

2016•2017
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef
Partijautonomie in het Europese IPR

Promotor :
Prof. dr. Geert VAN CALSTER

Jeroen Vaes
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2016•2017
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Partijautonomie in het Europese IPR

Promotor :
Prof. dr. Geert VAN CALSTER

Jeroen Vaes
Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Het familierecht is een onderdeel van het recht dat de Europese lidstaten nog niet volledig willen afstaan aan het Europese recht. Er is wel een overgang naar steeds meer Europese IPR instrumenten die over het familierecht gaan. Deze worden dan opgesteld onder het mom van "nauwere samenwerking" of "justitiële samenwerking in burgerlijke zaken". Dit heeft allemaal zijn gevolgen met betrekking tot het nationale familierecht. Deze werkwijze zorgt voor keuzemogelijkheden voor partijen/familieleden. Rechtskeuzes door partijen kunnen een nauwe band doen ontstaan tussen de partijen en het recht dat toegepast wordt in hun geschil.

Binnen het Europese familierecht is er geen rechtstreekse verplichting om nauw verbonden te zijn met het land waar men het recht van kiest. Afhankelijk van het Europese instrument zijn er wel voorwaarden waaraan voldaan moet worden. Dit gaat van formele geldigheidsvoorwaarden zoals de schriftelijke vorm tot welbepaalde keuzemogelijkheden, waar men geen andere keuze heeft.

De algemene IPR instrumenten, waarvan het familierecht is uitgesloten, waren een bron van inspiratie voor de partijautonomie voor het familierecht. De partijautonomie binnen het familierecht heeft echter zijn eigen evolutie gekend. Men begon met geen (rechtstreekse) partijautonomie in Brussel II. Uiteindelijk kiest men nu standaard voor partijautonomie. Binnen het familierecht was de nationaliteit belangrijk voor het keuzerecht, in het bijzonder voor de Erfrechtverordening. Nu heeft men de keuzemogelijkheid voor het recht van de nationaliteit toegevoegd.

Dankwoord

Als eerste wil ik graag professor Geert Van Calster bedanken. Dankzij zijn enthousiasme in zijn vakgebied ben ik geïntrigeerd geraakt in het Internationaal Privaatrecht. De keuze voor een onderwerp in deze richting was dan ook snel gemaakt. Bedankt voor de aangename begeleiding.

Daarnaast wil ik mevr. Amandine Faucon Alonso bedanken voor mij de juiste richting in te begeleiden bij het helpen van de familierechtelijke kant van het Internationaal privaatrecht. Vervolgens bedank ik mijn ouders en mijn vrienden die me continu gesteund hebben.

1. <i>Internationaal privaatrecht</i>	3
1.1. Algemeen	3
1.2. Partijautonomie	4
1.2.1. Contractvrijheid	4
1.2.2. Definitie	4
1.2.3. Forumkeuze en rechtskeuze	5
1.2.4. Contracten en familierecht	5
1.3. De begrippen huwelijk en gezin	6
1.3.1. Gezin	6
1.3.2. Huwelijk	7
2. <i>Familierecht in het Europese Internationaal privaatrecht</i>	9
2.1. Algemeen	9
2.2. Uitsluiting	10
2.3. Familierechtelijke Europese instrumenten	11
2.4. Haagse Conferentie voor IPR	12
2.4.1. Ontstaan	12
2.4.2. Familierechtelijke verdragen	13
3. <i>Problemen partijautonomie</i>	15
3.1. Situering	15
3.1.1. Oorzaak	17
3.1.2. Toepasbaarheid	18
3.2. Reden van beperkingen	18
3.2.1. Algemeen	18
3.2.2. Nationale conflicten	19
3.2.3. Universele verklaring	19
3.2.4. Belang van het kind	20
3.2.5. Renvoi	21
3.2.6. Openbare orde	21
3.2.7. Binnen het familierecht	22
4. <i>Nadere kijk op de invloeden op partijautonomie</i>	23
4.1. Belang van het kind	23
4.1.1. Gewone verblijfplaats	23
4.1.2. Hoorrecht	24
4.1.3. Samenhangende kwesties	25
4.1.4. Verwijzing naar andere rechter	25

4.1.5.	Belangenafweging ouder en kind	26
4.2.	Openbare orde	27
4.2.1.	Toepassing vreemd recht	27
4.2.2.	Weigering erkenning uitspraak	28
4.2.3.	Openbare orde exceptie	29
4.3.	Mensenrechten	30
4.3.1.	Invloed EVRM op partijautonomie	30
4.3.2.	Toetreding EU tot EVRM	30
4.3.3.	Toegang tot de rechter	31
5.	<i>Harmonisatie</i>	33
5.1.	Commission of European family law	34
5.2.	The International commission on civil status	36
5.3.	Europese instrumenten voor harmonisatie	36
5.3.1.	Primair EU recht	36
5.3.2.	Secundair EU recht	37
5.3.3.	Brexit	37
6.	<i>Bespreking specifieke regelgeving</i>	39
6.1.	Ouderlijke verantwoordelijkheid	39
6.2.	Echtscheiding	40
6.2.1.	Brussel II-bis	40
6.2.2.	Rome III	41
6.2.3.	Erfopvolging en erfrechtverklaring	45
6.3.	Huwelijksvermogensstelsels	46
6.4.	Onderhoudsverplichtingen	47
7.	<i>Preventie</i>	51
7.1.	Partijautonomie	51
7.2.	Bemiddeling	51
7.2.1.	Doel	51
7.2.2.	Definitie	51
7.2.3.	Bemiddelingsrichtlijn	52
8.	<i>Beoordeling en aanbevelingen voor de toekomst</i>	55
8.1.	Verspreiding Europese regels	55
8.2.	Aanmoediging derde landen	56
8.2.1.	Het programma van Stockholm	56

8.3. Belang van het kind	57
8.4. Openbare orde	58
8.5. Bemiddeling	58
9. Conclusie	59
10. Bibliografie	61
10.1. Wetgeving	61
10.2. Rechtspraak	65
10.2.1. Europees Hof van Justitie	65
10.2.2. Europees Hof voor de Rechten van de Mens	66
10.2.3. Andere	67
10.3. Rechtsleer	67
10.3.1. Boeken en bijdragen	67
10.3.2. Tijdschriftartikels en andere publicaties	69

Lijst van afkortingen

EU	Europese Unie
HvJ	Hof van Justitie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de mens
IPR	Internationaal Privaatrecht
Brussel II	Verordening (EG) nr. 1347/2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen
Brussel II-bis	Verordening van de Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000
Brussel I-bis	Verordening van het Europees parlement en de raad nr. 1215/2012, 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
Rome I	Verordening van het Europees parlement en de Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
Rome II	Verordening van de raad nr. 1259/2010, 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed
Rome III	Verordening van de raad nr. 1259/2010, 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed
HCCH	Hague Conference/Conférence de la Haye
WIPR	Wetboek Internationaal Privaatrecht
Haags voogdij verdrag	Verdrag van Den Haag tot regeling der voogdij van minderjarige van 12 juni 1902
IGH	Internationaal Gerechtshof

CEFL	the Commission of European Family Law
ICCS	the International Commission on Civil Status
VK	Verenigd Koninkrijk
Verordening huwelijksvermogensstelsels	Verordening nr. 2016/1103 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels
Verordening geregistreerde partnerschappen	Verordening nr. 2016/1104 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen
Haags verdrag van 2007	Verdrag inzake de Internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden
Bemiddelingsrichtlijn	Richtlijn 2008/52/EG van het Europees parlement en de raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken
Haags protocol	Protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 23 november 2007

Inleiding

1. Het gezin is een belangrijke hoeksteen van de samenleving. Veel onderdelen van de samenleving en zeker de erg belangrijke worden grondig geregeld om duidelijkheid te creëren en een structuur te hebben. Het familierecht is niet anders. Binnen Europa, en met uitbreiding binnen de internationale gemeenschap, is familierecht uitvoerig geregeld.

2. De geëigende methode om dit te regelen is door nationaal te kijken hoe de situatie is, om er regels voor op te stellen en aan te passen aan de evoluerende maatschappij. In tegenstelling tot vroeger is deze aanpak, nationale regeling, niet meer adequaat om alle situaties te voorzien. In de praktijk komt het steeds vaker voor dat familiale toestanden, op positieve en negatieve wijze, de landsgrenzen overschrijden. Dit gaat van een eenvoudige familie-uitstap tot een vechtscheiding tussen ex-echtgenoten met een conflict over het hoederecht van de kinderen, dat zelfs gepaard kan gaan met kinderontvoering door de ex-partner.

3. Het voorgaande geeft aan dat het niet eenvoudig is om alle familiale handelingen in één geheel samen te vatten en samen te behandelen. Het is het beste om het familierecht te ordenen en apart te bestuderen per onderwerp. Om te weten waar het familierecht zich bevindt op het internationale niveau moet er gekeken worden onder welke rechtstak het internationale familierecht behoort. (zie hoofdstuk 1) Vervolgens ga ik na hoe het toepasselijke recht binnen het internationaal privaatrecht geselecteerd wordt. Er wordt ook aandacht besteedt aan het aanduiden van het land waarvan de rechtbank bevoegd is. Hierbij is het keuzerecht van de betrokken partijen, de partijautonomie, een essentieel onderdeel. Waarbij de beperkingen die gelden bij partijautonomie besproken zullen worden. De keuze van het bevoegde gerecht wordt in mindere mate besproken, maar is nuttig om mee te nemen bij het bespreken. Als er immers geen rechtskeuze plaatsvindt dan kan het recht van de forumstaat, de staat van de bevoegde rechtbank, toegepast worden in het conflict.

4. Er moet vermeden worden dat familiale conflicten verder escaleren door juridische wanorde en juridisch getouwtrek. Het is belangrijk voor de partijen in het conflict, en de familiale achterban, dat de focus gelegd kan worden op het zoeken en vinden van een oplossing van het persoonlijke conflict. Voorkomen is beter dan genezen. Dit kan mede bereikt worden door duidelijke internationale regelgeving die aangeeft welk recht van toepassing is op het conflict. Hierbij wordt in het bijzonder gekeken naar de mogelijkheid om partijen toe te laten zelf hun recht te kiezen op toekomstige, of huidige, geschillen. Hierbij wordt bijzondere aandacht besteedt aan variatie tussen de verschillende Europese richtlijnen en verordeningen. De onderzoeksvraag is: "wat is de invloed van de verschillende invulling van partijautonomie binnen het Europese familierecht in het IPR?".

5. Tevens is het nuttig om de mogelijkheid van bemiddeling te bekijken. Dit kan een oplossing bieden in vele situaties waar het conflict voor de rechtbank uitgevochten zou worden. Dankzij het voeren van een gesprek met een onafhankelijke derde kan het gebruik van de rechtelijke procedures vermeden worden. Ondanks deze mooie oplossing komt het toch voor dat bemiddeling

mislukt en dan verschijnen partijen alsnog voor een rechter. Om onzekerheden te voorkomen moet ook hier het toepasselijke recht onderzocht worden met eventuele toepassing van partijautonomie.

6. Er zal worden nagegaan of partijautonomie, zelfs buiten bemiddeling, de manier is om met onduidelijkheid van toepasbaar recht om te gaan. Vervolgens zal de toekomst van het keuzerecht binnen het Europees familierecht worden bekeken. Is Europa de goede weg ingeslagen bij het uitvoeren van partijautonomie of moet er iets aangepast worden?

1. Internationaal privaatrecht

1.1. Algemeen

7. Internationaal privaatrecht is het grensoverschrijdende recht binnen het privaatrecht. De essentie van dit recht is dat wanneer er binnen het privaatrecht een grensoverschrijdend element aanwezig is, er gekeken moet worden naar de internationale regels met betrekking tot het grensoverschrijdende privaatrecht. Dit valt onder de beschrijving Internationaal privaatrecht. (hierna: "IPR") De nadruk bij IPR ligt op het oplossen van conflicten van partijen die betrokken zijn in een grensoverschrijdend conflict. Deze regels bieden duidelijkheid over welk recht van toepassing is op eventuele geschillen, welke rechtbank bevoegd is, de erkenning en tenuitvoerlegging van uitspraken.¹ Het IPR biedt geen materieel recht aan om geschillen specifiek op te lossen. Er wordt louter aangewezen welk recht van welk land gebruikt moet worden om het conflict inhoudelijk op te kunnen lossen.

8. De bewoording internationaal moet niet te restrictief bekeken worden in het licht van het internationaal privaatrecht. Het wordt internationaal genoemd omdat het conflict een grensoverschrijdend karakter heeft waar een oplossing voor gezocht moet worden. Voor het specifieke conflict wordt een oplossing gezocht door in het internationaal privaatrecht te kijken welk recht van toepassing verklaard wordt, op basis waarvan het geschil opgelost kan worden.

9. Het internationale privaatrecht wordt sinds enige tijd regelmatig bekeken vanuit de internationale bronnen die het recht van een specifiek land aanduiden. De oorspronkelijke aanzet tot het internationale privaatrecht is echter afkomstig vanuit het nationale recht van de forumstaat. Dit is de staat waar het geschil aanhangig gemaakt wordt. De basis is dat als er een geschil is het wordt opgelost door het nationale recht toe te passen. Bij internationale conflicten moet er echter eerst een recht geselecteerd worden waarvan het materiële recht gebruikt kan worden om het conflict op te lossen. Dit kan op twee manieren. Als eerste kan het recht van de staat waar het geschil aanhangig is bepalen welk recht toegepast moet worden. De tweede mogelijkheid is het toepassen van internationale of Europese regelgeving die het materiële recht selecteert.²

10. Om duidelijk te stellen wat het internationaal privaatrecht inhoudt moet er een onderscheid gemaakt worden tussen (internationaal) privaot en publiek recht. Publiek recht gaat over geschillen tussen de staat en entiteiten en tussen staten onderling. In tegenstelling tot het publieke onderdeel van het internationaal recht is het internationaal privaatrecht enkel van toepassing tussen onderdanen van de staten onderling. Bij het internationaal publiekrecht kan er wel gesproken worden van een effectief internationaal recht. Om het publiekrecht tussen Staten onderling te regelen kan er enkel teruggegrepen worden naar internationale regelgeving.

¹ J. A. PONTIER, *Europees Conflictenrecht: Een complexe geschiedenis in Vogelvlucht*, Amsterdam, Amsterdam University press, 2005, 5-6.

² M. BOGDAN, *Private international law as component of the law of the forum: general course*, Maubeuge, Triangle bleu, 2011, 27-29.

1.2. Partijautonomie

1.2.1. Contractvrijheid

11. Om partijautonomie te kunnen definiëren moet eerst gekeken worden waar de basis van het contractenrecht ligt, de contractvrijheid. Het uitgangspunt is dat personen de mogelijkheid hebben om vrij te contracteren. Dit wordt opgedeeld in twee onderdelen. Als eerste hebben partijen de mogelijkheid om vrij te kiezen of men wilt contracteren of niet, principieel is men niet verplicht om te contracteren. Het tweede onderdeel is de contractuele vrijheid om de inhoud te bepalen. Partijen zijn volledig vrij om de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Idealiter zou dit betekenen dat partijen de ruimste marge hebben om in een overeenkomst zichzelf zo veel als mogelijk te bevoordelen of de tegenpartij te benadelen. Dit is het uitgangspunt van de vrijheid tot contracteren, het is mogelijk om zelf de inhoud te bepalen.³ Het toepassen van deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Het contractenrecht is in verschillende gevallen de beperking op de contractuele vrijheid. Zo valt er te denken aan de verplichting voor bedrijven die een monopolie hebben om een overeenkomst te sluiten als particulieren dit wensen.⁴

1.2.2. Definitie

12. Partijautonomie is ontstaan uit de vrijheid om te contracteren.⁵ De gedachte is dat partijen vrij zijn om te beslissen of ze willen contracteren of liever niet. Daarnaast hebben partijen de vrijheid om de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Deze vrijheid betreft de volledige inhoud van de overeenkomst, dat is waar partijautonomie begint mee te spelen. Partijautonomie is de mogelijkheid die partijen krijgen om zelf te bepalen welk recht van toepassing is op hun overeenkomst en welke rechtbank bevoegd is om toekomstige geschillen te beslechten. Deze vrijheid om te beslissen welk recht en welke rechtbank bevoegd is kent echter ook limieten. Deze problemen zullen worden onderzocht in het 2^{de} hoofdstuk en nadere uitwerking krijgen in hoofdstuk 3.

13. De keuzevrijheid wordt gekenmerkt door de vrijheid om te mogen kiezen, zonder dat het een verplichting is. Als men ervoor opteert om geen recht te kiezen, dan zullen de algemene internationale regels bepalen welk recht toepasselijk is. Als er geen internationale of Europese regels zijn die het toepasselijk recht vaststellen dan zal dit gebeuren door het nationaal recht. De meeste nationale rechtsstelsels hebben immers een eigen regeling over internationale privaatrechtelijke geschillen. Deze regeling heeft vaak de vorm van een wetboek of wet die specifiek de bepalingen van het toepasselijk recht, op privaatrechtelijke geschillen met een grensoverschrijdend karakter, tot voorwerp heeft. Het principe van partijautonomie is overigens geen uitsluitend kenmerk van internationaal privaatrecht. Partijautonomie komt in de nationale rechtssystemen voor als contractsvrijheid. In nationale systemen hoeven partijen geen rechtskeuze

³ R. STONE en J. DEVENNEY, *Text, cases and materials on contract Law*, New York, Routledge, 2014, 5-7.

⁴ C. MAK, *Fundamental rights in European contract law: A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Nederland, Kluwer, 2008, 25-27.

⁵ M. ZHANG, "Party autonomy and beyond: an international perspective of contractual choice of law", *Int'l L. Rev.* 2006, volume 20, 552-554.

te maken, omdat er slechts één nationaal systeem op van toepassing is. Partijen kunnen echter wel zelf bepalen hoe ze hun contract opstellen en welke territoriale rechtbank bevoegd is voor hun geschil binnen de landsgrenzen waarbinnen de overeenkomst gesloten is.

14. In het verleden is partijautonomie langzaam toegevoegd als mogelijkheid in Europese regelgeving.⁶ Zoals in andere aspecten van de maatschappij willen burgers steeds meer zelf keuzemogelijkheden hebben. De Europese wetgever volgt deze trend op vlak van partijautonomie.⁷ Nu kan partijautonomie gezien worden als een standaard binnen de Europese regelgeving.⁸

1.2.3. Forumkeuze en rechtskeuze

15. Binnen het Internationaal privaatrecht kan er een onderverdeling gemaakt worden tussen bevoegde rechtbank en rechtskeuze. De eerste mogelijkheid voor partijen om partijautonomie uit te oefenen binnen het Internationaal privaatrecht is om de bevoegde rechtbank aan te duiden. De keuze voor de bevoegde rechtbank wordt ook forumkeuze genoemd.⁹ Als tweede kunnen partijen het toepasselijk recht kiezen voor toekomstige conflicten. Dit zorgt voor de nodige rechtszekerheid voor partijen als er zich een conflict voordoet. Het laatste wat partijen kunnen gebruiken wanneer ze in een conflict verwickeld geraken is onzeker te zijn over welk recht van toepassing is en dus niet weten waaraan ze zich kunnen verwachten.

1.2.4. Contracten en familierecht

16. Vroeger was het familierecht in een reeks landen zeer veel, tot zelfs uitsluitend, grondwettelijk en wettelijk beschermd en geregeld. De wettelijke bescherming van het familieleven in al zijn facetten is nog steeds zeer aanwezig in de huidige samenleving, al is de locatie van de bescherming verplaatst van uitsluitend nationale bescherming tot een extra bescherming in Europese en internationale rechtsbronnen, zoals het handvest van de grondrechten¹⁰ van de Europese Unie.¹¹

17. Het familierecht heeft zijn basis in de regeling van kernbegrippen, zoals het huwelijk en geregistreerde samenwoning. De nationale rechtssystemen regelen hoe deze opgestart kunnen worden en hoe ze een einde nemen. Tevens verlenen deze familievormen bepaalde rechten en plichten tussen de echtgenoten, met rechten en plichten voor eventuele geboren kinderen binnen de familievorm. Ondanks het gevoel dat bij het brede publiek kan leven dat alles in het leven geregeld wordt is er echter ook een grens aan de regels. Het familieleven is een begrip geworden waar er niet zomaar interventies van de overheid meer kunnen plaatsvinden. De overheid moet het

⁶ Voorstel voor een Verordening van de raad houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoering van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken, 17 juli 2006, 4-6.

⁷ J. W. RUTGERS en M. ZILINSKY (eds.), *Begrensde vrijheid in het IPR*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 28-29.

⁸ T. MARZAL YETANO, "The constitutionalisation of party autonomy in European family law", *Int. J. Priv. Law* 2010, volume 6, 156-157.

⁹ L. STRIKWERDA, *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn, Maklu, 2009, 39-40.

¹⁰ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb. C.* 18 december 2000, afl. 364, 1.

¹¹ E. BREMS en J. H. GERARDS, *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Northampton, Edward Elgar, 2013, 5-7.

gezinsleven respecteren, zoals in ruime bewoordingen weergegeven in artikel 7 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De bescherming van het gezinsleven is niet zomaar een prioriteit voor de inwoners van de Europese Unie. De bescherming wordt ook, tot in zekere mate, geboden aan inwoners van derde landen. De bescherming aan vluchtelingen geboden tijdens de vluchtelingencrisis dankt zijn kracht aan de verdediging van het gezin.¹² Het familieleven wordt dus beschermd door Europese, internationale en nationale regelgeving.

18. Het familieleven kan als het ware "contractueel" geregeld worden. Deze contractuele context moet in de brede zin bekeken worden. Om het leven binnen een familie te regelen wordt er geen contract afgesloten tussen de echtgenoten, met uitzondering van het huwelijkscontract, maar men heeft wel vrij de keuze hoe het verloopt. Dit wordt wel eens de "contractualisering" van het familierecht genoemd.¹³ Er wordt ruimte gecreëerd voor families om te leven zoals ze het zelf willen.

19. Ondanks de contractualisering van het familierecht blijven de regels een belangrijke houvast. Als eerste is er de rechtstreekse bescherming tegen inmenging van de overheid. In een reeks landen is de externe bescherming afkomstig van de overheid. Deze bescherming kan aangeboden worden via de sociale zekerheid in landen waar deze zeer sterk vertegenwoordigd is.¹⁴ Er is ook nog een tweede bescherming die de meeste nationale rechten bieden, de bescherming van binnenuit. Als er sterke vermoedens of zelfs bewijzen zijn van problemen binnen het gezin, dan kunnen de autoriteiten wel ingrijpen door maatregelen te treffen voorzien in nationale regelgeving. Dit kan zolang de algemene regels van het internationale recht gevolgd worden. Zo valt er te denken aan het verdrag van internationale kindervervoering¹⁵ op het internationale vlak en specifieke nationale regelgeving rond partnergeweld en kindermishandeling.¹⁶

1.3. De begrippen huwelijk en gezin

1.3.1. Gezin

20. Harmonisatie van recht is pas mogelijk als begrippen op een gelijke manier gedefinieerd worden. Eén van de termen die regelmatig op een andere manier ingevuld wordt in verschillende lidstaten is de term "gezin". In het verleden werd dit begrip dan ook uniform gebruikt en was er geen noodzaak om één strikte definitie te hanteren. Tegenwoordig is het begrip niet meer zo eenvoudig.¹⁷ De gezinssituaties in heel Europa zijn gewijzigd, soms zowel in recht als in praktijk, zodat het begrip aan verruiming toe is. In de regelgeving van de Europese Unie is het begrip toegepast zonder de toekomstige wijzigingen in rekening te nemen. Dit is geen probleem

¹² UNICEF, "Het recht van het kind op gezinshereniging", 2015, 2-3.

¹³ Voor een grondige rechtsvergelijking tussen de lidstaten van de Europese Unie in verband met contractualisering van het familierecht: F. SWENNEN (ed.), *Contractualisation of family law – Global perspectives*, New York, Springer, 2015, 1-368.

¹⁴ Art. 19 van de Grondwet van Finland, 11 juni 1999.

¹⁵ Verdrag betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale kindervervoering van 25 oktober 1980.

¹⁶ F. SWENNEN (ed.), *Contractualisation of family law – Global perspectives*, New York, Springer, 2015, 4-6.

¹⁷ A. J. M. NUYTINCK en J. J. M. GRAPPERHAUS, "Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles', in het familie (vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind", *Ars Aequi* 2008, 861-862.

aangezien er geen verkeerde definitie kan zijn als er geen definitie is. Er kan echter een basisdefinitie zijn waarbij nationale rechtssystemen ervoor kunnen zorgen dat hun uitgebreidere begrip ook bescherming verkrijgt, door bv. het ontwikkelen van een nauwere samenwerking tussen lidstaten die soortgelijke uitbreiding van het begrip gezin hebben.

21. Om de gelijktrekking van het begrip te bekomen is er eind 2015 een burgerinitiatief geweest voor het oprichten van een verordening betreffende familierecht en bescherming van de samenlevingsvormen voor het gezin.¹⁸ Burgerinitiatief is de mogelijkheid dat inwoners, van een lidstaat van de Europese Unie, hebben om aandacht te vestigen op een specifiek onderwerp onder de voorwaarde dat het onder de bevoegdheid van de Europese Unie valt.¹⁹

22. Het initiatief is genomen om de verscheidenheid aan inhoud van het begrip familierecht van de Europese lidstaten naar elkaar toe te kunnen trekken. Met name het gebruik van de term huwelijk en de term gezin. De term gezin is vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief geen voor de hand liggende term om te bespreken. Dit komt omdat binnen het IPR het begrip "gezin" als zodanig niet voorkomt. De IPR verordening die enigszins getroffen wordt door het begrip "gezin" is de Verordening over huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid. (hierna: "Brussel II-bis")²⁰ Deze Verordening bepaalt in art. 1 lid 1, d) dat de Verordening van toepassing is op onder andere de plaatsing van een kind in een pleeggezin.²¹ In eerste instantie lijken hier geen serieuze problemen bij aanwezig te zijn aangezien er weinig moeilijkheden zijn om vast te stellen of het gaat over een pleeggezin. Het is wel sterk aan te raden om een zelfde definitie van het begrip te gebruiken binnen heel het Europese familierecht, dan kunnen problemen voorkomen worden. Uit het burgerinitiatief is duidelijk dat het binnen de bevoegdheid ligt van de Europese Unie om een eenvormig begrip te gebruiken. Al moet hier de opmerking gemaakt worden dat het materiële familierecht niet Europees geregeld kan worden. Europees is er enkel de mogelijkheid om grensoverschrijdende familierechtelijke conflicten te regelen als het over de burgerlijke samenwerking gaat.²² Uiteraard is er ook de mogelijkheid om dit te doen via nauwere samenwerking tussen welbepaalde lidstaten zonder de bevoegdheid van individuele lidstaten te schenden, maar toch een gemeenschappelijke regeling op te maken voor deelnemende lidstaten.²³

1.3.2. Huwelijk

23. Het tweede begrip dat het burgerinitiatief wilde gelijktrekken is het huwelijk. Er zijn verschillende Europese rechtsbronnen die het over het huwelijk hebben, in dit onderzoek zijn de IPR verordeningen die het over het huwelijk hebben belangwekkend. Dit zijn de Brussel II-bis

¹⁸ Voorstel voor een verordening Europees burgerinitiatief ter bescherming van het huwelijk en het gezin, 11 december 2015.

¹⁹ C. AALBERTS, *Kunnen burgers Europa van koers laten veranderen?*, Delft, Eburon, 2014, 38-39.

²⁰ Verordening van de Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, *Pb. L.*, 23 december 2003, afl. 338, 1. (hierna: "Brussel II-bis")

²¹ Toepassingsgebied van de verordening van toepassing voor de plaatsing van kinderen in een pleeggezin, art. 1, lid 1 d) Brussel II-bis.

²² Art. 81 lid 3 VWEU.

²³ Art. 326-334 VWEU.

Verordening en de Verordening tot nauwere samenwerking inzake echtscheiding.²⁴ Deze verordeningen spreken over de term "huwelijk", de term wordt echter nergens gedefinieerd. Dit is omdat de term als vanzelfsprekend wordt ervaren. Door de evolutie van de maatschappij en de wijzigende mogelijkheden tot samenleven heeft de term echter een zeer variërende inhoud gekregen in de lidstaten van de Europese Unie.

24. Zo is de steun voor het homohuwelijk in Europa van 44% in 2006 naar 61% in 2015 gestegen.²⁵ Europa is de voortrekker in het wettelijk verankeren van het homohuwelijk. Dit percentage is een reflectie van de mening van individuen en zijn dus niet altijd een weerspiegeling van de juridische realiteit. Het recht lost problemen op eens ze zich voordoen en niet vooraleer de problemen ontstaan zijn. Deze cijfers geven echter wel aan dat er een groot verschil is tussen de lidstaten. Dit uit zich dan ook in de inhoud van het begrip huwelijk. Dit is geen pleidooi om het homohuwelijk mogelijk te maken via Europese regelgeving die het begrip huwelijk definieert, hoe bewonderenswaardig dat pleidooi ook is. Het zijn de lidstaten zelf die tot een weloverwogen beslissing kunnen komen tot het invoeren van homohuwelijk. Het is niet aan de instellingen van de Europese Unie om deze mening op te leggen aan de lidstaten. Waar wel voor te wedijveren valt is het bekomen van een uniforme basisdefiniëring van het begrip huwelijk. Op deze manier kunnen alle huidige, en toekomstige, Europese familierechtelijke verordeningen en richtlijnen uniform worden toegepast en kan er geen verwarring ontstaan over de draagwijdte van de regels met betrekking tot de inhoud van het begrip huwelijk.

²⁴ Brussel II-bis en Verordening van de raad nr. 1259/2010, 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *Pb. L.*, 29 december 2010, afl. 343, 10 (hierna: "Rome III").

²⁵ Report by the European commission, *Special eurobarometer 437, Discrimination in the EU in 2015*, 48-49.

2. Familierecht in het Europese Internationaal privaatrecht

2.1. Algemeen

25. Het Europees instrument bij uitstek voor Internationaal privaatrecht (hierna: IPR) in burgerlijke en handelszaken is de Verordening 1215/2012.²⁶ (hierna: "Brussel I-bis") Het Europese familierecht wordt frequent uitgesloten van de gebruikelijk IPR instrumenten.

26. Artikel 1 lid 2 van de Brussels I-bis Verordening verleent een uitsluiting voor het huwelijksvermogensrecht, erfenissen en onderhoudsverplichting.²⁷ Deze laatste werd al in de preambule opgenomen. Naast Brussel I-bis is ook de Verordening 593/2008 zeer belangrijk voor het IPR.²⁸ (hierna: "Rome I")

27. De Verordening Rome I biedt een uitsluiting van het familierecht. Artikel 1 lid 2 b) van Rome I formuleert het als volgt: "Verbintenissen die voortvloeien uit de familierechtelijke betrekkingen". Wat familierechtelijke betrekkingen precies betekent wordt uitgelegd door preambule 8 van de Verordening Rome I. Onder dit begrip wordt verstaan: huwelijk, afstamming, aanverwantschap en verwantschap in de zijlijn. Dit betekent dat verbintenissen die tot stand komen omwille van deze situaties, uitgesloten zijn uit Rome I. Dit houdt dus onder andere in het opstellen van een huwelijkscontract. Preambule 8 van Rome I heeft precies dezelfde formulering als preambule 10 van de Verordening 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. (Hierna: "Rome II")²⁹ Bij het opstellen van Rome I was het de bedoeling om het toepassingsgebied met betrekking tot familierecht gelijk te trekken met Rome II.³⁰ Om de werkelijke betekenis te achterhalen moet er dus gekeken worden naar de betekenis van de bewoordingen in Rome II. De bewoording "relatievormen die met het huwelijk en andere familierechtelijke betrekkingen vergelijkbare gevolgen hebben" is specifiek toegevoegd in de Verordening Rome II. Als motivering werd opgegeven dat buitenechtelijke samenlevingsvormen hiertoe behoren.³¹ Hoe de term "buitenechtelijke samenlevingsvormen" ingevuld wordt, zal worden bepaald aan de hand van de invulling van het begrip in het nationaal recht. Dit kan teruggevonden worden door de verwijzing van preambule 10 van de Rome II Verordening naar artikel 1, lid 2 b).³²

²⁶ Verordening van het Europees parlement en de raad nr. 1215/2012, 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.*, 20 december 2012, afl. 351, 1.

²⁷ L., STRIKWERDA, *De Overeenkomst in het IPR*, Antwerpen, Maklu, 2015, 27-28.

²⁸ Verordening van het Europees parlement en de Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb. L.*, 4 juli 2008, afl. 177, 6.

²⁹ Preambule 10 verordening van het Europees parlement en de raad nr. 864/2007, 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb. L.*, 31 juli 2007, afl. 199, 40. (Rome II)

³⁰ Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (COM(2005)0650 – C6-0441/2005-2005/0261(COD)) 21 november 2007, 8-9.

³¹ Verslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)), 27 juni 2006, 15-16.

³² Preambule 10 van Rome II en artikel 1, lid 2, b) van Rome II.

2.2. Uitsluiting

28. Het Europese familierecht bij grensoverschrijdende situaties wordt in de regel uitgesloten van de algemene IPR instrumenten. De reden voor deze aparte aanpak van familierecht zit verscholen in de gevoeligheid van het onderwerp. Familierecht vindt zijn basis in de privésfeer van de gezinnen. Familierecht gaat over de meest uiteenlopende situaties zolang het betrekking heeft op familie in de ruime zin. Zo gaat het over onder andere de Verordening van de ouderlijke verantwoordelijkheid³³, het verdrag over inning van levensonderhoud³⁴ en het Haags verdrag van kinderonvoering.³⁵ De gevoeligheid kan worden aangetoond met een citaat van Evelyne Gebhardt een Europees parlementariër: "Op Malta bestaat helemaal geen echtscheiding, maar in Zweden bijvoorbeeld kan men binnen zes maanden gescheiden zijn."³⁶ Dit voorbeeld gaat zelfs over een onderwerp waar ogenschijnlijk niet veel discussie over bestaat, de mogelijkheid tot echtscheiding. Minder voor de hand liggend om consensus over te bereiken is bijvoorbeeld het homohuwelijk. Nederland heeft als eerste land ter wereld het homohuwelijk wettelijk geregeld, België volgde kort daarna. Het contrast met Oost Europese lidstaten kan nauwelijks groter. In het oosten wordt er afkeurend gereageerd tegenover het homohuwelijk.³⁷

29. Bij de Europese instrumenten waar het familierecht is uitgesloten, kan er ook gekeken worden naar de voorstellen van de respectievelijke verordening of richtlijn. Zo geven preambules 15 en 16 van het voorstel van Rome I de relatie met andere verordeningen weer.³⁸ De omschrijving blijft echter vaag in het voorstel. Het begint met te vermelden dat de verhouding tussen deze Verordening en andere bepalingen van gemeenschapsrecht nader omschreven dienen te worden. Hiermee wil men zeggen dat er automatische volledige hiërarchie bestaat die deze Verordening boven de rest plaatst of de anderen voorrang verleent. In de goedgekeurde Verordening Rome I zijn deze bepalingen verwerkt in preambules 40 en 41.³⁹ Als eerste wordt er aangegeven dat het geheel van de collisieregels zo weinig als mogelijk verspreid moet worden over verschillende instrumenten. Dit belet niet dat er uitzonderingen mogelijk zijn die uitgesloten worden van het toepassingsgebied, zoals het familierecht.

30. De specifieke aanpak van familierecht in het Europese Internationale privaatrecht heeft onrechtreeks gevolgen voor partijautonomie. Als er geen Europees instrument tot stand komt, dan kan er ook geen partijautonomie zijn. Als er wel een instrument komt maar deze zeer veel moeilijkheden kende bij de opstelling, dan is partijautonomie één van de topics die mogelijk

³³ Verordening nr. 2201/2003 van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, *Pb.L.* 27 november 2003, afl. 338, 1.

³⁴ Verdrag inzake de Internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden, *Pb. L.* 22 juli 2011, afl. 192, 51.

³⁵ Verdrag betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderonvoering van 25 oktober 1980.

³⁶ E. GEBHARDT, plenaire vergadering van 20 oktober 2008, debat inzake wijziging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoering van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken.

³⁷ B. DE PATER, *West-Europa*, Assen, Van Gorcum, 2009, 270-273.

³⁸ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, 15 december 2005, COM/2005/0650 def.

³⁹ Preambule 40 en 41 Rome I.

achterwegen gelaten wordt.⁴⁰ Zo was er bij de opstelling van het verdrag van internationale inning van levensonderhoud van de Haagse Conferentie discussie over het invoeren van partijautonomie, uiteindelijk is partijautonomie er toch doorgekomen.⁴¹ De twijfel die er was bij het invoeren van partijautonomie heeft ervoor gezorgd dat er extra waarborgen ingebouwd zijn in het protocol inzake het recht dat van toepassing op onderhoudsverplichtingen.⁴²

31. De uitsluiting van familierecht in IPR instrumenten die partijautonomie bevatten had dus ervoor kunnen zorgen dat er geen partijautonomie was binnen onderhoudsverplichtingen. Het gevolg van een gebrek aan keuze in het toepasselijke recht wordt ook duidelijk als er een blik op het verleden geworpen wordt. Voor de totstandkoming van Verordening 1259/2010, tot nauwere samenwerking te komen voor het toepasselijke recht met betrekking tot echtscheiding en scheiding van tafel en bed, bepaalde het nationaal recht het toepasselijke recht.⁴³ ("Hierna: "Rome III") Deze nationale systemen boden te weinig flexibiliteit en zorgde voor situaties die strijdig waren met de verwachtingen van de burgers.⁴⁴ Hieraan is tegemoetgekomen door de invoering van de Rome III Verordening.⁴⁵

32. Dit kan zeer veel problemen veroorzaken voor burgers die in een conflict terecht komen. Zelfs ex-partners die onderling nog goed overeenkomen, maar die een einde willen maken aan hun huwelijk, dienen ook een welbepaald recht toe te laten passen. Bij ontstentenis van partijautonomie is het moeilijk voor partijen om een duidelijk zicht te hebben op welk recht van toepassing zal zijn, laat staan om op de hoogte te zijn wat de gevolgen zijn van het toepasbaar zijn van een specifiek recht. Als de ex-partners besluiten om uit de echt te scheiden in onderling overleg dan is het kiezen van het recht dat erop van toepassing is een zeer aangename uitbreiding van de mogelijkheden.

33. Bij ex-partners die het moeilijker hebben om vreedzaam uit elkaar te gaan is partijautonomie nog steeds een voordeel. In deze situaties is het immers kalmerend voor de situatie als men niet om ter snelst een procedure in een welbepaald land wil initiëren om voor alsnog de nationale collisieregels naar keuze van toepassing te laten verklaren.⁴⁶

2.3. Familierechtelijke Europese instrumenten

34. Aangezien het familierecht uitgesloten is van de gebruikelijke Europese IPR instrumenten zijn er specifieke instrumenten voor IPR binnen het familierecht. Ik zal nu een

⁴⁰ L. WALKER, *Maintenance and child support in private International law*, United Kingdom, Hart publishing, 2015, 155-156.

⁴¹ J. W. RUTGERS, M. ZILINSKY, *Begrensde vrijheid in het IPR*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 21-23.

⁴² Protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 23 november 2007, *Pb. L.*, 16 december 2009 (hierna: protocol onderhoudsverplichtingen).

⁴³ Verordening van de raad nr. 1259/2010, 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *Pb. L.*, 29 december 2010, afl. 343, 10 (hierna: Rome III).

⁴⁴ Groenboek over het toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken, 14 maart 2005, COM(2005) 82 def.

⁴⁵ Preambule 3, 14 en 15 van Verordening Rome III.

⁴⁶ Groenboek over het toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken, 14 maart 2005, COM(2005) 82 def.

kort overzicht bieden van de richtlijnen en verordeningen die ik hoofdzakelijk zal behandelen met betrekking tot de partijautonomie. De Brussel II-bis Verordening behandelt bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging over geschillen met betrekking tot het huwelijk en ouderlijke verantwoordelijkheid.⁴⁷ Samen met Brussel II-bis wordt de Rome III Verordening bekeken.⁴⁸ Bovendien er een verordening met betrekking tot huwelijksvermogens.⁴⁹ Daarnaast is er een analoge verordening over geregistreerde partnerschappen.⁵⁰

35. Binnen het erfrecht is Verordening 650/2012 het Europese instrument bij uitstek, het behandelt de erfopvolging en de Europese erfrechtverklaring. Binnen deze materie behandelt de Verordening de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen.⁵¹ Op het vlak van onderhoudsverplichtingen is er de Verordening 4/2009 voor de bevoegdheid, toepasselijk recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen voor onderhoudsverplichtingen.⁵²

2.4. Haagse Conferentie voor IPR

2.4.1. Ontstaan

36. De Haagse conferentie van Internationaal privaatrecht oftewel Hague Conference on Private International law is een intergouvernementele organisatie. (Hierna: "HCCH", Hague Conference/Conférence de La Haye) De organisatie heeft 82 leden, waarvan 81 Staten en één regionale organisatie de Europese Unie.⁵³ Oorspronkelijk werd er door deze organisatie uitsluitend sporadische conferenties gehouden. Na verloop van tijd is de conferentie een permanente organisatie geworden, dit gebeurde in 1955. Het is ontstaan om de grensoverschrijdende interactie tussen burgers te vereenvoudigen binnen het privaot en handelsrecht.⁵⁴ Waarbij het internationaal privaatrecht in een zo groot mogelijk gebied gelijk toegepast kan worden. De doelstelling van de conferentie kan worden teruggevonden in artikel 1 van het Statuut van de conferentie, vooruitgang richting internationaal privaatrecht.⁵⁵

⁴⁷ Verordening van de Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, *Pb. L.*, 23 december 2003, afl. 338, 1.

⁴⁸ Rome III

⁴⁹ Verordening nr. 2016/1103 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, *Pb. L.*, 8 juli 2016, afl. 183, 1.

⁵⁰ Verordening nr. 2016/1104 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, *Pb. L.*, 8 juli 2016, afl. 183, 30.

⁵¹ Verordening van het Europees parlement en de raad nr. 650/2012, 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, *Pb. L.*, 27 juli 2012, afl. 201, 10 (hierna: erfrechtverordening).

⁵² Richtlijn van de raad nr. 4/2009, 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, *Pb. L.*, 10 januari 2009, afl. 7, 1 (hierna: richtlijn onderhoudsverplichtingen).

⁵³ X, Members of the Hague conference, <https://assets.hcch.net/docs/fa2ded4d-0574-41d9-b749-289d44aef373.pdf>.

⁵⁴ H. VAN LOON, "The Hague Conference on Private International Law", *HJJ* 2007, 3-4.

⁵⁵ Art. 1 Statuut van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, 's-Gravenhage, 31 oktober 1951, *Trb.* 1959, nr. 3.

37. Zowel de landen die leden zijn van deze conferentie als alle niet-leden kunnen deelnemen aan de verdragen opgesteld door de Haagse conferentie. Heel veel landen doen dit ook. Op deze manier heeft de conferentie zeer veel invloed op het internationale familierecht. Deze verdragen hebben enkel betrekking op het internationale privaatrecht en dus niet op het materiële recht van de desbetreffende landen. Door de wens van Staten om het familieleven van hun onderdanen internationaal te kunnen regelen is er interesse om het familierechterlijke internationale privaatrecht te regelen. Het familieleven stopt immers niet aan de grens. Als een gezin onder hun nationale regels als een gezin wordt gezien, dan betekent dit niet dat men automatisch een gezin is in de rechtssystemen over de grens. Zo kunnen er moeilijkheden ontstaan met betrekking tot de erkenning van het huwelijk in het buitenland of de specifieke huwelijksvorm die wel erkend is in eigen land.

38. Door het tot stand komen van de Haagse conferentie zijn landen bijeengekomen om familierecht internationaal te harmoniseren. De deelnemende lidstaten harmoniseren samen de regels zodat ze eenvormig zijn.⁵⁶ Er is een hele waaier aan afgesloten verdragen die deelnemende lidstaten hebben over heel de wereld, zowel leden van de conferentie als niet deelnemende lidstaten. Het belangrijkste verdrag met betrekking tot partijautonomie is het forumkeuze verdrag. Dit verdrag is ontstaan door de invloed van Amerika die niet deelnam aan een verdrag over de erkenning van buitenlandse uitspraken.⁵⁷

2.4.2. Familierechtelijke verdragen

39. Het eerste familiale verdrag dat ontstaan is dankzij de Haagse conferentie is het verdrag over de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen.⁵⁸ Dit verdrag is belangrijk voor de Europese Unie om ervoor te zorgen dat ontvoerde kinderen, door één van hun ouders, terug het land ingebracht worden.⁵⁹ Het tweede verdrag van de Haagse conferentie is het verdrag over interlandelijke adoptie.⁶⁰ Het derde verdrag gaat over grensoverschrijdende inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden.⁶¹ De laatste twee verdragen gaan over de bescherming van respectievelijk de volwassenen⁶² en van kinderen.⁶³

⁵⁶ H. V. LOON, "La conférence de la Haye de droit international privé", *HJJ* 2007, 1-6.

⁵⁷ L. E. TEITZ, "The Hague choice of court convention: Validating party autonomy and providing an alternative to arbitration", *Am. J. Comp. L.* 2005, 544-545.

⁵⁸ Verdrag van 's Gravenhage betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, 25 oktober 1980, *BS* 24 april 1999, 13737.

Verdrag inzake de Internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden, *Pb. L.* 22 juli 2011, afl. 192, 51.

⁵⁹ Preambule 17-18 en artikel 11 Brussel II-bis.

⁶⁰ Verdrag van Den Haag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie van 29 mei 1993, *BS* 6 juni 2005, 26062.

⁶¹ Verdrag van 's Gravenhage inzake de internationale inning van levensonderhoud ten behoeve van kinderen en andere familieleden van 23 november 2007, *Pb. L.* 22 juli 2011, afl. 192, 39.

⁶² Verdrag inzake de internationale bescherming van volwassenen van 13 januari 2000, *Tractatenblad* 2008, afl. 2, 1.

⁶³ Verdrag van 's-Gravenhage inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996, *B.S.* 22 augustus 2014, 63.560.

3. Problemen partijautonomie

3.1. Situering

40. Er zijn vele situaties waarin partijautonomie voor problemen kan zorgen, en er dus beperkingen nodig zijn. Als eerste is er de mogelijkheid om internationale regelgeving verkeerd toe te passen en partijautonomie toe te staan waar er geen grensoverschrijdende situatie is. Als er een conflict ontstaat in een louter nationale situatie dan is het niet wenselijk om internationale regelgeving toe te passen om partijautonomie toe te kennen. Het zou verkeerd zijn om partijautonomie internationaal toe te kennen als het nationaal niet wordt verleend. Bij louter nationale conflicten zal het recht van dat land bepalen of de partijen één recht kunnen kiezen binnen het nationale systeem.⁶⁴ Hierbij kan er gedacht worden aan landen die in hun land meerdere rechtssystemen hebben voor verschillende territoriale onderdelen. Het is echter wel mogelijk dat een overheid ervoor opteert om de bepalingen van de internationale regels om te zetten in het nationale recht. Hierbij lijkt het alsof de internationale rechtsregels verkeerdelijk worden toegepast, maar is louter een toepassing van de soevereiniteit van de Staat om zelf te bepalen welke regels toe te passen op nationale conflicten.

41. Eens dat er vaststaat dat er een grensoverschrijdend conflict is, dan kunnen de internationale regels van het IPR toegepast worden. Door de toepassing van deze regels zijn echter niet alle narigheden opgelost. Om vast te stellen welk recht van toepassing is binnen het privaatrechtelijk geschil moet er voldoende zorg besteedt te worden aan de inhoud van het conflict. Binnen het familierecht in het bijzonder spelen de problemen zich vooral af bij de gevoeligheid van de situatie. Om duidelijk te maken hoe gevoelig het familierecht kan zijn een illustrerend voorbeeld. Bij een echtscheiding is het essentieel dat de kinderen geen slachtoffer worden van het conflict.⁶⁵ Het probleem kan zich al voordoen op nationaal vlak door onder andere contact met één van de ouders te verhinderen. Het tegenovergestelde kan echter ook nadelig zijn voor het kind, een evenwichtig co-ouderschap kan voor het kind zeer moeilijk zijn om te volgen. Waarbij het kind iedere week moet inpakken wat hij of zij nodig heeft bij de andere ouder en keer op keer van leefomgeving verandert. Dit is uiteraard een kans voor het kind om contact te blijven houden met beide ouders, maar dit legt een zware druk op het kind.⁶⁶

42. Op internationaal vlak worden gelijkaardige conflicten nog uitvergroet. Als een co-ouderschap binnen een land, of zelfs een provincie, voor problemen kan zorgen dan verwondert het niet dat een internationale invloed de problemen niet verzacht. Wekelijkse verhuis over de grens tussen grenssteden kan perfect lopen en bij sommigen een zekere meerwaarde bieden. Zo kan de uitgebreide kennismaking met verschillende talen een meerwaarde bieden voor de

⁶⁴ Art. 37 erfrechtsverordening.

⁶⁵ §58 HvJ 27 oktober 2016, nr. C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819.

⁶⁶ E. SPRUIJT en V. DUINDAM, "Joint physical custody in the Netherlands and the well-being of children", *J. Divorce remarriage* 2010, 66-68.

toekomst van het kind. Het verplaatsen over de grens kan helaas ook enorme problemen veroorzaken, van lichte aanpassingsproblemen tot grotere problemen.⁶⁷

43. Als derde probleem is er de keuzemogelijkheid voor de partijen om het recht te kiezen van een land dat geen deelnemende lidstaat is aan een richtlijn of verordening. Partijen toelaten om ruime keuze te hebben voor toepasselijk recht klinkt interessant, maar draagt risico's met zich mee. De Europese Unie is een mengeling van veel verschillende landen met verscheidene historische en culturele achtergronden. Deze verscheidenheid zorgt al voor een aantal problemen, maar zijn niet onoverkomelijk. Als de partijen echter een heel ruime keuzevrijheid krijgen om toepasselijk recht te selecteren dan kan het zeer lastig zijn om de praktijk in overeenstemming te krijgen met het desbetreffende recht. Want op Europees vlak zijn er juridische uitspraken die het recht gelijk probeert te stellen, in de mate van het mogelijke, tussen de landen onderling. Bij derde landen is dit niet het geval. Dit gezegd zijnde zijn er echter ook voordelen aan een keuzemogelijkheid voor niet EU landen en niet-deelnemende staten toe te laten. Daarbij kan gedacht worden aan het toestaan van de partijen voor een zo ruim mogelijke keuze aan toepasselijke rechtssystemen om de band tussen de partijen en het land zo nauw als mogelijk te houden.⁶⁸

44. Ondanks mogelijke problemen met een universele toepassing van richtlijnen en verordeningen wordt hiervoor juist specifiek gekozen in bepaalde situaties.⁶⁹ Universele toepassing van Europese regelgeving betekent dat het aangewezen recht effectief toelaatbaar is om voor te opteren. Dit betekent als de partijen dankzij de partijautonomie voor een recht van een niet-deelnemende staat kiezen, dit recht effectief toepasselijk is op het geschil. Deze universele verklaring maakt het dus rechtsgeldig voor de partijen om een keuze te maken uit landen die de richtlijn of verordening niet ondertekend hebben en er niet aan deelnemen.⁷⁰

45. Eens het vaststaat dat er een universele toepasbaarheid is van de regeling zijn de problemen niet noodzakelijk van de baan. Dan kan er nog gediscussieerd worden of er al dan niet een mogelijkheid tot renvoi moet zijn. Om duidelijk weer te geven wat renvoi betekent is het handig om eerst het gebruik ervan in een nationaal IPR wetboek te kijken naar toepassingen. In het Belgische wetboek van IPR wordt renvoi uitgesloten in artikel 16.⁷¹ (Hierna: "WIPR") Art. 34 en 78 WIPR zijn voorbeelden van beperkte toepassing van renvoi⁷² Art. 34 WIPR handelt over de bekwaamheid en de staat van een persoon. Om deze te kunnen vaststellen wordt er gekeken naar het recht van het land waarvan hij over de nationaliteit beschikt. Indien er echter in dat recht een verwijzing naar het Belgische recht aanwezig is, dan is het Belgische recht van toepassing om de

⁶⁷ N. NIKOLINA, *The influence of International law on the issue of co-parenting emerging trends in International and European instruments*, 133-134.

⁶⁸ Bijvoorbeeld preambule 11 en 13 en art. 4 in combinatie met art. 5 Rome III.

⁶⁹ Rome III

⁷⁰ F. APS, "Het familiaal internationaal privaatrecht (inzake echtelijke moeilijkheden): "too much Europe"?", *T. FAM.* 2015, 95-96.

⁷¹ Art. 16 wet 16 juli 2004 houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004.

⁷² *Ibid* art. 34 en 78.

staat of de bekwaamheid vast te kunnen stellen. Dit kan het geval zijn wanneer het buitenlandse recht bepaalt dat de staat en bekwaamheid wordt bepaald aan de hand van het recht van de staat waar de gewone verblijfplaats is.

46. Renvoi betekent dus dat wanneer het recht van een specifiek land gekozen of aangeduid is, dat niet alleen het recht van het land van toepassing is maar ook de verwijzende IPR regels van het land. Dit heeft tot gevolg dat op basis van het land zijn nationale IPR regels een volledig ander land zijn recht van toepassing zou zijn in het onderhavige geval.

47. Het volgende zeer belangrijke probleem dat kan ontstaan, is dat de keuze van de partijen strijdig is met de beginselen van openbare orde.⁷³ Binnen Europa is er op verschillende niveaus aandacht voor deze uitzondering op regelgeving. Als er zich een situatie voordoet die strijdig is met openbare orde dan moet er een einde aan gemaakt kunnen worden door de nationale actoren.⁷⁴ Als gekend voorbeeld kan het betalen aan de draagmoeder bij draagmoederschap aangehaald worden. Het is verantwoord om de draagmoeder te vergoeden voor de kosten, maar hogere betaling is strijdig met openbare orde.⁷⁵

3.1.1. Oorzaak

48. Partijautonomie bestaat nog niet zo lang. Het is ontstaan doordat grensoverschrijdende situaties rechtsconflicten lieten ontstaan. Oorspronkelijk werden deze problemen opgelost door toepassing van vaste regels binnen het internaal privaatrecht. Zoals andere rechtsgebieden is ook het internationaal privaatrecht aan veranderingen onderhevig.

49. In de Europese unie heeft men ervoor geopteerd om niet heel het recht te synchroniseren via volledige harmonisatie. Dit biedt ruimte voor rechtskeuze van een welbepaald land waarmee het conflict verbonden is. De gedachte voor de totstandkoming van partijautonomie is dat de betrokken partijen tot keuze mogen overgaan welk recht men verkiest om van toepassing te zijn op eventueel toekomstige geschillen.

50. Partijautonomie binnen het IPR is in de eerste plaats tot stand gekomen om binnen het huwelijksvermogen partners de mogelijkheid te bieden om zelf te kiezen hoe ze hun vermogen samenstellen, door de keuze te kunnen maken welk recht erop van toepassing is.⁷⁶ De tweede vorm van partijautonomie, forumkeuze oftewel keuze van bevoegde rechtbank, is trager ingetreden. De intrede van forumkeuze is op internationaal vlak moeilijker gebleken net zoals op nationaal vlak.

⁷³ WAUTELET, P., Party autonomy in international family relationships : a research agenda, België, Intersentia, in C. CAUFFMAN en J. M. SMITS, *The citizen in European private law*, Cambridge, Intersentia, 23-25.

⁷⁴ C. KESSEDJIAN, *Public order in European law*, Eleven international, 2007, 25-31.

⁷⁵ F. SWENNEN (ed.), *Contractualisation of family law - Global perspectives*, New York, Springer, 2015, 312-315.

⁷⁶ U. MAGNUS en P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels IIbis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, 154-156.

3.1.2. Toepasbaarheid

51. Om het Internationaal privaatrecht te kunnen toepassen moet er wel aandacht besteedt worden aan het grensoverschrijdende karakter van de situatie. Het is pas van zodra er meer dan één land betrokken is bij de overeenkomst dat partijen kunnen overeenkomen welk recht van toepassing is.⁷⁷ Het is opmerkelijk dat de partijautonomie in het familierecht eerder doorbreekt op internationaal niveau dan op nationaal niveau. Dit houdt in dat gezinsleden die zich in een puur interne situatie bevinden, binnen één land, niet de mogelijkheid hebben om een buitenlands recht te kiezen. Van zodra er een extern element aanwezig is bestaat er de mogelijkheid om te kiezen voor het recht waar hun voorkeur naar uitgaat boven het andere recht en dus in zekere zin kan kiezen aan welke rechten men wil voldoen en welke niet. Uiteraard valt het niet te verwonderen dat een puur interne situatie geen mogelijkheid biedt om het recht van een ander land te kiezen. Het is wel vreemd dat binnen de nationale rechtssystemen er zelden een keuzemogelijkheid is tussen verschillende opties. Eén van de uitzonderingen waarbij zo een keuze wel mogelijk is op nationaal niveau is het keuzerecht om een specifiek huwelijksvermogensstelsel te kiezen via een huwelijkscontract.⁷⁸

52. Het verschil tussen nationaal en Europees niveau wordt verklaard doordat het recht van twee of meer lidstaten verbonden zijn met het geschil en dat er ergens een optie gekozen moet worden. Deze keuze kan beter liggen bij de partijen zelf dan bij een derde. Deze ongelijkheid wordt in zekere zin weggewerkt door specifieke vereisten op te leggen om tot partijautonomie te kunnen komen. Zo zijn er bv. verplichtingen om verbindende elementen te hebben met het gekozen recht, zoals keuzemogelijkheden op basis van nationaliteit of woonplaats en andere.

53. De partijautonomie is dus niet grenzeloos, de keuze wordt beperkt. Zo kunnen de beperkingen van de gemeenrechtelijke IPR instrumenten bekeken worden als toonaangevende instrumenten die partijautonomie toestaan.⁷⁹ Familierechtelijk hebben deze instrumenten vooral in het verleden belang gehad. Toen er op Europees niveau minder richtlijnen en verordeningen waren die partijautonomie regelde in specifieke situaties.

3.2. Reden van beperkingen

3.2.1. Algemeen

54. Het begrip partijautonomie, net zoals contractvrijheid, klinkt zeer positief. Wie wil er nu niet de vrijheid hebben om zelf de inhoud van hun contract te bepalen? Dit is de reden dat contractvrijheid het uitgangspunt is. Het contractenrecht en alle rechtsbronnen die over contracten spreken merken echter terecht op dat deze vrijheid niet onbeperkt hoeft te zijn. Zo moet er binnen

⁷⁷ S. SYMEONIDES, *American private International law*, Nederland, Kluwer, 2008, 197-198.

⁷⁸ Zie bv. art. 1387 en 1390 BW.

⁷⁹ Brussel Ibis en Rome I, zie supra.

het internationaal privaatrecht opgemerkt worden dat zwakkere partijen bescherming verdienen van vrije partijautonomie van de andere partij.⁸⁰ Het Hof van justitie toetst nationale IPR regels aan de dwingende bepalingen van het Europese IPR dat bescherming voor specifieke partijen voorziet.⁸¹

55. Zoals bij de situering uitgelegd zijn er een aantal problemen die kunnen ontstaan bij onbeperkte partijautonomie. In dit hoofdstuk worden de opgelegde beperkingen in het algemeen besproken. Vervolgens zal ik de invloeden van de belangrijkste van deze beperkingen uitwerken. (zie hoofdstuk 4) Daarna zullen de Europese instrumenten in het algemeen en specifiek bekeken worden. (Zie respectievelijk hoofdstukken 5 en 6)

3.2.2. Nationale conflicten

56. Het is soms niet zo duidelijk of het IPR van toepassing is. De regels van IPR kunnen duidelijk en eenvormig zijn, maar het is niet de bedoeling om ze altijd toe te passen. Als er een conflict ontstaan is met louter nationale oorzaken en nationale gevolgen dan kan er geen gebruik gemaakt worden van IPR.⁸² Dit wordt vaak als expliciete voorwaarde toegevoegd binnen het internationale privaatrecht van een land. Dit zijn de regels van internationaal privaatrecht dat een specifiek land in zijn nationaal recht heeft opgenomen, dat toepasbaar is als er geen Europese of internationale regels van toepassing zijn.

57. Het is echter wel mogelijk dat een Staat ervoor kiest om de regels van het IPR om te zetten in hun nationale recht. Op deze manier kunnen uiteraard de regels van het IPR onrechtstreeks toegepast worden op het geschil. Dit is echter geen toepassing van het IPR.

3.2.3. Universele verklaring

58. Zoals eerder aangegeven betekent een universele verklaring dat de partijen een ruime keuze hebben voor het toepasselijke recht. Deze ruimte biedt de mogelijkheid om het recht van een derde, niet-deelnemende, staat aan te duiden voor het toepasselijke recht.⁸³

59. Als men ervoor opteert om een universele verklaring toe te staan dan gebeurt dit met de gedachte dat de partijen, in de goede omstandigheden, het best geplaatst zijn om het recht te kiezen. De keuzemogelijkheden moeten dan ook strekken tot over de landsgrenzen van de Staten die deelnemen aan de ontwikkelde regelgeving. Indien de keuze in een specifieke omstandigheid de foute keuze lijkt dan kan deze teruggedraaid worden door mechanismen die een overzicht houden op het conflict en het toepasselijke recht.

⁸⁰ L. VAN BOCHOVE en X. E. KRAMER, "Opgelegde bescherming in het Europees internationaal privaatrecht", *BJU* 2010, 5-8.

⁸¹ HvJ 11 december 2014, nr. C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443.

⁸² S. SYMEONIDES, *American private International law*, Nederland, Kluwer, 2008, 197-198.

⁸³ P. VLAS, *Rechtspersonen*, Apeldoorn, Maklu, 2017, 176-177.

60. Om de redenering achter de universele verklaring te verduidelijken zal er gekeken worden naar de Rome III Verordening.⁸⁴ Het universele karakter van een richtlijn of verordening vergt geen extensieve uiteenzetting in de regelgeving. Het is een eenvoudige verklaring dat eender welk recht van toepassing verklaard kan worden door de partijen.⁸⁵ De redenering achter deze verklaring is te vinden in preambules 14 en 15. Preambule 15 maakt duidelijk dat het voor de Europese Unie belangrijk is dat voor de Europese burgers vrij verkeer van personen en flexibiliteit gegarandeerd zijn. Flexibiliteit is belangrijk voor de Europese Unie, dit is opgenomen in art. 3 lid 2 VEU en art. 45 VWEU.⁸⁶ Om de rechtszekerheid en flexibiliteit van de partijen te bewerkstelligen worden ze toegelaten om vrij te kiezen welk recht men wil toepassen op de echtscheidingsprocedure. Hieruit volgt in preambule 14 dat het recht naar keuze ook toepasbaar is als dit een Staat blijkt te zijn die niet deelgenomen heeft aan de Verordening Rome III. Hierdoor kunnen de echtgenoten zelf bepalen met welk recht hun geschil, of hun huwelijk, het meeste betrekking op heeft of heeft gehad.

61. Partijen worden toegestaan om het recht van derde staten te kiezen, dit kan echter een risico inhouden. Het toepassen van een welbepaald recht kan voor verrassingen zorgen voor één van de partijen of zelfs voor beiden. Om dit te vermijden wordt er aandacht gespendeerd aan het verschaffen van informatie over het nationale recht aan de partijen die de keuze maken. Als voorbeeld kunnen de preambules 17 en 18 van de Rome III Verordening bekeken worden. Er moet informatie verleent worden over het nationale recht wat van toepassing zou zijn met inbegrip van de echtscheidingsprocedure. Preambule 18 vervolgt met de redenering dat het belangrijk is dat de echtgenoten een goed geïnformeerd besluit kunnen nemen. Beide echtgenoten dienen volledig op de hoogte te zijn van de consequenties van de rechtskeuze van een welbepaald recht.

3.2.4. Belang van het kind

62. Het uitoefenen van partijautonomie betekent dat de partijen de keuze krijgen welk recht van toepassing is of welke rechtbank bevoegd is. Het is echter niet zo dat als (ex-)echtgenoten de partijen zijn die de keuze kunnen maken dat derden die er zeer fel mee verbonden zijn dit zomaar moeten ondergaan. Hierbij is het zeer belangrijk om de positie van het kind te bekijken en in welke mate het kind belang heeft aan extra bescherming tegen de partijautonomie.⁸⁷ Als echtgenoten uit elkaar gaan dan kan het er heftig aan toe gaan, het kind mag hier niet de dupe van worden. Deze situatie doet zich meer bepaald voor bij het selecteren van de bevoegde rechtbank voor eventuele conflicten.

⁸⁴ Rome III

⁸⁵ Universele toepassing art. 4 Rome III.

⁸⁶ N. A., BAARSMA, *The Europeanisation of International family law*, Den Haag, Asser Press, 2011, 79-80.

⁸⁷ V. VAN DEN EECKHOUT, "De wisselwerking tussen materieel en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?" *RW* 2000, 8-11.

3.2.5. Renvoi

63. De meeste Europese regels sluiten het renvoi systeem specifiek uit. Deze uitsluiting vindt meestal plaats omwille van de duidelijkheid van het gekozen rechtssysteem. Als de partijen in een geschil kiezen voor een bepaald recht, dan is het eenvoudiger en duidelijker als het aangeduide recht ook effectief van toepassing zal zijn op de toekomstige geschillen. Als men ervoor opteert om renvoi toe te passen dan zou men in eerste instantie terecht komen bij het gekozen recht, maar daar zou ook het nationale internationaal privaatrecht toegepast moeten worden. Dit verplicht de rechter vervolgens om het toepasselijke recht vast te stellen op basis van de nationale regeling om te bepalen welk recht uiteindelijk van toepassing zou zijn.⁸⁸

64. De toepassing van renvoi kan bekeken worden vanuit het gebruik in Verordening Brussel I-bis. Het belangrijke artikel hieromtrent is artikel 25.⁸⁹ Het artikel betreft het aanduiden van een bevoegde rechtbank voor toekomstige conflicten binnen burgerlijke en handelszaken. Belangrijk voor het toepassen van het artikel voor het familierecht is het beperkte toepassingsgebied binnen het familierecht zoals eerder vermeldt.⁹⁰ Artikel 25 stelt de geldigheid van de forumkeuze afhankelijk van het recht van de Staat waarvan de rechtbank gekozen is. Het is belangrijk om hierbij op te merken dat het recht voor de controle van de geldigheid het recht is van de Staat die gekozen is voor de bevoegde rechtbank. Het is opmerkelijk dat artikel 25 over de geldigheid van de forumkeuze spreekt die gecontroleerd moet worden "krachtens het recht van die lidstaat". Dit recht wordt echter enorm uitgebreid door preambule 20 van de Verordening, deze erkent immers dat het hele recht moet toegepast worden, inclusief de internationaal privaatrechtelijke artikels van het nationale recht. In tegenstelling tot andere Europese regels wordt hier dus gebruik gemaakt van Renvoi.⁹¹

3.2.6. Openbare orde

65. Bij IPR conflicten, in het bijzonder binnen het familierecht, moet er opgelet worden dat de partijautonomie niet misbruikt wordt. Binnen de Europese regelgeving wordt veelvuldig gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot partijautonomie. Dit is toe te juichen maar dit kan niet onbeperkt goedgekeurd worden. Er moet een vorm van controle zijn op de rechtskeuze van partijen. Binnen het familierecht is het zeer belangrijk om zoals zojuist gezegd belang te hechten aan het belang van het kind. Dit kan in het bijzonder uitstekend door openbare orde.⁹² Het zijn uiteindelijk enkel de partijen, meestal de ouders binnen een familiale situatie, die het recht hebben om de keuze te maken. Het kind krijgt nauwelijks tot geen inspraak in deze keuze, met uitzondering van bijvoorbeeld beperkte indirecte mogelijkheden.

⁸⁸ G. VAN CALSTER, *European private international law*, Portland, Hart publishing, 2016, 128-129.

⁸⁹ Art. 25 Brussel I-bis.

⁹⁰ Familierechtelijke uitsluitingen van het toepassingsgebied: Art. 1, lid 2 e) voor onderhoudsverplichtingen en art. 1, lid 2 f) testamenten en erfenissen Brussel I-bis.

⁹¹ P. HAY, "Notes on the European Union's Brussels-I "Recast" regulation", *The European legal forum* 2013, 2-3.

⁹² L. WILLEMARCK, "De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen", *NJLP* 2003, 102-103.

3.2.7. Binnen het familierecht

66. Op nationaal niveau kan er niet gesproken worden van partijautonomie, maar wel van contractvrijheid. Het is nuttig om eerst nationaal te kijken of en in welke mate er contractvrijheid is bij het familierecht. De harmonisatie van familierechtelijke regels begint immers met het nationale niveau en met de nationale politiek die op het Europees vlak invloed uitstraalt.

67. Nationaal gezien is het familierecht een onderdeel van het recht dat zeer strikt toegepast wordt. Het invoeren van contractsvrijheid, met uitbreiding partijautonomie, is niet vanzelfsprekend in deze materie. Vrijheid om te contracteren in het familieverband kan personen tot een kwetsbare positie dwingen, net zoals dat buiten de familie kan plaatsvinden. Binnen een familie is het echter minder eenvoudig om een onderscheid te maken tussen personen die kennis hebben van contracten en dus weten dat ze in een zwakkere positie terecht gekomen zijn en mensen die hun familieleden volledig vertrouwen voor een goede afloop. Als voorbeeld kan een schenking met voorbehoud van vruchtgebruik dienen. In dit voorbeeld schenken de ouders de gezinswoning aan hun kinderen onder voorbehoud van vruchtgebruik. Het kan zijn dat de kinderen slechte bedoelingen hebben en hun ouders hebben kunnen overtuigen om de schenking toch maar te doen. Dit terwijl de schenking van de gezinswoning met voorbehoud van vruchtgebruik een soort van vrijgevigheid is van de ouders om te vermijden dat hun kinderen later veel successierechten op de woning zouden moeten betalen.⁹³

68. Zoals zoveel evoluties in het recht is er niet slechts één visie op hoe het eraan toe gaat en hoe het zou moeten zijn. Het is niet omdat er één of enkele nadelen zijn van contractsvrijheid dat het volledig achterwegen moet gelaten worden. Bij de bespreking van de goede formatie van contractsvrijheid bij het familierecht kan er gekeken worden naar de mogelijkheid voor getrouwde koppels om voor een specifiek huwelijksstelsel te kiezen. Nadeel van het vrij overeenkomen van een huwelijkscontract is dat een financiële sterkere partner kan proberen een scheiding van goederen te bekomen. Dit risico is eens zo groot als deze partner als enige gaat werken en daarmee makkelijk in contact kan komen met professionelen die advies kunnen verlenen. Zoals gezegd is dit geen pleidooi om contractvrijheid af te schaffen. Koppels kunnen er ook zeer grote voordelen uit putten dat er contractvrijheid is. Zo zal een koppel waarbij één van de partners een eigen zaak heeft, kunnen genieten van een afgescheiden vermogen met behulp van scheiding van goederen. Hierdoor valt het niet te verwonderen dat er steeds meer stemmen opgaan, en nu zelfs omgezet wordt in de praktijk, om een zekere contractsvrijheid te hebben binnen het familierecht. Met als voornaamste voorbeeld het huwelijkscontract.⁹⁴

⁹³ M. WELSTEAD en S. EDWARDS, *Family law*, Hampshire, Oxford university press, 2013, 1-8.

⁹⁴ M. BOURGEOIS, F. DEREME, P-Y ERNEUX, S. NUDELHOLC, T. JANSEN, D. MICHIELS, X. NELIS, A. VAN GEEL en A. VAN ZANTBEEK, *Estate planning: Actuele topics – thèmes actuels*, Mechelen, Kluwer, 2013, 287-291.

4. Nadere kijk op de invloeden op partijautonomie

4.1. Belang van het kind

4.1.1. Gewone verblijfplaats

69. Als eerste voorbeeld van het in rekening brengen van het belang van het kind zal Brussel II-bis bekeken worden, meer in het bijzonder de toepassing van de algemene bevoegdheid van artikel 8 voor de bevoegde rechtbank.⁹⁵ Op het eerste zicht lijkt dit artikel geen belang te hechten aan het belang van het kind. Het begrip "gewone verblijfplaats" dat opgenomen is in artikel 8 verwijst echter niet naar de inhoud die het nationale recht eraan geeft. Op basis van de gelijke interpretatie van het Europese recht oordeelt het Hof dat een ongedefinieerd begrip in het Europese recht, zonder verwijzing naar nationaal recht, uniform geïnterpreteerd moet worden naar context en doelstelling van de regelgeving.⁹⁶ Tevens moet opgemerkt worden dat het Hof specifiek geoordeeld heeft dat het begrip "gewone verblijfplaats" in het kader van geschillen met betrekking tot huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid een andere invulling vereist dan de gebruikelijke definitie. Dit is vaste rechtspraak sinds 1994, in latere rechtspraak wordt dit impliciet erkend door een autonoom gebruik van gewone verblijfplaats voor te schrijven.⁹⁷ Dit begrip wordt afhankelijk gesteld van de feitelijke situatie van het kind. Deze verblijfplaats vergt een zekere integratie van het kind zowel in de familiale als in de sociale omgeving.⁹⁸ Principieel vergt dit een verblijf van een zekere duur, maar een korte duur is voldoende als men de bedoeling heeft om er vast te verblijven.⁹⁹

70. In casu volgt dat de doelstelling van preambules 12 en 13 gehanteerd kan worden voor het definiëren van het begrip "gewone verblijfplaats".¹⁰⁰ Uit preambules 12 en 13 wordt duidelijk dat binnen de Verordening de bescherming van het kind essentieel is. Het Hof van justitie heeft in opeenvolgende rechtspraak ruimte gecreëerd voor de nationale rechter om zijn eigen bevoegdheid op grond van de gewone verblijfplaats van het kind te beoordelen.¹⁰¹ Hierdoor kan de rechter beoordelen of de ouders hun rechtskeuze baseren op het meest interessante recht voor hun of ook aan het kind denken. Deze interpretatie is zeer wenselijk om per situatie te controleren en om de belangen van het kind te vrijwaren.

⁹⁵ Art. 8 Brussel II-bis.

⁹⁶ §34, HvJ 2 april 2009, nr. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

⁹⁷ HvJ 15 september 1994, nr. C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332.

⁹⁸ § 47 HvJ 22 december 2010, nr. C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829.

⁹⁹ *Ibid.*, § 51.

¹⁰⁰ HvJ 15 februari 2017, nr. C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118.

¹⁰¹ HvJ 2 april 2009, nr. C - 523/07, ECLI:EU:C:2009:225, HvJ 22 december 2010, nr. C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829 en HvJ 9 oktober 2014, nr. C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268.

4.1.2. Hoorrecht

71. De tweede bescherming die Brussel II-bis aan kinderen biedt is de mogelijkheid voor het kind om gehoord te worden. Deze bescherming vindt zijn oorsprong in artikel 11, lid 2 Brussel II-bis. Deze bescherming wordt enkel geboden in situaties waar een verzoek is ingediend voor de terugkeer van het kind op basis van artikel 12 of 13 van het verdrag van 's-Gravenhage van internationale kinderontvoering. De toepassing van de mogelijkheid voor het kind om gehoord te worden verleent bescherming voor het kind om niet zonder meer onderworpen te worden aan een procedure in rechten waar het niets over te zeggen heeft.¹⁰² De samenhang van het kind dat vrij zijn mening mag uiten en de belangen van het kind worden duidelijk weergegeven in een arrest van het Hof van Justitie van 2010.¹⁰³ In dit arrest wordt het recht van gehoord te worden van artikel 11 van de Verordening Brussel II-bis gekoppeld aan de rechten van het kind van artikel 24 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie.¹⁰⁴

72. Op het eerste zicht lijkt dit recht van het kind om gehoord te worden nauwelijks tot geen correlatie te hebben met partijautonomie. De connectie met partijautonomie wordt duidelijk als art. 11, lid 2 samen wordt gelezen met artikel 13 van de Brussel II-bis Verordening. Artikel 13 stelt de bevoegde rechtbank vast als er geen gewone verblijfplaats kan worden vastgesteld van het kind. Voor het begrip gewone verblijfplaats kan er opnieuw verwezen worden naar het arrest van 1994.¹⁰⁵ Als de rechter besluit dat er geen gewone verblijfplaats is dan zal op basis van artikel 13, lid 1 Brussel II-bis de rechtbank bevoegd zijn die gelegen is in het land waar het kind aanwezig is. Hiervoor is artikel 11 zeer belangrijk om te vermijden dat het kind onterecht wordt meegenomen door één van de ouders, bijvoorbeeld zonder het gezagsrecht, naar een land waar die rechtbanken dan bevoegd zouden zijn voor het geschil. Hierbij kan het belang van het kind en het recht van het kind om gehoord te zijn dus een verlichtende rol spelen.

73. Het kind kan op deze manier gehoord worden over de situatie en dus, minstens onrechtstreeks, meebepalen hoe het conflict opgelost wordt.¹⁰⁶ Door gehoord te worden zal het kind de mogelijkheid hebben om zijn mening te geven over de "kinderontvoering" door zijn eigen ouder. Daarnaast zal het kind ook zijn mening kunnen geven over de feitelijke omstandigheden waar het zich het meeste thuis voelt en dus de moeilijkheden tot de vaststelling van een gewone verblijfplaats kan verhelpen. Dankzij het belang dat de Europese wetgever, in de opstelling van de Brussel II-bis Verordening, toekent aan het nut van het horen van het kind hoeft het kind niet lijdzaam toe te kijken hoe het geschil zijn ouders verder uit elkaar drijft zonder er zelf iets aan te kunnen doen. Samen met de Europese wetgever heeft het Hof van Justitie de belangen van het kind mee verdedigd tegen het louter volgen van de partijautonomie uitgeoefend door de ouders.

¹⁰² P. McEleavy, "The European court of human rights and the Hague child abduction convention: Prioritising return of reflection?", *Neth. Int'l L. Rev.* 2015, volume 62, 365-368.

¹⁰³ §57-60 HVJ 22 december 2010, nr. C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

¹⁰⁴ Art. 11, lid 2 Brussel II-bis en art. 24, lid 1 en 2 handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹⁰⁵ HvJ 15 september 1994, nr. C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332.

¹⁰⁶ S. ARILD VIS en S. FOSSUM, "Organizational factors and child participation in decision-making: differences between two child welfare organizations", *Child fam Soc Work* 2015, volume 20, 277-280.

Het Hof van Justitie heeft hierbij de basisgrondrechten van het kind meegenomen in de beoordeling door de rechten van het kind zo nauwgezet als mogelijk te beschermen en het onrechtstreeks te betrekken in de partijautonomie.

4.1.3. Samenhangende kwesties

74. Vervolgens biedt art. 12 Brussel II-bis een waarborg voor het belang van het kind. Dankzij dit artikel is de bevoegde rechter, bij een verzoek tot echtscheiding, ook bevoegd voor samenhangende kwesties met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid. Er zijn wel drie voorwaarden waaraan voldaan moet worden, waarvan slechts 2 heel duidelijk in het artikel staan. Ten minste één van de ouders moet de ouderlijke verantwoordelijkheid over het kind hebben. Daarnaast moeten de ouders de bevoegdheid van de rechter ook erkennen en de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen.¹⁰⁷ Deze laatste toevoeging lijkt ingevoerd te zijn om het kind extra te beschermen door een bijkomende aanvaarding indien zijn ouders de ouderlijke verantwoordelijkheid niet meer hebben. De laatste voorwaarde is dat de nieuwe bevoegdheid voor ouderlijke verantwoordelijkheid, voor dezelfde rechter, in het belang van het kind is.¹⁰⁸

75. Op basis van artikel 12 lid 3 Brussel II-bis kan een rechter ook bevoegd zijn voor ouderlijke verantwoordelijkheid zonder dat er een samenhang is met de echtscheidingsprocedure.¹⁰⁹ Hier zijn 2 voorwaarden aan verbonden. Als eerste is er de verblijfplaats van de ouderlijke verantwoordelijkheid of de nationaliteit van het kind. Op basis van één van deze twee kan de rechter bevoegd zijn voor ouderlijke verantwoordelijkheid. Dit kan enkel als ook aan de 2^{de} voorwaarde voldaan wordt, de bevoegdheid van de rechter moet aanvaard zijn en door het belang van het kind worden gerechtvaardigd. Deze opties zorgen er dus voor dat een rechter kan bevoegd zijn zonder dat het kind er zijn gewone verblijfplaats heeft.¹¹⁰ Bij de tweede voorwaarde onder artikel 12 lid 3 Brussel II-bis is de ondubbelzinnigheid van de aanvaarding belangrijk. Zo is het niet voldoende dat een ambtshalve aangewezen vertegenwoordiger nalaat de onbevoegdheid op te werpen.¹¹¹ Van zodra er een beslissing is genomen bij de bevoegde rechter op basis van art. 12 lid 3 Brussel II-bis dan vervalt de bevoegdheid van deze rechter.¹¹²

4.1.4. Verwijzing naar andere rechter

76. De laatste bescherming voor kinderen is de toepassing van artikel 15 Brussel II-bis.¹¹³ Dankzij dit artikel kan de bevoegde rechter bepalen dat er een rechter is die beter bevoegd is om, een gedeelte of, het hele geding over te nemen. Art. 15 lid 2 zorgt voor 3 mogelijke

¹⁰⁷ I., CURRY-SUMNER, "Het belang van het kind in de regels van internationale bevoegdheid inzake gezagskwesties" in C. MAK, F.K. VAN WIJK, J.H. DE GRAAF en P.J. Montanus, *Rechten van het kind en waardigheid*, Nijmegen, Ars Acqui, 2013, 167-168.

¹⁰⁸ H.A. GERITTSE, *Praktijkids familie- en jeugdrecht*, Appeldoorn, Maklu, 2012, 247-248.

¹⁰⁹ Art. 12, lid 3 Brussel II-bis.

¹¹⁰ HvJ 12 november 2014, nr. C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364.

¹¹¹ § 19 HvJ 21 oktober 2015, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710

¹¹² § 49 HvJ 1 oktober 2014, nr. C-436/13, ECLI:EU:C:2014:2246.

¹¹³ Europese Commissie, *Praktijkids voor de toepassing van de Verordening Brussel IIbis*, België, 2014, 34-37.

initiatiefnemers voor de verwijzing naar een ander gerecht. De partijen hebben de mogelijkheid om afzonderlijk de rechter te verzoeken te verwijzen naar een rechtbank in een ander land. Het initiatief kan ook van de bevoegde rechter zelf komen. De derde mogelijkheid is dat een rechtbank van een andere lidstaat van de EU erom verzoekt om het geding door te verwijzen.¹¹⁴

77. Deze laatste categorie verdient bijzondere aandacht omwille van de voorwaarden opgelegd. Vooraleer een rechtbank van een ander land kan verzoeken om te verwijzen moet er aan de voorwaarden van art. 15 lid 3 Brussel II-bis voldaan worden. Deze voorwaarden hebben allemaal betrekking op de bijzondere band die nodig is tussen het kind en de lidstaat waarvan de rechter verzoekt om het geding naar te verwijzen.¹¹⁵ Er zijn 5 mogelijkheden om te voldoen aan deze vereiste band. Eén van de mogelijkheden is de nationaliteit van het kind. Vervolgens zijn er 3 opties met betrekking tot de gewone verblijfplaats, twee waarvan betrekking hebben op het kind. De verwijzing is mogelijk als het kind in het nabije verleden zijn gewone verblijfplaats in het desbetreffende land had of na de start van het geding er zijn gewone verblijfplaats vestigde. De voorlaatste mogelijkheid voor verwijzing is de lidstaat waarvan ten minste één van de ouders zijn gewone verblijfplaats heeft. Als laatste zijn er de geschillen over vermogensbestanddelen van het kind die betrekking hebben op goederen gelegen in het desbetreffende land. Ongeacht welke van deze opties gebruikt worden om de band, tussen het kind en de lidstaat, aan te tonen is het verplicht om overleg te laten plaatsvinden. De eerste rechter en de rechter waarnaar verwezen wordt zullen dus in overleg treden over verwijzing nuttig is.¹¹⁶

4.1.5. Belangenafweging ouder en kind

78. Binnen een gezin en binnen het huwelijk zijn de ouders de partijen die de mogelijkheid hebben om hun partijautonomie te gebruiken. Deze partijautonomie kan echter niet zomaar gevolgd worden. Er moet steeds in het achterhoofd gehouden worden dat naast de keuze van de ouders er ook nog het belang van het kind is.¹¹⁷ Hier moet een afweging gemaakt worden tussen beide belangen.¹¹⁸

79. Voor deze belangenafweging kan meer in het bijzonder gekeken worden naar het verdrag van kinderontvoering.¹¹⁹ Als er aan de situatie gedacht wordt waar er kinderontvoering plaatsvindt, door één van de ouders, dan is het duidelijk dat dit zeer gevoelig ligt binnen de familiesfeer. Hoe en vooral of de overheid daar moet ingrijpen kan bekeken worden via de rechtspraak van het EHRM. In een arrest van 2012 werd duidelijk aangegeven door de rechter dat

¹¹⁴ Art. 15, lid 2 Brussel II-bis.

¹¹⁵ *Ibid.*, art. 15 lid 3.

¹¹⁶ Advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in verband met de uitvoering van Verordening (EG) Nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid ("Brussel II-Bis"), 27 maart 2014, 25-26.

¹¹⁷ E. JAYME, "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *YPIL* 2009, Volume 11, 2-3.

¹¹⁸ M. BEKINK, "Child divorce: a break from parental responsibilities and rights due to the traditional socio-cultural practices and beliefs of the parents", *PER* 2012, volume 15, 180-181.

¹¹⁹ A.P. VAN DER LINDER, F.G.A. SIETHOFF en A. E. I. J. ZEIJLSTRA-RIJPSTRA, *Jeugd en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009, 309-310.

de overheid enkel mag ingrijpen in het privéleven als de voorwaarden van art. 8, lid 2 EVRM voldaan zijn.¹²⁰ Als een staat een verplichting aanvaardt in een nieuw internationaal instrument dan moet de staat rekening houden met eerder ondergane verplichtingen die blijven gelden.¹²¹ Terugkomend op het verdrag van kinderonvoering is het van essentieel belang dat de bevoegde overheid een afweging maakt tussen de openbare orde, de belangen van de ouders en hun kind.¹²² Uiteindelijk is het belang van het kind de doorslaggevende factor.¹²³ De rechter komt tot dit besluit door de preambule van Brussel II-bis te bestuderen en art. 24 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie.¹²⁴ Art. 24 lid 2 van het Handvest beschrijft de belangen van het kind als een essentiële overweging bij alle handeling waarbij kinderen betrokken zijn.¹²⁵

4.2. Openbare orde

4.2.1. Toepassing vreemd recht

80. In eerste instantie wordt de openbare orde gebruikt om het toepasselijk recht, dat door partijautonomie gekozen kan zijn, gedeeltelijk of volledig te beperken. Als een nationale rechter oordeelt dat het gebruik van buitenlands recht niet in lijn is met het eigen rechtssysteem dan kan de rechter beperkt gebruik maken van het recht of het volledig aan de kant schuiven. Ieder nationaal rechtssysteem heeft zijn eigen regels en verwachtingen van regels om binnen de klijlijnen van de openbare orde te blijven.¹²⁶ Vele Europese lidstaten hebben een eigen wetboek van internationaal privaatrecht. Deze nationale regelgeving is van toepassing wanneer er geen Europese of internationale privaatrechtelijke regels van toepassing zijn. Binnen deze nationale regelgeving komt het frequent voor dat men een exceptie van openbare orde mogelijk maakt.

81. De invloed van de openbare orde is hier dat het keuzerecht van partijen, voor het aanstellen van toepasselijk recht, omzeild kan worden door de nationale rechter. Nationale rechters zijn volledig op de hoogte van hun nationaal recht en het gebruik ervan. Tijdens het toepassen van hun internationale privaatrecht verkiezen ze uiteraard om terecht te komen op hun eigen nationaal recht, maar dat is niet altijd het geval. Als nationale rechter is het vaak lastig om het recht van een andere lidstaat toe te passen. De juiste toepassing van een vreemd recht kan zeer vervelend zijn, zeker als de achterliggende gedachten of methodes niet nageleefd (kunnen) worden. Als de rechtsregel, het geheel van de rechtsregels of het uiteindelijke resultaat van de toepassing strijdig zou zijn met de openbare orde dan kan de exceptie ingeroepen worden. De strijdigheid van de regels zelf zal zelden een schending zijn van de openbare orde aangezien de nationale regels, door invloed van de Europese regelgeving, dichter naar een zelfde standaard geëvolueerd zijn. Desondanks deze evolutie is het nog steeds denkbaar dat het gebruik van nationaal recht van een ander lidstaat ervoor zorgt dat er een strijdigheid met de openbare orde van het eigen nationale

¹²⁰ § 167 EHRM, 12 september 2012, nr. 10593/08, *Nada v. Switzerland*.

¹²¹ § 128 EHRM, 2 maart 2010, nr. 61498/08, *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom*.

¹²² §95 EHRM, 26 november 2013, nr. 27853/09, *X. v. Latvia*.

¹²³ *Ibid.* §97.

¹²⁴ Zie *Ibid.* § 42 en 97.

¹²⁵ Art. 24, lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese unie.

¹²⁶ P. WAUTELET, F. COLLIENNE, H. ENGLERT? C. HENRICOT en S. PFEIFF, *Relations familiales internationales : l'actualité vue par la pratique*, Luik, Anthémis, 2010, 34-36.

recht bekomen wordt. Al zal er een “kennelijke” strijdigheid van openbare orde aanwezig moeten zijn, wat moeilijk aan te tonen lijkt.¹²⁷ Hierop zal worden ingegaan in het volgende onderdeel.

4.2.2. Weigering erkenning uitspraak

82. In tegenstelling tot de voorgaande exceptie gaat het hier om een reeds uitgesproken arrest. De openbare orde kan ingezet worden als een juridische uitspraak gevolgen zou teweegbrengen die strijdig zouden zijn met het Europese recht. In een arrest van het Hof van justitie van 2015 wordt duidelijk gesteld dat een rechter de erkenning van een uitspraak van een andere Europese lidstaat enkel kan weigeren als de beslissing de openbare orde “kennelijk” schendt.¹²⁸ De weigering tot erkenning staat vermeldt in artikel 34, lid 1 van de Verordening 2001/44, en het huidige artikel 45, lid 1 a) Brussel I-bis. Het is aan de nationale rechter om zelf te bepalen of in de feitelijke omstandigheid er een kennelijke schending van de openbare orde aanwezig is. In het arrest van 2015 werd een schending aangehaald van de Europese openbare orde, een schending van regels die tot de essentie van de Europese Unie horen kunnen ook behoren tot de nationale openbare orde. Het blijft de nationale rechter echter altijd vrij om op basis van de feiten te controleren of er een effectieve schending is van de nationale openbare orde. Als de rechter oordeelt of de uitspraak erkent kan worden dan kan hij zich niet beperken tot een controle over de toepassing van zijn recht. De rechter die verzocht wordt om de uitspraak te erkennen zal dus enkel kunnen nagaan of er een kennelijke schending is van zijn nationale recht.¹²⁹ Het is immers de bedoeling van de EU om de buitenlandse rechters te vertrouwen bij het toepassen van vreemd recht.¹³⁰ Hierbij mag de rechter ervan uitgaan dat alle lidstaten voldoende mogelijkheden bieden aan de partijen om beslissingen aan te vechten in het land van de uitspraak.¹³¹

83. Voor de toepassing van het begrip openbare orde kan er geen limitatieve lijst aangeboden worden. Zoals bij het belang van het kind is het begrip “openbare orde” een “catch-all” term. De term biedt een omkadering aan waardoor de nationale rechter in de mogelijkheid is om te weigeren de uitspraak te erkennen.¹³²

84. De vrijheid die de nationale rechter heeft om erkenning te weigeren omwille van openbare orde wordt wel ingeperkt door het begrip aan te vullen tot “kennelijke” strijdigheid van openbare orde.¹³³ Het is immers belangrijk voor de vrijheid van verkeer van personen van de Europese Unie dat inwoners niet belemmerd worden om zich vrij te verplaatsen. De openbare orde exceptie kan ervoor zorgen dat de vrijheid van personen gelimiteerd wordt doordat de erkenning van juridische uitspraken geweigerd kunnen worden. Om deze vrijheid niet enkel op papier te bereiken maar ook

¹²⁷ Art. 45, lid 1 a Brussel I-bis.

¹²⁸ §49 HvJ 23 oktober 2014, nr. C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319.

¹²⁹ § 49 HvJ 16 juli 2015, nr. C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.

¹³⁰ Zie bv. Preambule 21 Brussel II-bis.

¹³¹ § 60 HvJ 28 april 2009, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271.

¹³² L. WILLEMARCK, “De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel il essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen”, *R&R* 2003, 97-99.

¹³³ Art. 45, lid 1 a) Brussel I-bis en §41-42 HvJ 3 maart 2015, nr. C-681/13, ECLI:EU:C:2015:137.

effectief te laten werken dienen de juridische beslissingen genomen in een andere lidstaat ook bruikbaar te zijn in eigen of huidige lidstaat. Dit kan enkel door de wederzijdse erkenning van juridische beslissing effectief en snel te laten zijn.¹³⁴ Hiervoor is het noodzakelijk dat de openbare orde exceptie enkel kan ingeroepen worden als de openbare orde van het nationale systeem kennelijk overschreden wordt.

4.2.3. Openbare orde exceptie

85. Om een instrument te vinden dat geen openbare orde exceptie toelaat moet er een blik in de geschiedenis geworpen worden.¹³⁵ Het verdrag van Den Haag betreffende voogdij van minderjarige had geen openbare orde exceptie. (Hierna: "Het Haags voogdij verdrag")¹³⁶ De "Boll" case van 1958 ging over het principe van het toepassen van een openbare orde exceptie zonder dat het opgenomen was in het verdrag.¹³⁷ Deze zaak was in behandeling voor het Internationaal Gerechtshof. (hierna: "IGH) Art. 38, lid 1, b) van het Statuut van het IGH verklaard het internationale gewoonterecht een bron van recht dat van toepassing is voor het IGH.¹³⁸

86. Gezien de algemene aanvaarding van het belang van de openbare orde kan deze zelfs ingeroepen worden als het niet opgenomen is in het verdrag of verordening. Het inroepen van de openbare orde werd door de Commissie voor Internationaal Recht besproken in hun jaarboek van 1959.¹³⁹ In het jaarboek werd benadrukt dat het internationaal recht voor gaat op nationaal recht.¹⁴⁰ Deze voorrang lijkt op het eerste zicht de openbare orde van het nationale recht ondergeschikt te stellen aan de internationale verplichtingen, die zoals bij het Haags voogdij verdrag, openbare orde bewust heeft weggelaten. Deze voorrang betekent echter dat de nationale rechter openbare orde principes van het nationale rechter kan toepassen, dit ongeacht de internationale verplichting. Het komt aan de nationale regelgever toe om het nationale recht in overeenstemming te brengen met de internationale verplichtingen. De wetgever kan zich niet verschuilen achter dwingende nationale bepalingen om te ontkomen aan de internationale verplichtingen.¹⁴¹

¹³⁴ Preambule 3 Brussel I-bis en §40 HvJ 3 maart 2015, nr. C-681/13, ECLI:EU:C:2015:137.

¹³⁵ R. BERNHARDT, *Decisions of international courts and tribunals and international arbitrations*, Amsterdam, North-Holland publishing company, 1981, 125-126.

¹³⁶ Verdrag van Den Haag tot regeling der voogdij van minderjarige van 12 juni 1902. (Haags voogdij verdrag)

¹³⁷ IGH 28 november 1958, nr. 58/31.

¹³⁸ Art. 38, lid 1, b) Statuut van het Internationaal Gerechtshof

¹³⁹ Yearbook of the international law commission 1959 Volume II, 1959, A/CN.4/Ser.A/1959/Add.I, 58-60.

¹⁴⁰ *Ibid.* art. 7.

¹⁴¹ *Ibid.* paragraaf 38.

4.3. Mensenrechten

4.3.1. Invloed EVRM op partijautonomie

87. Er zijn nog niet veel zaken voor het EHRM terechtgekomen dat de invloed van het EVRM op het toepasselijk recht aantonen.¹⁴² Eén van de zaken die de invloed aangeeft is de zaak Zvoristeanu tegen Frankrijk.¹⁴³ Voorlopig is er nog geen zaak verschenen voor het EHRM die door het toepassen van het nationale recht van een vreemd recht een schending teweeggebracht heeft van het EVRM.¹⁴⁴

4.3.2. Toetreding EU tot EVRM

88. Partijautonomie wordt door de Europese Unie verleent aan partijen die in een conflict terecht zijn gekomen. Bij de toepassing van partijautonomie moet altijd rekening gehouden met mensenrechten, meer in bijzonder de bescherming van mensenrechten. Door de Europese wetgever kan er partijautonomie toegekend worden die omwille van de bescherming voor mensenrechten achterwegen gelaten moet worden of aan omvorming onderhevig is.¹⁴⁵

89. Eerst schets ik kort de bindende kracht van het EVRM en de (hopelijk) toekomstige toetreding van de EU tot het EVRM. Vervolgens leg ik het verband tussen deze toetreding en de partijautonomie en hoe de toetreding tot het EHRM de partijautonomie kan beïnvloeden. Voor de Europese Unie is het verdrag voor de rechten van de mens zeer belangrijk, dit kan afgeleid worden uit de artikelen 2 en 3 VEU in algemene bewoordingen. Meer specifiek zijn art. 6 lid 2 en 3 VEU. Het 3^{de} lid zorgt voor de verwerking van de grondrechten van het verdrag als algemene beginselen in het Unierecht. Vervolgens staat in art. 6 2^{de} lid VEU de intentie van de Europese Unie om als regionale organisatie toe te treden tot het EVRM.¹⁴⁶ Dankzij de invoering van deze intentie is het voor de Europese Unie, intern gezien, mogelijk om toe te treden tot het EVRM. Vooraleer de toetreding mogelijk is heeft de Raad van Europa wijzigingen aangebracht aan het EVRM. Voor de toetreding is het 14^{de} protocol van het EVRM ontwikkeld, art. 17 lid 2 14^{de} protocol van het EVRM laat de Europese Unie specifiek toe om tot het EVRM toe te treden.¹⁴⁷ Ondanks de mogelijkheid vanuit de EU en de toevoeging van het 14^{de} protocol is de EU niet toegetreden tot het EVRM. De reden hiervoor is het advies van het Europees Hof van Justitie nr. 2/13.¹⁴⁸

¹⁴² L.R. KIESTRA, *The impact of the European convention on human rights on private international right*, De Haag, Springer, 2014, 20-22.

¹⁴³ EHRM, 7 november 2000, nr. 47128/99, Zvoristeanu v. Frankrijk.

¹⁴⁴ R. BLAUWHOFF en L. FROHN, "International commercial surrogacy arrangements: The interests of the child as a concern of both Human Rights and Private International Law" in C. PAULUSSEN, C. TAKACS, T. LAZIC en V. VAN ROMPUY (eds.), De Haag, Asser Press, 2016, *Fundamental rights in International and European Law*, 235-236.

¹⁴⁵ L. R. KIESTRA, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, New York, Springer, 2014, 127-128.

¹⁴⁶ J. GERARDS en L. GLAS, "De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM, Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?", *Ars Aequi* 2012, deel I, 520-523.

¹⁴⁷ Art. 17 lid 2 Protocol nr. 14 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de wijziging van het controlesysteem van het Verdrag, *CETS* 13 mei 2004, nr. 194, 1.

¹⁴⁸ Advies 2/13 van het hof van 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

90. Naar mijn mening is dit advies van het Hof van Justitie louter een vertraging van de toetreding tot het EHRM. De ontwikkeling door de EU om toe te treden tot het EVRM dankzij art. 6 2^{de} lid VEU is niet mis te verstaan. Belangrijk bij de discussie over de toetreding tot het EVRM zijn de gevolgen voor de bescherming van burgers tegen de Europese instellingen. Voor de toetreding is er de Bosphorus case die van toepassing is op de Europese Unie.¹⁴⁹ Dankzij deze rechtspraak van EHRM is er een vermoeden dat de lidstaten van Europese Unie voldoen aan de mensenrechten voor zover ze de verplichtingen van de Europese Unie voldoen. Dit vermoeden is er omdat het EHRM aanvaardt dat de Europese Unie bescherming biedt voor de mensenrechten. Naar mijn mening biedt dit niet voldoende garantie voor de mensenrechten. Om van een effectieve bescherming te kunnen spreken moet er een werkelijke bescherming zijn van de mensenrechten zaak per zaak.¹⁵⁰ Het is pas vanaf een toetreding van de EU tot het EHRM dat personen een rechtstreekse procedure kunnen starten tegen de instellingen van de EU.¹⁵¹

4.3.3. Toegang tot de rechter

91. Toegang tot de rechter van artikel 6 1^{ste} lid EVRM heeft als doel de toegang tot de rechter te verschaffen.¹⁵² In tweede instantie zorgt het er ook voor dat de rechter van het EHRM verder kijkt dan de loutere toegang tot een rechter. Er moet ook een zekere garantie zijn dat er geen oneerlijk proces, lees geen ernstige inbreuken op de mensenrechten, zal zijn. Deze garanties hoeven geen waterdichte garanties zijn. Zoals Mevrouw Kiestra het verwoordt: "tenminste niet op het eerste zicht een "flagrante ontkenning van gerechtigheid".¹⁵³ Deze controle of er een risico is op schendingen van mensenrechten mag niet te streng zijn. Want men zou hier toegang tot de bevoegde rechter, al dan niet via partijautonomie, ontzeggen omwille van vermoeden dat er schendingen zouden kunnen gepleegd worden. De toepassing van deze methode kan aangetoond worden door een echtscheidingszaak te bekijken die verwickeld geraakt is met het ongeoorloofd bijhouden van het kind. In de zaak was er een koppel dat regelmatig reisde tussen Frankrijk, Turkije en Israël. De moeder heeft, met toestemming van de vader, het kind meegenomen naar Turkije voor er 10 dagen te verblijven. Na afloop van de 10 dagen werd het kind niet teruggebracht. De Israëlische rechtbank besloot dat het kind terug naar Israël gebracht moest worden. Na welbepaalde feiten heeft de moeder een strafrechtelijke procedure gestart tegen haar man in Turkije. Ze was echter niet tevreden met de gang van zaken in Turkije en heeft de zaak voor het EHRM gebracht. Ze vond dat de belangen van het kind en de beschermingen van art. 6 EVRM niet nageleefd werden. De vordering is afgewezen omwille van het gebrek aan bewijzen dat er inbreuken gepleegd waren.¹⁵⁴ In casu is het kinderontvoeringsverdrag toegepast echter op een

¹⁴⁹ EHRM, 30 juni 2005, nr. 45036/98, Bosphorus Airlines v Ireland.

¹⁵⁰ A., LAZOWSKI en S. BLOCKMANS, *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 235-236.

¹⁵¹ J. GERARDS en L. GLAS, "De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het

¹⁵² A., LAZOWSKI en S. BLOCKMANS, *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 237-238.

¹⁵³ L. R. KIESTRA, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, New York, Springer, 2014, 292-293.

¹⁵⁴ EHRM 6 december 2005, nr. 14600/05, Eskinazi en Chelouche v. Turkije.

geschil waarbij vooral de Turkse en Israëlische rechtbanken van belang waren. Dit is dus geen geschil van de EU met uitzondering van de lichte band met Frankrijk.

92. Mensenrechten en partijautonomie hebben op het eerste zicht ogenschijnlijk weinig raakvlakken. Als er echter het begrip openbare orde bij gehaald wordt dan begint het verband duidelijker te worden. Als een verordening of richtlijn geen exceptie van openbare orde toelaat dan wil dit strikt gezien zeggen dat er geen mogelijkheid is om de erkenning van een uitspraak te weigeren. De nationale rechter zal de erkenning niet kunnen weigeren. Echter is er altijd de mogelijkheid om bij eventuele inbreuken op mensenrechten naar het EHRM te stappen. Bij de totstandkoming van de Brussel I Verordening was de invoeging van openbare orde exceptie voor discussie vatbaar. De exceptie is uiteindelijk wel in de Verordening terecht gekomen, maar de exceptie is strikter dan in eerdere EU instrumenten. De vereiste van een "kennelijke" strijdigheid is toegevoegd.¹⁵⁵

93. Overigens dient de uitoefening van deze openbare orde exceptie restrictief bekeken te worden. Als de toepassing van een welbepaald artikel uitgesloten wordt dan zullen de andere artikels van het, al dan niet gekozen, vreemd recht toegepast worden. Dit kan zolang de overige artikels aanvaardbare gevolgen hebben.¹⁵⁶

¹⁵⁵ X. E. KRAMER, "Europees procesrecht en fundamentele procedurele vereisten: de rol van artikel 6 EVRM ter invulling van de openbare orde toetst onder het EEX", *NIPR* 2004, 1-2.

¹⁵⁶ L. WILLEMARCK, "De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen", *NJLP* 2003, 98-99.

5. Harmonisatie

94. Als familierechtelijke situaties niet geregeld worden door de gebruikelijke IPR instrumenten dan kan het gebeuren via een andere weg. Zoals aangegeven via het citaat van mevrouw Gebhardt bestaat het familierecht op Europees vlak uit een zeer grote verscheidenheid aan regels die vaak onderling tegenstrijdig zijn als de landen met elkaar vergeleken worden.¹⁵⁷ Het is niet eenvoudig om over te gaan tot harmonisatie. Er bestaat zelfs twijfel of harmonisatie de beste manier is om met deze verscheidenheid te kunnen omgaan.¹⁵⁸ Omwille van de wens van de Europese Unie om een geheel te vormen zowel op burgerlijk als op juridisch vlak kiest men er toch vaak voor om de regels te harmoniseren.

95. Het begrip harmoniseren is voor als nog een twijfelbare term om te gebruiken binnen het Europese familierecht. Het materiële familierecht kan immers op dit moment nog niet geharmoniseerd worden op Europees niveau, daar bestaat geen bevoegdheid voor.¹⁵⁹ Hierdoor zijn de lidstaten uitsluitend bevoegd.¹⁶⁰ Desondanks zijn er toch mogelijkheden om eenvormigheid binnen het Europese familierecht te bekomen. De voornaamste grondslag voor familierechtelijke regels is art. 81 VWEU voor de ontwikkeling van samenwerking in burgerlijke zaken met een grensoverschrijdend element. De tweede vorm van harmonisatie die gebruikt wordt is art. 20 VEU. Dit is de mogelijkheid tot nauwere samenwerking tussen verschillende lidstaten van de Europese Unie. Als laatste mogelijkheid voor harmonisatie zijn er de internationale overeenkomsten. Via deze optie kan de Europese Unie internationale verdragen afsluiten voor doelstellingen van de Europese Unie te verwezenlijken.¹⁶¹ Uiteindelijk is er ook de mogelijkheid om het familierecht niet rechtstreeks te harmoniseren, maar in concrete gevallen de situatie te verbeteren. Dit kan door het opstellen van regelgeving die partijen de mogelijkheid geven om zelf te kiezen welk recht toe te passen bij mogelijke conflicten. Dit is de regelgeving die binnen het internationaal privaatrecht valt.

96. Eens besloten om voor harmonisatie te gaan kan er een onderscheid gemaakt worden tussen het harmoniseren via richtlijnen of verordeningen. Zoals art. 288 VWEU duidelijk maakt is er een verschil tussen deze rechtsregels. Zo zal een Europese regelgeving die in een richtlijn gegoten wordt een bepaald doel nastreven. Lidstaten kunnen de richtlijn omzetten in hun eigen rechtsorde waarbij ze zelf mogen beslissen op welke manier ze het doen, zolang het doel gerespecteerd wordt. Dit is minder aangewezen voor partijautonomie. Het is immers belangrijk dat de keuze welk rechtssysteem van toepassing is op een gelijkvormige manier bekomen wordt.

¹⁵⁷ E. GEBHARDT, plenaire vergadering van 20 oktober 2008, debat inzake wijziging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoeging van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken.

¹⁵⁸ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 103-104.

¹⁵⁹ A. FIORINI, "The codification of private International law in Europe: Could the community learn from the experience of mixed jurisdictions?", *EJCL 2008*, volume 12.1, 2-3.

¹⁶⁰ Art. 4 VEU.

¹⁶¹ Art. 216 VWEU.

97. De keuze van de Europese Unie voor verordeningen vindt zijn oorsprong in de vereiste rechtszekerheid en voorspelbaarheid van de regels. Deze redenering kan teruggevonden worden onder andere in het voorstel tot wijziging van de Verordening over de bevoegdheid en het toepasselijk recht in huwelijkszaken.¹⁶² De tweede reden voor de keuze van verordeningen kan teruggevonden worden in art. 81 lid 3 VWEU. Dit artikel stelt een eenparigheid van stemmen verplicht voor familierechtelijke maatregelen binnen grensoverschrijdende situaties. De vertegenwoordiging van iedere lidstaat door één minister, die zijn land verbindt door zijn beslissing, duidt op de belangrijkheid van deze vorm van besluitvorming. Door de eenparigheid heeft iedere lidstaat een vetorecht.¹⁶³ Omwille van dit vetorecht zijn landen die tot een vergelijk willen komen genoodzaakt om te debatteren en tot de vereiste unanimiteit te komen. Het zou vervolgens zonde zijn als deze unanimiteit achteraf teruggedraaid kan worden omwille van de verschillende omzetting van de richtlijn in de nationale rechtsordes. Daarom verkiest men om gebruik te maken van verordeningen voor familierechtelijke IPR.¹⁶⁴

5.1. Commission of European family law

98. Zeer belangrijke invloed voor de harmonisatie van het Europese familierecht is the commission of European family law (hierna: "CEFL"). Deze instelling is ontstaan in 2001.¹⁶⁵ De commissie heeft als doel om na te gaan of en in welke mate het Europese familierecht kan worden geharmoniseerd.¹⁶⁶

99. De gangbare wijze van aanpak is door het ontwikkelen van gemeenschappelijke familierechtelijke principes. Dankzij de CEFL is het familierecht op Europees niveau ook vertegenwoordigd met gemeenschappelijke principes. Voor de totstandkoming van de CEFL waren er de Amerikaanse American Law Institute (ALI) en de National Conference of Commissioners on Uniform Laws (NCCUSL). Deze twee instellingen boden een voorbeeld aan hoe familierecht kan geharmoniseerd worden, in Amerika was het doel om de Staten onderling dichter op elkaar af te stemmen.¹⁶⁷ Op het Europese niveau wordt er initiatief genomen door de CEFL om te verkennen of er een mogelijkheid bestaat om over te gaan tot harmonisatie en op welke manier. De gangbare wijze van deze instelling is na te gaan hoe het recht van de lidstaten van de Europese Unie in elkaar zit, op basis daarvan worden algemeen aanvaarde beginselen aangenomen.¹⁶⁸ Indien er geen algemeen aanvaarde principes aanwezig zijn dan wordt er een keuze gemaakt voor een welbepaalde denkwijze die niet noodzakelijk door de meerderheid van de lidstaten gevolgd wordt.

¹⁶² Voorstel voor een verordening van de raad houdende wijziging van verordening nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoeging van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken, 17 juli 2006, COM(2006) 399 definitief.

¹⁶³ K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht: in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 516-517.

¹⁶⁴ E. MASTENBROEK, "Europa tegen heug en meug? De omzetting van Richtlijnen in Nederland", *B en M* 2005, 13-15.

¹⁶⁵ J. GRAY en P. Q. REDONDO, "The fifth conference of the Commission on European Family Law, Confronting the boundaries of family law and culture in Europe", *ERPL* 2014, 157-159.

¹⁶⁶ A. NUMHAUSER-HENNING en M. RONNMAR (eds.), *Normative patterns and legal developments in the social dimension of the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 253-255.

¹⁶⁷ K. BOELE-WOELKI, "The principles of European family law: its aims and prospects", *L. Rev.* 2005, 160-168.

¹⁶⁸ K. BOELE-WOELKI en D. MARTINY, "The commission on European family law (CEFL) and its principles of European family law regarding parental responsibilities", *Era forum* 2007, Volume 8, 125-128.

Tevens kan het ook dat de principes verwijzen naar het nationale recht dat zal bepalen welk principe nu effectief van toepassing is.

100. Het meest recente CEFL boek van familierechtelijke beginselen is uitgekomen in 2013 en gaat over het vermogen van echtgenoten. Voor een diepgaande bestudering van deze specifieke materie is het werk van Pablo Quinzà Redondo sterk aan te raden.¹⁶⁹

101. De boeken van de CEFL zijn samenhangend en kunnen gebruikt worden om geschillen op te lossen door de principes als materieel recht toe te passen. Dit wordt echter niet gedaan omdat Staten een eigen nationaal rechtssysteem hebben. De bundeling zorgt er wel voor dat er een soort gemeenschappelijke deler aanwezig is van alle lidstaten van de Europese Unie. Dit is een uitstekend uitgangspunt voor Europa om op termijn inspiratie te vinden voor een gemeenschappelijk Europees familierecht. De publicaties maken duidelijk waar de gelijkenissen en verschillen liggen, hoe ver en hoe dicht de verschillende rechtssystemen soms bij elkaar liggen. De oprichting van de CEFL en het ontwikkelen van de gemeenschappelijke beginselen van het familierecht is een grote stap naar het project om familierecht te kunnen harmoniseren binnen de Europese Unie.

102. De initiatieven die de CEFL neemt zijn een opmerkelijke inspiratie binnen het Europese familierecht en binnen het Europese recht in het algemeen. Binnen Europa is er meer en meer vraag naar het samen aanpakken van mogelijke problemen omwille van de grotere flexibiliteit en mobiliteit die de Europese inwoners verkregen hebben door de jaren. Als de bevolking meer vrijheid krijgt om te bewegen is het natuurlijk niet meer vanzelfsprekend om conflicten nationaal te houden. Europa voorziet in regelgeving binnen het familierecht om nationaal recht aan te duiden die van toepassing is op het grensoverschrijdende conflict. Echter is het nog niet mogelijk om een niet-statelijk recht aan te duiden als toepasselijk recht op een dergelijk conflict. Het systeem dat Europa gekozen heeft is dat partijen de mogelijkheid hebben om een nationaal rechtssysteem aan te duiden voor het conflict. Dit zorgt echter voor een beperkende keuzemogelijkheid voor de partijen, hierdoor wordt de toepassing van CEFL uitgesloten. In eerste instantie is dit een begrijpelijke keuze geweest voor de duidelijkheid en voor ruimte te creëren voor de instelling om de principes uit te werken. Daarnaast is het niet vanzelfsprekend om aan juristen, en nog belangrijker partijen in een familiaal juridisch conflict, de inhoud en gevolgen van deze principes aan te tonen. De principes zijn echter een bundeling van de systemen van de lidstaten en het is aan te raden om partijen in de mogelijkheid te stellen om deze principes toepasbaar te verklaren.

¹⁶⁹ P. QUINZA REDONDO, "Spanish matrimonial property regime and CEFL principles regarding property relations between spouses", *European journal of law reform* 2015, 329-340.

5.2. The International commission on civil status

103. De tijd dat men van geboorte tot overlijden in hetzelfde land blijft is lang verleden tijd. Relaties kunnen ontstaan over de landsgrenzen heen, kunnen blijven bestaan tijdens een tijdelijk verblijf in het buitenland of men kan ervoor kiezen te trouwen in Hawaiï en dan terug te keren naar huis. In al deze situaties is het gewenst om de burgerlijke staat te behouden over de landsgrens. Wijzigingen in de burgerlijke staat worden geregistreerd in de registers voor burgerlijke stand. Om deze wijzigingen ook geldig door te voeren in het buitenland moet de informatie over deze registers gedeeld worden.¹⁷⁰ Dit is waar “the International Commission on Civil Status” (Hierna: “ICCS”) zijn invloed op heeft. Dit is een intergouvernementele organisatie die internationale samenwerking bevordert met betrekking tot de burgerlijke staat.¹⁷¹

5.3. Europese instrumenten voor harmonisatie

5.3.1. Primair EU recht

104. Het familierecht wordt indirect beïnvloed door de Europese Unie via verdragen. Zoals zojuist aangegeven is het voor het familiale IPR zeer belangrijk om art. 81 lid 3 VWEU te bekijken. Dit is de rechtsgrond op basis waarvan nieuwe familiale regels worden opgesteld. Via deze weg kan het familierecht binnen de Europese unie geharmoniseerd worden. De toepassing van dit artikel vergt echter een zeer vergaande wetgevingsprocedure, de unanimiteit.

105. Bij de totstandkoming van de Verordening Rome III bleek art. 81 niet voldoende om de Verordening te ontwikkelen. Preambule 5 van de Verordening geeft weer dat de Verordening niet tot stand kon komen omwille van de vereiste unanimiteit die art. 81 vergt.¹⁷² Het alternatief dat gebruikt is voor het tot stand brengen van de Verordening is de “nauwere samenwerking” zoals opgenomen staat in art. 326 VWEU, waarbij de niet-deelnemende lidstaten volgens art. 327 VWEU geen belemmering hoeven te vormen voor lidstaten die een regeling willen bekomen. Deze artikelen zijn dan ook een cruciale aanvulling om, versneld, over te kunnen gaan tot harmonisatie binnen het Europese familierecht.¹⁷³ Zo is dezelfde grondslag gebruikt voor de totstandkoming van de echtscheidingsverordening.¹⁷⁴ Harmonisatie in een materie waar de meningen zo verdeeld zijn is zeer moeilijk te verwezenlijken via unanimiteit van stemmen. Voor voorstanders van familierechtelijke harmonisatie is deze werkwijze toe te juichen, dit zorgt ervoor dat lidstaten die helemaal geen familierechtelijke harmonisatie willen of in een specifiek onderwerp, uitgesloten kunnen worden van de specifieke regeling. Voor de tegenstanders is dit echter een opmerkelijk probleem. Er is een gegronde reden waarom familierecht een specifiek veeleisende stemmingsregeling vereist, de gevoeligheid van de onderwerpen voor lidstaten. Daarbij komt ook het feit dat harmonisatie net de bedoeling heeft om de lidstaten op één lijn te krijgen om binnen

¹⁷⁰ J. M. SCHERPE (ed.), *European family law Volume I: the impact of institutions and organisations on European family law*, Northampton, Edward elgar publishing, 2016, 125-126.

¹⁷¹ *Ibid.*-, 124-126.

¹⁷² Preambule 5 Rome III

¹⁷³ K. BOELE-WOELKI, *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen, Ucerf, 2011, 73-74.

¹⁷⁴ Preambule 5 tot 8 Rome III.

heel de Europese Unie dezelfde regeling te bekomen. Hieraan wordt afbreuk gedaan als men regelingen opstelt waarbij men een aantal lidstaten kan uitsluiten als ze niet akkoord gaan. Persoonlijk sluit ik mij aan bij de voorstanders. Er zijn onderwerpen waarbij het nuttig is om al een aantal lidstaten te laten harmoniseren en samen te werken. Als het onderwerp voor andere lidstaten te controversieel is voor het moment dan worden ze niet gedwongen om er direct in mee te stappen. Bovendien voert art. 330 VWEU een garantie van betrokkenheid van de niet deelnemende lidstaten. Deze lidstaten mogen deelnemen aan de beraadslaging, het is slechts bij de stemming dat men niet kan deelnemen. Voorts biedt art. 331 VWEU niet-deelnemende lidstaten de kans om toe te treden bij al bestaande projecten van nauwere samenwerking. Dit is een optie om mee te stappen in de harmonisatie en geeft daarbij ook een vereenvoudigde toetreding. De lidstaat die wil toetreden hoeft niet bij de hele totstandkoming betrokken te zijn als ze niet willen maar kunnen achteraf, mits aan voorwaarden voldaan, toetreden tot de samenwerking.

5.3.2. Secundair EU recht

106. Op het vlak van secundair EU recht zijn alle rechtshandelingen van de Europese Unie belangrijk. Dit zijn de verordeningen en richtlijnen die specifiek opgericht zijn over verschillende familierechtelijke onderwerpen, deze worden later één voor één besproken om de partijautonomie gericht te kunnen bestuderen. Daarnaast zijn er ook nog de besluiten, adviezen en aanbevelingen die van belang kunnen zijn. De belangrijkheid hiervan ligt in de adviserende rol die ze hebben. Het zijn geen verplichtingen die opgelegd worden door Europa, maar wel instrumenten waarmee rekening gehouden wordt en de toekomstige verordeningen en richtlijnen voor een deel voorspelbaar maken.

5.3.3. Brexit

107. Het Verenigd Koninkrijk (Hierna: "VK") heeft via een referendum besloten om uit de Europese Unie te stappen.¹⁷⁵ Voor deze uittreding gebruikt het VK art. 50 VEU, dit vereist een kennisgeving van de intentie om terug te trekken uit de EU.¹⁷⁶ De term "terugtrekking" die het artikel gebruikt is uit de EU.¹⁷⁷ De bevoegde instelling voor de kennisgeving is afhankelijk van de nationale regeling.¹⁷⁸ Het Hoogerechtshof heeft in het begin van 2017 besloten dat er een Act of Parliament nodig is voor de kennisgeving gedaan kan worden.¹⁷⁹ Voor de kennisgeving heeft het Britse parlement de bevoegdheid toegekend aan de eerste minister.¹⁸⁰

108. Op 12 oktober 2016 is het Justitiec Comité, op verzoek van het Lager Huis, gestart met het onderzoek naar de mogelijke methodes en gevolgen van de Brexit.¹⁸¹ Het advies op vlak van het

¹⁷⁵ M. MATTHIJS, "Europe after Brexit", *Foreign affairs* 2017, 85-87.

¹⁷⁶ A. CUYVERS, "Artikel 50 VEU en Brexit: de juridische contouren voor een politiek drama", *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2016, nr. 7, 221-223.

¹⁷⁷ Art. 50, lid 2 VEU.

¹⁷⁸ A. CUYVERS, "Artikel 50 VEU en Brexit: de juridische contouren voor een politiek drama", *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2016, nr. 7, 221-224.

¹⁷⁹ Supreme Court (VK), 24 januari 2017, UKSC 5.

¹⁸⁰ European Union (notification of withdrawal) Act 2017.

¹⁸¹ House of Commons Justice Committee, "Implications of Brexit for the justice system", 22 maart 2017, 4-5.

familie-rechtelijke IPR is om zo dicht als mogelijk verbonden te blijven tot de Europese samenwerking op vlak van het familie-recht. Dit met meer in het bijzonder de Brussel II-bis en de onderhouds-verordening. ¹⁸²

109. De beperkte opsomming van verordeningen in het advies heeft te maken met de aparte plaats die het VK innam in de Europese instrumenten. Op basis van Protocol 21 VWEU nam het VK principieel niet deel aan instrumenten opgericht op basis van artikels onder deel 3 titel 5 VWEU. ¹⁸³

110. Tijdens, en na, de Brexit zal de positie van het Europees Hof van Justitie over Britse zaken aan discussie onderhevig zijn. Het Hof van Justitie doet uitspraak over de toepassing van de Verdragen. ¹⁸⁴

¹⁸² *Ibid.*, 13-14.

¹⁸³ Protocol 21 van het VWEU betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, *Pb. C.* 26 oktober 2012, afl. 326, 295-299.

¹⁸⁴ Art. 19, lid 1 VEU.

6. Bespreking specifieke regelgeving

6.1. Ouderlijke verantwoordelijkheid

111. Voor de toepassing van de Verordening over huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid is het toepassingsgebied belangrijk om onder de loep te nemen.¹⁸⁵ De toepasbaarheid wordt besproken in preambules 5 en 6. Preambule 5 heeft het over de gelijkheid van alle kinderen, inclusief kinderen met ouders die niet getrouwd zijn. De volgende preambule geeft aan dat echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid samen in één verordening thuis horen. De combinatie van de twee zijn nuttig om partijautonomie te bekijken.

112. Preambule 12 vermeldt dat het belang van het kind bijna altijd voorop gesteld moet worden. Hiermee worden de situaties bedoeld waarin ouders in verschillende landen wonen en het nadelig voor het kind kan zijn als het naar een ander land moet voor de rechtszaak. Hierbij zal de bevoegde rechtbank principieel zich bevinden in de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind. De partijautonomie kan echter dit principe aan de kant zetten. Wanneer het over ouderlijke verantwoordelijkheid en huwelijk gaat is het belangrijk om naar de belangen van het kind te kijken.¹⁸⁶

113. Het toepassingsgebied wordt uiteengezet in het eerste artikel. In algemene bewoording betreft het de toepassing bij nietigverklaring van het huwelijk, echtscheiding en alle mogelijkheden met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid. Deze verantwoordelijkheid wordt gespecificeerd in art. 1 lid 2, ouderlijke verantwoordelijkheid houdt in: maatregelen ter bescherming van het vermogen van het kind, het plaatsen van een kind in een inrichting of in een pleeggezin, de aanduiding van een persoon voor de zorg van het kind of zijn vermogen, voogdij, het omgangsrecht en gezagsrecht. Voor een verdere definiëring van deze begrippen verwijs ik naar art. 2.¹⁸⁷ Naast het toepassingsgebied is het ook nuttig na te gaan welke toepassingen uitgesloten zijn van deze Verordening. In art. 1, lid 3 staan de uitsluitingen: strafbare feiten begaan door het kind, erfopvolging, onderhoudsverplichting, de naam van het kind, adoptie en de familierechtelijke betrekkingen. Deze uitsluitingen zijn vooral te danken aan de totstandkoming van verordeningen specifiek voor deze onderwerpen. Zo is er voor onderhoudsverplichting de Verordening Brussel I-bis. De strafrechtelijke uitsluiting is er gekomen omdat sommige lidstaten een opsplitsing maken voor strafrechtelijke en burgerrechtelijke maatregelen. De reden van de uitsluiting van het strafrechtelijke luik is om te vermijden dat rechtbanken van een lidstaat geen burgerlijke maatregelen zouden opleggen omdat er reeds strafrechtelijke maatregelen genomen zijn. Nu kan

¹⁸⁵ Verordening nr. 2201/2003 van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, *Pb.L.* 27 november 2003, afl. 338, 1.

¹⁸⁶ K. PRANEVICIENE, "Unification of judicial practice concerning parental responsibility in the European union – challenges applying regulation Brussels II bis", *Baltic journal of law & politics* 2014, Volume 7, number 1, 115-116.

¹⁸⁷ Gezagsrecht en omgangsrecht wordt gedefinieerd in art. 2 lid 9 en 10 van Brussel II-bis.

men via de uitsluiting van de eerder genomen strafrechtelijke maatregelen nog steeds burgerlijke maatregelen nemen bij toepassing van de Verordening.¹⁸⁸

114. In tegenstelling tot de Verordening zelf geeft preambule 12 wel aan dat er een mogelijkheid is tot overeenkomst tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen. Dezelfde preambule geeft aan, zoals eerder gezegd, dat de belangen van het kind enorm bepalend zijn binnen deze Verordening. Op een onrechtstreekse wijze kan dit gezien worden als partijautonomie. De belangen van het kind worden immers beschermd door het criterium van "nauwe verbondenheid" van het kind met het desbetreffende land. Als de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen het recht van een specifiek land willen dan kan dit gebeuren door met dat land een nauwe verwevenheid te hebben. Dit kan door te wonen in het land van keuze, beter nog in dat land woonachtig zijn en het kind in dat land op te voeden.¹⁸⁹ Dit klinkt allemaal heel mooi maar lijkt nogal een ver gezocht manier van keuze door de partijen. De praktijk heeft echter de nood voor de totstandkoming van een verordening van ouderlijke verantwoordelijkheid gecreëerd. Het is niet langer een uitzondering dat het familieleven ook over de grens heen blijft bestaan.

6.2. Echtscheiding

6.2.1. Brussel II-bis

115. Als eerste moet gezegd worden dat de Verordening Brussel II-bis over huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid voorrang geniet boven het voormalige verdrag inzake erkenning van echtscheiding.¹⁹⁰ Dit wordt met zoveel woorden geformuleerd in art. 60 van Brussel II-bis. In de nieuwe Verordening inzake echtscheiding is de onveranderde toepassing van Brussel II-bis uitdrukkelijk toegevoegd.¹⁹¹

116. De algemene bevoegdheid op basis van de Brussel II-bis verordening staat in art. 3.¹⁹² De eerste 6 mogelijkheden hebben allen te maken met gewone verblijfplaats van één of beiden echtgenoten. Het hof van justitie heeft in een arrest van 2009 beslist dat er geen hiërarchie bestaat tussen de mogelijkheden voor bevoegdheid van artikel 3.¹⁹³

117. Op basis van artikel 3 kan de bevoegdheid worden vastgesteld op basis van de gewone verblijfplaats. De term "gewone verblijfplaats" wordt ingevuld volgens de rechtspraak van het Hof van justitie.¹⁹⁴ De gewone verblijfplaats wordt vastgesteld op basis van de feitelijke omstandigheden, de fysieke aanwezigheid is de basis. In samenwerking met fysieke aanwezigheid

¹⁸⁸ Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001, 3 mei 2002, COM(2002) 222 def. — 2002/0110(CNS).

¹⁸⁹ Deze mogelijkheid staat opgenomen in art. 12 lid 3 a) van de Brussel II-bis verordening.

¹⁹⁰ Verdrag van Den Haag van 1970 inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed.

¹⁹¹ Art. 2 Rome III.

¹⁹² Art. 3 Brussel II-bis.

¹⁹³ §48-49 HvJ 19 juli 2009, nr. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474.

¹⁹⁴ §37-38 HvJ 2 april 2009, nr. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

wordt er rekening gehouden met andere elementen om aan te tonen dat er een zekere integratie is, zodat het niet gaat over een tijdelijk verblijf.

118. De laatste optie betreft de lidstaat van de nationaliteit van beide echtgenoten. Tussen de nationaliteit van beide echtgenoten en de gewone verblijfplaats is er ook geen hiërarchie.¹⁹⁵ Rechteren kunnen dus niet vaststellen dat ze onbevoegd zijn door vast te stellen dat er niet voldaan is aan één van de opties binnen art. 3 Brussel II-bis. Artikel 3 heeft de bedoeling om meerdere lidstaten tegelijk bevoegd te hebben, waartussen echtgenoten kunnen kiezen op het moment dat ze een zaak aanhangig maken. Als dezelfde zaak aanhangig is in meerdere lidstaten dan kan dit opgelost worden door artikel 19, lid 1 van de Brussel II-bis Verordening toe te passen.¹⁹⁶ Het toepassen van dit artikel heeft tot gevolg dat de rechtbank die als tweede gevat is de zaak zal aanhouden tot er een beslissing genomen is over de bevoegdheid bij de eerste rechtbank. Indien de eerste rechtbank zijn bevoegdheid vaststelt dan moet de tweede rechtbank zich onbevoegd verklaren op basis van artikel 17 Brussel II-bis.¹⁹⁷

119. Bij het ontstaan van Brussel II-bis heeft de Europese wetgever de kans laten liggen om partijautonomie in te voeren. De Europese Commissie heeft bij een verslag over de werking van de Brussel II-bis Verordening in 2014 duidelijk laten blijken dat het een gemiste kans is.¹⁹⁸ Zeker gezien de partijautonomie in Rome III. (Zie volgend onderdeel) Tevens is de gewone verblijfplaats van het kind hier belangrijk, in art. 3 van de Verordening 1347/2000. (Hierna: "Brussel II) Met de omzetting ervan in de hervorming naar Brussel II-bis. (Zie hoofdstuk 4, randnummer 70 ev.)¹⁹⁹

6.2.2. Rome III

120. De Verordening Rome III werd opgesteld voor een betere samenwerking tussen lidstaten te bewerkstelligen.²⁰⁰ Bij het toepassingsgebied in artikel 1 f en g van Rome III wordt duidelijk gesteld dat de onderwerpen waar reeds een regeling rond bestaat, niet binnen het toepassingsgebied van de huidige Verordening vallen.²⁰¹ Wat de toepasbaarheid betreft is er in deze Verordening een universele toepasbaarheid.²⁰² Dit wil zeggen als een specifiek recht aangewezen wordt via de toepassing van de Verordening, dat dit ook op een land betrekking mag hebben dat geen deelnemende lidstaat is in deze Verordening. Dit houdt in dat ook lidstaten, of zelfs niet EU-landen, dat ervoor gekozen hebben om niet deel te nemen aan de Verordening toch gekozen kunnen worden door de echtgenoten.

¹⁹⁵ §48-49 HvJ 19 juli 2009, nr. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474.

¹⁹⁶ §56 HvJ 19 juli 2009, nr. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474.

¹⁹⁷ Europese Commissie, *Praktijkids voor de toepassing van de Verordening Brussel Iibis*, België, 2014, 14-15.

¹⁹⁸ Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social committee on the application of council Regulation (EC) No 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, COM (2014) 225 final, 15 april 2014, 5-6.

¹⁹⁹ Verordening (EG) nr. 1347/2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, 30 juni 2006, 19-36.

²⁰⁰ Preambule 5 en 6 Rome III.

²⁰¹ Art. 1 f en g Rome III verwijzen naar de verordening van ouderlijke verantwoordelijkheid en de verordening van onderhoudsverplichting.

²⁰² Art. 4 Rome III.

121. De keuzemogelijkheid voor de partijen wordt besproken in art. 5. Het specifieke van deze regeling is dat het niet één van de partijen is die zijn keuze mag maken onder voorwaarden, maar dat het beide echtgenoten zijn die kunnen overeenkomen om een specifiek recht toe te passen. Er zijn vier mogelijke rechtsstelsels waar men voor kan opteren. Deze mogelijkheden zijn: de gewone verblijfplaats, vorige gewone verblijfplaats, nationaliteit of het land waar de zaak aanhangig is. De opties waaruit gekozen kunnen worden zijn de opties van het toepasselijk recht die automatisch van toepassing zijn als er geen keuze is.²⁰³

122. De eerste 2 opties gaan over de gewone verblijfplaats. De toepassing van het begrip moet autonoom bekeken worden en dus niet op basis van nationaal recht. Het begrip heeft dezelfde interpretatie als in de Brussel II-bis Verordening.²⁰⁴ (zie randnummers 70 en 118) Het gaat over de gewone verblijfplaats van "de echtgenoten", dit impliceert dat beiden in dezelfde lidstaat moeten wonen.²⁰⁵ De derde mogelijkheid betreft nationaliteit, preambule 22 bespreekt de mogelijkheid van de dubbele nationaliteit van een echtgenoot. Voor de dubbele toepassing moet er een onderscheid gemaakt worden tussen gekozen recht en aangewezen recht op basis van de Verordening. Voor dit onderzoek ga ik in op het toepasselijk recht door partijen gekozen, voor het gebruik van dubbele nationaliteit bij aangewezen recht verwijs ik door.²⁰⁶ Bij gekozen recht door partijen betekent dat een dubbele nationaliteit de partijen toestaat om te kiezen tussen beide nationaliteiten. Deze keuze wordt de subjectieve nauwe verbondenheid genoemd. Dit is het gevoel dat de partijen hebben voor één van hun nationaliteiten.²⁰⁷ De nationaliteit wordt als optie geboden om de band tussen de partijen en de keuze te vergroten.²⁰⁸ Als er discussie is op vlak van de (dubbele) nationaliteit dan zal de rechter deze oplossen door de *lex fori* toe te passen.²⁰⁹

123. Als laatste optie kan er gekozen worden voor het recht van de lidstaat waar het geschil aanhangig is. De keuze voor de invoeging van deze optie lijkt om de echtgenoten toe te laten een efficiënte optie aan te bieden. Waarbij er een zekere garantie is dat het recht juist toegepast zal worden, aangezien het over het recht gaat van het land van de rechter.²¹⁰

124. De nationaliteit wordt in het IPR regelmatig als eerste aanknopingspunt bekeken voor toepasselijk recht als de partijen niet gekozen hebben. Bij de Rome III verordening is het echter

²⁰³ C. HENRICOT, "Droit applicable au divorce international: mise en application du règlement « Rome III »", *J.T.* 2012, 560-561.

²⁰⁴ HvJ 2 april 2009, nr. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, HvJ 22 december 2010, nr. C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829 en HvJ 9 oktober 2014, nr. C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268.

²⁰⁵ J. VERHELLEN, "Rome III-verordening en de toepassing van buitenlands (echtscheidings)recht in België" in G. VERSCHULDEN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2012, 72-73.

²⁰⁶ Zie T. KRUGER en J. VERHELLEN, "Dual nationality = double trouble?", *JPIL* 2011, 606-613 en HvJ 2 oktober 2003, nr. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.

²⁰⁷ *Ibid.*, 613-615.

²⁰⁸ EHRM 9 maart 2010, nr. 51625/08, *Ammdjadi v. Germany*.

²⁰⁹ M. TRAEEST, "Rome III: 'Europese' verwijzingsregels inzake echtscheiding als eerste toepassing van de nauwere samenwerking", *SEW* 2012,

²¹⁰ J. VERHELLEN, "Rome III-verordening en de toepassing van buitenlands (echtscheidings)recht in België" in G. VERSCHULDEN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2012, 74-75.

niet het geval.²¹¹ Er zijn een aantal redenen waarom in deze Verordening men ervoor geopteerd heeft om prioriteit te leggen bij de gewone verblijfplaats i.p.v. nationaliteit. Als eerste is er de rechtspraak van het Hof van Justitie dat voor een extra verbondenheid met de bevoegde rechter zorgt.²¹² Als tweede kan het zijn dat de partijen liever hun geschil laten beslechten door het recht van het land waar men nu verblijft, dit argument gaat uit van de hoge mobiliteit door het vrij verkeer van personen. Dit is echter zeer fel afhankelijk van de situatie en kan dus niet worden weerhouden als argument.²¹³

125. De rechtskeuze moet voorts gebeuren uiterlijk wanneer de zaak aanhangig gemaakt wordt. Het zou immers contraproductief zijn als partijen zouden overeenkomen om het recht van een andere lidstaat te kiezen eens dat de rechtszaak bezig is. Er is echter een mogelijkheid om dit toch te doen. Deze mogelijkheid bestaat enkel als de lidstaat waar de zaak aanhangig is voorziet in een regel die toelaat om gedurende het verloop van de procedure het recht van een lidstaat overeen te komen.²¹⁴ Hierbij is het handig om nadruk te leggen op het feit dat het over het recht van het land waar de zaak aanhangig is gaat die in de mogelijkheid moet voorzien. Dit betreft dus niet het recht van het land naar keuze. Dit is begrijpelijk omdat de keuze die door de echtgenoten gemaakt wordt tijdens de procedure toelaatbaar moet zijn volgens de regels van het land waar de rechtbank in kwestie gelegen is.

126. Om de keuze rechtsgeldig te kunnen doen zal echter aan de voorwaarden voldaan moeten zijn van het recht die van toepassing zou zijn als de keuze geldig is. Dit betekent dus als men zou kiezen voor het Franse recht, dan moet er in het Frans recht gekeken worden of de keuze geldig is. Daarbij geldt echter één uitzondering. Als één van de echtgenoten beweert dat hij geen toestemming heeft gegeven bij de rechtskeuze dan kan het bewijs hiervan gebeuren volgens het recht van het land waar de persoon zijn gewone verblijfplaats heeft. Dit kan echter alleen als uit de omstandigheden blijkt dat het onredelijk zou zijn om de toestemming te beoordelen op basis van het recht van het land dat beweerdelijk de keuze van beide partijen zou zijn.²¹⁵ Dit sluit nauw aan bij de doelstelling van de Verordening om de partijen de keuze te bieden om te kiezen voor een recht van een lidstaat waar dat ze zich nauw mee verboden voelen.²¹⁶ Daarenboven wordt er ook veel aandacht besteedt aan de grondige informatieverstrekking aan de echtgenoten om een geïnformeerde keuze te kunnen maken. De Verordening mag ook geen perverse gevolgen hebben waarbij de mogelijkheid tot rechtskeuze ervoor moet zorgen om één van de partijen zijn recht te laten kiezen, waarbij de andere echtgenoot geen beslissingsrecht heeft. Daarom is het dus zeer

²¹¹ V. GAERTNER, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments", *Journal of international private law* 2006, 125-127.

²¹² HvJ 2 april 2009, nr. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, HvJ 22 december 2010, nr. C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829 en HvJ 9 oktober 2014, nr. C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268.

²¹³ V. GAERTNER, "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments", *Journal of international private law* 2006, 131-134.

²¹⁴ Art. 6, lid 3 Rome III.

²¹⁵ Art. 6 lid 2 van de echtscheidingsverordening.

²¹⁶ Preambule 16 van de echtscheidingsverordening.

belangrijk dat de echtgenoot die aangeeft geen toestemming gegeven te hebben voor de rechtskeuze de mogelijkheid heeft om zich te verdedigen.²¹⁷

127. Wat de formele geldigheid van de rechtskeuze betreft is er een verplichting om de keuze schriftelijk op te stellen, te laten dagtekenen en te laten ondertekenen door de echtgenoten. Als bijzondere geldigheidsvoorwaarde geldt dat de rechtskeuze ook in overeenstemming moet zijn met het recht waar beide echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben als deze in dezelfde deelnemende lidstaat is. Als ze in verschillende deelnemende lidstaten verblijven dan is het voldoende om te voldoen aan de voorwaarden van het recht van één van deze lidstaten. Daarbij komt ook kijken dat het recht van de gekozen lidstaat, of van de aangewezen lidstaat volgens de regels van de Verordening, effectief moet toegepast worden. Het is hier niet de bedoeling om alles te harmoniseren en daarbij de nationale rechtsstelsels te gaan verplichten om de echtscheiding uit te spreken.²¹⁸ De Verordening is immers louter een vaststelling van het toepasselijke recht op de procedure, al dan niet na een beslissing van de echtgenoten om voor een specifiek recht te kiezen. Hieruit volgt dat de rechter ten gronde zijn appreciatiebevoegdheid blijft behouden. Dit geldt ook voor de vaststelling of er in de eerste plaats wel een geldig huwelijk afgesloten is. Als het huwelijk niet geldig is aangegaan, dan kan er geen echtscheiding uitgesproken worden. De tweede appreciatiebevoegdheid die de nationale rechter nog bezit is om te bepalen of zijn nationaal recht een mogelijkheid creëert om in de echt te scheiden. Er zijn immers ook Europese lidstaten die echtscheiding niet toestaan.

128. Het is niet altijd voldoende om de echtgenoten een land te laten kiezen om dan het recht van het land toe te passen. Er zijn landen die territoriale onderverdelingen hebben die aparte regelingen omvatten omtrent echtscheiding. Als door middel van toepassing van de Verordening er naar de lidstaat verwezen wordt dan moet het recht van de desbetreffende territoriale eenheid toegepast worden, hetzelfde geldt voor de gewone verblijfplaats. Voor de nationaliteit wordt er gekeken naar de regels van de lidstaat of deze bepaald van welke territoriale eenheid de regels dienen te worden toegepast. Als dit niet geregeld is dan dienen de regels gebruikt te worden van de territoriale eenheid waarmee de echtgenoten het nauwst verbonden zijn. Op het vlak van personele conflicten vindt er een parallelle toepassing plaats. Wanneer er verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn op verscheidene categorieën van personen dan bepaald het nationale recht van die lidstaat welk rechtstelsel toegepast moet worden. Als dit niet geregeld is dan moet er gekeken worden naar de regeling die het nauwst verbonden is met de echtgenoten. Wat interne wetsconflicten betreft hoeven de lidstaten de Verordening niet toe te passen.²¹⁹

²¹⁷ Preambule 17 en 18 van de echtscheidingsverordening geven deze bedoelingen weer die achter de keuzemogelijkheid schuilen voor de echtgenoten.

²¹⁸ Art. 13 echtscheidingsverordening staat de nationale rechter appreciatiebevoegdheid toe.

²¹⁹ Art. 14-16 Echtscheidingsverordening.

6.2.3. Erfopvolging en erfrechtverklaring

129. De aanzet tot partijautonomie in de erfrechtverordening vindt plaats in preambule 28, deze preambule erkent letterlijk het mechanisme van forumkeuze.²²⁰ Tevens bevat deze preambule de mogelijkheid om partijautonomie via een andere manier toe te passen. Indien de partijen ervoor opteren om een regeling na te streven via buitengerechtelijke weg dan is dit toegelaten. Dit kan zowel bij rechtszaken ambtshalve ingeleid als bij rechtszaken door de partijen ingeleid.

130. Als bijzondere bescherming verklaart preambule 31 de forum necessitatis van toepassing. Deze regel houdt in dat men kost wat kost wil vermijden dat de mogelijkheid ontnomen wordt om de rechtszaak voor een rechtbank te krijgen. Dit kan gebeuren als de gevatte rechtbank of de rechtbank die het nauwst verbonden is met het geschil in een onveilige situatie verkeerd. Zo haalt de preambule de situatie van een burgeroorlog aan.

131. De belangrijkste regeling met betrekking tot partijautonomie is opgenomen in preambule 38, deze vindt uiting in art. 5 en 22 van de Verordening. De preambule geeft al aan dat de erflater in de mogelijkheid gesteld moet worden om voor zijn overlijden een rechtskeuze te maken voor zijn erfopvolging. Dit onder de voorwaarde dat hij over de nationaliteit van de keuze beschikt. De basis voor de rechtskeuze van de erflater is artikel 22. De erflater kan het recht kiezen dat van toepassing is op zijn erfopvolging.

132. De rechtskeuzes gedaan voor 17 augustus 2015 blijven geldig voor zover ze voldoen aan de voorwaarden onder hoofdstuk III van de erfrechtverordening. Deze regeling is te vinden in artikel 83 van de Verordening als overgangsregeling van voormalige internationaal privaatrechtelijke regels en de huidige Verordening.²²¹

133. Artikel 5 bepaalt dat de keuze enkel geldig is als deze op een schriftelijke manier plaatsvindt. Daarenboven vereist datzelfde artikel dat de betrokken partijen het geschrift ondertekenen en dagtekenen.

134. Vooraleer de gevolgen van de rechtskeuze te bekijken loont het de moeite om na te gaan wat de rechtskeuze specifiek inhoud binnen deze Verordening. Zoals al aangegeven is art. 22 de grondslag voor de rechtskeuze, waarbij het bezit van de nationaliteit van het land naar keuze een vereiste is om de keuze te kunnen maken. Naast de vereisten die de Verordening oplegt zijn er nog de materiële geldigheidsvoorwaarden van de handeling waarin de keuze opgenomen staat, de uiterste wilsbeschikking. In het algemeen, los van partijautonomie, zijn de geldigheidsvoorwaarden uitdrukkelijk vastgesteld en opgelegd in art. 26. Deze bepaling wordt echter niet verder besproken omdat dit te ver afwijkt van de principes onder de partijautonomie. Van deze uitdrukkelijk vastgestelde materiële geldigheidsvoorwaarden kan immers afgeweken worden door te kiezen voor het recht van een specifieke lidstaat op basis van art. 24 lid 2 voor uiterste wilsbeschikkingen.

²²⁰ Preambule 28 erfrechtverordening.

²²¹ *Ibid.* Art. 83.

Parallel hierbij biedt art. 25 lid 3 de mogelijkheid om zelf een keuze te maken in erfovereenkomsten. Voor beide artikelen is het zeer belangrijk om de link, die zelfs rechtstreeks in het artikel opgenomen staat, met art. 22 niet uit het oog te verliezen. Voor de geldigheidsvoorwaarden zal men dus naar het land van keuze moeten gaan kijken, maar deze keuze is slechts geldig als aan de voorwaarden van art. 22 voldaan zijn. Dit zijn dus de nationaliteitsvereiste, uitdrukkelijke keuze, de voorwaarden tot schriftelijke keuze met ondertekening en dagtekening.

135. Ten slotte moet er even stilgestaan worden bij louter interne wetsconflicten. Er zijn lidstaten die meerdere rechtstelsels hebben. Als die lidstaat gekozen wordt voor het toepasselijk recht dan zullen de interne regels van dat land bepalen welk rechtstelsel effectief van toepassing zal zijn. Als dit niet specifiek geregeld is, dan zal de keuze betrekking hebben op het rechtstelsel waarbij de erflater het nauwst verbonden is. De andere mogelijkheid is dat de lidstaat regelingen heeft die voor specifieke categorieën van personen toepasbaar zijn. Ook hier zal de regeling van de lidstaat bepalend zijn wat de keuze van het recht van het land in de praktijk toepasbaar maakt. Als er geen regeling hieromtrent is, dan zal dit opnieuw de regeling zijn waarmee de erflater het nauwst betrokken is.²²²

136. Bij lidstaten die onderverdeeld zijn in territoriale gebieden kan het zijn dat de erfopvolging verschillend is geregeld in die gebieden. Deze interne conflicten hoeven niet via de Verordening opgelost te worden, de lidstaat is vrij om te beslissen om de Verordening hierop toe te passen.²²³

6.3. Huwelijksvermogensstelsels

137. In 2016 werd besloten om nauwer samen te werken voor het toepasselijk recht, de erkenning en tenuitvoerlegging over beslissingen genomen met betrekking tot huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen.²²⁴ Omwille van dit besluit zijn er 2 verordeningen opgemaakt één voor huwelijksvermogensstelsels²²⁵ en één voor geregistreerde partnerschappen.²²⁶ (Hierna respectievelijk: “Verordening huwelijksvermogensstelsels” en “Verordening geregistreerde partnerschappen”) Ze treden in werking in 2019.²²⁷ Deze 2 verordeningen zijn bijna volledig analoog opgesteld waardoor ze samen te bespreken nuttig is. Ze bevatten beiden artikels die regelmatig gebruikt worden binnen het IPR. Voor het onderzoek hier zal ik dus ingaan op de verschillen met de andere instrumenten en het onderscheid tussen de 2.

²²² Art 37 erfrechtverordening.

²²³ Art. 38 erfrechtverordening.

²²⁴ Besluit 2016/954 van de Raad houdende machtiging om nauwere samenwerking aan te gaan op het gebied van bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake vermogensstelsel van internationale paren, met name zowel huwelijksvermogensstelsels als de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, *Pb. L.*, 16 juni 2016, afl. 183, 1. 2016/954.

²²⁵ Verordening nr. 2016/1103 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, *Pb. L.*, 8 juli 2016, afl. 183, 1.

²²⁶ Verordening nr. 2016/1104 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, *Pb. L.*, 8 juli 2016, afl. 183, 30.

²²⁷ Art. 70, lid 2 Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening geregistreerde partnerschappen.

Art. 32 sluit renvoi uit, het toepasselijke recht is van toepassing zonder de IPR bepalingen van dat nationale recht. Art. 30 zorgt ervoor dat de rechter de bijzondere dwingende recht van het nationaal recht kan toepassen.²²⁸

138. De verordeningen zijn tot stand gekomen via de nauwere samenwerkingsbepalingen van het VWEU en hebben dus een beperkte(re) toepasbaarheid binnen de EU.²²⁹ De overige lidstaten kunnen op basis van art. 331 VWEU de procedure te starten om deel te nemen. Het doel van de Verordening huwelijksvermogensstelsels is om de hiaten op te vullen over het huwelijksvermogen met betrekking tot grensoverschrijdende vermogens.²³⁰ Beide verordeningen zorgen voor een meer uniforme manier om toepasselijk recht vast te stellen voor die situaties die niet onder Brussel II-bis of de erfrechtverordening vallen.²³¹ Nu zal de vaststelling van de bevoegde rechter gebeuren aan de hand van art. 6 die voorziet in een stapsgewijze bevoegdheid. Er zijn 4 mogelijkheden die in beide verordeningen opgenomen zijn. De huidige gewone verblijfplaats van beide partijen, de vorige verblijfplaats van beide partijen, de verblijfplaats van de gedaagde en de nationaliteit van de partijen. Voor de Verordening geregistreerde partnerschappen is er een extra bevoegdheidsmogelijkheid, het land waar de geregistreerde partnerschap is ontstaan.²³²

139. Beide verordeningen zijn een geschenk voor de partijautonomie. Vroeger waren er lidstaten die geen partijautonomie aanvaardden. Nu, in de mate dat de lidstaat deelneemt aan de Verordening, wordt partijautonomie aangenomen. Griekenland is een voorbeeld van een lidstaat die dankzij deze Verordening haar standpunt heeft herzien.²³³ De partijautonomie binnen deze verordeningen staat opgenomen in art. 22 van beide verordeningen.²³⁴ De twee keuzes die beide verordeningen gemeen hebben zijn de nationaliteit en de verblijfplaats. In vergelijking met andere verordeningen is het hier echter wel mogelijk om te kiezen voor de lidstaat waar slechts één van de partijen zijn verblijfplaats heeft. Net zoals bij de algemene bevoegdheid wanneer er geen rechtskeuze is kan bij de geregistreerde partnerschappen men ook kiezen voor het land waar het partnerschap tot stand is gekomen.²³⁵

6.4. Onderhoudsverplichtingen

140. Voor het ontstaan van de onderhoudsverordening was de Brussel I Verordening over de bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken onverkort van toepassing op

²²⁸ Art. 30 Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening geregistreerde partnerschappen.

²²⁹ Zie preambule 11 van de Verordening huwelijksvermogensstelsels en de Verordening geregistreerde partnerschappen.

²³⁰ Verslag van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal comité en het comité van de regio's over de versterking van de rechten van de burgers in een Unie van democratische verandering, EU-burgerschap 2017, COM(2017) 30 final, 24 januari 2017, 14-15.

²³¹ Zie art. 4 en 5 van de Verordening huwelijksvermogensstelsels.

²³² S. MARINO, "Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *Cuadernos de Derecho Transaccional* 2017, 275-276.

²³³ P. WAUTELET, "Grensoverschrijdende huwelijkscontracten goed nieuws uit Europa, met een aantal knipperlichten", *TEP* 2016, nr. 5, 510-511.

²³⁴ *Ibid.*, 512-514.

²³⁵ Art. 22 Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening geregistreerde partnerschappen.

onderhoudsvorderingen.²³⁶ Art. 1 lid 3 e) Brussel II-bis sluit onderhoudsverplichtingen uit van het toepassingsgebied en preambule 11 verwijst naar Verordening 44/2001.

141. Er werd toen reeds al gekeken dat de partijen effectief gebonden moesten zijn door de aangewezen rechter in de opgenomen clause. Er moest gekeken worden dat beide partijen effectief overeengekomen waren om een welbepaald gerecht te kiezen.²³⁷ Deze wilsovereenkomst moest duidelijk en nauwkeurig zijn.²³⁸ Hier werd naar gekeken vooraleer er naar de voorwaarden van artikel 23 van Brussel I gekeken werd.²³⁹

142. Dankzij het ontstaan van de onderhoudsverordening is er echter de mogelijkheid ontstaan om zeer specifiek inhoudelijk in te gaan op de omkadering van situaties met onderhoudsverplichting. Zo zorgt artikel 4 1^{ste} lid c) voor een specifieke grond voor ex-echtgenoten om een forumkeuze te maken. Deze mogelijkheid was er reeds bij de toepassing van Brussel I maar de toepassing van het artikel werd gebruikt voor een grote verscheidenheid aan onderwerpen dat gebruik maakte van het artikel. Artikel 4 3^{de} lid van de onderhoudsverordening zorgde ook voor een afschaffing van forumkeuze over onderhoudsverplichting naar kinderen. Deze beperking op de forumkeuze is ingevoerd voor de bescherming van kinderen die anders slachtoffer kunnen worden van de keuze gedaan door hun ouders.

143. De algemene partijautonomie wordt aangereikt door artikel 4 van de Verordening onderhoudsverplichtingen. (ook alimentatieverordening genoemd) Deze biedt de partijen de mogelijkheid om overeen te komen welk recht van toepassing is op huidige of toekomstige geschillen. De keuzes zijn de gewone verblijfplaats en de nationaliteit. Voor (ex-)echtgenoten die onderhoudsverplichtingen verschuldigd zijn bestaan er nog 2 extra opties. Deze zijn de rechtbank die bevoegd is voor hun huwelijksgeschillen en de rechtbanken van de lidstaat waar ze tenminste één jaar samen hun gewone verblijfplaats hadden. Voor de toepassing van eender welke van deze opties moet men ervoor zorgen dat de overeenkomst van de rechtbank plaatsvindt voor of ten laatste bij het moment dat de zaak aanhangig gemaakt wordt. Tevens zal de bevoegde rechtbank via deze keuze exclusief bevoegd zijn, tenzij partijen anders overeenkomen.²⁴⁰ Als formele geldigheid wordt vereist dat het schriftelijk overeengekomen is. Tevens wordt ook vermeldt dat heel het artikel niet van toepassing is als het gaat over onderhoudsgeld tegen een minderjarig kind.²⁴¹ Net zoals bij de erfrechtverordening biedt de Verordening onderhoudsverplichtingen het principe van forum necessitatis aan.²⁴²

²³⁶ Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.

²³⁷ §27 HvJ 20 april 2016, nr. C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282.

²³⁸ §13 HvJ 7 februari 2013, nr. C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62.

²³⁹ §64 HvJ 21 mei 2015, nr. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335.

²⁴⁰ Art. 4 lid 1 in fine richtlijn onderhoudsverplichtingen.

²⁴¹ Art. 4 lid 2 en 3 verordening onderhoudsverplichtingen.

²⁴² Artikel 7 richtlijn onderhoudsverplichtingen.

144. Bij deze Verordening is het duidelijk dat de partijautonomie meer voor de hand ligt en daarom ook een kortere bespreking heeft. In preambule 8 wordt er melding gemaakt van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht dat voor de totstandkoming van het verdrag inzake internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden gezorgd heeft.²⁴³ (hierna: "Haags verdrag van 2007") Tevens wordt er in dezelfde preambule verwezen naar het aanvullende Haags protocol van 23 november 2007 voor onderhoudsverplichtingen.²⁴⁴ (Hierna "Haagse protocol") Wat betreft het toepasselijke recht wordt het snel duidelijk dat er veel belang gehecht wordt aan het Haagse protocol aangezien er specifiek naar verwezen wordt om het toepasselijke recht vast te stellen.²⁴⁵ Er is dus een protocol aangemaakt specifiek om het toepasselijke recht vast te kunnen stellen binnen onderhoudsverplichtingen. Als eerste moet het universele karakter van het protocol benadrukt worden. Als er besloten wordt dat een bepaald recht toegepast zal worden dan is het ook toegelaten dat het een staat is dat niet deelneemt aan dit protocol.²⁴⁶

145. Het protocol laat partijautonomie toe in 2 situaties. De eerste optie is dat een recht wordt aangewezen voor een specifieke procedure, de tweede is voor toepasselijkheid op de onderhoudsverplichting in het algemeen.²⁴⁷ Bij de eerste optie, het aanwijzen van het recht voor een specifieke procedure, zijn er 2 voorwaarden. Deze voorwaarden zijn dat het om een ondertekende overeenkomst gaat door beiden ondertekend en dat de overeenkomst schriftelijk is of op een medium achteraf toegankelijk. De tweede mogelijkheid voor toewijzing geldt voor alle procedures in verband met de onderhoudsverplichting. De keuzemogelijkheden worden uitdrukkelijk opgenomen in art. 8: nationaliteit, gewone verblijfplaats, het recht van toepassing op hun vermogensstelsel en het recht dat gekozen is voor de echtscheiding. De mogelijkheid om het recht te kiezen is net zoals bij de toepasselijke rechtbank bij de Verordening niet in alle gevallen toegelaten. Zo is het niet mogelijk om te kiezen welk recht van toepassing moet zijn bij minderjarigen. Deze uitsluiting is gelijklopend met de Verordening, er is echter een extra uitzondering bij het protocol, de volwassenen die niet in staat zijn om voor hun eigen belangen op te komen. Daarbovenop is er een extra garantie ingebouwd, als de partijen geen volle kennis en besef hebben welke gevolgen hun keuze heeft, dan is het aangewezen recht niet van toepassing als er onredelijke gevolgen of kennelijke onbillijke gevolgen aan gekoppeld zijn.²⁴⁸

²⁴³ Verdrag inzake de Internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden, *Pb. L.* 22 juli 2011, afl. 192, 51.

²⁴⁴ Protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 23 november 2007, *Tractatenblad* 2007, afl. 41, 1.

²⁴⁵ Art. 15 richtlijn onderhoudsverplichtingen.

²⁴⁶ Art. 2 protocol onderhoudsverplichtingen.

²⁴⁷ *Ibid.* art. 7 en 8.

²⁴⁸ *Ibid.* art. 8, lid 5.

7. Preventie

7.1. Partijautonomie

146. Partijautonomie kan als preventie gezien worden voor te vermijden dat conflicten volledig uit de hand lopen door externe factoren. Als familieleden een conflict hebben dan hoeven er geen externe druppels olie op het vuur gegoten te worden. Problemen met toepasselijk recht en bevoegde rechtbank kunnen als olie beschouwd worden en kan opgelost worden door preventief partijautonomie toe te staan. Partijautonomie is echter enkel een oplossing wanneer er reeds een conflict is ontstaan dat niet meer buitengerechtelijk opgelost kan worden, of het tenminste in de praktijk niet via de buitengerechtelijke weg gebeurt. Hierom is het belangrijk om voldoende af te wegen wat de mogelijkheden zijn en niet louter binnen het strikt juridische kader te willen denken. Dit is eens zo belangrijk binnen het familierecht. Het is immers uiterst belangrijk dat de relatie binnen de familie niet verergerd. Escalatie van het conflict kan preventief voorkomen worden door aandacht schenken aan de mogelijkheid tot bemiddeling.

7.2. Bemiddeling

7.2.1. Doel

147. Bemiddeling kan een oplossing zijn voor conflicten niet te laten escaleren, dit is een zeer belangrijk voordeel voor echtscheiding in het bijzonder als er kinderen aanwezig zijn. Bemiddeling zorgt ervoor dat echtscheidingen regelmatig tot een beter resultaat leiden dat beter gedragen wordt door alle partijen.²⁴⁹ Dit is niet noodzakelijk alleen dankzij de bemiddelaar. Als partijen bemiddeling een kans willen geven dan is dit met het gedacht dat de goedkopere, minder tijdsopslopende mogelijkheid voor een beter resultaat kan zorgen. Als de partijen met zo een open visie naar de bemiddeling stappen dan bieden ze de andere partij meer ruimte en is er ook effectief meer plaats voor een beredeneerd akkoord.²⁵⁰ Bemiddeling moet niet strikt bekeken te worden, alle juristen kunnen een bemiddelingsgerichte aanpak hanteren om een groter draagvlak te creëren voor de uiteindelijke oplossing.²⁵¹

7.2.2. Definitie

148. Bemiddeling is het gezamenlijk komen tot een oplossing voor een geschil waarbij een derde helpt bij het tot een vergelijk komen.²⁵²

149. Vroeger was de advocaat de monopoliehouder om juridische geschillen op te lossen. Door de duur van de geschillen en de soms nogal harde uitkomst is er toegegroeid naar de mogelijkheid

²⁴⁹ S. DE BAUW en B. GATSE, *De rechter en bemiddeling: nood aan nieuwe attitudes en vaardigheden?*, Brugge, Die Keure, 2008, 111-112.

²⁵⁰ D. SPENCER en M. BROGAN, *Mediation law and practice*, Cambridge, Cambridge university press, 2007, 134-135.

²⁵¹ R. BAITAR, A. BUYSSE, R. BRONDEEL, J. DE MOL en P. Rober, "Toward high-quality divorce agreements: The influence of facilitative professionals", *Negotiation journal*, 2012, 453-471.

²⁵² M. ROBERTS, *Mediation in family disputes: Principles of practice*, England, Ashgate, 2014, 2-4.

om te bemiddelen, voor oorspronkelijk de rechter. De rechter kon dan als onafhankelijke, onpartijdige derde de partijen begeleiden tot een akkoord waar ze volledig achterstonden. Na verloop van tijd is dit geëvolueerd tot een situatie waar opgeleide bemiddelaars deze rol konden overnemen om geschillen buitengerechtelijk te kunnen oplossen. Hierdoor hebben de rechtbanken een verlichting van werkdruk gekend, al is dit relatief als er meer geschillen ontstaan.

7.2.3. Bemiddelingsrichtlijn

150. Binnen de Europese Unie is er de richtlijn 2008/52/EG die bemiddeling promoot binnen burgerlijke en handelszaken.²⁵³ (Hierna: "bemiddelingsrichtlijn") Artikel 1, lid 2 geeft weer dat de bemiddelingsrichtlijn enkel van toepassing is voor "grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen". Er staat tevens een belangrijke uitzondering in hetzelfde lid, er kan geen bemiddeling plaatsvinden voor geschillen waarover de partijen zelf niet mogen bepalen. Dit is een verwijzing naar preambule 10 die voor deze uitzondering verwijst naar het familie- en arbeidsrecht. Er zijn situaties binnen het familierecht denkbaar waar partijen onderling geen overeenkomst kunnen afsluiten, zoals bv. de onderhoudsplicht t.a.v. de kinderen. Men kan onderling overeenkomen hoe ze het best voor het kind kunnen zorgen, maar kunnen uiteraard er niet buiten dat ze het kind dienen te onderhouden. Ondanks deze uitsluiting is de richtlijn nog zeer belangrijk voor goedkopere, snellere en mogelijk meer bevredigende resultaten.²⁵⁴

151. Artikel 6 van de richtlijn is belangrijk voor het internationaal privaatrecht. De bemiddelingsovereenkomst moet uitvoerbaar zijn binnen het recht van andere Europese lidstaten. Wederzijdse erkenning van rechterlijke uitspraken, ter bevestiging van het bemiddelingsakkoord, is het uitgangspunt van de Europese Unie. Desondanks is er de mogelijkheid voor andere lidstaten om de uitvoerbaarheid te weigeren op basis van artikel 6 van de bemiddelingsrichtlijn. Dit is hetzelfde principe als binnen het internationaal privaatrecht gebruikelijk is. Als het akkoord of de uitspraak strijdig is met het nationale recht dan is de rechter niet verplicht het uitvoerbaar te verklaren. Artikel 6 maakt het mogelijk voor de uitvoerbaarheid te weigeren als de inhoud strijdig is met het nationale recht waar het uitgevoerd moet worden. De verwoording van het artikel is opvallend in het licht van de vergelijking met het internationale privaatrecht. Binnen het internationale privaatrecht kan een uitspraak enkel worden geweigerd indien er een kennelijke tegenstrijdigheid is met de openbare orde. In de bemiddelingsrichtlijn is het reeds voldoende als het in strijd is met het nationale recht zonder dat er sprake hoeft te zijn van openbare orde, laat staan de vereiste van een "kennelijke" schending van openbare orde. De reden voor deze strengere aanpak voor internationaal privaatrecht is omdat het geschil voor een rechter aanhangig is. Als de partijen in het verleden een recht geselecteerd hebben voor in toekomstige geschillen toe te passen, dan kan de rechter niet zomaar toegelaten worden om het aangewezen recht buiten spel te zetten.²⁵⁵ Bij bemiddeling vindt dit probleem niet plaats aangezien de partijen over het geschil zelf beslissen en niet louter over partijautonomie.

²⁵³ Art.1 richtlijn 2008/52/EG van het Europees parlement en de raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.*, 24 mei 2008, afl. 136, 3/

²⁵⁴ Preambule 6 bemiddelingsrichtlijn.

²⁵⁵ HvJ 3 maart 2015, nr. C-681/13, ECLI:EU:C:2015:137.

152. Rechteren kunnen zich baseren op art. 5 van de bemiddelingsrichtlijn om partijen aan te raden om bemiddeling te overwegen. Bemiddeling is van extra belang wanneer kinderen betrokken zijn met het geschil.²⁵⁶

²⁵⁶ Verslag van de commissie aan het Europees parlement, de raad en het Europees economisch en sociaal comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016) 542 final, 26 augustus 2016, 4-5.

8. Beoordeling en aanbevelingen voor de toekomst

8.1. Verspreiding Europese regels

153. De Europese Unie kiest ervoor om problemen centraal aan te pakken op Europees niveau. Deze keuze is vaak de beste optie om een zo breed mogelijke gelijktrekking te hebben van de regelgeving tussen de verschillende Europese lidstaten. Als men kiest voor richtlijnen dan stelt de Europese wetgever een kader op om een bepaalde doelstelling te kunnen bereiken, waarbij de lidstaten zelf kunnen bepalen op welke wijze men tot gewenste doel kan komen. Binnen het familierecht wordt er echter vaak voor verordening gekozen. Deze keuze zorgt ervoor dat er de regelgeving identiek is voor alle lidstaten en niet louter om het welbepaalde doel te kunnen bereiken.

154. Thalia Kruger noemt deze veelvoud aan toegevoegde regels een infiltratie van het Europese recht binnen de nationale rechtssystemen.²⁵⁷ Deze bewoording is zeer toepasselijk aangezien het Europese recht geen loutere omkadering is van het nationale recht en het niet een specifieke materie binnen het materiële recht omvat. De scheiding tussen de nationale en Europese regelgeving is niet eenvoudig te trekken. Dit is duidelijk op te merken in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, de Europese regels worden in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd en de Nederlandse wetgever probeert er een coherent geheel van te maken.²⁵⁸ Het Europese recht wordt aangetroffen in een grote verscheidenheid aan onderwerpen zonder een duidelijk begin en einde van het Europese recht. Wanneer een regeling beter geregeld kan worden op Europees vlak dan gebeurt dit.²⁵⁹

155. In eerste instantie lijkt de verspreiding van het Europese familierecht een verbrokkeling van het Europese familierecht te veroorzaken. De verspreiding wordt veroorzaakt door het ontbreken van bevoegdheid van de Europese Unie om het materiële recht van het familierecht te regelen.²⁶⁰ De beperkte bevoegdheid van de Europese Unie vindt zijn oorzaak in de bevoegdheid van de lidstaten om in casu wetgevend te kunnen optreden. Er is echter wel de uitzondering van art. 81 lid 3 VWEU voor justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, inclusief familierecht.²⁶¹ Dankzij deze uitzondering kan het familierecht deels aangepakt worden op het Europees niveau.

156. Er bestaat discussie in hoever maatregelen over grensoverschrijdende familierecht tot harmonisatie van het familierecht kan en moet zorgen. De eerste toenaderingen tot gemeenschappelijke familierechtelijke bepalingen worden positief onthaald. Er bestaat echter weerstand om het familierecht volledig te harmoniseren. Deze mening ben ik ook aangedaan omwille van de bevoegdheidsindeling van de Europese Unie. Als de lidstaten exclusief bevoegd zijn

²⁵⁷ T. KRUGER, "The disorderly infiltration of EU law in civil procedure", *Int. Law Rev.* 2016, 2-3.

²⁵⁸ J. SMITS, "De Nederlandse wetgever en andere normenstelsels: op zoek naar het recht der werkelijkheid", *RdW* 2015, 27-28.

²⁵⁹ Artikel 5, lid 3 VEU.

²⁶⁰ J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law Volume I: The impact of institutions and organizations on European family law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, X-XI.

²⁶¹ A. FIORINI, *Which Legal basis for family law? The way forward*, 2012, 5-6.

voor het familierecht dan is het tegenstrijdig om het hele materiële familierecht te harmoniseren. Desondanks is het aangeraden om als er besloten wordt voor een onderdeel te harmoniseren om dit dan door te trekken zodat dezelfde situatie in alle lidstaten gelijk behandeld wordt. De onderhoudsverordening in combinatie met het Haagse protocol van onderhoudsvorderingen is een situatie waar er geen gelijke behandeling is tussen alle lidstaten.²⁶²

157. Het ontstaan van een bredere waaier aan richtlijnen en verordeningen over een verscheidenheid aan onderwerpen heeft echter ook zijn voordelen. Brussel I behandelende de geschillen over onderhoudsverplichtingen tot 30 januari 2009, de datum van de inwerkingtreding van de nieuwe onderhoudsverordening.²⁶³ De opstelling van een specifieke verordening per onderwerp zorgt voor een uitstekende specialisatie van de artikels om praktijk problemen te voorkomen of op te lossen.²⁶⁴ Voor de onderhoudsverordening is de uitsluiting van forumkeuze voor minderjarigen hier een mooi voorbeeld van. Dankzij de toepassingen van de Brussel I Verordening in de praktijk heeft de Europese wetgever kunnen reflecteren. Hierdoor heeft men besloten om tegemoet te komen aan de fragiele positie van kinderen in conflicten over onderhoudsverplichting. Naar mijn mening is dit de methode vooruit voor de Europese Unie. De oorspronkelijke invoering van algemene regelgeving om de mogelijkheid tot partijautonomie aan te bieden is een uitstekende eerste stap geweest. Het ontwikkelen van nieuwe verordeningen waarin aanpassingen verwerkt zijn die nodig zijn om de lidstaten allemaal op één lijn te krijgen. Waar tevens aandacht is naar evoluties, zoals lidstaten die na de praktijktoepassing van de algemene verordening bereid zijn om mee te stappen in progressieve aanpak van voormalige problemen.

8.2. Aanmoediging derde landen

8.2.1. Het programma van Stockholm

158. Het programma van Stockholm is de vaststelling van de prioriteiten van de Europese Unie voor de vrijheid en veiligheid van de Europese burger.²⁶⁵ In het programma van Stockholm van 2010 heeft de Europese Unie aangegeven een grotere rol te willen invullen als organisatie op internationaal justitieel gebied. Dit engagement is erop gericht om derde landen zoveel als mogelijk te betrekken in het verdrag van Lugano.²⁶⁶ Ten tijde van de opstelling van het programma werd er gesproken over het verdrag van Lugano van 1988, dit is op heden vervangen door het verdrag van 2007.²⁶⁷ Deze verdragen vinden hun basis in het verdrag van 1968 dat hetzelfde

²⁶² M. HARDING, "The harmonisation of private international law in Europe: Taking the character out of family law?", *J Priv Int'l L* 2011, Vol. 7 No. 1, 211-212.

²⁶³ Art. 76 Onderhoudsverordening.

²⁶⁴ Zie hoofdstuk 6 onderdeel 3

²⁶⁵ Het programma van Stockholm, een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger van 4 mei 2010, Europese Raad, 2010/C 115/01, afl. 115, 1.

²⁶⁶ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 25 november 1988, afl. 319, 9. (Hierna: Verdrag van Lugano 1988)

²⁶⁷ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 21 december 2007, afl. 339, 3. (Hierna: "Verdrag van Lugano")

onderwerp had en uitsluitend van toepassing was op het grondgebied van de Europese Unie.²⁶⁸ Met het opstellen van de verdragen van Lugano is het toepassingsgebied uitgebreid naar leden van de Europese Vrijhandelsassociatie.

159. De tweede Internationaal privaatrechtelijke doelstelling is om de verdragen opgesteld door de Haagse conferentie voor IPR te promoten. Het belang van de conferentie voor de Europese Unie is duidelijk door de toetreding van alle lidstaten individueel en vervolgens toetreding van de Europese Unie tot de conferentie.²⁶⁹ De toetreding van de Europese Unie zelf is niet louter een formaliteit. De Europese Unie heeft immers de bevoegdheid verkregen van de lidstaten om maatregelen te nemen in grensoverschrijdende justitiële samenwerking in burgerlijke zaken.²⁷⁰ Dankzij de toetreding kan de Europese Unie als volwaardig lid van de conferentie deelnemen aan de debatten voor verdragen. Er is discussie geweest om respectievelijk de Europese Unie of de lidstaten te laten deelnemen aan de discussies waar ze bevoegd voor zijn. Aangezien de bevoegdheden vaak gemengd zijn en men de debatten zo ruim als mogelijk wilde houden is er gekozen voor de permanente deelname.²⁷¹ De uitoefeningen van de lidmaatschapsrechten van de Europese Unie, en eventuele toekomstige regionale entiteiten, worden besproken in artikel 3, lid 7 van de HCCH statuten.²⁷² Het artikel zorgt ervoor dat de lidmaatschapsrechten van de Europese Unie op een alternatieve wijze gebruikt moeten worden. Dit betekent dat de Europese Unie de rechten enkel kan benutten als de lidstaten ze niet gebruiken. Er is echter een uitzondering voor het deelnemen aan debatten, de Europese Unie mag deelnemen ondanks de deelname van de lidstaten. Dit komt omdat bij het opstellen van het artikel de toevoeging "inclusief deelname aan zittingen" weggelaten is achter de woorden "uitoefenen van de lidmaatschapsrechten op een alternatieve wijze".²⁷³

8.3. Belang van het kind

160. De Brussel II-bis Verordening en het Haags kinderbeschermingsverdrag bieden een bescherming voor kinderen door aandacht te schenken aan de belangen van het kind. Bij iedere handeling van de EU waarbij een kind betrokken is moet het belang van het kind centraal staan.²⁷⁴ Via deze weg is het dus altijd mogelijk om het belang van het kind af te wegen tegen de andere belangen.²⁷⁵ Hieruit kan het gebrek aan een rechtstreekse verwijzing naar het belang van het kind in een Europees instrument dus niet wijzen op verwaarlozing ervan. Naar mijn mening is het dus niet nodig om te pleiten voor een invoering van een specifieke bescherming, al verduidelijkt dit de situatie wel.

²⁶⁸ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.*, 31 december 1972, afl. 299, 32.

²⁶⁹ Besluit van de raad betreffende de toetreding van de gemeenschap tot de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, *Pb. L.*, 5 oktober 2006, afl. 297, 1.

²⁷⁰ *Ibid.*, artikel 2 van bijlage 2.

²⁷¹ G. CUNIBERTI, "The accession of the European community to the Hague Conference on Private International Law", *ICLQ* 2007, 946-948.

²⁷² Art. 3, lid 7 Statuten van de Haagse Conferentie van Privaat Internationaal Recht van 31 oktober 1951.

²⁷³ G. CUNIBERTI, "The accession of the European community to the Hague Conference on Private International Law", *ICLQ* 2007, 946-948.

²⁷⁴ Art. 24, lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese unie.

²⁷⁵ E. JAYME, "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *YPI* 2009, Volume 11, 2-3.

8.4. Openbare orde

161. In randnummer 86 heb ik de geschiedenis van de openbare orde kort geschetst. Het begrip openbare orde is een term die steeds meer gebruikt wordt binnen het IPR. Het begon met geen vermelding van openbare orde, na verloop van tijd werd openbare orde verwerkt in de Europese instrumenten. 276 Wat de huidige instrumenten betreft is er een vereiste toegevoegd dat een schending van de openbare orde voldoende zwaarwichtig is. 277

8.5. Bemiddeling

162. Het familierecht is het ideale vakgebied om bemiddeling te promoten. De gevoeligheid van geschillen met betrekking tot kinderen zorgt ervoor dat de subtiele, rustige aandacht van een bemiddelaar de geschikte methode is voor deze geschillen op te lossen. 278

163. De bemiddelingsrichtlijn is in werking getreden sinds 2008. De commissie heeft nagegaan of de toepassing van de richtlijn problemen veroorzaakte in de praktijk. Op basis van art. 11 van de bemiddelingsrichtlijn heeft de commissie hierover een verslag gepubliceerd die het gebruik van de richtlijn toelicht en het gebruik van bemiddeling in de EU. 279 Bij de omzetting van de richtlijn in nationale regelgeving valt het op dat nagenoeg al de lidstaten de inhoud van de richtlijn niet beperken tot grensoverschrijdende situaties. 280 Alleen Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben de richtlijn omgezet louter voor grensoverschrijdende conflicten. 281

²⁷⁶ Haags voogdij verdrag van 1902.

²⁷⁷ §49 HvJ 23 oktober 2014, nr. C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319.

²⁷⁸ S. DE BAUW en B. GAYSE, *Bemiddeling en rechtspraak hand in hand. Wegwijs voor de rechter*, Brugge, Die Keure, 2009, 3-4.

²⁷⁹ Verslag van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016) 542 final, 26 augustus 2016, 1-14.

²⁸⁰ *Ibid.*, 5-6.

²⁸¹ Ontwerpverslag over de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken (de bemiddelingsrichtlijn), 2016/2066, 7 maart 2017, 3-4.

9. Conclusie

164. Het Europese familierecht kenmerkt zich met een beperkende wil om het materiële familierecht te harmoniseren. Dit is gelukkig geen (onoverkomelijke) hindernis voor het ontwikkelen van Internationaal Privaatrecht dat betrekking heeft op familierecht. Sinds enige tijd is er een tendens zichtbaar binnen het Europese familierecht dat instrumenten ontwikkeld worden onder de noemers "Justitiële samenwerking" en "nauwere samenwerking". Via deze weg kunnen lidstaten die op één lijn liggen met (progressieve) familierechtelijke veranderingen reeds een samenwerking aangaan. Dit is een positieve stap naar een evolutie in het Europese familierecht.

165. Er zijn nu een hele reeks Europese instrumenten die het veld van familierecht uittekenen. De partijautonomie in deze instrumenten hebben ook hun evolutie gekend en zullen ongetwijfeld nog verder veranderen. Zo is er een evolutie merkbaar bij de vereiste nationaliteit voor aangewezen recht en voor gekozen recht. Binnen de erfrechtverordening is de nationaliteit een vereiste om te kunnen kiezen voor een recht. De Brussel II-bis verordening heeft nationaliteit ook als een keuze, maar bevat geen hiërarchie met de andere opties. Wat de nieuwste verordeningen over huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen betreft heeft men de gewone verblijfplaats dan weer als prioriteit gesteld bij een gebrek aan rechtskeuze. Het feit dat men ondanks twijfelen toch in een rechtskeuze voorzien hebben bij huwelijksvermogens is een zeer goede keuze. Het is naar mijn mening altijd beter om rechtskeuze toe te staan en te voorzien in een algemene bevoegdheid bij gebrek aan keuze. De implicaties van de nieuwe verordeningen zal verder onderzoek in de toekomst vereisen. De inwerkingtreding is in 2019.

166. Om tot een rechtskeuze te komen moet er voldaan worden aan formele geldigheidsvoorwaarden die gelijklopend zijn in alle Europese instrumenten. In het Haagse onderhoudsprotocol van 2007, van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, is er een interessante aanpak. Indien een persoon niet in staat is om op te komen voor zijn eigen belangen, dan kan de (gedwongen) keuze ongedaan gemaakt worden. Als de kennelijk onbillijke gevolgen heeft dan wordt er geen gevolg gegeven aan de keuze. Dit is een aangename aanpak om een onderdeel van de openbare orde exceptie in woorden te brengen.

167. De openbare orde exceptie is (terecht) een vanzelfsprekendheid aan het worden bij het ontwikkelen van nieuwe IPR instrumenten. De omkadering van het begrip door invoeren van soortgelijke begrippen is ook aan een opmars bezig. De meest voor de handliggende, maar toch zelden gebruikte, is het belang van het kind. Naar aanleiding van art. 24 lid 2 van het handvest van de grondrechten van Europese Unie is het kind een belangrijke overweging zelfs zonder een rechtstreekse vermelding. Al zou het invoeren van een bepaling voor duidelijke bescherming zeker aan te raden. Zeker voor verordening zoals Rome III en de verordeningen betreffende huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen die allen sterk te maken kunnen hebben met de leefwereld van een kind.

168. Wat de samenhang van de Europese familierechtelijke instrumenten betreft is er weinig op te merken. De invoering van de Verordening huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde

partnerschappen zullen een enorme aanwinst zijn. Ze vangen een reeks aan ongelijkheden op die binnen de Europese Unie bestonden.

169. Binnen de Europese familierechtelijke instrumenten zijn er een aantal inconsistenties die niet noodzakelijk een meerwaarde bieden. Zo is er de discussie rond de uitsluiting van de toepassing van het IPR binnen een specifiek land. Als een recht aangewezen wordt is het best dat dit recht toegepast wordt, zonder de omweg van renvoi te gebruiken. Deze weg is alvast ingeslagen bij de twee nieuwe verordeningen van 2016 omtrent het vermogen van partners. (huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen) Bij de invoering van deze twee is er tevens de mogelijkheid om voorafgaand aan een geschil te kiezen voor het recht van het land waar de zaak aanhangig zal zijn. De toekomst zal uitwijzen of deze toevoeging zijn meerwaarde zal hebben, wat volgens mij zal gebeuren. Het is wel te betreuren dat men ervoor gekozen heeft om enkel bij één van de twee bijna identieke verordening te opteren voor deze vernieuwing.

10. Bibliografie

10.1. Wetgeving

Verdrag van Den Haag tot regeling der voogdij van minderjarige van 12 juni 1902. (Haags voogdij verdrag)

Statuten van de Haagse Conferentie van Privaat Internationaal Recht van 31 oktober 1951.

Statuut van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, 's-Gravenhage, 31 oktober 1951, *Trb.* 1959, nr. 3.

Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.*, 31 december 1972, afl. 299, 32.

Verdrag betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering van 25 oktober 1980.

Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 25 november 1988, afl. 319, 9. (Hierna: Verdrag van Lugano 1988)

Verdrag van 's Gravenhage betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, 25 oktober 1980, *BS* 24 april 1999, 13737.

Verdrag van Den Haag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie van 29 mei 1993, *BS* 6 juni 2005, 26062.

Verdrag van 's-Gravenhage inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen van 19 oktober 1996, *B.S.* 22 augustus 2014, 63.560.
Grondwet van Finland, 11 juni 1999.

Verdrag inzake de internationale bescherming van volwassenen van 13 januari 2000, *Tractatenblad* 2008, afl. 2, 1.

Verordening van de Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, *Pb. L.*, 23 december 2003, afl. 338, 1. (hierna: "Brussel II-bis")

Verordening van de Raad nr. 2201/2003, 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid en tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000, *Pb. L.*, 23 december 2003, afl. 338, 1.

Protocol nr. 14 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de wijziging van het controlesysteem van het Verdrag, *CETS* 13 mei 2004, nr. 194, 1.

Wet 16 juli 2004 houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004.

Groenboek over het toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken, 14 maart 2005, COM(2005) 82 def.

Verordening (EG) nr. 1347/2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, 30 juni 2006, 19-36.

Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, 15 december 2005, COM/2005/0650 def.

Besluit van de raad betreffende de toetreding van de gemeenschap tot de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, *Pb. L.*, 5 oktober 2006, afl. 297, 1.

Verdrag van 's Gravenhage inzake de internationale inning van levensonderhoud ten behoeve van kinderen en andere familieleden van 23 november 2007, *Pb. L.* 22 juli 2011, afl. 192, 39.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *Pb. C.* 18 december 2000, afl. 364, 1.

Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (COM(2005)0650 – C6-0441/2005-2005/0261(COD)) 21 november 2007, 8-9.

Protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 23 november 2007, *Pb. L.*, 16 december 2009 (hierna: protocol onderhoudsverplichtingen).

Verdrag inzake de Internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden, *Pb. L.* 22 juli 2011, afl. 192, 51.

Verslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)), 27 juni 2006, 15-16.

Voorstel voor een Verordening van de raad houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoeging van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken, 17 juli 2006, 4-6.

Voorstel voor een verordening van de raad houdende wijziging van verordening nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoeging van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken, 17 juli 2006, COM(2006) 399 definitief.

van Verordening (EG) nr. 44/2001, 3 mei 2002, COM(2002) 222 def. — 2002/0110(CNS).
Verordening van het Europees parlement en de raad nr. 864/2007, 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb. L.*, 31 juli 2007, afl. 199, 40. (Rome II)

Richtlijn 2008/52/EG van het Europees parlement en de raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.*, 24 mei 2008, afl. 136, 3.

GEBHARDT, E., plenaire vergadering van 20 oktober 2008, debat inzake wijziging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 wat de bevoegdheid betreft en tot invoeging van regels inzake toepasselijk recht in huwelijkszaken.

Verordening van het Europees parlement en de Raad nr. 593/2008, 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb. L.*, 4 juli 2008, afl. 177, 6.

Richtlijn van de raad nr. 4/2009, 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, *Pb. L.*, 10 januari 2009, afl. 7, 1 (hierna: richtlijn onderhoudsverplichtingen).

Het programma van Stockholm, een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger van 4 mei 2010, Europese Raad, 2010/C 115/01, afl. 115, 1.

Verordening van de raad nr. 1259/2010, 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *Pb. L.*, 29 december 2010, afl. 343, 10 (hierna: "Rome III").

Verordening van de raad nr. 1259/2010, 20 december 2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *Pb. L.*, 29 december 2010, afl. 343, 10 (hierna: Rome III).

Verordening van het Europees parlement en de raad nr. 650/2012, 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring, *Pb. L.*, 27 juli 2012, afl. 201, 10 (hierna: erfrechtverordening).

Protocol 21 van het VWEU betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, *Pb. C.* 26 oktober 2012, afl. 326, 295-299.
Verordening van het Europees parlement en de raad nr. 1215/2012, 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.*, 20 december 2012, afl. 351, 1.

Voorstel voor een verordening Europees burgerinitiatief ter bescherming van het huwelijk en het gezin, 11 december 2015.

Besluit 2016/954 van de Raad houdende machtiging om nauwere samenwerking aan te gaan op het gebied van bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake vermogensstelsel van internationale paren, met name zowel huwelijksvermogensstelsels als de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, *Pb. L.*, 16 juni 2016, afl. 183, 1. 2016/954.

Report by the European commission, *Special eurobarometer 437, Discrimination in the EU in 2015*, 48-49.

Verdrag van Den Haag van 1970 inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed.

European Union (notification of withdrawal) Act 2017.

Verordening nr. 2016/1104 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, *Pb. L.*, 8 juli 2016, afl. 183, 30.

Verordening nr. 2016/1103 van de Raad tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, *Pb. L.*, 8 juli 2016, afl. 183, 1.

Verslag van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016) 542 final, 26 augustus 2016, 1-14.

Verslag van de commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal comité en het comité van de regio's over de versterking van de rechten van de burgers in een Unie van democratische verandering, EU-burgerschap 2017, COM(2017) 30 final, 24 januari 2017, 14-15.

Verslag van de commissie aan het Europees parlement, de raad en het Europees economisch en sociaal comité over de toepassing van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, COM(2016) 542 final, 26 augustus 2016, 1-12.

Ontwerpverslag over de tenuitvoerlegging van Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken (de bemiddelingsrichtlijn), 2016/2066, 7 maart 2017, 3-4.

Advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in verband met de uitvoering van Verordening (EG) Nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid ("Brussel II-Bis"), 27 maart 2014, 25-26.

10.2. Rechtspraak

10.2.1. Europees Hof van Justitie

HvJ 15 september 1994, nr. C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332.

HvJ 15 september 1994, nr. C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332.

HvJ 2 oktober 2003, nr. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.

HvJ 2 april 2009, nr. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

HvJ 28 april 2009, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271.

HvJ 19 juli 2009, nr. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474.

HvJ 22 december 2010, nr. C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

HvJ 7 februari 2013, nr. C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62.

HvJ 1 oktober 2014, nr. C-436/13, ECLI:EU:C:2014:2246.

HvJ 9 oktober 2014, nr. C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268.

HvJ 11 december 2014, nr. C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443.

Advies 2/13 van het Hof van 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

HvJ 3 maart 2015, nr. C-681/13, ECLI:EU:C:2015:137.

HvJ 21 mei 2015, nr. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335.

HvJ 16 juli 2015, nr. C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.

HvJ 21 oktober 2015, C-215/15, ECLI:EU:C:2015:710

HvJ 20 april 2016, nr. C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282.

HvJ 27 oktober 2016, nr. C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819.

HvJ 15 februari 2017, nr. C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118.

10.2.2. Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM, 7 november 2000, nr. 47128/99, Zvoristeanu v. Frankrijk.

EHRM, 30 juni 2005, nr. 45036/98, Bosphorus Airlines v Ireland.

EHRM 6 december 2005, nr. 14600/05, Eskinazi en Chelouche v. Turkije.

EHRM, 2 maart 2010, nr. 61498/08, Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom.

EHRM 9 maart 2010, nr. 51625/08, Ammdjadi v. Germany.

EHRM, 12 september 2012, nr. 10593/08, Nada v. Switzerland.

EHRM, 26 november 2013, nr. 27853/09, X. v. Latvia.

10.2.3. Andere

IGH 28 november 1958, nr. 58/31.

Supreme Court (VK), 24 januari 2017, UKSC 5.

10.3. Rechtsleer

10.3.1. Boeken en bijdragen

AALBERTS, C., *Kunnen burgers Europa van koers laten veranderen?*, Delft, Eburon, 2014, 80 p.

Art. 3, lid 7 Statuten van de Haagse Conferentie van Privaat Internationaal Recht van 31 oktober 1951.

BAARSMA, N. A., *The Europeanisation of International family law*, Den Haag, Asser Press, 2011, 340 p.

BERNHARDT, R., *Decisions of international courts and tribunals and international arbitrations*, Amsterdam, North-Holland publishing company, 1981, 328 p.

TAKACS, T. LAZIC en VAN ROMPUY (eds.), V., *Fundamental rights in International and European Law*, De Haag, Asser Press, 2016, 323 p.

BOELE-WOELKI, K., *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen, Ucerf, 2011, 92 p.

BOGDAN, M., *Private international law as component of the law of the forum: general course*, Maubeuge, Triangle bleu, 2011, 360 p.

BOURGEOIS, M., DEREME, F., ERNEUX, P-Y, NUDELHOLC, S., JANSEN, T., MICHIELS, D., NELIS, X., VAN GEEL, A. en VAN ZANTBEEK, A., *Estate planning: Actuele topics – thèmes actuels*, Mechelen, Kluwer, 2013, 528 p.

BREMS, E. en GERARDS, J. H., *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Northampton, Edward Elgar, 2013, 384 p.

DE BAUW S. en GATSE, B., *De rechter en bemiddeling: nood aan nieuwe attitudes en vaardigheden?*, Brugge, Die Keure, 2008, 277 p.

DE BAUW, S. en GAYSE, B., *Bemiddeling en rechtspraak hand in hand. Wegwijs voor de rechter*, Brugge, Die Keure, 2009, 231 p.

DE PATER, B., *West-Europa*, Assen, Van Gorcum, 2009, 344 p.

NIKOLINA, N., *The influence of International law on the issue of co-parenting emerging trends in International and European instruments*, 122-144.

Europese Commissie, *Praktijkgids voor de toepassing van de Verordening Brussel IIbis*, België, 2014, 1-93.

GERITTSE, H.A., *Praktijkgids familie- en jeugdrecht*, Appeldoorn, Maklu, 2012, 330 p.

KIESTRA, L.R., *The impact of the European convention on human rights on private international right*, De Haag, Springer, 2014, 329 p.

LAZOWSKI, A. en BLOCKMANS, S., *Research Handbook on EU Institutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 520 p.

LENAERTS K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht: in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2003, 905 p.

LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 347 p.

MAGNUS, U. en MANKOWSKI (ed.), P., *Brussels Ibis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, 506 p.

MAK, C., *Fundamental rights in European contract law: A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Nederland, Kluwer, 2008, 366 p.

NUMHAUSER-HENNING, A. en RONNEMAR (eds.), M., *Normative patterns and legal developments in the social dimension of the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 282 p.

PONTIER, J. A., *Europees Conflictenrecht: Een complexe geschiedenis in Vogelvlucht*, Amsterdam, Amsterdam University press, 2005, 34 p.

ROBERTS, M., *Mediation in family disputes: Principles of practice*, England, Ashgate, 2014, 278 p.

RUTGERS, J. W. en ZILINSKY, M., (eds.), *Begrensde vrijheid in het IPR*, Apeldoorn, Maklu, 2013, 112 p.

SCHERPE (ed.), J. M., *European family law Volume I: the impact of institutions and organisations on European family law*, Northampton, Edward elgar publishing, 2016, 341 p.

SPENCER, D. en BROGAN, M., *Mediation law and practice*, Cambridge, Cambridge university press, 2007, 520 p.

STONE, R. en DEVENNEY, J., *Text, cases and materials on contract Law*, New York, Routledge, 2014, 800 p.

STRIKWERDA, L., *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn, Maklu, 2009, 186 p.

SWENNEN (ed.), F., *Contractualisation of family law – Global perspectives*, New York, Springer, 2015, 372 p.

SYMEONIDES, S., *American private International law*, Nederland, Kluwer, 2008, 368 p.

VAN CALSTER, G., *European private international law*, Portland, Hart publishing, 2016, 520 p.

VAN DER LINDER, A.P., SIETHOFF, F.G.A. en ZEIJLSTRA-RIJPSTRA, A. E. I. J., *Jeugd en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009, 337 p.

VLAS, P., *Rechtspersonen*, Apeldoorn, Maklu, 2017, 191 p.

WALKER, L., *Maintenance and child support in private International law*, United Kingdom, Hart publishing, 2015, 352 p.

WAUTELET, P., COLLIENNE, F., ENGLERT, H., HENRICOT, C. en PFEIFF, S., *Relations familiales internationales : l'actualité vue par la pratique*, Luik, Anthémis, 2010, 264 p.

WAUTELET, P., *Party autonomy in international family relationships : a research agenda*, België, Intersentia, in C. CAUFFMAN en J. M. SMITS, *The citizen in European private law*, Cambridge, Intersentia, 23-41.

WELSTEAD, M. en EDWARDS, S., *Family law*, Hampshire, Oxford university press, 2013, 597 p.

Yearbook of the international law commission 1959 Volume II, 1959, A/CN.4/Ser.A/1959/Add.I, 1-124.

10.3.2. Tijdschriftartikels en andere publicaties

APS, F., "Het familiaal internationaal privaatrecht (inzake echtelijke moeilijkheden): "too much Europe"?", *T. FAM.* 2015, 93-97.

ARILD VIS S. en FOSSUM, S. "Organizational factors and child participation in decision-making: differences between two child welfare organizations", *Child fam Soc Work* 2015, volume 20, 277-287.

BAITAR, R., BUYASSE, A., BRONDEEL, R., DE MOL, J. en Rober, P., "Toward high-quality divorce agreements: The influence of facilitative professionals", *Negotiation journal*, 2012, 465-485.

BEKINK, M., "Child divorce: a break from parental responsibilities and rights due to the traditional socio-cultural practices and beliefs of the parents", *PER* 2012, volume 15, 177-212.

BLAUWHOFF, R. en FROHN, L., "International commercial surrogacy arrangements: The interests of the child as a concern of both Human Rights and Private International Law" in C. PAULUSSEN, C. BOELE-WOELKI, K., "The principles of European family law: its aims and prospects", *L. Rev.* 2005, 160-168.

BOELE-WOELKI, K. en MARTINY, D., "The commission on European family law (CEFL) and its principles of European family law regarding parental responsibilities", *Era forum* 2007, Volume 8, 125-128.

CUNIBERTI, G., "The accession of the European community to the Hague Conference on Private International Law", *ICLQ* 2007, 939-949.

CURRY-SUMNER, I., "Het belang van het kind in de regels van internationale bevoegdheid inzake gezagskwesties" in MAK, C., VAN WIJK, F.K., DE GRAAF, J.H. en Montanus, P.J., *Rechten van het kind en waardigheid*, Nijmegen, Ars Acqui, 2013, 165-177.

CUYVERS, A., "Artikel 50 VEU en Brexit: de juridische contouren voor een politiek drama", *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2016, nr. 7, 221-229.

FIORINI, A., "The codification of private International law in Europe: Could the community learn from the experience of mixed jurisdictions?", *EJCL* 2008, volume 12.1, 1-16.

FIORINI, A., *Which Legal basis for family law? The way forward*, 2012, 1-23.

GAERTNER, V., "European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments", *Journal of international private law* 2006, 99-136.

GERARDS J. en GLAS, L., "De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM, Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?", *Ars Aequi* 2012, deel I, 520-530.

GRAY, J. en P. REDONDO, Q., "The fifth conference of the Commission on European Family Law, Confronting the boundaries of family law and culture in Europe", *ERPL* 2014, 157-164.

HARDING, M., "The harmonisation of private international law in Europe: Taking the character out of family law?", *J Priv Int'l L* 2011, Vol. 7 No. 1, 203-229.

HAY, P., "Notes on the European Union's Brussels-I "Recast" regulation", *The European legal forum* 2013, 1-8.

HENRICOT, C., "Droit applicable au divorce international: mise en application du règlement « Rome III »", *J.T.* 2012, 563 p.

House of Commons Justice Committee, "Implications of Brexit for the justice system", 22 maart 2017, 1-31.

JAYME, E., "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *YPIL* 2009, Volume 11, 1-5.

KESSEDJIAN, C., "Public order in European law", *Erasmus Law Review* 2007, 25-36.

KRAMER, X. E., "Europees procesrecht en fundamentele procedurele vereisten: de rol van artikel 6 EVRM ter invulling van de openbare orde toetst onder het EEX", *NIPR* 2004, 1-15.

KRUGER, T. en VERHELLEN, J., "Dual nationality = double trouble?", *JPIL* 2011, 601-626.

LOON, H. V., "La conférence de la Haye de droit international privé", *HJJ* 2007, 3-13.

MARINO, S., "Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships", *Cuadernos de Derecho Transaccional* 2017, 265-284.

MARZAL YETANO, T., "The constitutionalisation of party autonomy in European family law", *Int. J. Priv. Law* 2010, volume 6, 155-193.

MASTENBROEK, E., "Europa tegen heug en meug? De omzetting van Richtlijnen in Nederland", *B en M* 2005, 13-23.

MATTHIJS, M., "Europe after Brexit", *Foreign affairs* 2017, 85-95.

McElevy, P., "The European court of human rights and the Hague child abduction convention: Prioritising return of reflection?", *Neth. Int'l L. Rev.* 2015, volume 62, 365-405.

NUYTINCK, A. J. M. en GRAPPERHAUS, J. J. M., "Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde 'personae miserabiles', in het familie (vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind", *Ars Aequi* 2008, 861-875.

PRANEVICIENE, K., "Unification of judicial practice concerning parental responsibility in the European union – challenges applying regulation Brussels II bis", *Baltic journal of law & politics* 2014, Volume 7, number 1, 113-127.

QUINZA REDONDO, P., "Spanish matrimonial property regime and CEFL principles regarding property relations between spouses", *European journal of law reform* 2015, 329-340.

SMITS, J., "De Nederlandse wetgever en andere normenstelsels: op zoek naar het recht der werkelijkheid", *RdW* 2015, 20-33.

SPRUIJT E. en DUINDAM, V., "Joint physical custody in the Netherlands and the well-being of children", *J. Divorce remarriage* 2010, 65-82.

T. KRUGER, "The disorderly infiltration of EU law in civil procedure", *Int. Law Rev.* 2016, 1-22.

TEITZ, L. E., "The hague choice of court convention: Validating party autonomy and providing an alternative to arbitration", *Am. J. Comp. L.* 2005, 543-558.

TRAEST, M., "Rome III: 'Europese' verwijzingsregels inzake echtscheiding als eerste toepassing van de nauwere samenwerking", *SEW* 2012, 122-123.

UNICEF, "Het recht van het kind op gezinshereniging", 2015, 2-3.

VAN BOCHOVE L. en KRAMER, X. E., "Opgelegde bescherming in het Europees internationaal privaatrecht", *BJU* 2010, 5-32.

VAN DEN EECKHOUT, V., "De wisselwerking tussen materieel en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?" *RW* 2000, 1-29.

VAN LOON, H., "The Hague Conference on Private International Law", *HJJ* 2007, 3-12.

VERHELLEN, J., "Rome III-verordening en de toepassing van buitenlands (echtscheidings)recht in België" in G. VERSCHULDEN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, Brugge, die Keure, 2012, 72-73.

WAUTELET, P., "Grensoverschrijdende huwelijkscontracten goed nieuws uit Europa, met een aantal knipperlichten", *TEP* 2016, nr. 5, 510-518.

WILLEMARCK, L., "De exceptie van openbare orde in het internationaal privaatrecht. Een juridisch middel om essentiële waardeconflicten op te lossen en fundamentele cultuurtegenstellingen te overbruggen", *NJLP* 2003, 97-123.

X, Members of the Hague conference, <https://assets.hcch.net/docs/fa2ded4d-0574-41d9-b749-289d44aef373.pdf>, 1-2.

ZHANG, M., "Party autonomy and beyond: an international perspective of contractual choice of law", *Int'l L. Rev.* 2006, volume 20, 511-562.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:
Partijautonomie in het Europese IPR

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**
Jaar: **2017**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Vaes, Jeroen

Datum: **15/05/2017**