

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten: tussen zekerheid en illusie

Patrick Wautelet<sup>1</sup>

278. In welke mate kunnen echtgenoten, wiens relatie een grensoverschrijdend element bevat, afspraken maken over eventuele onderhoudsaanspraken<sup>2</sup>? Laat ons veronderstellen dat twee Duitse echtgenoten die in België verblijven, hun huwelijkscontract wensen te wijzigen. Mogen ze naar aanleiding van deze wijziging tevens een regeling inlassen m.b.t. eventuele onderhoudsaanspraken die ze na een scheiding zouden kunnen laten gelden? Volgens het Duits recht is dit perfect mogelijk<sup>3</sup>. Echtgenoten mogen onder Duits recht vrij afspreken over het lot van onderhoudsaanspraken die na een echtscheiding worden gemaakt. Ook een volledige afstand behoort tot de mogelijkheden<sup>4</sup>. Hoewel het Duitse Grondwettelijk Hof<sup>5</sup>, gevolgd door het Bundesgerichtshof<sup>6</sup>, recent de rechter een grotere rol gegeven heeft bij de toetsing van alimentatieovereenkomsten, blijft de vrijheid van echtgenoten de regel. Dergelijke afspraken kunnen perfect vóór het

<sup>1</sup> Universiteit Luik.

<sup>2</sup> In deze bijdrage wordt slechts ingegaan op onderhoudsaanpraken tussen echtgenoten en ex-echtgenoten, zonder rekening te houden met de nieuwe vormen van partnerschappen zoals de wettelijke samenwoning of de Franse *pacte civil de solidarité*.

<sup>3</sup> Volgens § 1585, c BGB, “*Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen*”. § 1408 lid 2 BGB laat echtgenoten ook toe om in het huwelijkscontract afspraken te maken over de zgn. *Versorgungsausgleich*.

<sup>4</sup> Zie de contractsclausules voorgesteld door H.-P. WESTERMANN, *BGB – Handkommentar*, Otto Schmidt, 2008, II, 4495, nr. 15.

<sup>5</sup> In een opgemerkte zaak heeft het *Bundesverfassungsgericht* geoordeeld dat onderhoudsafspraken tussen echtgenoten door de rechter moeten worden getoetst aan bepaalde grondbeginselen (BverfG. 6 februari 2001, *NJW* 2001, 957). De zaak betrof een akkoord gesloten tussen twee partners vóór het huwelijk. De vrouw, die zwanger was en reeds een gehandicapt kind had, had haar nieuwe partner alleen kunnen overtuigen om te trouwen door afstand te doen van elke onderhoudsaanspraak. Het Grondwettelijk Hof verwees naar § 138 BGB (*Sittenwidrigkeit* – goede zeden) en § 242 (*Treu und Glauben* – verbod van rechtsmisbruik) om te besluiten dat het contract tussen echtgenoten de vrouw niet kon beletten om toch nog een onderhoudsvordering in te stellen. Ook in België wordt gepleit voor een groter gebruik van de verbintenissenrechtelijke leerstukken zoals de imprevisieer bij de toetsing van alimentatieovereenkomsten (F. SWENNEN, “Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus)”, *TPR* 2008, (1287), 1343, nr. 86 *in fine*).

<sup>6</sup> Zie vooral BGH 11 februari 2004, *NJW* 2004, 930 – in deze zaak heeft het BGH een onderscheid gemaakt tussen de verschillende gevolgen van de scheiding, gaande van onderhoudsaanspraken tot en met de verdeling van het huwelijksvermogen, om tot het besluit te komen dat bepaalde onderhoudsaanspraken (bv. de aanspraak van de gescheiden vrouw zonder beroep die voor de kinderen zorgt) een groter openbareordegehalte inhielden dan andere aanspraken. Het BGH heeft dan aangeduid op welk tijdstip de rechter zich moest plaatsen om de verenigbaarheid van onderhoudsafspraken met zowel de goede zeden (§ 138 BGB) als het verbod op rechtsmisbruik (§ 242 BGB) te beoordelen. Over het onderscheid tussen het *Wirksamkeitskontrolle* en het *Angemessenheidskontrolle* van onderhoudsafspraken, zie H.-P. WESTERMANN, *BGB – Handkommentar*, Otto Schmidt, 2008, II, 4496-4497, nr. 17-18.

huwelijk worden gemaakt. Vaak worden dergelijke afspraken in huwelijkscontracten opgenomen<sup>7</sup>.

Daarmee behoort Duitsland tot de staten waar de wilsautonomie inzake alimentatie de regel is. Het is genoegzaam bekend dat dit uitgangspunt niet overal gedeeld wordt<sup>8</sup>. Algemeen kan men stellen dat de meeste landen de echtgenoten een zekere vrijheid gunnen eens een echtscheidingsprocedure ingeleid wordt<sup>9</sup>. Dit is in het bijzonder het geval indien de procedure op het akkoord van de twee echtgenoten steunt – de mogelijkheid om een akkoord te sluiten wordt dan niet zelden een verplichting. In een aantal landen mogen echtgenoten reeds tijdens het huwelijk een akkoord sluiten<sup>10</sup>. Soms is vrijheid de regel, doch is het nut van partijafspraken beperkt omdat rechtbanken vrij zijn om met de afspraken van partijen al dan niet rekening te houden<sup>11</sup>. Een aantal landen blijft zeer wantrou-

<sup>7</sup> Er bestaat een overvloedige literatuur in Duitsland over zgn. *Scheidungsvereinbarungen*, zie bv. G. LANGENGELD, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 5<sup>de</sup> uitg., Beck, 2005, 389 p.

<sup>8</sup> Veel van de informatie in deze bijdrage is ontleend aan het rechtsvergelijkend overzicht van K. BOELE-WOELKI, F. FERRAND, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. JANTERÄ-JAREBORG, N. LOWE, D. MARTINY en W. PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, Intersentia, 2004, in het bijz. blz. 461-495. Op de website van de *Commission on European Family Law* ([www.ceflonline.net](http://www.ceflonline.net)) vindt men de verschillende nationale verslagen op basis waarvan het rechtsvergelijkend overzicht tot stand is gekomen.

<sup>9</sup> Het tijdstip waarom de alimentatieovereenkomst gesloten wordt, blijkt inderdaad beslissend voor de geoorlooftheid van dergelijke overeenkomsten – zie de ontleding door F. SWENNEN, *art.cit.*, TPR 2008, (1287), 1315 e.v., nr. 42 e.v.

<sup>10</sup> Dit is het geval in Nederland. Art. 1:158 NBW lijkt te suggereren dat een alimentatieovereenkomst slechts mogelijk is in de context van een echtscheidingsprocedure. Volgens deze bepaling: “Vóór of na de beschikking tot echtscheiding kunnen de echtgenoten bij overeenkomst bepalen of, en zo ja tot welk bedrag, na de echtscheiding de één tegenover de ander tot een uitkering tot diens levensonderhoud zal zijn gehouden.” In de praktijk wordt er blijkbaar niet strikt vereist dat echtgenoten een dergelijke alimentatieovereenkomst n.a.v. een voorgenomen scheiding sluiten. De enige beperking is dat de overeenkomst tijdens en niet vóór het huwelijk wordt gesloten. Zie HR 7 maart 1980, NJ 1980, nr. 363 en HR 12 januari 1996, NJ 1996, nr. 352. In dit arrest heeft de Raad geoordeeld dat er “geen reden” was om terug te komen op de beslissing genomen in 1980, dat vóór het huwelijk tussen aanstaande echtgenoten gesloten overeenkomsten inzake levensonderhoud ongeldig zijn. De Raad heeft in art. 8 EVRM geen steun gevonden om dergelijke overeenkomsten als geldig te beschouwen. Volgens een deel van de rechtsleer zouden voorhuwelijks overeenkomsten slechts ongeldig zijn indien de toekomstige echtgenoten hierin afstand doen van een uitkering en niet als ze de modaliteiten van de uitkering na echtscheiding regelen (zie F. SWENNEN, *art.cit.*, TPR 2008, (1287), 1324, nr. 58).

<sup>11</sup> Dit is de situatie onder Engels recht. *Maintenance agreements* komen in de praktijk niet vaak voor omdat de wetgever uitdrukkelijk bepaald heeft dat rechters dergelijke overeenkomsten vrij mogen wijzigen of negeren. Zie de art. 34-36 van het *Matrimonial Causes Act*. Art. 35 § 5 van de Act bepaalt in het bijzonder dat de rechtbank “may by order make such alterations in the agreement (i) by varying or revoking any financial arrangements contained in it, or (ii) by inserting in it financial arrangements for the benefit of one of the parties to the agreement or of a child of the family”. Deze bevoegdheid komt de rechtbank toe in twee gevallen: enerzijds indien “the agreement does not contain proper financial arrangements with respect to any child of the family” en anderzijds indien “by reason(a) that by reason of a change in the circumstances in the light of which any financial arrangements contained in the agreement were made or, as the case may be, financial arrangements were omitted from it (including a change foreseen by the parties when making the agreement), the agreement should be altered so as to make different, or, as the case may be, so as to contain, financial arrangements”. Bij het wijzigen van de afspraken moet de rechtbank zich laten leiden door wat “just” blijkt te zijn. Men zal zich herinneren dat Engelse rechtbanken zich eveneens niet gebonden achten door huwelijkscontracten. Zie recent *MacLeod v. MacLeod*, [2008] UKPC 64 en *Radmacher v. Granatino*, [2009] EWCA Civ 649.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

wig t.a.v. de autonomie van partijen. Akkoorden gesloten vóór en tijdens het huwelijk worden in deze landen niet getolereerd. De houding van het Belgische recht t.a.v. alimentatieovereenkomsten illustreert perfect deze restrictieve houding.

279. Tot aan de hervorming van het echtscheidingsrecht in 2007 werd er aan overeenkomsten tussen echtgenoten over onderhoudsaanspraken vrij weinig ruimte gegeven<sup>12</sup>. Er werd weliswaar aanvaard dat echtgenoten na de echtscheiding over hun alimentatieaanspraken vrij schikkingen mochten treffen<sup>13</sup>. Gescheiden echtgenoten mochten zelfs geheel afstand doen van elk aanspraak op alimentatie<sup>14</sup>. Vóór de scheiding was de rol van wilsautonomie evenwel vrij beperkt. Onderhoudsafspraken gesloten vóór het huwelijk waren immers ongeldig<sup>15</sup>. De ongeldigheid sloeg niet alleen op een afstand van eventuele onderhoudsaanspraken door toekomstige echtgenoten, doch ook op andere contractuele afspraken<sup>16</sup>. Tijdens de echtscheidingsprocedure mochten de echtgenoten zowel de aanspraken op alimentatie als de modaliteiten ervan contractueel vastleggen. Dergelijke contractuele afspraken waren evenwel slechts werkzaam na rechterlijke homologatie<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Veel hing echter af van de wijze waarop men naar de vraag keek – was de fles half leeg of half vol... Zie bv. voor een origineel perspectief A.-C. VAN GYSEL en N. MASSAGÉ, "Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes", in *L'ordre public. Concept et applications*, Bruylant, 1995, (191), 205-208.

<sup>13</sup> Cass. 9 september 1994, *Pas.* I, 709.

<sup>14</sup> In die zin, A.-C. VAN GYSEL en J.-E. BEERNAERT, *Etat actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Kluwer, 2001, 15.

<sup>15</sup> De echtgenoten mochten wel vrij opteren voor een stelsel van zuivere scheiding van goederen of nog afstand doen van de eventuele vergoedingsrechten.

<sup>16</sup> Zie bv. Brussel, 14 mei 1985, *RTDF* 1986, 178 (in casu moest het hof van beroep oordelen over een vordering tot onderhoudsuitkering tijdens de echtscheidingsprocedure; het hof achtte zich niet gebonden door de afspraken die partijen hadden gemaakt bij de aanvang van hun feitelijke scheiding). De strikte afwijzing van elke autonomie vóór de echtscheiding dwong de rechtbanken soms tot eigenaardige bochten. Zo in een geval beslecht door het hof van beroep te Luik: twee echtgenoten hadden uitvoerige overeenkomsten onderhandeld met het oog op een scheiding door onderlinge toestemming. Mevrouw had zich in dit kader ertoe verbonden geen aanspraak te maken op alimentatie vanwege haar echtgenoot. Nadat de man de overeenkomsten uitgevoerd had en de vrouw aldus belangrijke bedragen ontvangen had, vorderde mevrouw toch een onderhoudsuitkering, daarbij steunend op het feit dat haar akkoord nietig was vermits het vóór de scheiding gegeven was. De rechtbank en het hof van beroep hebben moeten erkennen dat de afstand van elke onderhoudsaanspraak ongeldig was. Het hof heeft evenwel de vordering van de man toegewezen en de echtscheiding lastens mevrouw uitgesproken op grond van het feit dat ze op haar woord teruggekomen was, een belediging vormde (Luik 20 januari 2003, *Div.* 2003, 154).

<sup>17</sup> Bovendien konden echtgenoten dergelijke afspraken slechts treffen in het kader van een procedure door onderlinge toestemming. Overeenkomsten gesloten vóór de echtscheiding en tijdens een procedure echtscheiding op bepaalde grond waren nietig (S. BROUWERS, *Alimentatie*, APR, Kluwer, 2009, 482-483, nr. 843). In de praktijk werden niet zelden akkoorden gesloten tijdens een dergelijke procedure, die pas een datum kregen na het definitief worden van de echtscheiding op bepaalde grond.

280. Hoewel het nieuwe artikel 301 § 1 BW de contractvrijheid van partijen vooropgesteld heeft en naar het akkoord van partijen verwijst als de eerste methode om het bedrag van de alimentatie vast te leggen, kan een dergelijk akkoord evenwel, zoals voorheen reeds het geval was, slechts in het kader van een echtscheidingsprocedure worden gesloten. Akkoorden gesloten tussen echtgenoten bij de aanvang van het huwelijk of tijdens het huwelijk blijven ongeldig<sup>18</sup>. Bovendien kan een akkoord gesloten in het kader van een echtscheidingsprocedure zoals voorheen de partijen slechts binden mits rechterlijke controle<sup>19</sup>. Pas na de ontbinding van het huwelijk mogen de ex-echtgenoten de aanspraken op alimentatie als de modaliteiten ervan vrij contractueel vastleggen<sup>20</sup>. Tekennend is dat de wetgever van 2007 het nihilbeding slechts na de ontbinding van het huwelijk tolereert<sup>21</sup>.

281. In Frankrijk is de situatie gelijkaardig: afspraken tussen echtgenoten over de zgn. *prestation compensatoire* zijn in beginsel verboden<sup>22</sup>. Het is slechts in het kader van een echtscheidingsprocedure dat de echtgenoten dergelijke afspraken mogen resp. moeten treffen<sup>23</sup>. De hervorming van 2004 heeft daar niets aan veranderd<sup>24</sup>.

De beperkte vrijheid waarover echtgenoten krachtens het Belgisch en het Frans recht beschikken, staat in schril contrast tot de genereuze houding van andere staten. Het lijkt daarom opportuun om te onderzoeken aan welk recht onder-

<sup>18</sup> F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Intersentia, 2010, 470, nr. 799. Vgl. evenwel met de stelling van dezelfde auteur in "Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus)", *TPR* 2008, (1287), 1324, nr. 58 *in fine*.

<sup>19</sup> A.-C. VAN GYSEL, "La pension après divorce pour cause de désunion irrémédiable: un essai de lecture", in Y.-H. LELEU en D. PIRE (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Larcier, 2007, 110 – van Gysel noteert dat de wetgever akkoorden gesloten tijdens de procedure "met een zeker wantrouwen" bekijkt.

<sup>20</sup> De volledige vrijheid die aan ex-echtgenoten wordt gegeven en de toepassing van het contractenrecht wordt op de korrel genomen door F. SWENNEN, *art.cit.*, *TPR* 2008, (1287), 1326-27, nr. 62.

<sup>21</sup> Art. 301 § 9 BW.

<sup>22</sup> Cass. fr. (1<sup>ste</sup> civ.) 3 februari 2004, *Dr.fam.* 2004, nr. 78 (samenvatting), met aantekeningen V. LARIBAU-TERNEYRE (de echtgenoten hadden een dading gesloten over de "prestation compensatoire" in een verdelingsakte, nadat ze feitelijk gescheiden waren. Het Hof van Cassatie verwerpt de voorziening tegen het bestreden arrest waarin het hof van beroep beslist had dat het beding "nulle de plein droit" was. De nietigheid is dus een absolute nietigheid).

<sup>23</sup> Indien het gaat om een echtscheiding "par consentement mutuel" dienen echtgenoten volgens art. 278 Franse Code civil een akkoord te vinden over de "prestation compensatoire". Bij andere vorm van echtscheiding gaat het niet meer om een verplichting, doch slechts om een mogelijkheid (zie de art. 268 en 279-1 C.civ.).

<sup>24</sup> Zie Cass. fr. (1<sup>ste</sup> civ.) 8 februari 2005, *Defrénois* 2005, nr. 38278, 1841, met aantekeningen van J. MASSIP – naar aanleiding van een geschil tussen gescheiden echtgenoten over de herziening van een tijdens de echtscheidingsprocedure overeengekomen "prestation compensatoire" heeft het Hof gewezen op het feit dat "dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire". Zie verder PH. MALAURIE en H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois-Lextenso, 2008, 32-324, nr. 792.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

houdsaanspraken in een grensoverschrijdende situatie aangeknoopt worden<sup>25</sup>. De vraag is niet alleen relevant indien echtgenoten beslissen af te zien van elke onderhoudsaanspraak. Het valt immers te voorzien dat een dergelijk nihilbeding in vele landen niet zomaar aanvaard zal worden. Ook indien echtgenoten in hun contract een niet-wijzigingsbeding wensen op te nemen, de betaling van een eenmalig bedrag in plaats van een periodieke uitkering verkiezen of anderzijds wensen af te wijken van de wettelijke maatstaven inzake alimentatie, is het belangrijk om dit beding aan het toepasselijk recht te toetsen. Diversiteit is immers troef inzake alimentatie.

282. In deze bijdrage worden aanspraken op alimentatie buiten elke overeenkomst tussen partijen verder niet besproken. De focus zal integraal liggen op het recht dat op onderhoudsafspraken tussen echtgenoten toepassing vindt. Deze thematiek sluit immers nauwer aan bij de *estate planning*-praktijk, waar de aandacht niet zozeer naar de *default rule* gaat, doch eerder naar de ruimte die aan partijen gelaten wordt om hun eigen weg te gaan.

283. Vanuit *estate planning*-perspectief wordt er weliswaar niet vaak aandacht geschonken aan mogelijke onderhoudsaanspraken<sup>26</sup>. Deels kan dit verklaard worden doordat (toekomstige) echtgenoten vaak niet bereid zullen zijn om over dergelijke aanspraken afspraken te maken, nu het onderwerp te dicht bij een scheiding ligt<sup>27</sup>. Het lijkt ons echter nuttig om deze aanspraken binnen de grote waaier van vermogensrechtelijke afspraken tussen echtgenoten een plaats te geven. Vanuit pragmatisch oogpunt is er immers veel te zeggen voor een globaal aanpak. Dit is in eerste instantie zo omdat het begrip alimentatie vele ladingen dekt en voor een deel ook de toekomstige pensioenrechten van de echtgenoten

<sup>25</sup> Over procesrechtelijke vragen, zoals de internationale bevoegdheid van rechtbanken, wordt hierna niet ingegaan. Om te bepalen welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van een onderhoudsvordering dient men in eerste instantie de bepalingen van de Verordening "Brussel 1" (Verord. Raad (EG) nr. 44/2001, 22 december 2000, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken) te raadplegen. In de verhoudingen met Zwitserland en Noorwegen is ook het Verdrag van Lugano (verdrag 16 september 1988, betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken) relevant. Deze instrumenten zijn tevens relevant om te oordelen of er gevolg dient te worden gegeven aan een buitenlands uitspraak m.b.t. een onderhoudsaanspraak. Voor beslissingen uitgesproken door niet EU-rechters zal men tevens het verdrag van 15 april 1958 nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen over onderhoudsverplichtingen jegens kinderen raadplegen. Vanaf juni 2011 zal een nieuwe Europese verordening van kracht worden, die tussen de lidstaten van de EU alle procesrechtelijke vragen regelt (Verord. 4/2009, 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, *Pb.L.* 7/1).

<sup>26</sup> De topic komt in het *Handboek Estate Planning* (A. VERBEKE (ed.), Larcier,) niet voor.

<sup>27</sup> Bij een tweede huwelijk zal men wellicht minder huiverig zijn om een dergelijk akkoord te sluiten.

dekt<sup>28</sup>. In vele gevallen vertegenwoordigen deze rechten een niet onbelangrijk deel van het vermogen van de partijen. Bovendien, en vooral, dringt een globale benadering zich op omdat de toekenning van eventuele alimentatieaanspraken nauw verweven is met de verdeling van het vermogen tussen echtgenoten. In een aantal landen wordt er immers geen onderscheid gemaakt tussen alimentatieaanspraken en verdeling van het vermogen<sup>29</sup>. Waar het onderscheid wel bestaat, wordt er bij een wijziging van het huwelijksvermogensregime niet zelden rekening gehouden met de mogelijke onderhoudsaanspraken bij een echtscheiding. Zoals reeds door anderen genoteerd<sup>30</sup>, dient men te vermijden dat beslissingen over alimentatieaanspraken de zorgvuldig onderhandelde afspraken tussen echtgenoten over de verdeling van het vermogen doorkruisen. Dit pleit voor een gezamenlijk aanpak van alle vermogensrechtelijke verhoudingen.

284. Om het lot van grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten vast te stellen zal eerst worden stilgestaan bij de vraag of (toekomstige) echtgenoten hun akkoord aan een door gekozen recht mogen onderwerpen (1). Daarna wordt aandacht besteed aan een aantal beperkingen die dergelijke akkoorden op de helling kunnen zetten (2).

## **1. De opmars van de wilsautonomie: de zekerheid van het gekozen recht**

### **A. De aanknopng van alimentatievordering rechtsvergelijkend bekeken**

285. Anno 2010 zijn er rechtsvergelijkend verschillende systemen voor de aanknopng van grensoverschrijdende onderhoudsaanspraken. In de meeste landen worden dergelijke aanspraken *autonoom* aangeknoopt, d.w.z. dat ze niet meer automatisch aan het recht worden onderworpen dat toepassing vindt op de familierechtelijke betrekking waaruit de alimentatieaanspraak voortvloeit<sup>31</sup>. Dit laat toe om voor de aanknopng van onderhoudsaanspraken eigen materieelrechtelijke doelstellingen te volgen<sup>32</sup>. In een aantal landen wordt de onderhoudsvordering aan het recht onderworpen dat op de echtscheiding toepassing vindt. Deze accessoire aanknopng wordt in artikel 8 van het Haags Onderhoudsverdrag weerhouden, dat in een behoorlijk aantal landen in wer-

<sup>28</sup> Men denkt aan het *Versorgungsungleich* van Duits recht of de *prévoyance sociale* van het Zwitsers recht. In de Belgische echtscheidingspraktijk worden aanvullende pensioenrechten al te vaak vergeten bij het vastleggen van de onderhoudsuitkering. Dit kan deels worden verklaard door het ontbreken van enige wettelijke regeling over deze vraag. Zie de studie van Y. STEVENS en K. DE WITTE, *De verdeling van pensioenrechten bij scheiding*, Instituut Sociaal recht, 2010, 81 p.

<sup>29</sup> Zie voor het Engels recht HvJ 27 februari 1997, *van den Boogaard v. Laumen*, zaak C-220/95, *Jur.* 1147.

<sup>30</sup> Zie recent F. SWENNEN, *art.cit.*, *TPR* 2008, (1287), 1290, nr. 3.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

king is<sup>33</sup>. In andere landen wordt verwezen naar het recht van de verblijfplaats van de schuldeiser<sup>34</sup>. Enkele landen zweren bij de toepassing van de *lex fori* op alimentatievorderingen<sup>35</sup>.

Elke van deze aanknopingen heeft zijn voor- en nadelen: de aanknoping aan het recht dat op de echtscheiding toepassing vindt, steunt op het idee dat de onderhoudsprak bij een echtscheiding onlosmakelijk met de schuldvraag verbonden is<sup>36</sup>. De aanknoping aan de wet van de verblijfplaats van de schuldeiser is

- <sup>31</sup> Hetgeen wel het geval was in vele landen tot de jaren 1960. Zie bv. P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, Polydore Pée, 1947, 435, nr. 373. Met de inwerkingtreding van het Haags Verdrag van 1973 is een merkwaardige evolutie ontstaan: terwijl het verdrag zelf bepaalt dat de beslissingen die toepassing van het verdrag worden gegeven, “niet het bestaan van een der [familie-rechtelijke] betrekkingen raken” op grond waarvan alimentatie toegekend wordt (art. 2 lid 2), wordt in de rechtspraak gesteld dat de vraag of er tussen partijen een voldoende familiale band bestaat, ook mee door de wet moet worden beheerst die op de alimentatievordering toepassing vindt. Zie de rechtspraak aangehaald door H. MUIR WATT en D. BUREAU, *Droit international privé*, II, PUF, 2007, 191, nr. 789. Deze evolutie wordt bijzonder fel bekritiseerd o.a. door Y. LEQUETTE, “De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille”, *Internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, 245-263.
- <sup>32</sup> De verzelfstandiging van de aanknoping van alimentatieaanspraken leidt evenwel tot nieuwe problemen, zoals de moeilijkheden die kunnen rijzen wanneer deze aanspraken aan een ander recht worden onderworpen dan het recht dat op de familierechtelijke betrekking toepassing vindt. Hieruit kunnen kortsluitingen ontstaan, zoals door Martiny aangegeven (D. MARTINY, “Maintenance obligations in the conflict of laws”, *Rec.cours* 1994-III, vol. 247, (131) 173-175).
- <sup>33</sup> O.a. in Frankrijk, Duitsland, Nederland, Luxemburg, Spanje, Italië, Portugal en Zwitserland.
- <sup>34</sup> Dit is o.a. het geval in België, zie art. 74 IPR-Wetboek. Ook het Haags Onderhoudsprotocol (zie *infra*) verwijst naar het recht van de verblijfplaats van de onderhoudsschuldeiser (art. 3).
- <sup>35</sup> Dit is het geval in Engeland, minstens voor de alimentatievordering tussen ex-echtgenoten, zie J.J. FAWCETT, J.M. CARRUTHERS en P.M. NORTH, *Cheshire, North and Fawcett on Private international Law*, OUP, 2008, 1068. Het is tekenend dat Dicey en Morris in hun bespreking van de “Financial relief” het slechts hebben over de internationale bevoegdheid van de Engelse rechtbanken en de bespreking van het toepasselijk recht in het geheel achterwege laten: L. COLLINS *et al.* (ed.), *Dicey & Morris on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2000, rule 86, 769 e.v. In de rechtspraak gaat de meeste aandacht inderdaad naar de vraag of de Engelse rechtbanken al dan niet rechtsmacht bezitten, in het bijzonder indien een buitenlandse rechter zich al over de verdeling van de goederen van de echtgenoten uitgesproken heeft (zie bv. *A v. S (Financial Relief After Overseas US Divorce and Financial Proceedings)*, [2002] EWHC 1157 – de Engelse High Court beslist om de vordering van een ex-vrouw voor bijkomende “financial relief” in overweging te nemen, terwijl een Texaanse rechtbank zich reeds over de financiële gevolgen van de scheiding uitgesproken had). Martiny vermeldt ook dat de *lex fori* in een aantal landen toegepast wordt op onderhoudsaanspraken in het kader van kortgedingprocedures, wanneer de nood om zich op korte termijn uit te spreken het niet mogelijk maakt om buitenlands recht op te sporen (D. MARTINY, *op.cit.*, 171-172).
- <sup>36</sup> Hiermee kunnen ongerijmdheden worden vermeden, die bv. aan het licht kwamen in het arrest van het Hof van Cassatie d.d. 26 mei 2006 (RTDF 2006, 1101, noot M. FALLON en N. DANDROY). In casu had een Zweedse rechtbank de echtscheiding van twee Belgen op grond van Zweeds recht uitgesproken. Conform het Zweeds recht had de rechtbank niet gepreciseerd lastens wie de scheiding uitgesproken was. Later vorderde de vrouw de veroordeling van haar ex-man tot betaling van onderhoudsgeld. Deze vordering moest, krachtens de rechtspraak van Cassatie, aan Belgisch recht worden getoetst. Volgens de toen geldende versie van art. 301 BW kon onderhoud slechts worden toegekend ten laste van de echtgenoot door wiens schuld de scheiding tot stand gekomen was. De appelrechters hadden het toenmalige art. 306 BW ruim geïnterpreteerd, in die zin dat de echtgenoot die in Zweden de scheiding gevraagd had, geacht moest worden aan de oorsprong van de scheiding te liggen. Hierop volgde casatie: volgens het Hof kon men uit het enkele feit dat een van de echtgenoten de scheiding in Zweden gevraagd had, niet afleiden dat deze echtgenoot geacht werd de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding wordt uitgesproken.

eerder ingegeven door de wens de schuldeiser te beschermen. Bovendien kan hiermee beter rekening worden gehouden met de actuele situatie van de crediteur en in het bijzonder zijn/haar noden<sup>37</sup>.

Hoewel de aanknopng aan de wet van de echtscheiding terrein verliest<sup>38</sup>, zal het vermoedelijk nog lang duren vooraleer er een algemene consensus groeit in het voordeel van de wet van de verblijfplaats van de onderhoudsschuldeiser. Deze situatie is niet bevredigend. De diversiteit van verwijzingsregels is op zich een bron van moeilijkheden<sup>39</sup>. Bij een scheiding kan deze diversiteit een echtgenoot ertoe aanzetten bepaalde rechtbanken te vatten, om de toepassing van een nationale wet te verzekeren<sup>40</sup>. Bovendien kan moeilijk worden voorspeld aan welke regels eventuele onderhoudsaanspraken zullen worden getoetst. Ook tussen landen die de alimentatievordering aan de wet van de verblijfplaats van de schuldeiser onderwerpen, is het bij het aangaan van een relatie niet mogelijk om met enige zekerheid te bepalen welk recht op een eventuele alimentatievordering toepassing zal vinden. Hoewel in een aantal systemen een bijzondere regel voorzien wordt die de verhuis van de onderhoudsschuldeiser neutraliseert<sup>41</sup>, kan de verplaatsing van de gewone verblijfplaats van de schuldeiser tot wijziging van de toepasselijke wet leiden. Indien echtgenoten op voorhand afspraken hebben gemaakt over eventuele onderhoudsaanspraken, kan dit voor problemen zorgen.

Voor de rechtszekerheid zou het derhalve beter zijn mochten echtgenoten de mogelijkheid hebben om op voorhand het recht vast te leggen aan de hand waarvan hun eventuele onderhoudsaanspraken worden getoetst. Hiermee zouden ze de zekerheid hebben dat hun afspraken in geval van uiteenvallen van het huwelijk slechts aan één welbepaalde wet zouden worden getoetst. Daarom dient

<sup>37</sup> Aanknopng aan de wet van de verblijfplaats van de schuldeiser laat ook toe om rekening te houden met eventuele socialezekerheidsvoorzieningen waarop de schuldeiser aanspraak kan maken. Het is immers algemeen bekend dat er een nauwe band is tussen alimentatieaanspraken en dergelijke voorzieningen die a.h.w. als communicerende vaten functioneren.

<sup>38</sup> In het recente Protocol van Den Haag (*infra*) worden de onderhoudsaanspraken primair aan de wet van de verblijfplaats van de onderhoudsschuldeiser aangeknoopt (art. 3). Er wordt slechts een bijzondere uitzonderingsclausule voorzien voor aanspraken tussen ex-echtgenoten (art. 5). De uitzondering wordt niet bedongen in het voordeel van de wet van de echtscheiding, doch eerder van de wet van de staat waar beide (ex-)echtgenoten verblijven.

<sup>39</sup> Naast de reeds vermelde aanknopngen verwijst Martiny in zijn rechtsvergelijkend overzicht ook naar de aanknopng naar keuze van de onderhoudsschuldeiser (met verwijzing naar een voorbeeld in het Frans IPR), en de aanknopng aan de wet die voor de onderhoudsschuldeiser het voordeligst is – *in favorem creditoris* (o.c., 179-183).

<sup>40</sup> In Europees verband laat de Verordening Brussel *Ibis* (Verord. 2201/2003) partijen in de meeste gevallen de keuze tussen verschillende rechtbanken.

<sup>41</sup> Volgens art. 74 § 1 lid 2 WIPR wordt de alimentatievordering aan de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen onderworpen, en niet aan de wet van de verblijfplaats van de onderhoudsschuldeiser, indien de schuldenaar in het land verblijft waarvan beide partijen afkomstig zijn.



## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

onderzocht te worden welke plaats in een aantal landen aan de wilsautonomie van de echtgenoten wordt gereserveerd.

### *B. Welke rol voor de wil der partijen bij de aanknopng van alimentatievorderingen?*

286. Kunnen echtgenoten vrij het recht kiezen dat op hun onderhoudscontract toepassing vindt? Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig. Vooreerst moet worden verduidelijkt dat een onderhoudscontract vanuit IPR-perspectief geen “gewoon” contract is. De algemene regels inzake contracten – met name de verwijzingsregels van de Rome I-Verordening – vinden op deze akkoorden geen toepassing<sup>42</sup>.

Rechtsvergelijkend is de autonomie inzake alimentatiecontracten een recente en bescheiden verworvenheid. Zo wordt in het belangrijkste verdrag inzake onderhoud – het Verdrag van Den Haag van 1973<sup>43</sup> – met geen woorden gerept over een eventuele rechtskeuze door partijen. Wellicht vindt deze lacune zijn oorsprong in het feit dat het verdrag slechts toepassing vindt op wettelijke onderhoudsaanspraken. De verdragsopstellers hebben bewust afgezien van elke verwijzing naar onderhoudsaanspraken *ex negotiis*<sup>44</sup>.

In het commune IPR van vele landen is er evenmin sprake van enige autonomie. Dit geldt natuurlijk in de landen die partij zijn bij het Haags Verdrag – zoals Italië en Duitsland<sup>45,46</sup>. Doch ook in andere landen wordt de rechtskeuzevrijheid

<sup>42</sup> Ook niet via de uitbreiding van art. 98 WIPR, vermits deze uitbreiding slechts werkt voor zover het wetboek niet in een bijzondere regel voorziet. Welnu art. 75 biedt precies zo'n regel, zoals hieronder zal worden verduidelijkt. Voor onderhoudsovereenkomsten buiten familieverband kan men wel naar de Europese verwijzingsregels verwijzen (S. BROUWERS, *op.cit.*, 144, nr. 258).

<sup>43</sup> In oktober 1973 werden twee bijzondere verdragen ondertekend te Den Haag m.b.t. onderhoudsaanspraken: het eerste verdrag ziet op de toepasselijke wet (verdrag 2 oktober 1973 m.b.t. de wet van toepassing op onderhoudsverplichtingen), het tweede op de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen m.b.t. onderhoudsaanspraken (verdrag 2 oktober 1973 inzake de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen over onderhoudsverplichtingen). België is partij noch bij het ene, noch bij het andere verdrag. België heeft wel een eerder verdrag geratificeerd: het verdrag van 24 oktober 1956 nopens de wet welke op onderhoudsverplichtingen jegens kinderen toepasselijk is.

<sup>44</sup> Zie de uitleg van M. VERWILGHEN, “Rapport explicatif”, *Actes et documents de la 12ème session de la Conférence de La Haye, IV, Obligations alimentaires*, Den Haag, Bureau Permanent de la Conférence, 433, nr. 120.

<sup>45</sup> Zie bv. OLG Karlsruhe, 24 augustus 1989, *FamRZ*, 1990, 313 – in casu ging het om een vordering door de Duitse dochter van een Indiaanse onderdaan, tot wijziging van reeds toegekende onderhoud. De dochter verbleef in de VS, terwijl de vader een kleine zaak in Duitsland uitbatte. Tijdens de zitting hadden beide partijen zich akkoord verklaard met de toepassing van Duits recht. Het OLG oordeelde echter dat er geen plaats was voor een rechtskeuze door partijen nu de verwijzingsregels in familierecht dwingend waren voorgeschreven. Het OLG liet evenwel de deur open voor een rechtskeuzemogelijkheid, doch alleen *wenn die Parteien durch ihre Vereinbarung das Unterhaltsrechtsverhältnis auf vertragliche Basis gestützt hätten*.

niet erkend. Tekenend is dat Martiny in zijn algemene bespreking van grensoverschrijdende alimentatievorderingen slechts zeer kort naar de mogelijke rol van wisautonomie verwijst<sup>47</sup>.

Recent is de aandacht voor eventuele wilsautonomie bij de aanknoping van onderhoudsvorderingen echter toegenomen. Dit valt in eerste instantie te danken aan de ruimte die het verdrag van 1973 aan de verdragsstaten laat. Zoals aangestipt, spreekt het verdrag zich niet uit over conventionele onderhoudsaanspraken. De vraag rees of hieruit mocht worden afgeleid dat het verdrag de verdragsstaten de ruimte geeft om zelf de verwijzingsregel te selecteren die op dergelijke aanspraken toepassing vindt, vermits deze aanspraken niet onder het verdrag vallen.

287. De Hoge Raad heeft zich in 1997 over deze vraag gebogen<sup>48</sup>. De merkwaardige zaak betrof de gevolgen van een echtscheiding tussen twee Iraanse echtgenoten. Nadat het hof van beroep de echtscheiding uitgesproken had op grond van Iraans recht<sup>49</sup>, rees de vraag aan welk recht de alimentatievordering van de vrouw moest worden onderworpen. Krachtens artikel 8 Haags Alimentatieverdrag<sup>50</sup> moest Iraans recht toepassing vinden, hetgeen de echtgenoot ook ten voordeel strekte<sup>51</sup>. Het hof koos echter voor de toepassing van Nederlands

<sup>46</sup> Zie ook de situatie in Zwitserland: art. 49 van de Zwitserse IPR-Wet van 1987 bepaalt dat onderhoudsaanspraken tussen echtgenoten door het verdrag beheerst worden. Het wetsvoorstel tot algehele codificatie van het Nederlands IPR volstaat ook met een eenvoudige verwijzing naar het Haags Verdrag van 1973 (art. 116 wetsvoorstel nr. 32 137 – Vaststelling en invoering van boek 10 (internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek). In de toelichting wordt evenwel verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 1997 (zie hieronder), met de mededeling dat daarin geoordeeld werd dat “art. 8 van het verdrag van 1973 onder zekere voorwaarden niet in de weg staat aan een rechtskeuze ter zake van het op de alimentatieverplichtingen van ex-echtgenoten toepasselijke recht” (Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 137, nr. 3, p. 67). Een eerdere versie van de consolidatiewet was explicieter op dit punt en bepaalde uitdrukkelijk dat het recht dat ingevolge de verwijzing naar het Haags Verdrag van 1973 toepassing vond “niet toepasselijk is ten aanzien van overeenkomsten betreffende levensonderhoud en voorlopige voorzieningen in zaken van echtscheiding of scheiding van tafel en bed” (art. 2.6.5 § 2 voorontwerp van wet houdende consolidatie van regelgeving betreffende het internationaal privaatrecht van 1 mei 2001).

<sup>47</sup> *Op.cit.*, 185-186.

<sup>48</sup> HR 21 februari 1997, NJ nr. 416, 2352, aantekeningen T. DE BOER.

<sup>49</sup> Iraans recht was van toepassing op grond van de gemeenschappelijke nationaliteit van echtgenoten (art. 1 lid 1, a Wet Conflictenrecht Echtscheiding). De man had echter ook de Nederlandse nationaliteit. Dit verklaart wellicht waarom het hof het nodig vond om de toepasselijkheid van Iraans recht mede te steunen op het feit dat partijen hiervoor gekozen hadden.

<sup>50</sup> Art. 8 van het verdrag knoopt de onderhoudsaanspraken van ex-echtgenoten aan het recht dat toepassing vindt op hun echtscheiding. Deze regel vindt zijn oorsprong in de wens van een groot aantal staten om de alimentatieaanspraken niet los te koppelen van de scheiding, om incoherenties te vermijden. Deze redenering past evenwel slechts in een systeem waarbij de alimentatievraag gekoppeld is aan de scheiding en meer bepaald aan de schuldvraag. Sedert de jaren 1970 werd de alimentatievraag in een groot aantal staten losgekoppeld van de schuldvraag, zodat de regeling van art. 8 een groot deel van haar legitimatie verloren heeft.

<sup>51</sup> Volgens Iraans recht moest de vrouw, nu de echtgenoten geen kinderen hadden, naar haar familie terugkeren en had ze derhalve geen recht op alimentatie.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

recht nadat het de echtgenoten gehoord had. Blijkbaar hadden de echtgenoten tijdens de comparitie gezamenlijk voor de toepassing van Nederlands recht gekozen.

In cassatie voerde de man aan dat het hof artikel 8 van het Alimentatieverdrag miskend had nu deze bepaling de toepassing voorschreef van Iraans recht. In zijn conclusie ging advocaat generaal Strikwerda hiermee akkoord. Nadat hij eerst vastgesteld had dat partijen geen alimentatieovereenkomst gesloten hadden, concludeerde hij dat de vraag of een dergelijke overeenkomst al dan niet binnen het materieel toepassingsgebied van het verdrag valt, derhalve niet aan de orde was. Nu het toepasselijk recht strikt op grond van artikel 8 van het verdrag moest worden bepaald, concludeerde Strikwerda dat het hof ten onrechte had geoordeeld dat de echtgenoten zich door een keuze voor het Nederlands recht hadden kunnen onttrekken aan de toepassing van het Iraans recht.

De Hoge Raad verwierp echter de voorziening. Uitgangspunt van de Raad was dat het Alimentatieverdrag “geen bepaling [bevat] die uitsluitel geeft over de betekenis van een gezamenlijke rechtskeuze”<sup>52</sup>. Daar waar Strikwerda voorgesteld had om het debat over de erkenning van de rechtskeuze buiten het verdrag te houden, ging de Raad na, nadat hij eerst genoteerd had dat de “vraag in hoeverre partijen door middel van een gezamenlijke rechtskeuze van de regels van het verdrag kunnen afwijken”<sup>53</sup> tijdens de totstandkoming van het verdrag niet aan de orde was geweest, of het erkennen van een rechtskeuzemogelijkheid de doelstellingen van het verdrag in het gedrang zou brengen – en in het bijzonder de koppeling tussen onderhoudsverplichting en schuld aan de echtscheiding die de essentiële grondslag van artikel 8 vormt. Na enkele omzwervingen langs de verschillende bezwaren die de rechtskeuze met zich meebrengt<sup>54</sup>, besloot de Raad dat de erkenning van een rechtskeuzemogelijkheid met het verdrag kon worden verzoend.

Met dit arrest heeft de Hoge Raad de werking van het omstreden artikel 8 van het Haags Verdrag gedeeltelijk beperkt. Het arrest van de Hoge Raad is op een aantal punten zeer opmerkelijk<sup>55</sup>. Wat er ook van zij, de beslissing van de Hoge

<sup>52</sup> R.o. 3.2, p. 2356.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> De Raad merkte o.a. op dat de rechtskeuze “in het personen- en familierecht... geen uitzonderlijke figuur meer is” (r.o. 3.2 *in fine*).

<sup>55</sup> Niet in het minste omdat de Hoge Raad de indruk wekt dat de erkenning van de rechtskeuzemogelijkheid ingegeven werd door de wens aan het te strakke keurslijf van art. 8 te ontsnappen. Zo noteerde de Raad dat “*de regel van art. 8 ... wordt in de praktijk door velen als te strak ervaren*” (r.o. 3.4 *in fine*). Hoewel de Raad lijkt te suggereren dat hij zich slechts uitspreekt over een vraag die buiten het verdrag werd gehouden, is het de Raad bij nader inzien vooral te doen om de werking van één van de kernregels van het verdrag te beperken.

Raad is al bij al een beperkte erkenning van de rechtskeuze. *In fine* heeft de Hoge Raad immers slechts een beperkte rol aan de wilsautonomie toegekend. Zoals door de Raad opgevat, kan artikel 8 van het verdrag immers slechts terzijde worden geschoven door *een keuze door de echtelieden van het recht van het land waar zij reeds lange tijd hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats hebben, zodat zij geacht kunnen worden met de rechtssfeer daarvan te zijn verbonden, en dat tevens het recht is van de rechter die over de alimentatieverplichting oordeelt*<sup>56</sup>. Er kan worden getwijfeld of de beslissing van de Hoge Raad als basis kan dienen voor de keuze van een ander recht dan de *lex fori*<sup>57</sup>. Bovendien moet wellicht worden aanvaard dat de Hoge Raad zicht slechts ten voordele van een rechtskeuze *ten processe* heeft uitgesproken. Het is onduidelijk of de beslissing van de Hoge Raad ook als steun zou kunnen dienen voor een keuze in een con-  
venant<sup>58</sup>.

288. In Frankrijk heeft de recente rechtspraak eveneens de rechtskeuze “ten processe” (zgn. *accord procédural*) aanvaard, waarbij partijen de keuze stellen tijdens de loop van een gerechtelijke procedure. In een arrest uitgesproken n.a.v. de echtscheiding van twee Marokkaanse echtgenoten heeft het Hof van Cassatie erkend dat partijen een keuze konden laten gelden voor het Franse recht<sup>59</sup>. Het is nog onduidelijk of een dergelijke keuze slechts voor de *lex fori* kan gelden, dan

<sup>56</sup> R.o. 3.3.

<sup>57</sup> Volgens de Boer moet gelet op de argumenten die de Hoge Raad gebruikt, worden besloten dat “de mogelijkheid van een rechtskeuze voor buitenlands recht volledig uitgesloten” lijkt (annotatie, NJ 2360).

<sup>58</sup> In r.o. 3.2. heeft de Hoge Raad eerst genoteerd dat “het verdrag de nationale rechter vrijlaat het verdrag en met name art. 8 ook toe te passen op dergelijke overeenkomsten, maar dat het hem daartoe niet dwingt”. Verder suggereert de Hoge Raad dat overeenkomsten waarbij echtgenoten de gevolgen van een echtscheiding regelen buiten de werkingssfeer van het verdrag vallen (r.o. 3.3. *in fine*). De Boer heeft sterk betreurd dat de Raad zijn uitspraak tot de hypothese van een rechtskeuze ten processe heeft beperkt. De Boer argumenteerde: “Ik zie niet in waarom de wijze waarop partijen hun rechtsverhoudingen hebben willen regelen – vóór aanvang van de procedure (in een convariant) of tijdens een comparitie..., door een regeling ten gronde, door een afspraak over het toepasselijke recht of door een combinatie van beide – bepalend zou moeten zijn voor de toepasselijkheid van het verdrag” (p. 2359).

<sup>59</sup> Cass. fr. (1<sup>ste</sup> civ.) 11 maart 2009, *Dr.fam.* juni 2009, 35, aantekeningen M. FARGE. In casu werd aan het hof van beroep verweten toepassing te hebben gemaakt van het Franse recht op de vraag naar onderhoudsgeld van een Marokkaanse dame, dit terwijl de echtscheiding op grond van het Marokkaans recht uitgesproken was geweest en, krachtens art. 8 Haags Onderhoudsverdrag van 1973, de gevolgen van de echtscheiding aan het recht onderworpen zijn dat op de echtscheiding toepassing vindt. Het Hof heeft hierop geantwoord dat *s’agissant de droits disponibles, les époux peuvent convenir que soit appliqué le droit français*.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

wel ook op een andere wet kan slaan<sup>60</sup>. In de rechtsleer werd ook een lans gebroken voor een ruimere autonomie<sup>61</sup>.

289. Bij de codificatie van het Belgisch IPR werd verder gegaan<sup>62</sup>. Artikel 75 WIPR laat partijen toe het recht te kiezen dat op hun onderhoudscontract toepassing vindt<sup>63</sup>. De draagwijdte van deze bepaling is niet eenvoudig vast te stellen. Vast staat dat met artikel 75 WIPR een keuze van recht in het kader van een alimentatieconvenant mogelijk is. Bovendien is artikel 75 niet beperkt tot onderhoudscontracten tussen echtgenoten. Ook overeenkomsten tussen andere familieleden kunnen het voorwerp van een rechtskeuze uitmaken. Hiermee bevestigt het IPR-Wetboek zijn progressief karakter en sluit het aan bij de recentste ontwikkeling van het internationaal familierecht<sup>64</sup>. Anderzijds is niet duidelijk of uit artikel 75 WIPR ook kan worden afgeleid dat partijen een rechtskeuze ten processe mogen maken<sup>65</sup>. Verder wordt soms getwijfeld of artikel 75 ook toe-

<sup>60</sup> Zie de opmerkingen van M. FARGE, noot onder het arrest, in het bijz. p. 37.

<sup>61</sup> Audit pleitte onomwonden voor de mogelijkheid voor echtgenoten om het recht aan te wijzen dat op hun onderhoudscontract toepassing vindt, met als voorbehoud “la compatibilité de l'accord avec les lois respectivement applicables à l'obligation alimentaire, à l'autorité parentale et au divorce” (B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2006, 561, nr. 703). Zie ook de opmerkingen van C. CHALAS en C. BUTRUILLE-CARDEW, “Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires au divorce”, *JCP*, Ed. N, 2007, (1257), 1259, nr. 21 – volgens deze auteurs “le rattachement de la convention à la loi du régime matrimonial, donc à la loi d'autonomie, mérite donc... la réflexion”. Vgl. met het antwoord van de Franse regering op het Groen Boek van de Commissie inzake onderhoud: de Franse regering stelde toen: “L'hypothèse d'un choix de la loi par les parties en matière d'obligations alimentaires est dangereux et ne peut s'envisager, compte tenu de la matière et de la difficulté de s'assurer du libre exercice de ce choix par les parties du fait de contextes particuliers et de pressions pouvant difficilement être prouvées ou soulevées dans le cadre des procédures alimentaires.” (p. 7)

<sup>62</sup> In zijn proefschrift had prof. Carlier reeds voorgesteld om partijen toe te laten het recht te kiezen dat op hun onderhoudsaanspraken toepassing vindt (*Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, 334, nr. 335). Carlier stelde wel voor om een beperking in te bouwen, hetzij op het model van art. 5 Europees Overeenkomstenverdrag (thans art. 6 Rome I-Verordening), hetzij op grond van de openbareorde-exceptie.

<sup>63</sup> Deze regel kan slechts toepassing vinden op alimentatieovereenkomsten gesloten na de inwerkingtreding van het IPR-Wetboek (te weten op 1 oktober 2004). Voor overeenkomsten gesloten vóór deze datum kan een rechtskeuze evenwel toch gevalideerd worden op grond van art. 75. Art. 127 § 2 IPR-Wetboek laat immers toe dat een rechtskeuze gemaakt vóór het IPR-Wetboek, door de regels van het wetboek gevalideerd wordt. Zie de opmerkingen van F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 654, nr. 12.185.

<sup>64</sup> Zie de opmerking van prof. Bonomi in het toelichtend verslag m.b.t. het Haags Protocol van 2007 (waarover meer *infra*): “Cette solution correspond à une forte tendance sur le plan international à reconnaître la liberté de choix de la loi applicable, même dans des domaines dont elle était traditionnellement écartée” (28, nr. 109).

<sup>65</sup> Een rechtskeuze ten processe onderscheidt zich van een keuze in een contract omdat het eerste “sec” gebeurt, zonder dat partijen tevens inhoudelijke afspraken maken. Art. 75 viseert slechts onderhoudsovereenkomsten. In de rechtspraak werd daarom reeds aangenomen dat er onder het IPR-Wetboek geen plaats is voor een keuze ten processe (Luik 10 mei 2005, *RTDF* 2006, 1170, met instemmende noot van M. FALLON). Vanuit pragmatisch oogpunt kan moeilijk worden aanvaard dat de wilsautonomie slechts geldt voor onderhoudsovereenkomsten zonder dat partijen de mogelijkheid krijgen om een keuze ten processe te maken.

passing kan vinden indien de overeenkomst een onderhoudsverplichting betreft die haar oorsprong in de wet vindt<sup>66</sup>.

Het volstaat echter niet dat een land de mogelijkheid opent voor partijen om het recht te kiezen dat op een bepaalde rechtsverhouding toepassing vindt. Als de rechtskeuze in andere landen niet gehonoreerd wordt, bewijst dit slechts een zeer beperkte dienst aan de betrokken partijen. Dit is al voldoende gebleken inzake nalatenschappen: daar waar artikel 79 WIPR de *professio iuris* toelaat, wordt een rechtskeuze door de erflater in vele landen toegelaten, noch erkend. Dit beperkt in zeer grote mate de exporteerbaarheid van een testament opgesteld in België aan de hand van de Belgische verwijzingsregels. Zoals voor testamenten, kan de oplossing alleen komen van de eenmaking van de verwijzingsregels.

290. Inzake onderhoudsaanspraken is deze oplossing binnen handbereik. In 2007 heeft de Haagse Conferentie een protocol opgesteld, dat de verwijzingsregels inzake onderhoudsaanspraken op een vernieuwende manier regelt<sup>67</sup>. Het protocol, dat recent door de Europese Unie bekrachtigd is geweest<sup>68</sup>, voorziet in de mogelijkheid voor partijen om het recht te kiezen dat op hun onderhoudscontracten toepassing vindt.

<sup>66</sup> Zo schrijven Rigaux en Fallon dat art. 75 “*ne vaut ... que si l’obligation dont l’exécution est invoquée trouve sa source dans le contrat et non dans la loi*” (*op.cit.*, 661, nr. 12.192). Hiermee zouden alle overeenkomsten worden uitgesloten waarmee partijen afspraken maken over de modaliteiten van een wettelijke onderhoudsplicht – bv. een niet-herzieningsbeding tussen ex-echtgenoten. Deze beperking lijkt ons niet te kunnen worden aanvaard, gelet op de tekst van art. 75. In deze bepaling is duidelijk sprake van een overeenkomst “tot verstrekking van onderhoud voortvloeiend uit ouderschap, huwelijk of verwantschap”. Hiermee heeft de wetgever klaarblijkelijk de meest courante onderhoudsverplichtingen willen viseren, die door de wet kunnen worden toegekend. Bovendien is er geen reden om geen rechtskeuze toe te laten wanneer partijen een reeds bestaande onderhoudsplicht contractueel willen modaliseren.

<sup>67</sup> Het protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, is in eerste instantie bedoeld om het Haags Onderhoudsverdrag van 1973 te vervangen. Zoals in 1973 werden in Den Haag twee onderscheiden instrumenten opgesteld: een verdrag (dat ziet op de procesrechtelijke vragen, met name de internationale bevoegdheid van rechtbanken, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en de administratieve samenwerking – Verdrag inzake de internationale inning van levensonderhoud voor kinderen en andere familieleden) en een protocol, waarin eengemaakte verwijzingsregels opgenomen worden. Daar waar het verdrag voor de Europese lidstaten slechts belang zal hebben voor de verhoudingen met derde staten, zal het protocol (wanneer het in werking treedt) het gemeen recht worden om het toepasselijk recht inzake ??? alimenten te bepalen.

<sup>68</sup> Het is de eerste keer dat de Europese Unie een Haags verdrag zelf ondertekent en bekrachtigt. Tot nu toe moesten de lidstaten van de Unie de Haagse verdragen ondertekenen. Op 3 april 2007 is de Europese Unie lid geworden van de Haagse Conferentie. De relatie tussen de Haagse instrumenten en de recente Europese Alimentatieverordening (*supra*, noot 24) zijn complex. De verordening primeert op de Haagse instrumenten voor de verhoudingen tussen de lidstaten onderling. Voor de bepaling van het toepasselijke recht hebben de Europese lidstaten evenwel naar het reeds genoemde Haagse Protocol verwezen. Zie algemeen J. VERHELLEN en H. STORME, “Actualia ipr. Erkenning van buitenlandse beslissingen en akten en nieuw Europees en internationaal ipr inzake onderhoudsverplichtingen en minderjarigen” in P. LECOCQ *et al.* (ed.), *Rechtskroniek voor de Vrede- en Politiechters 2010*, die Keure, 2010, (45), 70-85.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

291. Het protocol onderscheidt twee soorten akkoorden: enerzijds het *accord procédural* en anderzijds het *accord préalable*. De eerste vorm is in wezen niets anders dan een rechtskeuze ten processe: als tussen 2 partijen een procedure hangend is met als inzet een onderhoudsschuld, mogen partijen een rechtskeuze doen<sup>69</sup>. Artikel 7 lid 1 beperkt deze keuze tot het recht van de geadieerde rechter<sup>70</sup>. De keuze ten processe is in wezen niets anders dan de bevestiging in grensoverschrijdende zaken dat echtgenoten over hun rechten mogen beschikken eens de echtscheidingsprocedure ingeleid is. Het is derhalve niet meer dan logisch dat een dergelijke keuzebevoegdheid erkend wordt.

Het *accord préalable* gaat veel verder: artikel 8 van het protocol bevestigt de mogelijkheid voor partijen om *te allen tijde* het recht te kiezen dat eventuele onderhoudsaanspraken regeert. Dit kan gebeuren los van een procedure, zonder enige beperking in de tijd. Zoals onder het IPR-Wetboek is er derhalve ruimte om een keuze te maken zowel vóór als tijdens een huwelijk. Als bevestiging van de wilsautonomie kan deze internationale erkenning tellen.

Het valt te verwachten dat de rechtskeuzevrijheid in de nabije toekomst de regel zal worden. Echtgenoten of toekomstige echtgenoten zullen derhalve het recht mogen kiezen dat hun onderhoudscontract regeert<sup>71</sup>. Dankzij de rechtskeuze kunnen de echtgenoten de garantie hebben dat hun afspraken in geval van scheiding gehonoreerd zullen worden, ook indien ze later verhuizen<sup>72</sup>. Zoals in andere familierechtelijke overeenkomsten is de rechtskeuze slechts een instrument dat volledig ten dienste staat van de inhoud van het contract. De rechtskeuze beoogt alleen de overige afspraken tussen partijen te valideren en veilig te stellen. Een dergelijke keuze zou ook kunnen worden gecombineerd met de rechtskeuze van de echtgenoten in hun huwelijkscontract<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Art. 7 lid 2 van het protocol laat de mogelijkheid open dat partijen een rechtskeuze doen vooraleer een procedure wordt ingeleid. Hiermee vervaagt de grens met de eigenlijke rechtskeuze. Zie over het regime van de twee mogelijkheden de opmerkingen van A. BONOMI, *op.cit.*, 29, nr. 117.

<sup>70</sup> Volgens art. 7, "... *le créancier et le débiteur d'aliments peuvent, uniquement pour les besoins d'une procédure particulière se déroulant dans un État donné, désigner expressément la loi de cet État pour régir une obligation alimentaire*".

<sup>71</sup> Zie de voorstellen van clauses door M. MUYLLE, "Veilig laveren tussen ijsbergen. Enkele clauses als compas voor een behouden tocht" in C. CASTELEIN *et al.* (eds.), *Notariële clauses. Liber amicorum Prof. J. Verstraete*, Intersentia, 2007, (577), 587.

<sup>72</sup> Zoals terecht onderstreept door prof. Bonomi in zijn toelichting op het Haags Protocol. Bonomi verantwoordt de mogelijkheid van rechtskeuze als volgt: "*Le choix de la loi applicable est particulièrement utile dans les relations entre époux, lorsque ces derniers concluent, avant ou en cours de mariage, une convention relative aux obligations alimentaires pendant le mariage et/ou après divorce. Grâce au choix, la loi applicable à l'obligation alimentaire est déterminée à l'avance, ce qui évite que la validité de la convention puisse être remise en question par la suite dans le cas d'un changement de résidence habituelle des époux ou de l'époux créancier*" (30, nr. 126).

<sup>73</sup> Op grond van art. 49 WIPR.

Hiermee is althans voor de nabije toekomst aangetoond dat echtgenoten de mogelijkheid hebben om het recht te kiezen dat op hun alimentatieafspraken toepassing vindt. Rest nog de vraag of hun akkoord uitwerking zal krijgen.

## 2. De beperkingen: de illusie van de rechtskeuze?

292. De recente opmars van de wilsautonomie inzake onderhoudscontracten is een feit. De toekomstige inwerkingtreding van het Haags Protocol zal het eenvoudiger maken om echtgenoten te adviseren, die afspraken wensen te maken over eventuele onderhoudsuitkeringen. De deur zal ook worden geopend om dergelijke contracten naast huwelijkscontracten en eventuele schenkingen in een “huwelijkspackage” op te nemen. De vraag dient evenwel te worden gesteld of de mogelijkheid voor echtgenoten om hun alimentatieconvenant aan een bepaald recht te onderwerpen, niet als een illusie beschouwd moet worden. Naar huidig en komend recht wordt de rechtskeuzevrijheid immers sterk beperkt. Hierna wordt onderzocht in welke mate deze beperkingen de rechtskeuzevrijheid, en de rechtszekerheid die hiermee gepaard gaat, op de helling zetten.

### A. Een beperkte keuzemogelijkheid

293. De wilsautonomie is een recente verworvenheid inzake alimentatieafspraken. Wanneer partijen de mogelijkheid geboden wordt om het toepasselijk recht te selecteren, moet men vaststellen dat deze vrijheid sterk gekaderd wordt. Dit gebeurt in eerste instantie door de keuze slechts tussen welbepaalde rechtssystemen toe te laten.

De beperkingen lopen grotendeels parallel in het WIPR en in het Haags Protocol. In de twee regimes wordt de vrijheid van rechtskeuze aan banden gelegd. Er is met name geen sprake van een vrije keuze tussen alle mogelijke rechtssystemen. De echtgenoten mogen slechts uit een beperkte lijst kiezen. De techniek is niet nieuw. Ook in het huwelijksvermogensrecht en in het erfrecht wordt de *professio iuris* op een gelijkaardige manier ingeperkt<sup>74</sup>.

Aldus mogen echtgenoten een keuze maken voor het recht van de staat waarvan één van hen de nationaliteit bezit, ofwel voor het recht van de staat waar één van hen gewoonlijk verblijft. Hiermee kunnen de echtgenoten in de meeste gevallen al uit twee verschillende wetgevingen kiezen. Twee Duitse onderdanen die in

<sup>74</sup> In het Frans wordt in dit verband een onderscheid gemaakt tussen de *choix de loi* en de *option de loi*.



## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

België verblijven, alwaar ze wensen te trouwen, zullen hun afspraken zowel aan het Duits als aan het Belgisch recht kunnen onderwerpen.

Dat de keuze van de echtgenoten op het recht van hun nationaliteit of van hun verblijfplaats mag slaan, kan zonder problemen aanvaard worden. Indien de echtgenoten niet reeds vertrouwd zijn met de vereisten en beperkingen van deze wetten, zullen ze minstens een zekere band met deze rechtsstelsels voelen. Bovendien zal de raadsman die hen bij het opstellen van het contract bijstaat, niet overdreven veel moeilijkheden ondervinden om de inhoud van het gekozen recht te bepalen.

294. Het Haags Protocol voegt twee bijkomende mogelijkheden toe aan de lijst van wetten waartussen de (toekomstige) echtgenoten mogen kiezen. De keuze van de echtgenoten kan ook slaan op de wet die op hun huwelijksvermogen toepassing vindt<sup>75</sup>. De echtgenoten mogen ook het recht kiezen dat op hun echtscheiding toepassing vindt<sup>76</sup>. Deze mogelijkheden doen vele vragen rijzen, niet in het minste omdat ze de draagwijdte van de keuze afhankelijk stellen van de inhoud van de nationale verwijzingsregels<sup>77</sup>. Zoals door Bonomi terecht wordt onderstreept, wegen dit en andere nadelen niet op tegen het voordeel dat een globale keuze van één recht met zich brengt voor alle aspecten van de scheiding tussen echtgenoten<sup>78</sup>. De bijkomende keuzemogelijkheden laten immers toe dat de echtgenoten hun afspraken m.b.t. de verschillende vragen die bij een scheiding opduiken – alimentatie, vereffening van het huwelijksvermogen en de echtscheiding zelf – aan één enkel recht onderwerpen<sup>79</sup>.

Het Haags Protocol bouwt ook een aantal veiligheidsklepjes in de verwijzingsregel. Zo dient de keuze schriftelijk te gebeuren. Van een impliciete rechtskeuze kan er dus geen sprake zijn. Het IPR-Wetboek gaat minder ver. Krachtens artikel 75 § 3 WIPR is een alimentatiecontract naar de vorm geldig indien het aan de

<sup>75</sup> Het is daarbij onverschillig of de echtgenoten deze wet uitdrukkelijk hebben gekozen, dan wel of deze wet zich bij gebreke van rechtskeuze op het vermogen van de echtgenoten opdringt.

<sup>76</sup> Weerom is het onverschillig of de echtgenoten deze wet gekozen hebben, dan wel of deze wet objectief toepassing vindt.

<sup>77</sup> Storme en Verhellen zien ook een probleem van discriminatie in het feit dat de bijkomende keuzemogelijkheid voorbehouden is aan de personen die een huwelijksband hebben of hebben gehad (*art.cit.*, 81, nr. 84).

<sup>78</sup> *Op.cit.*, 32, nr. 136.

<sup>79</sup> Om elke dubbelzinnigheid te vermijden, verdient het aanbeveling om een globaal rechtskeuzebeding ("Partijen verklaren hierbij keuze te doen voor het Belgisch recht") te vermijden. Vermits de mogelijkheid om een rechtskeuze te doen op verschillende wettelijke grondslagen steunt, lijkt het ons veiliger om voor elk deelaspect een uitdrukkelijke keuze op te nemen en telkens naar de desbetreffende bepaling te verwijzen (art. 49 WIPR voor het huwelijksvermogenrecht, art. 75 WIPR voor alimentatie en art. 55 § 2 WIPR voor de scheiding).

vereisten beantwoordt van het recht dat op het contract toepassing vindt. De Haagse formule verdient de voorkeur. De vraag of partijen impliciet voor een bepaald recht hebben willen kiezen, is immers bijzonder moeilijk te beantwoorden. De vaststelling van een impliciete keuze leidt niet zelden tot wankele evenwichtsoefeningen. In familierechtelijke aangelegenheden is er daarom geen plaats voor een impliciete rechtskeuze.

Al bij al zijn deze verschillende beperkingen niet van die aard om (toekomstige) echtgenoten het voordeel van de rechtskeuze te ontnemen. Wel integendeel: nu de keuze strikt ingekaderd wordt, zal de rechtskeuzevrijheid wellicht minder op weerstand botsen. Blijft de vraag of de klassieke uitzonderingsmechanismen van het internationaal privaatrecht, en in het bijzonder de openbareorde-exceptie, de rechtskeuze niet kunnen ondergraven.

### *B. De exceptie van openbare orde als struikelblok voor alimentatieconvenanten*

295. Het grootste struikelblok inzake onderhoudscontracten is zonder twijfel de openbareorde-exceptie. Zoals geweten, kan men met een beroep op de openbareorde-exceptie (art. 21 WIPR) de toepassing in België weigeren van een buitenlandse rechtsregel die onaanvaardbare gevolgen met zich meebrengt. De exceptie kan de toepassing van buitenlands recht doorkruisen zowel indien dit recht zich op grond van een objectieve verwijzingsregel opdringt als wanneer partijen uitdrukkelijk voor het buitenlands recht gekozen hebben<sup>80</sup>.

De openbareorde-exceptie speelt een belangrijke rol inzake grensoverschrijdende alimentatie<sup>81</sup>. Ook m.b.t. alimentatieconvenanten is de vraag naar de openbare orde relevant, nu deze convenanten op zeer onderscheiden wijze door staten onthaald worden. Wat valt te denken bijvoorbeeld van de vordering van een Duitse vrouw die, nadat ze de echtscheiding bekomen heeft, de veroordeling van haar ex-echtgenoot vraagt voor de Belgische rechtbanken tot betaling van onderhoudsgeld, terwijl de echtgenoten vóór het huwelijk een alimentatieconve-

<sup>80</sup> In dit laatste geval leert de praktijk dat men vaak ook een beroep zal doen op de zgn. voorrangregels om het gekozen recht te counteren.

<sup>81</sup> In de Franse rechtsleer is er zelfs sprake van een "ordre public alimentaire" – N. JOUBERT, noot onder Cass. 28 november 2006, *Rev.crit.dr.int.priv.* 2006, (585), 588. In de Belgische praktijk hebben de rechtbanken vrij vroeg gegrepen naar de openbare orde om de toepassing van buitenlands recht inzake alimentatie te weren; zie de rechtspraak aangehaald door P. POULLET, *op.cit.*, 534-436, nr. 373. Zie algemeen D. MARTINY, *op.cit.*, 233 – "Even legal systems which are generally prepared to apply foreign maintenance law are invariably quick to impose limitations based upon their own public policy."

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

nant gesloten hebben, met een nihilbeding. Kan de man zich op grond van het convenant tegen de vordering van de vrouw verzetten?

**296.** In een zuiver Belgische situatie zou dit verweer onherroepelijk worden verworpen. Verandert het feit dat het convenant uitdrukkelijk aan het Duits recht onderworpen wordt, iets aan deze conclusie? Als de ex-echtgenoot naar de geldigheid van alimentatieafspraken onder Duits recht verwijst, rijst de vraag of de Belgische rechtbanken de toepassing van Duits recht zullen aanvaarden. Gelet op de zeer beperkte ruimte die het Belgisch recht aan alimentatieafspraken laat (*supra*), leidt deze vraag onvermijdelijk naar de openbareorde-exceptie.

Het is onmogelijk om over de toepassing van de exceptie van de openbare orde definitieve uitspraken te doen. Of een bepaalde buitenlandse rechtsregel al dan niet met de openbare orde klaarblijkelijk strijdig is, hangt immers niet alleen af van de verbondenheid van het geval met België<sup>82</sup>. Voor een (groot) deel zal het antwoord op deze vraag ook ingegeven worden door een subjectieve beoordeling van wat wel en wat niet fundamenteel is<sup>83</sup>. In de praktijk is het derhalve onmogelijk om het risico uit te sluiten dat een bepaalde rechtsregel strijdig bevonden wordt met de internationale openbare orde. Het is dus zaak om de cliënten bij het sluiten van een alimentatieconvenant hierop attent te maken. Indien twee Duitse echtgenoten voor een Belgische notaris een onderhoudsovereenkomst wensen te sluiten, is het derhalve van het grootste belang om hun aandacht te vestigen op het risico dat bepaalde rechtbanken het akkoord met enige scepsis zullen ontvangen<sup>84</sup>.

Toch zijn er enkele concrete aanwijzingen dat het risico dat het gekozen buitenlands recht strijdig met de openbare orde gevonden wordt, al bij al beperkt blijft. Dit komt in eerste instantie omdat de exceptie van internationale openbare orde niet zozeer gericht is op de bescherming van alle interne rechtsregels, hoe dwin-

<sup>82</sup> Sedert de codificatie van het Belgisch IPR is het duidelijk dat men bij de toepassing hiervan rekening moet houden met de band tussen de situatie en de Belgische rechtsorde – de zgn. *Inlandsbeziehung* (art. 21 WIPR).

<sup>83</sup> Als voorbeeld kan worden verwezen naar de vraag of een buitenlands recht dat aan de gescheiden vrouw geen of een zeer beperkte mogelijkheid toekent om alimentatie te vragen, al dan niet strijdig is met de Belgische openbare orde. Terwijl een deel van de lagere rechtspraak de mening toegedaan is dat de openbare orde in dit geval kan ingrijpen, heeft het Hof van Cassatie in 2007 geoordeeld dat er geen vuiltje aan de lucht was: Cass. 18 juni 2007, *TBBR* 2008, 522, noot J.-Y. CARLIER. Ook in de rechtsleer blijft deze vraag voor controverser zorgen. *Vgl.* de opmerkingen van prof. Carlier in de zojuist aangehaalde noot met de visie van Brouwers – volgens wie “het feit dat het (oude) Marokkaanse recht geen uitkering na echtscheiding toekent, niet van aard is de Belgische rechtsorde door elkaar te schudden” (*op.cit.*, 141, nr. 252).

<sup>84</sup> Om de soliditeit van een dergelijke overeenkomst te verhogen, kan men ook de voorkeur geven aan arbitrage of minstens een keuze maken voor de rechtbanken van een land waar alimentatieconvenanten eerder de regel dan de uitzondering vormen.

gend ook, doch slechts van de fundamentele waarden zonder dewelke het Belgische rechtssysteem ineen zou storten. Hieruit wordt klassiek afgeleid dat de exceptie niet beoogt regels en instellingen die in het Belgisch intern recht tot de openbare orde behoren, te beschermen. Het feit dat afspraken tussen (toekomstige) echtgenoten buiten het kader van een echtscheidingsprocedure om, in de Belgische praktijk als nietig worden beschouwd, is derhalve op zich niet voldoende om te besluiten dat de toepassing van een buitenlandse rechtsregel, krachtens welke een dergelijk afspraak gehonoreerd moet worden, met de openbare orde strijdig is.

297. De Franse praktijk illustreert perfect de relativiteit van het openbareordekarakter van de interne rechtsregels inzake onderhoudsovereenkomsten. Zoals reeds gesteld, is er onder Frans recht weinig ruimte voor dergelijke overeenkomsten, althans vóór en tijdens het huwelijk. Dit heeft de Franse rechtspraak er niet van weerhouden onderhoudscontracten tot stand gekomen onder buitenlands recht, niet op het altaar van de openbare orde op te offeren. Zoals in vele andere materies zal deze houding ongetwijfeld op de Belgische praktijk een invloed hebben.

De probleemloze ontvangst in Frankrijk van buitenlandse onderhoudsconvenanten bleek reeds in de zaak *Patino*, een van de *causes célèbres* van het internationaal privaatrecht<sup>85</sup>. In deze zaak hadden twee Boliviaanse echtgenoten een contract getekend in de VS in 1944, toen hun huwelijk reeds aan het wankelen was, waarbij aan de vrouw een belangrijk bedrag toegekend werd. Nadat hij het beloofde bedrag in verschillende schijven betaald had, probeerde de man het betaalde bedrag in Frankrijk terug te vorderen, op grond van de nietigheid van het contract. In eerste aanleg werd de vordering door de rechtbank toegekend<sup>86</sup>. Het hof van beroep te Parijs daarentegen heeft de vordering afgewezen, op grond van het feit dat het contract geen onderhoudscontract was, doch eerder een contract m.b.t. de gevolgen van een fout<sup>87</sup>. Op deze basis kon het hof oordelen dat de uitvoering van het contract niets strijdig met de openbare orde

<sup>85</sup> De *Patino*-zaak is bekend niet alleen omwille van de buitengewone feitenconstellatie – getrouwd enkele jaren voor de 2<sup>de</sup> wereldoorlog, hadden de echtgenoten eerst in Parijs, dan in Londen en ten slotte in New York gewoond. De man was later minister van Buitenlandse Zaken van Boliviaë geworden. De zaak is vooral bekend omwille van de oplossing die er aan het “*conflict de systèmes*” gegeven werd.

<sup>86</sup> Trib. Civ. Seine 5 février 1953, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1954, 552.

<sup>87</sup> Zie de kritische opmerkingen van Franceskakis over deze kwalificatie. De bekende auteur schreef in zijn noot dat “Dans cette affaire, en effet, comme à chaque fois qu’un litige s’instaure au niveau de la qualification de la demande, la mécanique conceptuelle se prête à tant de solutions, prête à tant de discussions, qu’elle a vite fait de devenir entre les mains du juge un simple moyen formel pour justifier une solution déjà directement contemplée par sa conviction intime du juste ou de l’équitable” (*Rev.crit.dr.int.priv.* 1954, 566).

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

opleverde vermits het slechts ging om een *convention relative au paiement des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice déjà né*<sup>88</sup>. Het Hof van Cassatie heeft zich later over dezelfde zaak uitgesproken, doch zonder hierbij uitdrukkelijk de vraag van het onderhoudscontract aan te snijden<sup>89</sup>.

298. Veel relevanter is een later uitspraak van het Hof van Cassatie, waarin een contract aan bod kwam waarbij twee echtgenoten wederzijds afstand deden van elk onderhoudsaanspraak tegen betaling door de man van een belangrijk bedrag<sup>90</sup>. In ditzelfde contract ging de vrouw ermee akkoord om elk onderhoudsaanspraak van het kind voor haar rekening te nemen. Ondanks dit akkoord stelde de dame later een vordering in tegen haar ex-echtgenoot voor de Duitse rechtbanken om onderhoudsgeld te vorderen voor het kind. Nadat hij door de Duitse rechtbanken tot betaling veroordeeld werd, vroeg de man in Frankrijk op zijn beurt om de vrouw te veroordelen tot terugbetaling van de bedragen, in uitvoering van het onderhoudscontract. De appelrechters wezen de vordering toe. In cassatie bekritiseerde de vrouw deze beslissing op grond van het feit dat de regels inzake alimentatie tot de internationale openbare orde behoorden. Nadat het zich vergewist had dat het onderhoudscontract geen nadelig gevolg kon hebben voor het kind, antwoordde het Hof van Cassatie dat het onderhoudscontract perfect in Frankrijk uitvoering kon krijgen. Het Hof verwees uitdrukkelijk naar de leer van het *effet atténué de l'ordre public*.

Recenter heeft het hof van beroep te Aix-en-Provence geoordeeld, weer in verband met een onderhoudscontract gesloten onder Duits recht, dat "*l'article 1585 du BGB [...] autorisant les époux à conclure des accords relatifs aux obligations alimentaires après divorce, les époux ayant par contrat de mariage choisi le régime de la séparation de biens et ayant convenu de renoncer en cas de divorce à toute pension, la demande de prestation compensatoire doit être rejetée*"<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Parijs 7 juli 1954, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1954, (556), 559.

<sup>89</sup> In een arrest van 15 maart 1963 heeft het Hof van Cassatie een arrest van het hof te Parijs van 1 juli 1959 verbroken, op grond van miskenning van het gezag van gewijsde dat aan het arrest van 7 juli 1954 toekwam. In het later arrest had het hof van beroep geoordeeld dat het onderhoudscontract gesloten tussen partijen, dat door het hof te Parijs in 1954 uitdrukkelijk als geldig bevonden werd, er niet aan in de weg stond dat de man toch nog veroordeeld werd tot betaling van onderhoudsgeld. Het hof had deze beslissing gesteund op het feit dat hoewel het contract geldig is "sur le plan international", het desalniettemin ongeldig was "au regard du droit français". Het Hof van Cassatie heeft besloten tot miskenning van het gezag van gewijsde (Cass. 15 mei 1963, 1<sup>ste</sup> civ., *Rev.crit.dr.int.priv.* 532, noot P. LAGARDE).

<sup>90</sup> Cass. fr. (1<sup>ste</sup> civ.) 7 november 1972, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1974, 691, noot G. WIEDERKEHR.

<sup>91</sup> Aix-en-Provence 14 maart 2002, aangehaald door C. CHALAS en C. BUTRUILLE-CARDEW, "Interrogations sur la validité en droit international privé des accords préparatoires au divorce", *JCP*, Ed. N, 2007, (1257), 1259, nr. 17.

Hoewel enige voorzichtigheid geboden is – vooral omdat er slechts een handvol uitspraken beschikbaar is, die bovendien allemaal betrekking hadden op afspraken onder Duits recht –<sup>92</sup> wijst de Franse ervaring erop dat er geen sprake kan zijn van enig automatisme in de toepassing van de openbareorde-exceptie<sup>93</sup>. Het feit dat de Belgische interne rechtspraak tegenover alimentatieafspraken zo weigerachtig staat, betekent derhalve niet noodzakelijk dat buitenlandse rechtsregels die dergelijke convenanten toelaten, geweerd dienen te worden.

Bovendien dient men rekening te houden met de impact van de codificatie van het internationaal privaatrecht. De wetgever heeft met artikel 75 WIPR een zeer uitdrukkelijke keuze gemaakt. Echtgenoten mogen voortaan zelf het recht kiezen dat op hun onderhoudsovereenkomst toepassing vindt. Hoewel de wetgever zich hiermee niet noodzakelijk heeft neergelegd bij de toepassing van om het even welk buitenlands recht, kan men in de erkenning van de wilsautonomie als basis voor de verwijzingsregel een zeker vertrouwen in de partijen én in de toepassing van buitenlands recht erkennen. Dit vertrouwen vereist wellicht dat men de opvattingen van het interne recht met enige afstand bekijkt.

299. Als de openbare orde een rol kan spelen, is het wellicht om bepaalde personen te beschermen. De toepassing van de openbareorde-exceptie in alimentatiezaken wordt immers in hoofdzaak gerechtvaardigd door de noodzaak om personen die in staat van behoefte verkeren, te beschermen<sup>94</sup>. Niet toevallig wordt in de Franse rechtsleer in dit verband gewag gemaakt van een *ordre public de protection individuelle*<sup>95</sup>. Dit verklaart waarom in de rechtspraak zoveel aandacht gaat naar de vergelijking tussen de uitkering die onder Belgisch en onder

<sup>92</sup> M. FARGES spreekt nochtans van een “*jurisprudence éprouvée*” (noot onder Cass. 4 juni 2009, *Dr.fam.* 2009, 33).

<sup>93</sup> In een recent arrest heeft het Hof van Cassatie zich weer uitgesproken over een geval waar twee echtgenoten afspraken hadden gemaakt over post-scheidingalimentatie. De zaak betrof een Frans-Duits koppel getrouwd in 1991. De echtgenoten hadden in 1997 een huwelijkscontract opgesteld, waarin verschillende afspraken werden opgenomen i.v.m. alimentatie. In beroep oordeelde het hof te Parijs dat het contract nietig was wegens strijdigheid met de interne openbare orde. Het hof had immers reeds geoordeeld dat de scheiding door Frans recht beheerst was. Krachtens art. 8 van het Haags Alimentatieverdrag van 1973 moest de alimentatievordering dan ook door Frans recht worden beheerst. Er was geen twijfel mogelijk dat de afspraken tussen partijen onder intern Frans recht nietig waren. Het hof kwam met andere woorden niet eens toe aan de exceptie van internationale openbare orde, nu Frans recht toepassing vond. Het debat in cassatie was strikt beperkt tot de vraag of de rechter de Duitse wet ambtshalve had moeten onderzoeken vooraleer te besluiten dat Duits recht geen toepassing vond op de echtscheiding (Cass. fr. (1<sup>ste</sup> civ.) 4 juni 2009, *D.fam.* 2009, 32, noot M. FARGE). Zie over de beslissing van het hof van beroep in deze zaak ook de opmerkingen van C. CHALAS en C. BUTRUILLE-CARDEW, *art.cit.*, *JCP*, Ed. N, 2007, 1257, in het bijz. nr. 17 e.v.

<sup>94</sup> Zie F. RIGAUX en M. FALLON, *op.cit.*, 658, nr. 12.189.

<sup>95</sup> F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ/Lextenso, 2008, 204, nr. 393.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

buitenlands recht verschuldigd is<sup>96</sup>.

300. Welnu, als de echtgenoten vrij en zonder enige druk hun afspraken aan een buitenlands recht onderworpen hebben, rijst de vraag of er vanuit Belgisch perspectief nog enige noodzaak is om de betrokkenen te beschermen. Zoals Carlier het enige tijd geleden reeds opmerkte, als de echtgenoten vrij afspraken hebben gemaakt over onderhoudsaanspraken, *le créancier d'aliments [...], assumant sa liberté, [devra] accepter une pension moins importante que celle qui serait accordée par une autre loi*<sup>97</sup>.

Voor de meeste alimentatieovereenkomsten is het risico dat de openbare orde het gekozen recht torpedeert, o.i. derhalve vrij klein. Immers, als de echtgenoten afspraken maken over de begroting en de betalingswijze van de alimentatie, of nog afspreken dat de door een van hen te betalen uitkering in bepaalde omstandigheden gewijzigd kan worden, is de behoefte aan bescherming minimaal, ook al worden deze afspraken vóór de echtscheiding gemaakt.

301. Rest nog de situatie waarin echtgenoten een *nihilbeding* afspreken. Hiermee komt men zeer dicht bij de situatie waarin een bepaald buitenlands recht een partij geen recht op onderhoud toekent. De toepassing van dergelijke rechtsregels is in het verleden al meermaals op de internationale openbare orde gestoten<sup>98</sup>. Bovendien, als een ex-echtgenoot in het geheel geen aanspraak op enig onderhoud kan maken, bestaat het risico dat er een beroep moet worden gedaan op de openbare bijstand. Dit wordt al lang gezien als een van de mogelijke redenen om de toepassing van het buitenlands recht te weren<sup>99</sup>. Dat de contractvrijheid moet wijken, blijkt uit het feit dat een contractuele afstand van onderhoud

<sup>96</sup> Deze vergelijking wordt meestal onder de auspiciën van de openbare orde verricht. Soms is de rechtvaardiging om het buitenlands recht te weren, veel minder standvastig: zie de opmerkingen van M. VERWILGHEN en M. DECAT, "Belgique", *L'obligation alimentaire en droit international privé*, I, CNRS, 1983, 39-40, nr. 20.

<sup>97</sup> J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, 334, nr. 335.

<sup>98</sup> Zie de rechtspraak aangehaald door F. RIGAUX en M. FALLON, *op.cit.*, 658-659, nr. 12.189. Vgl. evenwel met het reeds aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 18 juni 2007.

<sup>99</sup> Pouillet keurde het beroep op de exceptie op de openbare orde toe "*dans tous les cas où l'application d'une loi étrangère, moins généreuse que le Code civil, aurait pour effet de mettre à la charge de la bienfaisance publique, la personne à laquelle sa loi nationale n'accorderait pas les aliments qu'accorde la loi belge*" (*op.cit.*, 436, nr. 373). Zie meer recent over de zorg dat de onderhoudsgerechtigde niet tot last van de overheidskas zou worden, J. ERAUW *et al.*, *Internationaal privaatrecht*, Kluwer, 2009, 614, nr. 528. Ook in Québec wordt de openbare orde gebruikt indien als gevolg van een contractueel nihilbeding een persoon ten laste van de overheid zou vallen. Zie G. GOLDSTEIN en E. GROFFIER, *Droit international privé*, II, Règles spécifiques, Yvon Blais, 2003, 230, nr. 298. Vgl. met de afwijzing door Barbé van het beroep op de zgn. "*ordre public économique*" (C. BARBÉ, "Les clauses relatives aux aliments entre ex-époux", *TBBR* 2002, (143), 150-151).

in vele landen niet in de weg staat van het verhaal door de overheid van bijstand verleend aan de alimentatiegerechtigde<sup>100</sup>.

302. De contractuele afstand van elk onderhoudsaanspraak is ook in een ander opzicht problematisch: ook al is deze afstand onder het gekozen buitenlands recht perfect geldig, dan nog moet men bij de toepassing van de openbareorde-exceptie *in concreto* redeneren. Wat relevant is, is derhalve niet zozeer de abstracte vraag of een dergelijke afstand onder buitenlands resp. Belgisch recht al dan niet mogelijk is, doch het resultaat voor de positie van beide ex-echtgenoten<sup>101</sup>. Indien een van de ex-echtgenoten zich ten gevolge van zo'n afstand in een staat van behoefte bevindt, wordt de vergelijking met de situatie waarin een persoon krachtens buitenlands recht, en niet zozeer omwille van eerder gemaakte afspraken, geen recht op onderhoudsaanspraak kan laten gelden, zeer treffend.

303. Kortom, er zijn in de huidige context voldoende aanwijzingen dat de openbareorde-exceptie slechts in bepaalde omstandigheden zal slaan<sup>102</sup>. De meeste alimentatieovereenkomsten hebben o.i. weinig te vrezen van de internationale

<sup>100</sup> Swennen geeft aan dat dit het geval is in Nederland, Duitsland en België: F. SWENNEN, *art.cit.*, TPR 2008, (1287), 1309, nr. 31-32.

<sup>101</sup> Zoals terecht door mevr. Niboyet aangestipt: *L'ordre public matrimonial*, aangehaald, 207, nr. 398, noot 116.

<sup>102</sup> In de Belgische rechtspraak is er naar ons weten slechts één beslissing waarin de vraag aan bod kwam of een alimentatieconvenant al dan niet door de beugel kon. Het gaat om een arrest van het hof van beroep te Bergen in een zaak waarin twee Duitse echtgenoten in hun huwelijkscontract wederzijds hadden afgesproken dat ze geen aanspraak zouden maken op alimentatie na een eventuele echtscheiding. Het contract luidde als volgt (vertaling door het hof van beroep): "*Nous renonçons mutuellement à toute revendication en matière de pension alimentaire pour la période qui suivrait un éventuel divorce et notons le renoncement de l'autre en la matière.*" Nadat partijen uit elkaar waren gegaan, vorderde de vrouw voor de Belgische rechtbanken de veroordeling van de man tot betaling van onderhoud. In eerste aanleg werd de man veroordeeld tot betaling. In beroep vorderde de man hervorming van de beschikking mede op grond van het contract gesloten tussen echtgenoten. Het hof heeft *in fine* de vordering van mevrouw ingewilligd (Bergen 19 januari 2000, TBBR 2002, 185). Hoewel het hof naar de exceptie van openbare orde verwijst, kan het arrest o.i. bezwaarlijk als bevestiging worden gezien dat alimentatieconvenanten onder buitenlands recht met de openbare orde strijdig zijn. Dit komt vooral omdat de vordering van de vrouw blijkbaar niet op het convenant steunde. De partijen waren nog niet gescheiden. De door de man bekritiseerde veroordeling tot betaling van onderhoudsgeld werd uitgesproken om de toestand van partijen tijdens de echtscheidingsprocedure te regelen. Bovendien verwees het hof van beroep naar § 1360 en 1361 BGB – Duits recht was volgens het hof van toepassing niet omwille van een keuze hiervoor door de echtgenoten, doch op grond van de aanknopning aan de gemeenschappelijke wet van de echtgenoten, die vóór de inwerkingtreding van het IPR-Wetboek gangbaar was. Deze bepalingen regelen de onderhoudsplicht tussen echtgenoten tijdens het huwelijk. In feite was het akkoord van de echtgenoten niet relevant, nu mevrouw blijkbaar slechts een beroep deed op alimentatie tijdens het huwelijk. Ten slotte heeft het hof verwezen naar de openbare orde niet zozeer in verband met de afspraken van partijen, doch eerder om op een hypothetische wijze de toepassing in België van een wet die geen onderhoud zou toekennen, te veroordelen ("*... même si la loi allemande ignorait le principe de l'attribution alimentaire ou limitait le montant de cette attribution, quod non, ce qui serait incompatible avec l'ordre public de la juridiction belge...*"). Anderen hebben reeds op de onduidelijke motivering van het hof gewezen (C. BARBÉ, "Les clauses relatives aux aliments entre ex-époux", TBBR 2002, 143).



## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

openbare orde<sup>103</sup>. Dit is des te meer het geval dat men zoals steeds genuanceerd moet kijken naar het buitenlands recht. Het volstaat immers niet te stellen dat alimentatieovereenkomsten onder het buitenlands recht altijd en zonder enige beperking geldig zijn. Er zijn weliswaar belangrijke verschillen – minstens wat overeenkomsten betreft, gesloten vóór de echtscheiding definitief is – tussen de restrictieve benadering van het Belgisch recht en de meer soepele houding van het Duits of het Nederlands recht. Ook in die landen wordt de wilsautonomie echter aan bepaalde beperkingen onderworpen. Zo geldt in Duitsland dat de overeenkomst *a posteriori* door de rechter getoetst kan worden. Daarbij mag de rechter de partijafspraken vernietigen of wijzigen<sup>104</sup>. Bovendien zal zowel in Nederland als in Duitsland een overeenkomst als ongeldig worden beschouwd indien de onderhoudsplicht als resultaat hiervan op de samenleving wordt afgewenteld<sup>105</sup>.

304. Wanneer het Haags Protocol in werking treedt, zal de ruimte voor de toepassing van de openbareorde-exceptie o.i. nog verkleinen. Het protocol geeft echtgenoten, zoals reeds gemeld, de mogelijkheid om hun alimentatieconvenant aan het door hen gekozen recht te onderwerpen. Deze vrijheid wordt verder beperkt door twee bijzondere mechanismen<sup>106</sup>. Krachtens artikel 8 § 4 is de vraag of een onderhoudsschuldeiser afstand mag doen van het recht alimentatie te vorderen, in alle gevallen onderworpen aan het recht van zijn/haar gewone verblijfplaats. Met andere woorden, het recht dat partijen voor hun alimentatieafspraken kiezen, heeft geen vat op de geldigheid van een afstands- of nihilbeding. De geldigheid van een dergelijk beding wordt dwingend geregeld door een bepaalde wet. De ratio van deze beperking is duidelijk: een nihilbeding is een zeer ingrijpend afspraak. De wilsautonomie op dit punt respecteren, zou voor de landen die dergelijke afspraken niet wensen te honoreren, een te grote inspanning vragen<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> In de rechtsleer wordt de rol van de openbare orde bij de nakoming van alimentatieconvenanten sterk genuanceerd. Zie vooral C. BARBÉ, *art.cit.*, *TBBR* 2002, (143), 148 e.v. en C. CHALAS en C. BUTRUILLE-CARDEW, *art.cit.*, *JCP*, Ed. N, 2007, 1257, in het bijz. nr. 21 (volgens deze auteurs, “*Il est d’ailleurs permis de penser que de telles clauses sont négociées dans le but parfaitement louable de compenser le déséquilibre que le choix ou le changement de régime matrimonial pourrait occasionner au détriment d’un époux*”). Vgl. met de terughoudende opvatting van F. RIGAUX en M. FALLON, *op.cit.*, 662, nr. 12.192: “*L’exception d’ordre public peut éventuellement jouer, s’il devait être décidé que la question affecte le noyau dur des valeurs fondamentales de la société...*”

<sup>104</sup> Zie de beslissingen aangehaald in voetnoten 4 en 5. Adde F. SWENNEN, *art.cit.*, *TPR* 2008, (1287), 1334, nr. 71.

<sup>105</sup> F. SWENNEN, *art.cit.*, *TPR* 2008, (1287), 1309, nr. 31.

<sup>106</sup> Naast de reeds vermelde beperkingen, zoals de verplichting om slechts uit welbepaalde rechtsstelsels te kiezen.

<sup>107</sup> De uitzondering heeft niet zozeer tot doel de onderhoudsschuldeiser te beschermen, doch eerder de opvattingen van de Staat. Of de wet van de verblijfplaats de onderhoudsschuldeiser inderdaad afdoend beschermt, moet inderdaad nog worden gezien.

Bovendien verleent artikel 8 § 5 de rechter de mogelijkheid om de afspraken van partijen te wijzigen of zelfs te negeren indien de wet die partijen voor hun akkoord gekozen hebben, voor één van de echtgenoten klaarblijkelijk onbillijke of onredelijke gevolgen heeft<sup>108</sup>. Deze bepaling vormt een bijzondere toepassing van de openbareorde-exceptie. De rechter verkrijgt een belangrijke bevoegdheid om de akkoorden van partijen te herzien. Volgens het toelichtende verslag kan de rechter op grond van artikel 8 § 5 afspraken tussen partijen wijzigen en zelfs negeren. Op het eerste gezicht is deze exceptie gericht tegen het door de echtgenoten gekozen recht. In werkelijkheid zal de rechter eerst moeten vaststellen dat de afspraken van de echtgenoten onbillijk zijn. Pas dan zal hij het gekozen recht terzijde schuiven, in de mate dat dit recht de afspraken van partijen valideert.

Deze belangrijke beperking op de werking van het door partijen gekozen recht zou de stabiliteit van afspraken tussen echtgenoten in belangrijke mate kunnen ondergraven. De mogelijkheid voor de rechter om tussen te komen, weegt immers als een zwaard van Damocles op de alimentatieconvenanten.

Om de rechtsonzekerheid te beperken, bepaalt artikel 8 § 5 verder dat de mogelijkheid voor de rechter om afspraken te wijzigen resp. te negeren, niet speelt indien partijen *aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation*. Een stijlclausule zal niet volstaan om van deze belangrijke uitzondering te mogen genieten<sup>109</sup>. Om te ontsnappen aan de herzieningsbevoegdheid van de rechter moet aangetoond worden dat partijen niet alleen de nodige informatie gekregen hebben over de gevolgen van hun afspraak, doch ook dat ze de gegeven informatie hebben begrepen<sup>110</sup>. Het verdient derhalve aanbeveling om de (toekomstige) echtgenoten hierover in een afzonderlijk document, in een begrijpelijke taal te informeren.

Deze twee bijzondere mechanismen beperken in belangrijke mate de geldigheid van partijafspraken over het toepasselijk recht. Het is evenwel onze overtuiging dat deze mechanismen de “dreiging” van de openbareorde-exceptie aanzienlijk verminderen. Artikel 13 van het Haags Protocol bevat een zeer klassieke openbareordeclausule. Op deze grond kan de rechter de wet die partijen gekozen

<sup>108</sup> De Franse tekst luidt als volgt: “lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l’une ou l’autre des parties”. In de Duitse vertaling: “wenn seine Anwendung für eine der Parteien offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hätte”.

<sup>109</sup> Zie bv. de clausule opgenomen in het huwelijkscontract dat aanleiding heeft gegeven tot het reeds geciteerde arrest van het hof van beroep te Bergen. Het contract luidde als volgt: “Nous avons été instruits de la portée légale de nos déclarations. Le notaire a, en la matière, également attiré particulièrement l’attention sur le fait que cette manière de faire impliquait un renoncement important de protection sociale pour l’avenir...”

<sup>110</sup> In die zin, A. BONOMI, toelichtend verslag, beschikbaar op [www.hcch.net](http://www.hcch.net), 35, nr. 150.

## Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten

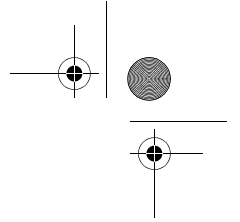
hebben, terzijde schuiven. Indien partijen inderdaad afspraken hebben gemaakt over alimentatieafspraken en deze afspraken aan een welbepaalde wet hebben onderworpen, zal de rechter in eerste instantie kijken naar de twee bijzondere mechanismen van artikel 8. Eens de rechter overtuigd is dat de rechtskeuze de toets van deze twee mechanismen kan doorstaan, is het risico o.i. vrij beperkt dat hij bovendien nog eens een beroep op de openbare orde zal doen. De basisbeginselen en -waarden die de openbare orde vormgeven, worden immers door de twee bijzondere mechanismen die zonet werden beschreven, reeds voldoende beschermd. Dit geldt vooral voor de zorg dat elke van de echtgenoten na de scheiding een waardig leven kan leiden. In de praktijk weegt deze zorg zwaar door en verklaart het waarom op de openbare orde een beroep gedaan wordt telkens het buitenlands recht, dat op de alimentatievordering buiten elk contract om tussen echtgenoten toepassing vindt, de vrouw geen aanspraak op alimentatie geeft<sup>111</sup>. De concretisering door het Haags Protocol van de grenzen op de partijvrijheid kan op het eerste gezicht tot het besluit leiden dat de wilsautonomie een illusie is. In de praktijk beperkt deze concretisering de noodzaak om een beroep te doen op de openbare orde<sup>112</sup>.

### Tot slot

**305.** Hoe ver staan we? Op dit ogenblik wordt de rechtskeuzevrijheid slechts in een beperkt aantal landen erkend. Vanuit Belgisch perspectief is het mogelijk om partijenafspraken over alimentatie aan een bepaald recht te onderwerpen en aldus de geldigheid en uitvoerbaarheid van dergelijke afspraken veilig te stellen. Of een dergelijke rechtskeuze in andere landen erkend wordt, kan moeilijk wor-

<sup>111</sup> De Franse rechtspraak is al lang in die zin gevestigd dat een buitenlandse rechtsregel die geen enkel aanspraak op alimentatie geeft, op zich met de openbare orde strijdig is. Zie bv. Cass. fr. 16 juli 1992, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1993, 269, noot P. COURBE. Recent is het Hof van Cassatie verder gegaan: de openbare orde kan ook tussenkomen indien blijkt dat het alimentatiegeld toegekend onder buitenlands recht ontoereikend is: Cass. fr. 28 november 2006, *Rev.crit.dr.int.priv.* 2007, 584, noot N. JOUBERT; *AJ Famille*, februari 2007, 86, noot A. BOICHÉ. Deze rechtspraak zou kunnen evolueren, rekening houdend met de nieuwe regels onder het Marokkaans recht voor de toekenning van onderhoudsafspraken aan de ex-vrouw. Het Franse Hof van Cassatie heeft recent een arrest van een hof van beroep verbroken op grond van de overweging dat de appelrechters de toepassing van Marokkaans recht uitgesloten hadden omdat “la loi marocaine ne permettait pas d’accorder à l’épouse une allocation suffisante après le divorce... sans analyser les termes du nouveau code marocain” (Cass. fr. (1<sup>ste</sup> civ.) 4 november 2009, *AJ Famille*, januari 2010, 38, noot A. BOICHÉ).

<sup>112</sup> De situatie kan enigzins worden vergeleken met de erkenning in België van buitenlandse verstotingen: art. 57 WIPR verbiedt in beginsel de erkenning van dergelijke verstotingen in België. Alleen indien aan vier cumulatieve voorwaarden voldaan is, kan een verstoting worden erkend. Deze voorwaarden beogen de minderwaardige positie van de vrouw bij een verstoting te compenseren. Art. 57 laat ook toe dat een buitenlandse verstoting aan de openbare orde wordt getoetst. Nu met de positie van de vrouw reeds in belangrijke mate rekening wordt gehouden, kan men verwachten dat de openbareorde-exceptie slechts een beperkte rol zal spelen bij de erkenning van buitenlandse verstotingen.



den voorspeld. Bovendien weegt de openbareorde-exceptie als een bedreiging op de geldigheid van partijenafspraken over alimentatie. Ook indien de geldigheid van de rechtskeuze niet in vraag wordt gesteld, bestaat immers het risico dat het gekozen buitenlands recht als onaanvaardbaar terzijde wordt geschoven. Het onderzoek leert evenwel dat dit risico best beheersbaar blijft. De Franse ervaring toont aan dat buitenlandse alimentatieovereenkomsten in de regel weinig te vrezen hebben van het openbareordemechanisme.

In de (nabije) toekomst zal het Haagse Protocol de rechtskeuzevrijheid bevestigen. Bovendien zal het protocol het risico dat de gekozen wet op de openbare orde struikelt, aanzienlijk verminderen. Met het protocol wordt de rechtskeuzevrijheid immers strikt omkaderd. De beperkte keuze en de mogelijkheid voor de rechter om tussen te komen, zullen wellicht voor gevolg hebben dat rechters minder snel naar de openbare orde grijpen. Indien de echtgenoten, met een grensoverschrijdend profiel, volledig geïnformeerd zijn geweest over de draagwijdte en de gevolgen van hun afspraken en hun rechtspositie bij een eventuele scheiding, zullen ze met de nodige gemoedsrust kunnen vertrouwen op de werkbaarheid van hun onderhoudsafspraken.