

ANNOTATIE

Baret en Caballero t. Frankrijk (EHRM, 22296/20 en 37138/20) – Vlieger voor reproductief toerisme gaat dan toch niet op volgens het EHRM?

L. Oplinus

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 14-09-2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0914JUD002229620 (EHRC-2023-0205)

1. Op 14 september 2023 moest het EHRM zich voor de tweede keer binnen de tijdsspanne van een jaar uitspreken over *post mortem*[1] voortplanting in de gevoegde zaken *Baret en Caballero t. Frankrijk*. [2] Op 8 december 2022 kwam dit thema reeds aan bod in de zaak *Pejřilová t. Tsjechië*. [3] Mevrouw Pejřilová klaagde in die zaak over dat ze de spermacellen van haar man niet langer mocht gebruiken nadat hij overleden was. De Tsjechische wet vereist immers dat de toestemming tot medisch begeleide voortplanting om de zes maanden wordt hernieuwd. Daarnaast vereist de wet de schriftelijke toestemming voor elke nieuwe bevruchtingspoging. Gelet op het overlijden van de partner van mevrouw Pejřilová was het niet mogelijk om die noodzakelijke toestemmingen te verkrijgen waardoor ze geen toegang had tot *post mortem* voortplanting. Volgens het Hof was het Tsjechische regelgevende kader in overeenstemming met het EVRM. Een controversieel argument van het EHRM om tot dat besluit te komen was dat de Tsjechische wet wensouders niet verbiedt om naar het buitenland te gaan om hun kindwens te vervullen.
2. In de zaak *Baret en Caballero* tegen Frankrijk vormt dat zogenaamde reproductieve toerisme [4], waar het Hof op alludeert in *Pejřilová t. Tsjechië*, de kern van de zaak. Hoog tijd dus om dat onderwerp aan te snijden in deze bespreking van het arrest. De noot bespreekt het arrest (II). Daarna volgt een analyse van het standpunt van het Hof in deze zaak in het licht

van zijn eerdere rechtspraak (III). Het is echter relevant om het Franse regelgevende kader met betrekking tot *post mortem* voortplanting eerst in een notendop te schetsen (I).

Frans regelgevend kader

3. Tot 1994 bestond er in Frankrijk geen regelgevend kader voor medisch begeleide voortplanting. Lagere rechtspraak kwam tot tegenstrijdige beslissingen over de toelaatbaarheid van *post mortem* voortplanting.[5] Het Franse Hof van Cassatie heeft in een arrest van 9 januari 1996 geoordeeld dat *post mortem* voortplanting in Frankrijk niet toegelaten was.[6] Daarmee hebben ze de zienswijze bevestigd die in 1994 in de Franse Code de la santé publique werd ingeschreven. Zowel *post mortem* inseminatie als *post mortem* implantatie werden verboden door de Franse wet. Het is daarnaast verboden om embryo's en gameten naar het buitenland te exporteren met het oog op de toepassing van *post mortem* voortplanting.

4. De Franse regelgever was zich er evenwel ten volle van bewust dat medisch begeleide voortplanting en andere ethisch gevoelige thema's aan snelle veranderingen onderhevig zijn.[7] Daarom werd een herzieningsclausule in de wet ingeschreven waardoor de wetgever het parlement verplicht om de wet maximaal vijf jaar na de inwerkingtreding opnieuw onder de loep te nemen. De herzieningen van het Franse regelgevende kader voor medisch begeleide voortplanting in 2004 en 2011 hebben het verbod op *post mortem* voortplanting steeds bevestigd. Sinds de meest recente hervorming in 2021 hebben alleenstaande vrouwen en lesbische koppels in Frankrijk toegang tot medisch begeleide voortplanting, maar de deur naar *post mortem* voortplanting blijft gesloten.

Feiten van de zaak

5. Mevrouw Baret en mevrouw Caballero hekelen het Franse regelgevende kader over *post mortem* voortplanting in de mate dat het hen verboden is om na het overlijden van hun partners respectievelijk zaadcellen en embryo's naar Spanje te exporteren met het oog op *post mortem* voortplanting. Door het gelijkaardige karakter van hun klachten heeft het EHRM beslist om hun zaken in eenzelfde arrest te behandelen.

6. Het Hof verwijst in het arrest *Baret en Caballero* een aantal keer terug naar het arrest *Peřilová*, onder meer naar het stuk over reproductief toerisme (nr. 59): "*Parmi les éléments pesant dans la balance, elle a relevé que la législation tchèque n'interdisait pas à une personne de se rendre à l'étranger pour y obtenir une fécondation post mortem dans un pays qui l'autorise, sous réserve des garanties tenant au consentement éclairé préalable de l'homme décédé*". Het Hof herhaalt daarbij dat staten een grote beoordelingsmarge toekomt omdat er geen overeenstemming is tussen de lidstaten van de Raad van Europa over *post mortem*

voortplanting. Toch onderstreept het Hof dat de zaak *Baret en Cabellero* op twee punten verschilt van de zaak *Peřilová*. Ten eerste verbiedt de Franse wet *post mortem* voortplanting niet enkel nationaal, maar ook internationaal. Daarenboven gaat de zaak van mevrouw Caballero over het gebruik van embryo's na het overlijden van een partner. Volgens het EHRM duidt dat op een ouderschapsproject dat reeds verder geëvolueerd is.

7. Het EHRM meent dat de beslissing van Frankrijk om de export van gameten en embryo's die in Frankrijk werden bewaard naar Spanje niet toe te staan, zorgt voor een inmenging in het recht van klagsters om zich proberen voort te planten met behulp van medisch begeleide voortplanting om het ouderschapsplan na te streven dat is begonnen toen hun man nog leefde.

8. Een van de verzoeksters meent dat het Franse exportverbod niet volledig toegankelijk en voorspelbaar is in het licht van recente rechtspraak van de Conseil d'Etat (de Franse Raad van State) die de export van zaadcellen en embryo's met het oog op *post mortem* voortplanting toelaat in heel uitzonderlijke situaties. Het EHRM oordeelt dat die uitzonderingsrechtspraak niet tot gevolg heeft dat een wet onvoorspelbaar wordt. Een kleine onvoorspelbaarheid van de wet in uitzonderlijke situaties zorgt er volgens het Hof niet voor dat de wet over de volledige lijn onvoorspelbaar wordt.

9. Het EHRM heeft bijgevolg de taak om na te gaan of Frankrijk de correcte afweging heeft gemaakt. Een absoluut verbod op *post mortem* voortplanting gaat niet noodzakelijk in tegen het verdrag omdat staten een grote beoordelingsmarge hebben. Het absolute verbod op *post mortem* voortplanting in Frankrijk is een politieke keuze die de wetgever heeft gemaakt en die werd bevestigd in de verschillende herzieningsrondes van de wet. Het exportverbod is daarbij de tegenhanger van het interne verbod op *post mortem* voortplanting en heeft als doel om wetsontduiking tegen te gaan. Volgens het Hof is het Franse regelgevende kader op dat vlak coherent.[8] Het interne verbod op *post mortem* voortplanting zou worden uitgehold als wensouders zich voor *post mortem* voortplanting tot het buitenland kunnen wenden. Het verbod op *post mortem* voortplanting in het buitenland heeft als doel om ethische dumping tegen te gaan. De Franse wetgever heeft bijgevolg zijn beoordelingsmarge niet overschreden waardoor het verbod op export van gameten en embryo's met *post mortem* voortplanting als doel in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. Het Hof heeft daarbij rekening gehouden dat de Conseil d'Etat de export van gameten in heel uitzonderlijke omstandigheden wel toelaat.[9]

Analyse van het arrest

10. Deze goedkeuring van een quasi-absoluut verbod op reproductief toerisme is enigszins verrassend te noemen in het licht van de eerdere rechtspraak van het EHRM. Dit geldt niet enkel in het licht van het arrest *Peřilová* zoals hierboven geschetst. Reeds in het arrest van de

Grote Kamer in de zaak *S.H. t. Oostenrijk* over het Oostenrijkse verbod op het gebruik van donormateriaal in het kader van in-vitrofertilisatie zei het Hof reeds het volgende: “*In this connection, the Court also observes that there is no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment of infertility that uses artificial procreation techniques not allowed in Austria and that in the event of a successful treatment the Civil Code contains rules on paternity and maternity that respect the wishes of the parents*” (nr. 114).[10]

11. Net zoals rechter Ravarani in zijn *concurring opinion* ben ik bijgevolg verbaasd over de positie die het EHRM in dit arrest aanneemt ten aanzien van reproductief toerisme.[11] In voornoemde arresten speelde het feit dat wensouders naar het buitenland konden gaan om een beroep te doen op de technieken immers in het voordeel van de lidstaten die zich hadden ingemengd in hun recht op privéleven. Het is dus een verrassende wending dat het EHRM reproductief toerisme nu afdoet als ethische dumping en het Hof vindt dat lidstaten mogen optreden tegen wensouders die volgens het Hof een frauduleuze intentie hebben als ze naar het buitenland trekken met het enkele doel om een kind te verwekken. Rechter Ravarani hekelt bovendien dat het Hof vrouwen die toegang zoeken tot *post mortem* voortplanting in het buitenland in zo'n situaties een frauduleuze wil toedicht.

12. Wat dan weer niet verbaast, is dat het EHRM in dit arrest opnieuw volop de kaart van de coherentie van een regelgevend kader trekt. Een van de argumenten om te besluiten dat het Franse regelgevende kader in overeenstemming is met het EVRM is dat het exportverbod voor zaadcellen en embryo's met het oog op *post mortem* voortplanting verbod logisch is in het licht van het interne verbod. Volledig in lijn met de voorgaande rechtspraak is een coherent kader, een verdragsconform kader.

13. Opvallend hierbij is dat het Hof het arrest Baret en Caballero afsluit met volgend *obiter dictum*: “*Néanmoins, la Cour reconnaît que l'ouverture, depuis 2021, par le législateur de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules pose de manière renouvelée la pertinence de la justification du maintien de l'interdiction dénoncée par les requérantes. La Cour rappelle en effet que malgré l'ample marge d'appréciation dont bénéficient les Etats en matière de bioéthique, le cadre juridique mis en place par ces Etats doit être cohérent*”. Deze toevoeging was alvast niet naar de zin van rechter Elósegui die daarom een *concurring opinion* heeft geschreven bij het arrest.[12] Volgens haar ondergraaft deze laatste paragraaf de redenering van het EHRM in dit arrest en gaat de zinsnede verder dan de beoordeling van deze zaak. Zij meent dat het niet aan het Hof is om te zeggen dat de situatie van kinderen van wie de vader vóór de verwekking is overleden, en van kinderen die opgroeien bij alleenstaande moeders te vergelijken is als staten een brede beoordelingsmarge hebben.

14. Het *obiter dictum* doet alvast uitschijnen dat weduwes die gameten of embryo's willen laten

exporteren uit Frankrijk met het oog op een *post mortem* voortplanting in het buitenland (of zelfs zij die in Frankrijk een beroep willen doen op *post mortem* voortplanting) in de toekomst niet hoeven te wanhopen. Het EHRM hint er immers op dat het huidige regelgevende kader in Frankrijk niet coherent is en laat dat nu net hun basisvereiste zijn om te oordelen dat een kader al dan niet in overeenstemming is met het EHRM. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

Dr. L. Oplinus^[13]

[1] Onder *post mortem* voortplanting wordt voortplanting begrepen voortplanting waarbij de zwangerschap ontstaat na het overlijden van een van de wensouders.

[2] De eerste keer dat het EHRM zich heeft uitgesproken over *post mortem* voortplanting.

[3] *Pejřilová t. Tsjechië*, EHRM 8 december 2022, nr. 14889/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1208JUD001488919. Zie hierover L. Oplinus, 'EHRM predikt duidelijke taal bij medisch begeleide voortplanting' (noot onder EHRM 8 december 2022, nr. 14889/19), 13 februari 2023, https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/212384?skip_boomportal_auth=1

[4] Onder reproductief toerisme wordt het fenomeen begrepen waarbij wensouders naar het buitenland gaan om een beroep te doen op een techniek van medisch begeleide voortplanting. Ze kunnen daarvoor verschillende drijfveren hebben. Het is mogelijk dat ze naar het buitenland gaan omdat een bepaalde techniek niet is toegelaten in hun land, zoals het geval is in de zaak *Baret en Caballero t. Frankrijk*, omdat ze zich niet (langer) in de voorwaarden bevinden om een beroep te doen op medisch begeleide voortplanting of omdat de technieken goedkoper zijn dan in hun thuisland. De term reproductief toerisme is trouwens niet volledig adequaat. Voor wensouders zelf gaat het absoluut niet om een toeristisch uitje, maar is het een zaak van bittere ernst.

[5] Le tribunal de grande instance de Créteil 1 augustus 1984, *Le journal de procès* 1984, (27) 27 en A. TERRASSON DE FOUGERES, 'Le devenir des embryons conçus in vitro après dissolution du couple parental', *RDSS* 1996, (623) pdf 2.

[6] Cour de Cassation 9 januari 1996, Chambre Civile 1, nr. 94-15.9998. Het arrest had betrekking op een situatie van voor het ontstaan van het regelgevende kader.

[7] CCNE, *Réexamen des lois de bioéthique*, Rapport n°60, 25 juin 1998, 343; J.-R. BINET, 'Vingt ans de droit de la bioéthique', *Droit de la famille* december 2016, nr. 12, dossier 52, nr. 9; C. BYK, 'Les sources normatives formelles de la bioéthique', *Droit de la Santé et Société* 2018, afl. 3-4, (61) 63.

[8] Zie over het belang van coherentie in de rechtspraak van het EHRM over medisch begeleide voortplanting: L. Oplinus, 'EHRM predikt duidelijke taal bij medisch begeleide voortplanting' (noot onder EHRM 8 december 2022, nr. 14889/19), 13 februari 2023, https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/212384?skip_boomportal_auth=1

[9] Dat is bijvoorbeeld het geval als het wensouderkoppel een duidelijke link heeft met Spanje. Zie hiervoor bijvoorbeeld Conseil d'Etat 31 mei 2016, nr. 396848.

[10] *S.H. e.a. t. Oostenrijk*, EHRM (GK) 3 november 2011, nr. 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300.

[11] *Baret en Caballero t. Frankrijk*, concurring opinion of judge Ravarani.

[12] *Baret en Caballero t. Frankrijk*, concurring opinion of judge Elósegui.

[13] De auteur heeft deze bijdrage geschreven in eigen naam. De meningen en analyses binden geenszins de organisatie waarvoor de auteur werkt.