

HC 5A, 11-12-2018, Overdracht aandelen & Huwelijk, echtscheiding en geregistreerd partnerschap

Actualiteit

‘Grootste schoonmaakbedrijf ter wereld schrapt 100.000 banen’. Dat blijkt een Deens bedrijf te zijn, ISS. Dat trekt zich terug uit een groot aantal landen en in totaal gaat daarbij een 100.000 banen verloren. ISS heeft activiteiten over de hele wereld. Dan is de vraag, als die mensen nou in die verschillende landen een arbeidscontract hebben, is het dan zo dat dat allemaal op dezelfde manier zouden kunnen worden ontbonden? Of is het misschien wel zo dat op die arbeidsrelaties in die verschillende landen ook ander recht van toepassing is, zodat de beëindiging van die arbeidscontracten ook aan andere regels zijn onderworpen? Hoe moet dat nou in die andere landen? Als we het hebben over het toepasselijke recht op een arbeidscontract? Rome I, verbintenissen uit de overeenkomst, toepasselijke recht wordt beheerst door de Rome I verordening. Als we daarin kijken dan zien we dat die Rome I verordening een aparte bepaling kent ten aanzien van arbeidscontracten, namelijk artikel 8. Hierin staat dat een individuele arbeidsovereenkomst in principe wordt beheerst door het recht dat de werkgever en de werknemer zelf in dat contract hebben gekozen. In zo’n arbeidscontract is het geheel conform de hoofdregel van Rome I, mogelijk een rechtskeuze uit te brengen. Als je dat hebt gedaan beheerst dat recht het arbeidscontract en de arbeidsrelatie. Maar artikel 8 lid 1 gaat verder, want die rechtskeuze mag er niet toe leiden dat de werknemer bescherming verliest die die zou genieten op grond van **dwingende** bepalingen van het recht dat overigens op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn geweest. Met andere woorden, de leden 2 tot en met 4 van artikel 8 bepalen welk recht op een arbeidscontract van toepassing is zonder rechtskeuze. En de bepalingen uit dat recht, de dwingende recht uit dat recht, waaraan de werknemer bescherming tegen ontslag zou kunnen ontleen, kunnen niet door een andersluidende rechtskeuze opzij worden gezet. Deze werknemers in deze verschillende landen zullen wel niet allemaal in dienst zijn bij dat Deense ISS. ISS zal wel dochtervennootschappen hebben in die verschillende landen. Laten we aannemen dat er een Tsjechische ISS is bijvoorbeeld, waar de Tsjechische schoonmakers bij in dienst zijn. Die Tsjechische ISS heeft ook een directeur. En die directeur is wel in dienst bij de Deense ISS. Dus de situatie is als volgt. We hebben het moederbedrijf, Deense ISS. Dochterbedrijf, Tsjechisch ISS waar alle Tsjechische schoonmakers bij in dienst zijn. ISS Tsjechië wordt geleid door een directeur, meneer X. En die heeft een arbeidscontract met het Deense moederbedrijf. Ter uitvoering daarvan voert hij directie over de Tsjechische dochter. Laten we ervan uitgaan dat die hele activiteit in Tsjechië eruit gaat, en ook deze directeur dreigt zijn baan te verliezen. Dan is de vraag, hoe moet ISS Denemarken omgaan met dat arbeidscontract met de directeur? Laten we aannemen het zijn beide Deense partijen, en dat in het arbeidscontract een rechtskeuze voor Deens recht is opgenomen. Dat lijkt wel voor de hand te liggen. Dus, weten we nu artikel 8 lid 1, in principe zo’n keuze voor Deens recht geldig. Dus Deens recht beheerst in beginsel die arbeidsrelatie. Maar, die rechtskeuze doet geen afbreuk aan dwingende bepalingen van het Tsjechische recht. Dwingende bepalingen waaraan de directeur misschien beschermende bepalingen kan ontleen. Meer bescherming dus dan hij zou kunnen ontleen aan dat Deense recht. Artikel 8 lid 2, het recht waar of van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst **gewoonlijk** zijn arbeid verricht. Dus zonder rechtskeuze is van toepassing op een arbeidscontact het recht waar gewoonlijk door een werknemer zijn arbeid wordt verricht. Over die norm daar is van alles over te zeggen in relatie tot vrachtwagenchauffeurs, wat is dan de plek waar zij gewoonlijk hun arbeid verrichten. Daar gaan we het niet over hebben. Onze directeur woont in Tsjechië. Hij is elke dag op het bedrijf aanwezig en voert daar zijn taken uit. Dat betekent dus dat deze meneer in Tsjechië gewoonlijk zijn arbeid verricht. Daar is in dit geval weinig discussie over mogelijk. Dat betekent dus dat ondanks die rechtskeuze voor het Deense recht, de directeur ten aanzien van de ontslagprocedure zich zou kunnen beroepen op eventuele beschermende bepalingen uit het Tsjechische recht, voor zover die verder gaan dan het Deense arbeidsrecht. En zo zie je dus dat de Deense ISS

rekening moet houden met het Tsjechische recht, zelfs als het alleen maar arbeidsovereenkomsten uitgeeft met rechtskeuzes met Deens recht ontcom je er niet aan dat het land waar gewoonlijk arbeid wordt verricht invloed heeft op de positie die een werkgever heeft ten opzichte zijn werknemers. En als je in dertien verschillende landen arbeidscontracten zou willen ontbinden, betekent dat dat je ook die rechtsstelsels van die dertien verschillende landen waarschijnlijk wel zult moeten raadplegen, om afgestemd op het betreffende arbeidscontract en het betreffende land de juiste maatregelen te nemen.

ISS heeft ook nog een deel van zijn portefeuille overgedragen aan een branchegenoot CSU, een Nederlands schoonmaakbedrijf. Er heeft aandelenoverdracht plaatsgevonden. We hebben wederom dat Deense ISS, dat zijn schoonmaakactiviteiten in Nederland in een dochteronderneming heeft ondergebracht. ISS houdt daar alle aandelen. En dat deel van de schoonmaakactiviteiten wordt overgedragen aan CSU. Dat moet in de vorm van een aandelenoverdracht plaatsvinden. Die aandelen die ISS houdt in schoonmaak Nederland, die moeten overgedragen worden aan CSU in Nederland. Welk recht is daarop van toepassing? En dan zijn we dus uitgekomen bij de overdracht van aandelen.

Overdracht aandelen

Goederenrechtelijke vraag. Maar ook hier, moeten we het verbintenisrecht en het goederenrecht goed uit elkaar houden. Bij die hele transactie gaat het niet alleen maar om goederenrecht, maar ook om verbintenisrechtelijke vragen. Ongetwijfeld zal ISS een overeenkomst hebben gesloten met CSU omtrent die overdracht van de aandelen. Een koop-verkoop overeenkomst, waarbij ISS zegt bereid te zijn om de aandelen te verkopen tegen een vast te stellen koopprijs. Verbintenisrechtelijke verhouding tussen ISS en CSU. Helemaal niets goederenrechtelijks aan. Pas op het moment dat uitvoering moet worden gegeven aan die overeenkomst, dan komen goederenrechtelijke vragen aan de orde. Dan is de vraag hoe dat dan precies moet? Hoe moeten die aandelen worden geleverd? Wat zijn de vereisten die aan zo'n overdracht worden gesteld? Dan komen we het goederenrecht binnen.

Voor dat **verbintenisrecht** kijken we dus naar Rome I. De algemene regels van Rome I die aangeven artikel 3, rechtskeuzemogelijkheid. Je kunt afspreken welk recht op die overeenkomst tussen ISS van CSU van toepassing is. Maak je zo'n rechtskeuze niet, dan geldt de hoofdregel van artikel 4. En ten aanzien van een koopovereenkomst geldt dat van toepassing is op die overeenkomst het recht van het woon- of vestigingsland van de verkopende aandeelhouder. Die is immers de **partij** die de **kenmerkende prestatie** moet verrichten. ISS dus, die moet gaat leveren. CSU hoeft alleen maar te betalen, die prestatie is niet kenmerkend. En dus komen we uit bij het vestigingsland van ISS. Laten we aannemen dat dat Denemarken is. Zonder rechtskeuze geldt dus het Deense recht. Ten aanzien van de norm van de kenmerkende prestatie, we zitten in de sfeer van Rome I, gaat niet om de plaats waar de kenmerkende prestatie moet worden verricht, het gaat om de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten. En de vraag waar die partij woonachtig is, of waar die partij gevestigd is. Dus voor het toepasselijke recht gaat het niet om de plaats waar die prestatie moet worden uitgevoerd. Het kan best zijn dat ISS ten aanzien van die overeenkomst verplicht is zijn aandelen in Nederland te leveren. Dat laat onverlet dat de kenmerkende prestatie de levering is, ISS de partij die die kenmerkende prestatie moet verrichten is, en dat ISS gevestigd is in Denemarken. Dat Deense recht is dan dus van toepassing, waar het ook moet worden uitgevoerd. Dus we moeten bevoegdheid en toepasselijk recht uit elkaar houden. Voor het bevoegdheidsrecht van de rechter is soms van belang waar een bepaalde verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt is uitgevoerd of moeten uitgevoerd. Maar voor het toepasselijke recht, en die kenmerkende prestatie, gaat het niet om de plaats waar de kenmerkende prestatie moet worden verricht, maar om de partij die die prestatie moet verrichten. Dat is dus het verbintenisrechtelijke deel van de overdracht van aandelen.

Dan het **goederenrechtelijke** deel. Voor dat goederenrecht geen verdrag of verordening. En dus komen we toe aan toepassing van boek 10 BW. En voor de overdracht van aandelen, het goederenrechtelijke regime van aandelen, kijken we dan meer in het bijzonder naar artikel 10:138 BW, aandelen op naam. En daar staat dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot een aandeel op naam wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die het aandeel uitgeeft of heeft uitgegeven. Dus het goederenrechtelijke regime van aandelen wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven. Welk recht is van toepassing op een vennootschap in Nederland? Hoe bepalen we dat? Statutaire zetel, het **incorporatierecht**. Het recht waarnaar de vennootschap is opgericht, het land waar die statutaire zetel is gevestigd. Dat betekent dus dat als het een Engelse limited betreft, dat de overdracht van aandelen, het goederenrechtelijke regime van die aandelen, in die Engelse limited wordt beheerst door Engels recht. Betreft het een Nederlandse vennootschap, dan wordt de overdracht van aandelen beheerst door het Nederlandse recht. In artikel 10:118 BW tref je de norm van het incorporatiestelsel aan. Daar hebben we het vrijdag over gehad. En als we nog even teruggaan naar artikel 10:138 lid 1 BW, dan zie je dat het eerste lid nog verder gaat, want de artikelen 10:135 lid 1 en 2 BW zijn van overeenkomstige toepassing op de vraag welke onderwerpen door dit recht worden beheerst. Dus het gaat de hele tijd over het goederenrechtelijke regime met betrekking tot aandelen, wat valt daar nou onder. Volgens artikel 10:138 BW moet je daarvoor kijken in artikel 10:135 lid 1 en 2 BW. In grote lijnen volgt daaruit dat bijvoorbeeld de vraag of die aandelen überhaupt voor overdracht vatbaar zijn, een belangrijke goederenrechtelijke vraag, daaronder valt die overdraagbaarheid, tref je aan in artikel 10:135 lid 1 BW. En ook de vraag welke eisen er worden gesteld aan de overdracht, hoe moet dat precies, ook dat valt dus onder het kopje goederenrechtelijk regime en wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven. Daar komt het dus allemaal bij elkaar samen. Het gaat om overdracht van aandelen, een goederenrechtelijk regime, goederenrechtelijke vraag. En daarvoor wordt dus teruggegrepen op het recht dat de desbetreffende vennootschap beheerst. En zo zien we het incorporatierecht ook nog weer terugkeren. Zo zien we dus dat als we ervan uitgaan dat dit een Nederlandse vennootschap is, waar die Nederlandse schoonmaakactiviteiten in zijn ondergebracht. Dat dus de overdracht van deze aandelen in deze Nederlandse vennootschap, het goederenrechtelijke regime van die aandelen, wordt beheerst door het Nederlandse recht. Het Nederlandse recht is dus van toepassing op bijvoorbeeld de vraag of deze aandelen zich lenen voor overdracht aan CSU en ook is het Nederlandse recht van toepassing op de vraag hoe aan die levering uitvoering moet worden gegeven. En ook als het nou niet om de overdracht gaat van de aandelen, maar om het vestigen van bijvoorbeeld een pandrecht op die aandelen. ISS wil helemaal niet van de aandelen af, maar die wil een lening aangaan bij de bijvoorbeeld CSU. De overeenkomst is niet een overeenkomst van overdracht, maar een kredietovereenkomst. CSU wil ISS dat geld wel lenen. Maar daarvoor wil CSU wel een zekerheidsrecht op die aandelen in de Nederlandse schoonmaaktak, voor als ISS niet terugbetaalt. Kan er überhaupt een pandrecht op die aandelen worden gevestigd? Lenen die aandelen zich daarvoor? De vraag hoe moet dat dan precies? Ook dat is allemaal goederenrechtelijk regime van de aandelen, en dus wordt dat beheerst door het Nederlandse recht omdat het aandelen in een Nederlandse vennootschap betreft.

We gaan nu van het goederenrecht over naar het familierecht. Een andere tak van sport.

Huwelijk/ geregistreerd partnerschap in Nederland

We gaan eerst naar het huwelijk kijken. Je moet eerst denken aan de vraag welk recht van toepassing is op de vraag of iemand bevoegd is om in het huwelijk te treden? En de vraag als dat huwelijk nou in Nederland moet worden gesloten, in welke vorm moet dat dan eigenlijk? Welk recht is van toepassing op de vraag hoe zo'n huwelijkssluiting plaats moet vinden. En in de derde plaats zou je nog kunnen denken aan de vraag, stel nou voor dat dit huwelijk in het buitenland is gesloten, wanneer, onder welke

voorwaarden, is zo'n huwelijk geldig in Nederland? Kan zo'n buitenlands huwelijk voor **erkenning** in Nederland in aanmerking komen? Dit zijn vragen die rondom een huwelijk en rondom een geregistreerd partnerschap kunnen worden gesteld. Als we het dan hebben over het huwelijk, zoals steeds gaan we ons dan eerst afvragen of er een internationale regeling geldt. Waar moet je regels over dat huwelijk en de internationale geldigheid daarvan vinden. Geldt daarvoor een verdrag? Ja, het Haags Huwelijksverdrag 1978. Meteen ook weer een kleine waarschuwing. Er bestaat ook, daar gaan we het vrijdag over hebben, een Haags Huwelijksvermogensverdrag van 1978. Dat is een ander verdrag. Dit gaat niet om het huwelijksvermogensverdrag, maar het huwelijksverdrag van 1978. Dat verdrag geeft regels over de vorm waarin zo'n huwelijk moet worden gesloten, over bevoegdheid van huwelijkspartners en over de erkenningsvraag van buitenlandse huwelijken. Nou is het in het algemeen zo dat als het verdrag of de verordening van toepassing is, dan passen we die toe. Dan komen we aan boek 10 of Rechtsvordering niet toe. Dan komen we aan onze regels niet toe. Dat uitgangspunt is goed. Maar, ten aanzien van het Haags Huwelijksverdrag vindt daarop eigenlijk een soort van uitzondering plaats. En dat is, omdat het verdrag dat zelf **toestaat**. Het verdrag zegt namelijk zelf dat landen, ook als ze partij zijn bij dat verdrag, hun eigen IPR-regels mogen toepassen als die leiden tot een **gunstiger** resultaat. Dus tot een soepeler resultaat dan waartoe het verdrag eigenlijk verbindt. Omdat we dat in Nederland hebben, zien we dat in de praktijk heel vaak rechtstreeks voor vragen rondom internationale huwelijken een beroep wordt gedaan op boek 10, hoewel dus eigenlijk volgens de systematiek altijd via het verdrag zouden moeten gaan. Dus het verdrag is van toepassing, maar het verdrag staat zelfs toe dat verdragsstaten hun eigen soepelere IPR mogen toepassen als zij dat willen. Dat gaan we dus ook maar doen.

Welk recht is nou van toepassing op de vraag of aanstaande echtgenoten **bevoegd** zijn om in het huwelijk te treden? Of ze oud genoeg zijn? Of er niet een bepaalde verwantschap tussen de beide aanstaande echtgenoten zit die aan de weg staat tot het sluiten van het huwelijk? Of niet een van beide misschien al een huwelijk of geregistreerd partnerschap is aangegaan, of dat mogelijk een probleem vormt? Kortom, de huwelijksbevoegdheid voor een huwelijk en let wel, voor een huwelijk dat we in Nederland willen gaan voltrekken. Daarover gaat deze vraag. Wanneer echtgenoten dus bevoegd zijn om in Nederland in het huwelijk te treden? En als we dan voor het huwelijk kijken in artikel 10:28 BW staat daarin dat het wordt beoordeeld aan de normen van het eigen Nederlandse recht. Dus we sluiten hier geen huwelijken, ook niet tussen twee buitenlandse echtelieden, die naar Nederlands recht niet bevoegd zouden zijn in het huwelijk te treden. Tot aan 2015 was dat nog anders. Toen stond erin dat we keken naar het nationale recht van de betreffende huwelijkspartner. Dat bracht mee dat als dat een buitenlander betrof, de vraag of die in het huwelijk kon treden in Nederland, in principe wat de bevoegdheid betreft werd beoordeeld aan de hand van het buitenlandse recht. In Nederland moet je 18 zijn om in het huwelijk te treden. Maar in Nederland zou het dus volgens die oude regel mogelijk zijn om van een 17-jarige die volgens zijn eigen nationale recht bevoegd is om te trouwen, om dat huwelijk ook in Nederland te voltrekken. Nu dus niet meer. We hebben 2015 een Wet tegengaan huwelijksdwang gekregen, die op allerlei posities in het Nederlandse recht de huwelijksregels heeft aangescherpt. En zo ook in boek 10 BW. Die bracht dus mee, dat we dat niet meer doen. Dat we die huwelijksbevoegdheid niet meer aan de hand van de nationaliteit van iemand beoordelen, maar altijd aan de hand van het Nederlandse recht. Zodat er in Nederland alleen nog huwelijken kunnen worden gesloten waarin de echtgenoten naar Nederlands recht bevoegd zijn. Idem voor geregistreerd partnerschap, artikel 10:60 lid 2 BW. Boek 10 werkt zo dat dat huwelijken en geregistreerd partnerschap in een andere titel zijn geregeld, maar daar treft je dezelfde regel aan.

Dan de **vorm**. We hebben het dus nog steeds over huwelijken met een internationaal karakter, bijvoorbeeld omdat een van de partijen in het buitenland woont. Of omdat een of beide partijen de

nationaliteit bezit(ten). En dan hebben we het over de vraag, in welke vorm kan dat huwelijk in Nederland nou eigenlijk worden gesloten? En daarvan zegt artikel 10:30 BW, in Nederland kan dat alleen maar ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand en op de huwelijksluiting verder is het Nederlandse recht van toepassing. Kleine uitzondering: voor de consulaire of diplomatieke huwelijken. Dus een huwelijk gesloten op een buitenlands consulaat in Den Haag. Dat is geen buitenlands grondgebied, het is Nederlands grondgebied. Dus als je daar een huwelijk zou sluiten, dan is dat een in Nederland gesloten huwelijk. Dan geldt dus die hoofdregel, dat het moet ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand. Maar artikel 10:30 BW zegt dat we iets soepeler zijn, het mag zo'n buitenlands consulaire huwelijk. Dus je mag in Den Haag op dat buitenlandse consulaat een huwelijk sluiten. **Twee voorwaarden:** dat die consulaire ambtenaar volgens het recht van het land dat hij vertegenwoordigt bevoegd is om huwelijken te sluiten **en** dat de betrokken echtgenoten geen van beide over de Nederlandse nationaliteit beschikken. Als er een Nederlander bij het huwelijk betrokken is, dan heeft hij zich te wenden tot de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dan komt zo'n consulaire huwelijk niet in aanmerking. Dan is er geen geldige vorm. Maar heeft geen van de echtgenoten (**mede**) de Nederlandse nationaliteit, dan zou eventueel zo'n buitenlands huwelijk een geldige vorm kunnen zijn. En weer idem voor geregistreerd partnerschap, artikel 10:60 lid 3 BW.

Wanneer is een in het buitenland gesloten huwelijk precies **geldig** in Nederland? Twee nog niet echtgenoten die op vakantie zijn in de VS, die op hun road trip door Las Vegas komen, en daar gaan trouwen. Inmiddels echtgenoten komen terug in Nederland. Zijn ze nu ook in Nederland gehuwd of niet? Wanneer wel en wanneer niet? Daarvoor moet we in artikel 10:31 BW kijken en daar staat in grote lijnen in, dat een buitenlands huwelijk in Nederland geldig is als het op de plek in het land waar het werd gesloten **volledig geldig** was. Dus als het volgens het recht dat is toegepast op de plek van huwelijksluiting volledig geldig was, dan wordt het huwelijk ook in Nederland erkend. Dan heb je in Las Vegas meteen een probleem. Las Vegas heeft twee soorten huwelijken. Huwelijken die ook naar het recht van de staat Nevada helemaal niet geldig zijn. Puur alleen maar voor de leuk. Als dat zo is, als het daar ter plaatse geen geldig huwelijk oplevert, dan in Nederland uiteraard ook niet. Ook het omgekeerde komt voor, dat een huwelijk gesloten daar, wel een geldig huwelijk oplevert in de staat Nevada. En dan betekent dat als het helemaal geldig is volgens het recht van de staat van Nevada, dan is het huwelijk in Nederland ook geldig. Wat is daarvoor nodig? In principe moet je in Nederland kunnen aantonen dat dat huwelijk daar ter plaatste geldig was. Want dan is het in Nederland immers ook geldig. Om dat iets te vergemakkelijken zegt artikel 10:31 lid 4 BW dat op het moment dat je een huwelijksakte weet te overleggen in Nederland, dus een buitenlandse akte waaruit blijkt dat het huwelijk daar geldig is gesloten, dan geldt op basis van die akte een **vermoeden** in Nederland dat het huwelijk geldig is, tenzij daar tegenbewijs voor wordt aangevoerd. Maar ook als je die akte hebt, maar je kunt op een andere manier aantonen dat je voldoet aan dat buitenlandse recht, kan het huwelijk gewoon worden erkend. Je hoeft dus niet een aparte procedure te volgen om dat vast te stellen, als je maar aan die norm voldoet kan dat huwelijk worden erkend. Zo'n buitenlands huwelijk kan ook worden geregistreerd. Als partijen helemaal niet ten tijde van huwelijksluiting in Nederland woonden, maar later naar Nederland zijn gekomen, dan kan dat ook in Den Haag worden geregistreerd. Maar ook die registratie van het huwelijk is geen voorwaarde voor de erkenning. Uiteraard is erkenning wel een voorwaarde voor de mogelijkheid om dat te kunnen registreren. Als we zomaar aansluiten bij dat buitenlandse recht, inclusief dat IRP dat in het buitenland misschien is toegepast, dan betekent dat dus dat we huwelijken kunnen gaan erkennen mogelijk, die in Nederland helemaal niet gesloten hadden kunnen worden. Stel je voor dat een huwelijk wordt gesloten in een land dat polygamie kent. Dus dat er in het betreffende buitenland een meneer een tweede huwelijk sluit, voor een tweede echtgenoot. Dat daar ter plaatse volkomen geldig is. Het is daar geen enkel probleem. Vervolgens komt meneer naar Nederland en laat de huwelijksakte zien. Hij wil dat het huwelijk hier wordt erkend. Gaat dat? Ook hier geldt zoals in zoveel plekken in het IPR dat we

ons wel richten naar buitenlands recht. Maar, dat dat altijd een grens vindt in de Nederlandse **openbare orde**. Dus we erkennen weliswaar die buitenlandse huwelijken, maar dat vindt daar zijn grens waar die erkenning af zou stuiten, in strijd zou komen, met onze openbare orde (artikel 10:32 BW). De Nederlandse openbare orde in het IPR dat zijn Nederlandse fundamentele normen en waarden, waarvan wij vinden dat in onze rechtsorde daarvan niet kan worden afgeweken. Dus op moment dat we buitenlands recht zouden moeten toepassen, en dat buitenlandse recht maakt onderscheid tussen mensen op basis van ras of geloof, dan gaan we geen buitenlands recht dat daarop gebaseerd is toch op Nederland toepassen. Als onze conflictregel zou leiden tot toepassing van een dergelijk buitenlands rechtsstelsel, dan passen we dat toch niet toe want dat is in strijd met onze openbare orde. Niet al ons Nederlandse recht is altijd maar van openbare orde. Het gaat alleen maar echt **fundamentele** normen en waarden, die tot die openbare orde gerekend wordt, en alleen als het buitenlandse recht daarmee in strijd is, kan die openbare orde exceptie worden ingeroepen. Soms hangt het bij die openbare orde er ook nog van af, in hoeverre de Nederlandse rechtsorde eigenlijk bij de hele situatie betrokken is in je oordeel omtrent de vraag of het strijdig is met de openbare orde of niet. Je kunt je voorstellen, op het moment dat een rechtsverhouding helemaal in Nederland plaatsvindt, dan is deze situatie strijdig met de Nederlandse openbare orde. Als het **buiten** Nederland plaatsvindt, en Nederland maar heel terzijde is betrokken, dan is zo'n zelfde situatie misschien minder snel strijdig met de Nederlandse openbare orde. Een voorbeeld daarvan is juist deze polygamie. Want als we kijken naar artikel 10:32 BW, dan zien we in de aanhef de openbare orde exceptie geformuleerd. In ieder geval indien een van de echtgenoten op het tijdstip van de sluiting van dat huwelijk reeds gehuwd was, of een geregistreerd partnerschap had gesloten, met een persoon die de Nederlandse **nationaliteit** bezat, of dat diegene zelf de Nederlandse nationaliteit bezat of in Nederland zijn gewone verblijfplaats had. Tenzij dat eerdere huwelijk inmiddels is ontbonden. Dat betekent dus dat we kennelijk niet in algemene zin de erkenning van zo'n buitenlands polygaam huwelijk altijd maar uitsluiten. Het enkele feit dat meneer in het buitenland het tweede huwelijk aanging, terwijl hij al gehuwd was, is niet per definitie strijdig met de openbare orde. Maar niet per definitie dat we dat tweede huwelijk in Nederland niet kunnen erkennen. Maar, zegt artikel 10:32 sub a BW, alleen als hij dat tweede huwelijk sluit met iemand die de Nederlandse nationaliteit bezat, of als hij zelf de Nederlandse nationaliteit bezat of in Nederland gewone verblijfplaats had. In andere woorden, als dus op het moment van het sluiten van het tweede huwelijk de Nederlandse rechtsorde al een bepaalde verbondenheid had met dat huwelijk, door nationaliteit of gewone verblijfplaats. Is dat dus niet het geval, betreft het twee buitenlandse echtgenoten die ook in het buitenland woonachtig zijn, en komen ze pas 10 jaar na het sluiten van het huwelijk naar Nederland, en komt dan dus de vraag aan de orde of dat tweede huwelijk kan worden erkend? Dan is het antwoord dus ja. Omdat, op het moment dat het huwelijk werd gesloten de verbondenheid met Nederland niet bestond, en dus de sluiting van het huwelijk ook niet in strijd was met de Nederlandse openbare orde, die immers geen enkele betrokkenheid had op dat huwelijk, dat betekent dat erkenning tien jaar later als die partijen naar Nederland verhuizen en belang hebben bij die erkenning, dus ook niet in strijd komt met de Nederlandse openbare orde.

Die **openbare orde** komt op tal van plekken in het IPR steeds weer aan de orde. Die openbare orde heeft een buitengrens en een binnengrens. Eigenlijk een toets in **twee fases** bij de vraag of in een specifiek concreet geval sprake is van een schending van de openbare orde. En die heeft nou juist alles te maken met de vraag in hoeverre het uitmaakt dat de Nederlandse rechtsorde meer of minder bij het geval betrokken is. Je hebt eerst het **buitengrenscriterium**, dat houdt in dat bepaalde regels van buitenlands recht zo'n flagrante schending van de Nederlandse openbare orde opleveren, we die nooit zouden accepteren. Als het strijdig is met dat buitengrens criterium. Extreemste voorbeeld, rassenwetgeving uit het buitenland. Dat gaan we in Nederland nooit toepassen. Alleen al buitenlands recht dat daarop gebaseerd zou zijn, stuit af op de buitengrens. Daar hoeven we ons niet over af te vragen

hoe nauw Nederland betrokken was bij dat geval, dat gaan we nooit toepassen. Is het echter zo, dat je die buitengrens passeert, dan komt de volgende vraag bij de tweede cirkel, de **binnengrens** van die openbare orde. Want ook een buitenlandse regel die niet is afgestuit op die buitengrens, bijvoorbeeld denk aan dat polygamie dat blijkbaar niet stuit op de buitengrens, het is niet zo dat ieder polygaam huwelijk altijd in Nederland niet wordt erkend. Buitengrens wordt nog gepasseerd, maar bij de binnengrens wordt gezegd dat als de Nederlandse rechtsorde maar **nauw genoeg** betrokken was bij dat polygame huwelijk op het moment dat het werd gesloten, dan erkennen we dat huwelijk toch niet. In artikel 10:32 BW vormgegeven door de nationaliteit en de gewone verblijfplaats van de mensen die dat tweede huwelijk zijn aangegaan. Als Nederland daarbij was betrokken, stuit het alsnog op de binnengrens van de openbare orde. Was Nederland niet betrokken op het moment dat dat huwelijk werd gesloten, dan komt hij ook de binnengrens door en kan erkenning van het buitenlandse huwelijk in Nederland plaatsvinden. Dat is in Nederland het leerstuk van de openbare orde.

Dan stuiten we op een tweede algemeen leerstuk, dat van de **voorvraag**. De voorvraag, dat is ook een apart leerstuk van het IPR. Dat gaat over de vraag, stel nou voor dat een IPR-kwestie, een vraag van toepasselijk recht bijvoorbeeld, of de erkenning van het huwelijk, stel nou voor dat de erkenning van het huwelijk niet de hoofdvraag is, er wordt geen procedure bij de rechter gevoerd met de vraag kan dit huwelijk worden erkend? Maar, het betreft bijvoorbeeld een echtscheidingsprocedure bij de Nederlandse rechter. En de hoofdvraag is dus de vraag of echtscheiding kan plaatsvinden. Maar in het kader van beantwoording van die vraag, zal de Nederlandse rechter eerst een andere vraag, een voorvraag, moeten beantwoorden. Namelijk, levert dat in het buitenland gesloten huwelijk in Nederland eigenlijk wel een huwelijk op? Kan dat buitenlandse huwelijk in Nederland wel worden erkend? Dan zie je dat de vraag over erkenning van het huwelijk niet als hoofdvraag, maar als voorvraag in het kader van een andere hoofdvraag aan de orde komt. Dat leerstuk van de voorvraag gaat erover of je het toepasselijke recht op zo'n vraag nou anders zou moeten bepalen, als de vraag als voorvraag opkomt dan wanneer die vraag de hoofdvraag zou zijn. Je hebt eigenlijk twee manieren om daar tegenaan te kijken. De een zegt dat je het anders moet bekijken, want als een vraag als voorvraag opkomt, dan moet je het toepasselijke recht bepalen aan de hand van regels van IPR uit het rechtstelsel wat op de hoofdvraag van toepassing is. Dat noemen we zogenaamde **afhankelijke aanknoping**. Dus stel nou voor dat op de echtscheiding Duits recht van toepassing is. Dan zou je dus die vraag die daaraan voorafgaat, dus op het buitenlandse huwelijk kan worden erkend, moeten beantwoorden aan de hand van het Duitse IPR. Omdat Duits recht ook van toepassing is op de hoofdvraag. Gedachte is, stel je voor dat dit niet in Nederland zou spelen, maar in Duitsland. Dan zou men die vraag naar erkenning van het huwelijk ook aan de hand van het Duitse IPR beantwoorden. En zo doen wij dan precies hetzelfde als wanneer die hele echtscheiding in Duitsland zou hebben gespeeld. Daartegenover staat het leerstuk van de **zelfstandige aanknoping** en die houdt in dat je ook een voorvraag gewoon als een zelfstandige vraag moet aanknopen, dus op precies dezelfde manier als het een hoofdvraag zou betreffen. Dan maakt het voor de vraag van de erkenning van het huwelijk niet uit of het een voorvraag is, of dat het de hoofdvraag is, want we gaan die vraag altijd aan de hand van artikel 10:31 en 10:32 BW beantwoorden. In het algemeen zegt artikel 10:4 BW dat we voorvragen zelfstandig aanknopen en specifiek ten aanzien van de erkenning van huwelijken wordt dat uitgangspunt nog eens herhaald in artikel 10:33 BW. Dus in Nederland knopen we de voorvraag zelfstandig aan. Dat betekent dat we daarop hetzelfde recht toepassen, als wanneer erkenning de hoofdvraag zou zijn. En dat we niet aansluiten bij het IPR van het land van het rechtstelsel dat op de hoofdvraag van toepassing is.

Casus

We hebben een casus waarbij de erkenning van een Nederlands huwelijk aan de orde was. Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4535. Vader geboren in 1926, overlijdt in

2015. Was eerder gehuwd, heeft een zoon uit dat huwelijk die in Canada woont. En in 2013 is hij een samenlevingsovereenkomst aangegaan met een Ghanese dame uit 1977. Notariële samenlevingsovereenkomst aangegaan. In 2014 heeft vader ook een testament opgesteld waarin hij zijn zoon tot enige erfgenaam benoemd, maar waar ook legaten in zijn opgenomen ten behoeve van zijn partner. Dat testament was in maart 2014. Dat wordt het zomer 2014. Eerste helft van juni gaat mevrouw naar Ghana voor een aantal weken, met de afspraak dat meneer haar achterna zal komen. Dan zouden ze een paar weken in Ghana zijn, en dan zouden ze daarna met de kinderen van mevrouw terugkomen naar Nederland om hier in Nederland als gezin te gaan samenwonen. Mevrouw is naar Ghana. Meneer is naar Nederland. 2 weken voor hij naar Ghana vertrekt hebben zij per email contact, meneer schrijft aan mevrouw dat hij er tegenop ziet om in zo'n druk gezinsverband in Nederland samen te wonen en dat ze het er nog eens over moeten hebben. Mevrouw schrijft terug dat het geen probleem is en dat ze het er in Ghana over hebben. Dan wordt het juli 2014, en dan neemt mevrouw contact op met de zoon van vader, want ze krijgt geen contact meer met meneer. Hij zou eigenlijk al gekomen moet zijn. Hij is niet in Ghana gearriveerd. Zoon krijgt ook geen contact met vader. Hij doet aangifte van vermissing. Dan is het twee dagen later, dan blijkt meneer weer thuis te zijn. Zoon gaat bij zijn vader op bezoek, en daar is een andere vrouw aanwezig. Meneer vertelt dat hij met die mevrouw voor een week naar Rwanda is geweest. Wat gebeurt er dan? Twee weken later stuurt de zoon een email naar Ghana om de relatie te verbreken. In oktober 2014 gaat meneer naar de notaris en schrapt hij deze mevrouw uit zijn testament. In die akte bij de notaris staat dat vader ongehuwd is. Hij woont dan samen met zijn nieuwe geliefde. Maar het gaat lichamelijk niet zo goed. Van 26 november tot 1 december ligt hij in het ziekenhuis, waardoor een afspraak met de notaris niet doorging. Tot die afspraak komt het uiteindelijk niet, op 21 januari 2015 komt vader te overlijden. Dan moet zoon zich gaan bezighouden met de afwikkeling van de nalatenschap. Dan is er eerst wat geruzie over een auto, waarvan zoon denkt dat het vaders auto is. Mevrouw zegt dat meneer die auto aan haar had geschonken. Een tijdje later komt de aap uit de mouw, want mevrouw is dus de nieuwe partner, zegt dat ze in Rwanda zijn getrouwd op 10 juli 2014. Op basis daarvan maakt mevrouw aanspraak op de nalatenschap. Dan komt de vraag aan de orde of dat Rwandese huwelijk in Nederland kan worden erkend? Alleen dan staat mevrouw daadwerkelijk als echtgenote te boek. Als dat niet kan worden erkend, bestaat het niet, en dan heeft de zoon daar geen last van. Dit wordt dus een procedure bij de rechter en wat doet mevrouw, die legt in eerste instantie een handgeschreven kopie van de huwelijksakte over. En later in die procedure nog een gedrukte huwelijksakte. Dus er zijn eigenlijk twee huwelijksaktes die in die procedure aan de orde komen en die zijn innerlijk tegenstrijdig. Op de ene akte staat een andere ambtenaar van de burgerlijke stand vermeld dan op de andere. Er staan nog meer fouten en tegenstrijdigheden in. Waardoor het wel een probleem wordt. De rechtbank weet eigenlijk ook niet zo goed wat ze hier nou mee moeten. Dat mag wel zo zijn dat op basis van zo'n akte we van de geldigheid uit moeten gaan, maar hier hebben we nu twee akten, de vraag is al hoe dat kan en die zijn ook nog eens tegenstrijdig, dus hoeveel waarde kunnen we hier nog aan hechten. Mevrouw heeft eigenlijk spijt van die eerste handgeschreven akte en zegt tegen de rechter dat die buiten beschouwing mag worden gelaten. Dat gaat de rechtbank niet doen, want er is nu gereede twijfel over de geldigheid van welke akte dan ook. Ze heeft geen bewijsvoordeel op basis van die akte. Dan komt het dus aan op de vraag of dat huwelijk is gesloten volgens de regels zoals die in Rwanda voor internationale huwelijken hadden te gelden. Want als dat zo is, met of zonder dubieuze akte, maar als het daar ter plaatse geldig is, is het in Nederland ook geldig. En dan blijkt het eigenlijk aan alle kanten te rammelen. Al was het maar omdat vader heel beperkt Engels sprak, en er blijkt uit niets dat er een soort tolk aanwezig was. Het Rwandese recht schrijft allerlei publicatievoorschriften voor waaraan helemaal niet lijkt te zijn voldaan. Het schrijft voor dat er bepaalde getuigen aanwezig zijn, deels uit de familiekring. Van vader was van familiezijde niemand daar in Rwanda aanwezig. Zo gaat dat nog even door, zodat uiteindelijk dat huwelijk uit Rwanda dus niet in Nederland wordt erkend. We zien eigenlijk dat op basis van die regel, dat als het in het buitenland geldig is, dan hier ook, 99 van 100 buitenlandse huwelijken

kunnen altijd worden erkend, met die kleine voorwaarde van de openbare orde. Hier dus ook een voorbeeld waarbij het helemaal mis kan gaan. Een voorbeeld dus waarin in het kader van de erfopvolging de voorvraag van de erkenning van het buitenlandse huwelijk speelt. Het is niet de hoofdvraag, maar een voorvraag. Wel een belangrijke voorvraag. Op basis van die **zelfstandige** aanknopingspunten passen we gewoon de regels van artikel 10:31 BW toe.

Internationale echtscheiding

In het kader van die echtscheidingsprocedure komen ook weer die drie klassieke vragen van IPR aan de orde. Wanneer is de Nederlandse bevoegd om van een verzoek tot echtscheiding kennis te nemen? Als de Nederlandse rechter bevoegd is, welk recht moet hij daarop dan toepassen? En de derde vraag, die van erkenning en tenuitvoerlegging. Stel nou voor dat er in het buitenland een echtscheiding is uitgesproken, of op andere wijze tot stand is gekomen, wanneer en onder welke voorwaarden kan dan die buitenlandse echtscheiding in Nederland worden erkend? Die klassieke vragen. En op elk van die onderwerpen, rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging moeten we dus in kaart brengen welke bronnen we eigenlijk zouden kunnen toepassen. Want steeds weer is die vraag, is er een verdrag of verordening en als die er is, wanneer is die dan van toepassing. En als die er niet is, of als die regeling niet van toepassing is, wat moet je dan toepassen?

Bronnen

Voor de **rechtsmacht** is er een Europese verordening, de Brussel IIbis verordening. Die gaat specifiek over echtscheiding en vragen van ouderlijke verantwoordelijkheid. Daarover komen we later nog te spreken. Een Europese verordening die dus over de bevoegdheid van de rechter in echtscheidingszaken gaat. Mocht Brussel IIbis niet van toepassing zijn, dan vallen we voor de bevoegdheidsregels terug op onze Nederlandse commune bevoegdheidsregels die je vindt in de eerste 14 artikelen van Rechtsvordering. Voor het **toepasselijke recht** is er geen verdrag of verordening waar Nederland aan gebonden is, dus rechtstreeks boek 10, artikel 56 BW. De Rome III verordening gaat over het toepasselijke echtscheidingsrecht, maar dat is een bijzonder soort Europese verordening die in een bijzondere procedure is vastgesteld. En die bijzondere procedure, de nauwere samenwerking, die houdt in dat alleen landen die ervoor hebben gekozen deel te nemen aan die nauwere samenwerking die verordening ook toepassen. Nederland heeft daar niet voor gekozen, en die past dus die verordening niet toe. In de internationale echtscheidingspraktijk is het goed te weten dat er diverse lidstaten zijn waar die verordening wel wordt toegepast, maar als de Nederlandse rechter de vraag moet beantwoorden naar het toepasselijke echtscheidingsrecht, geldt Rome III dus niet voor Nederland. Ook geen ander verdrag of verordening, dus boek 10 BW. Overigens met die procedures van nauwere samenwerking is het zo dat andere landen die tot dusver niet deelnemen, op ieder moment kunnen beslissen dat alsnog te gaan doen. Dus ook Nederland zou kunnen besluiten in de toekomst om alsnog toe te treden tot die nauwere samenwerking en Rome III alsnog toe te passen. En dan het derde onderdeel, de **erkenning** van de buitenlandse echtscheidingen, ook weer Brussel IIbis. Want behalve over de bevoegdheid, zegt Brussel IIbis ook iets over de vraag wanneer we echtscheidingsbeslissingen afkomstig uit andere lidstaten moeten erkennen. En is Brussel IIbis niet van toepassing, omdat de echtscheidingsbeslissing niet is gegeven in een andere **lidstaat**, maar in een niet-lidstaat, een derde land, dan passen we daarop de regels uit boek 10 BW weer toe, artikel 57-59. Je moet deze bronnen goed uit elkaar houden. Hoe doen we dat nou op het moment van samenloop? Dan heeft een verordening of verdrag voorrang. Bijvoorbeeld als het gaat over de bevoegdheid, daar hebben we dus een verordening en een regeling in rechtsvordering. Hoe moeten we nou bepalen wanneer welke regeling geldt? We beginnen altijd bij het verdrag of de verordening, in dit geval de verordening. We kijken of het voorliggende geval, de casus die we hebben beslist, valt binnen het toepassingsgebied van die Europese verordening, Brussel IIbis. Zowel het temporele toepassingsgebied, de toepassing in de tijd, als het materiele toepassingsgebied, als het

formele toepassingsgebied. Die drie onderdelen van het toepassingsgebied moet je altijd toetsen. Meestal staan die in de betreffende verdragen of verordeningen zelf omschreven. Als die casus valt binnen het toepassingsgebied, past je Brussel Ibis toe. Valt die daarbuiten, dan pas je Rechtsvordering toe. Zo moet je dus op het tentamen bijvoorbeeld je antwoord motiveren. Als je rechtstreeks Rechtsvordering gaat toepassen, al zou het zo zijn dat dat in principe goed is omdat Brussel Ibis inderdaad niet van toepassing is, maar je laat na dat voldoende gemotiveerd aan te tonen, dan kost dat punten. Juist vanwege die laatste regel dat bij samenloop een verdrag of verordening altijd voor gaat. Je komt pas aan de regels van Nederlands recht toe, als je hebt laten zien dat er geen verordening of verdrag van toepassing is.

Brussel Ibis

Wat is dan dat toepassingsgebied van Brussel Ibis? Het **materiele toepassingsgebied**, met andere woorden welke onderwerpen regelt de verordening nou eigenlijk precies, tref je aan in artikel 1 lid 1 sub a. Daar zie je dan echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid in staan. We hebben het nu over de echtscheiding, dus echtscheiding valt binnen dat materiele toepassingsgebied van Brussel Ibis. **Temporeel** zegt dus iets over het overgangsrecht. Als je de verordening bekijkt zie je aan het begin staan dat hij in werking is getreden op 1 augustus 2004, maar dat hij van toepassing is vanaf 1 maart 2005. Die laatste datum, waarop een verordening van **toepassing** van wordt, is steeds van belang. De betreffende echtscheidingsprocedure moet zijn **ingesteld**, moet zijn aangevangen, na die datum waarop de verordening van toepassing is geworden, dus na 1 maart 2005. Zou het een echtscheidingsverzoek van voor maart 2005 betreffen, dan is Brussel Ibis niet van toepassing. En het **formele toepassingsgebied**. Dat is bij sommige regelingen nog het meest moeilijke. Dan gaat het eigenlijk om het geografische toepassingsgebied van een bepaalde regeling, dus op welke gevallen van echtscheiding geografisch gezien is de verordening nou eigenlijk precies van toepassing. In Brussel Ibis staat het er een beetje moeilijk in. Waar het om gaat, artikel 6 en 7, is dat de **verwerende** echtgenoot, dus de echtgenoot tegen wie het echtscheidingsverzoek aanhangig wordt gemaakt, dat die de nationaliteit moet hebben van een lidstaat of dat die zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat moet hebben. Als dat zo is, dan is Brussel Ibis sowieso van toepassing. Hof van Justitie in het **Sundelind Lopez arrest**: dat toepassingsgebied breiden we nog wat verder uit. Want, ook als die verwerende echtgenoot de gewone verblijfplaats buiten de EU heeft en de nationaliteit van een derde land bezit, maar toepassing van artikel 3 zou toch leiden van bevoegdheid van een lidstaatrechter, dan is Brussel Ibis gewoon van toepassing. Dus zelfs als hij eigenlijk niet van toepassing zou zijn, maar de regeling leidt tot bevoegdheid binnen de EU, dan passen we Brussel Ibis gewoon toe. Als we kijken naar artikel 3, zie je een aantal gronden waarop de rechter bevoegdheid mag aannemen. Als er maar een van die gronden is vervuld, dan is de rechter bevoegd om van het echtscheidingsverzoek kennis te nemen. Dat is bijvoorbeeld zo, als beide echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben in het land van de rechter. De Nederlandse rechter zou bevoegd kunnen zijn als het echtpaar de laatste gewone verblijfplaats in Nederland had en indien een van beide daar nog verblijft. En daarmee is dan Brussel Ibis alsnog van toepassing. De Nederlandse rechter zou ook bevoegd kunnen zijn als een van beide woonplaats in Nederland heeft, als het een gemeenschappelijk verzoek betreft. De Nederlandse rechter kan ook bevoegdheid ontlenen aan de gewone verblijfplaats van de verzoeker, maar dat kan op twee verschillende gronden, namelijk de Nederlandse rechter is bevoegd bij een echtscheidingsverzoek als de verzoeker in Nederland gewone verblijfplaats heeft als hij voorafgaand aan dat verzoek tenminste een jaar in Nederland woont. Dus gewone verblijfplaats van twee maanden is niet voldoende. Die verzoeker, die gewone verblijfplaats in Nederland heeft, moet dan ten minste een jaar in Nederland verblijfplaats hebben gehad. Of als het iemand met een Nederlandse nationaliteit betreft, is zes maanden voldoende. En de laatste grond van artikel 3 is de gemeenschappelijke nationaliteit. Ook al zou geen van die andere gronden vervuld zijn, ze wonen allemaal buiten Nederland. Als de echtgenoten een

gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit zouden hebben is de Nederlandse rechter altijd bevoegd om kennis te nemen van het echtscheidingsverzoek. Brussel IIbis is een Europese verordening, dus dit geldt net zo goed voor Duitse, Spaanse, Italiaanse rechter. Die passen allemaal deze zelfde regels toe op de vraag wanneer zij bevoegd is om van een internationaal echtscheidingsverzoek kennis te nemen. In theorie kan meer dan een Europese rechter over hetzelfde echtscheidingsverzoek bevoegd zijn. Dan is het een kwestie van keuze van de verzoeker om het aanhangig te maken in het ene of het andere land.

Steeds als we de nationaliteit aan de orde hebben, zoals hier, is in het IPR de vraag aan de orde, wat moeten we doen als iemand over meer dan een nationaliteit beschikt? Wat moeten we doen als het eigenlijk een zuivere papieren kwestie betreft, een verwaterde nationaliteit? Je bent bijvoorbeeld nog nooit in dat land geweest, je spreekt de taal niet, je hebt er geen bezittingen. Moet je dan nog wel de nationaliteit als aanknopingsfactor in het IPR hanteren? Dus twee vragen, wat te doen bij meervoudige nationaliteit en wat te doen bij verwaterde nationaliteit. Wat je zou kunnen doen, is een zogenaamde effectiviteitstoets of een realiteitstoets aanleggen. Een **effectiviteitstoets** houdt in dat je in geval van meervoudige nationaliteit dat je gaat bepalen welk van die nationaliteiten nou de effectieve nationaliteit is. Met welk van de nationaliteitslanden er de nauwste banden bestaan. Dus iemand heeft de Nederlandse en de Duitse nationaliteit, de effectiviteitstoets houdt in dat je gaat kijken of die persoon nou **nauwer** verbonden is met Nederland of met Duitsland, om dan vervolgens alleen de nationaliteit van dat land als de effectieve nationaliteit in beschouwing te nemen. Dus iemand heeft op papier de Nederlandse en de Duitse, maar is nauwer verbonden met Duitsland bijvoorbeeld, dan betekent dat dat we alleen de Duitse nationaliteit bekijken en de Nederlandse buiten beschouwing laten. En even zo goed leidt een **realiteitstoets** er in het geval dat iemand maar over een nationaliteit beschikt ertoe, dat we die nationaliteit als hij nou zo verwaterd is, eigenlijk helemaal geen reële band met het land, dat de nationaliteit dan helemaal buiten beschouwing wordt gelaten. En iedere keer als je de nationaliteit in het IPR tegenkomt is eigenlijk de vraag, moet je hier een effectiviteitstoets of realiteitstoets aanleggen, of niet? Of mag je dat niet doen? Wat moet je doen als er bij de Nederlandse rechter een echtscheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt en het echtpaar woont al vele jaren in de VS. Meneer is Nederlander en heeft het Amerikaanse staatsburgerschap en mevrouw is Nederlandse. Echtscheidingsverzoek bij de Nederlandse rechter aanhangig gemaakt. Vraag, beschikken deze mensen nou over gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit? We gaan ervan uit dat geen van de andere bevoegdheidsgronden van artikel 3 zich voordoet. Als je een effectiviteitstoets hier aanlegt bij meneer en je zou moeten kiezen tussen de Nederlandse en de Amerikaanse nationaliteit, zou dat kunnen leiden tot het aannemen van nauwere band met Amerika, en dan valt dus de gemeenschappelijke nationaliteit weg. Dan heeft meneer de Amerikaanse en mevrouw de Nederlandse, geen gemeenschappelijke nationaliteit. Als je bij mevrouw een realiteitstoets zou aanleggen, dan leidt dat er misschien wel toe dat mevrouw nog nooit in Nederland is geweest, dat die nationaliteit misschien enorm is verwaterd, dat je die nationaliteit helemaal niet in ogenschouw zou moeten nemen. Als bij meneer de Nederlandse de effectieve zou zijn, zou je tot de conclusie komen dat er alsnog geen sprake van een gemeenschappelijke nationaliteit. Alleen als je die toetsen buiten beschouwing laat, dan kom je tot de conclusie dat meneer de Nederlandse nationaliteit heeft, mevrouw ook, en dan is er dus sprake van een gemeenschappelijke nationaliteit, zonder enige nadere toetsing. Vraag is, wat is rechtens in het kader van artikel 3 Brussel IIbis. Hof van Justitie in **Hadadi/Mesko**: geen effectiviteits- en realiteitstoets. Dus een enkele papieren nationaliteit is voldoende. In dit geval is de Nederlandse rechter bevoegd om van het echtscheidingsverzoek kennis te nemen. Ook als meneer eigenlijk meer band met de VS dan met Nederland heeft, en ook als die nationaliteit bij mevrouw zou zijn verwaterd. Ze beschikken beide over het paspoort, en dat betekent dat ze een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit hebben. De Nederlandse rechter is bevoegd.

Dit is wat Brussel Ibis zegt over de rechtsmacht van de rechter. Nou zou het kunnen zijn dat een situatie, een bepaalde casuspositie, buiten het toepassingsgebied valt van Brussel Ibis. Omdat, de verwerende echtgenoot buiten de EU woont, en geen nationaliteit van een EU-lidstaat heeft, en bovendien artikel 3 niet leidt tot bevoegdheid van een van de rechters in de EU. Dan hebben we gezien, dan valt de hele casuspositie buiten het toepassingsgebied van de EU. En dan, ook alleen dan, is er ruimte voor toepassing van onze eigen regels van Rechtsvordering. Stel nou voor die echtgenoot woont buiten de EU en heeft ook niet de nationaliteit van een EU-lidstaat en de Nederlandse rechter moet over dat verzoek oordelen. Hij past artikel 3 toe en artikel 3 leidt niet tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Maar de verzoekende echtgenoot woont in Frankrijk, al meer dan een jaar. De Nederlandse rechter is niet bevoegd, maar de Franse zou op basis van artikel 3 wel bevoegd zijn. Dan heeft dat in het licht van **Sundelind Lopez** tot gevolg dat Brussel Ibis van toepassing is. Ondanks het feit dat die verwerende echtgenoot niet door nationaliteit en gewone verblijfplaats met de EU was verbonden. Maar artikel 3 leidt tot bevoegdheid van de Franse rechter, dus Brussel Ibis is van toepassing. Dan moet de Nederlandse rechter zich dus **onbevoegd** verklaren. En mag hij niet alsnog rechtsvordering toepassen. Brussel Ibis is zelf wel van toepassing. Dus ruimte voor Rechtsvordering is er niet. Verdrag en verordening gaan immers boven onze eigen wetgeving. Dus aan Rechtsvordering komt die Nederlandse rechter niet toe. Hij zal zich gewoon onbevoegd moeten verklaren en tegen partij moeten zeggen dat hij de zaak bij de verkeerde rechter is begonnen, dat de rechter onbevoegd is, en dat hij de zaak bijvoorbeeld in Frankrijk aanhangig moet maken. Hij mag dus niet alsnog Rechtsvordering toepassen om te kijken of hij op basis van Rechtsvordering misschien toch nog bevoegd is. Dat mag alleen als je tot de conclusie komt dat de hele casuspositie niet onder het toepassingsgebied van Brussel Ibis valt. Omdat geen enkele EU-rechter bevoegd is. Dan valt de hele materie niet onder de verordening, valt dus buiten het formele toepassingsgebied, en dan kom je toe aan Rechtsvordering.

Commune bevoegdheid

Wat staat er dan in Rechtsvordering? Artikel 4 lid 1, dat ook als Brussel Ibis niet van toepassing is, dat we toch Brussel Ibis naar analogie gaan toepassen. Dat is op zich een vreemde regel, want we hebben net gezien wanneer een casuspositie buiten het toepassingsgebied van Brussel Ibis kan vallen. Alleen maar als er geen enkele EU-lidstaat rechter bevoegd is op basis van artikel 3. En dus per definitie ook de Nederlandse rechter niet. Want was de Nederlandse rechter op basis van artikel 3 Brussel Ibis bevoegd, dan viel de hele casus ook binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis en kwamen we aan Rechtsvordering niet toe. Dus voorwaarde om aan Rechtsvordering toe te komen, is dat de Nederlandse rechter **niet bevoegd** is. Net zomin als dat er enige andere lidstaatrechter bevoegd is. En dan is deze regel om Brussel Ibis naar analogie toe te passen, dus ook vrij zinloos. Want de Nederlandse rechter is niet bevoegd onder Brussel Ibis. Dat weten we al, want daarom zijn we hier uitgekomen. Met andere woorden, artikel 4 lid 1 Rv zal niet alsnog tot bevoegdheid van de Nederlandse rechter kunnen leiden. Waarom dan toch deze regel? Dat moet je in een historische context zien. Dat hele gebeuren van het formele toepassingsgebied en de uitleg van het formele toepassingsgebied door het Hof van Justitie in het Sundelind Lopez arrest, dat heeft de nodige duidelijkheid opgeleverd. Maar in de jaren daarvoor was het volledig onduidelijk hoe dat formele toepassingsgebied in elkaar zat. En of een zaak dus wel of niet onder Brussel Ibis viel of niet. De Nederlandse wetgever heeft toen gedacht, daar wil ik geen gezeur over hebben. Dus of Brussel Ibis is uit zichzelf van toepassing, of als Brussel Ibis niet van toepassing is mag de Nederlandse rechter Rechtsvordering toepassen en dan passen we diezelfde regels ook toe. Dus linksom of rechtsom, die Nederlandse rechter zal de goede regels toepassen. De Nederlandse rechter moest dus of rechtstreeks, of naar analogie, die regels toepassen. Nu we inmiddels weten hoe dat formele toepassingsgebied in elkaar zit, zoals het Hof dat heeft uitgelegd, is dus artikel 4 lid 1 Rv eigenlijk van ieder belang verstoken. Want of de Nederlandse rechter is bevoegd onder artikel 3 Brussel Ibis en daarmee valt de zaak binnen het toepassingsgebied van Brussel Ibis, of als de zaak niet binnen het

toepassingsgebied van Brussel Ibis valt, en er dus ruimte is voor Rechtsvordering, dan is een voorwaarde dat er geen enkele lidstaatrechter bevoegd is om van de echtscheiding kennis te nemen, ook de Nederlandse rechter dus niet. Als je dan die regels naar analogie gaat toepassen kun je alleen maar opnieuw tot de conclusie komen dat de Nederlandse rechter dus niet bevoegd is en dat hij zich onbevoegd zal moeten verklaren om van het echtscheidingsverzoek kennis te nemen.

HC 5B, 14-12, 2018, Echtscheiding en huwelijksvermogensrecht

Actualiteit

Een foto in het AD van Sylvie Meis en haar nieuwe vriend. Als die geliefde nou een internationaal geval betreft. Die blijkt gewoon uit Nederland te komen. Hiervoor had ze een Franse vriend. Als dat tot een huwelijk zou zijn gekomen. Dan doemt tal van leuke IPR-vragen op. Zoals de vraag of dat huwelijk in Nederland zou kunnen worden erkend. Daar weten we inmiddels van alles van. Of dat zou kunnen en onder welke voorwaarde dat zou kunnen. Maar ook een vraag die we vanochtend aan de orde zullen hebben, welk huwelijksvermogensregime zou eigenlijk tussen hen van toepassing zijn? Stel dat ze geen huwelijksvoorwaarden maken. Is het dan het Franse recht of is dat het Nederlandse recht? En als ze wel huwelijksvoorwaarden maken kunnen ze dan misschien kiezen voor een van beide. Of kunnen ze ook het Duitse recht kiezen? En als het nou in de toekomst weer op de klippen zou lopen, weten we al iets. Daar gaan we vandaag nog meer naar kijken. Over wanneer de Nederlandse rechter bevoegd zou zijn om de echtscheiding uit te spreken. En welk recht eigenlijk in die Nederlandse echtscheidingsprocedure van toepassing zou zijn. Allemaal dus niet aan de orde, want er is geen huwelijk en de huidige vriend is Nederlands.

Echtscheiding: bronnen

Even kort herhalen waar we de vorige keer gebleven waren. We hebben de verschillende bronnen gezien. De ten aanzien van de bevoegdheid van de rechter, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging die op de echtscheiding van toepassing zouden kunnen zijn. Dus als je een echtscheidingsvraag voor je krijgt, en je hebt de vraag gekwalificeerd als een echtscheidingsonderwerp, het laatste van de echtscheiding opengetrokken, dan komen al die regelingen naar voren. Dan moeten we nog kijken of het gaat om de bevoegdheid van de rechter inzake echtscheiding, gaat het om het toepasselijke echtscheidingsrecht of gaat het om de erkenning van een buitenlandse echtscheiding? Dat brengt de selectie van regeling al wat verder terug. En dan gaat het natuurlijk nog om de vraag, als je de selectie goed hebt gemaakt, welke regeling precies geldt om toepassing van die regeling.

Bevoegdheid

Ten aanzien van de rechtsmacht, Brussel Ibis. Dat is je uitgangspunt. Pas als Brussel Ibis materieel, formeel en temporeel niet van toepassing zouden zijn dan komen we pas toe aan Rechtsvordering. Maar dat toepassingsgebied is heel ruim, zoals door het Hof van Justitie ook uitgelegd. Als artikel 3 Brussel Ibis een bevoegde rechter in de EU oplevert, dan is die Brussel Ibis verordening sowieso altijd van toepassing. Een EU-rechter is bevoegd over de echtscheiding als beide echtgenoten in het land van die rechter hun gewone verblijfplaats hebben. Ook als ze hun laatste gewone verblijfplaats samen in dat land hadden, eentje woont er niet meer, eentje woont er nog, dan is de rechter bevoegd om over de echtscheiding te oordelen. Als het juist de verwerende echtgenoot is die in dat land woont, is de rechter bevoegd. Als het een gemeenschappelijk verzoek betreft dan is het voldoende als een van beide, de verweerder of verzoeker, in het land van de rechter zijn gewone verblijfplaats heeft, dan mag de rechter over de echtscheiding oordelen. Als de verzoeker, als het geen gemeenschappelijk verzoek is, en de verzoeker heeft gewone verblijfplaats in het land van de aangezochte rechter, dan is het enkele feit dat hij daar zijn gewone verblijfplaats heeft niet voldoende. Maar als hij daarvoor dat het verzoek aanhangig

werd gemaakt al een jaar woonachtig was, dan is dat wel voldoende voor bevoegdheid. En als die verzoeker die nationaliteit heeft van het land van de rechter, dan hoeft dat geen jaar te zijn, maar dan is die periode van zes maanden voldoende voor bevoegdheid. En sowieso is de rechter bevoegd om over de echtscheiding te oordelen, als beide partijen de nationaliteit van het land van de rechter bezitten. En daarbij gaan we die nationaliteiten in geval van een dubbele nationaliteit allemaal niet tegen elkaar afwegen. Daar waren we gebleven. We gaan die regels nu proberen toe te passen aan de hand van een tweetal voorbeelden.

Voorbeeld 1

Hier het voorbeeld van een Nederlands-Belgische meneer en mevrouw. Beide beschikken ze over de Nederlandse en de Belgische nationaliteit. Ze trouwen in 2004. Ze maken huwelijkse voorwaarden en sluiten iedere gemeenschap uit. In die huwelijkse voorwaarden brengen zij ook een rechtskeuze uit. Zowel voor de echtscheiding als het huwelijksvermogensrecht als de alimentatie kiezen ze daarin voor toepasselijkheid van het Belgische recht. Na de huwelijksluiting vestigen mevrouw en meneer zich in België en krijgen twee kinderen. En dan in 2018 loopt het huwelijk spaak. Ze woonden dus tot dat moment samen in België. Meneer besluit terug te keren naar Nederland, in Amsterdam te gaan wonen. Mevrouw blijft met de kinderen in de echtelijke woning in België achter. Meneer dient een echtscheidingsverzoek in bij de Nederlandse rechter. En de vraag is dan, is die Nederlandse rechter bevoegd om van dit echtscheidingsverzoek kennis te nemen? Het gaat om twee vragen, welke regeling is eigenlijk van toepassing? Aan de hand van welke moet de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid toetsen? En de tweede vraag is, als je de goede regeling hebt gevonden, wat brengt die regeling dan op het punt van de echtscheidingsbevoegdheid met zich mee? Eerst gaan we kijken of Brussel Ibis van toepassing is. Wat moeten we dan doen om te achterhalen of Brussel Ibis van toepassing is? Kijken of dit geval binnen het materiele, temporele en het formele toepassingsgebied van Brussel Ibis valt. Materieel: het is een echtscheidingsverzoek, geen probleem, artikel 1. Temporeel: echtscheidingsverzoek moet aanhangig zijn gemaakt na 1 maart 2005. Dat is ook geen probleem, 2018. Formeel, dat is dan misschien nog wel een punt om nader bij stil te staan. In principe is Brussel Ibis formeel van toepassing als de verwerende echtgenoot gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, of de nationaliteit heeft van een EU-lidstaat. Verwerende echtgenoot is mevrouw, en mevrouw heeft de Nederlandse en Belgische nationaliteit. Woont bovendien in België. Brussel Ibis is dus van toepassing. Tweede vraag, de Nederlandse rechter moet zijn bevoegdheid dus aan de hand van Brussel Ibis vaststellen. Is die Nederlandse rechter dan ook bevoegd onder Brussel Ibis? Artikel 3 Brussel Ibis heeft die opsomming van die bevoegdheidsgronden die we net langslieden. Dus je komt uit bij artikel 3. Ze hebben een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit, en dan is dus de Nederlandse rechter bevoegd. Het enkele feit dat ze een dubbele nationaliteit hebben maakt op dit punt geen verschil, omdat je niet hoeft te kijken of ze misschien ook nauwer verbonden zijn met België waardoor die Nederlandse nationaliteit buiten beschouwing moet worden gelaten. Allemaal niet aan de orde heeft het Hof van Justitie gezegd. Ze hebben een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit en dan is de rechter dus bevoegd.

Voorbeeld 2

Nederlandse meneer, Surinaamse mevrouw. Huwelijk in 2000 in Nederland. Huwelijkse voorwaarden, maar geen rechtskeuze. Eind 2000 krijgt mevrouw de Nederlandse nationaliteit. In 2001 verhuizen ze naar de VS voor het werk van meneer. Er wordt een dochter geboren. In 2018 wordt meneer opnieuw overgeplaatst, nu naar Londen. Mevrouw wil in de VS blijven, dus die blijft achter in de VS met dochter. Meneer gaat wel naar Londen voor zijn werk. 9 maanden later dient meneer een echtscheidingsverzoek in bij de Nederlandse rechter. Wederom de vraag, is die Nederlandse rechter bevoegd om van dit echtscheidingsverzoek kennis te nemen? We beginnen met kijken of Brussel Ibis van toepassing is:

materieel, temporeel en formeel toepassingsgebied. Echtscheiding valt onder Brussel IIbis, dus materieel van toepassing. Het is ook na 2005, dus temporeel ook. In principe is Brussel IIbis formeel van toepassing als de verwerende echtgenoot gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, of de nationaliteit heeft van een EU-lidstaat. Mevrouw heeft Nederlandse nationaliteit. Oorspronkelijk was mevrouw Surinaamse, maar ze heeft in de loop van het huwelijk de Nederlandse nationaliteit gekregen. Het gaat dus niet om het moment van huwelijkssluiting, maar om de nationaliteit op het moment van het aanhangig maken van het echtscheidingsverzoek. Brussel IIbis is van toepassing: materieel, temporeel en dus ook formeel. De Nederlandse rechter zal dus zijn bevoegdheid toetsen aan artikel 3 Brussel IIbis. Dan beschikken dus deze mensen over een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Ook hier is het dus van belang om te zien dat we niet kijken naar het moment van huwelijkssluiting, straks bij het huwelijksvermogensrecht zullen we zien dat we dan wel kijken naar de gegevens hoe die waren op het moment van **huwelijkssluiting**, maar voor de echtscheiding is van belang het moment van aanhangig maken van het **echtscheidingsverzoek**. Op dat moment beschikken deze meneer en mevrouw over een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit en dus is de Nederlandse rechter wederom bevoegd. Dit is de enige grond waarop de Nederlandse rechter hier bevoegd is.

Toepasselijke recht

In deze beide voorbeelden is het zo dat de Nederlandse rechter bevoegd is. Maar wat moet hij dan eigenlijk precies gaan doen? Dan is hij bevoegd om over die echtscheiding te oordelen. Dan is de dus de volgende vraag, aan de hand van welk recht moet hij nou gaan beoordelen of hij die echtscheiding ook zou kunnen uitspreken? Waarom heeft die rechter eigenlijk een toepasselijk echtscheidingsrecht nodig? Wat zou dat recht mee kunnen brengen? Wat zegt het toepasselijke echtscheidingsrecht eigenlijk precies? Is het niet in Nederland zo dat als je de rechter om echtscheiding vraagt, dat hij die echtscheiding gewoon uitspreekt? Moet hij daar nog veel aan beoordelen of niet? Dat is de vraag. Daar kan ons eigen Nederlandse recht je gemakkelijk op het verkeerde been zetten. We hebben een echtscheidingsgrond, duurzame ontwrichting. Op het moment dat een van partijen bij de rechter aanklopt en vraagt om echtscheiding en zegt dat het huwelijk duurzaam is ontwricht, dan is het feit dat een van die echtgenoten dat stelt ruim voldoende voor de rechter om dat ook aan te nemen. Dan is die echtscheidingsgrond dus een gegeven. Dan zal de rechter het echtscheidingsverzoek ook toewijzen. Maar in een grensoverschrijdend geval hoeft dat niet altijd zo gemakkelijk te zijn. Buitenlands echtscheidingsrecht is redelijk vaak wat minder liberaal dan het Nederlandse echtscheidingsrecht. Het Duitse echtscheidingsrecht vraagt, dat partijen eerst een jaar lang gescheiden hebben geleefd voordat de echtscheiding kan worden uitgesproken. Met het idee dat dat jaar partijen even moet laten wennen aan de situatie, mogelijk komen ze erachter dat ze niet zonder elkaar kunnen, dan is dat huwelijk er nog. In Ierland hebben ze niet een jaar, maar is die periode zelfs drie jaar. Tot voorkort, was op Malta echtscheiding helemaal niet mogelijk. Dus, niet ieder echtscheidingsstelsel is zo liberaal als het Nederlandse en dat betekent dus dat de vaststelling van het **toepasselijke recht** door de rechter nodig is, om te kijken wat de gronden zijn waarop echtscheiding mogelijk is en zijn alle voorwaarden die daaraan verbonden zijn wel gegeven in dit voorliggende geval. Dat is waarom je het toepasselijke echtscheidingsrecht nodig hebt. Er is een verordening op dit vlak, Rome III, waar Nederland geen partij bij is. Daarom past de Nederlandse rechter boek 10 BW toe op de vraag naar het toepasselijke recht. Hij kijkt in artikel 10:56 BW. En lid 1 zegt wanneer bij de Nederlandse rechter een echtscheidingsverzoek voorligt, past de Nederlandse recht daarop het Nederlandse recht toe. De hele achterliggende gedachte is dat we in Nederland niet voor niks zo'n liberaal echtscheidingsrecht hebben. De gedachte is dat niemand tegen zijn wil gehuwd moeten blijven. Als iemand aangeeft dat hij dat niet langer wil, dan moet hij er ook van af kunnen. Dan moet dat niet aan allerlei nadere voorwaarden onderworpen zijn. Dus we passen ook in grensoverschrijdende gevallen in principe Nederlands recht toe. We begunstigen dus de echtscheiding. Niet omdat we vinden dat Nederland altijd het nauwst verbonden is, vaak de grondslag

voor een verwijzingsregel, we passen hier het Nederlandse recht toe omdat we dan zeker weten dat de echtscheiding ook daadwerkelijk tot stand kan komen. Dat noemen we de **favor divortii**: het begunstigen van de echtscheiding. Dat is hier het onderliggende beginsel. Dat is ook de reden waarom Nederland niet aan die nauwere samenwerking met Rome III meedoet, want de uitkomst van die verordening zou kunnen zijn dat de Nederlandse rechter vaker dan onder boek 10 BW toch buitenlands echtscheidingsrecht zou moeten toepassen. En dat het dus zou kunnen voorkomen dat de Nederlandse rechter tegen partijen moet zeggen dat ze niet kunnen scheiden. Dat heeft de Nederlandse wetgever onwenselijk geacht, en daarom doen we niet mee met Rome III en passen we nog steeds artikel 10:56 BW toe: Nederland recht. Tenzij, zegt lid 2, partijen zelf kiezen voor toepasselijkheid van een buitenlands rechtsstelsel. Het is partijen toegestaan om in afwijking van die hoofdregel van het Nederlandse recht, samen een rechtskeuze uit te brengen en de Nederlandse rechter te vragen om de echtscheiding te beoordelen aan de hand van buitenlands recht. Namelijk, het recht van het land waarvan zij beide de nationaliteit bezitten. Dus, beschikken partijen over een **gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit**, dan zijn zij op basis van artikel 10:56 lid 2 BW bevoegd de rechter te vragen om de echtscheiding aan de hand van dat buitenlandse recht te beoordelen. Waarom zou je dat nou willen? Als we ervan uitgaan dat minstens een van partijen echtscheiding wenst. En je weet dat als er geen rechtskeuze wordt gedaan, dat de Nederlandse rechter Nederlands recht gaat toepassen en onder dat Nederlandse recht krijg je gemakkelijk die echtscheiding. Er is eigenlijk geen soepeler regime denkbaar. Iedere keuze voor het buitenlandse recht is of gelijk, of een stuk strenger. Hogere eisen en voorwaarden voor toewijzing van het echtscheidingsverzoek. Ervan uitgaande dat ten minste een van beide die echtscheiding daadwerkelijk wil, waarom zou hij dan instemmen met een rechtskeuze voor buitenlands echtscheidingsrecht, waaronder het dus waarschijnlijk moeilijker is voor die Nederlandse rechter om de echtscheiding uit te spreken. Dat is in verband met de **erkenning**. Want, we hebben het hier dus over echtgenoten met een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit en de kans is vrij groot dat die mensen ook in het betreffende buitenland hun huwelijk uit de registers zouden willen hebben. Dus ook daar te boek willen staan als van echt gescheiden. Wat is daarvoor nodig als je bij de Nederlandse rechter aan het procederen bent? Dat die Nederlandse echtscheidingsbeslissing ook in dat betreffende buitenland kan worden erkend. Dan leidt die ene procedure tot echtscheiding in Nederland, en als die beslissing ook in het buitenland wordt erkend, dat leidt het ook tot echtscheiding in het buitenland. Nu is het zo dat dat betreffende buitenland, zeker als het buiten de EU is gelegen, zelf over de voorwaarden voor erkenning van een Nederlandse echtscheidingsbeslissing gaat. Dat is een vraag van buitenlands IPR. Maar we weten dat er aantal landen zijn die best een buitenlandse echtscheidingsbeslissing willen erkennen, maar wel onder de voorwaarde dat ze dat recht moeten hebben toegepast in die echtscheidingsprocedure. En precies die service biedt de Nederlandse wetgever hier aan die echtgenoten. Dan ben je met een procedure klaar, hoe je niet opnieuw in het buitenland weer te gaan procederen. Dat is de gedachte achter die rechtskeuze mogelijkheid. Er dus alleen maar een keuze mogelijk als die partijen over een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit (zonder effectiviteits- en realiteitstoets) beschikken, en dus voor dat recht kiezen. Dat is het enige recht waarvoor mag worden gekozen. Artikel 10:56 lid 2 BW zegt nog iets over de vorm daarvan. Die is geldig als ze dat gezamenlijk doen. Maar, die is zelfs ook geldig als een van partijen die rechtskeuze min of meer stelt, en die wordt niet weersproken door de ander. Zelfs als hij wel wordt weersproken door de ander is zo'n rechtskeuze toch nog geldig, als beide echtgenoten een werkelijk maatschappelijke band met dat land van het gekozen recht hebben. Dus, die echtgenoten die over een gemeenschappelijke Marokkaanse nationaliteit beschikken die kunnen gezamenlijk kiezen. Mevrouw die het verzoek hier in Nederland aanhangig maakt kan in haar verzoekschrift vragen of de rechter de echtscheiding wil beoordelen naar Marokkaans recht. Als dan meneer in zijn verweerschrift daar verder niks over zegt, dat onweersproken laat, dan is die daarmee dus geldig. Zelfs als meneer daar wel verweer tegen voert, dan zal die Nederlandse rechter toch het Marokkaanse recht toepassen als hij vaststelt dat beide echtgenoten over een werkelijk

maatschappelijke band met Marokko beschikken. En dan gaat het er dus om dat partijen **voldoende binding** met dat land hebben, doordat ze bijvoorbeeld vermogen hebben, of daar met enige regelmaat in dat land verblijven (familiebezoek of vakantie), of ze daar wel een deel van het jaar verblijven en werken. Er moet dus een voldoende binding met dat land zijn, en dat is een heel feitelijk criterium. Van alles kan daarbij een rol spelen. Een rechter moet al die feiten tegen elkaar afwegen. Als dat zo is, dan is die rechtskeuze zelfs eenzijdig en zelfs weersproken dus geldig. Dat ten aanzien van het toepasselijke echtscheidingsrecht, dan hebben we nu het derde onderdeel nog, de erkenning van buitenlandse echtscheidingen.

Erkenning

Als het een echtscheidingsbeslissing betreft zijn er twee regelingen van toepassing. Ook weer Brussel IIbis, ziet dus op zowel de bevoegdheid als de erkenning en tenuitvoerlegging, alleen niet op de toepasselijke recht. Maar Brussel IIbis kent wat dat betreft een beperkt formeel toepassingsgebied ten aanzien van de erkenning van buitenlandse echtscheidingen, want die regeling uit Brussel IIbis is alleen van toepassing ten aanzien van de erkenning van echtscheidingsbeslissingen afkomstig uit andere **lidstaten**. Dus voor een Belgische, Duitse en Franse echtscheidingsbeslissing, allemaal Brussel IIbis. Maar voor die Marokkaanse echtscheidingsbeslissing, of de Zwitserse, of de Chinese, geldt Brussel IIbis niet. Brussel IIbis is daarop formeel niet van toepassing. En dus is er dan ruimte voor toepassing van boek 10 BW. Behalve de echtscheidingsbeslissing heb je in sommige landen nog iets als de eenzijdige huwelijksontbinding. Die niet tot stand komt door een beslissing van een autoriteit of een rechter, maar doordat een van de echtgenoten eenzijdig komt tot een huwelijksontbinding, door zijn vrouw te verstoten. Ook een vorm van echtscheiding, of van ontbinding van het huwelijk, in het buitenland. Waarvan het natuurlijk de vraag is of we dat in Nederland überhaupt als een echtscheiding of ontbinding van het huwelijk kunnen erkennen.

Hier specifiek ten aanzien van echtscheidingsbeslissingen, als dus de beslissing afkomstig is uit een andere lidstaat, dan zegt Brussel IIbis, dan erkennen we die automatisch in alle lidstaten (artikel 21). Dus daar hoef je niks voor te doen. Daar hoeft niet een aparte procedure voor te hoeven gevoerd. Als die echtscheiding in Frankrijk is uitgesproken, dan is hij gewoon automatisch zonder vorm van procedure of wat dan ook, in Nederland geldig. Als je die in Nederland zou willen tenuitvoerleggen, wat niet echt hoeft bij een echtscheidingsbeslissing, maar voor de tenuitvoerlegging van een Brussel IIbis vonnis, is het dan nog wel nodig dat er een soort stempel op die beslissing komt en dat volgens de procedure zoals Brussel IIbis die voorschrijft, artikel 28 e.v. Wat wel belangrijk is, is dat Brussel IIbis in artikel 22 maar een heel beperkt aantal weigeringsgronden voorschrijft. Die erkenning gaat dus geheel automatisch, er is maar een viertal weigeringsgronden waar je een beroep op zou kunnen doen om zo'n buitenlandse echtscheidingsbeslissing, afkomstig dus uit een andere lidstaat, buiten de deur te houden. Dan gaat het met name om de **openbare orde**, mocht het nou zo zijn dat die buitenlandse echtscheidingsbeslissing de erkenning daarvan in Nederland strijdig zou zijn met fundamentele waarden en normen van onze Nederlandse rechtsorde. De andere gronden hebben vooral te maken met een verstekprocedure, dan moet het wel zo zijn dat de echtgenoot daar goed is opgeroepen, zodat hij wist van die procedure. Die buitenlandse beslissing mag niet strijdig zijn met eerdere Nederlandse beslissingen bijvoorbeeld. Dan heb je het wel zo'n beetje gehad. Wat je dus niet mag doen, is de beslissing nog eens overdoen en kijken of die buitenlandse rechter inhoudelijk wel de juiste beslissing heeft gegeven. Absoluut niet van belang in het kader van de erkenning. Wat je ook niet mag doen is kijken of die Franse rechter Brussel IIbis wel goed heeft toegepast met betrekking tot zijn eigen bevoegdheid bijvoorbeeld. Die hele regeling is gebaseerd op een soort onderling vertrouwen van de lidstaten in elkaars rechtelijke instanties. Als daar een uitspraak uitkomt, erkennen we die gewoon op de beperkte weigeringsgronden na. De rest mogen we dus niet toetsen. Dat zijn beslissingen afkomstig

uit andere lidstaten. Is die beslissing nou **niet afkomstig** uit een lidstaat, maar uit een ander land, dan hebben we nog een paar verdragen die we niet hoeven te kennen. In principe komen we dan toe aan toepassing van artikel 10:57 BW. Dit artikel zegt dat het dan wel moet gaan om een echtscheidingsbeslissing van een rechter of een andere autoriteit. Dus vooral bedoeld om zich te onderscheiden van die eenzijdige huwelijksontbinding, die valt dus niet onder artikel 10:57 BW. Wanneer erkennen we die? Als die buitenlandse procedure, voor die buitenlandse rechter, omgeven is door een **behoorlijke rechtspleging**. Beginnselen van een behoorlijke procesorde zijn daar in acht genomen, hoor en wederhoor, fatsoenlijk opgeroepen, dus die hele procedure heeft behoorlijk plaatsgevonden daar in het buitenland. En die rechter die heeft zich op internationaal algemeen aanvaarde gronden bevoegd geacht. Indien die buitenlandse rechter ook bevoegd was om over de echtscheiding te oordelen. We hebben net onder Brussel IIBis gezien dat wij ons geen oordeel mogen vormen over de bevoegdheid van de buitenlandse rechter, dat mag hier dus wel. De vraag is, aan de hand van welke regels zouden we dat moeten doen? Is het zo dat die buitenlandse rechter op grond van onze bevoegdheidsregels bevoegd moet zijn geweest? Nee dat is niet zo. Is het dan zo dat die buitenlandse rechter zijn eigen bevoegdheidsregels goed moet hebben toegepast? Nee dat is ook niet de toets. Waar het om gaat bij die rechtsmacht toets, is dat er een internationaal aanvaarde grond bestond voor die buitenlandse rechter om bevoegdheid aan te nemen. Dus dat er een binding met het land van echtscheiding was, zodanig dat het gerechtvaardigd is dat die rechter zich met de echtscheiding heeft ingelaten. Het gaat dus om een **algemeen aanvaarde rechtsmacht** grond. We zouden ter inspiratie daarvan natuurlijk in artikel 3 Brussel IIBis kunnen kijken. Niet omdat dat onze echtscheiding bevoegdheidsgronden zijn, maar omdat we er met zo'n Europese verordening er wel vanuit kunnen gaan dat de gronden die daar worden aangevoerd voor rechtsmacht, dat die ook een internationaal aanvaard karakter hebben die gronden. Dus als een buitenlandse rechter zich op een van die gronden bevoegd acht, dan kunnen we wel aannemen dat die rechter inderdaad voldoende rechtsmacht had om die beslissing van de buitenlandse rechter hier in Nederland te kunnen erkennen. Lid 2 gaat dan nog verder, stel nou voor dat die voorwaarden van lid 1 niet zijn vervuld, dan zegt artikel 10:57 lid 2 BW, dat we die buitenlandse echtscheidingsbeslissing toch nog kunnen erkennen, indien duidelijk blijkt dat de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend met die ontbinding heeft ingestemd, of daar naderhand in heeft berust. Dus eigenlijk komt die buitenlandse beslissing niet voor erkenning in aanmerking, omdat de voorwaarden niet zijn vervuld, maar als uiteindelijk in die Nederlandse procedure tot erkenning blijkt dat de wederpartij heeft ingestemd met die buitenlandse beslissing, of erin heeft berust, dan kan alsnog erkenning plaatsvinden. Met de gedachte dat als beide echtgenoten die echtscheiding graag willen, waarom zouden we nu van ze vragen dat ze die procedure in Nederland weer helemaal opnieuw gaan doen.

Dan de **verstoting**, de eenzijdige huwelijksontbinding. De mogelijkheid van erkenning is geregeld in artikel 10:58 BW. Dan zie je dat daar wat meer voorwaarden gelden. In de eerste plaats moet die verstoting in het buitenland hebben plaatsgevonden. Als je dat in Nederland doet, kan het nooit een geldige huwelijksontbinding opleveren. De tweede voorwaarde is dat het nationale recht van de verstoter, deze vorm van huwelijksontbinding moet toestaan. En bovendien, stel voor dat meneer dat niet in het land van zijn nationaliteit, maar in een ander land niet zijnde Nederland doet, dan moet die verstoting ook nog eens in dat land geldig zijn. Is dat niet zo, erkennen we het in Nederland ook niet. Nog een voorwaarde voor erkenning: de vrouw in kwestie moet duidelijk hebben ingestemd met, of later berust heeft in, die huwelijksontbinding. We zagen nog bij die beslissing dat het een soort reparatie was. Zonder die instemming konden we erkennen, maar als die voorwaarden niet goed waren kon instemming alsnog. Hier geldt echt dit duidelijk als voorwaarde. Zo'n verstoting erkennen we in Nederland alleen maar als duidelijk blijkt dat mevrouw met die huwelijksontbinding instemt of daarin heeft berust.

Tot slot artikel 10:59 BW waar nog eens, ook ten aanzien van de echtscheidingen die dus niet onder Brussel IIbis vallen, de **openbare orde** aan bod komt. Stel dat aan de voorwaarden is voldaan, dan nog blijft erkenning in Nederland achterwege als die erkenning strijdig is met de openbare orde. Zelfs als je aan die voorwaarden voldoet, maar om andere redenen vinden we in het concrete geval dat erkenning van die echtscheiding hier strijdig is met onze fundamentele normen en waarden, dan blijft erkenning achterwege.

IPR-huwelijksvermogensrecht

Op dat gebied van alleen al het toepasselijke recht, dus welk recht beheerst nou het huwelijksvermogensregime van partijen, wat is het toepasselijke recht, hebben we een heel aantal verschillende bronnen. Het kan soms best wel eens ingewikkeld zijn om te bepalen wanneer welke bron nou precies geldt. Dus dan zit de moeilijkheid niet zo zeer in de toepassing van de regels in het desbetreffende verdrag, of de betreffende verordening, maar dan zit de moeilijkheid al meer in de vraag of het valt in de ene regeling of onder de andere. Want, feit is dat deze huwelijken in de tijd na elkaar hebben te gelden. En dat je meestal afhankelijk van de datum van **huwelijksluiting** moet bepalen of onder het regime van verdrag uit 1905 valt, of dat je onder het regime van arrest van de Hoge raad, **Chelouche/Van Leer**, valt. Kan ook zijn dat de datum van huwelijksluiting meebrengt dat het onder het verdrag van 1987 valt. Of, misschien val je wel onder de huwelijksvermogensrecht verordening en dan zijn we ineens heel actueel, want dat is een gloednieuwe Europese verordening. Zo nieuw zelf, dat hij pas op 29 januari 2019 van toepassing wordt.

Temporele reikwijdte

Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905, dat verdrag is in werking getreden op 23 augustus 1912 en weer opgezegd door Nederland op 23 augustus 1977. Dus de eerste les die we hieruit trekken, is dat jaartal dat vaak achter die Haagse verdragen staat, dat dat niks zegt over de datum waarop het verdrag van toepassing is geworden, waarop het in werking is getreden. Verdrag 1905 is pas in 1912 in werking getreden. Dus daar moet je rekening mee houden. 1912 – 1977, de periode waartussen dat verdrag heeft gegolden. Dat betekent dat als het huwelijk in die periode is gesloten, dat betekent dat het huwelijk temporeel onder de werking van dat verdrag valt. Maar het bijzondere van dit verdrag is, dat het een beperkt formeel toepassingsgebied heeft. Zodat het ondanks het feit dat het huwelijk in de goede periode is gesloten, het toch onder omstandigheden zou kunnen dat het verdrag niet van toepassing is, omdat dat betreffende huwelijk niet onder het formele toepassingsgebied van dat verdrag valt. Als het dat wel doet, is het verdrag gewoon van toepassing tussen 1912 en 1977. Is dat niet zo, dan hebben we dus een andere regeling nodig. Op 10 december 1976 wees de Hoge Raad een arrest in de zaak **Chelouche/Van Leer**. De Hoge Raad formuleerde een regel aan de hand waarvan je het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime kon vaststellen. Was een regel die de Hoge Raad eigenlijk nieuw formuleerde. Die gold daarvoor nog niet. Die week ook af van dat verdrag van 1905. Dus de Hoge Raad kwam met een nieuwe regeling, met verschillende treden hoe je zou moeten vaststellen welk recht het huwelijksvermogensregime van partijen beheerst. Die regel is sowieso vanaf de datum vanaf dat arrest van toepassing, tot aan 1 september 1992. Want op die datum trad het verdrag van 1978 in werking. Dan zie je dus dat tussen 1976 en 1977 een stukje overlap hebt. En daarvoor geldt dat het verdrag van 1905 in principe van toepassing is, en alleen als dat huwelijk gesloten is in januari 1977, niet onder het formele toepassingsgebied valt van het verdrag van 1905, dan geldt Chelouche/Van Leer. Die regel die de Hoge Raad op 10 december 1976 formuleerde, geldt in principe ook met terugwerkende kracht. Dus ook kan gelden voor huwelijken die voor 10 december 1976 waren gesloten. Voorwaarde is dan wel dat het verdrag van 1905 niet van toepassing is. Als het verdrag van 1905 van toepassing is, gaat het verdrag voor. Is het verdrag niet van toepassing, zou Chelouche/Van Leer zelfs voor 10 december 1976, toen dus nog niemand van die regel wist.. Dan wordt het iets gemakkelijker. Op 1 september 1992 trad het

Haags Huwelijksvermogensverdrag van 1978 in werking. Dus huwelijken die na 1 september 1992 zijn gesloten, vallen onder de werking van dat verdrag. En op 29 januari 2019 krijgen we weer een nieuwe regeling, nu een Europese verordening, de Huwelijks Vermogensrecht verordening. Die zal van toepassing zijn op huwelijken die op of na 29 januari 2019 worden gesloten. Hoewel we dan steeds nieuwe regelingen krijgen, die oude regelingen blijven van toepassing, van belang, op huwelijken die al eerder waren gesloten. Dat is best wel belangrijk, omdat wanneer komt dat huwelijksvermogensrecht aan de orde, in de eerste plaats in de fase voor huwelijksluiting. En daarna bij het einde van het huwelijk. Op het moment dat het huwelijk tot het einde komt, moet het huwelijksvermogensregime worden afgewikkeld. Wat is van een en wat is van de ander. En dan komt dus in een grensoverschrijdend geval aan de orde de vraag welk recht van toepassing is. Wanneer eindigt een huwelijk? Echtscheiding of overlijden van de eerste echtgenoot. Dat zijn de **twee** momenten, dus in het kader van de echtscheiding of in het kader van de erfopvolging, komen ook de vragen aan de orde hoe het huwelijksvermogensrechtelijk zat. De echtscheiding, hoe verdelen we die spullen. En in het kader van de erfopvolging bepaalt dat huwelijksvermogensrecht wat precies tot de nalatenschap van die overleden echtgenoot behoort en wat al van de langstlevende echtgenoot is en wat dus niet tot de nalatenschap behoort. Omdat die vraag bij het einde van het huwelijk opkomt, kan die vraag pas spelen 50 jaar na huwelijksluiting. En precies dat maakt dat we ook na 29 januari 2019 dus nog te maken krijgen met de afwikkeling van huwelijken die voor 29 januari 2019 zijn gesloten. Ook met huwelijken die voor 1992 zijn gesloten. Met name als dat in het kader van de erfopvolging moet. We kunnen die oude regelingen niet gewoon over boord kieperen. Ook in de toekomst, zullen we voor die oude gevallen ook nog steeds die oudere regelingen moeten kunnen toepassen.

HuwVermVo: nauwere samenwerking

We gaan nu wel eerst naar de verordening kijken, omdat hij nieuw is en natuurlijk langzaamaan belang wint. De huwelijken die gesloten worden vanaf die datum zullen door de verordening worden beheerst. Het bijzondere aan de huwelijksvermogensrecht verordening, is dat het ook weer zo'n verordening is in het kader van nauwere samenwerking. Net als die Rome III verordening, maar het verschil is daar doet Nederland niet aan mee, hier doet Nederland wel aan mee. Het is een **nauwere samenwerking**, ten aanzien van twee verordeningen. Het is niet alleen deze verordening, de huwelijksvermogensrecht verordening. Tegelijk met deze verordening is er een tweede verordening opgesteld, die gaat over de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschap. Het partnerschapsvermogensrecht, in een aparte verordening die er heel erg op lijkt. En die deel uitmaakt van deze zelfde nauwere samenwerking. Dat betekent dat landen die de huwelijksvermogensrecht verordening toepassen, ook die partnerschapsvermogensrecht verordening toepassen. En omgekeerd ook, als je de een niet toepast, pas je de ander ook niet toe. Op het gebied van het familierecht, dus ook op het gebied van het huwelijksvermogensrecht, kan in Brussel een verordening alleen maar worden aangenomen als dat met unanieme stem gebeurt. Dus alle landen moeten instemmen met zo'n verordening op het gebied van het IPR-familierecht, om die verordening tot stand te laten komen. En dat is niet gelukt met betrekking tot de huwelijksvermogensrecht verordening. Hij is weggestemd. Er waren twee landen, Hongarije en Polen die tegen hebben gestemd. Dus die verordening kwam er niet. Dan heeft het Europese recht een mogelijkheid om zo'n kopgroep te gaan vormen, een nauwere samenwerking van ten minste negen, maar het kunnen er ook meer zijn. Die verzoeken de Europese Commissie om toestemming om zo'n verordening die het dus niet heeft gehaald, toch te mogen gaan toepassen als een soort kopgroep van Europese landen. Zodat zij het in een beperktere kring van landen, er toch een zekere harmonisatie op het gebied van het IPR plaatsvindt. Dat is precies gebeurd. Het grootste verschil is dat zo'n Europese verordening normaal gesproken verplicht moet toepassen in de hele EU. Er zijn drie landen die een bijzondere positie hebben: Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland. Dat is altijd de vraag of die het toepassen. Maar, de rest van de lidstaten moeten zo'n Europese verordening normaal gesproken

als hij als een normale verordening wordt afgekondigd, toepassen. Het enkele feit dat we zijn toegetreden tot de EU maakt dat we dat stukje soevereiniteit hebben prijsgegeven. Maar dat geldt dus niet voor zo'n verordening die in de procedure van nauwere samenwerking is totstandgekomen. Die wordt alleen maar toegepast in de landen die zich bij die samenwerking hebben aangesloten. In de andere landen zijn die regels dus niet van toepassing. In Nederland dus wel, dat is eigenlijk wat we vooral moeten weten.

Temporele toepassing

Wat is dan het toepassingsgebied van de verordening? Eerst even in de tijd. Deze verordening, anders dan al die andere regelingen, ziet niet enkel op het toepasselijke recht ten aanzien van het huwelijksvermogens regime, maar deze huwelijksvermogensrecht verordening regelt weer de drie IPR-onderwerpen ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht. Dus het gaat om de bevoegdheid van de rechter, het gaat om het toepasselijke recht en het gaat om erkenning en tenuitvoerlegging. Dan kijken we met name even naar die eerste twee, het temporele toepassingsgebied, dan is het zo dat de rechter die wordt aangezocht in een grensoverschrijdende procedure van huwelijksvermogensrecht, die moet zijn **bevoegdheid** toetsen aan de regels van de verordening als die zaak **op of na** 29 januari 2019 is aangebracht (artikel 69 lid 1 en 2). Als de procedure op of na die datum is begonnen. Is hij van daarvoor, dan zijn de oude bevoegdheidsregels nog van toepassing. Van daarna moeten de rechters in alle deelnemende lidstaten, zijn of haar bevoegdheid toetsen aan de hand van de regels van de verordening. De **conflictrechtsregels** hebben een ander temporeel toepasselijk toepassingsgebied. De verordening is voor wat betreft het toepasselijke recht, alleen maar van toepassing op huwelijken die zijn **gesloten** op of na 29 januari 2019. De verordening is ook van toepassing op huwelijken van een eerdere datum, waarin die echtgenoten staande hun huwelijk op of na 29 januari 2019 samen een rechtskeuze hebben uitgebracht ten aanzien van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht (artikel 69 lid 3). Dus normaal gesproken ziet de verordening alleen op het toepasselijke recht als het huwelijk op of na 29 januari volgend jaar is gesloten, maar de verordening kan ook van toepassing worden op oudere huwelijken, als die echtgenoten op of na 29 januari 2019, bijvoorbeeld hier in Nederland naar de notaris gaan, en huwelijksvoorwaarden opmaken of wijzigen en daarin een rechtskeuze uitbrengen en zeggen dat voortaan hun toepasselijk huwelijksvermogensrecht door Nederland recht beheerst. Die rechtskeuze na die datum maakt dan dat de verordening van toepassing wordt. Als we dit zo zien, dan zien we dus dat dat temporele toepassingsgebied voor bevoegdheid en toepasselijk recht niet hetzelfde is. En dus ook niet gelijk hoeft te lopen. Het kan best zo zijn dat de rechter in maart volgend jaar een huwelijksvermogenszaak krijgt voorgelegd, dan weet je dus dat die procedure is begonnen na 29 januari 2019, dus de bevoegdheidsregels van de verordening zijn van toepassing. Maar dat huwelijk dat bijvoorbeeld is gesloten voor 29 januari 2019, dat betekent dat de conflictrechtsregels niet van toepassing zijn. Dus de rechter moet zijn bevoegdheid dan al wel toetsen aan de hand van de verordening, maar moet het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime bepalen aan de hand van het Haags Huwelijksvermogensverdrag van 1978: huwelijk gesloten na 1 september 1992, maar voor 29 januari 2019. Dus, dit laat maar weer zien dat het van belang is om op het moment dat je bepaalt welke regeling precies van toepassing is, je je ook bewust bent van de vraag of hier een vraag speelt van toepasselijk recht, of een bevoegdheidsvraag. Omdat dat temporele toepassingsgebied anders is, en dus ook het oordeel omtrent welke regeling van toepassing is, ook anders uit kan vallen.

Materiële toepassingsgebied

Wat is het materiële toepassingsgebied van de verordening? Artikel 1 omschrijft dat materiële toepassingsgebied als **huwelijksvermogensstelsels**. En daaronder moeten we in brede zin het huwelijksvermogensrecht schaden. De preambule bij de verordening zegt dat het een **autonomo begrip** is, wat zoveel wil zeggen dat als je voor de uitleg van dat begrip niet moet aansluiten bij het eigen recht,

of bij het recht van een van de lidstaten, maar dat je het in het licht van de verordening en de doelstellingen van die verordening dat begrip huwelijksvermogensstelsels verder moet invullen. De verordening zelf bevat een definitie van huwelijksvermogensstelsels in artikel 3. Alle vermogensrechtelijke betrekkingen als gevolg van huwelijk of de ontbinding daarvan tussen echtgenoten onderling en ten opzichte van derden. Dat huwelijksvermogensrecht bepaalt niet alleen de verhouding tussen de echtgenoten zelf, maar ook **verhaal van derden** op een echtgenoot. De vraag is dan waarop kan een schuldeiser precies verhaal nemen, wat behoort er tot het vermogen van de echtgenoot waarop verhaal mogelijk is. Dus het huwelijksvermogensrecht heeft ook consequenties voor derden. Artikel 1 bevat ook een opsomming van onderwerpen die er niet onder vallen. Bijvoorbeeld de handelingsbevoegdheid, maar ook de erkenning van het huwelijk. Dan zitten we weer in de voorvragen sfeer. Op het moment dat een huwelijksvermogensvraag speelt, dan zal als dat huwelijk in een buitenland is gesloten, meteen de voorvraag aan de orde zijn of dat huwelijk wel geldig is. Want zonder geldig huwelijk ook geen huwelijksvermogensrecht. En op die vraag of dat buitenlandse huwelijk erkend kan worden is de verordening dus niet van toepassing. Daar blijven gewoon de regels die we dinsdag hebben gezien op van toepassing. Of het nou een hoofdvraag of voorvraag was, we pasten die regels toch altijd al toe. En de komst van de verordening gaat daar dus niks in veranderen. En dan kun je je afvragen, wat hadden Polen en Hongarije tegen deze verordening. Dat draaide met name om het homohuwelijk. Wat was het homohuwelijk nou voor probleem als de verordening kennelijk helemaal niet gaat om de erkenning van een buitenlands huwelijk? Ze zijn op grond van de verordening helemaal niet anders dan voorheen verplicht dat Nederlandse homohuwelijk in Polen te erkennen. En toch vonden ze daar, en in Hongarije dus ook, het toch te lastig. Het idee is dat ze dat huwelijk niet hoeven te erkennen, maar stel nou voor dat er in Nederland een huwelijksvermogensrechtelijke beslissing tussen die twee mannen wordt gegeven, dan moeten we die beslissing wel erkennen en door erkenning van die beslissing waarin het gaat over een homohuwelijk, zouden we toch enig gezag aan dat buitenlandse homohuwelijk toe moeten kennen. Het ligt nogal gevoelig.

Als de Nederlandse rechter dat moet beoordelen, erkenning van het huwelijk valt buiten het toepassingsgebied van deze verordening, dus we blijven daarop onze boek 10 regels toepassen. Ook alimentatie, erfopvolging, pensioenverevening en goederenrecht vallen buiten het toepassingsgebied van de verordening.

Formele toepassing

Wat is het geografische toepassingsbereik van die verordening? Die bevoegdheidsregels, daar zegt de verordening zelf niks over. Maar als je de preambule goed leest, dan valt eruit af te leiden dat die bevoegdheidsregels ook een **universeel** formeel toepassingsgebied hebben. Dat betekent dus, dat als het nou maar is dat er een bevoegdheidsvraag van huwelijksvermogensrecht opkomt in een procedure die op of na 29 januari 2019 is aangevangen, dat de rechter altijd zijn bevoegdheid aan de hand van de verordening moet toetsen. En dat als hij geen bevoegdheid aan de verordening kan ontleen, dat hij zich dan **onbevoegd** moet verklaren. En dat er dus niet een escape is, om dan alsnog naar bijvoorbeeld Rechtsvordering te gaan, om te kijken of misschien die regels bevoegdheid verlenen. Die rechtsmacht bepalingen hebben een universeel formeel toepassingsgebied, en er is geen ruimte om daarbuitenom onze eigen regels toe te passen. Voor het conflictenrecht staat het met zoveel woorden in de verordening zelf, dat het formele toepassingsgebied universeel is (artikel 20). Het bij deze verordening aangewezen toepasselijke recht is van toepassing, ongeacht of dit het recht van een lidstaat is. Als de verordening leidt tot toepassing van Pools recht, Polen die de verordening zelf niet toepast, is dat een geldig verwijzingsresultaat. Leidt de verordening tot toepassing van Zwitsers recht, een land dat niet tot de EU behoort, dan is dat een geldig verwijzingsresultaat. Welk recht ook wordt aangewezen, de verordening is universeel van toepassing. Dat is dan ook het toepasselijke recht. Universeel formeel van toepassing.

Voor de erkenning en tenuitvoerlegging geldt, zoals we dat hebben gezien bij Brussel Ibis ook hier weer, er geldt een beperkt toepassingsgebied, want die regels zijn alleen van toepassing als het gaat om de erkenning en tenuitvoerlegging van een beslissing die afkomstig is uit een land dat zelf de verordening ook toepast, dus uit een deelnemende **lidstaat** van de EU.

Rechtsmacht – algemeen

Nu gaan we kijken naar de regels van de bevoegdheid van de rechter. Eerst een algemeen punt wat in de rechtspraak nogal van belang is. Als je kijkt naar artikel 10:2 BW, dan zie je dat de Nederlandse rechter verplicht is het conflictenrecht **ambtshalve** toe te passen. Dat wil zeggen als je een procedure aanhangig maakt bij de Nederlandse rechter, dan moet die rechter zelf toetsen welk recht eigenlijk precies van toepassing is. De Nederlandse civiele rechter is in principe lijdelijk, dus hij beslist alleen over die punten die partijen aan hem voorleggen. Als er feiten worden gesteld en niet worden bestreden door de andere partij, dan in principe neemt de rechter dat voor vaststaand aan. Dan gaat hij niet ambtshalve toetsen. Dat is dus anders met betrekking tot het conflictenrecht. Het is dus niet zo dat als een van partijen stelt dat Nederlands recht van toepassing is op de onderlinge rechtsverhouding, en de ander brengt daar niks tegenin, dat de Nederlandse rechter dan maar dat Nederlandse recht moet toepassen als iets waar partijen kennelijk geen geschil over hebben. De Nederlandse rechter is gehouden om dat zelf ambtshalve toe te passen. Dat moet hij ook met betrekking tot zijn bevoegdheid. Ook de bevoegdheidsregels zijn van **openbare orde**. Dat betekent dat de Nederlandse rechter ook altijd, ook als partijen er geen punt van maken, moet vaststellen of hij wel **bevoegd** is. Komt hij tot het oordeel dat hij niet bevoegd is, zelfs als geen enkele partij daar een beroep op heeft gedaan, moet hij zich ambtshalve onbevoegd verklaren. Die rechtsmacht regels zijn van openbare orde. Dan is de vraag hoe dat precies in hoger beroep werkt. Daar lopen **bevoegdheid** en **toepasselijk recht** uit elkaar. Want, ten aanzien van het toepasselijke recht, is het zo dat in hoger beroep de omvang van het geschil dat je aan het hof voorlegt afhankelijk is van de grieven die worden aangevoerd tegen het oordeel van de rechtbank. In beginsel moet het hof beslissen op dat gedeelte van het geschil, dat door middel van de grieven aan het hof wordt voorgelegd. En dat idee van het grievenstelsel, dat wordt ook ten aanzien van het toepasselijke recht gehandhaafd. Dat betekent dat als de rechtbank heeft vastgesteld dat Nederlands recht van toepassing is op de rechtsverhouding, en partijen hebben daartegen niet gegriefd, dan heeft het Hof het dus met dat oordeel te doen. Dan kan het Hof niet met een beroep op artikel 10:2 BW zeggen dat ze ambtshalve toepassen. Natuurlijk moet het Hof er iets van vinden als het door middel van een grief weer aan het Hof is voorgelegd. Maar als geen partijen heeft gegriefd tegen het IPR-oordeel van de rechtbank, dan is het Hof daaraan gebonden en zal het dus dat Nederlandse recht moeten toepassen. Dat is anders met betrekking tot de bevoegdheid. Stel je voor dat de rechtbank zich bevoegd heeft geacht om over de zaak te oordelen. Partijen voeren daartegen geen grief aan. Dus eigenlijk ligt die bevoegdheid niet aan het Hof voor, dan ondanks dat, moet ook in hoger beroep toetsen of er aan de Nederlandse rechter wel rechtsmacht toekwam. Zelfs dus als partijen het niet hebben aangevoerd, zal de rechter ook in hoger beroep zich alsnog onbevoegd moeten verklaren als hij tot het oordeel komt dat de rechtbank het op dit punt niet goed heeft gedaan. Die ambtshalve toepassing van het conflictenrecht vindt een grens in het grievenstelsel in hoger beroep, maar die rechtsmacht regels zijn van **openbare orde** en dat brengt mee dat ook in hoger beroep het Hof ambtshalve dus die bevoegdheidsregels moet toepassen en mogelijk dus moet constateren dat er in Nederland geen rechtsmacht is, ook als partijen dat niet eens hebben aangedragen.

Accessoire bevoegdheid

Weer terug naar de verordening. Hoe zit die bevoegdheid nou in elkaar, artikel 4 daar begint het dan eigenlijk, en hier probeert de verordening verschillende procedures op elkaar af te stemmen. Heel vaak, zal die kwestie van het huwelijksvermogensrecht in een rechtelijke procedure aan de orde komen in het

kader van erfopvolging, of nog vaker in het kader van de echtscheiding. Artikel 4 zegt, stel nou voor dat die vraag opkomt in een erfopvolgingsprocedure, dus in een kwestie van erfopvolging waarin een zaak is aangespannen bij een lidstaatrechter, en in het kader van die procedure speelt ook bij wijze van voorvraag de kwestie van het huwelijksvermogensrecht bijvoorbeeld, dan is die rechter bij wie die procedure aanhangig is bevoegd. Als die rechter nou op basis van de erfrechtverordening, waarover we nog komen spreken, bevoegd is om over de erfopvolging te oordelen, dan is hij daarmee, zegt artikel 4, ook bevoegd om deze kwestie van huwelijksvermogensrecht mee te nemen. Om dus die procedures te stroomlijnen. Accessoire bevoegdheid, gekoppeld aan die bevoegdheid over het erfrecht, als daar al een procedure loopt bij een EU-rechter en die rechter is op basis van de Erfrechtverordening bevoegd om over de erfopvolging te oordelen, dan mag hij die huwelijksvermogensrechtelijke kwestie meteen meenemen.

En iets vergelijkbaars zegt artikel 5 vervolgens over de echtscheiding. Dus komt de kwestie van huwelijksvermogensrecht aan de orde in een echtscheidingszaak, waarover al bij een EU-rechter wordt geprocedeerd, dan is de rechter die op basis van Brussel IIbis bevoegd is om over de echtscheiding te oordelen, daarmee ook bevoegd, zegt artikel 5, om die kwestie van huwelijksvermogensrecht mee te nemen. Om dus ook maar weer die procedures te stroomlijnen. Die ene procedure is voldoende om beide kwesties tot een goed einde te brengen. Maar, hier wordt het een klein beetje ingewikkelder nog. Want, we hebben gezien dat Brussel IIbis artikel 3 een hele waaier aan bevoegdheidsregels kent. Als er maar een gegeven is, dan is die bevoegdheid inzake de echtscheiding aanwezig. Maar, voor het huwelijksvermogensrecht heeft de Europese wetgever gedacht dat hij iets strenger moet zijn. Weliswaar in het algemeen geldt bevoegdheid in het kader van de echtscheiding, dan ook bevoegd voor het huwelijksvermogensrecht. Maar soms is voor die bevoegdheid om over de huwelijksvermogensrechtelijke kwestie te oordelen een extra overeenkomst tussen de echtgenoten noodzakelijk. Namelijk, en dat is dan de belangrijkste, als de bevoegdheid om over de echtscheiding te oordelen is gebaseerd op die gewone verblijfplaats van verzoeker gekoppeld aan die twaalf maand termijn, of die zes maand termijn plus de nationaliteit. Als dat de grond is waarop de rechter zich bevoegd acht om over de echtscheiding te oordelen, dan is er voor de bevoegdheid om het huwelijksvermogensrecht in diezelfde procedure mee te mogen nemen, noodzakelijk dat de echtgenoten instemmen met die bevoegdheid van de rechter om inderdaad dat huwelijksvermogensrecht ook mee te nemen. Ze moeten de rechter als het ware **machtigen**. Voor al die andere gronden geldt dat niet. Als die echtscheiding dus kan worden gebaseerd op de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten bijvoorbeeld, welke andere grond dan ook, dan is dus zonder meer de echtscheidingsrechter bevoegd om ook over het huwelijksvermogensrecht te oordelen. Is machtiging vereist, en doen echtgenoten dat niet, dan zal dus de rechter zich onbevoegd moeten verklaren. Niet ten aanzien van de echtscheiding zelf, maar hij zal zich onbevoegd moeten verklaren om ook de verdeling tussen partijen uit te spreken. En de gedachte daarachter is, waarschijnlijk, dat die gewone verblijfplaats van de verzoeker eigenlijk een wat te **lichte** bevoegdheidsgrond werd geacht voor het huwelijksvermogensrecht.

Bevoegdheid in andere gevallen

Dan hebben we ook nog een regel nodig wat te gelden heeft als die huwelijksvermogensrechtelijke kwestie helemaal niet in een erfrechtprocedure of een echtscheidingsprocedure aan de orde komt, maar in overige gevallen. Dan komen we uit bij artikel 6. Artikel 6 bevat een bevoegdheidswaaier, dus weer een regel met een aantal bevoegdheidsgronden. Maar, belangrijk is om te zien dat hier wel een **hiërarchie** in de bevoegdheidsgronden zit. We zagen in artikel 3 Brussel IIbis dat het niet uitmaakte of je het eerste of de laatste pakt, een is voldoende. Maar in artikel 6 van de huwelijksvermogensrecht verordening zit er een hiërarchie in, en dat betekent dat je die gronden van boven naar beneden af moet lopen. En op het moment dat je aan die eerste grond bijvoorbeeld zelf bevoegdheid kunt ontlenen, ben

je bevoegd. Als je zelf op die grond niet bevoegd bent, maar er is een andere lidstaatrechter, dus een **andere rechter** in een land dat de verordening toepast, bevoegd op die grond, dan houdt het daar op. Dan moet de rechter zich **onbevoegd** verklaren. En alleen als die eerste grond geen bevoegdheid oplevert in alle deelnemende deelstaten, dan mag je een trede in de ladder afdalen en kijken of die volgende grond jou misschien bevoegdheid oplevert. Levert het jou geen bevoegdheid op, moet je kijken of een andere rechter bevoegd is. Zo nee, dan kun je weer een trede afdalen. De eerste grond is het land waar echtgenoten beide hun gewone verblijfplaats hebben. Het gaat hier niet om een gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, dat wil zeggen dat het voor deze grond niet noodzakelijk is dat partijen in hetzelfde huis wonen. Hebben ze dat dus niet, niet in Nederland en hebben ze ook hun gewone verblijfplaats niet in een andere deelnemende EU-lidstaat, dan is de rechter bevoegd in de laatste gewone verblijfplaats van de echtgenoten, dien een van hen daar nog verblijft. Woonden ze voor het laatst samen in Nederland, en een van beide is vertrokken maar de ander woont er nog, dan is de Nederlandse rechter bevoegd. Levert dit onbevoegdheid op, in Nederland of elders, dan kijken we naar de gewone verblijfplaats van de gedaagde. En dan uiteindelijk toch ook weer naar de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten. Van belang is natuurlijk altijd, wat is nou het **peilmoment**? Naar welk moment moet je die gewone verblijfplaats beoordelen? Of die nationaliteit? Dat is het moment van het aanbrenge van de zaak (artikel 14). Op het moment dat de procedure wordt aangevangen, dat is het moment waarop je moet beoordelen wat de gewone verblijfplaats is.

Casus

Hoe passen we die regels nou in het concrete geval toe? Dan hebben we een Nederlandse meneer, gehuwd met een Braziliaans/Spaanse vrouw. Gehuwd in 2005 in Brazilië. En ze zijn daarna in Spanje gaan wonen. September 2018, het huwelijk loopt spaak. Meneer vertrekt vanuit Spanje en vestigt zich in Nederland. En daar maakt hij in mei 2019 een echtscheidingsprocedure aanhangig en vraagt in die echtscheidingsprocedure ook om verdeling van het huwelijksvermogensregime. Is de Nederlandse rechter bevoegd om over die verdeling een oordeel te geven?

Wat ga je als eerst doen? Constateren dat het om een vraag van huwelijksvermogensrecht gaat. Het gaat om bevoegdheid, rechtsmacht in het kader van huwelijksvermogensrecht. Als je dat laatste opeent, welke regelingen komen naar boven? Onder andere komt uit dat laatste de huwelijksvermogensrecht verordening. Dus laten we eens kijken of die verordening misschien op deze vraag van toepassing is. Materieel, zeker het betreft huwelijksvermogensrecht. En ook de bevoegdheid is in de verordening geregeld. Formeel, universeel van toepassing de verordening, dus altijd van toepassing. Temporeel, gehuwd in 2005, dat is ver voor 29 januari 2019. Een rechtskeuze na die datum zou daar verandering in kunnen brengen, die is er niet. Dus de verordening is niet van toepassing. Dat klopt ten aanzien van de conflictregels van de verordening. Dus als we het toepasselijke recht moeten vaststellen, kijk je hiernaar. Maar, de vraag was of de Nederlandse rechter bevoegd was. Dan was het temporele toepassingsgebied anders. Dan kijk je naar het moment waarop de procedure aanhangig is gemaakt, mei 2019. Dat betekent dat die datum waarop de procedure aanhangig is gemaakt, ligt na 29 januari 2019. En dat dus de verordening wel temporeel van toepassing is op de vraag naar de bevoegdheid van de rechter. Als we dat dan hebben vastgesteld, wat brengt de verordening dan mee ten aanzien van de bevoegdheid? Het is een nevenverzoek in de echtscheidingsprocedure, en dat betekent dat er dus een echtscheidingsprocedure aanhangig is bij een EU-lidstaatrechter, de Nederlandse rechter namelijk. En dat dus die bepaling van artikel 5 van toepassing is. Die vraag van het huwelijksvermogensrecht komt aan de orde in een procedure die loopt bij een lidstaatrechter. En dan geldt dus artikel 5, en artikel 5 brengt mee dat als die rechter nou bevoegd is om over de echtscheiding te oordelen, op basis van Brussel IIbis, dan is hij ook bevoegd ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht. Dus we moeten vaststellen of de Nederlandse rechter in dit geval bevoegd is om over de echtscheiding te oordelen. Dan moeten we

dus Brussel Ibis toepassen. Het is echtscheiding, dus Brussel Ibis is materieel van toepassing. Temporeel ook, procedure is na 1 maart 2005. Formeel, Brussel Ibis, moesten we kijken naar de verwerende echtgenoot. Meneer maakt het echtscheidingsverzoek aanhangig, dus het gaat om mevrouw. Ze woont in Spanje, dat is op het grondgebied van een lidstaat. Brussel Ibis is formeel van toepassing. Komen we toe aan artikel 3 Brussel Ibis, al die bevoegdheidsgronden. Is hier voor de Nederlandse rechter bevoegdheid te ontleen voor de echtscheiding? Dan komen we bij de grond 'gewone verblijfplaats verzoeker als hij daar een jaar verblijft, of een half jaar plus nationaliteit'. De Nederlandse rechter is op basis van Brussel Ibis bevoegd om over de echtscheiding te oordelen. En dus, zegt artikel 5 dan is dus de Nederlandse rechter ook bevoegd om over die kwestie van het huwelijksvermogensrecht te oordelen, om die dus in die procedure mee te mogen nemen. Maar, we zien hier dat de rechter voor dat echtscheidingsverzoek zijn toevlucht heeft moeten nemen in zo'n **lichte bevoegdheidsgrond**. En dus, geldt hier de kanttekening dat de Nederlandse rechter alleen maar bevoegd is als meneer en mevrouw een nadere overeenkomst hebben gesloten waarin ze afspreken dat die Nederlandse rechter inderdaad die kwestie van het huwelijksvermogensrecht ook in deze procedure mee mag nemen. Zonder die uitdrukkelijke overeenstemming tussen echtgenoten is de Nederlandse rechter daartoe niet bevoegd.