



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Europeanisatie van het internationaal privaatrecht: tendenzen tot "liberalisering" van internationaal familierecht

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2004). Europeanisatie van het internationaal privaatrecht: tendenzen tot "liberalisering" van internationaal familierecht. *Tijdschrift@ipr.be*, 52-70. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16148>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16148>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Europeanisatie van het internationaal privaatrecht: tendenzen tot “liberalisering” van internationaal familierecht

* Deze bijdrage vormt een bewerking van een onderdeel van het artikel “Communitarization of International Family Law as seen from a Dutch perspective: what is new ? – A prospective analysis-“, te verschijnen in A. Nuyts (red.), *Transnational civil litigation in the European judicial area and in relations with third states*”, Brussel: Bruylant 2004.

1. Een nieuwe actor in het internationaal familierecht: de EU. Nieuwe bemoeienissen vanuit vrij onverwachte hoek

Vrij onverwachts is een nieuwe actor het domein van regulering van internationaal familierecht (hierna “*ifr*”) binnengetreden. Want, zoals bekend, werden in 1997 door het Verdrag van Amsterdam ophefmakende wijzigingen aangebracht aan het EG-Verdrag. De wijzigingen die het vakgebied van het internationaal privaatrecht (hierna “*ipr*”) betreffen, staan bekend als wijzigingen in de zin van een “europeanisatie van het ipr”. Dit fenomeen van europeanisatie van het ipr kan worden omschreven als het proces waarbij de EU zichzelf, door invoeging van een nieuw artikel 65 in het EG-verdrag, bevoegdheden heeft toegekend om ipr-regels uit te vaardigen, en dit zowel op het vlak van procesrecht (rechtsmacht enerzijds, erkenning en tenuitvoerlegging anderzijds) als op het vlak van toepasselijk recht, kortom voor de ganse ipr-trits.

Dat dit te gebeuren stond, leek de voorbije jaren niet direct voor de hand te liggen, althans voor wat betreft het deelgebied van het ifr. In de EU werd men uiteraard wel geconfronteerd met perikelen van (internationaal) familierecht¹, maar traditioneel stelde de EU zich op dit vlak vrij terughoudend op. In het EG-recht worden wel degelijk familierechtelijke begrippen gehanteerd, maar in het verleden kwam de regeling van familierechtelijke kwesties in de jurisprudentie van het Hof van Justitie slechts zeer incidenteel en zijdelings aan bod – zo sprak het Hof van Justitie zich wel reeds uit over de bewijskracht van vreemde vonnissen waarbij een geboortedatum werd gerectificeerd, over het namenrecht, over alimentatiekwesties ... Maar waar de invulling van het familierechtelijk begrip in EG-verordeningen, samenwerkingsakkoorden en dergelijke werkelijk centraal staat, heeft het Hof zich traditioneel altijd afgehouden van enige bemoeienis met het (internationaal) familierecht van de lidstaten. Met name in Europese regelgeving waarbij aan familieleden van EU-werknemers die zelf hun recht op vrij verkeer uitoefenen afgeleide verblijfsrechten worden toegekend, in andere soortgelijke regelgeving (die soms mede het ambtenarenstatuut betreft), en in regelgeving waar aan familieleden van EU-werknemers of van onderdanen van landen waarmee een samenwerkings- of associatieakkoord werd afgesloten “sociale en economische voordelen” worden toegekend, blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van justitie dat dit hof zich totnogtoe vrij lijdelijk opstelde ten aanzien van ifr van de EU-lidstaten². Wat al

¹ Zie ook A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne, Recueil des Cours, 1992-I, p. 307-308 en p. 351-358 evenals Roth, “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht”, *RabelsZ* 1991, p. 634-636. Zie ook recenter, maar kort, over deze kwestie, K. Siehr, “Family unions in private international law”, *NILR* 2003, p. 419-435.

² Zie met name vooral de uitspraken Diatta (zaak 267/83 (1985) ECR 567), Reed (Zaak 59/5 (1986) ECR 1283) en Singh (C 370/90 (1992) ECR I-4265). Zie ook Hof van Justitie 5 februari 1981, NJ, noot Schultz en de uitspraak Johannes (C-340/97 10 juni 1999; zie voor commentaren bij deze laatste uitspraak: S.

helemaal uit den boze leek, was de vervaardiging van enige regelgeving op dit terrein door de Europese instanties zelf.

Met het verdrag van Amsterdam is daar verandering in gekomen. De Europese instanties willen zich voortaan kennelijk op substantiële wijze bemoeien met het terrein van het ifr. Duidelijk is dat de Europese instanties de voorbije jaren bijzonder ambitieuze plannen zijn gaan koesteren tot unificatie van ifr, sterker nog, de EU is zich gaan *focussen* op unificatie van het ifr – getuige het Actieplan³ en het Ontwerpprogramma⁴. Dát de EU voor zichzelf een grote taak ziet weggelegd op het vlak van unificatie van het ifr is dus duidelijk. Wat de legitimatie is voor deze bemoeienis en welke betrachtingen precies spelen bij het uitoefenen van deze bevoegdheid, is echter minder duidelijk en noopt tot enige opheldering⁵. Onduidelijk is ook of de beleidsmakers bij de totstandkoming van het Verdrag van Amsterdam *van meetaf aan* een ingreep in het ifr, *als deelterrein van het ipr* voor ogen heeft gestaan, en vanuit welk precies perspectief men dan wel dacht in te grijpen in het ifr – gaat het bijvoorbeeld in essentie om het bewerkstelligen van een vrij verkeer van personen dan wel om het bewerkstelligen van een vrij verkeer van vonnissen – en wat is de relatie tussen deze beide ?

2. Het waarom van de EU-bemoeienis met internationaal familierecht: twee mogelijke visies

Welnu, mijns inziens zijn twee visies mogelijk op het waarom van de europeanisatie van het ifr. Stonden dergelijke onderbouwingen en verklaringen van de EU-ingreep de beleidsmakers mogelijk dan al niet van meetaf aan voor ogen, zij zouden desnoods achteraf nog als legitimatie kunnen worden aangedragen én, wat meer is, zij kunnen mogelijk enig inzicht geven in het verdere verloop van het proces van europeanisatie van het ifr. Want, de kwestie van uitklaring van de legitimatie van de EU-bemoeienis moge dan al vrij academisch lijken, een duidelijke visie op het waarom van het proces van europeanisatie van het ifr heeft mijns inziens niet alleen impact op de mogelijke

Francq, “Droit civil, droit familial et droit international privé: un cocktail qui plaît peu à la Cour. Décision de la CJCE du 10 juin 1999”, ZEUP 3/2002, p. 597-610 ; F.Rigaux, “Versorgungsausgleich” and art. 12 EC: discrimination based on nationality and German private international law”, Iprax 2000, p. 287-288 die het heeft over desinteresse van het Hof) en M. Traest, “Internationaal privaatrecht inzake echtscheiding discriminatoir?”, noot onder HvJ 10 juni 1999, Johannes tegen Johannes nr. C-340/97, AJT 1999-2000, p. 619-624. Over de uitspraak-Johannes, zie ook infra, voetnoot 30 en 44.

³ Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd – Tekst aangenomen door de Raad (Justitie en Binnenlandse Zaken) van 3 december 1998, PB C 19, 23 januari 1999, p. 1-15.

⁴ Ontwerp-programma van maatregelen voor de uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB C 12, 15 januari 2001, p. 1-9. De Europese Raad in Tampere had de Raad verzocht een programma vast te stellen specifiek op het punt van wederzijdse erkenning. Vooral op het gebied van het ifr – met als speerpunten de materies van alimentatie en gezag - moet volgens het ontwerpprogramma vooruitgang worden geboekt. Zie ook recent het “Draft Green Paper on Maintenance obligation (2004) 254/1 of 05/04/2004”.

⁵ Zie ook, voor een aangeven van de discussie hierover, met verdere referenties, O. Remien “European Private international law, the European community and its emerging area of freedom, security and justice” CMLR 2001, p.53-86, speciaal p. 74 waar hij ook aangeeft “family law has ever been named as “le vecteur essentiel” for the European juridical area”. Zie hierover ook M. Traest, De Europese Gemeenschap en de Haagse Conferentie voor het internationaal privaatrecht, Antwerpen: Maklu 2003.

legitimatie van welke materies binnen de EU-bevoegdheid vallen⁶, zij kan ook duidelijkheid verschaffen over de *manier* waarop die unificatie best wordt doorgevoerd – én op de vraag of unificatie van ipr-regels volstaat dan wel unificatie op een nog verder vlak - unificatie van regels van materieel familierecht ? unificatie van regels op publiekrechtelijk vlak ? ...- gewenst is. Kortom, enige uitklaring terzake kan inzicht geven in het verloop van het unificatieproces en de richting aangeven waarin de EU in een en ander naar verwachting stelling zal nemen.

2.1. “Vrij verkeer van personen en een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid”⁷

Hamvraag is dan in welke zin precies het vakgebied van het ifr verweven⁸ is met de EU. Probeert men deze vraag te beantwoorden, dan zal allicht als belangwekkend feit worden weerhouden dat de bevoegdheden tot ingreep in het ipr in het EG-verdrag opgesomd staan in de nieuwe titel IV van dit verdrag, met als opschrift “Visa, asylum, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen”. Ook al was het misschien niet de bedoeling dat bevoegdheden inzake ipr op zodanige manier in het EG-verdrag werden opgenomen⁹, mogelijk is de plaats van de bevoegdheden binnen het EG-verdrag hoedanook relevant, al ware het maar ter verdere beargumentering van de EU-bemoeienis met het ifr.

Opmerkelijk is dan wel dat – voor zover ik zie - daar waar totnogtoe in de literatuur aandacht werd gegeven aan de plaats van ipr-bevoegdheden in het EG-verdrag – met name onder titel IV – telkenmale slechts één van de in titel IV opgesomde aspecten van “migratierecht” aandacht krijgt, met name het aspect van “vrij verkeer” – als één van de fundamentele vrijheden van het EG-verdrag. Daarbij wordt dan wel telkenmale gesteld dat het de bedoeling is hindernissen in mobiliteit die ontstaan door diversiteit aan regelgeving op te heffen, al bij al wordt uiteindelijk toch slechts vaag aangegeven op welke wijze precies ifr verbonden is met de fundamentele vrijheid van vrij verkeer van personen.

2.2. Invulling van familierechtelijke begrippen als “voorvraag” en/of bevordering van rechtszekerheid ?

⁶ Enerzijds gaat het dan om de vraag welke materies van familierecht kunnen gereguleerd worden (vooral: kan het enkel “statuskwesies” betreffen, of ook ruimere familierechtelijke materies), anderzijds om de vraag welke ipr-vragen op die domeinen kunnen worden gereguleerd (al dan niet de ganse ipr-trits aan ipr-vragen).

⁷ Zie de terminologie gebruikt in artikel 2 van het verdrag betreffende de Europese Unie en artikel 61 EG-verdrag.

⁸ Over de vraag hoe het criterium van “necessity” in de context van artikel 65 moet worden geïnterpreteerd en toegepast, zie, kort, M. Tenreiro en M. Ekstrom, “Unification of private international law in family law matters within the European Union”, in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 185.

⁹ Zie hierover o.a. sceptisch, Struycken (Interview met MR. A.V.M. Struycken en mr. J.G.A. Struycken, *Ars Aequi* 2001, p. 747 en C. Joustra, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht*, Verslag van de Algemene Vergadering 2003, p. 36. Opvallend is dat door auteurs als Joustra precies gepleit wordt voor een ont koppeling van de regeling in het EG-verdrag van ipr enerzijds, vreemdelingenrecht anderzijds, met name door het onderbrengen van de respectieve materies in aparte titels van het EG-verdrag.

Mijns inziens zou men, als men dan toch de nadruk wil leggen op het aspect “vrij verkeer van personen”, hier – zo stel ik mij voor - in tweeërlei zin kunnen argumentere, waarbij mogelijk ook kan worden gedacht aan een combinatie van beide visies. In essentie gaat het er dan om dat terwijl in de eerste visie de nadruk ligt op het stimuleren van vrij verkeer binnen Europa door invulling op een welbepaalde, eenvormige manier van familierechtelijke termen waar die voor toepassing van EU-recht belangrijk zijn, in de tweede visie de nadruk ligt op het stimuleren van vrij verkeer binnen Europa door het verhogen van, algemeen, « de rechtszekerheid”. Misschien dacht men bij het verdrag van Amsterdam in de eerste plaats aan een uniforme invulling van het familieleden-begrip waar deze terminologie in Europese regelgeving wordt gehanteerd, en kan zodoende mogelijk zelfs betoogd worden dat het de EU bij de europeanisatie van het ipr *in de eerste plaats* om ging het *familierechtelijke* ipr te europeaniseren; misschien ook ging het er eerder om de burger een verhoogde vorm van rechtszekerheid te bieden door uniforme ipr-regels uit te vaardigen – naast het terrein van het vermogensrecht *ook* op het vlak van het ifr. In beide visies zijn aspecten van rechtszekerheid aanwezig, maar in de eerste visie is de “scharnierfunctie” van het ifr – ifr als tussenschakel tussen regels van familierecht en publiekrechtelijke aanspraken - in directe zin aanwezig, terwijl dit niet het geval is in de tweede visie. Ik verklaar me hierna nader.

In de eerste visie zou men er van kunnen uitgaan dat de opstellers van titel IV in wezen een eenvormige invulling van termen van familierechtelijke termen in EU-regelgeving betreffende vrij verkeer van EU-werknemers voor ogen stond. Daarbij zou het dan in eerste instantie gaan om de interpretatie van het gezinsledenbegrip in Verordening 1612/68 – de Werknemersverordening¹⁰. De hypothese in deze visie zou dan zijn dat een uniforme, liberale ifr-interpretatie van deze termen uitoefening van aanspraken op vrij verkeer zal stimuleren: wie, bijvoorbeeld, gehuwd is naar het recht van de ene lidstaat en zodoende meent te vallen binnen de categorie personen bedoeld in de werknemersverordening, hoeft dan niet te vrezen dat de lidstaat waarnaar men wenst te verhuizen de partner niet als “echtgenoot” in de zin van de werknemersverordening zal erkennen. In casu zou het er dan dus om gaan duidelijkheid te verschaffen over wie, vanuit de invalshoek van het ifr bekeken, precies valt onder de termen – zoals ze nu geformuleerd zijn – waarmee familieleden worden aangeduid die een afgeleid verblijfsrecht bezitten. En in eerste instantie zou dan in die materies moeten worden gewerkt aan unificatie van regels van erkénning. Op dit specifieke vlak zou dan meer

¹⁰ Evenals andere regelingen met betrekking tot andere categorieën die zich binnen de EU verplaatsen, zoals studenten en gepensioneerden. Betreffende de vraag of een recht op gezinshereniging ook te baseren is op artikel 18 EG-verdrag, zie hierover recent de conclusie bij HvJ Hacene Akrich (C-109/01 2003-09-23), nr. 54 en 106, met verdere verwijzingen. Zie ook kort infra voetnoot 29 en 43, de recente uitspraak Garcia Avello (HvJ 2003-10-02, C-148/02), waar met name ook een uitlegging werd gegeven aan beginselen van gemeenschapsrecht inzake het Europees burgerschap en vrij verkeer van personen. Zie in deze context ook het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er te verblijven (Com (2001) 257 def., PB C 270E/23, 25 september 2001, p. 150-160 en recentelijk de “Council Common Position of 5 December 2003 on the proposed Directive of the European Parliament and of the Council on the right of citizens of the Union and their family members to move freely within the territory of the Member States (zie http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/citizenship/movement/doc_citizenship_movement_en.htm; in maart 2004 werd deze richtlijn aangenomen door het Europees Parlement).

rechtszekerheid kunnen worden bereikt. Mogelijk kan men in deze visie nog wel iets verder gaan, en bijvoorbeeld ook denken aan invulling van familierechtelijke termen in regelgeving waar het niet gaat om het fundamenteel recht van vrij verkeer van personen, maar om sociale voordelen¹¹, om aanspraken toegekend in associatieovereenkomsten¹² enzomeer – mogelijk zelfs ook in regelgeving als de gezinsherenigingsrichtlijn, waarin toch ook familierechtelijke termen opduiken¹³. De beperking zou dan wel daarin liggen dat unificatie van regels van ifr slechts aan de orde zou kunnen zijn waar deze regels betrekking hebben op termen die in EU-recht zelf opduiken. In wezen gaat het dan om unificatie van regels van ifr – in eerste instantie op het vlak van erkenning - op het vlak van huwelijk en afstamming.

In de tweede visie daarentegen gaat het er in wezen om de rechtszekerheid te bevorderen voor hen die al toegelaten zijn binnen Europa mobiel te zijn¹⁴. De aanname hier is dan dat

¹¹ M.b.t. sociale voordelen en de vraag wie de familieleden zijn aan wie deze voordelen toekomen, zie recent G. Brinkmann, “Family reunification of third-country nationals. Access of family members to social protection benefits”, *European journal of migration and law* 2002, p. 291-308, specifiek p. 292-293 waar hij stelt: “EC law does not recognize a single concept as to the meaning of family member for these purposes. As a matter of principle, it is for the Member States to define who are the relatives of a third-country national or a Union citizen exercising his/her market freedoms provided that such definition cannot be regarded as an obstacle to said freedom. Although the meaning of family members has been specified in secondary Community legislation, such as Article 10 of Directive 1612/68, it, however, refers to the circle of family members entitled to family reunification but not to entitlement of family members to social protection benefits”.

¹² Zie ook in deze context C.A. Groenendijk, noot bij Baumbast (HvJ Baumbast en R., 2002-09-17 C-413/99, JV 2002/466), waar Groenendijk met name als volgt redeneert met betrekking tot de beslissing van het Hof dat het recht op gezinshereniging in art. 10 Verordening 1612/68 niet tot de gemeenschappelijke kinderen is beperkt, maar ook de voorkinderen van één van de echtgenoten omvat – zoals de oudste dochter in het gezin Baumbast. Groenendijk benadrukt vooreerst dat het Hof zich daarbij baseert op de doelstelling van de verordening (de echtgenote zou immers worden belemmerd in haar recht zich bij haar echtgenoot te voegen, als zij haar kind uit een eerdere relatie zou moeten achterlaten) en vervolgens zelf stelt dat deze interpretatie ongetwijfeld ook gevolg zal hebben voor de uitleg van het begrip gezinsleden in bepalingen in associatieregelingen van de EG met derde landen (een dergelijke vraag is overigens met betrekking tot art. 7 Besluit 1/180 van de Associatieraad EEG-Turkije al bij het Hof aanhangig (zaak C-275/02, Ayaz, PbEG 2002, C 261/2). Kan dan, mutatis mutandis, betoogd worden dat ook de ipr-regeling gelijklopend zou moeten zijn ?

¹³ Zie Richtlijn 2003/86/EC van 22 september 2003 van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, PB L 251, 3 oktober 2003, p. 12-18. Voor een analyse van familierechtelijke termen in Europese regelgeving, zie M. Bell, “We are family ? Same-sex partners and EU migration law”, *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2002, p. 335-355.

¹⁴ Over het onderscheid én de wisselwerking tussen aanspraken op mobiliteit dan wel op verblijfsrecht (in een EU-land waarnaar men in eerste instantie wil migreren, in een ander EU-land dan waarheen men in eerste instantie is gemigreerd dan wel in het thuisland zelf van de partner): zie onder andere HvJ Singh (C-370/90 (1992) ECR I-4265) zie ook recent de uitspraak van het Hof Justitie in de zaak Hacene Akrich (C-109/01 2003-09-23), en de conclusie van de advocaat-generaal in deze zaak, speciaal nr. 123. Zie kritisch over Hacene Akrich, de noot van Groenendijk bij deze uitspraak in JV 2004/1, tevens verwijzend naar de zaak “Chen” (C-200/02, PB 2002 C180, p. 12, uitspraak verwacht; de inmiddels verschenen conclusie dateert van mei 2004) evenals recente ontwikkelingen in regelgeving betreffende het recht van vrij verkeer en verblijfsrecht van Europese onderdanen en hun familieleden. Zie hierover ook de “Council common position” (supra voetnoot 10), waarbij géén voorafgaande voorwaarde van verblijfsrecht wordt gesteld). Over de onduidelijkheden van het Hacene Akrich arrest, zie ook H. Oosterom-Staples, “Wanneer is er sprake van misbruik van het recht op het vrij verkeer van personen ? Het arrest Akrich: meer vragen dan antwoorden”, *NTER* 2004, afl. 4, p. 77-83.

eenmaking van regels van ifr op een liberale wijze de uitoefening van aanspraken tot vrij verkeer binnen Europa zal stimuleren, althans beperkingen zal wegwerken: mensen weten dan immers beter wat ze kunnen verwachten in geval van internationalisatie van hun rechtsverhouding door uitoefening van hun recht op vrij verkeer; zij mogen er desgewenst op vertrouwen geen aanspraken op familierechtelijk vlak te verliezen door zich binnen Europa te verplaatsen. In deze visie kan men zich gemakkelijker losmaken van een beperking tot unificatie van regels die betrekking hebben op familierechtelijke begrippen die in EU-recht aan de orde komen en van een beperking tot regeling van de erkenningsproblematiek. Veeleer dan zich te focussen op de kwestie van het afgeleide verblijfsrecht van de familieleden van een EU-werknemer, gaat het hier, veel ruimer, om het stimuleren van mobiliteit door het creëren van een klimaat van rechtszekerheid op familierechtelijk vlak. Het idee is dan dat mensen terughoudender zullen zijn zich van de ene lidstaat naar de andere lidstaat te verplaatsen naargelang zij ofwel vrezen aanspraken te zullen verliezen bij emigratie, ofwel gewoon niet wéten wat zij op familierechtelijk vlak aan wijzigingen van hun rechtspositie kunnen verwachten, daarin inbegrepen zowel de vraag welk recht op hun familiale verhouding toepasselijk zal worden geacht, welke autoriteiten zij zullen kunnen aanspreken, en wat een in het ene land uitgesproken vonnis in een ander land waard is¹⁵. In zoverre in deze visie veel directer dan in de eerste visie elk van de drie ipr-vragen aan de orde komt¹⁶, leent deze visie zich op het eerste zicht tot verantwoording van een veel vergaander manier van unificatie van regels van ifr¹⁷. Wel zou in deze visie mogelijk veel meer dan in de eerste visie de nadruk kunnen komen te liggen op de bewerkstelling van dit streefdoel in intracommunautaire context – al is toch ook, moge al direct worden opgemerkt, denkbaar dat men *ook* in het kader van

¹⁵ Zo wordt dan de aanzet gegeven tot, onder meer, opstelling van liberale regels van rechtsmacht – zodat “liberal access to justice” is verzekerd. Over de vraag of men zich zou kunnen beperken tot uniformisering van ipr-regels, zie onder meer K. Boele-Woelki, “Divorce in Europe: unification of private international law and harmonisation of substantive law”, in H.F.G. Lemaire en P. Vlas (red.), *Met recht verkregen: Bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe*, Deventer: Kluwer 2002, p. 17-28. Mogelijk is vanuit deze optiek zelfs eveneens een impuls te geven tot verdere uniformisering van aanspraken op *publiekrechtelijk* vlak (waarbij direct kan worden opgemerkt dat “unificatie” op het vlak van publiekrechtelijke aanspraken gebaseerd op familieverhoudingen, op een dubbele manier kan worden bewerkstelligd: enerzijds kan worden gedacht aan unificatie in de zin van unificatie van familierechtelijke concepten die worden gebruikt in publiekrecht; anderzijds kan ook worden gedacht aan unificatie in de zin van unificatie van publiekrechtelijke aanspraken zélf).

¹⁶ Al moge al direct worden opgemerkt dat in de eerste visie dan wel de nadruk moge komen te liggen op de invulling van familierechtelijke termen en vandaaruit mogelijk de aandacht veeleer toegespitst wordt op het streefdoel van vrij verkeer van vonnissen – met andere woorden, op unificatie van regels van erkenning en tenuitvoerlegging -, ook in die visie beredeneerd kan worden dat, mede ter verwerkelijking van het streefdoel van vrij verkeer van vonnissen, unificatie van regels van rechtsmacht en toepasselijk recht (dit laatste vooral dan ter beperking van “shopping”) gewenst is. Zie, over de mogelijkheid en wenselijkheid van unificatie van regels van toepasselijk recht inzake echtscheiding, de studie van het Asser-instituut van 2002 (zie http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm)

¹⁷ Zie ook over de vraag wat tot de bevoegdheid van de EU kan horen vanuit het idee van het bevorderen van de rechtszekerheid en het niet-laten verliezen van rechtsaanspraken bij migratie, N. Delthoff, “Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe” in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 37-64, toegespitst op de vraag of uitsluitend ifr of ook materieel familierecht dient te worden geunificeerd. In deze context maakt Dethloff een onderscheid tussen “loss of status or of family –law relationships” enerzijds, “loss of the legal effects of a status or legal relationship” anderzijds.

toepassing van associatieverdragen, de gezinsherenigingsrichtlijn en dergelijke wil werken aan rechtszekerheid.

2.3. Te trekken conclusies uit de Brussel II verordening ?

De eersteling van de EU op het vlak van unificatie van ifr – de Brussel II verordening¹⁸ – is nog voor tweeërlei uitleg vatbaar en leent zich zowel voor ondersteuning van de eerste als de tweede visie. Want Brussel II past in de tweede visie in zoverre middels onderlinge erkenning, binnen de EU, van echtscheidingsuitspraken de rechtszekerheid wordt bevorderd. Tevens past in deze visie het gegeven dat in Brussel II onder omstandigheden ook gezagskwesaties worden geregeld. Maar Brussel II past eveneens in de eerste visie. Want Brussel II gaat dan wel in essentie om de *ontbinding* van een huwelijk, het feit dat een huwelijk ontbonden is beïnvloedt dan toch indirect de familieledenstatus, zij het in negatieve zin voor diegene die een afgeleid verblijfsrecht bezat op basis van dat huwelijk¹⁹ – én maakt de weg open voor het aangaan van een nieuw huwelijk, waarbij een nieuwe partner met afgeleid verblijfsrecht aan de horizon verschijnt²⁰. Gaat men het totstandkomingsproces van Brussel II na, dan blijkt echter eerder toevallig artikel 65 als bevoegdheidsgrond aangegrepen te zijn²¹. Uit Brussel II zijn mijns inziens dan ook, al bij al, geen sluitende conclusies te trekken.

Meer aanwijzing biedt het feit dat de EU te kennen heeft gegeven ook de unificatie van ipr-regels inzake huwelijksvermogensrecht en erfrecht te unificeren²²: deze materies

¹⁸ Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, PB L 160, 30 juni 2000, p. 19-36. De situatie zal wijzigen op 1 maart 2005, wanneer met name de huidige regels vervangen zullen worden door een nieuwe verordening (Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 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 (EG) nr. 1347/2000, PB L 338, 23 december 2003, p. 1-29). Zie voor een voorstelling van recente ontwikkelingen M. Tenreiro en M. Ekstrom, l.c. en, kritisch, D. van Iterson “Het Franse voorstel tot afschaffing van een exequatur voor beslissingen inzake omgangsrecht” en M. Sumampouw, “Voorstel Verordening ouderlijke verantwoordelijkheid: een voorbeeld hoe het niet moet”, beide in H.F.G. Lemaire en P. Vlas (red.), *Met recht verkregen: bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe*, Deventer: Kluwer 2002.

¹⁹ Vermeldenswaard in deze context is wel dat de EU momenteel werkt aan een versteviging van de rechtspositie van gescheiden partners en weduwen/weduwenaars van personen die gebruik maakten van hun recht op vrij verkeer. Zie de initiatieven hieromtrent in het Voorstel van Richtlijn en de Common Position, supra voetnoot 10. Zie ook al voor een aanzet hiertoe in rechtspraak van het Hof, de uitspraken Diatta (267/83 (1985) ECR 567) en Baumbast. (2002-09-17, C-413/99).

²⁰ Zie ook, mutatis mutandis, in niet-Europese context, voor onderkenning van dezelfde koppeling, mijn opmerkingen naar aanleiding van de casuspositie in HR 9 november 2001, zie V. Van Den Eeckhout, “Gelijkheid in het internationaal privaatrecht. Een kritiek op de gangbare structurering van het debat”, *Nemesis* 2003, p. 177-189: van de mogelijkheid tot echtscheiding hing in casu af of de man zijn “tweede” vrouw kon laten overkomen.

²¹ Zie o.a. V. Van Den Eeckhout, “Europees echtscheiden. Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG verordening 1347/2000” in H. Van Houtte en M. Pertegas Sender (red.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 69-102.

²² In het Ontwerp-programma (supra, voetnoot 4) is bijvoorbeeld voorzien dat in de toekomst ook kwesties van rechtsmacht, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake eigendomsrechten voortvloeiend uit scheiden van gehuwde en ongehuwde koppels en betreffende testamenten en erfrecht zullen worden geregeld. Bovendien bevat de Brussel II verordening zelf ook regels inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – en dit zelfs in nog ruimere mate in de nieuwe Brussel II verordening. Tegelijk kan

beïnvloeden alleszins niet rechtstreeks aanspraken op een afgeleid verblijfsrecht als familielid; zij staan veeleer los van verblijfsrechtelijke kwesties; de band met de eerste visie is hier ver te zoeken. Veeleer lijkt een aanpak van deze materies, algemeen, de rechtszekerheid te kunnen bevorderen van hen die reeds aanspraken hebben tot uitoefening van een recht op vrij verkeer. Mijns inziens kan dan ook de tweede visie meest ondersteuning bieden voor de manier waarop de EU zich wenst te bemoeien met het ifr. Ook het Draft Council Report de dato 29 oktober 2001²³ lijkt te wijzen in deze richting.

3. Tendensen tot « liberalisering » in intracommunautaire context - tot op welke hoogte en in welke zin ?

3.1. Liberalisering van (internationaal) familierecht ?

Bewerkstelling van een situatie van “rechtszekerheid” kan geschieden op een manier die enkel een minimum dan wel een maximum aan aanspraken garandeert, en zodoende in meerdere of mindere mate uitdrukking geven aan favor-tendensen²⁴. Het is boeiend te kijken hoe een en ander in het kader van Brussel II is uitgewerkt.

Welnu, uit de manier waarop Brussel II is opgesteld, kunnen mijns inziens volgende bekommernissen van de EU gedistilleerd worden: bevordering van het streefdoel van mobiliteit door verhoging van de rechtszekerheid - rechtszekerheid die op zijn beurt wordt bewerkstelligd door het creëren van een situatie van internationale harmonie. Een eenmalig verkregen echtscheiding wordt naderhand niet terug in vraag gesteld, zodat mensen geen “verworvenheden” verliezen indien zij migreren binnen de EU – hetgeen hen zou ontmoedigen zich te verplaatsen.

Uit nadere bestudering van Brussel II wordt duidelijk dat men zich bij de opstelling van Brussel II in de behartiging van deze streefdoelen tevens heeft laten leiden door het “favor divortii” beginsel²⁵. Dit uit zich enerzijds in de opstelling van regels van

echter wel opgemerkt worden dat verblijfsrechten ook door beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid kunnen worden beïnvloed ...

²³ Speciaal nr. 6 en nr. 14 (“Draft Council Report 13017/01 on the need to approximate Member States’ legislation in civil matters of October 29th, 2001, adopted at November 16th 2001”). Zie ook de toelichting bij het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”) Com (2003) 427 (01) waarbij heel sterk de nadruk wordt gelegd op rechtszekerheid.

²⁴ Niet alleen in de tweede visie, maar ook in de eerste visie kan de EU, in de uitoefening van bevoegdheden op het vlak van unificatie van ifr, een min of meer liberale houding aannemen : bij de zoektocht naar ifr-uniformiteit op het vlak van « oplossing van ipr-perikelen bij invulling van familierechtelijke termen » kan de EU immers een eerder liberale dan wel eerder liberale regeling bewerkstelligen – waarbij de ifr-regeling van het soepelste dan wel strengste EU-land als model zou gaan gelden.

²⁵ Over de manier waarop het favor divortii in Brussel II tot uitdrukking komt, zie V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid”, *Nemesis* 2002, p. 75-88 en V. Van Den Eeckhout, “Nieuw internationaal echtscheidingsprocesrecht: Brussel II”, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2001, p. 69-102. De nieuwe Brussel II verordening voorziet geen wijzigingen in de regeling van huwelijkszaken. Betreffende kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid, pretendeert de nieuwe Brussel II verordening het principe van het belang van het kind in acht te hebben genomen (zie bv. overweging 12 van de verordening “De in deze verordening opgenomen bevoegdheidsregels met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid zijn zodanig opgezet dat zij in het belang van het kind zijn,

rechtsmacht, die uitdrukking geven aan een huldiging van het principe van liberal access to justice. Overigens is géén hiërarchie bepaald tussen de verschillende gronden waarop bevoegdheid kan worden opgenomen. Had men gekozen geweest voor een meer stringente bevoegdheidsregeling, dan had dit allicht het favor-divortii gehalte niet ten goede gekomen²⁶. In de opzet van Brussel II is er blijkbaar niét voor gekozen het aantal bevoegde fora te reduceren – en zodoende een beperking van het access to the courts door te voeren, ook al zou zo forumshopping kunnen vermeden worden. Dit is des te opmerkelijker nu men zich momenteel zelfs nog niet in de fase bevindt dat het conflictenrecht van de lidstaten is geunificeerd, waardoor forumshopping zeer plausibel wordt. De “favor divortii gezindheid” uit zich eveneens in de opstelling van de regels van erkenning en tenuitvoerlegging - onder meer door de soepelheid van erkenning en het aanbieden van “herkansingen” aan wie eerder werd afgewezen in een verzoek tot

en met name beantwoorden aan het criterium van de nauwe verbondenheid. Dit betekent dat de bevoegdheid in de eerste plaats bij de gerechten van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind moet berusten (...). Men zou kunnen betogen dat zodoende de uitwerking van het principe van “liberal access to justice” aan banden is gelegd. Maar, wat ook moge gezegd worden over de uitwerking van het principe van belang van het kind in de verordening, de algemene overtuiging binnen de EU is kennelijk toch dat kinderen er in het algemeen van profiteren als zij worden onderworpen aan een Europese verordening, in het bijzonder dan van het voordeel van het systeem van wederzijdse erkenning: in overweging 5 van de nieuwe Brussel II verordening wordt gesteld “Teneinde de gelijke behandeling van alle kinderen te waarborgen is deze verordening van toepassing op alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, inclusief maatregelen ter bescherming van het kind, los van ieder verband met een procedure in huwelijkszaken”. De gronden van niet-erkenning worden tot een minimum beperkt, zowel in Brussel II als in de nieuwe Brussel II verordening. Bovendien moeten in de nieuwe Brussel II verordening bepaalde beslissingen omtrent het omgangsrecht en bepaalde beslissingen die de terugkeer van het kind met zich brengen in alle andere lidstaten erkend en uitgevoerd worden, zonder dat enige verdere procedure vereist is. Men leze in deze context, over de Brussel II verordening, H.U. Jessurun D’Oliveira, “The EU and a metamorphosis of private international law” in J. Fawcett (red.), Reform and development of private international law: essays in honour of Sir Peter North, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 111-136, speciaal p. 131-132, betogend dat in Brussel II al te veel aandacht is gegeven aan het beginsel van vrij verkeer van uitspraken, met negeren van het belang van het kind. Zie ook over de kwestie van het “belang van het kind” in de nieuwe Brussel II verordening, D. van Itersen en M. Sumampouw, l.c.

²⁶ Immers, nu toch de regels van toepasselijk recht en van materieel recht inzake echtscheiding onderling nog verschillen tussen de lidstaten, zou een sterkere kanalisatie naar deze dan wel gene rechter allicht gepaard gaan met meer beperkingen in de mogelijkheid een echtscheiding te bekomen. Zo zijn ook historisch/rechtsvergelijkend voorbeelden aan te dragen waarbij het bepalen van de volgorde waarin mensen geacht worden de autoriteiten van bepaalde landen aan te spreken – à la limite in de vorm van het exclusief bevoegd maken van de eigen autoriteiten – de mogelijkheden tot echtscheiding aan banden legt. Zie hierover onder andere V. Van Den Eeckhout, “De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?”, Rechtskundig Weekblad 1999-2000, p. 1258-1259 evenals V. Van Den Eeckhout, Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht. Een analyse vanuit de invalshoek van nationaliteitsgemengde partnerrelaties, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 210 e.v. Zie ook, over de regeling waarbij mensen integendeel gedwongen worden hun eigen nationale autoriteiten aan te spreken en de mogelijke negatieve weerslag die dit heeft op de mogelijkheid voor mensen toegang te krijgen tot een bepaald rechtsinstituut, de ervaring met het verdrag van Istanboel (CIEC-overeenkomst inzake verandering van geslachtsnamen en voornamen van Istanboel van 4 september 1958), met het daarin vervatte beginsel van exclusieve rechtsmacht van de nationale autoriteiten, in verhouding tot liberaliserende tendensen inzake transseksualiteit. H.U. Jessurun D’Oliveira (“Weg met exclusieve jurisdictie in het namenrecht”, NJB 1985, p. 1305) noemt dit verdrag “een sta-in-de-weg voor voor nieuwe ontwikkelingen” inzake transseksualiteit. Zie, voor recente ontwikkelingen in andere zin, zie R. Lawson, “In de schaduw van Goodwin”, noot onder Rb. ‘s Gravenhage 14 oktober 2002, NJCM-Bulletin 2003, p. 313.

echtscheiding. Immers, rechterlijke uitspraken waarbij een verzoek om echtscheiding wordt afgewezen vallen buiten het toepassingsgebied van Brussel II, en tegelijk is het onder Brussel II plausibel dat meerdere rechters bevoegd zijn, zodat men desgevallend nog steeds elders kan gaan “herkansen”. Al bij al ademt de manier waarop Brussel II is opgesteld zodoende heel zeker een geest van “liberalisme”.

Brussel II beperkt zich in zijn unificatie van ipr-regels tot unificatie van procesrechtelijke regels. De vraag rijst in hoeverre ook bij de opstelling van regels van toepasselijk recht nog steeds dezelfde bekommernissen en streefdoelen zullen spelen – met name: bekommernissen omtrent wegwerken van belemmeringen van mobiliteit, internationale harmonie, rechtszekerheid, geen verlies van verworven rechten, opstelling van regels die toegang tot het familierechtelijke instituut begunstigen. Welnu, door de manier waarop Brussel II is opgezet, lijkt de bekommernis om het streefdoel van “internationale harmonie” niet langer te moeten spelen in de opstelling van regels van toepasselijk recht: in het erkenningsregime van Brussel II fungeert immers geen conflictenrechtelijke controle. Met andere woorden, in materies waarbij een erkenningsregime is voorzien in de zin van Brussel II, ontstaat kennelijk ruimte regels van toepasselijk recht op te stellen los van bekommernissen omtrent internationale harmonie.

In materies daarentegen waar (nog) niet een dergelijk erkenningsregime voorhanden is, zou mogelijk in de fase van toepasselijk recht veel meer aandacht moeten worden besteed aan opstelling van regels op een manier die tegemoet komt aan het streefdoel van internationale harmonie. Desgevallend zou dan moeten worden nagegaan hoé precies via regels van toepasselijk recht internationale erkenbaarheid best in de hand gewerkt kan worden. Zou dan, zo rijst bij mij de vraag, de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak Gilly²⁷ ertoe kunnen leiden dat in zulke gevallen aanknopng aan de nationaliteit dan wel aan het domicilie van personen het meest aangewezen is, indien mocht blijken dat via het principe van nationaliteitsaanknopng dan wel domicilieaanknopng erkenbaarheid meest bevorderd wordt? Mijns inziens zou, vanuit dit perspectief bekeken, aanknopng aan de nationaliteit het meest winstkansen maken: mij komt het immers voor dat staten nog meest geneigd zullen zijn buitenlandse uitspraken te erkennen indien in die uitspraken het nationale recht van de betrokkenen is toegepast, zeker als het buitenlandse uitspraken betreft waarin hun *eigen* onderdanen zijn betrokkenen.

²⁷ De zaak Gilly (HvJ 12 mei 1998, C-336/96) speelde zich af in een geschil over dubbele belasting omtrent de hantering van het nationaliteitsbeginsel. Voor een analyse van Gilly, mét korte allusie op hantering van het nationaliteitscriterium als aanknopingsfactor in het ifr, zie A.H. van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers: een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. Naar het conflictenrecht toe vertaalt van Hoek de uitspraak in de eis dat de gekozen aanknopingsfactor “redelijk en gebruikelijk” moet zijn. In hoeverre deze dan wel gene aanknopingsfactor in het ipr “een bruikbaar en redelijk criterium” vormt, moet allicht uitgemaakt worden in het licht van het ultieme streefdoel die men aan het ipr toekent: de vraag is immers ter bewerkstelling van welk streefdoel het criterium dan wel bruikbaar en redelijk zou zijn. Eerder onderscheidde ik (V. Van Den Eeckhout, “De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?”, l.c.) twee mogelijke “ultieme legitimaties” van het ipr: bevorderen van situaties van internationale harmonie enerzijds, respect betuigen aan de cultuur van mensen anderzijds. Welnu, het streefdoel van internationale harmonie via het uitvaardigen van regels van toepasselijk recht moet op zijn beurt allicht mede beschouwd worden in het licht van de samenhang met regels van rechtsmacht en erkenning.

Of kan het streefdoel van internationale harmonie niet als enige bekommernis spelen – alleszins niet als primair belang beschouwd worden -, en moet terzake ook aandacht gegeven worden aan andere bekommernissen, die de EU zelf mogelijk ook belangwekkend acht²⁸ – en die ik hierna kort aan de orde zal stellen. Wijzen zij desgevallend in dezelfde of in een andere zin van aanknopingsstelsel ? Vermeldenswaard in deze context is de recente uitspraak Garcia: uit die uitspraak blijkt dat de EU minder geneigd lijkt – althans in de materie van omgang met multipatridie in het internationale namenrecht - te redeneren in functie van overwegingen in de zin van “respect voor cultuur” of “integratie”; minstens, dat deze bekommernissen niet de eerste prioriteit lijken te hebben als zij geplaatst worden tegenover het streefdoel van rechtszekerheid en internationale harmonie in het teken van bevordering van de mobiliteit, of nog, dat “integratie” geïnterpreteerd wordt in die zin dat integratie wordt bevorderd door het wegnemen van problemen op het vlak van mobiliteit en internationale harmonie²⁹.

Voorafgaandelijk wil ik nog volgende opmerking formuleren: verwacht kan worden dat als de EU beslist de ifr-aspecten van een bepaalde familierechtelijke kwestie via verordeningen te reguleren, de EU eerst de procesrechtelijke aspecten zal regelen, en

²⁸ En die, ook in het licht van de Gilly-uitspraak, een legitimatie kunnen vormen om ter behartiging van die bekommernis, de ene dan wel de andere aanknopingsfactor als “redelijk en bruikbaar criterium” te laten ingang vinden. Overwegingen ook die zouden passen binnen de rechtspraak van het EHRM (zie vooral EHRM Gaygusuz t. Oostenrijk (16 september 1996) betreffende de vraag wanneer verschil in behandeling op grond van nationaliteit zou gerechtvaardigd zijn), met name in de zoektocht naar een “objectieve en redelijke rechtvaardiging”.

²⁹ Zie ook de reactie van de advocaat-generaal en het Hof zelf op het argument van de Deens redenering dat geen verschil in behandeling zou mogen worden gemaakt tussen multipatriden en nationale onderdanen omdat een gelijke behandeling integratiebevorderend zou werken. (Vraag in casu was of de weigering van de Belgische autoriteiten om af te wijken van de Belgische regel, die voorrang geeft aan het Belgische naamrecht indien betrokkenen ingeval van meervoudige « lidstaat-nationaliteit » ook de Belgische nationaliteit bezitten, in strijd is met het discriminatieverbod zoals vastgelegd in de artikelen 12 en 17 van het EG-verdrag ? Het Hof beantwoordde de vraag positief. Interessant omtrent hoe “integratie” in EU-context moet worden bekeken zijn ook de opmerkingen van de advocaat-generaal in de conclusie bij Hacene, nr. 79, evenals de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Garcia Avello (2003-10-02 C-148/02) , waar hij met name (nr. 72) stelt: “I would moreover take issue with the argument that the principle of non-discrimination seeks essentially to ensure the integration of migrant citizens into their host Member State. The concept of “moving and residing freely in the territory of the Member States” is not based on the hypothesis of a single move from one Member State to another, to be followed by integration into the latter. The intention is rather to allow free, and possibly repeated or even, continuous, movement within a single area of freedom, security and justice”, in which both cultural diversity and freedom from discrimination are ensured”. In de zaak Garcia Avello, werd artikel 12 gebruikt om een *verschil* in behandeling tussen “Belgische” onderdanen en “Belgisch-Spaanse” onderdanen te verantwoorden (zie vooral overwegingen nr. 34, 36 en 37). Over de kwestie van overwegingen inzake “integratie”, “respect voor cultuur” en “mobiliteit” in ipr, zie ook V. Van Den Eeckhout, De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde paren. De impulsen van de confrontatie van het I.P.R. met “gemengde” partnerrelaties voor de ontwikkeling van het conflictenrecht, Proefschrift KULeuven 1997 (sterk aansluitend bij de visie van het HvJ) en V. Van Den Eeckhout, “De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en materieel recht”, l.c., waar ik onderscheidde tussen respect voor “rechtscultuur van een Staat” enerzijds (over de kwestie van het respect voor *verboden* in vreemd recht, zie ook infra, o.a. voetnoot 40 e.v.), respect voor “cultuur van een individu” anderzijds. Zie hierover ook nog infra, voetnoot 49.

vervolgens de aspecten van toepasselijk recht. Zijn reeds regels van erkenning voorhanden en is daarmee het argument van bewerkstelling van ipr-regels vanuit het streefdoel van internationale beslissingsharmonie “uitgespeeld”, dan rijst wel nog de vraag op basis van welke argumenten dan nog een gepaste regeling van toepasselijk recht moet worden uitgevaardigd – of op basis van welke argumenten het Hof van Justitie, desgevraagd, een nationale regeling van toepasselijk recht op haar merites zou beoordelen. In de hypothese dat (nog) géén regels van erkenning zijn opgesteld, lijkt het mij toch niet ondenkbaar dat het Hof van Justitie gevraagd zou worden zich te buigen over (nationale) regels van toepasselijk recht³⁰. In zo’n situatie zou allicht wél nog het argument van bewerkstelling van internationale harmonie via regels van toepasselijk recht kunnen spelen, én zou de vraag rijzen hoe dit belang zou moeten worden afgewogen tegenover eventuele andere belangen.

Welnu, zeker in materies waar het streefdoel van internationale harmonie reeds wordt bewerkstelligd langsheen de uitbouw van een erkenningsregime³¹, rijst dus de vraag welke mogelijke andere bekommernissen nog ter harte zouden moeten genomen worden bij opstelling van regels van toepasselijk recht. Ligt, eens een situatie van internationale harmonie is verzekerd langsheen erkenningsregels, de weg open voor uitbouw van eender welk aanknopingsstelsel, waarbij geheel en al geredeneerd kan worden in termen van “integratie” en “respect voor cultuur”³² of zijn er andere “Europeesrechtelijke”

³⁰ Zie ook infra, voetnoot 44, omtrent de Johannes-uitspraak (C-430/97 1999-06-10). Ook in de hypothese dat er geen Europese regels inzake erkenning zouden bestaan, zou het ook niet onredelijk te zijn te veronderstellen dat het Hof van Justitie gevraagd zou worden zich uit te spreken over *nationale erkenningsregels*. In dergelijke evaluatie door het Hof van Justitie van nationale regels inzake erkenning – zoals ook in de evaluatie van nationale regels inzake toepasselijk recht – zouden overwegingen naar voren kunnen komen zoals bestrijding van fraude, de bekommernis een systeem te creëren dat niet-discriminerend is op basis van nationaliteit, bv. door de creatie van een systeem van “conflictenrechtelijke toetsing” (zie hierover, in de context van Belgische regels inzake erkenning van echtscheidingen, V. Van Den Eeckhout, De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde paren. De impulsen van de confrontatie van het I.P.R. met “gemengde” partnerrelaties voor de ontwikkeling van het conflictenrecht, Proefschrift KULeuven 1997, p. 612-617. Zie in deze context ook, betreffende *Europese* regels inzake erkenning van echtscheidingen, artikel 18 van de Brussel II verordening, betreffende “verschillen in toepasselijk recht”, stellend “De erkenning van een beslissing ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk kan niet worden geweigerd omdat zij volgens de wet van de aangezochte lidstaat niet op dezelfde gronden gegeven had kunnen zijn”. Over het verwijt van discriminatie op basis van nationaliteit in de *Europese rechtsmachtsregelen* van de Brussel II verordening, zie H; Tagaras, “Questions spéciales relatives à l’unification communautaire du droit international privé de la famille”, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l’Université Libre de Bruxelles 2003, p. 460-462 en de referenties in V. Van Den Eeckhout, “Europees echtscheiden”, l.c., p. 85 voetnoot 64 en 65.

³¹ En in andere materies rijst dus de vraag of andere bekommernissen mogelijk in dezelfde dan wel een andere zin wijzen dan hetgeen aangewezen lijkt als men het streefdoel van internationale harmonie nastreeft.

³² Waarbij, over de manier waarop deze streefdoelen best bewerkstelligd worden, in de doctrine al verschil in mening is opgedoken: zo werd vanuit dit perspectief zowel al gepleit voor aanknopning aan het recht van domicilie (zie o.a. M. Traest, l.c., met verwijzing ook naar Lenaerts en Van Hecke) als aan het recht van de nationaliteit (zie bv. A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne”, *Recueil des Cours*, 1992-I, p. 355). Struycken betoogt: “Le respect de l’identité nationale empêchera la Communauté de dénier aux Etats membres le droit de préférer, en principe, pour des motifs respectables le rattachement à la loi nationale, du moins pour leurs propres ressortissants”.

bekommernissen die in rekening moeten worden gebracht en desgewenst nog een en ander kunnen sturen ?

Hoger noemde ik al de bekommernis³³ mensen geen verworven rechten te laten verliezen bij migratie: allicht moet deze bekommernis als bijzonder zwaarwegend worden beoordeeld, nu toch de redenering zal zijn dat het besef dat ingeval van migratie aanspraken die men voorheen had zullen verloren gaan, mensen er wel eens van zouden kunnen weerhouden hun recht op mobiliteit uit te oefenen. Wat dit laatste punt betreft, acht ik het mogelijk in deze context enige analogie te maken met overwegingen die het Hof van Justitie eerder formuleerde in andere materies. Zo bijvoorbeeld zijn, mutatis mutandis, betreffende het uitgangspunt dat mensen geen aanspraken mogen verliezen, de overwegingen die speelden in de recente uitspraak Hacene³⁴, in casu met betrekking tot verblijfsrechtelijke aspecten, mogelijk relevant: zowel in het arrest zelf als in de conclusie van de advocaat-generaal wordt beredeneerd hoe men kan vermijden dat mensen ontmoedigd worden te migreren indien zij menen risico te lopen rechten te verliezen.

Wat betreft de problematiek van opstelling van regels van toepasselijk recht vanuit voornoemde bekommernis kunnen mijn inziens de volgende opmerkingen worden gemaakt. Vooreerst is het allicht zo dat behartiging van deze bekommernis allicht als één van de grootste redenen³⁵ kan doorgaan om überhaupt regels van toepasselijk recht te uniformiseren³⁶. Vervolgens rijst uiteraard de vraag hoé precies, beschouwd vanuit deze

³³ Die deels wel samenhangt met, en soms zelfs samenvalt met, bekommernis om internationale harmonie. Zo kan al worden opgemerkt dat ter bewerkstelling van het streefdoel van internationale harmonie unificatie van erkenningsregels veelal een noodzakelijke én voldoende voorwaarde blijken, terwijl ter bewerkstelling van het streefdoel van niet-laten-verliezen-van-aanspraken unificatie van erkenningsregels allicht wel een noodzakelijk, maar geen voldoende voorwaarde is.

³⁴ Hacene Akrich C-119/01 2003-09-23. Over Hacene Akrich, zie al supra voetnoot 10 en 14.

³⁵ Tenzij men “verkregen rechten” en/of de bekommernis om het verlies van rechten te vermijden in een zeer strikte betekenis zou begrijpen, met name in die zin dat de rechten die beschermd zouden moeten worden alleen betrekking kunnen hebben op *rechterlijke uitspraken* (aanspraken die al voor de rechter zijn gebracht) en geen “recht” of “regels” als zodanig (aanspraken waarop men zich kan beroepen, maar waarop men zich nog niet daadwerkelijk heeft beroepen). Voor discussies over “verkregen rechten”, zie bv. I. Joppe, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, Arnhem: Gouda Quint 1987, 360 p. evenals A.V.M. Struycken, “’s Lands wijs ’s lands eer (afscheidscollege KUNijmegen 31 augustus 2001, KUNijmegen 2001, 41 p. In deze hypothese, zou er mogelijk ook meer ruimte zijn om te pleiten voor unificatie van regels van toepasselijk recht via het hanteren van het domicilie als aanknopingsfactor, of via het systematische toepassen van de *lex fori*. Wel kan hier al direct worden opgemerkt dat bij domicilie-aanknopning wel forum shopping kan worden bestreden, bij aanknopning aan de *lex fori* niet. Bovendien zou hantering van het domiciliecriterium tot de volgende situatie leiden: alleen als men zou verhuizen naar een Lidstaat met een liberaler familierecht, zou unificatie van regels van ifr een “liberaliserend” effect hebben (in de tegenovergestelde situatie zou de persoon die de rechter aanspreekt vooraleer te verhuizen beter af zijn dan diegene die dat niet doet); de discussie over de vraag of de “Staat van oorsprong” vervolgens gedwongen zou zijn te erkennen wat in de “Staat van verblijf” verkregen is, is zeer gelijkaardig aan de verder weergegeven discussie.

³⁶ Zie, voor een analyse van de noodzaak van uniformisering van regels van toepasselijk recht vanuit het idee dat bij gebrek aan uniformiteit terzake mensen ingeval van migratie rechten zouden kunnen verliezen, Delthoff, (N. Delthoff, l.c., p. 37-64, specifiek p. 52 waar zij stelt: “Only unified rules on conflict of laws can ensure internationally uniform decision-making so that a status existing in one state, whether created by operation of law or based on a court decision, remains in effect in another”. *Volgens het Actieplan* moet aan

invalshoek, regels van toepasselijk recht best geuniformiseerd worden. Beseft moet immers worden dat niet eender welke vorm van uniformisering er voor garant kan staan dat mensen ingeval van migratie geen rechten verliezen. Zo zou een algehele aanhang aan het domicilie-beginsel toch een verlies aan rechten kunnen meebrengen, precies doordat de aanknopingsfactor “domicilie” na migratie een andere invulling krijgt en zo andere regels toepasselijk kunnen worden – hetgeen een verlies aan rechten kan impliceren³⁷. Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt ten aanzien van aanknopingsaan de *lex fori*³⁸. Al bij al lijkt het voorgaande nog het meest te doen neigen naar aanknopingsaan de nationaliteit, vooral als onderdanen van een lidstaat van hun “thuisland” verhuizen naar een andere lidstaat³⁹. Zodoende kan, enigszins op paradoxale wijze, betoogd worden dat verschil in behandeling van EU-onderdanen op basis van nationaliteit de beste manier

de eenmaking van het conflictenrecht inzake echtscheiding worden gewerkt om *forum shopping* te vermijden. Dethloff focust ook op de behoefte “a race to the court” te vermijden – een situatie die de gelijkheid tussen partijen zou bemoeilijken – in haar pleidooi voor unificatie van regels van toepasselijk recht. Zie ook, over de bekommernis *forum shopping* evenals “a race to the court” te vermijden, M. Jantera-Jareborg, “Marriage dissolution in an integrated Europe”, *Yearbook of private international law*, 1999, in het bijzonder over de noodzaak tegelijk bijkomende “*ancillary claims*” te uniformiseren als men vanuit dit perspectief redeneert. Zie ook recent, in het internationaal vermogensrecht, de argumentatie in de toelichting bij het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”) Com (2003) 427 (01), waar na het aanhalen van de kwestie van *forum shopping* wordt gesteld (p. 7-8): “De harmonisatie van de collisioneregels vergemakkelijkt daarenboven de uitvoering van het beginsel van de wederzijdse erkenning van gerechtelijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Het Programma inzake wederzijdse erkenning voorziet immers in de vermindering en op termijn zelfs de afschaffing van intermediaire maatregelen bij de erkenning van een in een andere lidstaat gewezen beslissing. Voor de afschaffing van alle intermediaire maatregelen is een zeer groot wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten vereist, dat enkel kan worden gerealiseerd indien de gerechten van de lidstaten op gelijke gevallen dezelfde collisioneregels toepassen.”

³⁷ Dit wordt ook onderkend door Delthoff, l.c., p. 52: “(...) even if the rules on conflict of laws are unified, a loss of legal positions can arise with a change in residence. Such a loss of legal position will always occur where the connecting factor is not immutable, but where the applicable law is based on the habitual residence in question”. Delthoff gaat terzake niet in op de hypothese dat dergelijke nieuwe invulling “winst” oplevert. De primaire bekommernis lijkt hier immers te liggen in het verzekeren aan de betrokkenen dat zij hun oude aanspraken behouden – hetgeen in geval van domicilie-aanknopingsaan niet het geval is. Zie wel, over het verwerven van nieuwe aanspraken ingeval van migratie – en de vraag of die aanspraken ook bij nieuwe migratie of terugkeer naar het thuisland kunnen afgedwongen worden, *infra*.

³⁸ Mogelijk zou hier nog kunnen geopperd worden dat zolang maar de rechters bevoegd zijn van zowel het recht waarnaar de betrokkenen zijn gemigreerd als het thuisland, er geen verlies van rechten hoeft te zijn ingeval van aanknopingsaan de *lex fori*: in dit geval zou het de betrokkenen immers vrijstaan hun eigen autoriteiten aan te spreken om op deze manier de aanspraken die men onder het recht van het thuisland had te gelde te maken – waarna het land van verblijf de nieuw gecreëerde situatie zou moeten erkennen. Eén bezwaar hiertegen is alvast dat men zo die aanspraken alleen in het bereik stelt van mensen die het zich kunnen veroorloven naar het thuisland te gaan om daar te procederen – een situatie die de *facto de access to justice* zou verminderen en mogelijk zelfs als een soort van “klassejustitie” zou bestempeld kunnen worden: zou men immers ook niet de “service” moeten krijgen in het nieuw land van verblijf die rechten te kunnen afdwingen?

³⁹ Betoogd zou kunnen worden dat bij het zodanig opstellen van *ifr*-regels, uitwerking zou worden gegeven aan het “beginsel van wederzijdse erkenning” – vaak begrepen als een voorkeur voor de wetgeving van de Lidstaat van oorsprong. Zie, voor een recente bespreking van het beginsel van wederzijdse erkenning – in het bijzonder omtrent de vraag of het beginsel van wederzijdse erkenning ook zou kunnen functioneren als een verborgen regel van toepasselijk recht –, M. Fallon en J. Meeusen, “Private international law in the European Union and the exception of Mutual recognition”, *Yearbook of private international law* 2002, p. 37-66. Zie ook M. Traest, o.c.

zou zijn om belemmeringen inzake vrij verkeer te verwijderen en zodoende het principe van vrij verkeer te bewerkstelligen.

Maar, gesteld nu dat een analyse vanuit de invalshoek van “vermijden van verlies aan rechten” zou wijzen op aanknoping aan de nationaliteit, duikt een volgende vraag op: moet men dan ook zover gaan ten alle prijze *verboden* die in het nationaal recht fungeren te respecteren ? Wordt hier dan mogelijk toch weer een rem gezet op het liberaliseringsproces van het ifr zoals de EU daartoe aanzet leek te geven, doordat men zeer strikt redeneert dat het er louter en alleen om gaat een situatie te bewerkstelligen waarbij men niet minder – maar ook niet meer – rechten toekent dan degene die in het thuisland konden worden verkregen⁴⁰ ? Zo gesteld zou strikte handhaving van het nationaliteitsprincipe, waarbij mensen desgevallend “veroordeeld” worden tot toepassing van hun nationale recht met alle daarin gehuldigde verboden en beperkingen, wel eens in strijd kunnen komen met favor-tendensen en tendensen tot liberalisering van Europees ifr – tendensen die toch ook tot uitdrukking kwamen bij Brussel II. Moet dan misschien gewerkt worden aan een meer favor-gericht aanknopingsstelsel, alleszins een aanknopingsstelsel dat de voordelen van nationaliteitsaanknoping - geen verlies aan aanspraken in geval van migratie – *combineert* met een mogelijkheid ook favor-tendensen tot uitdrukking te laten komen ?

Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van de ipr-perikelen inzake geregistreerde partnerschappen en homohuwelijken – materies op welk vlak vooralsnog géén Europese regels van erkenning zijn uitgevaardigd. In de Belgische ipr-regeling inzake homohuwelijken zoals geldend *voor* de ipr-codificatie⁴¹ wordt met name de

⁴⁰ Ingeval van ontbreken van erkenningsregels – waardoor het streefdoel van internationale harmonie sterker naar voren komt bij uitvaardiging van regels van toepasselijk recht - zou dan geredeneerd worden dat men alleen zo internationale harmonie kan bereiken.

⁴¹ Voor een uiteenzetting terzake, zie M. Pertégas Sender, “Huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in België: internrechtelijke en internationale implicaties” in P. Senaevé en F. Swennen (red.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen: Intersentia 2003 evenals P. Wautelet, “Note sur l’ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe”, te raadplegen in het elektronisch tijdschrift tijdschrift@ipr.be 2004 (1), p. 97-105 (www.ipr.be). Hierbij moet al onmiddellijk worden opgemerkt dat, met de publicatie van een nieuwe omzendbrief, in januari 2004 de Belgische praktijk was veranderd (zie de omzendbrief van 23 januari 2004, Belgisch Staatsblad 27 januari 2004 (eveneens te raadplegen in tijdschrift@ipr.be), met regels inzake toepasselijk recht en erkenning). Zie hierover ook T. Robert, “Het opengestelde huwelijk”, RW 2003-2004, p. 1210-1214. Aangaande de kwestie van toepasselijk recht, is langsheen het gebruik van het beginsel van “exceptie van openbare orde” een systeem gevestigd dat gelijkaardig is aan het Nederlandse wettelijke systeem ! Zodoende, is de Belgische praktijk gewijzigd in een veel liberaler systeem dan oorspronkelijk het geval was. Niettemin is het nog steeds boeiend het Belgische wettelijke stelsel te bestuderen, zowel beschouwd vanuit het perspectief van het bestuderen van een “typische Europese case-studie” (het Belgische wettelijke systeem blijkt niet “uniek” te zijn in de manier waarop wordt omgegaan met ipr-vragen omtrent nieuwe vormen van familielevens, zie ook het rechtvergelijkend onderzoek van K. Waaldijk, “Major legal consequences and procedures of civil marriage, registered partnership and informal cohabitation for different-sex partners in nine European countries, te verschijnen. Dit onderzoek verschaft overigens tevens informatie over de Belgische omgang met ipr-vragen omtrent geregistreerde partnerschappen en buitenhuwelijks samenwonen) als vanuit het perspectief van ontwikkelingen in het Belgische wettelijke ipr (met de introductie van de omzendbrief is dan wel een administratieve wijziging bewerkstelligd, maar de vraag rees hoe de Belgische wetgever in de toekomst in deze materie zou reguleren. Welnu, in de op 1 juli aangenomen tekst van codificatie van het ipr wordt in artikel 46 gesteld “Onder voorbehoud van artikel 47

nationaliteitsaanknoping gehanteerd – met als consequentie dat daardoor de toegang tot het instituut van het homohuwelijk sterk wordt beperkt. Welnu, is de Belgische regeling te beschouwen als een regeling die aansluit bij EU-bekommernissen, en is het verschil in behandeling op basis van nationaliteit die in die regeling wordt doorgevoerd te legitimeren op basis van overwegingen inzake bewerkstelling van internationale harmonie en geen-verlies-van-aanspraken⁴², zo rijst de vraag⁴³ ? Of is toch wel degelijk sprake van discriminatie naar nationaliteit⁴⁴, bekeken vanuit het oogpunt dat het niet

worden de voorwaarden voor de geldigheid van het huwelijk voor elke echtgenoot beheerst door het recht van de Staat waarvan hij bij de voltrekking van het huwelijk de nationaliteit heeft. Een bepaling van het door het eerste lid toepasselijk verklaard recht, die het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt, is niet van toepassing indien een van de personen de nationaliteit bezit van een Staat waarvan het recht een dergelijk huwelijk toestaat of op het grondgebied van een dergelijke Staat zijn gewone verblijfplaats heeft”). In deze context, is het ook vermeldenswaard de opmerkingen van P. Wautelet weer te geven: Wautelet schijnt, in beginsel, open te staan voor een systeem als het Nederlandse, maar betoogt dat als men zoekt naar een geschikte aanknopingsfactor, men wel rekening zou moeten houden met het feit dat huwelijkswetgeving gekoppeld is aan migratie: “(...), il ne faut pas oublier que le mariage a des conséquences dans bien des domaines du droit, notamment sur les droits des époux en matière de sécurité sociale et de titre de séjour. Ces conséquences doivent être prises en compte pour déterminer quelles attaches sont nécessaires pour permettre l’application du droit belge”.

⁴² Onderdanen van landen die zelf het homohuwelijk kennen, kunnen immers in België nog steeds aanspraak blijven maken op toegang tot dit instituut, terwijl onderdanen van landen die het homohuwelijk niet kennen, daar in België evenmin aanspraak op kunnen maken. Analoog met de Hacene-uitspraak zou hier à la limite geredeneerd kunnen worden dat mensen die afkomstig zijn uit landen waar homohuwelijken verboden zijn, niet ontmoedigd zullen worden zich te verplaatsen naar een land waar hen op basis van hun nationaliteit toegang tot het instituut van het homohuwelijk wordt ontzegd, gezien zij die aanspraak toch al niet bezaten in het land van herkomst. Moet hier strikt geredeneerd worden op basis van – enkel en alleen “niet-verlies van reeds verkregen rechten” of mag integendeel van de EU een pro-actievere houding verwacht worden waarbij de EU zelf bereidheid toont zonodig rechten te “creëren” ? Zie bv., mutatis mutandis (in casu op het vlak van verblijfsrecht), de strikte redeneertrant in Hacene Akrich inzake artikel 10 van de Werknemersverordening, tegenover de dynamiek die wordt gecreëerd in het Carpenter-arrest (C-60/00 2002-07-11, waarbij artikel 49 EG-verdrag geïnterpreteerd wordt in het licht van het EVRM). Omtrent ervaringen in het ipr met “aanspraken in negatieve zin” – tegen liberaliseringstendensen in - van de ene partij tegen de andere, met name omtrent ervaringen in het ipr met de situatie dat partijen vooreerst gehuwd zijn onder toepasselijkheid van een rechtsstelsel dat echtscheiding verbiedt, er naderhand nationaliteitswijziging plaatsvindt en vervolgens de ene partij betoogt voorlegt op basis van het “oude recht” aanspraak te hebben op de overbreikbaarheid van de huwelijksband, terwijl de andere partij betoogt van meetaf aan aanspraak te hebben op echtscheiding, zie V. Van Den Eeckhout, De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners, o.c.

⁴³ Verschil in behandeling op basis van nationaliteit omwille van het streefdoel van de internationale harmonie lijkt, zoals hoger (supra, voetnoot 29) al aangegeven in lijn te liggen met de uitspraak-Garcia. Betreffende de eventuele reserves die op dit vlak dan wel moeten worden gemaakt, zie infra.

⁴⁴ Vermeldenswaard in deze context is ook de uitspraak Johannes (zie al supra, voetnoot 2 en 30), waarbij het Hof oordeelde dat artikel 6 EG-verdrag (thans, na wijziging, artikel 12 EG) er niet aan in de weg staat dat het recht van een lidstaat dat, met de nationaliteit van de echtgenoten als aanknoping, de gevolgen van de echtscheiding van een ambtenaar van de Gemeenschappen en zijn ex-echtgenoot regelt, ertoe leidt, dat deze ambtenaar op grond van zijn nationaliteit zwaardere lasten te dragen krijgt dan een ambtenaar van een andere nationaliteit die in dezelfde situatie verkeert. Traest (M. Traest, l.c.) geeft in zijn commentaar bij deze uitspraak aan dat de kwestie nu, na de inwerkingtreding van het verdrag van Amsterdam met de daarin vervatte bevoegdheidsregeling inzake ipr, mogelijk wél beoordeeld zou worden als vallend binnen de werkingssfeer van het Hof, en mogelijk ook anders zou worden beoordeeld in die zin dat nu mogelijk wél discriminatie zou worden weerhouden, bv. ook als men de Belgische Wet-Rolin inzake internationale echtscheidingen (waarin verschil in behandeling op basis van nationaliteit plaatsvindt) zou evalueren. Zie ook M. Fallon, noot bij Johannes, Revue trimestrielle de droit familial 2000, p. 247-249.

gerechtvaardigd is puur op basis van nationaliteitscriteria de ene persoon wél, de andere persoon níet toegang te geven tot dit familierechtelijk instituut, en moet meer favor gericht gedacht worden⁴⁵? Denkbaar is dat het principe van verbod van discriminatie naar nationaliteit op dusdanige manier wordt begrepen dat een zuivere nationaliteitsaanknoping niet door de beugel kan – of nog, dat men toegang tot het instituut van het homohuwelijk als een te dermate te begunstigen rechtsinstituut – mogelijk zelfs als een “mensenrecht” – beschouwt⁴⁶, hetgeen allicht zou impliceren dat sowieso nationaliteitsaanknoping moet kunnen worden gecorrigeerd indien het nationale recht zelf niet de rechtsfiguur van het homohuwelijk kent – zoals recentelijk ook is gebeurd langsheen de introductie van een nieuwe circulaire, waarbij gebruik wordt gemaakt van het concept “exceptie van internationale openbare orde” om de nationaliteitsaanknoping te verzachten, én naar de toekomst toe met artikel 46 van het Wetboek tot codificatie van het Belgische internationaal privaatrecht het geval zal zijn. Kennelijk was men in Nederland van meetaf aan gevoeliger voor dit laatste type argumenten. Alleszins is de Nederlandse regeling terzake veel “liberaler” te noemen dan het oude Belgische systeem: mensen die in het land van herkomst aanspraak hadden op het aangaan van een huwelijk, behouden deze aanspraak ook in Nederland, maar de categorie mensen die toegang heeft tot dit instituut wordt ruimer bepaald. Het feit dat een

⁴⁵ Over de hypothese dat géén erkenningsregels voorhanden zijn en men nationaliteitsaanknoping zou bepleiten vanuit het motto van “respect voor internationale harmonie”, betoogde ik zelf eerder dat een absolute aanknoping aan de nationaliteit – zonder enige mogelijkheid tot correctie – discriminerend zou zijn; ik betoogde daarbij dat huldiging van het beginsel van internationale harmonie niet alleenzaligmakend is, en dat absolute aanhang aan het nationaliteitsbeginsel ook onevenredig zijn ten aanzien van het doel “fraude” te vermijden. Zie, mutatis mutandis met betrekking tot geregistreerde partnerschappen V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, o.c. Die analyse was vooral georiënteerd op de “niet-europese context”, maar nu rijst de kwestie ook zeer duidelijk in “europese context”.

⁴⁶ Zie, recent, EHRM Karner 24 juli 2003, 40016/98, EHRC 2003/83, met noot J. Gerards. Zie ook de bijdrage van O. Lassoie, redenerend vanuit het principe van artikel 12 EVRM en vanuit deze invalshoek pleitend voor de constructie van liberale regels van toepasselijk recht. Zie ook, mutatis mutandis, de uitspraak van het Duitse grondwettelijke hof van 4 mei 1971 (waarover ook meer in V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, o.c., p. 300-301) en waarbij in casu het argument van huwelijksvrijheid, zijnde een grondrecht, werd ingeroepen dat het argument van bewerkstelling van internationale harmonie vermocht opzij te schuiven. Zie in deze context ook D. Van Grunderbeeck, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 201, waar zij met name stelt dat indien de sluiting van een huwelijk aanknopingspunten heeft met meerdere nationale rechtsstelsels, de verwijzing naar de nationale wetten in artikel 12 EVRM er zich niet tegen verzet dat met toepassing van ipr-regels die integraal deel uitmaken van het nationale recht van de betrokken Staat, vreemde wetten worden toegepast (Van Grunderbeeck verwijst hier naar ECRM nr. 9057/80 X t. Zwitserland, Ont. Van 5 oktober 1981), “in zoverre deze materiële regels op zich geen verdragsschending inhouden” – en hier illustreert Van Grunderbeeck deze laatste zinsnede met het volgende “de nationale rechter die het vreemde recht toepast, schendt zelf het EVRM indien hij bv. weigert een huwelijksluiting toe te staan op grond van een buitenlands huwelijksbeletsel dat op zich strijdig is met het EVRM.” (Zie over deze laatste kwestie ook ECRM 11 april 1996 appl. Nr. 24001/94 Gill en Malone tegen VK, behandeld door Loenen, (T. Loenen, “Onderscheid naar sekse de rechtsorde uit of er juist weer in”, FJR 2002, p. 228-234). Het voorgaande wijst er op dat alleszins in confrontatie met mensenrechten toepassing van het nationaliteitsbeginsel niet op absolute wijze kan worden doorgedreven. Mijns inziens moet onder omstandigheden ook in geval géén mensenrechten aan de orde zijn, kunnen worden afgestapt van absolute aanknoping aan het nationaliteitsbeginsel. Zie ook V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, o.d..

persoon afkomstig is uit een land waar homohuwelijken niet toegestaan zijn⁴⁷, hoeft naar Nederlands ipr nog geen bezwaar te vormen tegen de mogelijkheid in Nederland een homohuwelijk aan te gaan. Op “liberale” manier wordt in het ipr⁴⁸ toegang gegeven tot “liberaal” materieel recht⁴⁹. Nederland beperkt er zich niet toe mensen in geval van migratie geen aanspraken te laten verliezen, maar kent ingeval van migratie ook “nieuwe” aanspraken toe.

Misschien is men vanuit EU-oogpunt dan al niet *genoodzaakt* dergelijke favor-gerichte ipr-regels uit te vaardigen, verboden zijn ze allicht toch ook weer niet. Vanuit het perspectief van “bevorderen van mobiliteit” bekeken, kan overigens worden gesteld worden dat mensen ingeval van hantering van een favor-gerichte aanknopingsregeling mogelijk zelfs gestimuleerd zullen worden zich te verplaatsen naar het buitenland – althans naar landen met een “liberaal” systeem, want ingeval van migratie krijgen zij mogelijk méér rechten dan zij voor migratie bezaten. Zo bekeken zou dit de intracommunautaire mobiliteit alleen ten goede kunnen komen. Zo gesteld, rijst dan wel al direct een volgende vraag, met name de vraag in hoeverre migratie mogelijk toch niet alsnog ontmoedigend zou werken, en wel in de hypothese dat de in het nieuwe land van verblijf toegekende rechten bij een nieuwe migratie – of terugkeer naar het land van herkomst – kunnen “meegenomen” worden. Mogelijk is op dit vlak ook enige analogie te maken met redeneringen die het Hof van Justitie en de advocaat-generaal ten beste gaven in de uitspraken Singh en Hacene Akrich⁵⁰.

Welnu, vooropgesteld weze dat ingeval terzake een (soepel) erkenningsregime zou zijn voorzien, een ipr-regeling als de Nederlandse inzake homohuwelijken uiteraard geen problemen stellen op het vlak van internationale harmonie, en toch het favor-principe bewerkstelligen. Ingeval géén erkenningsregime terzake is voorzien, lijkt met een ipr-

⁴⁷ En zelfs, dat een in Nederland totstand gebracht homohuwelijk naderhand niet op erkenning zal hoeven te rekenen in het buitenland.

⁴⁸ Met name langsheen artikel 2 Wet conflictenrecht huwelijk, waarbij vereist wordt dat één partner verblijf heeft in Nederland of de Nederlandse nationaliteit bezit (sinds april 2001, geldt hetzelfde voor geregistreerde partnerschappen, zie art. 80 a(4) Boek 1 BW, zoals gewijzigd bij de wet van 13 december 2000, Staatsblad 2001, nr. 11). Of het land van de nationaliteit van de vreemdeling een geregistreerd partnerschap of een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht toelaat of erkent is in die zin niet relevant in Nederland (zie hierover ook K. Boele-Woelki, “Registered Partnerships and Same-Sex marriage in the Netherlands”, in : K. Boele-Woelki en A. Fuchs (red.), “Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 43).

⁴⁹ In de doctrine (Delthoff, l.c., p. 51, zie ook al supra, voetnoot 36) werd reeds betoogd dat een al te liberale regel van *rechtsmacht* ingaat tegen het belang van bescherming van de zwakste van beide partijen in een familierechtelijke casus. In casu gaat het dan echter veeleer om de hypothese dat partijen gezamenlijk tegenover “de overheid” komen te staan, waarbij blijkt dat de ene overheid “liberaler” is dan de andere. Over de kwestie van de creatie van Europese liberale regels van *toepasselijk recht* en favor-tendensen, ook in de zin van creatie van partij-autonomie, zie voor discussies in internationaal vermogensrecht J. Israel, “Europees internationaal privaatrecht. De EG, een comitas Europaea en “vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid”, NIPR 2001, p. 135-149, vooral p. 140-141, met verdere referenties (o.a. naar Basedow e.a.).

⁵⁰ “Verschil” is dan mogelijk wel dat het in deze materie uiteraard nog maar de vraag is in hoeverre het hier gaat om “gemeenschapsrechtelijke aanspraken” die binnen het werkterrein van de EU vallen – zie ook infra. Maar zie in deze context toch de Carpenter-uitspraak, inzake hantering van artikel 8 EVRM, mede in het licht van het streefdoel van vrij verkeer van diensten.

regeling als de Nederlandse inzake homohuwelijken op het eerste zicht wel een zware hypotheek gelegd te worden op het streefdoel van internationale beslissingsharmonie en lijkt het er op dat de EU zodoende dreigt te verworden tot een waar “lappendeken”⁵¹. Maar tegelijk kan hier toch al worden opgemerkt dat precies vanuit dit streefdoel mogelijk, als in een spiraal of lawine-beweging, *op langere termijn*, een meer algemene favor-beweging zou kunnen in gang gezet worden – met als einduitkomst mogelijk toch weer een situatie van internationale harmonie: zo kan, eenmaal in Nederland een “homohuwelijk” tot stand is gebracht vervolgens in het buitenland geredeneerd worden dat dat huwelijk, nu het dan toch is tot stand gekomen, dan maar best erkend kan worden, mede vanuit bekommernissen omtrent beslissingsharmonie en niet laten verliezen van rechten ingeval van migratie. Voorzover andere EU-landen en zelfs ook het “land van herkomst” van de betrokkenen – ingeval van remigratie - in die zin zouden redeneren, kan dan worden gesproken van een gecombineerde tendens tot liberalisering én bewerkstelling van het streefdoel van internationale harmonie, in gang gezet door het feit dat een land een soepele aanknopingsregeling kent. Meer nog, mogelijk gaat dan het thuisland uiteindelijk zover niet alleen de erkenningsregels aan te passen, maar ook de regels van toepasselijk recht⁵² én vervolgens mogelijk ook aan mensen wier rechtsverhouding zich in interne context afspeelt toegang te geven tot een welbepaald familierechtelijk instituut, met name indien het onrechtvaardig zou worden bevonden – en als een soort van “omgekeerde discriminatie” zou worden gevoeld - dat degenen die nooit migreerden zodoende “achtergesteld” zouden worden aan anderen. In dit geval zou het eindresultaat dus een liberalisering van het materiële familierecht kunnen inhouden.

Het is uiteraard nog maar de vraag in hoeverre het de EU zelf zou zijn die dergelijke dynamieken zou afdwingen – zie, *mutatis mutandis*, discussies in migratierecht, in het bijzonder inzake bevoegdheid om kwesties inzake gezinsvorming en gezinshereniging te regelen, met het fenomeen van “omgekeerde discriminatie”, en aan de orde komend in zaken als Singh en Hacene Akrich. Maar mogelijk kan, vanuit het perspectief van “europaesrechtelijke” bekommernissen bekeken, wel worden geredeneerd dat, eens ipstelsels als het Nederlandse van kracht zijn, dergelijke bekommernissen er toch toe dwingen, zoniet toe aanzetten ook elders in Europa aan in Nederland totstandgebrachte homohuwelijken rechtsgevolgen toe te kennen, omdat in het tegengestelde geval alsnog belemmeringen voor het vrije verkeer zouden ontstaan. In die hypothese zou men kunnen spreken over een “indirect effect” van Europese regels en Europese logica op nationale regels.

⁵¹ Naar analogie van Jessurun D’Oliveira (Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd !”, NJB 2001, afl. 5), die het in het kader van een beoordeling van het vrij personenverkeer zelf heeft over “een Europa met verschillende snelheden en gezien vanuit een gezichtspunt van grondgebieden van lidstaten, op een schakbord met vrij en onvrij personenverkeer waarbij de partners over landen moeten springen die hen niet gezamenlijk toelaten”.

⁵² In welk geval er zou kunnen worden gesproken van een “rugwaartse progressie”. Over het fenomeen van binnenhalen van bepaalde technieken en regels in het toepasselijk recht, langsheen regels van erkenningsrecht, zie V. Van Den Eeckhout, De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partnerrelaties, o.c.; zie in deze context ook nog V. Van Den Eeckhout, “Recensie G. Steenhoff (red.) Een zoektocht naar Europees familierecht”, Rechtskundig Weekblad 2001, p. 895-896.

3.2. Liberalisering van (internationaal) familierecht en/of publiekrechtelijke aanspraken ? Case-studie: omgang met nieuwe leefvormen van Europese makelij

Van de problematiek van liberalisering van het (internationaal) familierecht als zodanig dient de problematiek afgescheiden te worden van toekenning van publiekrechtelijke aanspraken op basis van familierechtelijke verhoudingen én de betekenis in dit kader van ifr – een problematiek waarvan meerdere aspecten zeer zeker binnen het werkingsterrein van de EU vallen.

Vermeldenswaard in deze context is de uitspraak van het Arbeidshof Luik van 12 juni 1990⁵³ waarbij aanknopingspunt aan de nationaliteit voor het bepalen van de minderjarigheid van een Italiaan met het oog op sociale prestaties tegen het EG-verdrag werd verklaard. Kan het zo zijn dat desgevallend ifr-regels gewogen moeten worden – en desgevallend opgetrokken worden in een meer “liberaliserende” beweging - vanuit het besef dat toepassing ervan leidt tot afknotting van publiekrechtelijke aanspraken – mogelijk zelfs dat inschakeling van ifr-regels bij wege van oplossing van een “voorzwaag”⁵⁴ soms afgewezen moet worden, zo rijst dan de vraag ? Met de verwijzing naar deze laatste uitspraak raken we de problematiek van de “publiekrechtelijke aanspraken” waartoe familierechtelijke instituten wel of niet aanleiding geven.

Overigens kan een en ander wederom duidelijk worden als vanuit ipr-oogpunt de vraag wordt gesteld naar de manier waarop de EU met “nieuwe leefvormen” zoals buitenhuwelijkse samenlevingsverbanden, geregistreerde partnerschappen en “homohuwelijken” omgaat. Bij deze analyse dienen mijns inziens immers twee onderscheiden ontwikkelingen in het oog te worden gehouden: enerzijds de manier waarop middels ipr-regels de internationale aspecten als zodanig van nieuwe leefvormen worden geregeld; anderzijds de manier waarop aan nieuwe leefvormen die zich in internationale context afspelen al dan niet publiekrechtelijke gevolgen worden toegekend, én de rol die het ipr hierbij speelt. Het is met name denkbaar⁵⁵ –dat het vakgebied van het ipr "liberaliseert" in die zin dat ook in internationale rechtsverhoudingen dergelijke nieuwe leefvormen op soepele wijze kunnen worden totstandgebracht, weer ontbonden

⁵³ C. Trav. Liège 12 juin 1990, JTT 1991, p. 438, waarnaar verwezen door M. Fallon, “Droit familial et droit des communautés européennes”, Revue trimestrielle de droit familial 1998, p. 374 noot 20.

⁵⁴ Voor de behandeling van de kwestie van voorvragen in de regelgeving omtrent rechten en plichten van Europese ambtenaren, zie Kohler, “Zum Kollisionsrecht internationalen Organisationen: Familienrechtliche Vorfragen im europäischen Beamtenrecht”, Iprax 1994, 416 (waarnaar ook wordt verwezen door N. Dethloff, l.c., voetnoot 47). Zie in deze context ook HvJ 5 februari 1981, NJ 1981/654, met conclusie van Warner en commentaar van Shultz (Schultz verwijst in deze context naar de Gunella en Devred uitspraken).

⁵⁵ Over de verwachting dat de EU zich met ifr op dit domein zou bezighouden, zie V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid”, l.c. p. 78 evenals Th. L. Pellis, “Internationaal privaatrecht. Echtscheiding, kindbescherming en gezagsvoorziening, meerderjarigenbescherming, alimentatie, adoptie (1998-2000)”, WPNR 2001, p. 1055-1063, waar hij stelt dat de EU vanuit het beginsel van respect voor mensenrechten zich zou moeten buigen over een ipr-regeling over buitenhuwelijkse samenlevingsverbanden, geregistreerde partnerschappen en homohuwelijken. Over de vraag of de reeds van kracht zijnde Brussel II verordening ook van toepassing is op de ontbinding van “homohuwelijken”, is veel discussie. Zie hierover o.a. P.M.M. Mostermans, “De wederzijdse erkenning van echtscheidingen binnen de Europese Unie”, NIPR 2002, p. 263-273, met verdere referenties.

en dat dit zich eveneens uit in de manier waarop regels van rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning worden opgesteld; maar, een liberaal ifr betekent nog niet noodzakelijk een liberalisering van publiekrechtelijke aanspraken van mensen op basis van die leefvormen.

In mijn bijdrage "De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht"⁵⁶ heb ik mede vanuit die optiek – het besef dat terzake een onderscheid moet worden gemaakt – een analyse gemaakt van enkele ontwikkelingen in niet-Europese context. Daar heb ik er bijvoorbeeld op gewezen dat denkbaar is dat weliswaar een liberalisering plaatsvindt van het ifr als zodanig, maar er navenant des te restrictiever wordt opgetreden in andere vakgebieden, zoals het nationaliteitsrecht. Zo heb ik daar een onderscheid gemaakt tussen enerzijds tendensen tot liberalisering van het Nederlandse internationaal afstammingsrecht, anderzijds tendensen tot afknotting van publiekrechtelijke aanspraken gesteund op afstammingsrelaties in niet-Europese context. Het voorgaande brengt mee dat een evolutie van het ifr in liberaliserende zin voor een aantal mensen toch nagenoeg geheel betekenisloos kan blijven als aan die familierechtelijke verhoudingen geen publiekrechtelijke gevolgen worden gehecht – zeker als zou blijken dat door het ontzeggen van publiekrechtelijke gevolgen de mogelijkheid dat de betrokkenen de familierechtelijke verhouding (in Nederland) kunnen effectueren wordt belet, of althans bemoeilijkt⁵⁷.

Welnu, bij nader toezien blijkt dat ook in Europese context eenzelfde type waarschuwing past: ook daar moet, als men het heeft over tendensen tot liberalisering, telkens goed aangegeven worden op welk precies vlak "liberalisering" plaatsvindt. Want enerzijds is er de vraag in hoeverre de EU zich zal inlaten met een bemoeienis van de ipr-regeling van nieuwe leefvormen. Anderzijds rijst de vraag of en zo ja in hoeverre deze nieuwe rechtsfiguren gekoppeld moeten worden aan het beginsel van vrij verkeer van EU-werknemers en hun "families" en, in een ruimere zin, welke rechtsgevolgen zouden worden toegekend aan deze rechtsfiguren. Zeker kan ook in EU-context voor een werknemer die zijn recht op vrij verkeer als EU-onderdaan wil uitoefenen en daaraan gekoppeld zijn "familieleden" wil meenemen, het feit dat het vakgebied van het ipr hem toestaat een geregistreerd partnerschap aan te gaan – mogelijk zelfs dat in een ander land erkend wordt als zijnde geregistreerd partnerschap – betekenisloos blijven als deze werknemer de betrokkene niet als familielid mag meenemen. Deze situatie doet zich met name voor indien – zoals nu nog steeds het geval is – het begrip "echtgenoot" in de werknemersverordening strikt opgevat wordt als de gehuwde partner van andere sekse van een EU-werknemer – zolang kortom de EU een traditioneel en vrij conservatief familieledenbegrip blijft hanteren⁵⁸. Met andere woorden, zelfs al zou de EU zich inlaten

⁵⁶ V. Van Den Eeckhout, "De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21^{ste} eeuw", *Migrantenrecht* 2002, p. 144-158.

⁵⁷ Zie hierover V. Van Den Eeckhout, "De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21^{ste} eeuw", *l.c.*, p. 155-156.

⁵⁸ Wel is door het Hof van Justitie in de Reed-uitspraak een soort "verzachting" doorgevoerd: indien een lidstaat ongehuwd samenwonende onderdanen sociale voordelen toekent, moet deze lidstaat overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling inzake sociale voordelen dezelfde voordelen toekennen aan migrerende werknemers (over de "lappendeken" en situatie van "twee snelheden" die daardoor binnen ontstaat binnen de EU: zie H.U. Jessurun D'Oliveira, al in het hoger (supra, voetnoot 51) weergegeven citaat). Voor een kritiek op de restrictieve invulling en een weergave van ontwikkelingen

met de ipr-regeling van nieuwe leefvormen, dan betekent dit allicht nog niet automatisch dat ook het familieledenbegrip verruimd wordt in die zin dat als familieleden ook familieleden in zulke leefvormen worden begrepen⁵⁹.

Wél kan uiteraard de vraag worden gesteld of met die ipr-bemoeienis dan toch niet een belangrijke *impuls* is gegeven tot verruiming van het gezinsledenbegrip⁶⁰. Vraag is tevens of men mogelijk binnen EU-verband voortvarender kan zijn dan het geval is in de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens⁶¹, als het er om gaat aan lidstaten (de erkenning van) nieuwe leefvormen op te dringen, met name als de analyse wordt doorgevoerd vanuit het oogpunt van het vrij verkeer van personen⁶², of van andere

terzake, zie K. Waaldijk, "Towards equality in the freedom of movement of persons" in K. Krickler (red.) *After Amsterdam: sexual orientation and the European Union. A guide*, Brussels, ILGA Europe 1999, p. 40-49. Zie in deze context eveneens M. Bell, l.c. Zie ook recent HvJ 7 januari 2004 HER C2004/10, noot vande Velde J. In de Council Common Position van 5 december 2003 wordt gesteld dat « family member » ook geregistreerde partners omvat « if the legislation of the host Member State treats registered partnership as equivalent to marriage ». Opmerkelijk in deze context is ook de regeling terzake in Verordening (EG, Euratom) 723/2004 van de Raad van 22 maart 2004 tot wijziging van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen en van de regeling die van toepassing is op de andere personeelsleden van deze Gemeenschap, PB L 124, 27 april 2004. Zie ook de achtste overweging bij deze Verordening, waarin als principe wordt gesteld dat aan ambtenaren die een door een lidstaat als stabiel erkend partnerschap buiten het huwelijk hebben gesloten maar niet voor de wet kunnen trouwen, dezelfde rechten en voordelen dienen te worden toegekend als aan gehuwde paren.

⁵⁹ Zie in deze context ook H.U. Jessurun D'Oliveira, "Geregistreerde partnerschappen en de Europese Unie. Kanttekeningen over de internationale reikwijdte van het wetsvoorstel", NJB 1995, 1566-1570, met betrekking tot het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen regeling van toegang tot bepaalde instituten enerzijds, toekenning aan die leefvormen van europeesrechtelijke gevolgen anderzijds.

⁶⁰ Tevens past hier de opmerking dat in zoverre uiteindelijk in communautaire regelgeving (zoals de werknemersverordening) het gezinsledenbegrip zou worden uitgebreid, dit allicht eveneens een impuls zal geven op uniformisatie van ipr-regels terzake: dan zou allicht de nood des te meer worden aan gevoeld op dit punt te komen tot een Europese ipr-regelgeving. Zo zou dan à la limite niet alleen ook bemoeienis met het ifr impulsen uitoefenen op de regeling van publiekrechtelijke aanspraken, maar ook omgekeerd, vanuit de regeling van publiekrechtelijke aanspraken, (eventueel *wederom*, als men a priori al uitging van de eerste legitimatie van EU-bemoeienis met het ipr) een impuls worden uitgeoefend op EU-bemoeienis met het ifr. Zo bekeken komen dan de regeling van het vrij verkeer van personen (of, ruimer beschouwd, de regeling van fundamentele vrijheden en overige aanspraken) en de regeling van het ifr in een *wisselwerking met tweerichtingsverkeer* te staan.

⁶¹ Over de rechtspraak van het Europees Hof, zie recent D. Van Grunderbeek, o.c.

⁶² Zie hierover V. Van Den Eeckhout, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid", l.c. Zie ook voor een korte allusie hierop, M. Fallon, « Droit familial et droit des communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit familial* 1998, pp. 361-400, specifiek p. 383-384. Vermeldenswaard in deze context is ook dat het Hof van Justitie zich soms reeds "ruimer" heeft getoond in de interpretatie van artikel 8 EVRM dan het EHRM zelf. Zie, met name, het arrest Carpenter (11 juli 2002, C-60/00), en de noot hierbij van C. Forder (in EHRC 2002/76), specifiek op het vlak van het belang dat wordt gehecht aan het aspect "illegaal verblijf" en de mogelijkheid het gezinsleven elders te beleven. Wellicht is dit mede te verklaren doordat de EU gezinsleven wil beschermen "in order to eliminate obstacles to the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty". Zie ook H. Toner, *Comments on Mary Carpenter v. Secretary of State*, 11 July 2002 (Case C-60/00), *European Journal of Migration and Law* 2003, p. 163-172 en H. Toner, "Community law, immigration rights, unmarried partnerships and the relationship between European Court of Human rights jurisprudence and Community law in the Court of Justice", *Web Journal of Current Legal Issues* 2001, 5, over de fundamentele vraag "of whether the Community Institutions, Member States or Court of Justice can develop a distinctive understanding of what respect for family and private life means in the context of Community migration law."

aanspraken die het EG-recht toekent. Zo ja, dan zou het proces van europeanisatie van het ipr de inzet betekenen van een wel zeer ruim “liberaliseringsproces”: dan zou uiteindelijk een ruimere groep mensen dan voorheen recht krijgen op afgeleid verblijfsrecht en bepaalde voordelen die EG-recht toekent. Zo nee, dan blijft de liberalisering die via unificatie van ipr-regels wordt doorgevoerd alleszins begrensd. Al bij al maakt onderkenning van het voorgaande menigeen wellicht aarzelender om al te ongenueanceerd en al te vlug te spreken van een “liberaliseringsproces” binnen Europa.

4. Ruimer bekeken

In hoeverre precies Europa *op ipr-vlak* zelf systematisch liberaliserend zal optreden, zal bovendien pas duidelijk worden als Europa de materies onder handen zou nemen waar het er, vanuit dit perspectief bekeken, écht toe doet, te weten de ipr-regeling van huwelijk en afstamming. De gevoelige terreinen van huwelijk en afstamming, die meer dan bijvoorbeeld echtscheidingsrecht en al veel meer dan bijvoorbeeld huwelijksgoederenrecht of erfrecht een directe impact kunnen hebben op de vraag of iemand verblijfsrecht heeft⁶³, zijn vooralsnog niet aangesneden door de EU. Het feit dat Europa vooralsnog niet heeft geraakt aan de (ipr-)regeling van gezinsvorming zelf – en al geenszins waar het rechtsverhoudingen betreft met “externe” aspecten, is mogelijk de reden waarom de thematiek nog nauwelijks is “ontdekt” is door belangenbehartigers van vreemdelingen. Voor vreemdelingenrechtelijk georiënteerde juristen zou de EU-bemoeienis allicht pas wérkelijk gevoelig worden als ook de ipr-regeling van gezinsvorming en gezinshereniging van *derdelanders* aan de orde zou komen. Op het vlak van de regeling van de verblijfsrechtelijke consequenties van gezinsverbanden met en tussen derdelanders is de EU-regelgeving in volle beweging⁶⁴. Maar een regeling van de ifr-aspecten van die regelgeving is nog niet aan de orde gesteld. Over de kwestie of en de manier waarop de EU het ifr wil regelen als het deze materies betreft, kan momenteel dan ook slechts speculatief gesproken worden. Er zijn vooralsnog geen concrete signalen gegeven over hoe men de ipr-aspecten van huwelijk en afstamming wil regelen.

*Elders*⁶⁵ ontwikkelde ikzelf een analyse van ifr in de “extracommunautaire context”: ik behandelde daarbij zowel actuele ontwikkelingen op nationaal (vooral Nederlands) niveau, en *mogelijke* ontwikkelingen op supranationaal Europees niveau – met name in

⁶³ Het moge enigszins paradoxaal lijken dat precies de terreinen waar de EU-bemoeienis nog meest voor de hand lijkt te liggen niét prioritair worden aangepakt; immers, internationaal huwelijksrecht en internationaal afstammingsrecht zijn cruciale materies zowel indien men familierechtelijke termen in EG-recht wil invullen, als ermen in EG-recht als cruciaal als indien men, algemeen, rechtszekerheid wil bevorderen.

⁶⁴ Zie de Gezinsherenigingsrichtlijn, PB 3 oktober 2003.

⁶⁵ Zie hoofdstuk III.1. en hoofdstuk IV van mijn bijdrage “Communitarization of International Family Law as seen from a Dutch perspective: what is new ? – A prospective analysis”, te verschijnen in A. Nuyts (red.), *Transnational civil litigation in the European judicial area and in relations with third states*, Brussels: Bruylant 2004. Zie ook al V. Van Den Eeckhout, “Voetangels bij pleidooien voor recht op respect voor culturele diversiteit” in P.B. Cliteur en V. Van Den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 363-382; V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De ontwikkeling van een tweesporenbeleid”, *Nemesis* 2002, p. 75-88 en V. Van Den Eeckhout, “De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21ste eeuw”, *Migrantenrecht* 2002, p. 144-158.

de hypothese dat de EU zich ook op een fundamentele wijze zou bemoeien met familieverhoudingen met externe aspecten.

5. Ifr in intracommunautaire context

In deze bijdrage spitste ik de aandacht toe op “de intracommunautaire context”, daarbij zowel zuivere ifr-kwesties als ifr-kwesties zoals verweven met publiekrechtelijke aanspraken behandelend. En wel, de conclusie moge luiden dat voor wat betreft het ifr, in deze context onmiskenbaar een tendens tot liberalisering in gang is gezet.

Natuurlijk kan bij dit alles opgemerkt worden dat er een grote discussie bestaat over het recht op respect voor culturele identiteit en soevereiniteit van de lidstaten. De instrumentalisering van het ifr (of, nog verder, van materieel familierecht) voor Europeesrechtelijke economische doeleinden is ook al sterk bekritiseerd⁶⁶ - de EU is een actor die traditioneel toch vooral handelt vanuit economische motieven⁶⁷. Tevens is het nog de vraag hoe een en ander zal uitspelen in die situaties waar ifr nauwe verbondenheid blijkt te vertonen met kwesties van publiekrechtelijke aard – verblijfsrechtelijke, sociaalrechtelijke en nationaliteitsrechtelijke aanspraken gebaseerd op familiale rechtsverhoudingen. Dit zijn aandachts- en discussiepunten waarvan de uitkomsten mogelijk toch enige nuance zouden kunnen aanbrengen in de liberaliseringstendens van ifr die in gang gezet wordt door de EU⁶⁸. Maar alleszins moge uit voorgaande analyse blijken dat *Europeesrechtelijke bekommernissen*, gecombineerd met respect voor mensenrechten, zélf wijzen in de richting van verdere liberalisering van internationaal familierecht.

Dr. Veerle Van Den Eeckhout

Veerle Van Den Eeckhout is universitair hoofddocente internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden en verbonden aan het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van die universiteit

⁶⁶ Zie voor recente discussies K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, vooral de bijdragen van M. Jantera-Jareborg, “Unification of international family law in Europe – a critical perspective”, p. 194-216, vooral p. 211 voetnoot 45 en W. Pintens “Europeanisation of family law”, p. 3-29.

⁶⁷ Weliswaar komt de EU meer en meer los van puur economische streefdoelen, en gaat steeds meer aandacht naar streefdoelen op het vlak van verwerkelijking van mensenrechten en dergelijke, maar toch is het nog steeds zo dat die bekommernissen toch voornamelijk geïnspireerd lijken te zijn door – en uitgevaardigd worden naar aanleiding van - economische motieven. Zie in dit licht ook het Draft Council Report 13017/01 on the need to approximate Member States’ legislation in civil matters of October 29th, 2001, aangenomen op 16 november 2001.

⁶⁸ Zie al supra, voetnoot 32, de argumentatie van Struycken. Zie ook N. Dethloff, l.c., p. 56, betreffende de overweging dat beperkingen op de vrijheid van verkeer voortkomende uit substantiële wettelijke verschillen enkel toelaatbaar zijn als ze gerechtvaardigd zijn door een publiek belang, niet disproportioneel zijn, en in overeenstemming zijn met fundamentele rechten (met verwijzing naar de Bosman-uitspraak van het Hof van Justitie). Zie ook, mutatis mutandis (Bell bespreekt de kwestie van de variëteit van nationale regels inzake partnerschappen), M. Bell, l.c., voor een discussie van “strijd tegen fraude” en “bescherming van de nationale culturele en morele waarden” als rechtvaardigingsgronden voor het aanhouden van hindernissen ten aanzien van vrij verkeer.