

ANNOTATIE

D.B. e.a. t. Zwitserland (EHRM, 58817/15 en 58252/15) – Over de bindende werking van Protocol 16-adviezen

C.M.S. Loven

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715 (EHRC-2022-0311)*

1. Het is inmiddels meer dan vier jaar geleden dat Protocol 16 bij het EVRM in werking trad. Dit Protocol geeft de hoogste rechters van de verdragsstaten die het Protocol hebben geratificeerd[3] Nu vier jaar later nog steeds maar 18 (van de 46) staten het Protocol hebben geratificeerd en het totaal aantal uitgebrachte adviezen op vijf staat, D.B. e.a. t. Zwitserland over internationaal draagmoederschap en de juridische erkenning van de banden van de wensvader, niet zijnde de biologische vader, met het via het draagmoederschap geboren kind. Het geval wil namelijk dat het eerste Protocol 16-advies ging over een vergelijkbare kwestie die speelde in Frankrijk, namelijk de juridische erkenning van een ouder-kindrelatie tussen een wensmoeder en een kind dat via een draagmoederschapsconstructie in het buitenland was geboren.[5] Nu dit Protocol 16-advies een belangrijke rol speelt in de beoordeling van de zaak en Zwitserland een van de landen is die Protocol 16 (nog) niet heeft geratificeerd, vertelt *D.B. e.a.* ons meer over de bindende werking van Protocol 16-adviezen.[6] Dit wordt versterkt door het feit dat rechter Krenč een *concurring opinion* bij de zaak heeft gevoegd waarin hij uitlegt waarom het gerechtvaardigd is dat het Hof het eerder uitgebrachte advies ten grondslag legt aan haar beslissing en rechter Elósegui zich in haar *partly dissenting opinion* juist verzet tegen de aanpak van de meerderheid. De vraag die in deze annotatie dan ook centraal staat is wat *D.B. e.a.* ons vertelt over de bindende werking van Protocol 16-adviezen. Om hierop in te kunnen gaan, bespreek ik eerst kort de overwegingen uit de uitspraak die voor deze vraag

relevant zijn, waarbij ook het eerder uitgebrachte Protocol 16-advies aan de orde komt.

2. Zoals gezegd gaat de klacht in *D.B. e.a.* over de weigering van de Zwitserse autoriteiten in 2015 om de ouder-kindrelatie tussen de wensvader, niet zijnde de biologische vader, en een kind geboren in het buitenland door middel van een draagmoederschapsconstructie juridisch te erkennen. Na deze weigering is de Zwitserse wetgeving in 2018 veranderd. Hierdoor is het mogelijk geworden om via adoptie de ouder-kindrelatie erkend te krijgen; een weg die klagers met succes hebben weten te bewandelen. De ouder-kindrelatie tussen de wensvader en tevens biologische vader is door de Zwitserse autoriteiten overigens wel meteen juridisch erkend. Belangrijk is verder dat draagmoederschap in Zwitserland verboden is. De Zwitserse regering heeft bij het EHRM dan ook aangevoerd dat de weigering van juridische erkenning van het ouderschap tot doel had om Zwitsersers ervan te weerhouden om naar het buitenland uit te wijken voor een draagmoeder en daarmee het Zwitserse verbod op draagmoederschap te omzeilen.

3. Bij de beoordeling van de klacht verwijst het Hof uitgebreid naar eerdere jurisprudentie, waaronder de zaak *Menesson* uit 2014.[7] In deze zaak oordeelde het Hof dat het niet erkennen van de band tussen de biologische vader en het kind geboren uit een draagmoederschapsconstructie in het buitenland in strijd is met het recht op privéleven van het kind. Het recht op respect voor privéleven vereist namelijk dat iedereen de mogelijkheid moet hebben om diens persoonlijke identiteit vast stellen, waarbij geldt dat afstammingsvragen de kern vormen van iemands identiteit.[8] Naast *Menesson* verwijst het Hof in *D.B. e.a.* naar het eerste Protocol 16-advies dat het in 2019 heeft gegeven naar aanleiding van een vraag van het Franse Hof van Cassatie. De Franse rechter had dit adviesverzoek gedaan tijdens een nationale procedure naar aanleiding van de uitspraak van het Hof in *Menesson*. Na een wetswijziging was het voor de wensvader, tevens biologische vader, namelijk mogelijk geworden om als ouder juridisch erkend te worden, maar dit gold niet voor de wensmoeder die noch de biologische noch de genetische moeder van het kind was.[9] Het Franse Hof van Cassatie had het EHRM daarom de vraag voorgelegd of het recht op respect voor privéleven ook betekent dat het naar nationaal recht mogelijk moet zijn om de ouder-kindrelatie met de wensmoeder juridisch te erkennen wanneer een kind is verwekt met eicellen van een donor en via draagmoederschap in het buitenland is geboren. Indien deze vraag positief zou worden beantwoord, vroeg de Franse hoogste rechter ook nog advies over de vraag of art. 8 EVRM vergt dat de erkenning de vorm krijgt van registratie in het geboorteregister of ook een andere vorm kan hebben, bijvoorbeeld adoptie door de wensmoeder. Zoals het Hof in onderhavige zaak herhaalt, heeft het in het advies aan de Franse hoogste rechter overwogen dat enige juridische erkenning van de ouder-kindrelatie nodig is om in overeenstemming te handelen met art. 8 EVRM.[10] Wat betreft de vorm van de

erkenning merkte het Hof in zijn advies op dat staten een ruimere *margin of appreciation* toekomt, waardoor het aan de staten zelf is om te bepalen of zij erkenning mogelijk maken door registratie in het geboorteregister of door een alternatief systeem als adoptie.[11]

4. Nu in Zwitserland tot 1 januari 2018 geen enkele mogelijkheid bestond voor juridische erkenning van de ouder-kindrelatie tussen de wensvader die niet tevens de biologische vader is en het kind dat in het buitenland is geboren door middel van een draagmoederschapconstructie, oordeelt het Hof met zes stemmen tegen één dat het recht op privéleven van het kind in onderhavige zaak is geschonden. Het Hof acht de oude Zwitserse regeling niet in overeenstemming met de beginselen zoals geformuleerd in *Menesson* en het Protocol 16-advies, nu het kind gedurende 7 jaar en 8 maanden (van 30 april 2011 tot 21 december 2018) in juridische onzekerheid heeft gezeten over zijn identiteit en zich daardoor in een minder stabiele omgeving heeft kunnen ontwikkelen dan het geval zou zijn geweest wanneer de relatie met zijn wensvader meteen juridisch erkend zou zijn.

5. Uit het voorgaande blijkt dat de uitspraak in onderhavige zaak voor een belangrijk deel is gestoeld op de algemene beginselen die het Hof in 2019 in het Protocol 16-advies aan Frankrijk heeft geformuleerd. Dit wordt bevestigd door rechter Krenc, die in zijn *concurring opinion* stelt dat het advies zelfs van doorslaggevend belang is geweest voor de uitspraak.[12] Op het eerste gezicht kan dit wellicht de wenkbrauwen wat doen fronsen, nu in art. 5 van Protocol 16 is vastgelegd dat adviezen niet bindend zijn. Uit de toelichting bij Protocol 16 blijkt echter heel duidelijk dat dit een stuk genuanceerder ligt dan de tekst van art. 5 op het eerste oog doet vermoeden. In de toelichting op art. 5 valt namelijk te lezen dat Protocol 16-adviezen samen met uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen onderdeel uitmaken van de jurisprudentie van het Hof. De algemene beginselen die het Hof formuleert in adviezen worden dan ook geacht dezelfde werking (*res interpretata*) te hebben als de algemene beginselen die het Hof in uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen formuleert.[13] Oftewel, art. 5 van Protocol 16 ziet alleen op het feit dat de nationale hoogste rechter die om het advies vraagt formeel niet gebonden is aan het advies en de vrijheid heeft om te beslissen over de precieze toepassing van het advies in de lopende zaak op nationaal niveau.

6. Hoewel uit de toelichting bij Protocol 16 dus duidelijk blijkt dat adviezen voor zover het gaat om de interpretatie van het EVRM wel degelijk bindende werking hebben voor alle verdragsstaten en het Hof dit ook al voor aanneming van het Protocol duidelijk heeft gemaakt,[16] Het advies stamt namelijk uit 2019, terwijl de Zwitserse rechters in 2015 het verzoek tot juridische erkenning van de ouder-kindrelatie van een van de twee wensvaders hebben geweigerd. Alhoewel deze kritiek over de temporele werking zeker een punt is dat nader onderzoek en discussie verdient, moet wel worden opgemerkt dat dit geen nieuwe praktijk is. Sterker nog, het komt geregeld voor dat het Hof bij de beoordeling van een zaak

verwijst naar algemene beginselen die het heeft geformuleerd nadat de klacht die voorligt bij het Hof is ingediend en dus ruim nadat de feiten op nationaal niveau speelden. Elósegui betoogt voorts dat de terugwerkende toepassing van het Protocol 16-advies een afschrikwekkend effect kan hebben op zowel de verdragsstaten die het Protocol nog niet hebben geratificeerd als op de hoogste nationale rechters van de verdragsstaten die het wel hebben geratificeerd. Deze rechters zouden volgens Elósegui nu een extra keer nadenken voordat zij het EHRM om een advies verzoeken.[17] Ook leidt het volgens Elósegui tot rechtsonzekerheid over de verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, omdat een volgens Elósegui niet bindend advies, toch bindend blijkt te zijn voor alle verdragsstaten, zelfs de verdragsstaten die Protocol 16 niet hebben geratificeerd.[18]

7. De punten van Elósegui zijn weinig steekhoudend in het licht van wat onder randnummer 5 is besproken. Dit wordt verder bevestigd door rechter Krenc die het, niet geheel verrassend, nodig acht om in een *concurring opinion* toe te lichten waarom het gerechtvaardigd én vanzelfsprekend is dat het Hof het Protocol 16-advies ten grondslag legt aan de uitspraak in onderhavige zaak. Ten eerste merkt Krenc op dat de uitleg die het Hof aan het EVRM geeft niet verschilt naargelang het om een advies- of een klachtprocedure gaat; de uitleg zal in beide procedures hetzelfde zijn.[19] Ten tweede acht Krenc het van belang dat het uitvaardigen van een Protocol 16-advies tot de exclusieve bevoegdheid van de Grote Kamer behoort, wat impliceert dat aan de adviezen bijzonder gewicht toekomt.[20] Dat de uitleg van het EVRM door het Hof in Protocol 16-adviezen ook bindend is voor verdragsstaten die het Protocol niet hebben geratificeerd, waarvan Zwitserland er dus een is, is volgens Krenc tot slot al verdisconteerd in de adviesprocedure nu alle verdragsstaten toestemming kunnen vragen om als derde partij in de adviesprocedure te interveniëren en daarmee hun kijk op de voorliggende kwestie over het voetlicht kunnen brengen.[21]

8. Hiermee maakt Krenc nog eens duidelijk waarom de algemene beginselen zoals die door het Hof worden geformuleerd in Protocol 16-adviezen bindend zijn voor alle verdragsstaten en dus dezelfde werking hebben als de door het Hof gegeven uitleg van het EVRM in uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen. Alhoewel niet alle rechters, in ieder geval Elósegui, het hier mee eens zijn, bevestigt *D.B. e.a.* dan ook dat de op basis van Protocol 16 uitgebrachte adviezen niet kunnen worden genegeerd door de verdragsstaten, ook niet door de verdragsstaten die het Protocol niet hebben geratificeerd.

C.M.S. Loven

Universitair docent bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie van de
Universiteit Utrecht

[1] Op dit moment (1 december 2022) hebben 18 verdragsstaten Protocol nr. 16 geratificeerd, waaronder Nederland (zie: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=214>).

[2] Voor een uitgebreide analyse van Protocol 16, zie onder meer: J.H. Gerards, 'Protocol 16 EVRM – adviesprocedure', in: J.H. Gerards e.a. (red.), Sdu Commentaar EVRM, deel 2 (Den Haag: Sdu 2020) (online beschikbaar via Sdu OpMaat); D. Giannopoulos, 'Considerations on Protocol No. 16: can the new advisory competence of the European Court of Human Rights breathe new life into the European Convention on Human Rights?' 16 *German Law Journal* 2015, p. 337-350; L.R. Glas en J. Krommendijk, 'A Strasbourg story of swords and shields: national courts' motives to request an advisory opinion from the ECtHR under Protocol 16', 3 *ECHR Law Review* 2013, p. 229-247;

[3] CDDH, *CDDH Final report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 15 februari 2012, CDDH(2012)R74 Addendum I, p. 57 e.v.; Toelichting bij Protocol nr. 16 EVRM (*Explanatory Report No. 16 to the Convention*), par. 1-2.

[4] *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019, P16-2018-001, «EHRC» 2019/121 m.nt. Mak en Gerards; *Advisory Opinion concerning the use of the 'blanket reference' or 'legislation by reference' technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of commission of the offence and the amended criminal law*, verzocht door het Armeense Constitutionele Hof, EHRM (GK) 29 mei 2020, P16-2019-001, «EHRC Updates», m.nt. Cnossen en Gerards; *Advisory Opinion on the assessment, under Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention, of the proportionality of a general prohibition on standing for election after removal from office in impeachment proceedings*, verzocht door het Litouwse Administratieve Hooggerechtshof, EHRM (GK) 8 april 2022, P16-2020-002, «EHRC Updates», m.nt. Broeksteeg, Glas, Krommendijk; *Advisory Opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture*, verzocht door het Armeense Hof van Cassatie, EHRM (GK) 26 April 2022, P16-2021-001; *Advisory Opinion on the difference in treatment between landowners' associations "having a recognised existence on the date of the creation of an approved municipal hunters' association" and landowners' associations set up after that date*, verzocht door de Franse Raad van State, EHRM (GK) 13 juli 2022, P16-2021-002.

[5] *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, verzocht door het Franse Hof van Cassatie, EHRM (GK) 10 april 2019,

P16–2018-001, «EHRC» 2019/121 m.nt. Mak en Gerards.

[6] Het is echter niet de eerste keer dat het Hof in een uitspraak verwijst naar een eerder uitgebracht Protocol 16-advies. Zie bijvoorbeeld *Vavříčka e.a. t. Tsjechië*, EHRM (GK) 8 april 2021, nr. 47621/13, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113, «EHRC Updates», m.nt. Hendriks en «EHRC Updates», m.nt. Van Sasse van Ysselt, par. 287 voor een verwijzing naar P16-2018-001 (juridische erkenning van ouder-kindrelatie bij draagmoederschap) en *Pantolon t. Kroatië*, EHRM 19 november 2020, nr. 2953/14, ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000295314, par. 45 voor een verwijzing naar P16-2019-001 (art. 7 EVRM en ‘blanket reference’/‘legislation by reference’ techniek). Voor meer voorbeelden zie *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc (par. 13).

[7] *Menesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211, «EHRC» 2014/222 m.nt. Koffeman.

[8] *Menesson*, reeds aangehaald, par. 96-101.

[9] De term biologische moeder wordt gebruikt voor de vrouw die het kind gebaard heeft. De genetische moeder is genetisch verwant aan het kind, maar zal in geval van een draagmoederschapsconstructie het kind niet gebaard hebben (Noot Koffeman bij *Menesson*, reeds aangehaald).

[10] EHRM (GK) 10 april 2019, P16–2018-001, reeds aangehaald, par. 35-47.

[11] EHRM (GK) 10 april 2019, P16–2018-001, reeds aangehaald, par. 48-59.

[12] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc, par. 10-11.

[13] Toelichting bij Protocol nr. 16 EVRM (*Explanatory Report No. 16 to the Convention*), par. 25-27.

[14] EHRM, *Reflection paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction*, Straatsburg 2012, par. 44.

[15] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 2.

[16] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 4 e.v.

[17] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 6.

[18] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Partly dissenting opinion* Elósegui, par. 7.

[19] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion* Krenc, par. 16.

[20] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion Krenc*, par. 16.

[21] *D.B. e.a. t. Zwitserland, Concurring opinion Krenc*, par. 22. Zie art. 3 Protocol 16 EVRM.