

# 2 Europees en internationaal familierecht

*Katharina Boele-Woelki*

## 2.1 Inleiding

Elk land in Europa beschikt over wettelijke regelingen inzake familierelaties en over regels inzake het familieprocesrecht. Deze regels gelden voor familierelaties die met één enkel land zijn verbonden (interne gevallen). Van een internationale familierelatie is sprake wanneer echtgenoten bijvoorbeeld verschillende nationaliteiten bezitten of in verschillende landen wonen. In dat geval dient bij wijze van voorvraag eerst te worden vastgesteld welk nationaal familierecht toegepast moet worden. De regels die hierop antwoord geven, behoren tot het internationaal privaatrecht (IPR) en zij omvatten naast de regels inzake de vraag welk recht toepasselijk is nog twee andere vragen, namelijk wanneer is de rechter bevoegd om een beslissing te nemen in een internationaal geval en kan een buitenlandse beslissing in het eigen land worden erkend en tenuitvoergelegd?

Alle regelgeving en de toepassing van die regels in de praktijk dienen in overeenstemming te zijn met het grondrechtelijke kader dat gevormd wordt door onder andere het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Naast de rechtspraak van de nationale gerechten van elk land zijn de uitspraken van de Europese hoven (Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) in Luxemburg) van grote betekenis voor de inhoud van het (internationale) familierecht in Europa.

## 2.2 Mensenrechten en familierecht

Het mensenrechtelijke kader waarin het familierecht is ingebed, zorgt ervoor dat in het familierecht in Europa gemeenschappelijke waarden en uitgangspunten in acht

worden genomen. Het EVRM en het IVRK vormen de belangrijkste mensenrechtelijke verdragen waaraan het nationale familierecht wordt gemeten.

Het EVRM van 1950 is vastgesteld door de Raad van Europa en geldt voor 47 Europese landen, waaronder alle 27 EU-lidstaten, het Verenigd Koninkrijk en de EU zelf. Het IVRK werd in 1989 door de Verenigde Naties aangenomen en geldt thans voor 196 landen, waaronder alle EU-lidstaten.

Het EHRM heeft in vele arresten geoordeeld dat het nationale familierecht in strijd was met artikel 8 EVRM (recht op respect voor familie- en gezinsleven). Deze uitspraken dienen door *alle* verdragstaten te worden nagekomen. Dit kan ertoe leiden dat het nationale familierecht moet worden aangepast. In de meeste landen – dat geldt ook voor Nederland – kan voor de nationale gerechten een direct beroep worden gedaan op het EVRM.

Het EHRM heeft bijvoorbeeld op 2 december 2009 (*Zaunegger/Duitsland*) bepaald dat het Duitse gezagsrecht in strijd was met de artikelen 14 en 8 EVRM. Naar Duits recht was het voor de niet-gehuwde vader niet mogelijk zonder toestemming en medewerking van de moeder gezamenlijk ouderlijk gezag te verkrijgen. Dit arrest heeft geleid tot een wetswijziging die in mei 2013 in werking is getreden. Nu kan de niet-gehuwde vader in Duitsland net als in Nederland bij de rechter om toewijzing van het gezamenlijk gezag verzoeken.

Voor het IVRK daarentegen bestaat geen supranationale rechter, maar mogelijke schendingen van kinderrechten worden gerapporteerd door het VN-comité voor de Rechten van het Kind, dat op basis van een regeringsrapportage om de vijf jaar over de naleving van het verdrag in de verdragslanden rapporteert en aanbevelingen doet voor verbeteringen. In 2014 is een derde facultatief protocol in werking getreden dat door een aantal verdragsstaten is geratificeerd. Dit protocol versterkt daarmee de rechtspositie van kinderen, die een concrete klacht over kinderrechtenschendingen kunnen indienen bij het Kinderrechtencomité. Vereist is dat de nationale klachtenprocedures zijn uitgeput. Een klacht kan worden ingediend door of namens een individueel kind of een groep kinderen. Nederland heeft het derde protocol niet geratificeerd. Voor de nationale rechter kan wel een beroep op de bepalingen van het IVRK worden gedaan. In de Nederlandse rechtspraak is aan een aantal bepalingen uit het IVRK rechtstreekse werking toegekend.

In Nederland is het IVRK op 8 maart 1995 in werking getreden, op de Nederlandse Antillen op 16 januari 1998 en op Aruba op 17 januari 2001. De laatste Nederlandse rapportage voor het Rijk in Europa dateert van 2020.<sup>1</sup>

---

1 Kamerstukken II 2020/21, 26150, nr. 189 met bijlagen.

Het Handvest van de Grondrechten voor de Europese Unie, dat ook de eerbiediging van het familie- en gezinsleven en het recht om te huwen en een gezin te stichten bevat, is bindend recht voor alle lidstaten. Unieburgers kunnen zich al naar gelang de situatie beroepen op nationale grondrechten (niet in Nederland), op het Handvest en op het EVRM.

### 2.3 Familierecht in Europa

Het familierecht in Europa is nationaal recht. Elk rechtsstelsel heeft zijn familierecht wettelijk geregeld, zowel wat betreft het materiële als het formele recht. Het materiële familierecht is opgenomen in de nationale codificatie van het civiele recht (bijv. in Nederland in Boek 1 BW, in Duitsland in het *Bürgerliches Gesetzbuch* en in Frankrijk in de *Code civil*). In andere landen zijn er speciale familiewetboeken (bijv. in Bulgarije en Hongarije) of er gelden zelfstandige familiewetten (bijv. de Zweedse *Föräldräbalk* (1949:381) en de Engelse *Matrimonial Causes Act*). Het procesrecht (formele recht) voor familierechtelijke verhoudingen is in wetboeken van burgerlijke rechtsvordering gecodificeerd of in zelfstandige wetten geregeld.

Wat het materiële familierecht betreft, is een aantal Europese landen gebonden aan internationale verdragen. Sinds 2003 kunnen staten toetreden tot het Verdrag inzake omgang met kinderen van de Raad van Europa en in 2008 heeft deze organisatie een Adoptieverdrag opgesteld. Ook de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (ICBS) heeft een enkel verdrag opgesteld dat het materiële familierecht unificeert.

Rechtsvergelijkend onderzoek toont aan welke familierechtsystemen in Europa (nagenoeg) overeenstemmende regelingen bevatten (bijv. gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding), welke minder significante verschillen vertonen (bijv. alimentatieovereenkomst tussen ex-echtgenoten) of waar de verschillen deels nog onoverbrugbaar zijn (bijv. gelijkgeslachtelijk huwelijk en draagmoederschap). In de laatste decennia zijn echter geleidelijk meer overeenkomsten en minder verschillen te constateren. Daarvoor zijn verschillende factoren aan te wijzen, zoals de invloed van het EVRM op het nationale familierecht, de Europese vrijheden en in sommige landen het politieke klimaat dat openstaat voor een liberalisering van het familierecht. Ondanks hevig verzet van de katholieke kerk, die een belangrijke rol speelt in de Spaanse samenleving, heeft de Spaanse socialistische regering in 2005 bijvoorbeeld het huwelijk opengesteld voor gelijkgeslachtelijke paren. Een ander voorbeeld is Malta, een van de meest katholieke landen ter wereld. Pas in 2012 werd daar na een referendum de echtscheiding ingevoerd. Ook het Ierse referendum in 2015 leidde tot de invoering van het gelijkgeslachtelijk huwelijk. Meer dan 60% van de bevolking stemde voor.

Sinds 2001 wordt op basis van rechtsvergelijkend onderzoek gewerkt aan de totstandkoming van niet-bindende beginselen van Europees familierecht. Daarvoor is

een groot netwerk van deskundigen opgericht, dat onder de naam *Commission on European Family Law* (CEFL) bekend staat (zie [www.ceflonline.net](http://www.ceflonline.net)). Beginselen van Europees familierecht zijn door de CEFL vastgesteld op het terrein van de echtscheiding en de alimentatie tussen gewezen echtgenoten (2004), de ouderlijke verantwoordelijkheid (2007), de vermogensrechtelijke relatie tussen echtgenoten (2013) en *de facto* partnerschappen, zijnde niet-geformaliseerde samenlevingen van paren buiten huwelijk en geregistreerd partnerschap (2019).

Bij de herziening van het eigen familierecht kan de nationale wetgever zich laten inspireren door deze beginselen die in de vorm van modelwetgeving zijn opgesteld. Op deze wijze vindt een verdergaande harmonisatie van het familierecht in Europa plaats. In Portugal, Noorwegen, Kroatië en in de Tsjechische Republiek bijvoorbeeld werden de CEFL-beginselen bij de herziening van onderdelen van het familierecht gebruikt. De beperking van de wettelijke huwelijksgemeenschap van goederen (Kamerstukken II 2013/14, 33987; zie hoofdstuk 7) vertoont sterke gelijkenissen met het stelsel van gemeenschap van aanwinsten zoals dit door de CEFL in haar beginselen wordt voorgesteld.

Het familie(proces)recht blijft het terrein van de nationale wetgever, die voor bepaalde onderwerpen internationale verdragen heeft geratificeerd. Van belang is dat de Europese wetgever op basis van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) *geen* bevoegdheid heeft om het interne materiële en formele familierecht door richtlijnen of verordeningen te harmoniseren of te unificeren. Deze bevoegdheid bestaat wel ten aanzien van internationale familierelaties (zie par. 2.5).

## 2.4 Internationale familierelaties

Indien een familierechtelijke relatie niet alleen met Nederland verbonden is, maar ook internationale aspecten heeft, moeten de regels van het internationale privaatrecht worden geraadpleegd. In dat geval moet namelijk eerst worden vastgesteld of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en welk familierecht (Nederlands of ander recht) van toepassing is. Verbondenheid met een andere rechtsorde kan blijken uit het feit dat echtgenoten bijvoorbeeld een buitenlandse nationaliteit bezitten, dat een van hen zijn gewone verblijfplaats in een ander land heeft, dat zij in het buitenland in het huwelijk zijn getreden, dat zij in het buitenland een kind hebben geadopteerd of een buitenlandse rechter heeft vastgesteld dat de ene echtgenoot ten behoeve van de andere ex-echtgenoot levensonderhoud moet betalen.

Indien de rechter zijn internationale bevoegdheid heeft vastgesteld, dient hij ambtshalve na te gaan welk recht de rechtsverhouding beheerst. Deze vraag wordt beantwoord door conflictregels die het recht aanwijzen waarmee de rechtsverhouding het nauwst is verbonden. Het belangrijkste aanknopingspunt voor familierechtelijke

verhoudingen is de gewone verblijfplaats van de betrokken persoon, terwijl ook de nationaliteit als aanknopingspunt wordt gehanteerd. Daarnaast mogen partijen op een beperkt aantal terreinen het toepasselijke recht zelf aanwijzen (rechtskeuze). Volgens artikel 10:35 BW bijvoorbeeld kunnen echtgenoten het recht dat hun persoonlijke betrekkingen beheerst aanwijzen, maar zij mogen slechts kiezen voor het recht van de staat van een gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten of het recht van de staat waar zij elk hun gewone verblijfplaats hebben.

De conflictregels kunnen leiden tot toepassing van het eigen recht of van vreemd recht. De verwijzing naar buitenlands recht heeft tot gevolg dat de rechter de inhoud ervan ambtshalve moet vaststellen en toepassen. Alleen indien het vreemde recht kennelijk onverenigbaar is met de Nederlandse openbare orde, wordt het niet toegepast. Wat de erkenning (en tenuitvoerlegging) van buitenlandse beslissingen betreft, zijn de voorwaarden ervan precies omschreven.

Bij de beantwoording van de drie IPR-vragen moet de hiërarchie van rechtsbronnen in acht worden genomen. Europese verordeningen geven aan of zij wel of niet voorrang hebben boven internationale verdragen, die op hun beurt op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet voorrang hebben boven nationale regels. Deze worden hierna besproken.

## **2.5 Europese verordeningen**

De Europese wetgever is op grond van artikel 81 VWEU bevoegd maatregelen te nemen betreffende het familierecht met grensoverschrijdende gevolgen; met andere woorden, als sprake is van een internationale familierelatie. Van deze bevoegdheid heeft de Europese wetgever ruim gebruikgemaakt door verordeningen voor het internationale familierecht vast te stellen die in beginsel voor alle 28 lidstaten automatisch in werking treden. Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland vormen hierop een uitzondering.

Alleen door middel van een overeenkomst tussen Denemarken en de EU kan een verordening ook voor deze lidstaat bindend worden verklaard. Denemarken heeft namelijk bij de wijziging van het EG-Verdrag in 1997 een voorbehoud gemaakt. Ook het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben zich destijds een speciale positie voorbehouden. Zij konden respectievelijk kunnen voor elke verordening aangeven of zij zich gebonden willen achten (opt-in). Voor elke verordening moet dus worden vastgesteld of deze voor de drie genoemde landen wel of niet geldt. De uit-treding van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie per 31 december 2020 heeft tot gevolg dat vanaf deze datum de Europese verordeningen niet meer voor het Verenigd Koninkrijk gelden. Wel kunnen zij aldaar nog worden toegepast op gerechtelijke procedures en verzoeken, die voor de buitenwerkingtreding van de verordeningen zijn ingeleid. Dit betreft vooral de sinds 2005 geldende Verordening betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen

in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (*Brussel II bis*). Deze wordt vanaf augustus 2022 vervangen door de Verordening betreffende de bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderontvoering (*Brussel II ter*).

In geval van een internationale echtscheiding, bijvoorbeeld waarbij ook ten aanzien van kinderen een gezags- of omgangsregeling moet worden getroffen, geven de *Brussel II*-verordeningen antwoord op de vraag of de aangezochte lidstaatrechter bevoegd is om over beide verzoeken te oordelen. Gaat het om de erkenning van een huwelijksontbinding of een gezagsbeslissing gewezen door een lidstaatrechter, dan geven de regels van de verordeningen antwoord op de vraag of deze beslissingen in andere lidstaten kunnen worden erkend en indien nodig ten uitvoer kunnen worden gelegd.

De vraag welk recht de rechter dient toe te passen op een verzoek tot echtscheiding is ook geregeld in een Europese verordening. In 2008 ontbrak weliswaar de vereiste unanimiteit om de Verordening betreffende het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed (*Rome III*) vast te stellen, maar op initiatief van destijds negen lidstaten werd de *Rome III*-verordening toch in het kader van de versterkte samenwerkingsprocedure (art. 328 VWEU) vastgesteld. Nederland deed hier niet aan mee en is een van de tien lidstaten die niet gebonden zijn aan deze verordening.

De *Rome III*-verordening geldt thans voor zeventien lidstaten: België, Bulgarije, Duitsland, Estland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Oostenrijk, Portugal, Roemenië, Slovenië en Spanje.

Alle IPR-kwesties betreffende de alimentatie zijn vanaf 18 juni 2011 alomvattend geregeld door de Verordening betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen (Alimentatieverordening), alsmede door het Protocol inzake het recht dat moet worden toegepast op onderhoudsverplichtingen. Dit Protocol werd niet vastgesteld door de Europese Commissie, maar door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Het internationale alimentatierecht strekt tot voorbeeld wat betreft de goede samenwerking tussen de Europese en internationale wetgever. De Alimentatieverordening verwijst ten aanzien van de vraag welk recht moet worden toegepast naar het Haagse Protocol. De Alimentatieverordening en het Haagse Protocol gelden voor alle lidstaten, behalve voor Denemarken en ook het Verenigd Koninkrijk was er niet aan gebonden.

Op gemeenschapsniveau gelden sinds 29 januari 2019 vervolgens de Verordening tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het