagmoederschapsconstructie betrokken wensouders binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM komt, te meer wanneer zij genetisch verwant zijn met het kind. Als gevolg hiervan kan mogelijk ook het accessoire art. 14 worden ingeroepen. Art. 21 EU Grondrechtenhandvest kan, daarentegen, zelfstandig worden ingeroepen.

verblijfplaats hebben, ten aanzien van het vestigen van ouderschap over het kind, zich in een vergelijkbare situatie bevinden met wensouders met de Nederlandse nationaliteit en/of wensouders die (voor een bepaalde duur) in Nederland hun woonplaats of gewone verblijfplaats hebben. Bovendien zou, in ieder geval ten aanzien van een onderscheid op grond van nationaliteit, moeten worden onderzocht of er 'zeer zwaarwegende redenen'¹³⁰ zijn die een dergelijk onderscheid kunnen rechtvaardigen.

3.3 Eisen aan de nationaliteit en woonplaats van de draagmoeder

Voor wat betreft de beoordeling van eisen aan de nationaliteit en woonplaats van de draagmoeder is de structuur van de toe te passen toets dezelfde als die die is uiteengezet onder 3.2. In deze paragraaf zal dan ook veelvuldig worden terugverwezen naar voorgaande paragraaf. Bovendien wordt bij het beoordelen van de scope regel uitgegaan van de toepasbaarheid van de dienstenvrijheid, zoals besproken in paragraaf. 3.1. De eerstvolgende te beantwoorden vraag is dan ook of de scope regel een beperking vormt van de vrijheid van draagmoeders hun diensten aan te bieden in een andere lidstaat.

3.3.1 Een 'beperking' van het dienstenverkeer?

De met de scope regel gestelde eisen aan de nationaliteit en/of woonplaats van de draagmoeder zien, zoals benadrukt in para. 3.2.1, op het afstammingsrecht en niet op de toegang tot draagmoederschapsdiensten als zodanig. Een draagmoeder die niet de Nederlandse nationaliteit heeft, of niet (voor een voldoende lange periode) woonachtig is in Nederland, mag dus wel haar diensten aanbieden in Nederland, maar er bestaat in dat geval onder Nederlands afstammingsrecht niet de mogelijkheid om het ouderschap van de betrokken wensouders te regelen. In die situatie zou het recht van een andere lidstaat van toepassing moeten zijn, mogelijk het recht van de lidstaat waar de draagmoeder woont, of dat van de lidstaat waar de wensouders wonen.

Als gevolg van de scope regel bestaat dus de mogelijkheid dat buitenlandse draagmoeders die in een Nederlands ziekenhuis een draagmoederschapsconstructie aangaan, na de geboorte van het kind het wettelijk ouderschap niet kunnen overdragen aan de wensouders. Naar verwachting kan dan ook worden gesteld dat de regel, waar het een draagmoeder uit een andere EU-lidstaat betreft, het vrij dienstenverkeer hindert. Immers, met een dergelijk risico is het voor een draagmoeder uit een ander EU-lidstaat aanzienlijk minder aantrekkelijk om haar diensten in Nederland aan te bieden.

Uitgaande van de vaststelling dat de eisen aan nationaliteit en woonplaats van de draagmoeder beperkingen van het vrij dienstenverkeer vormen, moet worden onderzocht of deze kunnen worden gerechtvaardigd. Daarbij is van belang dat eisen aan de nationaliteit van de draagmoeder een maatregel met onderscheid vormen en eisen aan haar woonplaats een maatregel zonder onderscheid (zie ook para. 3.2.2).

¹³⁰ EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz t. Oostenrijk*, nr. 17371/90.

3.3.2 Zo ja, kan deze beperking gerechtvaardigd worden?

Zoals in paragraaf 3.2. uiteengezet kunnen beperkingen van het dienstenverkeer kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van een algemeen belang indien zij geschikt en noodzakelijk zijn om het nagestreefde doel te bereiken.

De scope regel beoogt draagmoederschapstoerisme tegen te gaan. Zoals uitgebreider besproken in para. 3.2.2, behoeft deze grond nadere invulling. In dit geval zou wellicht ook kunnen worden gesteld dat de maatregel (tevens) beoogt te voorkomen dat draagmoeders uit minder welvarende landen worden geëxploiteerd. Zodoende zou gesteld kunnen worden dat de maatregel de bescherming van grondrechten dient, in het bijzonder de menselijke waardigheid van draagmoeder en kind.

Ten aanzien van de proportionaliteit van de scope regel gelden vergelijkbare gezichtspunten als uiteengezet in para. 3.2.2, zij het dat het perspectief nu net iets anders is. 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.

Indien en voor zover de scope regel exploitatie van draagmoeders beoogt te voorkomen, kan de vraag gesteld worden of er ook minder vergaande maatregelen voorhanden zijn om dat doel te bereiken. Mogelijk dat dit doel ook kan worden bereikt door bij de draagmoedersregeling grenzen te stellen aan de hoogte van de toe te kennen vergoeding en sterke nadruk te leggen op geïnformeerde instemming van de draagmoeder. In dat kader zou ook overwogen moeten worden of het stellen van de eis dat de wensouders de draagmoeder uit de privésfeer kennen, een geschiktere maatregel is om hetzelfde doel te bereiken. Een dergelijke maatregel zonder onderscheid, is mogelijk meer in lijn met het doel van de beperking.

Tot slot moet onderzocht worden of de scope regel in overeenstemming is met grondrechten. Bij het maken van een afweging tussen de belangen van draagmoeder, wensouders, het kind en het algemeen belang, moet het belang van het kind voorop staan (zie uitgebreider para. 2.2). De scope regel draagt het risico met zich dat een kind dat in Nederland bij een buitenlandse draagmoeder, of een in het buitenland woonachtige draagmoeder geboren wordt, in een situatie van rechtsonzekerheid terechtkomt, indien de draagmoeder het kind niet wenst op te voeden, terwijl het ouderschap van de wensouders niet gevestigd kan worden. Te meer indien (één van) de wensouders ook de genetisch ouder(s) van het kind is of zijn, roept dit ook vragen op over het recht op persoonlijke identiteit als onderdeel van het respect voor privéleven van het kind onder art. 8 EVRM (zie uitgebreider para. 5.1 en 5.2.).

3.3.3 Conclusies

Op grond van bovenstaande analyse kan worden geconcludeerd dat het aannemelijk is dat draagmoederschap binnen het dienstenverkeer komt en dat de scope regel een beperking van dat dienstenverkeer vormen. Het komt dus aan op de vraag of een dergelijke beperking gerechtvaardigd kan worden. Hoewel de door het EU HvJ toegepaste toets aan proportionaliteit in moreel gevoelige kwesties over het algemeen geen strenge is, hangt veel af van de nadere invulling van de voor de scope regel aan te voeren rechtvaardigingsgrond. Tevens rijzen er vragen ten aanzien van de verenigbaarheid van de maatregel met grondrechten.

4. Eisen aan het gebruik van geslachtscellen en embryo's

De vierde vragenset ziet op de vraag of ten aanzien import en gebruik van geslachtscellen en embryo's uit het buitenland de eisen uit de Nederlandse Embryowet¹³¹ en de Wet Donorgegevens kunstmatige bevruchting¹³² kunnen worden toegepast.

De Embryowet schrijft onder meer voor dat voor donatie van geslachtscellen en embryo's schriftelijk geïnformeerde toestemming moet worden gegeven en dat donatie enkel om niet kan geschieden.¹³³ De Wet Donorgegevens kunstmatige bevruchting,¹³⁴ bepaalt onder meer dat een kind dat weet of vermoedt dat hij is verwekt door en ten gevolge van kunstmatige donorbevruchting vanaf de leeftijd van twaalf jaar recht heeft op toegang tot (bepaalde) informatie over de donor.

4.1 Toetsing aan Richtlijn 2004/23/EG

Richtlijn 2004/23/EG over kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het gebruik menselijke weefsels en cellen¹³⁵ [...] legt normen vast voor de kwaliteit en de veiligheid

¹³¹ *Stb.* 2002, 338.

¹³² *Stb.* 2002, 240.

¹³³ Art 5 lid 2 en art. 8 lid 2 Embryowet.

¹³⁴ *Stb.* 2002, 240.

¹³⁵ De Weefsels en Cellen Richtlijn bestaat uit drie Richtlijnen: de 'moeder Richtlijn', Richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen [2004] OJ L102/48, die voorziet in het raamwerk, en twee technische Richtlijnen: Richtlijn 2006/17/EG van de Commissie van 8 februari 2006 ter uitvoering van Richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft bepaalde technische voorschriften voor het doneren, verkrijgen en testen van menselijke weefsels en cellen [2006] OJ L38/40 en Richtlijn 2006/86/EG van de Commissie van 24 oktober 2006 ter uitvoering van Richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de traceerbaarheidsvereisten, de melding van ernstige bijwerkingen en ernstige ongewenste voorvallen en bepaalde technische voorschriften voor het coderen, bewerken, conserveren, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen [2006] OJ L294/32. Richtlijn 2006/17/EG is gewijzigd door Richtlijn 2012/39/EU van de Commissie van 26 november 2012 tot wijziging van Richtlijn 2006/17/EG wat betreft bepaalde technische voorschriften voor het testen van menselijke weefsels en cellen [2012] OJ L327/24). Laatstgenoemde Richtlijn wijzigde, *inter alia*, de eisen ten aanzien van het testen van geslachtscellen bij partnerdonatie, zoals neergelegd in Bijlage III bij Richtlijn 2006/17/EG.

van menselijke weefsels en cellen bestemd voor toepassing op de mens, teneinde een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de mens te waarborgen.’ Het voorziet aldus in een ‘uniform raamwerk ter waarborging van hoge kwaliteits- en veiligheidsnormen bij het verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van weefsels en cellen’ in de gehele Europese Unie en ‘ter vergemakkelijking van uitwisselingen ervan ten behoeve van [...] patiënten.’¹³⁶

Dergelijke kwaliteits- en veiligheidseisen bestaan er onder meer uit dat menselijk weefsel en menselijke cellen alleen in erkende instellingen mogen worden verkregen, getest en bewerkt¹³⁷ en dat dergelijke weefsels en cellen van donor tot ontvanger en omgekeerd kunnen worden getraceerd.¹³⁸ Ook bij de in- en uitvoer van menselijke weefsels en cellen uit derde landen (niet EU-lidstaten) moeten gelijkwaardige kwaliteits- en veiligheidsnormen worden toegepast.¹³⁹

De Richtlijn ziet uitdrukkelijk ook op geslachtscellen.¹⁴⁰ Zowel donoren van geslachtscellen, als individuen of koppels bij wie geslachtscellen zijn afgenomen gedurende een voortplantingsbehandeling, worden aangemerkt als ‘donoren’ in de zin van de Richtlijn.¹⁴¹ Lidstaten moeten zich ‘beijveren’ om ‘vrijwillige, onbetaalde donaties van weefsels en cellen te verzekeren’.¹⁴² Op grond van artikel 14 lid 1 moeten de lidstaten ‘de nodige maatregelen’ treffen ‘[...] om ervoor te zorgen dat de in het kader van [de] richtlijn verzamelde gegevens die door derden kunnen worden geraadpleegd, met inbegrip van genetische informatie, geanonimiseerd zijn zodat de donor en de ontvanger niet meer te identificeren zijn.’ Meer in het bijzonder bepaalt lid 3 van dit artikel dat lidstaten ‘de nodige maatregelen’ moeten nemen ‘[...] om ervoor te zorgen dat de identiteit van de ontvanger(s) niet aan de donor of zijn familie bekendgemaakt wordt, en andersom [...]’. Het artikellid voegt daar echter ogenblikkelijk aan toe, dat dit geldt ‘[...] onverminderd de geldende wetgeving in de lidstaten betreffende de voorwaarden voor bekendmaking, met name in het geval van geslachtsceldonaties.’ Deze toevoeging wordt verder verduidelijkt door Overweging 29 van de Preambule van de richtlijn, die leest:

‘Als algemeen beginsel geldt dat de identiteit van de ontvanger(s) niet aan de donor of zijn familie mag worden bekendgemaakt, en andersom, onverminderd de geldende wetgeving in de lidstaten betreffende de voorwaarden voor bekendmaking, op grond waarvan in uitzonderlijke gevallen, met name in geval van geslachtsceldonaties, de anonimiteit van de donor kan worden opgeheven.’

¹³⁶ Preambule bij Richtlijn 2004/23/EG onder 4.

¹³⁷ Art. 6 Richtlijn 2004/23/EG.

¹³⁸ Art. 8 Richtlijn 2004/23/EG.

¹³⁹ Art. 9 Richtlijn 2004/23/EG.

¹⁴⁰ Art. 3 Richtlijn 2004/23/EG onder a definieert “cellen” als: ‘afzonderlijke cellen van menselijke oorsprong of een verzameling cellen van menselijke oorsprong die niet door bindweefsel met elkaar verbonden zijn.’ Overweging 7 van de Preambule verklaart voorts dat de Richtlijn van toepassing is op ‘cellen, met inbegrip van [...] kiemcellen (eicellen, zaadcellen) [...]’.

¹⁴¹ Krachtens artikel 3 onder c is een “donor” ‘elke menselijke bron, dood of levend, van menselijke cellen of weefsels’. “Donatie” wordt gedefinieerd als ‘het doneren van menselijke weefsels of cellen bedoeld voor toepassing op de mens’ (artikel 3 onder d).

¹⁴² Art. 12 lid 1 Richtlijn 2004/23/EG en Preambule Richtlijn 2004/23/EG onder 18.

Anonimiteit van donoren is dus een ‘algemeen beginsel’ en geen harde regel. De Richtlijn laat uitdrukkelijk ruimte voor het opheffen van de anonimiteit van de donor, zij het dat bepaald is dat dit enkel geldt in ‘uitzonderlijke gevallen’.

De Richtlijn belet niet ‘dat een lidstaat strengere beschermende maatregelen handhaaft of treft, op voorwaarde dat deze in overeenstemming zijn met het Verdrag.’¹⁴³ In het bijzonder, en relevant voor onderhavig onderzoek, is dat zij ‘[t]eneinde een hoog niveau van gezondheidsbescherming te waarborgen’, de invoer van menselijke weefsels en cellen mogen verbieden of beperken, ‘mits de bepalingen van het verdrag worden geëerbiedigd.’¹⁴⁴

Dat roept de vraag op wat het primaire EU recht (‘de Verdragen’ of ‘het Verdrag’) hierover bepaalt. Aangezien het hier om grensoverschrijdende situatie gaat, moet met name naar de EU vrij verkeersregels gekeken worden.

4.2. Toetsing aan de vrij verkeersregels

4.2.1 Komt de situatie binnen de reikwijdte van het vrij verkeer?

In voorliggend geval over eisen aan de import en het gebruik van geslachtscellen en embryo’s kunnen mogelijk het vrij verkeer van goederen (art. 34 VWEU) en het vrij verkeer van diensten (art. 56 VWEU) worden ingeroepen. Hoewel deze vraag als zodanig nog niet door het EU HvJ beoordeeld, kan niet worden uitgesloten dat eicellen en zaadcellen kunnen worden aangemerkt als ‘goederen’ in de zin van het Verdrag. Voor embryo’s ligt dat, gelet op de gevoeligheid van de materie, mogelijk problematischer, maar ook hier kan dit niet worden uitgesloten.¹⁴⁵ Tegelijkertijd zien de te stellen eisen aan geïmporteerde geslachtscellen en embryo’s, op het gebruik daarvan in het kader van een draagmoederschapstraject, inclusief Ivf-behandeling (een medische dienst). Daarmee kunnen zij binnen de reikwijdte van het dienstenverkeer worden gebracht (zie over het dienstenbegrip uitgebreider 3.1). Het is vaste rechtspraak dat het Hof een nationale maatregel die zowel het vrije verkeer van goederen als een andere fundamentele vrijheid beperkt, in beginsel slechts toetst aan een van deze twee vrijheden, indien blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.¹⁴⁶ *In casu* zou kunnen worden gesteld dat het vrij

¹⁴³ Artikel 4 lid 2 Richtlijn 2004/23/EG.

¹⁴⁴ Artikel 4 lid 2, tweede alinea Richtlijn 2004/23/EG. Het derde lid van dit artikel bepaalt bovendien dat lidstaten ‘het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, conserveren, bewaren, distribueren of gebruiken van bepaalde soorten menselijke weefsels of cellen of van cellen uit een bepaalde bron’ mogen verbieden, ‘ook indien die besluiten eveneens betrekking hebben op de invoer van dergelijke menselijke weefsels en cellen’.

¹⁴⁵ Zo definieerde het EU HvJ in de zaak *Brüstle* (Zaak C-34/10) wel het begrip ‘embryo’ in de zin van het octrooirecht, in het bijzonder Richtlijn 98/44/EG. Het Hof benadrukte daarbij (in r.o. 30) dat het Hof met de voorliggende prejudiciële verwijzing niet werd gevraagd ‘om in te gaan op medische of ethische vraagstukken, maar enkel een juridische uitlegging [moest] geven van de relevante bepalingen van de richtlijn.’

¹⁴⁶ Zaak C-108/09 *Ker-optika*, r.o. 43, onder verwijzing naar Zaak C-275/92 *Schindler*, r.o. 22 en Zaak C-20/03, *Burmanjer e.a.*, r.o. 35,

verkeer van goederen ondergeschikt is aan het vrij dienstenverkeer,¹⁴⁷ als gevolg waarvan alleen aan het dienstenverkeer getoetst zou hoeven te worden.

Uiteindelijk maakt het echter niet veel verschil aan welk van de twee vrijheden wordt getoetst omdat de toepasselijk toets in vergaande mate gelijk is; indien sprake is van een beperking van het vrij verkeer, dan moet worden onderzocht of deze maatregel geschikt en noodzakelijk is om een daarmee nagestreefd algemeen belang te dienen en of de maatregel verenigbaar is met grondrechten.

4.2.2 Een beperking van het vrij verkeer?

In voorliggende vragenset worden diverse maatregelen voorgelegd, die ieder voor zich een beperking van het vrij verkeer kunnen vormen. Daarbij kan in ieder geval onderscheid gemaakt worden tussen:

- Een verbod op import van geslachtscellen en embryo's die niet om niet zijn gedoneerd;
- Een verbod op import van geslachtscellen en embryo's die niet met geïnformeerde toestemming zijn gedoneerd;
- Een verbod op import van geslachtscellen en embryo's waarvoor geen schriftelijke toestemming is gegeven;¹⁴⁸
- Een eis van (her)registratie van geslachtscellen en embryo's;
- Een eis dat in een Nederlands draagmoederschapstraject alleen gebruik kan worden gemaakt van embryo's uit het buitenland indien die embryo's voldoen aan de vereisten van de Embryowet;

Zoals uitgebreider uiteengezet in para. 3.2.1 is de drempel voor het aannemen van een beperking van het vrij verkeer zeer laag: iedere maatregel die de interstatelijke handel 'al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren'¹⁴⁹ vormt een beperking. Er bestaat weinig twijfel over dat bovengenoemde maatregelen aan deze definitie voldoen¹⁵⁰ en zogenoemde maatregelen zonder onderscheid vormen.

¹⁴⁷ Vgl. *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex. p. Diane Blood* [1997] 2 CMLR 591. Voor een tegengestelde redenering zou mogelijk aansluiting kunnen worden gezocht bij Zaak C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*, r.o. 65, 76 en 124 en Zaak C-108/09 *Ker-optika*, r.o. 44-46.

¹⁴⁸ Terwijl deze analyse zich beperkt tot deze in de Embryowet gestelde eisen, kan niet worden uitgesloten dat ook andere in de Embryowet gestelde eisen aan het vrij verkeer getoetst kunnen worden.

¹⁴⁹ Zaak 8/74 *Dassonville*, r.o. 5.

¹⁵⁰ Bij goederen wordt een onderscheid gemaakt tussen kwantitatieve beperkingen (bijvoorbeeld een importverbod) en zogenoemde 'maatregelen van gelijke werking' als kwantitatieve beperkingen (Zaak 8/74, *Dassonville*, r.o. 5). In de rechtspraak zijn maatregelen van gelijke werking gedefinieerd als: '[...] de maatregelen van een lidstaat die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld, alsook voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn [...]. Onder dit begrip valt eveneens elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert.' Zaak C-108/09 *Ker-optika*, r.o. 49-50, onder verwijzing naar Zaak C-110/05 *Commissie/Italië*, r.o. 35 en 37. In het goederenverkeer is bovendien vastgesteld dat ook gebruikseisen belemmeringen van het vrij verkeer vormen (Zaak C-110/05 *Commissie/Italië*).

4.2.3 Zo ja, kan deze beperking gerechtvaardigd worden?

Ieder van deze maatregelen zal moeten worden gerechtvaardigd, wil zij toelaatbaar zijn. Voor een uitgebreide bespreking van de relevante toets zij verwezen naar paragrafen 2.1. en 3.2.2. De in 3.2.2 uiteengezette elementen van de rechtspraak van het EU HvJ zijn ook in voorliggende vragenreeks relevant.

Aangezien de vijf hierboven genoemde beperkingen maatregelen zonder onderscheid betreffen, kunnen zowel rechtvaardigingsgronden uit het Verdrag¹⁵¹ als zogenoemde dwingende redenen van algemeen belang worden aangevoerd. De eisen uit de Embryowet zien in ieder geval op bescherming van de menselijke waardigheid het voorkomen van exploitatie van donoren van geslachtscellen en embryo's¹⁵² en het voorkomen van commercieel draagmoederschap. De Staatscommissie heeft aangegeven dat voorstelbaar is dat eisen uit de Embryowet worden gerekend tot de Nederlandse openbare orde. Daarmee ligt voor de hand dat, aansluitend bij de in paragraaf 3.2.2 besproken rechtspraak, een rechtvaardigingsgrond of dwingende reden van algemeen belang kan worden aangenomen.

De eis van (her)registratie van geslachtscellen en embryo's is ingegeven door grondrechtenbescherming, namelijk bescherming van het recht van het kind te weten van wie het afstamt. Bescherming van grondrechten is, zo volgt uit *Omega*, een dwingende reden van algemeen belang (zie para. 3.2.2 hierboven). Uit *Omega* volgt ook dat Staten – in ieder geval ten aanzien van invulling van het begrip menselijke waardigheid – een beoordelingsruimte toekomt. Het is dan ook aannemelijk dat het EU HvJ ook op het gebied van kennis van de afstamming, ten aanzien waarvan de regelgeving van de lidstaten aanzienlijk verschilt, een beoordelingsruimte zou toekennen en in dit verband de bescherming van grondrechten als rechtvaardigingsgrond zou accepteren.

Voorts moeten de verschillende maatregelen worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. Zij moeten, anders gesteld, geschikt en noodzakelijk zijn om het daarmee nagestreefde doel te bereiken. In dit verband zij opgemerkt dat wederzijdse erkenning een basisbeginsel is van Unierecht is. Dit betekent dat goederen die in een lidstaat rechtmatig zijn geproduceerd en op de markt gebracht ook markttoegang hebben in de andere lidstaten.¹⁵³ Meer in het algemeen geldt binnen het vrij verkeer dat indien een bepaald algemeen belang reeds door handelen van een andere lidstaat is behartigd, een lidstaat daar in beginsel op moet vertrouwen en geen aanvullende maatregelen op mag leggen.

Prima facie lijken de verschillende maatregelen niet problematisch. Er is in alle gevallen sprake van een overtuigend publiek belang en de maatregelen lijken geschikt en noodzakelijk om dat belang te dienen. Nederland zal wel moeten aantonen dat wederzijdse erkenning niet afdoende is om de gestelde doelen te bereiken. Hiervoor zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de in para. 3.2.2 besproken rechtspraak over

¹⁵¹ Bij het vrij verkeer van goederen is de lijst van in het Verdrag (art. 36 VWEU) genoemde gronden uitgebreider. Deze bevat behalve openbare orde en volksgezondheid onder meer ook openbare zedelijkheid.

¹⁵² Zie ook MvT Embryowet, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 423, nr. 3.

¹⁵³ Zaak 120/78 *Cassis de Dijon*, r.o. 15.

fraudebestrijding bij kansspelregulering, waarin het EU HvJ aanvaardde dat lidstaten ten opzichte van in het buitenland gevestigde marktdeelnemers niet beschikten over dezelfde controlemogelijkheden als ten opzichte van een nationale marktdeelnemer. Voor wat betreft het vereiste dat de donor (schriftelijk) geïnformeerde toestemming heeft gegeven, is daarentegen niet ondenkbaar dat een andere lidstaat reeds op equivalent niveau het nagestreefde doel heeft beschermd. Dit zou de proportionaliteit van een dergelijke maatregel kunnen ondermijnen of in ieder geval kunnen vragen om nadere invulling.¹⁵⁴

De genoemde beperkingen lijken voorts in overeenstemming met grondrechten te zijn. Er is geen reden om aan te nemen dat de in de Embryowet gestelde eisen de rechten van donoren schenden, zij lijken deze eerder te beschermen.¹⁵⁵ De eis van (her)registratie van geslachtscellen en embryo's kan naar verwachting evenzeer in overeenstemming met grondrechten worden geacht. De rechtspraak van het EHRM over het recht van kinderen op kennis van de afstamming laat veel ruimte aan Staten voor het maken van een afweging (zie para. 2.2). Bovendien, zoals opgemerkt in para. 2.2, is een ontwikkeling gaande richting sterkere bescherming van de rechten van het kind; waarmee de eis van (her)registratie dus in lijn zal zijn.

4.2.4 Conclusies

Richtlijn 2004/23/EG over kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het gebruik menselijke weefsels en cellen biedt ruimte voor het stellen van eisen aan de import en het gebruik van geslachtscellen en embryo's op grond van de Embryowet en de Wet Donorgegevens kunstmatige bevruchting. Dergelijke eisen moeten echter wel in overeenstemming zijn met de vrij verkeersregels. Zoals in para. 4.2.2 vastgesteld, is *in casu* sprake van diverse beperkingen van het vrij verkeer. Terwijl deze beperkingen *prima facie* toelaatbaar lijken onder Unierecht is een aandachtspunt of er gegronde redenen zijn af te wijken van het beginsel van wederzijdse erkenning.

5. De positie van draagmoeders en wensouders onder art. 8 EVRM

De vierde set door de Staatscommissie voorgelegde vragen ziet op de positie van de genetisch verwante draagmoeder onder art. 8 EVRM (het recht op respect voor familie- en gezinsleven en het recht op respect voor privéleven), ten opzichte van die van de

¹⁵⁴ Bij de laatste subvraag ('Kan Nederland vereisen dat (indien) in een Nederlands draagmoederschapstraject gebruik wordt gemaakt van embryo's uit het buitenland die (embryo's moeten) voldoen aan de vereisten van de Embryowet?') moet het begrip 'Nederlands draagmoederschapstraject' worden gedefinieerd. Betekent dit dat het gehele traject in Nederland moet plaatsvinden, of kunnen ook delen daarvan in het buitenland plaatsvinden? Ook dit kan de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel beïnvloeden.

¹⁵⁵ De Grote Kamer-uitspraak *Parrillo t. Italië* leert dat embryo's 'a constituent part of [...] person's genetic material and biological identity' vormen, maar het doneren van embryo's is tegelijkertijd niet 'a particularly important aspect' van de 'existence and identity' van de donor. Een verbod op het doneren van embryo's aan de wetenschap, werd door het EHRM niet in strijd met het EVRM bevonden. EHRM 27 augustus 2015 [GK], *Parrillo t. Italië*, nr. 46470/11, r.o. 158 en 174.

wensouders, ingeval de draagmoeder zich terugtrekt uit de draagmoederschapsovereenkomst. Is het dan op basis van artikel 8 EVRM toelaatbaar dat het ouderschap niet automatisch bij haar komt te liggen? En onder welke voorwaarden zou dat dan kunnen? En zou dan – al dan niet na rechterlijke tussenkomst – het kind dus bij haar kunnen worden weggehaald en bij de wensouders kunnen worden geplaatst? Daarbij vraagt de Staatscommissie zich ook af of in geval bij de totstandkoming van de draagmoederschapsovereenkomst – en dus vóór de zwangerschap – een rechterlijke toets heeft plaatsgevonden, het noodzakelijk is om in alle gevallen de rechter nog een rol te geven bij de overdracht van het kind aan de wensouders na de geboorte. Biedt de rechterlijke toets ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst reeds voldoende waarborg voor bescherming van alle betrokken belangen? Kan, met andere woorden, het contract leidend zijn indien de draagmoeder zich na het sluiten van de overeenkomst bedenkt? Of moet in alle gevallen ook de overdracht van het kind aan de wensouders door de rechter worden getoetst?

Deze vragen zijn vooralsnog niet beantwoord in de EHRM-rechtspraak. Voor de beoordeling van een dergelijke situatie onder art. 8 EVRM, moet dan ook aansluiting worden gezocht bij bestaande art. 8 rechtspraak, die, zo zij hier benadrukt, zeer zaaksbepaald is. Hoewel het dus niet eenvoudig is algemene regels uit de rechtspraak af te leiden, streeft onderstaande analyse ernaar zoveel mogelijk handreikingen te bieden voor beantwoording van de voorliggende vragen. In lijn met de door de Staatscommissie voorgelegde vragen is de situatie dat de draagmoeder *niet* genetisch verwant is aan het kind buiten beschouwing gelaten.

Para. 5.1. beantwoordt de vraag of art. 8 EVRM van toepassing is op het voorliggende geval. Para. 5.2 onderzoekt vervolgens hoe de verschillende belangen zouden moeten worden afgewogen.

5.1 Is art. 8 EVRM van toepassing op het voorliggend geval?

In de in para. 2.2.2 besproken EHRM-rechtspraak over internationaal draagmoederschap, oordeelde het EHRM dat de situatie van de wensouders en de kinderen binnen de reikwijdte kwam van het recht op respect voor familie- en gezinsleven van art. 8 EVRM. In al deze zaken droeg het feit dat de wensouders het kind al enige tijd hadden verzorgd en als gevolg daarvan nauwe persoonlijke banden met het kind hadden ontwikkeld bij aan die bevinding. In de voorliggende casus is echter niet zo evident dat gezinsleven tussen de wensouders en het kind kan worden aangenomen. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij een onderscheid gemaakt kan worden tussen: (1) de situatie dat de wensvader ook de genetisch vader van het kind is en (2) de situatie dat geen van beide wensouders genetisch verwant is met het kind.¹⁵⁶

In beide situaties kan gezinsleven worden aangenomen indien sprake is van een ‘nauwe persoonlijke band’ tussen wensouder(s) en kind, bijvoorbeeld doordat het kind voor een bepaalde periode door de wensouder(s) is verzorgd. Indien aan dit criterium niet is voldaan, kunnen de wensouders mogelijk niettemin een beroep doen op het recht op respect voor familie- en gezinsleven indien aangetoond kan worden dat sprake is van

¹⁵⁶ Als gezegd is de situatie waarin beide wensouders genetisch ouder van het kind zijn – in lijn met de door de Staatscommissie voorgelegde vragen – hier buiten beschouwing gelaten.

‘voorgenomen gezinsleven’. Daarbij zou een beroep kunnen worden gedaan op de zaak *D. e.a t. België* waarin het Hof bij het aannemen van gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM meenam dat de wensouders vanaf de geboorte van het kind oprecht wensten als ouders voor het kind te zorgen en zij actie hadden ondernomen om een effectief gezinsleven te verzekeren (zie para. 2.2.2). Omdat het Hof in die zaak bij het aannemen van gezinsleven echter ook meewoog dat de wensouders het kind al enige maanden als ouders hadden verzorgd en bovendien de wensvader ook de genetische vader van het kind was, kan niet met zekerheid gesteld worden dat voorgenomen gezinsleven in zichzelf voldoende zou zijn om de situatie van de wensouders binnen de reikwijdte van het recht op respect voor familie- en gezinsleven te brengen. In dit verband zij ook in herinnering geroepen dat art. 8 EVRM uitdrukkelijk niet een recht beschermt om een gezin te stichten of een recht om een kind te adopteren.¹⁵⁷

Ook indien de situatie van de wensouders niet binnen het recht op respect voor familie- en gezinsleven zou komen, dan kan naar alle waarschijnlijkheid nog wel het recht op respect voor privéleven worden ingeroepen, in ieder geval door de wensvader die ook genetisch vader van het kind is. Immers, zoals besproken in para 2.2, vormt genetisch ouderschap een wezenlijk aspect van de identiteit van ieder individu. De rol van de niet-genetische wensmoeder is tot dusver enigszins onderbelicht gebleven in de EHRM-rechtspraak. Mogelijk kan ook zij *in casu* het recht op respect voor privéleven invoeren, zij het niet op grond van genetisch ouderschap van het kind, maar mogelijk – wederom – op grond van ‘voorgenomen ouderschap’. Opgemerkt zij wel, dat het Hof deze piste in de zaken *Mennesson* en *Labassee* (zie para. 2.2.2) niet verkende; in die zaken onderzocht het Hof alleen of de onthouding van wettelijke erkenning van het genetisch ouderschap van de genetisch verwante wensvader, het recht op respect voor privéleven van de betrokken kinderen schond.

Daarnaast is zeer aannemelijk dat ook de belangen van de draagmoeder de bescherming van art. 8 EVRM genieten. In de vier door het EHRM besloten internationale draagmoederschapszaken¹⁵⁸ werden de belangen van de draagmoeder niet (of slechts indirect) in de belangenafweging meegenomen omdat zij reeds buiten beeld was. Voorliggend geval is wat dat betreft wezenlijk anders. Omdat in de door de Staatscommissie voorgelegde situatie de draagmoeder ook genetisch moeder van het kind is, lijkt aannemelijk dat de relatie tussen moeder en kind de bescherming geniet van het recht op respect voor familie- en gezinsleven van art. 8 EVRM. In ieder geval komt de zwangerschap als zodanig binnen de reikwijdte van het recht op respect voor privéleven van de draagmoeder en mogelijk ook binnen het recht op respect voor gezins- en familielevens.¹⁵⁹ Uit de EHRM-rechtspraak volgt bovendien dat de band tussen draagmoeder en kind *door de geboorte* van het kind binnen de reikwijdte van het recht op respect voor familie- en gezinsleven komt.¹⁶⁰ Indien de draagmoeder na de geboorte (gedurende enige tijd) voor het kind zorgt, is zonder twijfel sprake van gezins- en familielevens.

¹⁵⁷ EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 67, onder verwijzing naar EHRM 22 januari 2008 [GK], *E.B. t. Frankrijk*, nr. 43546/02, r.o. 41.

¹⁵⁸ Zie para. 2.2.2.

¹⁵⁹ ECieRM 19 mei 1976, *Brüggemann and Scheuten*, nr. 6959/75, r.o. 5: ‘[...] pregnancy and the interruption of pregnancy are part of private life, and also in certain circumstances of family life.’

¹⁶⁰ EHRM 5 juni 2014, *I.S. t. Duitsland*, nr. 31021/08, r.o. 68.

In het kader van dit onderzoek kan de vraag gesteld worden of wellicht het tekenen van de draagmoederschapsovereenkomst door de draagmoeder vóór de totstandkoming van de zwangerschap en de rechterlijke goedkeuring daarvan, in de weg zouden staan aan het aannemen van familie- en gezinsleven tussen draagmoeder en het genetisch verwante kind. In zaken over het ter adoptie afstaan van het kind na de geboorte,¹⁶¹ heeft het Hof wel gesuggereerd – doch niet bevestigd – dat het gezinsleven tussen moeder en kind beëindigd werd door het tekenen door de moeder van de verklaring waarmee zij het kind ter adoptie afstond.¹⁶² Het Hof benadrukte daarbij echter dat de situatie in ieder geval wel binnen de reikwijdte van het recht op respect voor privéleven van de moeder kwam.¹⁶³ Bovendien betrof deze rechtspraak een situatie waarbij het kind al geboren was, terwijl de voorliggende vraag ziet op de situatie vóór de geboorte, of zelfs vóór de zwangerschap. Te meer omdat de vraag of sprake is van gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM een feitelijke vraag is, waarbij het bestaan van nauwe persoonlijke banden bepalend is, is het moeilijk voor te stellen dat middels een contract voorkomen kan worden dat dergelijk banden tijdens de zwangerschap en/of door de geboorte ontstaan tussen draagmoeder en haar genetisch verwante kind.

De situatie van de draagmoeder komt dus in ieder geval binnen de reikwijdte van het recht op respect voor privéleven en het is bovendien aannemelijk dat de band tussen draagmoeder en kind bescherming van het recht op respect op gezinsleven geniet. Ook indien het kind vervolgens – al dan niet door rechterlijke tussenkomst – bij de wensouders zou worden geplaatst en zij de wettige ouders van het kind zouden worden, dan zou dat nog niet automatisch het bestaan van dat gezinsleven tussen de draagmoeder en het kind doorbreken. In de woorden van Forder:

‘Ouders blijven familie- en gezinsleven hebben met hun kinderen, zelfs nadat zij uit het gezag zijn ontheven en het kind door anderen geadopteerd is. Al hebben de ouders naar nationaal recht geen juridische band meer met het kind, voor het Hof is het familie- en gezinsleven nog beschermingswaardig en daarom nog steeds in stand. Dit is vaste rechtspraak van het Hof.’¹⁶⁴

Dit zou slechts anders kunnen zijn in geval het kind reeds met geïnformeerde toestemming door de moeder zou zijn afgestaan en overgedragen aan de wensouders. In die situatie zou, conform de in 2.2.1 besproken rechtspraak, mogelijk gesteld kunnen worden dat de relatie tussen draagmoeder en kind vanaf dat moment niet langer binnen de reikwijdte van het recht op respect voor familie- en gezinsleven komt.¹⁶⁵ Niettemin zou de draagmoeder ook in die situatie een beroep kunnen doen op haar recht op respect voor privéleven, omdat de vaststelling van haar rechten ten opzichte van haar genetische verwante kind en de wensouders betrekking heeft op een belangrijk aspect van haar identiteit als genetische moeder.¹⁶⁶

¹⁶¹ Zoals uitgebreider besproken in para. 2.2.1.

¹⁶² Vgl. EHRM 5 juni 2014, *I.S. t. Duitsland*, nr. 31021/08, r.o. 68.

¹⁶³ *Idem*, r.o. 68 en 69.

¹⁶⁴ Forder 2015, *supra* n. 19, para. C.1.1.1.2, onder verwijzing naar EHRM 8 januari 2013, *A.K. en L. t. Kroatië*, nr. 37956/11, r.o. 51-52.

¹⁶⁵ Vgl. EHRM 5 juni 2014, *I.S. t. Duitsland*, nr. 31021/08, r.o. 68.

¹⁶⁶ *Idem*, r.o. 69.

Het kind kan – afhankelijk van de omstandigheden – het recht op respect voor familie- en gezinsleven inroepen in zijn relatie met de draagmoeder en/of de wensouders. Los daarvan komt de situatie van het kind, aansluitend bij *Menesson* en *Labassee* (zie para. 2.2.2), ook binnen het recht op respect voor privéleven, meer in het bijzonder het recht op respect voor persoonlijke identiteit.

Het hangt dus van de omstandigheden van het geval af of sprake is van gezinsleven – al dan niet tussen draagmoeder en kind of tussen wensouder(s) en kind – maar in ieder geval kunnen in voorliggend geval alle betrokkenen (draagmoeder, wensouder(s) en kind) het recht op respect voor privéleven inroepen. Er moet dan ook worden bekeken hoe hun belangen onderling, in combinatie met het algemeen belang en in ogenschouw nemend dat het belang van het kind voorop staat (zie para. 2.2), moeten worden afgewogen.

5.2 Handreikingen voor een eerlijke belangenafweging onder art. 8 EVRM

Uitgaande van de aanname dat de in de vierde vragenset omschreven situatie binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM komt, moet worden onderzocht hoe de verschillende art. 8 belangen moeten worden afgewogen ingeval de genetisch verwante draagmoeder zich terugtrekt uit de draagmoederschapsovereenkomst. Is het dan toelaatbaar dat het ouderschap niet automatisch bij haar komt te liggen en – al dan niet door rechterlijke tussenkomst – het kind bij de wensouders wordt geplaatst en het ouderschap aan hen wordt overgedragen? Biedt een rechterlijke toets ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst voldoende waarborg voor bescherming van alle betrokken belangen of moet er altijd ook na de geboorte nog een rechterlijke toets plaatsvinden?

Als gezegd, deze vragen zijn als zodanig (nog) niet door het EHRM beslist. Niettemin kunnen uit de EHRM-rechtspraak enige handreikingen worden afgeleid voor het maken van een eerlijke belangenafweging in een dergelijke situatie. Die eerlijke afweging is immers het beslissende criterium, of de situatie nu vanuit het perspectief van de negatieve verplichtingen of positieve verplichtingen van de Staat wordt beoordeeld (zie ook onder 2.2).¹⁶⁷

¹⁶⁷ Indien de zaak vanuit het perspectief van de draagmoeder wordt benaderd, dan kan deze beoordeeld worden op grond van de negatieve verplichtingen van de Staat. Uitgaande van de in para. 5.1. onderbouwde aanname dat de band tussen draagmoeder en kind binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM komt, mag worden aangenomen dat sprake is van een inbreuk op dat artikel indien de draagmoeder geen familierechtelijke betrekkingen (meer) kan vestigen met het kind (Vgl. Forder 2015, *supra* n. 19, par. C.1.2.2, onder verwijzing naar EHRM 13 juni 1979 [GK], *Marckx t. België*, nr. 6833/74). Mogelijk zou gesteld kunnen worden dat daarmee een biologische en mogelijk ook sociale realiteit wettelijke erkenning wordt ontzegd (Vgl. EHRM 26 juni 2014, *Menesson t. Frankrijk*, nr. 65192/11 r.o. 100; EHRM 10 oktober 2006, *Paulik t. Slowakije*, nr. 10699/05, r.o. 46. Vgl. ook EHRM 21 juli 2015, *Oliari e.a. t. Italië*, nrs. 18766/11 36030/11, r.o. 161 en 173). Indien het kind vervolgens – al dan niet door rechterlijke tussenkomst – bij de wensouders wordt geplaatst aan wie het wettelijk ouderschap wordt overgedragen, ligt des te meer voor de hand dat sprake is van een inbreuk op het recht op respect voor familie- en gezinsleven en/of privéleven van moeder en kind. Met die maatregel wordt immers het genot van het door de zwangerschap en/of geboorte gevestigde familieleven bemoeilijkt. Wil een inbreuk op art. 8 EVRM gerechtvaardigd zijn, dan moet deze voorzien zijn bij wet, een in art. 8 lid 2 EVRM genoemd gerechtvaardigd doel dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ter verwezenlijking van dat doel. Aan het vereiste van een wettelijke basis, zal in voorliggend geval naar verwachting kunnen worden voldaan. Voor de hand ligt dat in voorliggend geval het beschermen van de rechten van anderen, meer in het bijzonder de rechten van het kind en naar verwachting ook die van de wensouders, als

Allereerst zij nog maar eens onderstreept dat bij het maken van een eerlijke afweging tussen de belangen van de draagmoeder, de wensouder(s) en het kind en het algemeen belang, de belangen van het kind het zwaarst wegen. Het kind mag niet benadeeld worden op grond van het feit dat het geboren is, of zal worden, bij een draagmoeder, in het bijzonder niet ten aanzien van nationaliteit of burgerschap ('citizenship') en identiteit.¹⁶⁸ Dat betekent onder meer dat voorkomen moet worden dat het kind in een situatie van rechtsonzekerheid terecht komt.¹⁶⁹

Of een rechterlijke toets ten tijde van de totstandkoming van de draagmoederschapsovereenkomst – en dus voorafgaande aan de zwangerschap en geboorte van het kind – onder het EVRM volstaat voor waarborging van een eerlijke afweging van alle betrokken belangen, is vooralsnog een open vraag. Immers, het EHRM heeft nog geen zaken beslist waarin de vraag voor lag of vóór de geboorte gegeven en door de rechter goedgekeurde toestemming voor het afstaan van een kind, als geïnformeerde toestemming voor een dergelijke beslissing kan gelden. Bij alle in para. 2.2.1 besproken EHRM-rechtspraak in zaken waarin vrouwen die hun kind ter adoptie hadden afgestaan en vervolgens hun toestemming voor de adoptie wilden herroepen, gaven de vrouwen ná de geboorte toestemming voor de adoptie. Bovendien vond in alle gevallen een rechterlijke toets plaats – of bestond daartoe in ieder geval de mogelijkheid – waarbij de rechter onderzocht of de vrouw geïnformeerde toestemming had gegeven voor het afstaan van haar kind.

Dat roept de vraag op of uit deze rechtspraak de conclusie moet worden getrokken dat het voorzien in (de mogelijkheid van) een rechterlijke toets na de geboorte van het kind en voorafgaand aan de overdracht van het kind aan de wensouders, een minimumvoorwaarde is onder het EVRM. De Staat heeft onder het EVRM de plicht zeker te stellen dat de draagmoeder in volle wetenschap van de gevolgen van een dergelijke beslissing toestemming heeft gegeven voor het afstaan van het kind na de geboorte.¹⁷⁰ Of reeds voor aanvang van de zwangerschap gegeven toestemming kan gelden als dergelijke geïnformeerde toestemming op grond waarvan het kind automatisch bij de wensouders geplaatst kan worden, ook indien de draagmoeder zich bedenkt tijdens de zwangerschap of vlak na de geboorte, valt te betwijfelen. Op grond van *Todorova t. Italië* (zie para. 2..2.1) kan worden betoogd dat de draagmoeder, in ieder geval indien zij zich na het sluiten van de overeenkomst heeft bedacht, nogmaals moet worden gehoord voordat het kind daadwerkelijk wordt overgedragen. Een verder argument voor deze positie kan worden gevonden in *V.S. t. Duitsland* (zie 2.2.1). Immers, in die zaak achtte het Hof het feit dat eenmaal gegeven toestemming voor het afstaan van een kind ter adoptie onder Duits recht onherroepelijk was weliswaar niet in strijd met het EVRM, maar daarbij woog zwaar mee dat het Duitse recht wel voorzag in de mogelijkheid om bij de rechter om nietigverklaring van de toestemming te verzoeken. Tegelijkertijd was in beide zaken de aanvankelijke toestemming niet onderworpen geweest aan een

gerechtvaardigd doel kan worden aangemerkt. Bij de beoordeling van noodzakelijkheid (proportionaliteit) van deze inbreuk, moet in het bijzonder de vraag gesteld worden of een eerlijke afweging is gemaakt tussen de verschillende belangen.

¹⁶⁸ EHRM 27 januari 2015, *Paradiso en Campanelli t. Italië*, nr. 25358/12, r.o. 85, onder verwijzing naar Artikel 7 van het VN Verdrag voor de Rechten van het Kind.

¹⁶⁹ Vgl. EHRM 26 juni 2014, *Mennesson t. Frankrijk*, nr. 65192/11 en EHRM 24 juni 2004, *Labassee t. Frankrijk*, nr. 65941/11 (zie para. 2.2.2).

¹⁷⁰ EHRM 13 januari 2009, *Todorova t. Italië*, nr. 33932/06.

rechterlijke toets en vormde de door het EHRM vereiste toets dus de eerste (en enige) rechterlijke toets. Beslissend voor de hier voorliggende vraag is dan ook of het EHRM van oordeel zou zijn dat een draagmoeder voorafgaand aan de zwangerschap en geboorte van een genetisch aan haar verwante kind, in staat is in volle wetenschap van de gevolgen van een dergelijke beslissing toestemming te geven voor het afstaan van het kind na de geboorte. Die vraag kan op basis van de bestaande rechtspraak niet met zekerheid worden beantwoord. Wel zij in dit kader gewezen op de draagmoederschapswetgeving in het Verenigd Koninkrijk, die bepaalt dat de draagmoeder niet eerder dan zes weken na de geboorte van het kind de vereiste toestemming kan geven die noodzakelijk is voor toekenning van het ouderschap aan de wensouders.¹⁷¹ Eerder gegeven toestemming is rechtsongeldig onder de relevante wetgeving.

Daar komt bij dat, zoals in para. 2.2 besproken, voor verwijdering van een kind uit zijn gezinssituatie tegen de wens van de ouder(s) een hoge drempel geldt. Het Hof heeft meermaals benadrukt dat het doorbreken van familiebanden een serieuze inbreuk maakt op art. 8 EVRM rechten en daarom gegrond moet zijn op zwaarwichtige, op het belang van het kind gesteunde, overwegingen.¹⁷² Indien en voor zover kan worden aangenomen dat reeds een gezinssituatie tussen draagmoeder en kind tot stand is gekomen (zie para. 5.1), valt te betwijfelen of in de hier onderzochte casus deze drempel gehaald zou zijn. Het feit dat de draagmoeder zich terugtrekt uit de draagmoederschapsovereenkomst, lijkt *prima facie* als zodanig niet afdoende om haar 'bijzonder ongeschikt' te achten.¹⁷³ Dat zou betekenen dat zwaarwegender redenen moeten worden aangevoerd dan het gegeven dat de draagmoeder – die tevens genetisch moeder van het kind is – zich voorafgaand aan de zwangerschap in een overeenkomst met de wensouders ertoe heeft verplicht het kind na de geboorte af te staan.

Indien de draagmoeder zich pas bedenkt nadat het kind reeds conform de draagmoederschapsovereenkomst aan de wensouders is overgedragen, kan onder verwijzing naar de in para. 2.2.1 besproken adoptiezaken mogelijk worden gesteld dat

¹⁷¹ Art. 54 (6) en (7) Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Dit geldt bovendien tevens voor de niet-genetisch verwante draagmoeder. In Griekenland geldt naar verluidt een draagmoederschapsregeling die niet voorziet in een wettelijke mogelijkheid voor een draagmoeder om na aanvang van de zwangerschap terug te komen op de draagmoederschapsovereenkomst. De toepasselijke Griekse wetgeving voorziet in een rechterlijke toets van de draagmoederschapsovereenkomst vóór de totstandkoming van de zwangerschap. Wanneer de rechter de draagmoederschapsovereenkomst heeft goedgekeurd, kan geen van de betrokken partijen hier in een latere fase nog op terugkomen, behalve dat de draagmoeder een recht op abortus heeft. Daarbij zij echter benadrukt dat de Griekse draagmoederschapsregeling enkel ziet op hoogtechnologisch draagmoederschap, d.w.z. de situatie waarin de draagmoeder níet genetisch verwant is aan het kind. Een draagmoeder die stelt de genetische moeder van het kind te zijn binnen zes maanden na de geboorte van het kind bij de rechter een moederschapsactie starten. L. Brunet et al., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, 2013, PE 474.403, pp. 288-291, online beschikbaar op: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf), laatst bezocht 18 maart 2016, onder verwijzing naar art. 1458 en art. 1464 van het Griekse Burgerlijk Wetboek.

¹⁷² EHRM 10 april 2012, *Pontes t. Portugal*, nr. 19554/09, r.o. 77-78, onder verwijzing naar EHRM 13 juli 2000 [GK], *Scozzari en Giunta t. Italië*, nrs. 39221/98 en 41963/98, r.o. 148; EHRM 19 september 2000, *Gnahoré t. Frankrijk*, 40031/98, r.o. 54 en EHRM 8 juli 2003 [GK], *Sahin t. Duitsland*, nr. 30943/96, r.o. 65.

¹⁷³ Dit wordt mogelijk nader gesteund door de overweging van het Hof in *Paradiso en Campanelli* dat het feit dat de wensouders het Italiaanse verbod op draagmoederschap hadden omzeild, hen niet automatisch ongeschikt maakte als adoptieouders van het kind (zie para. 2.2.2).

haar art. 8 rechten niet worden geschonden als zij het juridisch ouderschap van de wensouders niet meer kan aanvechten. Deze conclusie ligt des te meer voor de hand indien behalve ten tijde van de sluiting van de draagmoederschapsovereenkomst ook voorafgaand aan de overdracht een rechterlijke toets heeft plaatsgevonden, waarbij de rechter heeft vastgesteld dat de wensmoeder geïnformeerde toestemming heeft gegeven voor de overdracht van het kind aan de wensouders.

Concluderend volgt uit de EHRM-rechtspraak dat er in ieder geval enige rechterlijke toetsing bij draagmoederschapsconstructies moet plaatsvinden. Betwijfeld kan worden of een gerechtelijke toets ten tijde van het sluiten van de overeenkomst afdoende waarborg vormt voor de bescherming van alle betrokken belangen. Het is goed mogelijk dat het EHRM een toets na de geboorte en voor de overdracht van het kind, of in ieder geval het bieden van een mogelijkheid daartoe voor het geval de draagmoeder zich bedacht heeft, een verplichting acht onder het EVRM. Anders gezegd is het mogelijk dat een automatische rechterlijke toets bij de overdracht niet vereist is onder art. 8 EVRM, maar dat het voorzien in de mogelijkheid daartoe, voor het geval de draagmoeder zich heeft bedacht, wel een minimumverplichting vormt onder het EVRM.

De rechter die na de geboorte van het kind moet oordelen over de vraag of het in het belang van het kind is dat het bij de wensouders wordt geplaatst, terwijl de draagmoeder zich daartegen verzet, moet in ieder geval de draagmoeder horen.¹⁷⁴ Indien de rechter concludeert dat het in het belang van het kind is dat de draagmoeder als wettelijk ouder van het kind wordt erkend, dan heeft de genetisch verwante wensvader onder art. 8 EVRM een recht om het kind te erkennen. Indien de draagmoeder zich daartegen verzet, moet hij de rechter om vervangende toestemming kunnen vragen.¹⁷⁵ De genetisch verwante wensvader, heeft voorts een recht om een verzoek om omgang en persoonlijke informatie over het kind aan de rechter voor te leggen. Op de rechter rust de plicht na te gaan of omgang met de wensvader in het belang van het kind is.¹⁷⁶ Bovendien kan niet worden uitgesloten dat ook niet-genetisch verwante wensouders op grond van art. 8 EVRM een recht hebben op omgang met het kind.

Evenzeer zal de rechter, indien hij zou concluderen dat plaatsing bij de wensouders in het belang van het kind is, moeten onderzoeken of de draagmoeder wellicht een recht op omgang heeft. Verdragspartijen hebben de plicht om in ieder afzonderlijk geval te beoordelen of omgang in het belang van het kind is.¹⁷⁷ In diverse zaken waarin een kind door tussenkomst van de staat ter adoptie was opgegeven, was het gegeven dat de genetische ouder nog wel omgangsrechten met het kind een zwaarwegende overweging die bijdroeg aan de conclusie dat art. 8 EVRM niet was geschonden.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Bijv. EHRM 17 juli 2008, *X. e.a. t. Kroatië*, nr. 11223/04, r.o. 48-49 en 53 en EHRM 10 april 2012, *Pontes t. Portugal*, nr. 19554/09, r.o. 76.

¹⁷⁵ Forder 2015, *supra* n. 19, par. C. 1.2.2.1, onder verwijzing naar EHRM 18 mei 2006, *Rózański t. Polen*, nr. 55339/00.

¹⁷⁶ Forder 2015, *supra* n. 19, par. C.1.2.5.1, onder verwijzing naar EHRM 22 maart 2012, *Kautzor t. Duitsland*, nr. 23338/09, par. 76 en EHRM 21 december 2010, *Anayo t. Duitsland*, nr. 20578/07, r.o. 73 en EHRM 15 september 2011, *Schneider t. Duitsland*, nr. 17080/7, r.o. 104.

¹⁷⁷ EHRM 16 juli 2015, *Nazarenko t. Rusland*, nr. 39438/13.

¹⁷⁸ Bijv. EHRM 28 oktober 2010, *Aune t. Noorwegen*, nr. 52502/07 en EHRM 31 mei 2011, *R.H. t. het VK*, nr. 35348/06. Zoals hierboven uiteen gezet, vond het Hof in *I.S. t. Duitsland*, waarin een vrouw die haar tweeling ter adoptie had afgestaan geen omgangsrechten met de kinderen kreeg, geen schending van

In alle gevallen moet vertraging in de procedure zo veel mogelijk worden voorkomen,¹⁷⁹ hoewel ook gewaakt moet worden voor té snelle en drastische beslissingen.¹⁸⁰

5.3 Conclusies

De situatie waarin een genetisch verwante draagmoeder zich terug wenst te trekken uit een draagmoederschapsovereenkomst komt binnen de reikwijdte van art. 8 EVRM. Staten hebben de plicht om zeker te stellen dat een draagmoeder welbewust van de feitelijke en juridische gevolgen daarvan, haar rechten ten aanzien van haar genetisch verwante kind heeft opgegeven. Of vóór de totstandkoming van de zwangerschap gegeven toestemming voldoet als dergelijke geïnformeerde toestemming op grond waarvan het kind automatisch bij de wensouders kan worden geplaatst, is thans een open vraag. Mogelijk is een automatische rechterlijke toets bij de overdracht van het kind aan de wensouders niet vereist onder art. 8 EVRM, maar geldt wel de minimumverplichting dat voorzien moet worden in de mogelijkheid van een tweede rechterlijke toets, voor het geval de draagmoeder zich heeft bedacht in de periode tussen het sluiten van de overeenkomst en de daarin voorziene overdracht van het kind aan de wensouders. De rechter die zich in dat geval over de kwestie moet buigen, moet het belang van het kind voorop stellen. Verder maakt het voor de door de rechter te maken belangenafweging verschil op welk moment de draagmoeder zich terugtrekt uit de draagmoederschapsovereenkomst en of de wensvader de genetisch vader is van het kind. Indien de wensvader ook de genetische vader van het kind is, dan heeft hij het recht om de rechter om vaststelling van zijn vaderschap en omgang met het kind te verzoeken.

6. Conclusies

Hoewel het Europees recht (het EU-recht en het EVRM) weinig tot geen concrete normen over draagmoederschap bevat, is het wel degelijk van belang voor de door de Staatscommissie voorgelegde vragen. De in dit rapport uitgevoerde analyse maakt duidelijk dat er bij de toepassing van het Europees recht op de voorgelegde vragen diverse onzekere factoren zijn. Niettemin volgt uit de analyse een aantal aandachtspunten.

Ten eerste is, zoals besproken in paragraaf 3, aannemelijk dat de scope regel uit de eerste twee vragensets een beperking van het vrij dienstenverkeer vormt. Dit zou slechts anders zijn indien draagmoederschap als gevolg van strenge regelgeving over de toe te kennen vergoeding aan de draagmoeder, niet als een 'economische activiteit' kan worden gezien en op die grond kan worden uitgesloten van de dienstenvrijheid.

art. 8 EVRM. Echter, nogmaals zij benadrukt dat het EHRM in die zaak oordeelde dat zij geïnformeerde toestemming had gegeven voor de adoptie en dat de nationale rechter het in het belang van het kind had geacht om ongestoord gezinsleven met de adoptieouders op te kunnen bouwen.

¹⁷⁹ Zie Forder 2015, *supra* n. 19, par. C.1.12.3

¹⁸⁰ Vgl. EHRM 13 januari 2009, *Todorova t. Italië*, nr. 33932/06.

Of deze beperking kan worden gerechtvaardigd, hangt sterk af van de inkleuring die aan de daarvoor aan te voeren rechtvaardigingsgrond wordt gegeven (zie para. 3.2.2). Hoewel de toetsing van het EU HvJ aan proportionaliteit in moreel gevoelige vrij verkeerszaken over het algemeen niet streng is, moet daarbij wel met een aantal aandachtspunten rekening worden gehouden. Zo zijn eisen aan de nationaliteit van wensouders en draagmoeder (maatregelen met onderscheid) minder gemakkelijk te rechtvaardigen dan eisen aan de woonplaats (maatregelen zonder onderscheid). Tevens is van belang dat voor een beperkende maatregel in beginsel geen rechtvaardiging op grond van openbare orde kan worden aanvaard indien tegen de eigen onderdanen niet vergelijkbare repressieve maatregelen worden genomen, hetgeen *in casu* het geval is. Mogelijk dat gesteld kan worden dat de scope regel beoogt draagmoederschap in 'een beheersbare bedding te leiden'. Niettemin moet worden onderzocht of er ook minder beperkende maatregelen mogelijk zijn om dat doel te bereiken. Tot slot kunnen vragen gesteld worden bij de verenigbaarheid van de scope regel met grondrechten, in het bijzonder de rechten van het kind.

Paragraaf 4 concludeert dat het Europees recht *prima facie* ruimte lijkt te bieden voor het stellen van eisen aan de import en het gebruik van geslachtscellen en embryo's op grond van de Embryowet en de Wet Donorgegevens kunstmatige bevruchting. Dat geldt in ieder geval voor het secundaire recht (Richtlijn 2004/23/EG, zie para. 4.1). Bij toetsing aan de vrij verkeersregels, moet voor ieder van de in para. 4.2.2 vastgestelde beperkingen worden onderzocht of zij voldoen aan het evenredigheidsbeginsel en in overeenstemming zijn met grondrechten. Hierbij is met name een aandachtspunt of er gegronde redenen zijn af te wijken van het beginsel van wederzijdse erkenning.

De in paragraaf 5 uitgevoerde analyse onder art. 8 EVRM tot slot, maakt duidelijk dat bij draagmoederschapsconstructies verschillende door art. 8 beschermde belangen betrokken zijn, waarbij het belang van het kind voorrang geniet. Of een rechterlijke toets ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst voldoet om een eerlijke afweging tussen al deze belangen te waarborgen, is thans een open vraag. Niet kan worden uitgesloten dat voorafgaand aan de overdracht een tweede rechterlijke toets moet plaatsvinden, mogelijk in ieder geval ingeval de genetisch verwante draagmoeder zich terug wenst te trekken uit de overeenkomst.