

ANNOTATIE

K.K. e.a. t. Denemarken (EHRM, 6 december 2022) – Versterking rechtspositie kinderen geboren uit (commercieel) draagmoederschap

M.J. Vonk en N, Cammu

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 06-12-2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221 (EHRC-2023-0008)

1. Op 6 december 2022 heeft het EHRM in een nieuwe zaak over draagmoederschap geoordeeld dat Denemarken de rechten van kinderen onder artikel 8 EVRM heeft geschonden. Er werd namelijk geen billijk evenwicht gevonden tussen de belangen van de (twee) kinderen bij een juridische band met hun moeder enerzijds, en het streven van de Deense nationale autoriteiten om (de erkenning van) commerciële draagmoederschapspraktijken in het buitenland te beperken, anderzijds. De (niet-genetische) moeder van de uit de commercieel draagmoederschap geboren tweeling mocht de kinderen in deze zaak niet (stiefouder-) adopteren naar Deens recht, waardoor zij geen andere middelen ter beschikking had om een juridische ouder-kindrelatie tussen haar en de kinderen tot stand te brengen. Er was geen sprake van een schending van het recht op bescherming van het familieleven van de betrokkenen of op het privéleven van de moeder, omdat openbare belangen zwaarder wogen dan de belangen van de wensmoeder, en omdat het feitelijke gezinsleven (de *de facto* samenleving) niet werd beperkt. De situatie leidde echter wel tot rechtsonzekerheid voor de betrokken kinderen, met name wat hun identiteit betreft, en dit probleem van rechtsonzekerheid werd door de Deense autoriteiten niet opgelost met adequate juridische alternatieven. Daarom oordeelde het EHRM dat Denemarken de rechten volgend uit artikel 8 EVRM van de twee uit commercieel draagmoederschap geboren kinderen schond.

Draagmoederschap voor het EHRM

2. (Commercieel) draagmoederschap wordt beschouwd als een controversieel onderwerp in vele landen, met belangrijke implicaties voor kinder- en mensenrechten. Terwijl sommige jurisdicties wereldwijd (en binnen Europa) juridische kaders hebben gecreëerd voor (commerciële) draagmoederschapsregelingen, hebben andere landen veel moeite gedaan om deze praktijken te ontmoedigen en (deels) strafrechtelijk te beteugelen. Sommige landen tolereren draagmoederschap onder bepaalde voorwaarden ('gedoogbeleid'), wat er veelal op neerkomt dat de partijen 'altruïstische' in plaats van 'commerciële' motieven moeten hebben. De verschillende benaderingen over de aanvaardbare grenzen van draagmoederschapspraktijken binnen Europa (en de rest van de wereld), hebben geleid tot een breed scala aan nationale beleidsmogelijkheden, variërend van (zeer) permissief, tot afwezig/tolerant, tot (zeer) restrictief.[1] Gezien het gebrek aan Europese consensus over ethische en sociaal gevoelige aangelegenheden, waaronder (internationaal) draagmoederschap, beschikken de afzonderlijke lidstaten over een ruime beoordelingsmarge.[2] Deze ruime beoordelingsmarge is echter onderworpen aan de toezichtsbevoegdheid van het EHRM.[3]

3. In 2022 deed het EHRM uitspraak in een drietal zaken betreffende commercieel draagmoederschap.[4] In de laatste twee zaken - zaken waarbij ook (het) kind(eren) rechtstreeks betrokken partij waren voor het Hof - werd er besloten tot een schending van artikel 8 EVRM en dan met name van het recht op privéleven van de kinderen. De meest recente 2022-zaak voor het Hof, die in onze bijdrage centraal staat, bouwt uitdrukkelijk voort op wat het EHRM in de voorgaande zaken heeft besloten over het tot stand brengen van juridisch ouderschap in de context van grensoverschrijdend draagmoederschap, en de rol die het recht op bescherming van het gezinsleven en het respect voor het privéleven van de potentiële ouders en het kind in deze context spelen. Inmiddels is uit voorgaande EHRM-uitspraken duidelijk dat als de wensouders en het kind dat in het buitenland via een draagmoeder is geboren, een tijd met elkaar hebben samengeleefd, er sprake is van gezinsleven dat bescherming behoeft.[5] Uit eerdere uitspraken van het Hof blijkt echter ook dat als wensouders en kind ongestoord samen kunnen leven, er geen sprake is van een schending van dit gezinsleven als er geen juridisch ouderschap tussen (een van) de wensouder(s) en het kind tot stand kan worden gebracht.[6] Ook het recht op bescherming van het privéleven van de wensouders leidt niet tot een verplichting voor een lidstaat om de mogelijkheid tot vaststelling van een juridische band tussen wensouder en kind mogelijk te maken, ook al valt de wens om ouder te worden wel onder het recht op bescherming van het privéleven (los van de vraag of er sprake is van een schending).[7] Het recht op bescherming van het privéleven van het kind kan echter wel een positieve verplichting van een Staat met

zich meebrengen om ouderschap met een (biologische) wensouder of de partner van de biologische wensouder wiens juridisch ouderschap is erkend, tot stand te brengen.[8]

Aanloop K.K. e.a. t. Denemarken

4. In deze Deense zaak wordt enerzijds duidelijk wat de stand van zaken is met betrekking tot de visie van het EHRM op ouderschap na draagmoederschap, maar worden ook weer nieuwe vragen opgeworpen en beantwoord. Het gaat hier om een tweeling (verzoekers 2 en 3) die in 2013 via een Oekraïense draagmoeder zijn geboren. De wensmoeder (verzoeker 1) is gehuwd met de wensvader, die geen verzoeker is in de zaak. Het gezin (moeder, vader en tweeling) woont in Kopenhagen en beide ouders en beide kinderen hebben de Deense nationaliteit. De wensvader is de biologische vader maar K.K. (verzoeker 1) heeft geen genetische band met de kinderen. Bij de geboorte van de tweeling is door de Oekraïense autoriteiten een geboorteakte opgesteld waarin de wensouders als respectievelijk juridische vader en moeder van de tweeling worden vermeld.

5. In februari 2014 zijn de kinderen in Denemarken aangekomen, waarna het moederschap van K.K. door de Deense autoriteiten niet kon worden vastgesteld vanwege het *mater semper certa est*-beginsel dat binnen het Deense recht van toepassing is. In lijn met de jurisprudentie van het Hof wordt het ouderschap van de wensvader in Denemarken wel erkend,[9] waardoor de kinderen de Deense nationaliteit verkrijgen. K.K. en de vader verkrijgen wel gezamenlijk het gezag in 2018. K.K. (verzoeker 1) heeft vervolgens de mogelijkheid onder Deens recht om de kinderen te adopteren, ook dit is in overeenstemming met de lijn die het EHRM voor dit soort zaken heeft uitgezet.[10] Daar loopt het echter spaak. Aanvankelijk besloot de bevoegde Deense overheidsdienst in 2014 dat K.K. niet in aanmerking kwam voor 'stiefouder'-adoptie in Denemarken, vanwege de korte periode waarin zij voorafgaand aan de adoptieaanvraag met de kinderen in Denemarken samenwoonde. De zaak ging naar de beroepsinstantie, die de beslissing in 2016 bevestigde, maar op andere gronden. De adoptie zou in strijd zijn met artikel 15 van de Deense Adoptiewet (hierna Adoptiewet), waarin staat dat een adoptietoestemming niet kan volgen op commerciële draagmoederschapspraktijken waarbij de draagmoeder is betaald. In 2017 bevestigde de bevoegde beroepsinstantie zijn beslissing. Vervolgens legde K.K. de zaak aan de rechter voor, in eerste instantie aan de rechtbank Lyngby en vervolgens aan het Oostelijke gerechtshof die beiden, in respectievelijk 2018 en 2019, de beslissing om de adoptie te weigeren op grond van artikel 15 van de Adoptiewet bevestigden.

6. De zaak werd vervolgens voorgelegd aan het Deense *Højesteret* (hierna: Hoge Raad), waar zij individueel werd getoetst aan artikel 8 EVRM. Het betreffende artikel 15 van de Adoptiewet bevat een absoluut verbod op het uitspreken van een adoptie als de persoon die toestemming moet geven (de draagmoeder) enige vorm van vergoeding heeft ontvangen. De Hoge Raad

stelt vast dat de 32.265 euro die aan de Oekraïense kliniek was betaald, zowel de vergoeding aan de draagmoeder omvatte als de kosten betreffende de toestemming tot vermelding van de wensouders op de geboorteakte. Het absolute verbod op (stief)adoptie in geval van commercieel draagmoederschap werd echter in strijd geacht met het belang van het kind. Daarom oordeelde de Hoge Raad dat de (Deense) regering artikel 15 van de adoptiewet moest heroverwegen en dat de autoriteiten, totdat een wijziging van artikel 15 in werking was getreden, in alle gevallen waarin dat artikel aan de orde was, individueel moesten beoordelen of het weigeren van een adoptieverzoek in strijd was met artikel 8 EVRM. Op grond van deze interpretatie maakt de Hoge Raad een afweging tussen de belangen van de betrokken kinderen en het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan artikel 15 van de Adoptiewet (zijnde de belangen van het kinderen in het algemeen bij bescherming tegen kinderhandel en de belangen van kwetsbare vrouwen bij bescherming tegen uitbuiting).

7. De Hoge Raad stelt dat de kinderen de Deense nationaliteit hebben verkregen, dat verzoeker 1 en de vader gezamenlijk gezag hebben, dat de kinderen van verzoeker 1 kunnen erven via een testament onder dezelfde fiscale voorwaarden als eigen kinderen en dat verzoeker 1 na overlijden van de vader of na scheiding het gezag zou behouden. Vervolgens stelt de Hoge Raad dat uit de wetsgeschiedenis bij artikel 15 blijkt dat geen verbod op altruïstisch draagmoederschap werd nagestreefd maar dat het baren van een kind voor een ander tegen betaling in strijd is met de algemene beginselen van de Deense maatschappij. Het zou niet mogelijk moeten zijn om ongeboren kinderen te (ver)kopen, vruchtbaarheidsproblemen zouden niet mogen leiden tot kinderhandel en betaling voor het baren van een kind zou kwetsbare vrouwen ertoe aanzetten zich te laten leiden door de hoogte van de vergoeding in plaats van door de vraag wie de beste ouders voor het kind zouden zijn. De Deense Hoge Raad was unaniem in de vaststelling dat adoptie van de kinderen door verzoeker 1 in het belang van de kinderen zou zijn zodat hun identiteit als haar kinderen juridisch zou worden erkend. Echter, gezien de hier boven al benoemde omstandigheden, waaronder het feit dat er al een band was tussen verzoeker 1 en de kinderen door het gezamenlijke gezag dat door zou lopen na scheiding en na overlijden van de vader bij verzoeker 1 zou liggen, stelde de Hoge Raad vast dat het afwijzen van het adoptieverzoek geen significante gevolgen zou hebben voor het privéleven van de kinderen. Uiteindelijk beslist de Hoge Raad met een meerderheid van 4 tegen 3 rechters dat het algemeen belang in deze zaak zwaarder weegt dan de belangen van de kinderen, met als gevolg dat verzoekers 2 en 3 geen juridische ouder-kind band met verzoeker 1 kunnen vestigen.

8. Verzoeker 1 (K.K) en de kinderen (verzoeker 2 en 3) dienen vervolgens een klacht in bij het EHRM. Zij stellen dat hun rechten onder art. 8 EVRM, hun recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, zijn geschonden door de beslissing van de Hoge Raad van 2020. Op dat

moment woonde het gezin al meer dan 8 jaar samen en was er sprake van een 'feitelijk gezinsleven'. De verzoekers stellen dat het in het belang van de kinderen zou zijn om door verzoeker 1 te worden geadopteerd, aangezien zij zo lang hebben samengewoond en zij daardoor dezelfde juridische band met haar zouden krijgen als zij met hun vader hebben. De Deense regering daarentegen, stelde dat de Deense Hoge Raad er naar hun mening in geslaagd was om een billijk evenwicht te vinden tussen de relevante concurrerende belangen in deze zaak, met het oog op het belang van het kind. Het is duidelijk dat de Deense regering en verzoekers elk hun eigen tegenstrijdige visie op het belang van het kind *in concreto* naar voren hebben gebracht, waarbij de ene (verzoekers) het zwaartepunt leggen bij de noodzaak tot de juridische bevestiging van een reeds bestaande sociale ouder-kind realiteit (gezien het feitelijk gezinsleven) en de andere (de Deense overheid) zich beroept op het zwaarder wegen van de Deense *rule of law* en de publieke belangen daarin. Met andere woorden: de partijen zijn het er over eens dat er sprake is van een inperking van het recht op bescherming van gezins- en privéleven van verzoekers, maar de vraag die het Hof moet beantwoorden is of deze inperking noodzakelijk is in een democratische samenleving.

De uitspraak

9. Zoals traditioneel het geval is bij beoordelingen op grond van artikel 8 EVRM, heeft het Hof een onderscheid gemaakt tussen het recht van verzoekers op eerbiediging van hun gezinsleven en hun recht op eerbiediging van hun privéleven.[11] Het Hof is duidelijk in zijn beslissing dat er op het vlak van het gezinsleven geen sprake was van een schending van artikel 8 EVRM van het Verdrag, gezien de verzoekers niet hebben gewezen op bijzondere belemmeringen of praktische moeilijkheden die hun *de facto* gezinsleven hinderen.[12] Eenzelfde redenering werd gevolgd in de zaak *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, waarbij evenmin een schending werd vastgesteld van de verzoekers' recht op gezinsleven omdat er, volgens het Hof, een billijk evenwicht was gevonden tussen de belangen van verzoekers en de belangen van de staat.[13] Met betrekking tot het recht op bescherming van het gezinsleven van de drie verzoekers is het Hof het in deze zaak met de Deense Hoge Raad eens dat de inbreuk op het gezinsleven, voor zover dit gezinsleven daadwerkelijk beperkt wordt in het dagelijkse leven, minder zwaar weegt dan het algemeen belang. Vervolgens gaat het EHRM in op de vraag of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving. Eerder was namelijk al vastgesteld dat er een inbreuk op het privéleven van de drie verzoekers was gemaakt. Daarbij spelen de belangen van het kind de hoofdrol en is de *margin of appreciation* beperkt, omdat de ouder-kind relatie een essentieel onderdeel van de identiteit betreft (vgl. *C.E. e.a. t. Frankrijk* en *Menesson t. Frankrijk*).

10. Het Hof stelt dat er geen sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk op (en dus schending van) het respect voor het privéleven van verzoeker 1 (dat het belang van K.K.

omvatte om juridisch ouder te worden van haar kinderen), omdat het algemeen belang zwaarder weegt dan de belangen van K.K.[14]

11. Dat is anders voor wat het respect voor het privéleven van de kinderen betreft, die immers ook verzoekers waren in deze zaak. Bij de beoordeling van de vraag of het recht op bescherming van het privéleven van de tweeling is geschonden, gaat het Hof allereerst in op de redenering van de Hoge Raad dat de weigering om de adoptie van de kinderen door de verzoeker 1 uit te spreken op grond van artikel 15 van de Adoptiewet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. Zoals eerder beschreven bevat dit artikel een absoluut verbod op het uitspreken van een adoptie als de persoon die toestemming moet geven enige vorm van vergoeding heeft ontvangen. Het EHRM stelt dat dit artikel door de Deense Hoge Raad nu zo geïnterpreteerd wordt dat adoptie door de partner van de wensouder van een kind dat uit een draagmoederschap is geboren kan worden uitgesproken (ook al is er sprake van een vergoeding aan de draagmoeder) als de adoptie in het belang van het kind is en de afwijzing van het verzoek strijdig zou zijn met 8 EVRM.

12. Het Hof brengt vervolgens in herinnering dat ingevolge zijn eerdere *Advisory opinion* het recht van het kind op respect voor het privéleven niet een specifieke manier voor het tot stand brengen van de ouder-kind relatie vereist, zoals het inschrijven van de buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap, maar dat hier ook op 'andere manieren' aan tegemoet kan worden gekomen, zoals bijvoorbeeld door de mogelijkheid van adoptie. Het EHRM stelt vervolgens de vraag op welke andere manier – als adoptie niet mogelijk is en inschrijving van de buitenlandse geboorteakte evenmin – aan het vereiste van juridisch erkenning van de relatie tussen verzoeker 1 en de kinderen in de huidige zaak tegemoet kan worden gekomen. Het EHRM bespreekt de zaken *Valdis Fjolnisdottir e.a. t. IJsland*, *A.M. t. Noorwegen*, *C.E. e.a. t. Frankrijk* en *H. t. het Verenigd Koninkrijk* en leidt uit deze uitspraken af dat het EHRM een holistische visie hanteert waarbij niet alleen de situatie ten tijde van de geboorte van het kind of ten tijde van de beoordeling van de klacht een rol speelt maar ook de mogelijkheid van een 'subsequent legal recognition'. [15] Bovendien, zo zegt het EHRM, heeft het in iedere zaak *in concreto* vastgesteld wat het effect van de inbreuk is op het recht op bescherming van privéleven van de verzoeker(s), omdat het niet de taak van het EHRM is om *in abstracto* te beoordelen of het betreffende recht in overeenstemming is met het Verdrag. De besproken zaken gaan over de ouder-kind relatie in de context van draagmoederschap, maar in geen van deze zaken ging het om een weigering van de autoriteiten om een adoptie toe te staan. In deze zaken hadden verzoekers ofwel geen adoptieverzoek ingediend, ofwel het verzoek ingetrokken, of hing de toewijzing van het verzoek af van de toestemming van een biologische ouder. Desalniettemin blijkt uit deze zaken dat de 'andere manieren' om aan juridische erkenning tegemoet te komen kunnen zijn: het substituut van pleegouderschap; een beslissing

van de rechtbank waarbij gezamenlijk gezag wordt toegekend; of de gezamenlijke erkenning van een kind dat alleen een juridische band had met de geboortemoeder. In de onderhavige zaak zijn het de autoriteiten die weigeren de adoptie van de tweeling door verzoeker 1 uit te spreken. In plaats daarvan kreeg verzoeker 1 gezamenlijk gezag met de vader. Het Deense recht voorziet bovendien in een aantal mogelijkheden. Bijvoorbeeld, in geval van een scheiding of na het overlijden van de vader, blijft verzoeker 1 met het gezag belast. Ook met betrekking tot het erfrecht is er vanuit het fiscale recht geen onderscheid. Feit blijft echter dat het nationale recht geen andere mogelijkheid biedt aan verzoekers om een juridische ouder-kind band tot stand te brengen. Dit betekent dat door het afwijzen van het adoptieverzoek aan verzoekers *de facto* erkenning van een juridisch ouder-kind band werd geweigerd.

13. Een dergelijk gebrek aan erkenning had *per se* een negatieve impact op het recht op respect voor het privéleven van de kinderen, in het bijzonder omdat het voor hen leidt tot juridische onzekerheid met betrekking tot hun identiteit in de maatschappij. Wat het erfrecht betreft, stelt het EHRM dat verzoeker 1 inderdaad een testament kan maken, maar dat de kinderen daarmee nog altijd niet erfgenaam zijn op basis van een juridische ouder-kind relatie, zoals andere kinderen in Denemarken met (twee) juridische ouders. Het EHRM wijst er ook op dat de kinderen ten tijde van de uitspraak van de Hoge Raad al 7 jaar met de vader en verzoeker 1 samenleefden en er geen sprake was van tegengestelde belangen van de vader en verzoeker 1. Bovendien waren er ook geen andere personen die het ouderschap over de tweeling wensten.[16] Al met al is het Hof er niet van overtuigd dat de alternatieven die het Deense recht biedt (gezag en erfrecht) opwegen tegen de weigering van het adoptieverzoek.[17]

14. Bovendien is het EHRM niet van mening dat de Deense autoriteiten een billijk evenwicht (*fair balance*) hebben gevonden tussen de specifieke belangen van het kind[18] bij het verkrijgen van een juridische band met de wensmoeder enerzijds, en de belangen van anderen voor wie het commercieel draagmoederschap *in abstracto* negatieve consequenties kan hebben (het algemeen belang), anderzijds.[19] De Deense autoriteiten hebben onvoldoende rekening gehouden met de belangen van de kinderen voor wat de nadelige gevolgen van de niet-erkenning betreft. Het EHRM neemt een schending aan van het respect voor het privéleven van de kinderen.[20]

Belang voor rechtspositie van het kind geboren uit (commercieel) draagmoederschap

15. De uitspraak van het Hof in K.K. e.a. is belangrijk voor kinderen geboren uit commercieel draagmoederschap omdat hun rechtspositie in het gezin van de (wens)ouders verder wordt versterkt. De bescherming van het privéleven (via onder meer het recht op identiteit) speelt hier (nog steeds) een grotere rol dan de bescherming van het gezinsleven, aangezien dit laatste niet in de praktijk wordt belemmerd in veel van de zaken voor het EHRM. De rol die

het recht op respect voor het gezinsleven lange tijd heeft gespeeld in de erkenning van nieuwe gezinsvormen, lijkt dus nog steeds op retour.[21] Daarnaast neemt het Hof eerder een schending aan op grond van een onzorgvuldige belangenafwegingen tussen de rechten van het kind (versus het recht van de niet-juridische ouder) en de openbare orde (bv. in het geval van een verboden draagmoederschap).

16. Zoals eerder vermeld, bouwt het Hof met *K.K. e.a.* voort op de eerder uiteengezette rechtspraak over 'niet-traditioneel' ouderschap. Zo is er onder meer aansluiting met de zaak *Menesson*[22] en de eerder genoemde *Advisory opinion*. [23] In *K.K. e.a.* lijkt het Hof evenwel nog een stap verder te gaan: er kan niet (langer) alleen besloten worden tot een schending van het recht op privéleven van kinderen indien de biologische ouder (de vader) geen juridische ouder kan worden (zoals in *Menesson*, waarin het belang van deze genetische link expliciet werd onderstreept) maar ook, in navolging van de *Advisory opinion*, wanneer een niet-genetische ouder geen juridische afstammingsband kan vestigen (de intentionele moeder in *K.K.*).

17. De uitspraak in *K.K. e.a.* heeft ook raakvlakken met een andere uitspraak van het EHRM over commercieel draagmoederschap die een maand eerder werd gepubliceerd.[24] In deze zaak, *D.B. e.a. t. Zwitserland*, ging het ook over een afstammingsband tussen een niet-genetische ouder (hier een vader in plaats van een moeder) die (initieel) niet gevestigd kon worden na een commercieel draagmoederschapstraject, ondanks het bestaan van een buitenlandse geboorteakte die de intentionele vader en de genetische vader als juridische ouders aanwijst. Het duurde meerdere jaren alvorens de niet-genetische vader uiteindelijk in 2018 het kind kon adopteren (als gevolg van een nationale wetswijziging), hetgeen in *D.B. e.a.* leidde tot een schending van het recht van het kind onder artikel 8 EVRM (privéleven).

18. Het is duidelijk dat *K.K. e.a.* interessante vragen oproept op het gebied van juridisch maar niet-biologisch ouderschap voor het Hof. Zo lijkt de biologische band tussen (minstens 1 van de) ouder(s) en kind nog steeds een belangrijke rol te spelen. *K.K. e.a.* wijkt op dit gebied op meerdere punten af van eerdere rechtspraak omtrent niet-biologisch/genetisch ouderschap na draagmoederschap. Wanneer er geen enkele genetische band is tussen ouder(s) en kind is het Hof immers terughoudender om een schending vast te stellen, zeker wanneer het een verboden draagmoederschapconstructie betreft.[25] Het is inderdaad de vraag of het Hof ook tot een schending van het privéleven van de kinderen had besloten indien de wensvader in *K.K. e.a.* niet de biologische vader was van de kinderen geboren uit draagmoederschap. In dit geval, voor wat *K.K. e.a.* betreft, had de vader in eerste instantie niet kunnen worden erkend als juridisch vader door de Deense autoriteiten op grond van de bepaling uit het Deense recht dat 'an intended parent who is not the genetic father is not recognised as a legal parent to the child.' [26] In dat geval hadden beide wensouders in *K.K. e.a.* dus niet kunnen adopteren

volgens uit artikel 15 van de Deense adoptiewet. De zaak zou in dat geval sterke gelijkenissen hebben vertoond met *Paradiso*[27] en *Valdís Fjölnisdóttir*,[28] met het belangrijke verschil dat de kinderen in *K.K. e.a.* wel directe betrokken partijen waren bij de zaak en in beide andere zaken niet. Dit had tot interessante verschillen kunnen leiden.

19. Verder roept deze zaak (en met name de *dissenting opinion*) interessante vragen op over de reikwijdte van het belang van het kind, en het gegeven dat dit belang ‘of paramount importance’ is.[29] Hoewel wij het niet eens zijn met de minderheidsopvatting dat er geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM ten aanzien van de twee kinderen in deze zaak,[30] roept de *dissenting opinion* belangrijke vragen op met betrekking tot het normatieve karakter van het beginsel van het belang van het kind. De *dissenting* rechters wijzen op de ambiguïteit ten aanzien van dit begrip en stellen dat het het Hof nooit duidelijk heeft gemaakt dat ‘paramount’ inderdaad moet worden opgevat als ‘belangrijker dan al het andere’.[31] De *dissenting opinion* maakt hier in bepaalde zin (en op zichzelf) een goed punt wanneer zij stelt dat ‘de rechtspraak van het Hof geen duidelijk of coherent beeld geeft van wat wordt bedoeld met het ‘primordiaal belang’ van het kind.’ Interessant is hier bijvoorbeeld dat de opstellers van de *Verona principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy* uit 2021 aangeven dat in zaken van draagmoederschap, net als bij adoptie, het belang van het kind niet *een* maar *de* belangrijkste overweging moet zijn.[32]

20. Wij kunnen ons echter niet aansluiten bij de redenering waarom er volgens de minderheidsmening geen sprake was van schending van artikel 8 EVRM. Omdat de kinderen niet (volledig) zonder juridische erkenning werden gelaten (zij hadden namelijk een juridische band met hun vader en stonden onder gezag van K.K), betoogden de drie *dissenting* rechters dat de Deense autoriteiten het belang van de kinderen inderdaad als een primaire overweging hebben beschouwd, maar niet als ‘de enige overweging’, en dat dit een correcte belangenafweging betrof. Deze discussie raakt aan het (meer dan louter semantisch) verschil tussen ‘primair’ en ‘paramount’ belang van het kind, begrippen waar (nog) veel onzekerheid rond bestaat. De eerder vermelde (niet-juridisch bindende doch sturende) *Verona principles*[33] uit 2021 verschaffen hier meer duidelijkheid; ‘*the best interests of the child should be the paramount consideration*’ in draagmoederschapszaken en niet gewoon een ‘primair’ belang; daarmee zou het belang van het kind bij draagmoederschap altijd de doorslag moeten geven.[34]

21. De *dissenting opinion* in *K.K. e.a.* beruiste voornamelijk op het argument dat de rechtspositie van de kinderen in Denemarken werd gewaarborgd door de toekenning van het staatsburgerschap, en door de toekenning van gezamenlijk gezag aan de juridische vader en de niet-juridische moeder.[35] Hier lijken de *dissenting rechters* (ten minste gedeeltelijk) voorbij te gaan aan de realiteit waarin ouderlijke verantwoordelijkheid en juridische afstamming

verschillende juridische constructies zijn, die tot verschillende rechtsgevolgen leiden, alsmede aan het symbolische belang en de betekenis van (volledige) ouderlijke banden voor alle betrokken partijen (inclusief de kinderen).[36] Verder is de redenering van de *dissenting* rechters dat de rechterlijke instanties weinig andere maatregelen ('*counter-measures*') kunnen nemen (afgezien van de vastgestelde schendingen van artikel 8 EVRM van het verdrag) tegen commercieel draagmoederschap in het buitenland, op zichzelf waar, maar verandert deze vaststelling niets aan de omstandigheden van deze zaak en het belang van de kinderen *in concreto*.

M.J. (Machteld) Vonk is hoogleraar Internationaal en Europees Personen- en Familierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen

N. (Nola) Cammu is universitair docent Familierecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

[1] Zie voor een extensief overzicht J.M. Scherpe, C. Fenton-Glynn & T. Kaan, *Eastern and Western perspectives on surrogacy*, Intersentia 2019.

[2] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221.

[3] *Ibid.*, § 47.

[4] *A.M. t. Noorwegen*, EHRM 24 maart 2022, nr. 30254/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418; *D.B. e.a. t. Zwitserland*, EHRM 22 november 2022, nr. 58817/15 en 58252/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715; *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221.

[5] Zie bijvoorbeeld *Menesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[6] Bijvoorbeeld *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[7] *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812 en *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM (GK) 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

[8] *Menesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211; zie ook *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18

mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[9] *Menesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.

[10] EHRM 10 april 2019, 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, requested by the French Court of Cassation, Request no. P16-2018-001.

[11] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 48.

[12] *Ibid.*, § 48-49.

[13] *Ibid.*, § 50-51.

[14] *Ibid.*, § 55.

[15] *Ibid.*, § 70.

[16] *Ibid.*, § 74

[17] *Ibid.*, § 76

[18] Volgend uit artikel 3, lid 1, van het IVRK moeten bij alle handelingen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden verricht door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn, rechtbanken, administratieve autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind een eerste overweging vormen.

[19] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 76-77.

[20] *Ibid.*, § 77.

[21] N. Cammu en M.J. Vonk, “Rode draad 70 jaar EVRM, Klankbord of motor der verandering?: De rol van het EHRM in de erkenning van ‘niet(?)’-traditionele’ gezinsvormen”, *NTM-NJCM Bull.*, 2021/30.

[22] *Menesson t. Frankrijk*, EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.

[23] EHRM 10 april 2019, 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, requested by the French Court of Cassation, *Request no. P16-2018-001*.

[24] *D.B. e.a. t. Zwitserland*, EHRM 22 november 2022, nr. 58817/15 en 58252/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1122JUD005881715.

[25] *Cammu en Vonk 2021; Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812 en *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM (GK) 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812; *Valdís Fjölfnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[26] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 28.

[27] *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812 en *Paradiso en Campanelli t. Italië*, EHRM (GK) 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

[28] *Valdís Fjölfnisdóttir e.a. t. IJsland*, EHRM 18 mei 2021, nr. 71552/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217.

[29] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 84 e.v.

[30] *Ibid.*, § 84.

[31] *Ibid.*, § 95

[32] International Social Service (ISS), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, Geneva, 2021, principle 6.1 met bijbehorende uitleg in de voetnoot.

[33] Zie: International Social Service (ISS), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, Geneva, 2021.

[34] *Ibid.*, principle 6.1 met bijbehorende uitleg in de voetnoot.

[35] *K.K. e.a. t. Denemarken*, EHRM 6 december 2022, nr. 25212/21, ECLI:CE:ECHR:2022:1206JUD002521221, § 84; 101.

[36] Zie o.a. N. Cammu, “‘We Are Three Parents, but Legally Two’: Absent Legality, Present

Display”, *Journal of Family Issues* 2021, 42(5), 1007-1028.