

BELGIË EN NEDERLAND IN EUROPA: VERENIGD IN VERSCHIEDENHEID

Katharina Boele-Woelki

Hoogleraar internationaal en vergelijkend privaatrecht, Universiteit Utrecht

en

Frederik Swennen

Hoogleraar familierecht, Universiteit Antwerpen en advocaat bij Greenille advocaten

I INLEIDING

Mede door toedoen van de Paarse kabinetten die deels overlappend in België en Nederland aan het bewind waren sinds de jaren 1990, is boek I van ons beider Burgerlijke Wetboeken – net als de aanvullende wetgeving – de afgelopen jaren bepaald geen rustig bezit geweest.¹ Zowel de regeling van de echtscheiding als van alle echtscheidingsgevolgen is ingrijpend gewijzigd. Ook het internationaal familierecht is in een stroomversnelling geraakt. Enerzijds is zowel in België als in Nederland een codificatie van het IPR doorgevoerd, in het Wetboek IPR (WIPR) resp. boek 10 BW. Anderzijds is de Europese wetgever bijzonder actief geweest op dit gebied.

In deze bijdrage zullen wij op basis van de bijdragen in deze bundel eerst de voornaamste gelijkenissen en verschillen voor het Belgische en het Nederlandse recht aanstippen (II). Nadien gaan wij in op enkele overkoepelende thema's (III). Wij sluiten af met een aantal aandachtspunten voor de toekomst (IV).

II KAART VAN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT, MET *SCENIC VIEWS*

§ 1 INTERNATIONAAL FAMILIERECHT

Op het gebied van de echtscheiding en haar gevolgen zijn drie EU-instrumenten uitgevaardigd en gelden er ook Haagse Verdragen. Ondanks hun gemeenschappelijke lidmaatschap van de EU en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, bestaan er niettemin opmerkelijke verschillen tussen België en Nederland. Die doen zich veeleer voor op het vlak van het conflictenrecht, en minder op het terrein van de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging.

Voor de *echtscheiding* geldt voor beide landen de Brussel II*bis*-Verordening wat betreft de internationale bevoegdheid, en de erkenning en tenuitvoerlegging. De Verordening is in België en Nederland ook van toepassing op huwelijken tussen personen van verschillend dan wel van gelijk geslacht. Opmerkelijk is dat België en Nederland een verschillende conflictenrechtelijke regel kennen. Nederland heeft in art. 10:56 BW het *lex fori*-beginsel geïntroduceerd, terwijl voor België als regel het recht van de laatste echtelijke gewone verblijfplaats geldt op grond van de cascaderегeling van art. 8 Rome III-Verordening, voor de gevallen waar geen gebruik is gemaakt van de erg ruime mogelijkheden tot rechtskeuze. België is, anders dan Nederland, in de versterkte samenwerking van de Rome III-Verordening gestapt. Deze versterkte samenwerking, die voor het eerst in het Europese recht voor de internationale echtscheiding werd gebruikt, leidt tot een Europa met verschillende snelheden.² In de verhouding tussen België en Nederland is daarop te letten.

Op het gebied van de *alimentatie* – zowel ten aanzien van ex-partners als van de kinderen – is het recht van België en Nederland gelijklopend. Internationale bevoegdheid, en erkenning en tenuitvoerlegging worden uniform geregeld in de Alimentatieverordening. Voor wat betreft het toepasselijk recht, verklaart de Verordening het Haags Protocol van 2007 van toepassing.

Geheel geen overeenstemming bestaat dan weer op het gebied van het *huwelijksvermogensrecht*. De internationale bevoegdheid, en de erkenning en tenuitvoerlegging worden bepaald door eigen regels. Op het vlak van toepasselijk recht heeft enkel Nederland het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 geratificeerd. In België leidt art. 49 WIPR tot redelijk vergelijkbare oplossingen. België is echter geen nationaliteitsland.

¹ Zie reeds E.A.A. LUIJTEN, "Een tocht over de woelige baren van Boek 1 BW", *RM Themis* 2001, 37.

² Zie K. BOELE-WOELKI, "For better or for worse: The Europeanization of international divorce law", *Yearbook of Private International Law* 2010, 17-41.

Wat betreft het *verleden* bestaan er in beide landen overgangsrechtelijke complicaties. Voor de *toekomst* valt te verwachten dat hetzelfde regime in beide landen zal gelden omdat een Verordening betreffende het huwelijksvermogensrecht wordt voorbereid.

Ook op het gebied van de *ouderlijke verantwoordelijkheid* is er geen volledige uniformiteit. De procedurele kwesties worden in beide landen beheerst door de Brussel IIbis-Verordening. Met betrekking tot het toepasselijk recht is in Nederland het Haags Kinderbeschermingsverdrag van 1996 van toepassing, dat uitgaat van het *Gleichlauf*-beginsel. België heeft dit verdrag ondertekend, maar niet geratificeerd. Op basis van artikel 35 WIPR moet de rechter het recht van de gewone verblijfplaats van het kind toepassen.

§ 2 ECHTSCHIEDING

Onder vigeur van de *Code civil* gold een afradend systeem van echtscheiding, waarbij keuze kon worden gemaakt voor de schuldechtscheiding – op eenzijdig verzoek – dan wel de echtscheiding door onderlinge toestemming – op gemeenschappelijk verzoek. In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 is deze laatste mogelijkheid niet aangehouden. In beide landen zijn in de 20^{ste} eeuw in hoofdzaak wettelijke of jurisprudentiële milderingen op dit Franse systeem aangebracht.

In Nederland is de omslag naar de schuldloze echtscheiding op grond van de *duurzame ontwrichting* er reeds gekomen in 1971, al heeft het schuldverweer nog voortbestaan tot 1993 en bestaat het pensioenverweer – met schuldcorrectie – vandaag nog steeds. De echtscheiding moet door de rechter worden uitgesproken als zij op gemeenschappelijk verzoek wordt gevorderd. Zij kan ook eenzijdig worden verzocht, in welk geval de verweerder het bestaan van de duurzame ontwrichting kan betwisten, maar deze tenslotte door de rechter zal worden afgeleid uit de volharding in zijn verzoek door de eiser. Als regel dienen de echtgenoten een ouderschapsplan voor te leggen om ontvankelijk te zijn in hun verzoek tot echtscheiding.

In België is de omslag er pas gekomen in 2007, en nog steeds met voorbehoud. Als regel is een *recht* op echtscheiding ingevoerd op basis van de schuldloze *onherstelbare* ontwrichting – de wetgever vond ‘duurzaam’ een positief woord dat niet bij de echtscheiding past. De rechter *moet* de echtscheiding uitspreken als er sedert enige tijd een feitelijke scheiding is, of als het verzoek na enige tijd wordt herhaald. In deze gevallen kan het verzoek tot echtscheiding eenzijdig worden gedaan dan wel gezamenlijk. De ene echtgenoot kan het verzoek van de andere ook aanvaarden, zonder zelf te verzoeken. Bij een gezamenlijk of aanvaard verzoek gelden kortere periodes. Uit het verstrijken van periodes wordt de ontwrichting onweerlegbaar afgeleid. Voorts *kan* de rechter de echtscheiding dadelijk op eenzijdig verzoek uitspreken als de verzoeker de onherstelbare ontwrichting bewijst; een bekentenis volstaat daartoe niet. Er geldt geen eis, maar wel mogelijkheid, tot indiening van een ouderschapsplan, evenals andere akkoorden over de echtscheidingsgevolgen.

Er zijn enkele opmerkelijke verschillen tussen België en Nederland. In België bestaat er een *recht* op echtscheiding, in Nederland niet. Niettemin worden in België strengere voorwaarden aan de echtscheiding zelf gesteld. Het feitelijke bewijs van de ontwrichting wordt er minder snel aanvaard dan in Nederland, en bovendien gelden als regel minimale reflectieperiodes (feitelijke scheiding of herhaald verzoek). Die hebben deels een paternalistische inslag: het voorkomen van lichtzinnige echtscheidingsverzoeken. In Nederland is het vergelijkbare art. 1:152 BW (oud) reeds lang opgeheven. De reflectieperiodes in België strekken er echter ook toe om de verwerende echtgenoot toe te laten zich financieel en psychologisch voor te bereiden op de echtscheiding. Die bescherming ontbreekt in Nederland. In Nederland worden de echtgenoten wel verplicht om een ouderschapsplan voor te leggen, zodat zij tenminste over het lot van de kinderen moeten hebben nagedacht. Dat vereiste ontbreekt in België geheel. Wij komen daarop nog terug.

Anders dan in Nederland bestaat in België ten slotte de *echtscheiding door onderlinge toestemming*, die nog in 50 % van de echtscheidingen als traject wordt gevolgd. Zij vooronderstelt een volledig akkoord over alle echtscheidingsgevolgen opdat de rechter de echtscheiding zou kunnen uitspreken.

Met die liberale echtscheidingsregels sluiten de wetgevers weer aan bij het revolutionaire recht dat gold vóór de *Code civil*.

§ 3 ALIMENTATIE NA ECHTSCHIEDING

A Basisregeling

Zowel in België als in Nederland bestaat een regime van alimentatie na echtscheiding dat in wezen *losstaat van de verrichtingen van vereffening en verdeling* van het huwelijksvermogensstelsel. In beide landen bestaat een systeem waarin de standaardgerechtigheid op een uitkering na echtscheiding losstaat van enige schuldvraag in

verband met de gronden tot echtscheiding. De ex-echtgenoot met de laagste inkomstenpositie is principieel onderhoudsgerechtigd. Het verruimde basisrecht op een uitkering is echter gepaard gegaan met sterker begrenzende modaliteiten van de uitkering.

De grondslag daarvoor wordt in beide landen gezocht in een getemperde voortzetting van de verhouding van solidariteit die door en tijdens het huwelijk heeft bestaan. De voortzetting geldt *idealiter* als tijdelijke steun tijdens een beperkte periode waarin de behoeftige ex-echtgenoot economisch zelfredzaam moet worden. Aldus is een evenwicht gezocht tussen individuele en collectieve verantwoordelijkheid.

B Verschillen

De uitwerking van die gemeenschappelijke uitgangspunten in België en Nederland verschilt danig. Op die verschillen gaan wij nu in.

In de eerste plaats zijn er de *uitsluitingsgronden*. In beide landen wordt het onder bepaalde omstandigheden van wangedrag onbillijk geacht dat een ex-echtgenoot zich nog (ten volle) op de huwelijkse solidariteit zou mogen beroepen. In België geldt ter zake een limitatief uitsluitingssysteem, met opvallende onderlinge verschillen. Uitsluiting vindt plaats bij: zware fout die de onherstelbare ontwrichting veroorzaakte (facultatief, maar volledig), fysiek partnergeweld (verplicht en volledig) en behoefte ontstaan anders dan in familiaal belang (facultatief, volledig of gedeeltelijk). Anders dan in Nederland wordt uit de bewoording dat de rechter een uitkering “kan” toekennen, geen bevoegdheid afgeleid om subjectieve niet-financiële factoren te verrekenen. Evenmin bestaat een algemene matigingsgrond zoals die vervat in artikel 1:399 BW. Het algemene billijkheidsoordeel dat de Nederlandse rechter aldus toekomt, kan door Belgische rechters enkel worden bereikt via oneigenlijke toepassingen van de uitsluitingsgronden. Daarbij bestaat terughoudendheid.³

Ten tweede bestaan er opmerkelijke verschillen bij de *referentiestandaard* voor de berekening van de omvang van de uitkering na echtscheiding. Tot 2007 gold in België de gemiddelde levensstandaard van tijdens de huwelijkse levensstandaard als uitgangspunt voor de berekening van de uitkering. In Nederland is dit nog steeds een van de objectieve aanknopingspunten. In België bestaat sedert 2007 veel onduidelijkheid welk uitgangspunt dan wel moet gelden. Luidens de wet kan de rechter rekening houden met de aanzienlijke economische terugval, die vooral wordt beoordeeld op basis van de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde, de duur van het huwelijk en de organisatie van het huishouden. Er wordt echter niet bepaald of de terugval moet worden beoordeeld in vergelijking met het huwelijk dan wel in vergelijking met de echtscheiding. In het eerste geval moet de rechter hypothetisch beoordelen welke de inkomstenpositie van de uitkeringsgerechtigde zou zijn geweest zonder huwelijk. In het tweede geval kan hij concreet beoordelen welke de inkomstenpositie zou zijn geweest zonder echtscheiding. Het Hof van Cassatie⁴ laat de rechter toe te vergelijken met de situatie zonder echtscheiding. Het is onduidelijk in welke mate daarmee wordt teruggekeerd naar de situatie van vóór 2007.

Bij de *berekening* van de alimentatie bestaat *ten derde* in België geen officiële rekenmethode, ook geen informele. In Nederland kan de rechter een beroep doen op de tremanormen. In België kan als alimentatiebedrag maximaal een derde van de (mogelijke) inkomsten van de uitkeringsgerechtigde worden toegekend. Een dergelijke bovengrens geldt niet in Nederland, al dient de rechter in voorkomend geval wel de *jus-vergelijking* toe te passen. Ten slotte wordt in België bij de berekening van het alimentatiebedrag, anders dan in Nederland, slechts zelden rekening gehouden met de opbouw van een financiële voorziening voor het geval de uitkeringsplichtige zou vooroverlijden.

In beide landen geldt *vervolgens* sedert de hervormingen van 1996 (Nederland) resp. 2007 (België) dat de alimentatie in de tijd is *gelimiteerd*. In België is daarvoor tijdens de parlementaire voorbereiding als “minst arbitraire” regeling aangehouden dat de gerechtigde op alimentatie hoogstens even lang kan bestaan als het huwelijk zelf, de voorhuwelijkse samenleving niet en de feitelijke scheiding wel meegerekend. Pas aan het einde van die termijn kan wegens uitzonderlijke omstandigheden een verlenging worden gevraagd, tijdens dewelke slechts een bedrag tot leniging van de behoefte kan worden verkregen. De Nederlandse wetgever hanteert twee maximale termijnen. Als regel geldt een alimentatieduur van twaalf jaar. Heeft het huwelijk minder dan vijf jaar geduurd, en is het kinderloos gebleven, dan geldt de duur van het huwelijk als maximale termijn. In beide gevallen is uitzonderlijke verlenging van die termijnen mogelijk. In België kan als onbillijk worden beschouwd dat een vrouw met jonge kinderen na een kort huwelijk snel economisch zelfredzaam moet worden. De Nederlandse termijn van twaalf jaar in dat geval – welke overeenstemt met de middelbare schoolleeftijd

³ Hierover rechtsvergelijkend F. Swennen en B. Weyts, “Fouten tussen echtgenoten: een tocht doorheen het echtscheidings- en aansprakelijkheidsrecht”, in G. Verschelden (ed.), *Echtscheiding*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2010, p. 87-145.

⁴ Cass. 12 oktober 2009, *T.Fam.* 2010, 71, noot C. Van Roy.

lijkt in dat geval rechtvaardiger. Toch vinden sommigen die termijn te lang. In Nederland wordt daarom over verkorting van de termijn van 12 jaar gediscussieerd.⁵

Ten vierde is de *wijziging* of *vroegtijdige beëindiging* van de uitkering in België en Nederland redelijk gelijklopend geregeld. Anders dan in Nederland, is in België echter geen beëindiging mogelijk in geval van wangedrag. Althans heeft de rechterlijke macht de toepasselijke wetsbepalingen nog niet in die zin geïnterpreteerd. Dit kan als onbillijk worden aanvoeld ingeval een ex-echtgenoot zich schuldig maakt aan geweldpleging op de uitkeringsplichtige, stalking, niet-afgifte van de kinderen of soortgelijke misdrijven en gedragingen.

Voor *ongehuwde samenwoners* worden zowel in België als in Nederland vergelijkbare algemeen verbintenisrechtelijke technieken toegepast om, waar aangewezen, ‘alimentatie’ toe te kennen.

§ 4 HUWELIJKSVERMOGENSRECHT

Het wettelijke huwelijksvermogensstelsel – zonder afwijkende overeenkomst – is een gemeenschap van aanwinsten in België en in Nederland een algehele gemeenschap. In beide landen kan via een overeenkomst echter een ‘koude uitsluiting’ worden bedongen, dit is een scheiding van goederen zonder verbintenisrechtelijke correctie erop. Voor samenwoners in België en Nederland is de koude uitsluiting feitelijk gezien de regel.

De bijdrage over huwelijksvermogensrecht in deze bundel heeft in hoofdzaak betrekking op de koude uitsluiting en de correctiemechanismen erop. Wegens het nauwe verband met de contractvrijheid, gaan wij er verderop deze bijdrage op in. Wij volstaan hier met twee opmerkingen.

In de eerste plaats kan de vermogensrechtelijke achterstand wegens de koude uitsluiting enkel voor gehuwden deels worden gecompenseerd via een ruime berekening van de alimentatie na echtscheiding. Zie daarover § 3. Voor samenwoners daarentegen bestaat ter zake geen wettelijke regeling. In de tweede plaats hebben samenwoners het hoe dan ook al moeilijk om via gemeenrechtelijke technieken het wettelijke huwelijksvermogensstelsel te benaderen zo zij dat zouden willen. Hoe dan ook de afspraken gelden slechts in hun interne verhouding. Op eenzijdige vorderingen zouden rechters bovendien slechts ingaan als er een hoge mate van lotsverbondenheid wordt aangetoond.

§ 5 OUDERLIJKE VERANTWOORDELIJKHEID

A Basisregeling

Sedert halverwege de jaren 1990 is in beide landen wetgeving tot stand gekomen waarbij de ouderlijke verantwoordelijkheid is ‘verzelfstandigd’ ten opzichte van de scheidingsgevolgen. Kort gezegd staat de invulling van de ouderlijke verantwoordelijkheid als regel los van de huwelijks staat van de ouders. Het Nederlandse recht is hierbij verder geëvolueerd dan het Belgische. Ondanks een aanmaning van de wetgever door het Grondwettelijk Hof in 2003⁶, kan ouderlijk gezag nog steeds enkel toekomen aan de ouders van het kind. In Nederland kan gezag mee worden uitgeoefend door een niet-ouder.

In beide landen is de wet in 1995 zodanig gewijzigd dat het gezamenlijk ouderlijk gezag dat tijdens het huwelijk is ontstaan, automatisch doorloopt na de echtscheiding, zgn. ‘*gezagsco-ouderschap*’, dat in Nederland pas in 1998 in de wet is opgenomen. In de rechtspraktijk werd deze regel al eerder toegepast.

De juridische gelijkwaardigheid van de ouders leverde echter geen feitelijke gelijkwaardigheid op: de ouder bij wie het kind hoofdverblijf had, bekleedde een bevoorrechte positie. De wetgevers in beide landen hebben het gelijkwaardig ouderschap dan ook verder willen bevorderen. In België dient de rechter sedert 2006 op verzoek van minstens één ouder bij voorrang te onderzoeken of het gelijkmatig verdeeld verblijf (*‘verblijfsco-ouderschap’*) de meest passende oplossing zou zijn voor kind(eren) en ouders. In Nederland is sinds 2009 het maken van een ouderschapsplan verplicht, waarin afspraken over gelijkwaardig ouderschap moeten worden gemaakt. In België zijn, meer dan in Nederland, in de rechtsleer en rechtspraak duidelijke parameters uitgewerkt wat betreft objectieve en subjectieve indicaties en tegenindicaties voor verblijfsco-ouderschap.

Het valt op dat de Belgische wetgever resultaatgericht werkt en niet procesgericht zoals de Nederlandse wetgever. In Nederland is in de wet voor beide ouders namelijk de plicht vastgelegd om de contacten van het

⁵ In verband met de actuele discussie W. Schrama, “Partneralimentatie: geld vangen voor door bankhangen?”, *FJR* 2012, 115.

⁶ Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, *EJ* 2003, 134, noot P. Senaev.

kind met de andere ouder te bevorderen, en daarover *vooraf* in een ouderschapsplan afspraken te maken. In België wordt enkel een resultaat opgelegd, en gaat vooral aandacht naar de handhaving *achteraf* zelfs met de 'sterke arm' van de politie.

B Uitzonderingsregelingen

Zowel in België als in Nederland is het exclusief gezag van één ouder, met een toezichts- en omgangsrecht voor de ander, de uitzondering geworden. In Nederland geldt daarbij een strikter wettelijk criterium ('klem en verloren'). Het Belgische criterium oogt ruimer (geen overeenstemming tussen ouders of overeenstemming niet in het belang van het kind), maar geeft niettemin zelden aanleiding tot toepassing van exclusief gezag.

In Nederland geldt bovendien alles of niets. In België bestaan er tussen het gezamenlijk gezag en het exclusief gezag tussensystemen, waarbij enkel bestaande beslissingen *niet* (bij gezamenlijk gezag) of net *wel* (bij exclusief gezag) samen moeten worden genomen. In Nederland kan de rechter trachten om artikel 1:253a BW creatief toe te passen, zonder van het gezamenlijk gezag een lege huls te maken.

De rechten van de niet met gezag belaste ouder zijn uitgebreider gereguleerd in Nederland dan in België.

C De rechten van het kind

Enkel in Nederland wordt uitdrukkelijk in de wet aandacht besteed aan de rechten van het kind. Bij de totstandkoming van het ouderschapsplan moeten de kinderen worden betrokken; de ouders moeten die betrokkenheid beschrijven in het plan. Ten tweede hebben Nederlandse ouders, anders dan de Belgische, een *plicht* tot contact of omgang met hun kind(eren). Een dergelijke plicht gaat echter niet zonder kritiek. Ten slotte bevat de Nederlandse wet een uitdrukkelijk verbod van kindermishandeling, en is uithuisplaatsing van een geweldpleger mogelijk. Een en ander bestaat nog niet in België, al is een wet betreffende de uithuisplaatsing ter bekrachtiging aan de Koning voorgelegd.⁷

D Onderhoudsrecht

In beide landen is de niet-betaling van onderhoudsbijdragen door ouders een ware plaag. *Enerzijds* heeft dit te maken met 'slechte scheidingen', waarbij ex-partners hun onverwerkte gevoelens over elkaar projecteren via de kinderen. De soms onvolledige wettelijke regeling over uitvoering en afwenteling verhoogt in dat verband de kans op conflicten. *Anderzijds* verloopt de berekening van de alimentatie onvoorspelbaar en niet eenvormig. In België heeft de wetgever in 2010 getracht een en ander te verhelpen. De aard en omvang van de ouderlijke onderhoudsplicht zijn verduidelijkt in de wet. Bij de concretisering van die plicht is aan de rechter een uitgebreide motiveringsplicht opgelegd waarbij hij moet aangeven op welke wijze hij rekening heeft gehouden met acht parameters. Levert deze hervorming niet het gewenste resultaat op, dan heeft de minister van Justitie de mogelijkheid om tot het opstellen van alimentatienormen over te gaan. Dergelijke normen bestaan thans niet. Wel zijn door privé-organisaties en personen voorstellen van berekeningswijze opgesteld. Sommige daarvan worden breed gedragen. In Nederland bestaan de Tremanormen, die echter aanleiding geven tot erg ingewikkelde berekeningen. Daarom gaan stemmen op om het beste uit de Tremanormen mee te nemen in een eenvoudige wettelijke berekeningsmethode.⁸

De onderhoudsplicht loopt in België langer door dan in Nederland. In België geldt een onderhoudsplicht totdat het kind zijn hogere studies heeft beëindigd, en hoeft het studieverloop niet vlekkeloos te zijn. Er is een tweede, ja zelfs derde, kans voor slechte studenten, en goede studenten kunnen aanspraak maken op de financiering van aanvullende (buitenlandse) studies. Bovendien heeft het Hof van Cassatie⁹ geoordeeld dat wangedrag, anders dan een slecht studieverloop, het kind niet mag worden aangerekend. In Nederland is de alimentatie gelimiteerd tot 21 jaar en kan aan jongmeerderjarigen wangedrag worden aangerekend.

In beide landen bestaat ten slotte nog geen eenduidige omgang met de berekening van alimentatie in de context van nieuw samengestelde gezinnen.

III OVERKOEPELENDE THEMA'S

§ 1 EMPIRISCH EN MULTIDISCIPLINAIR ONDERZOEK

⁷ Wetsontwerp betreffende het tijdelijk huisverbod in geval van huiselijk geweld, *Parl.St.* Senaat 2011-2012, nr. 5-539/10.

⁸ Zie recentelijk ook B.M. Dijksterhuis en N. Vels, "De mening van alimentatieplichtigen en alimentatiegerechtigden over de berekening van kinderalimentatie", *FJR* 2012, 178.

⁹ Cass. 3 juni 2010, *RWW* 2010-11, 1648, noot F. Swennen.

De laatste jaren groeit het besef van het belang van enerzijds de toepassing van de empirische methode en anderzijds het multidisciplinair onderzoek in het civiel recht onder rechtsgeleerden¹⁰ en zijn er voorbeelden van dergelijk gecombineerd onderzoek.¹¹ Niettemin is in deze bundel nog weinig sprake van die zogenaamde 'civilogie', zowel aan Belgische als aan Nederlandse zijde. ANTOKOLOSKAIA wijst overigens op de onjuiste omgang door beleidsmakers van het tot nu toe beschikbare empirische onderzoek. Aan Belgische zijde bestaat een bijkomend probleem van bevoegdhedenverdeling. De federale, Belgische staat is bevoegd op het gebied van met name het civiel recht. Maar de (cultuur)gemeenschappen, zoals de Vlaamse gemeenschap, zijn bevoegd inzake de zogenaamde bijstand aan personen, waaronder de gevolgen van de toepassing van de federale wetgeving ook vallen. Er is (nog) geen orgaan waarin de beleidsmakers van de diverse niveaus samen worden gebracht.

§ 2 ALTERNATIEVE GESCHILBESLECHTING

In beide landen is *bottom-up* vanuit het veld veel aandacht besteed aan alternatieve vormen van geschilbeslechting. Het gaat voornamelijk om bemiddeling, en in beperktere mate over overlegprocedures (*collaborative law*) en zelfs arbitrage.¹² In België bestaat een wettelijk kader rond de bemiddeling in familiezaken enerzijds en rond de verplichting voor de rechterlijke macht om partijen te wijzen op de mogelijkheden ter zake en op het nut ervan. In Nederland is zulk kader in voorbereiding. Zelfs bij de totstandkoming van het ouderschapsplan wordt bemiddeling thans nog niet gestimuleerd. In geen van beide landen is de poging tot alternatieve geschilbeslechting verplicht gesteld als voorwaarde om een rechterlijke procedure te starten. De beperkte wettelijke aandacht voor alternatieve geschilbeslechting staat in contrast met de toegenomen aandacht voor de (gedwongen) tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten.

§ 3 STATUS VERSUS CONTRACT

Dé – onbedoelde – rode draad die ontegenzeggelijk door alle bijdragen in deze bundel loopt, blijkt de klassieke opdeling status *versus* contract te zijn geworden. Het (internationaal) familierecht behoort tot de domeinen binnen het privaatrecht waar niet het paradigma van de privaatautonomie geldt. Paradoxaal genoeg vindt echter een beweging naar contractualisering plaats, terwijl andere takken van het privaatrecht (consumentenbescherming, huurrecht, enz.) net gaan institutionaliseren. We overlopen nu in welke mate het internationaal familierecht contractualiseert. In verband met die contractualisering zij ook gewezen op de ontwikkelingen op het gebied van de alternatieve geschilbeslechting.

A Internationaal familierecht

De uitgebreide bevoegdheidscatalogus van art. 3 Brussel II *bis* Verordening laat geen (gezamenlijke) keuzemogelijkheid aangaande de echtscheiding zelf toe. In verband met de echtscheidingsgevolgen is er wel voorzien in een beperkte *forum*keuzemogelijkheid voor de alimentatie (artikel 4 Alimentatieverordening) en met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid (art. 12 en 15 Brussel II *bis* Verordening).

De aanwijzing van het *toepasselijk recht* is enkel uitgesloten wat betreft de ouderlijke verantwoordelijkheid (art. 35 WIPR en art. 15-22 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996). Er is een beperkte rechtskeuze op het gebied van de echtscheiding zelf mogelijk (art. 5 lid 1 Rome III Verordening en art. 10:56 lid 2 BW), met betrekking tot alimentatie (art. 7 en 8 Haags Protocol 2007) en wat betreft het huwelijksvermogensrecht (art. 3 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 en art. 49 WIPR).

Kortom, ten aanzien van de echtscheiding en haar gevolgen valt geen duidelijke lijn te trekken.

B Echtscheiding

Ook al is in België in 2007 een zogenaamd 'recht op echtscheiding' ingevoerd, is de echtscheiding, zowel op inhoudelijk als op procedureel vlak, zowel in België als in Nederland, grotendeels onttrokken aan de partijautonomie.

Op *inhoudelijk vlak* zijn de gronden tot echtscheiding limitatief omschreven in de wet. Die gronden hebben uitsluitend betrekking op de huwelijksbeleving. Er is geen minimale huwelijksduur vereist, of een minimale

¹⁰ Bijvoorbeeld W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit, *Civilogie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2012.

¹¹ Bijvoorbeeld recentelijk R. Hemelsoen, *EOT-overeenkomsten. Een empirisch-juridische studie*, Antwerpen, Intersentia, 2012.

¹² Over dit laatste B. Breederveld, "Arbitrage in het familierecht", *FJR* 2012, 57.

leeftijd van de echtgenoten, of nog – zoals vermeld – een voorafgaande bemiddelingspoging. In België is de invulling van de gronden tot echtscheiding betrekkelijk objectief, zodat de beslissing tot echtscheiding minder dan in Nederland een wilsbeslissing is. In Nederland levert het (volhardend) subjectieve verzoek tot echtscheiding kennelijk sneller een echtscheidingsgrond op. Partijen kunnen echter niet overeenkomen dat de wettelijke gronden tot echtscheiding in hun verhouding strikter zouden moeten worden toegepast.

Op *procedureel vlak* is zowel in België als in Nederland een rechterlijke tussenkomst vereist om het huwelijk door echtscheiding te ontbinden. In België kan dit verbazen wat betreft kinderloze huwelijken waar een echtscheiding door onderlinge toestemming mogelijk is. Voorts is de bewijsvoering slechts ten dele aan partijen overgelaten. Zo levert de (gedingbeslissende) eed bijvoorbeeld geen grond tot echtscheiding op.

Als uitzondering op het voorgaande moet de Belgische echtscheiding door onderlinge toestemming worden vermeld, waar zowel de beslissing tot echtscheiding als de echtscheidingsgevolgen tussen de partijen volledig aan de partijautonomie wordt overgelaten behoudens een wettigheidstoets. Over de gevolgen met betrekking tot de kinderen heeft de rechter een marginaal toetsingsrecht. Hij kan nooit een opportuniteitsoordeel maken. Over de echtscheidingsgevolgen bestaat ook daarnaast, zoals hierna vermeld, een zekere partijautonomie, en dit zowel in België als in Nederland.

C Alimentatie na echtscheiding

Zowel in België als in Nederland kunnen (ex-)echtgenoten een alimentatieovereenkomst sluiten, ook al is er nog geen echtscheidingsprocedure ingeleid.¹³ Er bestaat geen eensgezindheid over het antwoord op de vraag of ook *aanstaande* echtgenoten een alimentatieovereenkomst kunnen opnemen in hun huwelijkse voorwaarden. In beide landen is de principiële contractvrijheid wel beperkt, zij het dat uit die beperkingen geen eenduidig beleid blijkt op basis waarvan de overheid een dwingend vangnet zou opleggen.

De vrijheid is het grootst bij de Belgische echtscheiding door onderlinge toestemming. Daar moeten de partijen vóór de indiening van het verzoek een volledig akkoord bereiken over alle echtscheidingsgevolgen. In het bijzonder is een volledige afstand mogelijk van elke alimentatie, en kan rechterlijke bemoeienis zelfs volledig worden uitgesloten (art. 1288 lid 3 BW). De rechter mag in dit verband geen oordeel over de geschiktheid van de gekozen oplossing maken; enkel de wettelijkheid mag hij nagaan. In Nederland kan de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid toch inbreken in de overeenkomst waar hij in beginsel niet bij werd betrokken (art. 1:159 lid 1 en 3 BW).

Bij de Belgische echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting bestaat ook een principiële contractvrijheid (art. 301, § 1 BW), maar hier mag geen afstand van de rechten op alimentatie plaatsvinden voordat de echtscheiding definitief is (art. 301, § 9 BW). Over bedrag en vorm van de alimentatie mag wel worden gecontracteerd. Aan de rechter komt geen opportuniteitsoordeel toe. Het is echter onduidelijk of met afstand ook de *gedeeltelijke* afstand is bedoeld, als gevolg waarvan bijvoorbeeld ook een maximale aanpassing naar boven of beneden (een zogenaamde *cap*) op de uitkering niet mogelijk zou zijn. In Nederland geldt steeds artikel 1:159 BW.

Ná de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting kan in België volledig afstand worden gedaan van alle rechten op alimentatie, met volledige uitsluiting van elke mogelijkheid tot aanpassing door de rechter. Voor Nederland geldt ook hier artikel 1:159 BW. In België is de vervanging van de uitkering door een kapitaal na de echtscheiding steeds aan rechterlijke homologatie onderworpen. Op het eerste gezicht is dat vreemd, omdat een vervanging door een kapitaal minder verregaand is dan een volledige afstand, maar er dus toch een verdergaande rechterlijke controle op is. De verantwoording daarvoor is volgens de wetgever dat de vervanging door een kapitaal voor de uitkeringsgerechtigde moeilijker is te begrijpen dan de volledige afstand.

Samengevat is de Nederlandse ex-echtgenoot die onverstandig heeft gecontracteerd beter af dan de Belgische.

In geen van beide landen *moeten* echtgenoten een minnelijke regeling trachten te bereiken vóór de indiening van een eis tot echtscheiding. PIETERS wijst erop dat in Nederland stemmen opgaan om, naar analogie van het ouderschapsplan, een alimentatieplan verplicht te stellen.

D Huwelijksvermogensrecht

¹³ Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt F. Swennen, “Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus)”, *TPR* 2008, 1287. Vanuit IPR-perspectief: P. Wautelet, “Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten: tussen zekerheid en illusie”, *TEP* 2010, 77.

Zoals vermeld, bestaat zowel in België als in Nederland de mogelijkheid tot koude uitsluiting van een echtgenoot. De analyse van DECLERCK en VERSTAPPEN is bepaald ontmoedigend te noemen voor de koud uitgesloten echtgenoot. In beide landen bestaat immers slechts een minimale correctie van overheidswege op de partijautonomie. In België valt die veeleer toe te schrijven aan leemtes in de wet; in Nederland bestaat een grote rechterlijke terughoudendheid bij de toepassing van bestaande wettelijke mogelijkheden.

Het meeste kans op slagen heeft de koud uitgesloten echtgenoot *in de eerste plaats* wanneer hij wordt geconfronteerd met een terugvordering van een voltrokken vermogensverschuiving in zijn voordeel, die werd gefinancierd met arbeidsinkomsten van de andere echtgenoot. Er staan hem dan een aantal *verweermiddelen* ter beschikking, die verband houden met de bijdrage in de lasten van het huwelijk, vergoedingsrekeningen of nog de natuurlijke verbintenis. *Vervolgens* zou de koud uitgesloten echtgenoot kunnen trachten de koude uitsluiting zelf aan te vallen met een beroep op *gemeenrechtelijke technieken*, zoals de nietigheid wegens wilsgebreken, de aansprakelijkheid van de instrumenterende notaris, de imprevisie of de redelijkheid en billijkheid. De laagste slaagkans heeft de koud uitgesloten echtgenoot *ten slotte* wanneer hij vermogensrechtelijke *aanspraken* zou willen doen gelden, bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking van de andere echtgenoot.

E Ouderlijke verantwoordelijkheid

In verband met de ouderlijke verantwoordelijkheid bestaat een betrekkelijk *grote contractvrijheid* voor ouders, al staat die zowel in België als in Nederland onder een *ex ante* c.q. *ex post* rechterlijk toezicht dat nooit kan worden uitgesloten. Dit toezicht is echter niet eenduidig geregeld. In beide landen moeten ook de *kinderen* in de mate van het mogelijke bij het overleg worden betrokken, al bestaat daarover enkel in Nederland een uitdrukkelijke wettelijke bepaling. In Nederland scheidende ouders moeten in elk geval pogen een (gedeeltelijk) *ouderschapsplan* op te stellen. In België geldt enkel bij echtscheiding door onderlinge toestemming een verplichting om tot een volledig akkoord te komen. Bij de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichtingen hoeven ouders zelfs geen poging tot akkoord te ondernemen. Dat is ook zo voor ongehuwde ouders die scheiden. Met name scheidingsbemiddelaars zullen ouders wel in alle gevallen tot een ouderschapsplan trachten te stimuleren.¹⁴

Wat betreft *het ouderlijk gezag* kunnen enkel Belgische ouders een exclusief gezag overeenkomen; in Nederland kan enkel de rechter eenhoofdig gezag opleggen. Over de andere aspecten van het gezag kunnen wel overeenkomsten worden gesloten.

Wat betreft de *onderhoudsbijdrage* kunnen ouders in beide landen overeenkomsten sluiten over hun respectieve bijdrage tot het levensonderhoud van het kind, dat echter steeds gewaarborgd moet zijn.

IV CONCLUDEREND: VERGELIJKEN LEIDT TOT NIEUWE INZICHTEN

Belgen en Nederlanders kunnen heel wat van elkaar leren op het gebied van het familierecht.

Uit diverse bijdragen in deze bundel is *ten eerste* gebleken dat er nog heel wat ruimte is voor rechterlijke creativiteit. Belgische en Nederlandse praktijkjuristen kunnen die aanmoedigen door uit elkaars rechtssysteem inspiratie te halen over de wijze waarop wetsbepalingen worden toegepast. Bijvoorbeeld valt te wijzen op het woord “*kan*” bij de toekenning van partneralimentatie, of de invulling van de indicaties voor verblijfscoouderschap.

Ten tweede kunnen ook de beleidsmakers van elkaar leren. Het Belgische en Nederlandse systeem hebben elkaar op wetgevend vlak al beïnvloed, recentelijk nog wat betreft de tijdelijke uithuisplaatsing die België ook zal invoeren. Doorheen deze bundel zijn verdere suggesties gemaakt over soms kleine aanpassingen die voor de rechtsonderhorigen een groot verschil kunnen maken. Het gaat bijvoorbeeld om de invoering van de mogelijkheid voor Nederlandse ouders om eenhoofdig gezag overeen te komen.

Ten slotte, en niet in het minst, is een wingebed aan het licht gekomen voor verder gezamenlijk wetenschappelijk onderzoek. *The law in action* in België en Nederland ligt nader bij elkaar dan uit de wettelijke regelingen zou blijken. België kent een strikter wettenrecht, waarbij de beperkte wettelijke mogelijkheid om op grond van redelijkheid en billijkheid te oordelen ruimhartig worden geïnterpreteerd. In Nederland laat de wetgever meer vrijheid aan de rechter, die daar kennelijk terughoudender dan in België mee omspringt. Dit is

¹⁴ Zie ook K. Bastaits, I. Pasteels, C. Van Peer en D. Mortelmans, “Een verplicht ouderschapsplan na echtscheiding? Inzichten vanuit de SIV-studie”, www.relatiesennieuwegezinnen.be (open access) 2011 (1).

bijvoorbeeld gebleken uit de mogelijkheden tot doorbreking van de koude uitsluiting. Nader onderzoek naar het gebruik van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse familierecht zal moeten uitwijzen of deze voorlopige conclusie wordt bevestigd.

Wij zien een aantal uitdagingen voor de toekomst. In het bijzonder is meer empirisch onderzoek nodig naar alle fasen van het familierechtelijke continuüm, met meer aandacht voor conflictpreventie en alternatieve geschilbeslechting dan op rechterlijke afdoening van conflicten. Op rechtsdogmatisch vlak zouden wij, overigens naar het voorbeeld van vele andere Europese landen, het strikte onderscheid tussen partneralimentatie en vereffening-verdeling in vraag moeten durven stellen.

De agenda nemen wij alvast mee in onze toekomstige samenwerking.