

HC 6A, 18-12-2018, Huwelijksvermogensrecht en afstamming

Actualiteit

‘Kan Barcelona-speler Rafinha gedwongen worden Adidas te dragen?’ De speler wil zijn sponsorcontract niet naleven. Twee weken geleden vond een kort geding plaats in Amsterdam en vandaag zou daar uitspraak in worden gedaan. Het idee is, hij heeft in 2013 een contract gesloten met Adidas, en was onder dat contract verplicht op die schoenen te voetballen. Dat contract liep af op 1 juli van dit jaar. Adidas heeft hem in de maanden ervoor aangeschreven om het te hebben over verlenging van dat contract. Daar heeft Rafinha niet op gereageerd. En dus is volgens Adidas dat contract automatisch verlengd, want zo’n clausule stond kennelijk in het contract. Maar Rafinha heeft zoiets van, als we dat niet expliciet hebben verlengd, dan is dat nu wel afgelopen. Te meer dat dit al het tweede contract was tussen Adidas en Rafinha. Deze was eigenlijk min of meer gelijk aan het eerdere contract, behalve die clausule over de automatische verlenging. Die stond in de eerste niet, en in het tweede contract wel. Rafinha heeft de afgelopen maanden al op zwartgelakte schoenen van een ander merk gespeeld. Schoenen waarop dat merk dan niet zichtbaar is, maar waarvan iedereen wel weet dat het in elk geval geen Adidasschoenen zijn. En de vraag is dus, geldt dat contract eigenlijk wel of niet. Adidas zegt voor iedere dag dat je andere dan onze schoenen draagt, ben je 100.000 euro verschuldigd. Voor kort geding heb je een spoedeisend belang over. En nu is het zo dat Rafinha momenteel zwaar geblesseerd is en de komende maanden niet aan spelen toekomt. Een van de argumenten in het kort geding was dat er geen spoedeisend belang is. IPR-vraag is natuurlijk, waarom is de zaak in Amsterdam? Want Adidas is een Duits bedrijf, Rafinha is een Braziliaan, woont in Barcelona. Dus hoezo wordt hierover in Amsterdam geprocedeerd? Het contract is niet met Adidas Duitsland gesloten, maar met een Nederlandse vestiging van Adidas in Amsterdam. Het merk, Adidas, is kennelijk internationaal geregistreerd in Amsterdam. En dat op het contract is ook Nederlands recht van toepassing is. Er staat kennelijk een rechtskeuze in voor Nederlands recht. Over een forumkeuze zegt geen enkel bericht iets, maar het lijkt wel voor de hand te liggen dat in het contract ook een forumkeuze staat voor de Nederlandse rechter. Dan zou dat verklaren waarom ze bij de Nederlandse rechter zijn. Anderszins zou je misschien nog kunnen zeggen, dat als er in dat kort geding nakoming van dat contract wordt gevraagd, dat het er dan om gaat dat nakoming van dat contract ook in Nederland dient plaats te vinden.

IPR-Huwelijksvermogensrecht

Een van de moeilijkheden van het IPR is dat er in de tijd verschillende regelingen zijn, zodat we steeds zullen moeten selecteren welke regeling eigenlijk van toepassing is. We hadden het verdrag van 1905, wat tussen 1905 en 1977 heeft gegolden. Het arrest van de Hoge Raad van 10 december 1976, Chelouche/Van Leer-arrest. Een nieuw verdrag in het kader van de Haagse conferentie gesloten, tot stand gekomen in 1978, maar van toepassing vanaf september 1992. Dit is het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978. En nu vanaf 29 januari 2019 een Europese verordening op het gebied van het IPR Huwelijksvermogensrecht. Vorige week begonnen met de verordening, en gezien dat die van toepassing is, wat betreft de conflictregels dus het toepasselijke recht voor huwelijken die op of na 29 januari 2019 worden gesloten. Of, die al eerder gesloten zijn, maar waar de echtgenoten een rechtskeuze uitbrengen voor hun huwelijksvermogensrecht, op of na 29 januari 2019. En we hebben vorige week ook gekeken naar de rechtsmacht bepalingen, wanneer is welke rechter bevoegd? En dat dan de Nederlandse rechter die huwelijksvermogensrecht verordening zal moeten toepassen als de vordering, de zaak, bij hem is aangebracht op of na 29 januari 2019. Dan moet hij in ieder geval de bevoegdheidsregels van die verordening toepassen, als de zaak na die datum is begonnen. Maar de conflictregels uit de verordening zijn alleen van toepassing als dat huwelijk ook van na die datum is.

Anders zal de rechter nog oude conflictregels moeten toepassen. Dat hebben we gezien. We hebben nog niet gezien hoe die conflictregels er nou precies uitzien. Wat zegt nou die huwelijksvermogensrecht verordening, daar gaan we eerst naar kijken. En ook het verdrag van 1978, over de vraag welk recht eigenlijk precies van toepassing is. We behandelen met name die twee regelingen, omdat die verordening pas van toepassing is op huwelijken die vanaf 29 januari 2019 worden gesloten. Daarom is ook dat verdrag van 1978 tot in lengte van jaren van belang voor de vaststelling van het toepasselijke recht, want we zullen nog tot in lengte van jaren te maken krijgen met de vraag naar het toepasselijke huwelijksvermogensrecht ten aanzien van echtgenoten die al voor 29 januari 2019, maar na 1 september 1992 in het huwelijk zijn getreden. Zodat dat verdrag van 1978 dan van toepassing is. We beginnen weer met de verordening.

HuwVermVo: getrapte conflictregel

Wat zegt die verordening over het toepasselijke huwelijksvermogensrecht? De verordening die geeft een getrapte conflictregel. Dus we hebben het al een paar keer eerder gezien. Een conflictregel die uit verschillende treden bestaat. En welke treden je gewoon van boven naar beneden naar langs moet, om te kijken of die betreffende trede een toepasselijk rechtsstelsel oplevert. Als dat zo is, dan is dat recht van toepassing. Levert die betreffende treden geen toepasselijk rechtsstelsel op, dan dalen een trede verder, net zo lang tot we een toepasselijk rechtsstelsel hebben gevonden. En de eerste trede van die verwijzingsladder zoals het ook wel wordt genoemd, is bij het huwelijksvermogensrecht de **rechtskeuzemogelijkheid**, artikel 22 van de huwelijksvermogensrecht verordening. Dit artikel zegt dat partijen, de echtgenoten dus, een rechtskeuze kunnen uitbrengen. Zowel voor het huwelijk, als bij het aangaan van het huwelijk, alsnog tijdens het huwelijk. Dus op ieder moment kunnen echtgenoten besluiten het toepasselijke recht zelf aan te wijzen. Die rechtskeuze is niet helemaal vrij. Je kunt niet ieder willekeurig rechtsstelsel maar kiezen. Artikel 22 zegt dat echtgenoten, of de toekomstige echtgenoten, kunnen kiezen voor het recht van het waarvan een van de echtgenoten de nationaliteit heeft. Of waarin een van beide echtgenoten zijn of haar gewone verblijfplaats heeft. Dus op het moment van het uitbrengen van de rechtskeuze, moet een van de echtgenoten de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van dat betreffende land hebben. Dan komt het recht van dat land voor keuze in aanmerking. We zullen zien dat onder de regeling die nu nog geldt, het verdrag van 1978, de rechtskeuzemogelijkheden iets ruimer zijn. Op het moment dat echtgenoten nu in het huwelijk zouden treden zijn de rechtskeuzemogelijkheden nog iets groter. Hebben ze geen rechtskeuze gemaakt, dan levert de eerste trede dus geen toepasselijk rechtsstelsel op. En dan vordert het systeem van die getrapte conflictregel dat we een trede lager afdalen. En dan komen we uit bij de **eerste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de echtgenoten**. Dus hebben ze geen rechtskeuze gemaakt, dan gaat het om het land waar die echtgenoten na het huwelijk voor het eerst samen gaan wonen. En het recht van dat land is dan van toepassing. Betreft het een Nederlandse echtgenoot en een Duitse echtgenoot die na het huwelijk in België gaan wonen, ze maken geen rechtskeuze, dan is België het land van hun eerste huwelijksdomicilie, de eerste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats na huwelijksluiting, en dan is dat recht, Belgisch recht, van toepassing. De uitzondering van lid 3, komen we zo apart nog op terug. Derde trede, dus blijven zij na het huwelijk in verschillende landen wonen, en hebben ze geen eerste huwelijksdomicilie, dan is er reden om weer een trede af te dalen. En dan moeten we kijken naar de **gemeenschappelijke nationaliteit** van de echtgenoten. Waarbij, zegt artikel 26 lid 2, het zo is dat als partijen over meer dan een gemeenschappelijke nationaliteit beschikken, dat dan die gemeenschappelijke nationaliteit helemaal wegvalt. Dus hebben de echtgenoten zowel de Nederlandse nationaliteit als de Duitse nationaliteit, gemeenschappelijk, dus ze hebben allebei dezelfde dubbele nationaliteit, dan valt die helemaal weg en kom je er met deze trede niet meer uit. Dan zal je af moeten dalen naar de volgende trede. Dan zijn we uitgekomen bij de laatste trede, en dat is die van de **nauwste verbondenheid**. Komen we bij die eerdere treden er allemaal niet

uit? Dan is van toepassing het recht van het land waarmee de echtgenoten alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst zijn verbonden. Het gaat hier, net als bij die andere treden, steeds om het **tijdstip van de huwelijksluiting**. Het gaat om de eerste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats na huwelijksluiting. Het gaat om de gemeenschappelijke nationaliteit van huwelijksluiting en ook bij die laatste trede van de nauwste verbondenheid gaat het om een nauwste verbondenheid op het moment van het sluiten van het huwelijk. Dat klinkt heel erg logisch, omdat dat peilmoment voor die andere treden ook dat moment van huwelijksluiting is. Maar het is iets minder logisch als je weet dat we ook onder het verdrag van 1978 zo'n zelfde soort ladder hebben, die ook eindigt in nauwste verbondenheid, maar daar gaat het niet om de nauwste verbondenheid op het moment van huwelijksluiting, maar mogen bij de afweging van die nauwste verbondenheid, juist alle omstandigheden over de hele duur van het huwelijk worden meegenomen. Dus ook hier zien we een essentieel verschil van de verordening ten opzichte van nu nog geldende regels uit het verdrag van 1978.

Treden 2 en 3

We moeten bij die tweede en derde trede nog iets nader bekijken hoe je die criteria nou precies invult, dus dat eerste huwelijksdomicilie en die gemeenschappelijke nationaliteit. Want, als je zegt de eerste gewone verblijfplaats na huwelijksluiting, dan is een beetje de vraag hoe snel moet dat eigenlijk precies? Stel nou voor dat je als echtgenoten, je woonde voor het huwelijk in verschillende landen, en je gaat na de huwelijksluiting eerst drie maanden op huwelijksreis. En pas dan vestig je, als je terugkomt, je samen in een bepaald land. Is dan het recht van dat land inderdaad je eerste huwelijksdomicilie? Of moet je zeggen dat drie maanden later, dat is zoveel later, dan was er op het moment van huwelijksluiting geen gemeenschappelijke gewone verblijfplaats? En als je die zoveel maanden later vestigt, dan is hij er niet en moeten we door naar de volgende treden. Hoeveel tijd mag er nou zitten tussen het moment van huwelijksluiting en het moment waarop die eerste gewone verblijfplaats gevestigd moet zijn om als criterium in aanmerking te komen. Dus het gaat eigenlijk om de **flexibiliteit** in die trede. En iets vergelijkbaars zou je je voor kunnen stellen met betrekking tot de gemeenschappelijke nationaliteit. Stel nou voor dat doordat mevrouw trouwt met meneer, zij recht krijgt op de nationaliteit die meneer ook heeft, door het huwelijk. Dan is er dus strikt genomen, op het moment van huwelijksluiting nog geen gemeenschappelijke nationaliteit. Relatief kort daarna wel. Maar telt dat nog of niet? Hoe flexibel is dat nou? Ten aanzien van die gewone verblijfplaats, als de gemeenschappelijke nationaliteit, is de vraag hoeveel rek er precies inzit. Ten aanzien van die tweede trede, dus het eerste huwelijksdomicilie, is het enige wat we daarover weten wat de preambule daarover zegt. Namelijk, dat die eerste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats kort na huwelijksluiting moet zijn gevestigd. Rekbaar begrip, wat is precies kort? We weten het niet. Dus het is iets wat in de loop der tijd door het Hof van Justitie moet worden uitgelegd. Duidelijk is dus wel, dat als je artikel 26 leest, dan zou je kunnen denken dat als het stel eerst vijf jaar gescheiden woont en dan samen in een land gaat wonen, dat dat eerste huwelijksdomicilie is, maar dat is in elk geval niet zoals je dat moet uitleggen. Je moet het dus wel terug kunnen brengen tot het moment van huwelijksluiting, of dus kort daarna. Dit is een discussie die we herkennen uit het verdrag van 1978. Daar hanteren we ten aanzien van het verdrag, in Nederland, op basis van rechtspraak van de Hoge Raad, een flexibele termijn van zo'n **zes maanden**. Datzelfde geldt voor de gemeenschappelijke nationaliteit. Onder de verordening weten we dus niet of we de zes maanden nog steeds mogen hanteren, maar bij gebrek aan iets beters ligt het voor de hand dat we vooralsnog die zes maanden misschien wel aan blijven houden. Ten aanzien van de nationaliteit ligt het weer iets moeilijker, want het 'kort na huwelijksluiting' uit de preambule ziet alleen op de gewone verblijfplaats en niet op de gemeenschappelijke nationaliteit. Dus of er daar überhaupt onder de verordening rek in zit, weten we niet. Bij de nationaliteit is het ook iedere keer de vraag wat we met een dubbele nationaliteit doen.

Doen we een effectiviteitstoets? Wat doen we als blijkt dat een van de echtgenoten geen band meer heeft met het land van zijn nationaliteit? Leggen we dan een realiteitstoets aan? De verordening zegt daarover, de vraag hoe we daar mee om moeten gaan wordt door de verordening niet beheerst. Is eigenlijk een voorvraag die buiten het toepassingsgebied van de verordening valt, zodat je zou kunnen denken als je de preambule leest, dat het iets is wat aan de lidstaten zelf is overgelaten. Alleen, zegt de verordening, dat je in het kader van de rechtskeuze waarbij je immers mag kiezen voor het recht van onder meer het land waarvan een van de echtgenoten de nationaliteit bezit. Dan zegt de verordening, in dat kader van de rechtskeuze mag je die realiteitstoets en effectiviteitstoets niet aanleggen. Een rechtskeuze is altijd geldig, ook al is dat niet de effectieve nationaliteit, of ook al is die nationaliteit verwaterd, dat doet aan de geldigheid van de rechtskeuze niets af. Idee erachter is dat echtgenoten dat juist doen voor de rechtszekerheid. In het kader van die gemeenschappelijke nationaliteit, dus de derde trede, dan speelt natuurlijk ook de vraag wat doen we met een dubbele nationaliteit? Als ze beide een dubbele gemeenschappelijke nationaliteit hebben, dan telt hij niet. Maar als een van twee een dubbele nationaliteit heeft, wat doen we dan? Overweging 50 van de preambule laat het over aan de lidstaten. Voor Nederland geldt dan dat we tot nog toe altijd in het huwelijksvermogensrecht hebben gezegd dat we **geen** effectiviteitstoets en realiteitstoets doen, dus het ligt voor de hand dat we dat blijven doen.

Nauwste verbondenheid: trede 4

Nu nog even over de trede met de nauwste verbondenheid met een voorbeeld. Stel voor dat we twee echtgenoten van verschillende nationaliteit hebben: een Nederlander en een Belgische. Zij maken geen rechtskeuze op het moment van huwelijksluiting. Ze blijven ook nog in ieder geval een jaar, elk in eigen land wonen. En vervolgens vestigen ze zich in Londen, omdat mevrouw daar een baan heeft gekregen. Daar wonen ze vervolgens twintig jaar. Dan komt het tot een echtscheiding. Welk recht is van toepassing? Dan hebben we de treden in het hoofd. Er is geen rechtskeuze. Partijen hebben na huwelijksluiting meer dan een jaar eerst nog gescheiden gewoond, geen eerste huwelijksdomicilie. Tweede trede valt ook af. Ze beschikken niet over een gemeenschappelijke nationaliteit, derde trede valt ook af. Dus je komt uit bij de trede van de nauwste verbondenheid. Onder het verdrag van 1978 mag je dan de hele duur van het huwelijk meenemen. Dan is het relatief makkelijk. Ze hebben 20 jaar gezamenlijk in Londen gewoond. Dus het nauwst verbonden met Londen. Engels recht van toepassing. Maar onder de verordening is dat dus niet zo. Anders dan onder het verdrag van 1978 gaat het dan om nauwste verbondenheid op het moment van huwelijksluiting. Alle omstandigheden die daarna in die twintig jaar een rol hebben gespeeld, die zijn voor de trede van de nauwste verbondenheid niet van belang. Dan wordt het veel moeilijker. Hoe moet je die knoop dan doorhakken? Is dan het feit dat ze in Amsterdam in het huwelijk zijn getreden van belang? Want heel veel gemeenschappelijke aanknopingspunten anders zijn er dan misschien niet. Misschien gaat het nog om de vraag waar vermogensbestanddelen van de echtgenoten waren gelegen. In ieder geval is dus het idee van dat het moment van huwelijksluiting bepalend is, systematisch klinkt het logisch. Alleen in de praktijk leidt het best tot een groter probleem dan die trede van nauwste verbondenheid van het verdrag van 1978. Het is dus belangrijk om een rechtskeuze uit te brengen.

Uitzondering (artikel 26 lid 3)

Stel nou voor dat partijen geen rechtskeuze hebben uitgebracht, dan is van toepassing het recht van het land van hun eerst huwelijksdomicilie. We hebben in artikel 22 de rechtskeuze gezien en de andere drie treden staan in artikel 26. Artikel 26 is bedoeld om het beginsel van de nauwste verbondenheid invulling te geven. Nou zou het kunnen zijn dat dat eerste huwelijksdomicilie, toepassing van het recht van dat land, toch niet leidt tot het nauwst verbonden recht. In verband daarmee zegt artikel 26 lid 3 dat er een uitzondering mogelijk moet zijn. Maar voor toepassing van die uitzondering is dus in de eerste plaats noodzakelijk dat zonder toepassing van die uitzondering het recht van het eerste

huwelijksdomicilie van partijen bepalend is. Als dat recht is toegepast en we zijn inmiddels twintig jaar verder, en het huwelijk is op de klippen gelopen, dan kan een van de echtgenoten een rechter verzoeken om in plaats van het recht van het eerste huwelijksdomicilie, het recht van het laatste huwelijksdomicilie toe te passen. Wat is daarvoor nodig? Daar gelden twee nadere voorwaarden voor. Namelijk, dat de echtgenoten in dat land van dat laatste huwelijksdomicilie beduidend langer hebben gewoond dan in het land van hun eerste huwelijksdomicilie. En bovendien dat ze zelf ook zijn uitgegaan van de toepasselijkheid van het recht van het land waar ze het laatst samen hebben gewoond. Hierbij een voorbeeld. We hebben twee Nederlandse echtgenoten, die na hun huwelijksluiting in Duitsland zijn gaan wonen. Die hebben daar drie jaar gewoond en zijn toen samen in België gaan wonen. En daar hebben ze nog eens vijftien jaar gewoond en toen was het einde huwelijk. Ze hadden geen rechtskeuze uitgebracht. Dus we komen bij de tweede trede uit. Dat is dan Duitsland. Dus in principe is dat Duitse recht van toepassing. Tenzij, bij het einde van het huwelijk een van de echtgenoten de rechter zou vragen om in plaats van dat Duitse recht het Belgische recht toe te passen, omdat ze daar beduidend langer hebben gewoond. En als hard gemaakt dat partijen in die vijftien jaar dat ze in België woonden zelf eigenlijk ook zijn uitgegaan van het feit dat Belgisch recht wel van toepassing zou zijn. Je kunt je hierbij nog van alles afvragen. Wat is precies beduidend langer? Stel dat het drie jaar in Duitsland en vijf jaar in België is, is dat dan ook al beduidend langer? Weten we eigenlijk niet precies. Het enige criterium dat de verordening biedt is beduidend langer, wordt verder niet toegelicht. We zullen het voorlopig, tot het in de rechtsspraak nadere invulling heeft gekregen, met dit criterium moeten doen. En hetzelfde geldt voor de vraag wat er precies gebeurd moet zijn om invulling te geven aan dat gegeven dat partijen hebben vertrouwd op de toepasselijkheid van in het voorbeeld Belgisch recht. Hoe zwaar dat criterium is, wat er daarvoor precies nodig is, weten we ook nog niet precies. Je kunt je iets vergelijkbaars voorstellen. Dat die nauwste verbondenheid helemaal weg is, als je niet met het huwelijksdomicilie, maar met de gemeenschappelijke nationaliteit het toepasselijke recht hebt bepaald. We hebben dezelfde Nederlandse echtgenoten, maar mevrouw woonde op moment van huwelijksluiting en daarna in Duitsland. Meneer woonde wel in Nederland. Zij huwen, maken geen rechtskeuze, zij blijven na het huwelijk eerst nog een paar jaar gescheiden wonen, dus geen eerste huwelijksdomicilie. Dan is van toepassing het recht van hun gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Dus Nederlands recht van toepassing. Maar stel nou voor dat ze na die twee jaar dat ze gescheiden wonen samen in Londen zijn gaan wonen en daar nog vijftien jaar hebben gewoond, dan zou je net zo goed als in het vorige voorbeeld kunnen zeggen dat het Nederlandse recht niet het nauwst verbonden recht is die vijftien jaar later. Dan zou er net zo goed reden moeten zijn voor een uitzondering, maar dat is er dus niet. Want die uitzondering van artikel 26 lid 3 geldt alleen indien het oorspronkelijk toepasselijke recht is vastgesteld op basis van het eerste huwelijksdomicilie van partijen.

Oudere regelingen

Dat was dus het toepasselijke recht onder de verordening. Zitten we niet in de sfeer van de verordening, maar in de oude regelingen, ter vergelijking van wat daar precies instaat. Het verdrag van 1905 met die huwelijken **tussen 1912 en 1977**, sloot in artikel 2 aan voor het toepasselijke recht bij de nationaliteit van de man. Niet echt een gemeenschappelijk criterium van man en vrouw, maar in die tijd ook weer niet zo gek gedacht, gezien hoe er toen gedacht werd tussen verhoudingen tussen mannen en vrouwen. Met zo'n aanknopingsfactor die alleen maar kijkt naar meneer, ligt meteen de reden waarom Nederland dat verdrag in 1977 heeft opgezegd. Hoe zit het dan in **Chelouche/Van Leer (huwelijken tussen 1976 en 1992)**? Daarin kwam de Hoge Raad ook al met een vertrapte verwijzingsregel. Die lijkt qua treden nogal op wat we net gezien hebben. De Hoge Raad zei dat van toepassing was het recht dat de echtgenoten zelf hadden aangewezen. Zo niet, het recht van hun gemeenschappelijke nationaliteit. Hebben ze geen gemeenschappelijke nationaliteit, geldt het recht

van het eerste huwelijksdomicilie. Is dat niet vast te stellen, geldt algemeen het nauwst verbonden recht. Die tweede en derde trede zijn dus net omgekeerd ten opzichte van de verordening. Meneer Van Leer en mevrouw Chelouche. Meneer Van Leer is van oorsprong Nederlander, maar die heeft in 1949 het Amerikaans staatsburgerschap gekregen. Mevrouw Chelouche is Française. Zij huwen in 1960 in Londen. In 1962 vestigen ze zich in Nederland. Vervolgens loopt dat huwelijk begin jaren 70 op de klippen. Meneer Van Leer is zeer vermogend. Partijen hebben geen huwelijksvoorwaarden gemaakt. Mevrouw Chelouche was zeer aangelegen dat Nederland recht van toepassing zou zijn, gemeenschap van goederen. Meneer Van Leer was er veel aangelegen om dat te voorkomen. Komt eerst bij de rechtbank. Huwelijk uit 1960, dat dus tussen 1912 en 1977, verdrag van 1905 van toepassing? In dit geval is dat niet zo, want dat verdrag kent een beperkt formeel toepassingsgebied. Dat betekent dat het verdrag alleen maar van toepassing is, als de **nationaliteit van de man** een nationaliteit is van een land dat zelf ook is aangesloten bij het verdrag. Dus de uitkomst van het verdrag van 1905 mag alleen maar zijn dat het recht van een verdragsland van toepassing is. Dat was hier niet zo, Amerika was geen partij. Meneer was op het moment van huwelijksluiting Amerikaans staatsburger. Dat verdrag van 1905 is niet van toepassing en dus is er ruimte voor de Hoge Raad om een nieuwe regeling op te stellen. De rechtbank was nog niet zo ver. De rechtbank ging op zoek naar iets wat partijen gemeenschappelijk hebben. We willen niet meer zoiets als alleen maar de nationaliteit van de man. Dan is het wel aardig, daar zeggen ze dat er moet gekeken worden naar woonplaats op het moment van het sluiten van het huwelijk. Meneer Van Leer woonde in Chicago. Mitsdien had mevrouw ook woonplaats in Chicago, Amerikaans recht van toepassing. Dan zie je dus dat het toch nog moeilijk is om iets gemeenschappelijks te vinden. Dan wordt er aansluiting gezocht bij de woonplaats en heeft mevrouw Chelouche opeens een afhankelijke woonplaats, omdat er anders geen gemeenschappelijke woonplaats was op moment van huwelijksluiting. Uitkomst, Amerikaans recht, geen gemeenschap van goederen bij de rechtbank. Hoger beroep bij het Hof. Die zegt dat we heden ten dage bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit, moeten we aanknopen bij het eerste huwelijksdomicilie, maar dat geldt wel vandaag de dag. Maar dat gold in de jaren 60 nog niet, dus ook het Hof komt tot de conclusie dat Amerikaans recht van toepassing is. Toen cassatie bij de Hoge Raad. Partijen hadden geen rechtskeuze gemaakt, ze hadden geen gemeenschappelijke nationaliteit. En de Hoge Raad komt tot het oordeel dat het eerste huwelijksdomicilie van partijen in Nederland was gelegen. Dus Nederlands recht van toepassing. De Hoge Raad maakt uiteindelijk op de uitkomst een uitzondering. Uitzondering waarop daarna in de rechtspraak heel vaak een beroep is gedaan, maar wat maar zeer zelden wordt gehonoreerd. Namelijk, de **onaanvaardbaarheidsexceptie**. De Hoge Raad kwam volgens de net gemaakte regel wel uit bij Nederlands recht, maar de gemeenschap van goederen tussen partijen is in dit specifieke geval een resultaat dat onaanvaardbaar is. Zodat we hier uiteindelijk toch dat Nederlandse recht, met die gemeenschap van goederen, buiten toepassing laten. Die onaanvaardbaarheidsexceptie is wel als een conflictrechtelijke eendagsvlieg gekarakteriseerd, omdat hij daarna zelden tot nooit tot resultaat heeft geleid.

Verdrag 1978 (HHV'78)

We moeten het toepassingsgebied vaststellen om te kijken of het verdrag daadwerkelijk van toepassing is. Waarop is het materieel nou van toepassing? Wat is het exacte onderwerp van het verdrag? Toepasselijk recht op het huwelijksvermogensregime. In artikel 1 wordt een aantal onderwerpen uitgesloten. Temporeel, het verdrag zegt in artikel 21 dat het van toepassing is op huwelijken gesloten na **1 september 1992**. En we weten inmiddels, dat voor de toepasselijkheid in de tijd van het verdrag moet zijn gesloten voor 29 januari 2019. En het verdrag kent anders dan het verdrag van 1905, een universeel formeel toepassingsgebied. Dus of het nou het aangewezen recht, of dat het recht van een verdragsland is maakt niet uit, die uitkomst is altijd van toepassing en daarmee het verdrag ook. Bij dit verdrag zijn maar liefst drie landen aangesloten, dus het is niet een groot

succes geworden. Nederland, Luxemburg en Frankrijk zijn partij bij het verdrag. Dat betekent dat die landen het verdrag dus ook toepassen. Maar het betekent dus niet, gezien het universeel formele toepassingsgebied, dat wij in Nederland het verdrag alleen maar toepassen in relatie tot Luxemburg of Frankrijk. Dus dat die landen partij zijn verdrag, betekent dat als je bij die rechter of notaris komt en die naar de vraag kijken wat het toepasselijk vermogensrecht is, dan passen ze ook het verdrag toe. Maar omdat het verdrag een universeel formeel toepassingsgebied heeft, passen wij het verdrag toe op iedere vraag van huwelijksvermogensrecht. Dus ook als het een Nederlands/Duits huwelijk betreft.

Conflictregel

Wederom een getrapte conflictregel, met wederom bekende treden. De rechtskeuze artikel 3 en 6 van het verdrag. Artikel 3 gaat over de rechtskeuze die vooraf aan het huwelijk wordt gesloten. En artikel 6 gaat specifiek over de rechtskeuze die staande huwelijk wordt uitgebracht door de echtgenoten. Waar de verordening in artikel 22 dat allemaal in een artikel heeft staan, heeft het verdrag twee aparte artikelen. Zonder rechtskeuze geldt artikel 4 van het verdrag, lid 1 zegt eerste gewone verblijfplaats van de echtgenoten na huwelijksluiting. Lid 2 zegt gemeenschappelijke nationaliteit. En lid 3 zegt nauwste verbondenheid. En dan herken je hier dus weer precies de treden, en ook de volgorde uit de verordening. En dan lijkt het dus weer alsof de verordening en het verdrag exact gelijk zijn en ook hier is dat weer misleidend. Want onder het verdrag is een best wel ingewikkeld compromis tot stand gekomen tussen landen enerzijds, over eerste huwelijksdomicilie en gemeenschappelijke nationaliteit, die vonden dat als partijen dat allebei hebben en ze gaan in hetzelfde land wonen dat dan de gemeenschappelijke nationaliteit doorslag moest geven (nationaliteitslanden), en landen anderzijds die vonden dat het eerste huwelijksdomicilie de doorslag moest geven. Er waren twee kampen die dus gingen over de volgorde van treden twee en drie. En dat betekent, omdat men in het kader van de totstandkoming van het verdrag eigenlijk voor beide landen het aantrekkelijk wilde maken, is er dus een compromis tot stand gekomen.

Die is heel ingewikkeld en hoeven we niet precies te begrijpen. We moeten het schema uit het boek kunnen toepassen, maar die krijgen we er op het tentamen bij als we hem nodig hebben. Wat we wel moeten weten, is dat de volgorde is zoals net besproken. Maar, dat artikel 5 het mogelijk maakt een verklaring af te leggen voor verdragslanden die partij worden bij het verdrag. Nederland heeft dat ook daadwerkelijk gedaan. Die verklaring zorgt ervoor dat de treden twee en drie omdraaien. We hebben meneer en mevrouw. Gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Zij huwen in het jaar 2000. En vestigen zich na huwelijk, dus hebben hun eerste huwelijksdomicilie, in Duitsland. Zij huwen in 2000. Dat valt binnen het tijdsbestek van het verdrag van 1978. Dus dit verdrag bepaalt welk recht van toepassing is. Hebben ze een rechtskeuze uitgebracht? Nee, dat is niet het geval. Dan zou je zeggen, dan is dus van toepassing het recht van de eerste gewone verblijfplaats van de echtgenoten na huwelijksluiting. Duits recht. Maar, ze hebben een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Nederland heeft als nationaliteitsland, dus als land dat eigenlijk die gemeenschappelijke nationaliteit belangrijker vindt, de verklaring van artikel 5 bij het HHV'78 afgelegd. Met als gevolg dat die treden twee en drie voor deze echtgenoten omdraaien. En dat dus in plaats daarvan niet eerst gekeken moet worden naar het eerste huwelijksdomicilie, maar dat de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit de doorslag geeft. Dus Nederlands huwelijksvermogensrecht geldt. Waren het twee Belgen geweest, had Duits recht gegolden. Als het Fransen waren geweest had ook Duits recht gegolden, want Frankrijk is wel partij bij het verdrag, maar heeft niet de verklaring afgelegd. Nederland is het enige land van de drie verdragslanden dat de verklaring heeft afgelegd. Stel het zijn twee Belgen, en zij vestigen hun eerste huwelijksdomicilie in Nederland. Welk recht is dan van toepassing? Ze hebben geen rechtskeuze uitgebracht. In principe geldt het recht van het eerste huwelijksdomicilie, zou Nederlands recht zijn. Nederland heeft die verklaring van artikel 5 afgelegd. De treden draaien niet om, want het gaat niet om echtgenoten met een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Dus

Nederlands recht is van toepassing. De Franse rechter moet ook de treden omdraaien als het om echtgenoten van een Nederlandse nationaliteit zijn als ze voor de Franse rechter staan.

Tredes

Onder dat verdrag van 1978, is de rechtskeuze iets ruimer. Onder andere omdat partijen nu dus nog, het verdrag geldt nu nog, kunnen kiezen, voor onroerend goed in het buitenland, voor partieel recht van dat land. Dus die Nederlandse echtgenoten die een vakantiewoning in Frankrijk hebben, die kunnen zeggen dat ze voor het huwelijksvermogensrecht Nederlands recht kiezen, maar ten aanzien van het huisje in Frankrijk kiezen ze voor Frans recht. Je splitst het onroerend goed af, en daar kun je een aparte partiele rechtskeuze voor uitbrengen voor het recht van het land waar de onroerende zaak is gelegen. Dat kan nu dus nog. Die mogelijkheid om dat zo te plannen, en dat gemak in de afwikkeling in de toekomst ook daadwerkelijk teweeg te brengen, dat gaat verloren onder de verordening. Er is een rek van **zes maanden**, daarover hebben we het gehad en geldt ook hier. En ook hier geldt dat een dubbele gemeenschappelijke nationaliteit geen gemeenschappelijke nationaliteit oplevert (artikel 15 lid 2). En hier hebben we het ook over gehad, de laatste trede van de nauwste verbondenheid, dat de feiten en omstandigheden onder het verdrag van 1978 over de gehele duur van het huwelijk meetellen, waar onder de verordening alleen het moment van huwelijkssluiting bepalend is.

Toepasselijk recht

Een andere reden waarom dat verdrag van 1978 zo'n 'groot' succes is geworden, naast de ingewikkelde regels welke door het compromis zijn gekomen. Dat is de automatische wijziging die onder het verdrag mogelijk is (artikel 7 lid 2). Artikel 7 van het verdrag zegt in lid 1 nog heel optimistisch dat het eenmaal toepasselijke recht in beginsel onveranderlijk is. Dus dat betekent, bij de meeste van de tredes moet je kijken naar het moment van huwelijkssluiting, dat het vastgestelde recht in principe van toepassing is. Dat geldt onder het verdrag, en onder de verordening geldt dat ook. Onder de verordening recht geldt het des te sterker, behalve de uitzondering van artikel 26 lid 3. Hier zegt artikel 7 lid 1 nog dat het recht ook van toepassing blijft, maar dan volgt lid 2 met de zogenaamde automatische wijziging. Want hebben de echtgenoten geen rechtskeuze uitgebracht en ook anderszins geen huwelijksvoorwaarden gemaakt, dan is er een drietal situaties waarin het toepasselijke recht automatisch kan wijzigen. We hebben de Belgische echtgenoten die in 2000 zijn gehuwd en in Nederland zijn gaan wonen. Ze wonen hier vijf jaar, en verhuizen dan terug naar België. 2005 vestigen ze zich weer in België. Anno 2018 loopt het huwelijk op de klippen, of komt de eerst van beide echtgenoten te overlijden. Welk huwelijksvermogensrecht is van toepassing? Geen rechtskeuze, dus eerste trede valt af. Eerste huwelijksdomicilie in Nederland is doorslaggevend, Nederlands recht van toepassing op het moment van huwelijkssluiting. Dus Nederlands recht blijft van toepassing, tenzij een voorwaarde voor automatische wijziging van artikel 7 lid 2 is vervuld. Wat is daarvoor nodig? Geen rechtskeuze en ook anderszins geen huwelijksvoorwaarden. Laten we dat aannemen. Dan zegt artikel 7 lid 2, op het moment dat zij tien jaar lang in België wonen, verandert het toepasselijke recht automatisch in het Belgische recht. Daar hoeven ze niks voor te doen en weten ze waarschijnlijk niks van af. De achterliggende gedachte dat dat daar het zwaartepunt van het vermogen is, en het maatschappelijke leven zich daar zal afspelen, dus dat dat recht het nauwst verbonden is. Wat er in de praktijk gebeurt, is dat er een **wagonstelsel** ontstaat. Vanaf de datum van huwelijkssluiting, tot aan 2015 heeft de hele tijd Nederlands recht gegolden. Vanaf 2015 verandert dat ineens in Belgisch recht. Dus aan die huwelijksvermogensrechtelijke trein van deze echtgenoten, zitten twee wagonnetjes. Het vermogen dat vanaf 2015 tot einde huwelijk 2018 is verworven, valt in die wagon van het Belgische recht. Dat betekent dat daarop dus Belgisch huwelijksvermogensrecht van toepassing is. Er zijn nog meer automatische wijzigingsgronden. Ook wijziging van nationaliteit zou kunnen leiden tot een automatische wijziging. Bedoeling is om door die automatische wijziging uit te komen bij het nauwst

verbonden recht. Voor de afwikkeling is dit een vrij grote ramp. Het is een aanleiding voor veel discussie en partijdebat. Met name omdat het automatisch gaat. Dat hele wagonstelsel is voor de praktijk een groot probleem. Tweede reden waarom het verdrag nooit echt een groot succes is geworden. Hier zijn we dus vanaf onder de verordening. Dus voor huwelijken op of na 29 januari 2019 gelden deze automatische wijzigingen niet meer. We zijn ook af van die verklaring van artikel 5, want de volgorde onder de verordening staat vast.

Nederlandse echtgenoten, met een eerste huwelijksdomicilie in Duitsland. Dan hebben we gezien door die verklaring van artikel 5, deze echtgenoten hebben geen rechtskeuze uitgebracht, door zij een Nederlandse nationaliteit hebben, de tredes omdraaien. Dan wordt de gemeenschappelijke nationaliteit van belang, dus dan geldt Nederlands recht. Zij vestigen zich in Duitsland. Na tien jaar zou Duits recht van toepassing worden, op basis van de automatische wijziging. Onder de verordening draaien de tredes helemaal niet om. Geen rechtskeuze, dan is van toepassing het recht van het eerste huwelijksdomicilie. Duits recht, vanaf dag een. Juist voor echtgenoten met de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit verandert er wel degelijk iets na 29 januari 2019. Zonder rechtskeuze geldt nu nog Nederlands recht, op basis van die gemeenschappelijke nationaliteit. Terwijl als zij op of na 29 januari 2019 in het huwelijk treden, eerste huwelijksdomicilie geldt. Alleen als er geen eerste huwelijksdomicilie zou zijn, dan zou eventueel de gemeenschappelijke nationaliteit in aanmerking komen.

Afstamming

Heel iets anders dan huwelijksvermogensrecht. Afstamming gaat over de vraag of er familierechtelijke betrekkingen tot stand komen tussen een kind en zijn ouders. Het gaat hier om de vraag of er door geboorte, door erkenning, of door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap familierechtelijke banden tot stand komen tussen het kind en zijn vader of moeder. En de vraag in een internationaal geval is, welk recht bepaalt dat of die familierechtelijke betrekkingen tot stand komen of niet? Artikel 1:198 BW bepaalt dat moeder in juridische zin wordt gedefinieerd als vrouw waaruit het kind wordt geboren. Dat is de grote hoofdregel. Daarnaast zou het kunnen zijn de vrouw die het kind heeft geadopteerd bijvoorbeeld. Tegenwoordig kan het ook de vrouwelijke partner van de moeder zijn. Artikel 1:199 BW zegt dat vader van het kind, degene die met de moeder is gehuwd, of met wie de moeder een geregistreerd partnerschap is aangegaan op het moment van de geboorte. Maar de vraag is dus, in een grensoverschrijdend geval, of dat Nederlandse recht wel van toepassing is. En we hebben het dan met name over het toepasselijke recht of de vraag of familierechtelijke betrekkingen tot stand zijn gekomen. Eerste vraag is altijd of er een verdrag of verordening is. Nee, is er niet op afstammingsrechtelijk gebied. Die zijn er wel, maar zien op hele kleine deelgebieden die we hier achterwege laten. Dat betekent dat we te rade kunnen gaan in boek 10 BW. Meer precies in de artikelen 92 tot en met 101. Dan zien we allerlei verschillende categorieën. Afstammingsvragen door geboorte, doordat het kind wordt erkend, doordat het ouderschap gerechtelijk wordt vastgesteld en door wettiging. En uiteindelijk sluit die titel af in artikel 100 en 101, met wanneer we buitenlandse beslissingen en aktes kunnen erkennen. Dus die eerste artikelen gaan steeds over de vraag welk recht we in Nederland moeten toepassen als de afstammingsvraag in Nederland tot stand komt. Artikel 100 en 101 gaan over een latere fase, wanneer erkennen we afstamming die in het buitenland is vastgesteld.

Beginselen

En als je die artikelen doorneemt, dan zie je dat daarin verschillende grondslagen worden gebruikt. Dus dat er verschillende beginselen zijn die aan die regels ten grondslag liggen. Dat in eerste plaats de **nauwste verbondenheid** aan een deel van die regels. Maar, we zullen het beginsel van de

begunstiging herkennen. Het gaat er dan nog niet om dat een nauw verbonden recht van toepassing is. Eigenlijk zie je dat de wetgever wil dat een bepaalde familierechtelijke betrekking tot stand komt. En dan dus zegt, van toepassing is het recht van land A, maar als dat recht geen familierechtelijke betrekking tot stand brengt, dan gaan we een herkansing toe, dan gaan we kijken naar het recht van land B, om te kijken of de familierechtelijke band wel tot stand komt. Dat heeft met nauwste verbondenheid niks meer te maken. Maar dat heeft te maken met een begunstiging die de wetgever voor ogen stond. Een oordeel ten gunste van het tot stand komen van familierechtelijke betrekkingen. Dan speelt de **partijautonomie** ook nog een rol. Dat beginsel dat aan een regel ten grondslag ligt is niet alleen maar leuk voor wetenschappelijke achtergrond. Maar dat heeft ook een hele praktische relevantie. In artikel 10:8 BW staat de exceptie-clausule. Hierin staat in grote lijnen dat als een bepaalde regel uit boek 10 gebaseerd op het beginsel van de **nauwste verbondenheid**, maar in het concrete geval dat voorligt toepassing van een bepaalde regel, hoewel gebaseerd op nauwste verbondenheid, niet leidt tot toepassing van het nauwst verbonden recht, dan mag je een uitzondering maken. Die voorwaarde van toepassing van deze exceptie, is dus dat het beginsel van nauwste verbondenheid aan die regel die je toepast ten grondslag ligt. Als het begunstiging is, komt de exceptie-clausule van artikel 10:8 BW niet voor toepassing in aanmerking. Alleen als het gebaseerd is op het beginsel van nauwste verbondenheid dan is toepassing daarvan mogelijk. In de afstammingsregels wordt ook veel aangesloten bij de nationaliteit van een of meer van de betrokkenen. Dan is er altijd weer die vraag van de realiteitstoets en de effectiviteitstoets. Dan is de vraag, is de regel gebaseerd op nauwste verbondenheid, want dan ligt een realiteitstoets en effectiviteitstoets misschien wel voor de hand. Maar op het moment dat die nauwste verbondenheid er niet aan ten grondslag ligt, dan ligt het toepassen van die beide toetsen niet voor de hand.

Geboorte – artikel 10:92 BW

Hoe zit het nou met de vraag, als een kind binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren wordt, welk recht bepaalt dan tot wie dat kind precies in familierechtelijke betrekking staat. Artikel 10:92 BW zegt dat we in principe kijken naar de gemeenschappelijke nationaliteit van de vrouw en de andere persoon in dat huwelijk. Tot voorkort konden we gemakkelijk over vrouw en man spreken, tegenwoordig hoeft dat niet zo te zijn. Is er geen gemeenschappelijke nationaliteit, dan moet je kijken naar de gewone verblijfplaats. Wonen zij in hetzelfde land, dan is dat recht van toepassing op de vraag of zij als vader en moeder kunnen gelden. En wonen ze ook nog eens niet in hetzelfde land, dan is de gewone verblijfplaats van het kind maatgevend voor de afstammingsvraag. Peildatum: geboorte van het kind. Wat doe je met de gemeenschappelijke nationaliteit als er meer dan een gemeenschappelijke nationaliteit is? Dan sla je hem over, artikel 10:92 lid 2 BW. Is hier nou plaats voor een effectiviteitstoets en een realiteitstoets? Je zou denken dat deze regel wel gebaseerd is op nauwste verbondenheid. Maar, in de praktijk zien we dat deze regel het meest zal worden toegepast door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Het gaat om afstamming door geboorte, dat moet worden vastgesteld bij de aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dus als die met een internationaal geval te maken krijgt, zal hij moeten vaststellen of hij die mevrouw en meneer als moeder en vader op de geboorteakte hier in Nederland kan inschrijven. Daarom heeft de wetgever gezegd dat dat voor zo'n ambtenaar niet goed mogelijk is. We passen het dus gewoon niet toe. Dus stel we hebben een Italiaans echtpaar dat woont in Nederland. En zij bevalt van een kind. Welk recht is dan van toepassing? Bepalend is gemeenschappelijke nationaliteit van meneer en mevrouw, dat is Italiaans. Dus het Italiaanse recht is van toepassing. Stel nou voor dat ze beiden ook de Nederlandse nationaliteit hadden, dan hebben ze een dubbele gemeenschappelijke nationaliteit, dus die trede levert niks op. We dalen een trede, komen uit bij de gewone verblijfplaats van meneer en mevrouw. Die is in Nederland, dus dan is het Nederlandse recht van toepassing. Als alleen een van beide de Nederlandse nationaliteit had, dan maakt het niet uit. Voor deze afstammingsvraag tijdens huwelijk, speelt ook

meteen weer die geldigheid van dat huwelijk een rol. De vraag of dit kind tijdens huwelijk wordt geboren, en of artikel 10:92 BW van toepassing is, is mede afhankelijk van de vraag of dat in Italië gesloten huwelijk of dat in Nederland kan worden erkend. Dus we zien hier weer een voorbeeld waarin de erkenning van het huwelijk als voorvraag aan de orde is, en we weten dat we dat zelfstandig moeten aanknopen. We moeten de regel toepassen, dat als dat huwelijk geldig in het buitenland is gesloten, dat het hier ook geldig is. Tenzij dat huwelijk strijdig zou zijn met onze openbare orde.

Erkenning – artikel 10:100 en 10:101

We zitten nu niet bij de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar nu is de vraag of een buitenlandse rechtelijke beslissing waarin een afstammingsrelatie is vastgesteld in Nederland kan worden erkend. Of wanneer en onder welke voorwaarden de buitenlandse geboorteakte waarin door de buitenlandse ambtenaar van de burgerlijke stand afstamming is vastgesteld in Nederland kan worden erkend. Dus het gaat om rechtelijke beslissingen in 100 en in 101 om rechtsfeiten die op het gebied van de afstamming zijn neergelegd in een akte. We erkennen die beslissing of akte in Nederland van rechtswege. Maar er is een beperkt aantal weigeringsgronden op basis waarvan die buitenlandse beslissing of akte toch buiten beschouwing moet worden gelaten. Bijvoorbeeld als die buitenlandse rechter geen rechtsmacht had om over die afstammingsbeslissing te oordelen. En dan gaat het niet om ons bevoegdheidsrecht, maar het gaat om internationaal aanvaarde gronden voor rechtsmacht. Ook als in het buitenland geen behoorlijke procedure is gevoerd erkennen we die beslissing niet. Of als er kennelijk strijd is met de openbare orde. Dat geldt dus voor zowel die rechtelijke beslissingen als voor buitenlandse akten. Wat we niet doen, is vaststellen of het recht dat in dat buitenland is toegepast door die rechter of de opsteller van die akte, of dat wel het goede recht is. Of ze daar op basis van het conflictenrecht wel tot hetzelfde zijn gekomen als dat wij zouden hebben toegepast. Die toets, een conflictenrechtelijke toets, die vindt uitdrukkelijk niet plaats. Die is dus ook niet toegestaan. Dat is geen weigeringsgrond voor de erkenning. Alleen als er al een Nederlandse rechtelijke beslissing is, waarmee die buitenlandse beslissing of akte in strijd is, dan houden we buitenlandse akte of beslissing toch nog buiten de deur.

HC 6B, 21-12-2018, Alimentatie en kindbescherming

We komen nog even terug op de Rafinha zaak, die voetballer van Barcelona die een conflict heeft met Adidas over de vraag of het sponsorcontract tussen beide stilzwijgend was verlengd, zodat Rafinha daar nog steeds is gebonden en dus geen andere merken zou mogen promoten. Afgelopen dinsdag was de uitspraak in het kort geding. Adidas is in het gelijk gesteld en Rafinha zal dus de kleding van Adidas weer aan moeten doen. Waarom zou nou die rechtbank Amsterdam precies bevoegd zijn? Hoe zit dat nou precies? Duidelijk was dat het contract gesloten was met een Nederlandse vennootschap van Adidas. De beslissing van de rechtbank geeft weer dat de bevoegdheid is gebaseerd op het feit dat in dat contract niet alleen een rechtskeuze voor Nederlands recht was opgenomen, maar ook een forumkeuze voor de Nederlandse rechter. Rafinha beriep zich ook nog op het feit dat er geen spoedeisend belang was. De rechter was het hier niet mee eens. Rafinha vond dat het oneerlijk was dat het contract stilzwijgend was verlengd. Dat wijst de rechter af.

Alimentatie – bronnen

De eerste vraag na kwalificatie opkomt is welke bronnen zijn er op dat terrein die IPR-vragen rondom alimentatie beantwoorden? Het lijken hier weer heel veel bronnen, maar het valt eigenlijk wel mee. Want, de belangrijkste bron is een verordening van de EU: de alimentatieverordening. Die verordening gaat zowel over de rechtsmacht als het toepasselijke recht als de erkenning en tenuitvoerlegging. Zij het, dat op het gebied van het toepasselijke recht de verordening slechts een

bepaling bevat, artikel 15. Die verwijst naar het Haags Onderhoudsprotocol van 2007. Ook nog even een blik op artikel 10:116 BW. Want dat gaat er ook over. Hierin staat dat het recht dat toepasselijk is op verplichtingen met betrekking tot levensonderhoud wordt bepaald door, (a) het onderhoudsprotocol, (b) en (c) twee oudere Haagse verdragen op het gebied van de alimentatie. Dit artikel laat zien dat die verwijzingen uit boek 10 BW niet altijd zo eenduidig zijn. Artikel 10:116 BW is in het beste geval een geheugensteuntje als we **per ongeluk** in boek 10 aan het zoeken zijn. Maar je zegt dus niet dat op basis van artikel 10:116 BW die regeling wordt toegepast, want verdragen gaan voor. En je ziet hier in artikel 10:116 BW dat de hele verordening niet genoemd wordt. Artikel 10:116 BW bestond al voordat de verordening kwam en nog niet bijgewerkt. Voor de erkenning en tenuitvoerlegging geldt ook de verordening. Die verordeningen kennen een beperkt formeel toepassingsgebied. De erkenning en tenuitvoerlegging ook van de alimentatieregels zien alleen maar op de erkenning en tenuitvoerlegging van alimentatiebeslissingen afkomstig uit andere lidstaten die de verordening ook toepassen. Dat betekent dat we zelf nog regels nodig hebben voor de erkenning en tenuitvoerlegging van alimentatiebeslissingen uit andere landen. Daarop passen we artikel 431 Rv toe. Over erkenning en tenuitvoerlegging gaan we het vandaag verder niet hebben, daar komen we op het laatste college op terug. Maar wel over de rechtsmacht en het toepasselijke recht. En dat betekent dat we dus in eerste instantie in die alimentatieverordening moeten kijken.

Alimentatieverordening

Het **materiele toepassingsgebied**: het onderwerp dat door de verordening wordt beslagen. In artikel 1 tref je het aan: onderhoudsverplichtingen uit o.a. familiebetrekking en huwelijk. Dat betekent dat de twee verschillende vormen van alimentatie die verreweg het meeste voorkomen daaronder vallen, de kinderalimentatie en de partneralimentatie. Het **formele toepassingsgebied** van de verordening, daar zegt de verordening zelf niks over. Ten aanzien van het toepasselijke recht wordt meteen naar het protocol verwezen, dus daar valt niet zoveel over te zeggen. En als je de considerans leest, dan valt daaruit af te leiden dat de rechtsmacht bepalingen van de verordening een universeel formeel toepassingsgebied hebben. Dat wil zeggen dat die rechtsmacht bepalingen uit de verordening een gesloten systeem vormen. Dat als dus de rechter een vraag van alimentatie voorgelegd krijgt, dat hij zijn bevoegdheid aan de hand van de regels van de verordening zal moeten vaststellen. En dat als hij tot de conclusie komt dat geen van die regels hem rechtsmacht verlenen, dat hij zich onbevoegd moet verklaren. En dat het dus niet zo is, dat hij naar ons commune bevoegdheidsrecht gaat kijken als hij onbevoegd is op grond van de verordening. Als de verordening van toepassing is, zal de rechter zijn bevoegdheid op basis van die regels moeten vaststellen en leveren die regels geen bevoegdheid op dan is hij dus onbevoegd. **Temporeel**, gaat het om procedures die zijn ingesteld op of na 18 juni 2011 (artikel 75). Dat zal doorgaans wel het geval zijn. Aan het begin van iedere regeling staat een datum van inwerkingtreding of bij Europese verordening een datum waarop de betreffende verordening van toepassing is geworden. Daar zie je ook bij de alimentatieverordening staan dat hij van toepassing is vanaf 18 juni 2011. Als je het temporele toepassingsgebied beschrijft moet je niet alleen die datum van 18 juni 2011 hebben, maar je moet ook weten wat is er dan met die datum. De verordening is dan van toepassing, maar het temporele toepassingsgebied is, zegt artikel 75, dat de betreffende procedure moet zijn ingesteld op of na die datum. Dan heb je een temporeel toepassingsgebied. Een datum alleen is dat niet, maar je moet die datum refereren aan een bepaalde gebeurtenis. Hier gaat het er dus om dat de procedure op of na die datum moet zijn ingesteld. Bij alle Europese verordeningen op het gebied van het IPR zijn er drie landen die altijd bijzondere aandacht verdienen. Dat zijn Denemarken, Verenigd Koninkrijk en Ierland. Deze landen hebben een bijzondere positie ten aanzien van Europese verordeningen. Denemarken doet er nooit aan mee en is er niet aan gebonden. Het Verenigd Koninkrijk en Ierland als uitgangspunt ook niet, tenzij die landen zelf zeggen dat ze mee willen doen. Dat betekent dus dat bij al die IPR-verordeningen die vraag zou moeten worden gesteld. In dit geval

heeft Ierland vanaf het allereerste begin gezegd dat ze meedoen. Het Verenigd Koninkrijk heeft dat later ook gezegd, dus die beide landen passen de alimentatieverordening toe. Denemarken kan dat dus niet, maar heeft in dit geval een verdrag met de EU gesloten waardoor een aantal afdelingen van de verordeningen toch ook in relatie tot Denemarken van toepassing is. Iets vergelijkbaars geldt voor de Brussel I verordening.

Casus

Nederlander Maxim de Vries is diplomaat. Hij wordt in 2005 in het kader van zijn werk uitgezonden naar Washington (VS). Maxim is in Nederland getrouwd geweest, maar inmiddels weer gescheiden. In Washington leert hij Vitoria kennen. Vitoria is voor een korte vakantie in Washington, maar woont in Cuba. Vitoria heeft een Nederlandse vader en Cubaanse moeder. Ze is in Nederland geboren, maar na afronding van haar studie toerisme in Amsterdam is zij naar Cuba verhuisd. Vitoria bezit zowel de Cubaanse als de Nederlandse nationaliteit.

Maxim en Vitoria raken op slag verliefd. Vitoria komt bij Maxim in Washington wonen. Een jaar later, in 2006, wordt Maxim uitgezonden naar Iran en woont het stel daar voor drie jaar. In 2009 keren ze terug naar de VS en wonen dan in New York. Nog in hetzelfde jaar (2009) besluit het stel in New York te gaan trouwen. Voorafgaand aan het huwelijk maken zij – in Nederland – huwelijkse voorwaarden, waarbij ze iedere gemeenschap van goederen uitsluiten en een finaal verrekenbeding overeenkomen.

Na een aantal gelukkige jaren is de koek in 2018 op. Het vooruitzicht van opnieuw een verhuizing in verband met het werk van Maxim, ditmaal naar Zwitserland, maakt Vitoria zeer ongelukkig. Als Maxim in augustus 2018 naar Geneve vertrekt, blijft Vitoria dan ook in New York achter. Maxim weet dan genoeg. Hij dient een verzoek in bij de Nederlandse rechter tot echtscheiding met nevenvoorzieningen tot:

- vaststelling van de afrekening van het finale verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden;
- veroordeling van de vrouw tot betaling aan de man van het saldo ter zake de afrekening tussen partijen, te vermeerderen met de wettelijke rente over het saldo, tot de algehele voldoening door de vrouw.

De vrouw voert verweer en heeft zelfstandig verzocht om de echtscheiding uit te spreken, met nevenvoorzieningen tot vaststelling van door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie van € 7.000,- per maand. Partijen strijden over de vraag aan de hand van welk recht de alimentatie moet worden vastgesteld. Maxim stelt zich op het standpunt dat dit het recht van de staat New York is, terwijl Vitoria zich beroept op het Nederlandse alimentatierecht.

› *Is de Nederlandse rechter bevoegd om van het alimentatieverzoek kennis te nemen?*

Het is een alimentatievraag. Materieel, formeel en temporeel is de alimentatieverordening van toepassing. En wat zegt de verordening over de bevoegdheid van de rechter? Artikel 3: er zijn vier gronden waarop de rechter zich bevoegd zou kunnen verklaren. Dat is in de eerste plaats op basis van het feit dat de verweerder zijn gewone verblijfplaats heeft in het land van de rechter. Als dat zo is, is de rechter bevoegd om over de alimentatie te oordelen. In dit geval vraagt mevrouw om de partneralimentatie, is meneer dus ten aanzien van de alimentatie de verwerende partij. Maar meneer woont in Geneve, dus dat helpt de Nederlandse rechter niet. De volgende grond is de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde. Dat is in dit geval mevrouw. Maar zij heeft haar gewone verblijfplaats in New York, dus ook dat levert geen bevoegdheid op van de Nederlandse rechter. Dan zijn er nog twee gronden over. Die betreffen de situatie dat de alimentatie een nevenverzoek betreft in een echtscheidingsprocedure of in een procedure omtrent ouderlijke verantwoordelijkheid. Als de

rechter bevoegd is ten aanzien van de echtscheiding, dan is die rechter ook bevoegd om over het nevenverzoek van de alimentatie te oordelen. En even zo goed geldt dat voor de ouderlijke verantwoordelijkheid. Dat zijn twee vormen van accessoire bevoegdheid. In ons specifieke geval is het inderdaad zo dat het een echtscheidingsprocedure betreft en dat de alimentatie een nevenverzoek is. En dan is dus de vraag, is die Nederlandse rechter ten aanzien van de echtscheiding bevoegd. Want als dat zo is, dan weten we dus dat hij op basis van artikel 3 sub c ook bevoegd is om over te alimentatie te oordelen. Voor de echtscheiding kijken we in Brussel Ibis. Brussel Ibis is materieel van toepassing. Ook temporeel. Is ook formeel van toepassing, want ten aanzien van de echtscheiding is mevrouw de verwerende echtgenoot. Zij heeft de Nederlandse nationaliteit, dus de nationaliteit van een lidstaat. Dat ze daarnaast de Cubaanse nationaliteit heeft maakt niet uit op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie. Is de Nederlandse rechter bevoegd onder Brussel Ibis? Een van de gronden is een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Dus de Nederlandse rechter zal in dit geval zeker bevoegd zijn om van de echtscheiding kennis te nemen, artikel 3 lid 1 sub b Brussel Ibis. En dat betekent dat hij ook bevoegd is om over het nevenverzoek van de alimentatie te oordelen. Artikel 3 sub c van de alimentatieverordening zegt dat dat prima is, tenzij de echtscheidingsbevoegdheid uitsluitend op de nationaliteit van een der partijen berust. We hebben hier de bevoegdheid vastgesteld op basis van die gemeenschappelijke nationaliteit. Is dat dan een probleem? Nee, de uitzondering betreft een echtscheidingsbevoegd op basis van de nationaliteit van een der partijen. Dat is hier niet het geval, het berust op een gemeenschappelijke nationaliteit. Dus staat artikel 3 sub c niet aan het aannemen van bevoegdheid in dit geval in de weg. Je hebt ook nog HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-184/14, ECLI:EU:2015:479 (A/B). Dat betrof een heel bijzondere situatie. Het ging om kinderalimentatie. De eerste twee gronden van artikel 3 leverden geen bevoegdheid op. Maar de situatie was dat de echtgenoten zowel in een lidstaat procedeerden over de echtscheiding als in een andere lidstaat procedeerden over een kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid. En vervolgens werd er ook kinderalimentatie gevraagd met betrekking tot datzelfde minderjarige kind. En de vraag was, kun je dat nou als nevenverzoek zowel bij die echtscheidingsrechter als bij die rechter van de ouderlijke verantwoordelijkheid vragen. Het Hof van Justitie zei dat als het gaat om **kinderalimentatie**, dan kan dat als er zowel een procedure over de echtscheiding als een procedure over de ouderlijke verantwoordelijkheid loopt in verschillende lidstaten, dan kan dat alleen maar als nevenverzoek in die procedure over de ouderlijke verantwoordelijkheid worden meegenomen. De echtscheidingsrechter zal zich dus van een oordeel over die kinderalimentatie dan moeten onthouden. Dat is dus anders als er niet wordt geprocedeerd over de ouderlijke verantwoordelijkheid. Dan hebben we dit probleem niet. Maar als er dus twee procedures zijn in verschillende lidstaten, dan zal een verzoek tot kinderalimentatie alleen een nevenverzoek kunnen zijn bij de rechter van de **ouderlijke verantwoordelijkheid**. Artikel 3 is de objectieve bevoegdheidsregel, de regel die de bevoegdheid van partijen aanwijst als partijen daar zelf niets over hebben afgesproken. Artikel 4 zegt dat het mogelijk is om een forumkeuze af te spreken. Lid 1 geeft de rechters waarvoor je zou kunnen kiezen. Je mag niet elke willekeurige rechter aanwijzen en je moet het schriftelijk overeenkomen. En belangrijk is, zo'n forumkeuze op alimentatievlak is toegestaan met betrekking tot de partneralimentatie, maar expliciet niet ten aanzien van de kinderalimentatie. Dus je kunt van die objectieve bevoegdheidsregels niet afwijken door een eigen keuze als het gaat over kinderalimentatie. Idee is dat die afspraak van vader en moeder de positie van de minderjarige raakt. Die forumkeuze is prima als het je eigen positie betreft, maar het kan dus niet ten aanzien van de kinderalimentatie. Je ziet in al die verordeningen ook een regel ten aanzien van de stilzwijgende forumkeuze, zo dus ook in de alimentatieverordening in artikel 5. Dat is een forumkeuze die dus niet expliciet is overeengekomen, maar die wordt afgeleid uit het feit dat de verwerende partij in een procedure verschijnt. Als de verweerder in de procedure voor de rechter verschijnt. En die rechter zou eigenlijk niet bevoegd zijn. Maar de verwerende partij is wel verschenen en de verwerende partij doet geen beroep op de onbevoegdheid van de rechter, dan mag

daaruit een stilzwijgende forumkeuze voor de betreffende rechter worden aangenomen. Die forumkeuze speelde in het voorbeeld niet. We hebben gezien dat de Nederlandse rechter als bevoegde rechter in de echtscheidingsprocedure hier ook dit verzoek over de alimentatie mee zal mogen nemen.

› *Wie van beide echtgenoten heeft er gelijk ten aanzien van het toepasselijke alimentatierecht? Betrek de standpunten van beide partijen in uw antwoord.*

We beginnen weer in de alimentatieverordening. We hebben gezien dat die van toepassing was, en dus komen we uit bij artikel 15 van die verordening. En dat artikel zegt dat het toepasselijke recht wordt aangewezen door de regels van het Haags Onderhoudsprotocol 2007. Dat betekent dat we daar dus naar toe moeten. En dat we van dat protocol het toepassingsgebied moeten vaststellen. Materieel: lijkt op dat toepassingsgebied van de verordening zelf. Het gaat dus om onderhoudsverplichtingen uit o.a. familiebetrekking en huwelijk (artikel 1). Artikel 2 zegt ook dat het protocol een universeel formeel toepassingsgebied heeft. Dus het beslaat alle mogelijke alimentatievragen. Het is niet beperkt tot de relaties tot anderen landen die bij het protocol zijn aangesloten. En temporeel, is het onderhoudsprotocol van toepassing op aanspraken die zien op de periode vanaf 18 juni 2011 (artikel 22). Dus dat zal bij huidige procedures niet veel problemen opleveren. De hoofdregel tref je aan in artikel 3, ten aanzien van alle soorten van alimentatievorderingen is van toepassing het recht van het land waar de onderhoudsgerechtigde zijn of haar gewone verblijfplaats heeft. Gaat het om partneralimentatie, dan gaat het om de gewone verblijfplaats van de echtgenoot die om alimentatie vraagt. Gaat het om kinderalimentatie, dan gaat het om de gewone verblijfplaats van het betreffende kind. Als het zowel gaat om partner- als om kinderalimentatie, en moeder en kind wonen in verschillende landen, dan leidt die hoofdregel dus ook tot een verschillend recht dat wordt toegepast. Op de hoofdregel zijn uitzonderingen mogelijk, artikel 4 en 5. Voor die uitzonderingen is het van belang om onderscheid te maken tussen kinder- en partneralimentatie.

We beginnen met de kinderalimentatie (artikel 4). In aanvulling op die hoofdregel, is er een herkansing mogelijk voor de lex fori. Die houdt in dat als dat recht van de gewone verblijfplaats van het kind het kind geen aanspraak geeft op kinderalimentatie, bijvoorbeeld omdat hele fenomeen kinderalimentatie onbekend is, dan is de rechter daarmee nog niet klaar. Dan mag hij dus vervolgens zeggen of zijn eigen recht misschien alsnog aanspraak op kinderalimentatie geeft. Als dat zo is, kan hij alsnog kinderalimentatie toekennen. Conflictenrechtelijke herkansing. We herkennen meteen het begunstigingsbeginsel. Voor toepassing van de herkansing is alleen ruimte als er volgens dat recht van de gewone verblijfplaats van het kind überhaupt geen aanspraak is. Het gaat er dus niet om welk van beide stelsels de hoogste aanspraak geeft. Artikel 4 lid 3 zegt dat als de procedure aanhangig wordt gemaakt in het land waar de onderhoudsplichtige, dus de betreffende ouder die moet gaan betalen, zijn gewone verblijfplaats heeft, dan draaien die beide tredes om. Dan is in eerste instantie van toepassing de lex fori, dan past die rechter dus zijn eigen recht toe. En vervolgens is er een herkansing voor de rechter van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde. Dat is van belang, omdat die herkansing geen stelsel is waarbij het hoogste recht wordt toegepast. Gedachte hierachter is, kennelijk heeft de onderhoudsgerechtigde of zijn of haar vertegenwoordiger ervoor gekozen te procederen in het land waar de onderhoudsplichtige zijn gewone verblijfplaats heeft. Dat is een keuze die de onderhoudsgerechtigde zelf heeft gemaakt. Daarmee doe je dus tegelijkertijd afstand van toepassing van het recht waar die onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft, ten gunste van het recht van de rechter waar je de zaak aanhangig maakt. Dat is ook wel proceseconomisch fijn. Dat betekent dat die rechter gewoon zijn eigen recht mag toepassen. En dan is er nog een algemene herkansing, die geldt zowel in de situatie van artikel 3 + artikel 4 lid 2, als in de situatie van artikel 4 lid 3. Als die hoofdregel en de lex fori allebei geen kinderalimentatie opleveren, dan is er nog een tweede herkansingsmogelijkheid voor het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van

onderhoudsplichtige en -gerechtigde. Maar ook hier geldt dat je aan die herkansing alleen maar toekomt als er nog helemaal geen aanspraak kan worden gemaakt. Begunstigingsbeginsel brengt mee dat in het kader van die gemeenschappelijke nationaliteit er geen afweging wordt gemaakt tussen effectieve nationaliteit of dat de aanknopingswaarde van die nationaliteit wordt getoetst. Die effectiviteitstoets en realiteitstoets vinden niet plaats. Dus als er op papier een gemeenschappelijke nationaliteit is, is er een herkansing mogelijk.

Dan is er nog de partneralimentatie. Ook bij partneralimentatie zijn we in artikel 3 begonnen. Hoofddregel is het recht van het land waar de onderhoudsgerechtigde zijn of haar gewone verblijfplaats heeft. Maar dan zegt artikel 5, voor de partneralimentatie is daartegen ook verzet mogelijk. Dus een van de echtgenoten kan zich verzetten tegen toepasselijkheid van dat recht. Dat recht dat volgens artikel 3 van toepassing is. En dat kan hij doen op de grond dat het huwelijk van partijen nauwer was verbonden met het recht van een ander land dan dat van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde nu. Als je artikel 5 leest staat daar bijvoorbeeld het recht van het land van de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats. Dan zie je hier dus dat het beginsel van nauwste verbondenheid ook aan deze uitzondering ten grondslag ligt.

Dan is de vraag hoe zit het met de echtgenoten uit de casus. We hebben te maken met partneralimentatie. De Nederlandse rechter is bevoegd. Welk recht moet de Nederlandse rechter toepassen? Hoofddregel is gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde, dus van mevrouw. Mevrouw heeft haar gewone verblijfplaats in New York. Dus in zoverre heeft Maxim gelijk. Dan hebben we nog artikel 5. Mevrouw zegt dat Nederlands recht van toepassing is. Dat vatten we dus op als een verzet tegen toepasselijkheid van het recht van New York, waarschijnlijk met de gedachte dat hun huwelijk nauwer was verbonden met Nederland. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn als Nederland het land van de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van partijen is. Dat is het niet. Zou er reden zijn om aan te nemen dat het huwelijk nauwer is verbonden met Nederland dan met New York? Ze hebben voorafgaand aan het huwelijk in Nederland advies ingewonnen over huwelijksvermogensrechtelijke kwesties. Ze hebben een gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit. Maar dat is het wel. Het lijkt nog maar de vraag of dat nou voldoende is, om aan te nemen dat dit huwelijk kennelijk nauwer verbonden is met Nederland.

Rechtskeuze

Zouden partijen niet zelf invloed kunnen hebben op het recht over de alimentatieaanspraak? We hebben de forumkeuze gezien, invloed op de bevoegde rechter. Het gaat hier over de rechtskeuze, kunnen zij nou zelf kiezen welk recht van toepassing is? Ja, zegt het protocol. In artikel 7 staat dat je voor een bepaalde procedure in een bepaald land, op het moment dat je weet dat die procedure er is of gaat komen, voor die specifieke procedure kun je overeenkomen met z'n tweeën dat je ervoor kiest dat die rechter zijn **eigen recht** mag toepassen. Maar dat is dus een rechtskeuze die beperkt is in die zin dat die alleen maar geldt voor die specifieke alimentatieprocedure in dat specifieke land. Je kunt dus niet in algemene zin op basis van artikel 7 bij het aangaan van het huwelijk afspreken dat als het komt tot een alimentatieprocedure, dat dan de lex fori van toepassing zal zijn. Artikel 7 gaat echt om die procedure die al begint te lopen. Als we het wel hebben over een algemene rechtskeuze, dan zitten we in de sfeer van artikel 8. Artikel 8 zegt in lid 1 dat je dan een beperkt aantal rechtsstelsels zou mogen kiezen. En je mag kiezen voor het recht waarvan een van partijen de nationaliteit heeft op het tijdstip van de rechtskeuze. Of voor het recht van het land van de gewone verblijfplaats van een van partijen op dat moment. Je mag ook kiezen voor het recht dat tevens van toepassing is op je huwelijksvermogensregime. Of je kunt die band leggen met het echtscheidingsrecht. Dus een beperkt aantal rechtsstelsels. Zo'n rechtskeuze moet per se op schrift staan (lid 2). En ook hier, net als bij de

forumkeuze, geldt dat die rechtskeuze weliswaar is toegestaan voor partneralimentatie maar niet voor kinderalimentatie (lid 3). En bevat artikel 8 lid 4 nog een bijzondere regel, die zegt dat de vraag of je afstand kan doen van een bepaalde alimentatieaanspraak, zelfs als sprake is van een rechtskeuze, toch altijd blijft worden beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde op het tijdstip van de rechtskeuze. En artikel 8 lid 5 bevat dan nog een bepaling ten aanzien van onbillijke en onredelijke gevolgen waar de rechter nog iets mee zou kunnen.

Ouderlijke verantwoordelijkheid?

Een typische IPR-term, ouderlijke verantwoordelijkheid. Voor de kwalificatie is het van belang dat je weet wat er precies mee bedoeld wordt. Welke aanspraken zou je kunnen kwalificeren als ouderlijke verantwoordelijkheid, zodanig dat je daar de goede regels op toepast? Het is een begrip dat ruim wordt uitgelegd. Onder andere deze onderwerpen vallen eronder: gezag, omgang, informatie-/consultatieregeling, kindbeschermingsmaatregelen (OTS, UHP), vervangende toestemming afgifte paspoort en bewind m.b.t. erfdeel ten behoeve van kind. We zitten nog steeds in de sfeer van de echtscheiding. Gezag en omgang van de meest in het oog springende. Bij ouderlijke verantwoordelijkheid gaat het dus kennelijk om allerlei maatregelen ten aanzien van kinderen. En in Nederland hebben we dat op verschillende plekken gedefinieerd als personen tot 18 jaar.

Bronnen

Welke regeling moet worden toegepast? Rechtsmacht: Brussel II bis, Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 en een uitvoeringswet intern. Kinderbescherming. Eventueel ook nog rechtsvordering. Toepasselijk recht: Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. Brussel II bis zegt er dus niks over. En een bepaling in boek 10, artikel 10:113 BW, verwijst naar het oude kindbeschermingsverdrag. En voor erkenning en tenuitvoerlegging kijken we in Brussel II bis en in het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. En ook artikel 431 Rv, in de allerlaatste plaats. Hier hebben we een lastige situatie. Als we het hebben over de bevoegdheid inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, dat we dus twee regelingen hebben die ook nog eens beide internationaal zijn. Voor de vraag welke voorgaat, moeten we de regelingen zelf bekijken. De regelingen zeggen er zelf iets over. Dat gaan we dus zo ook doen. We gaan er weer naar kijken in het licht van een casus.

Casus

Rb. Noord-Holland 7 september 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7515. We hebben een Nederlandse meneer en een Italiaanse mevrouw. Meneer woont in Nederland bij zijn moeder. Mevrouw woont in Spanje. Meneer en mevrouw hebben elkaar via internet leren kennen en hebben een relatie gekregen. Meneer is in 2014 naar Spanje afgereisd om mevrouw te ontmoeten. En later dat jaar is mevrouw naar Nederland gekomen en is bij meneer (en dus diens moeder) ingetrokken. Toen bleek dat zij zwanger was van hem. Dan bevalt zij in Nederland. Op 3 december 2015 gaat mevrouw met het kind terug naar Spanje. Op 22 december dient meneer een verzoek in bij de Nederlandse rechter om toekennen van het gezamenlijk ouderlijk gezag. Dit kind is Nederland geboren. Hier speelt als voorvraag een afstammingsrechtelijke vraag. Buiten huwelijk geboren kind, welk recht bepaalt dan eigenlijk of het in familierechtelijke betrekking staat tot zijn ouders. Hier gaat het erom dat in Nederland meneer weliswaar het kind heeft erkend en dus als vader te boek staat. Maar dat die erkenning niet automatisch betekent dat er gezamenlijk gezag is ontstaan. Moeder heeft alleen gezag over het kind. Daar wil meneer nu graag verandering in zien. Vraag in die rechterlijke procedure, is de Nederlandse rechter bevoegd om van dit verzoek inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid kennis te nemen? En zo ja, welk recht zal hij dan toepassen? Hier met name dus daarom even een voorbeeld van een procedure inzake ouderlijke verantwoordelijkheid die dus niet in het kader van de echtscheiding speelt. Dit is een zelfstandige procedure over de vaststelling van het gezag.

Brussel II bis

We hebben Brussel II bis vaker bekeken, maar dan in het licht van de echtscheiding en we hebben het nu over ouderlijke verantwoordelijkheid. En dat betekent dat het toepassingsgebied ook anders is. **Materieel** moeten we nog steeds in artikel 1 lid 1 kijken. Sub b gaat over ouderlijke verantwoordelijkheid. **Temporeel** is ook gelijk aan de echtscheiding. De procedure ten aanzien van de ouderlijke verantwoordelijkheid moet zijn ingesteld na 1 maart 2005 (artikel 64 jo. 72). Dan het **formele toepassingsgebied**. Je hoeft hier niet aan te komen met de verwerende echtgenoot, zoals bij de echtscheiding. Het gaat hier om het formele toepassingsgebied van diezelfde Brussel II bis verordening, maar dan ten aanzien van de ouderlijke verantwoordelijkheid. En dan wordt het formele toepassingsgebied afgeleid uit artikel 8. Dat betekent dat Brussel II bis van toepassing is als het betreffende kind in kwestie zijn gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat. Dus heeft het kind zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat, dan is Brussel II bis van toepassing. Woont het kind buiten de EU, is als uitgangspunt Brussel II bis niet van toepassing en is er dus ruimte voor een andere regeling. Er geldt nog een kleine uitzondering voor toepassing van artikel 12, daar komen we nog op terug. Uitgangspunt dus het kind moet zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat hebben op Brussel II bis van toepassing te laten zijn.

HKbV 1996

Welke gevallen beoogt het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 nou te regelen? **Materieel toepassingsgebied**: ouderlijke verantwoordelijkheid (artikel 3). **Temporeel**: maatregelen die zijn genomen na de inwerkingtreding van het verdrag (artikel 53). Dat betekent voor Nederland na 1 mei 2011. Het verdrag is al eerder in werking getreden dan die datum in 2011, maar als het dus gaat om maatregelen in Nederland te nemen, bij de Nederlandse rechter, dan gaat het dus om wanneer dat Nederland voor Nederland in werking is getreden, dan gaat het dus om die datum van 1 mei 2011. **Formeel**: we moeten onderscheid maken rechtsmacht en toepasselijk recht. Voor de rechtsmacht regels geldt dat het kind zijn of haar gewone verblijfplaats moet hebben op het grondgebied van een verdragsstaat. Dus eigenlijk in de kern vergelijkbaar met Brussel II bis, daar moet het kind zijn gewone verblijfplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat. En hier geldt dat voor het kinderbeschermingsverdrag en de rechtsmacht bepaling dat het kind gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een land dat zelf ook is aangesloten bij dat Haags Kinderbeschermingsverdrag. Voor het toepasselijke recht geldt, universeel (artikel 20). Dat betekent dus dat als we het hebben over een kind dat in Nederland woont, dan hebben we dus nog steeds twee regelingen die van toepassing kunnen zijn. Nederland als EU-lidstaat en aangesloten bij het verdrag van 1996, dus beide regelingen willen dan van toepassing zijn. Zo zijn er meer EU-lidstaten die ook partij zijn bij het verdrag van 1996, zodat je nog steeds overlap zou kunnen hebben ten aanzien van de bevoegdheidsregels. Niet aanzien van het toepasselijke recht, Brussel II bis zegt niks over het toepasselijke recht, dus daar hebben we dit probleem niet. Voor het **toepasselijke recht** komen we uit bij het kinderbeschermingsverdrag. Voor die regels van de bevoegdheid van de rechter, geldt dat zowel Brussel II bis als het HKbV 1996 van toepassing zou kunnen zijn. Als dat in het concrete geval zo is, is de vraag welke regeling voorgaat.

Samenloop rechtsmacht

Daarvoor moeten we in die regelingen zelf kijken, artikel 61 sub a Brussel II bis en artikel 52 HKbV 1996. Als het kind zijn of haar gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, dan gaat Brussel II bis voor. Heeft het kind zijn of haar gewone verblijfplaats niet op het grondgebied van een EU-lidstaat, dan is Brussel II bis niet van toepassing (op de uitzondering van artikel 12 na) en heeft het kind wel zijn of haar gewone verblijfplaats op het grondgebied van een verdragsstaat, dan geldt de regeling uit dat verdrag. En heeft het kind zijn gewone verblijfplaats van een land dat noch

een EU-lidstaat is, noch is aangesloten bij het verdrag van 1996, dan moet gekeken worden of misschien artikel 12 Brussel II bis voor toepassing in aanmerking komt. Onder welke voorwaarden dat is bespreken we nog. Als dat ook niet het geval is, komen we uiteindelijk, bij gebrek aan internationale regeling, uit bij ons Nederlandse bevoegdheidsrecht. Die vinden we in artikel 4, 5 en 9 Rv. Dus dat de beoordeling zoals je die moet doen. Het is soms bijna ingewikkelder om bij de juiste regeling uit te komen dan die regeling op de juiste manier toe te passen. Dat hebben we al vaker gezien.

Rechtsmacht Brussel II bis

Wat zegt de regeling over de bevoegdheid van de rechter? Ook dan passen we artikel 8 Brussel II bis weer toe. We hebben eerst al gezien dat dat formele toepassingsgebied uit artikel 8 wordt afgeleid, in de zin dat Brussel II bis van toepassing is als het kind zijn of haar **gewone verblijfplaats** op het grondgebied van een lidstaat heeft. Maar ook de bevoegdheid van de rechter staat in artikel 8. Want, bevoegd is dan ook de rechter van het land van de gewone verblijfplaats van het kind. Stel nou voor dat we dit in Nederland moeten beoordelen. Het gaat om een kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid die bij de rechter in Nederland is aangebracht. En het kind heeft gewone verblijfplaats in Spanje. Dan brengt artikel 8 dus in eerste instantie mee dat Brussel II bis van toepassing, en nee de Nederlandse rechter is niet bevoegd want het kind heeft geen gewone verblijfplaats in Nederland. Dat is hoe zo'n beoordeling dan gaat. Waarom nou die gewone verblijfplaats van het kind. Als je de toelichtende stukken leest, en ook qua gevoel wel te begrijpen, het idee is dat de rechter van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, dat dat de natuurlijke rechter is om dat soort maatregelen te nemen. Die rechter is het best in staat om de situatie van het kind goed in kaart te brengen. En bovendien zal zo'n oordeel vervolgens ook moeten worden uitgevoerd in het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Dus ook als dat uit het buitenland zou komen, dan moet dat daar worden uitgevoerd waar het kind daadwerkelijk verblijft. En dit voorkomt dus moeilijke vragen van buitenlandse vonnissen die elders moeten worden uitgevoerd. Het gaat om de gewone verblijfplaats op het tijdstip dat de zaak in eerste aanleg bij de rechter aanhangig wordt gemaakt. Bijvoorbeeld gedurende de periode wordt er verhuisd, een van de ouders met het kind naar het buitenland vertrekt. Dan is dus de vraag wat dat voor gevolgen heeft voor de rechter? Onder Brussel II bis is het antwoord op die vraag dat het geen gevolgen heeft. Het gaat om het moment dat de zaak aanhangig wordt gemaakt. Ook in hoger beroep en ook in cassatie blijft die rechter bevoegd. **Beginsel van perpetuatio fori**: verhuizing tijdens geding heeft geen invloed op rechtsmacht. Idee is dat je op die manier niet door gauw naar het buitenland te vertrekken die bevoegdheid zou moeten kunnen beïnvloeden. Nadeel is dus dat dan niet de natuurlijke rechter de beslissing maakt.

De jurisprudentie over dat begrip **gewone verblijfplaats**, juist in het kader van kinderen en Brussel II bis, is immens. De gewone verblijfplaats is dus niet het woonplaats begrip uit een bepaald land, maar het idee is nou juist we sluiten niet aan bij een juridisch begrip uit een bepaald land. Maar maken in een IPR-regeling een eigen nieuw begrip. Wat in uitkomst heel erg lijkt op woonplaats, maar het heet gewone verblijfplaats. Het is heel feitelijk van karakter. We proberen vast te stellen waar, in dit geval het kind, het centrum van iemands maatschappelijke leven zich bevindt. Dus met welk land iemand het nauwst is verbonden. Dat betekent dat je eigenlijk alle feiten en omstandigheden op een hoop moet gooien. En dan moet kijken naar welk land het leidt. Waar heeft iemand het middelpunt van zijn leven? En in geval van kinderen is dat een tikkeltje lastiger, dan dat bij volwassenen zou kunnen zijn. En dan gaat het bij een kind om, een integratie van sociale en familiale omgeving, het gaat om de duur en reden van verblijf van het kind van een bepaald land, de bedoeling en voornemens van ouders met het verblijf in dat land, school is van invloed, en taalkennis als het kind al spreekt. Hoe jonger de kinderen in kwestie zijn, hoe lastiger het is om vast te stellen waar het kind nou precies zijn of haar

gewone verblijfplaats heeft. En hoe meer je daarvoor een beroep zou moeten doen op feiten en omstandigheden die eigenlijk de ouder(s) betreffen, bij wie het kind woonachtig is. Wat in ieder geval wel duidelijk is, omdat het zo'n feitelijk begrip is, bedoeld om het levensmiddelpunt vast te stellen, dat een inschrijving in het bevolkingsregister in een bepaald land, of juist niet, misschien een van de feiten en omstandigheden is die zou kunnen worden meegegeven, maar bepaald niet doorslaggevend.

Hoofddregel dus artikel 8, gewone verblijfplaats van het kind is bepalend voor de bevoegdheid van de rechter. Maar, daarnaast bevat Brussel II bis nog **artikel 12**. En dat zegt, stel nou voor dat het kind geen gewone verblijfplaats in Nederland heeft, dus artikel 8 biedt de Nederlandse rechter geen bevoegdheid, maar de ouderlijke verantwoordelijkheid is een nevenvoorziening in de echtscheidingsprocedure. Dan zegt artikel 12, onder bepaalde voorwaarde is dan de rechter die bevoegd is om over de echtscheiding te oordelen, ook bevoegd om de ouderlijke verantwoordelijkheid mee te nemen. Vergelijkbare bepaling hebben we gezien ten aanzien van de alimentatie. Dus het nevenverzoek dat in de echtscheidingsprocedure wordt ingediend mag door de bevoegde echtscheidingsrechter worden meegenomen, als die materie maar onder het toepassingsgebied van Brussel II bis valt, het moet dus een nevenverzoek op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid zijn. Je hebt aan artikel 12 dus niet iets als het gaat om alimentatie, want dat valt niet onder Brussel II bis. We hebben er iets aan bij het nevenverzoek over een kwestie van gezag, omgang, etc. Dan moet ook ten minste een van beide ouders die in de echtscheidingsprocedure is betrokken ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, dus gezag hebben over het betreffende kind. En de bevoegdheid moet door de beide ouders worden aanvaard. Dus beide ouders moeten ermee instemmen dat die betreffende echtscheidingsrechter, niet zijnde de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind, maar in het kader van de echtscheiding ook die ouderlijke verantwoordelijkheid meeneemt in zijn beslissing. Dan moet de rechter nog toetsen of het feit dat hij bevoegdheid aanneemt, ook wordt gerechtvaardigd door het belang van het kind. Meestal zal de rechter van oordeel dat alleen al de **procesconomie** voldoende in het belang van het kind is. Dus artikel 12 is sowieso van toepassing als het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, zodat Brussel II bis uit zichzelf van toepassing is. Dan hebben we artikel 8, maar ook artikel 12. Op het moment dat het kind nou niet zijn of haar gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, maar op het grondgebied van een ander land dat is aangesloten bij het verdrag van 1996, komen we aan artikel 12 nooit toe. Dan gaat het verdrag van 1996 voor. Woont het kind nou in een land dat geen EU-lidstaat is, en ook geen verdragsstaat die is aangesloten bij het verdrag van 1996, dan komt artikel 12 toch weer voor toepassing in aanmerking. Ondanks dus het feit dat het kind zijn gewone verblijfplaats niet heeft op het grondgebied heeft van een lidstaat, en je dus eigenlijk zou moeten oordelen dat heel Brussel II bis formeel niet van toepassing is, geldt hier dus een uitzondering. Want als artikel 12 leidt tot een bevoegde rechter, dan valt de materie daarmee toch onder Brussel II bis. En als aan de voorwaarden van artikel 12 niet zou zijn voldaan, bijvoorbeeld omdat niet beide ouders instemmen met de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter, en artikel 12 dus niks oplevert, dan mogen we nog door naar Rechtsvordering.

Rechtsmacht HKbV 1996

Wat zegt het verdrag over de bevoegdheid van de rechter? Artikel 5 HKbV 1996 zegt, bevoegd is de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind. **Enige verschil met Brussel II bis**: hier geldt niet het beginsel van perpetuatio fori. Want het tijdstip van de beslissing is onder het verdrag bepalend voor de gewone verblijfplaats van een kind. Dus een verhuizing **gedurende** de procedure leidt wel degelijk onbevoegdheid van de ene rechter en bevoegdheid van de andere rechter. Onder het verdrag is dus het zwaartepunt komen te liggen bij het feit dat de rechter daadwerkelijk goed in staat moet zijn om dat belang in te kunnen schatten, en dus op het moment van de beslissing de rechter moet zijn van de gewone verblijfplaats van het kind. Overigens is het zo dat momenteel de verordening Brussel II

bis wordt herzien. Daar wordt over onderhandeld. Het idee is om met een herziende versie daarvan te komen. Waarin waarschijnlijk dit beginsel ook voor Brussel II bis wordt losgelaten. Ook onder het kindbeschermingsverdrag, maar dan in artikel 10, hebben we zo'n bepaling die gaat over de accessoire bevoegdheid van de echtscheidingsrechter. Dus ook dan is het mogelijk om als je bevoegd bent om over de echtscheiding te oordelen, die bevoegdheid uit te breiden ten aanzien van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

Rechtsmacht Rv

Gelden die regelingen allemaal niet, komen we uit bij Rechtsvordering. Specifiek ten aanzien van de ouderlijke verantwoordelijkheid, komen we dan uit bij artikel 4 lid 2 Rv ten aanzien van voorlopige voorzieningen. En komen we uit bij artikel 4 lid 3 sub b Rv voor bevoegdheid van de echtscheidingsrechter. Dit hebben we ook al gezien in het kader van het huwelijksvermogensrecht. Dus komen we niet in Brussel II bis en het kindbeschermingsverdrag terecht, maar wordt de ouderlijke verantwoordelijkheid in het kader van de echtscheiding aan de Nederlandse rechter voorgelegd, is de Nederlandse rechter bevoegd ten aanzien van de echtscheiding, dan is hij dat ook ten aanzien van de gezag- en omgangskwesties. Tenzij, hij vindt dat die kwesties te weinig met Nederland zijn verbonden, zodat hij niet goed in staat is te oordelen. Dan mag hij alsnog zeggen dat hij zijn vingers er niet aan brandt. Is het nou een ouderlijke verantwoordelijkheidsprocedure die op zichzelf staat, dan geldt dus artikel 4 lid 3 Rv niet. Dan zegt artikel 5 Rv, dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft indien het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft. Als wij in artikel 5 uitkomen is het altijd zo dat het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft, want had het kind zijn gewone verblijfplaats wel in Nederland, dan is dat op het grondgebied van een EU-lidstaat en is Brussel II bis van toepassing en komen we nooit in Rechtsvordering uit. Als we bij artikel 5 Rv uitkomen weten we dat het kind geen gewone verblijfplaats in een EU-lidstaat heeft en niet in een land dat is aangesloten bij het verdrag. Artikel 5 Rv zegt dat de Nederlandse rechter geen bevoegdheid heeft als het kind zijn of haar gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft, tenzij in een uitzonderlijk geval de rechter vindt dat hij juist heel goed in staat is om over het belang van het kind te oordelen. Ondanks het feit dat het kind buiten Nederland gewone verblijfplaats heeft, dat toch door de banden die er met Nederland zijn, de Nederlandse rechter goed in staat is om een oordeel te geven. Dan is er nog als een soort laatste reddingsboei artikel 9 sub b Rv. Je treft een dergelijke bevoegdheidsregel ook vaak in verdragen en verordeningen aan. Het zogenaamde **forum necassitatis**, een noodbevoegdheid. Als er nou geen enkele rechter bevoegd is, of de buitenlandse rechter die bevoegd zou zijn die is buiten staat om een oordeel te geven. Bijvoorbeeld als de Turkse rechter bevoegd zou zijn, maar het hele land ligt plat door natuurgeweld waardoor een procedure niet mogelijk is, dan is er een mogelijkheid om dan toch maar als Nederlandse rechter bevoegdheid aan te nemen. Dat zijn echt hele uitzonderlijke gevallen.

Toepasselijk recht

We hebben het steeds over de bevoegdheid gehad in zake ouderlijke verantwoordelijkheid. Als de rechter zijn bevoegdheid heeft vastgesteld is de volgende vraag welk recht van toepassing is. Daar hebben we geen moeilijkheden met verschillende regelingen, want Brussel II bis zegt er niks over. Dus geldt het Kinderbeschermingsverdrag met het toepassingsgebied zoals we het al gezien hadden. Universeel formeel van toepassing ten aanzien van het toepasselijke recht. De hoofdregel van artikel 15 zegt, dat als je als rechter bevoegd bent, dan pas je je eigen recht toe. Dat heet een **gleichlauf** tussen bevoegdheid en toepasselijk recht, die lopen gelijk op. De bevoegde rechter mag op basis van artikel 15 zijn eigen recht toepassen. Met alle voordelen van dien.