

**CONSORTIUM ASSER - UCL**  
**Association momentanée**

R.C. Schimmelpennincklaan, 20-22  
2517 JN DEN HAAG  
Nederland

-----  
Collège Thomas More  
Place Montesquieu, 2, box 5  
B - 1348 LOUVAIN-LA NEUVE  
Belgique

COMMISSION EUROPÉENNE  
General Direction Justice and Home Affairs  
Unit A3 Judicial Cooperation in civil matters  
**JAI/A3/2001/03**

**STUDY ON MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES  
AND THE PROPERTY OF UNMARRIED COUPLES  
IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND INTERNAL LAW**

**NATIONAL REPORT**  
**THE NETHERLANDS**

Michiel DE ROOIJ  
Guus SCHMIDT  
Bart Jan VAN HETKAAR

T.M.C. Asser Instituut

## TABLE OF CONTENTS

Table of Contents .....	2
Chapter 1 .....	4
Matrimonial Property Law. Internal Law .....	4
1.1    General Issues .....	4
1.1.1    Sources .....	4
1.1.2    Historic development .....	4
1.1.3    Primary regime .....	5
1.1.4    Secondary regimes .....	5
1.2    Types of Regimes .....	7
1.2.1    Comments as to the primary regime .....	7
1.2.2    Matrimonial property regime provided by law (statutory regimes) .....	10
1.2.3    Marital Settlements (contractual regimes) .....	12
1.3    Change of Matrimonial Property Regimes .....	14
1.3.1    Principles .....	14
1.3.2    Modalities for change .....	15
1.4    Publication of the Regime .....	15
1.4.1    Principles .....	15
1.4.2    Modalities for publication .....	16
1.5    Administration of Estates .....	17
1.5.1    Under the regime provided by law (statutory regime) .....	17
1.5.2    Under marital settlements .....	18
1.5.3    Contracts between spouses during marriage .....	18
1.6    Dissolution, Liquidation and Division of the Matrimonial Property .....	19
1.6.1    Following dissolution of the marital bond (divorce...) .....	20
1.6.2    Following the death of one of the spouses See 1.6. And 1.6.1.4. ....	21
1.7    Other Remarks .....	21
Chapter 2 .....	22
Matrimonial Property. Private International law .....	22
2.1    General Remarks .....	22
2.1.1. Sources .....	22
2.1.2. Historic development .....	24
2.1.3.    General notions of private international law .....	28
2.1.4.    General problems of private international law .....	30
2.2.    International Jurisdiction over matrimonial property Issues .....	31
2.2.1.    The general rules on international jurisdiction as applied to matrimonial property regimes ....	31
2.2.2.    Rules on international jurisdiction particular to matrimonial property law issues .....	32
2.3.    Law Applicable to the Matrimonial Property Regime .....	34
2.3.1.    Determination of the law applicable to the matrimonial property regime .....	34
2.3.2.    Scope of the law applicable to the matrimonial property regime .....	41
2.3.3.    Law applicable in case of changes in the matrimonial property regime .....	44
2.3.4    Law applicable to the publication of the matrimonial property regime .....	45
2.4.    Recognition and enforcement of Foreign Court Decisions and 'Public' Acts in respect of Matrimonial Property Regimes .....	45
2.4.1.    The general rules on the effectiveness of foreign 'public' acts and court decisions as applied in the area of matrimonial property regimes .....	45
2.4.2    Recognition and enforcement in the area of matrimonial property .....	46
Chapter 3 .....	47
Unmarried Couples. Internal Law .....	47
3.1.    Sources of the law on unmarried couples .....	47
3.1.1    Description of the general legislative sources .....	47
3.3.    The legal character of relations other than traditional marriage .....	49
3.4.    Property in relations other than traditional marriage .....	50
3.5.    Property issues in case of separation of unmarried couples .....	51
3.6.    Property issues in case a member of the unmarried couple dies .....	52
Chapter 4 .....	54
Unmarried Couples. Private International Law .....	54

4.1.	General issues of p.i.l. ....	54
4.1.1.	Public policy .....	54
4.1.2.	Recognition of the relation between an unmarried couple .....	54
4.1.3.	Admissibility of the “celebration” of a same sex “ marriage” (or other couple).....	55
4.2.	International jurisdiction .....	55
4.2.1.	Separation of unmarried couples. International jurisdiction.....	55
4.3.	Applicable law .....	56
4.3.1.	Determination of the law applicable to the property regime.....	56
4.3.2.	Scope of the applicable law .....	56
4.3.3.	Applicable law and changes of the property regime .....	57
4.3.4.	Law applicable to publication of the property regime of an unmarried couple.....	57
4.4.	Recognition and enforcement of foreign court decisions and ‘public’ acts in respect of property of unmarried couples .....	58
4.4.1.	The general rules on the effectiveness of foreign ‘public’ acts and court decisions as applied in the area of property of unmarried couples .....	58
4.4.2.	Rules on the effectiveness of foreign ‘public’ and private acts and court decisions specific to the area of property of un married couples .....	58
4.4.2.	Practical significance of the rules set out under 4.4.1. -4.4.2. ....	59
4.5	Various matters.....	59
Annexes to the Report .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijks-vermogensregime; 's-Gravenhage, 14 maart 1978 .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Wet conflictenrecht huwelijksvermogensrecht .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Burgerlijk Wetboek 1. Personen- en familierecht. ....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Successiewet 1956 (excerpt).....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Court Decisions .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Reports of the Netherlands Standing Government Committee on Private International Law.....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in zake het geregistreerd partnerschap, mei 1998 .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	
Advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht inzake het internationaal privaatrecht in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, <i>December 2001</i> .....	<b>Error! Bookmark not defined.</b>	

# CHAPTER 1

## MATRIMONIAL PROPERTY LAW. INTERNAL LAW

### 1.1 GENERAL ISSUES

#### 1.1.1 Sources

1.1.1.1 The principal statutory sources of Dutch matrimonial property law are:

- Arts. 1:81-1:148 of the Civil Code [*BW*], Book 1, Title 6-8;
- Equalization of Pension Rights in case of Divorce Act [*WVeP*] (Act of 28 April 1994, Bulletin of Acts, Orders and Decrees [*Stb.*] 342);
- Arts. 7, 9 and 13 of the Inheritance Tax Act 1956 (Act of 28 June 1956, latest revision: *Stb.* 2001, 643);
- Arts. 1-4 Matrimonial Property Register Decree 1969 (Decree of 26 November 1969, latest revision: *Stb.* 2001, 197).

#### 1.1.1.2

The Netherlands is part of the civil law family. Case law does therefore not create binding precedent, although judicial decisions are authoritative. Case law will be mentioned below where relevant.

#### 1.1.1.3

As a result of the December 1997 report of the Commission on the Rights and Obligations of Spouses a process for the amendment of matrimonial property law in three stages was set in motion. The first stage has yielded the Act of 31 May 2001 (*Stb.* 2001, 275) to amend Titles 6 and 8 of Book 1 of the Civil Code. The amendments to this Act, which entered into force on 22 June 2001, have been incorporated in the present report. The second stage has resulted in the Act of 14 March 2002 (*Stb.* 2002, 152). This Act will enter into force on 1 September 2002. It includes regulations for marriage contracts containing equalization clauses. It further provides that one of the three optional regimes that until now formed part of the pertinent legislation, i.e. the statutory community of property (Arts. 1:129, 1:132-145 *BW*), is repealed. This Act has also been incorporated in the report. Where provisions of this Act are discussed, this is done indicating the fact that the legislation in question will not enter into force until 1 September 2002. During the third stage, the statutory matrimonial property regime will come under review. No bills have been submitted concerning these matters yet.

#### 1.1.2 Historic development

##### 1.1.2.1

The matrimonial property law currently in force is included in Titles 6, 7 and 8 of Book 1 of the Dutch Civil Code (Arts. 1:81-148 *BW*) as introduced on 1 January 1970 and subsequently amended. As the statutory regime for matrimonial property law the general community of property applies (Art. 1:93 *BW*). The spouses may, however, by means of a marriage contract select another regime that is regulated by statute or create a regime of their own. The statutory regime and the freedom of contract also applied before 1970. The most important changes in recent decades have been the repeal of the provisions to the effect that married women are without legal capacity to act

(as of 1 January 1957) and that the husband is the ‘head of the marital union’ (as of 1 January 1970). In the matrimonial property law applying today both spouses occupy an equal position.

### **1.1.3 Primary regime**

The provisions of Title 6 of Book 1 of the Civil Code (Arts. 1:81-1:92 *BW*) apply to all marriages. Among other things they provide the following: the spouses owe each other ‘fidelity, assistance and support’ and have a duty to provide each other with the necessities of life (Art. 1:81 *BW*); the costs of the household (including the costs of raising and educating children) are chargeable to the common income (Art. 1:84 *BW*; deviations from this provision by marriage contract are allowed); the spouses are jointly and severally liable for the obligations assumed for the normal running of the household and they must provide each other with sufficient means for the normal running of the household (Art. 1:85 *BW*); at the request of one of the spouses the District Court may decide that the requesting spouse will no longer be liable for the purposes of Art. 1:85 *BW* (Art. 1:86 *BW*); the spouses require each other’s authorisation for certain transactions (Arts. 1:88-1:89 *BW*, see further under 1.2.1.7). To conclude this Title, Arts. 1:90-1:92 *BW* contain provisions concerning administration (see further under 1.5).

### **1.1.4 Secondary regimes**

1.1.4.1 Dutch law provides the rules described below concerning the matrimonial property regime

1.1.4.2

The legislation does not provide a definition of the term ‘matrimonial property regime’. It is, however, possible to examine the term’s scope by determining the extent of the matrimonial property of spouses who have not concluded a marriage contract. The provisions concerning the marriage contract do not give rise to changed attitudes concerning what is or is not part of the term ‘matrimonial property regime’.

As appears from Art. 1:94 *BW*, part of the matrimonial property are all assets belonging to the spouses, save for those with respect to which the last will of a testator provides or it is provided under the terms of a legacy that they are excluded from the common property. It also includes all debts of both spouses. Assets and debts somehow specifically attaching to one of the spouses only belong to the community of property to the degree that this is not precluded by such attachment. Where this specific attachment is concerned, case law has been issued on the following questions: maintenance (the right to maintenance in principle does not belong to the community, although the instalments that have been paid do), claims and entitlements arising from life insurance policies (belong to the community), old-age pensions (in principle do not belong to the community, although after a divorce one spouse will be able to claim a part of the pension that was built up by the other spouse), disability pensions (do not belong to the community) and compensation for material and emotional damage as a result of injury (does not belong to the community). See further 1.2.2.2.

1.1.4.3

If the spouses have not provided differently by means of a marriage contract, pursuant to Title 7 of Book 1 of the Civil Code a general community of property will be created between them upon the solemnization of their marriage. The community of property will be further elaborated under 1.2.2.2.

#### 1.1.4.4 The conclusion of a marriage contract is permitted under Dutch law

Periodical surveys are held to ascertain to what extent spouses make use in practice of the opportunity to deviate from the statutory regime by a marriage contract. The most recent survey (1998) covered the years 1994, 1995 and 1996. In 1996, 85,140 marriages were concluded. In 27 % of cases a marriage contract was drawn up. Compared to 1970, when 123,631 marriages were concluded, the percentage has more than doubled (1970: 10.4 %).<sup>1</sup>

The question concerning the desirability of provisions allowing spouses to regulate their proprietary rights themselves through the conclusion of a marriage contract is not hotly debated in the Netherlands. It is generally considered an advantage of the marriage contract that it introduces a measure of flexibility into matrimonial property law. By allowing the spouses the freedom of choice the matrimonial property regime can be adjusted to fit their particular circumstances.

#### 1.1.4.5

In addition to the freedom of the spouses to create their own matrimonial property regime, Title 8 of Book 1 of the Civil Code provides a number of optional regimes. Until 1 September 2002 the following three regimes were involved: the community of benefit and income (Art. 1:123 *BW*, referring to Arts. 1:124-1:127 *BW*; this regime means that assets and debts only belong to the community insofar as they have been acquired or assumed after the conclusion of the marriage; in the event that upon the dissolution of the community the debts exceed the assets, the debts are to be divided between the spouses in proportion to which spouse caused them to belong to the community); the community of gain and loss (Art. 1:128 *BW*, referring to Arts. 1:124-126 *BW*; under this regime, too, the assets and debts only become part of the community to the degree that they have been acquired or assumed after the marriage was concluded; the regime differs from the community of benefit and income in that Art. 1:127 *BW* concerning the apportionment of debt upon the dissolution of the community does not apply); and the statutory community of property (Art. 1:129, referring to Arts. 1:132-1:145 *BW*; this does not create a community, but an obligation for the spouses to divide any increase in their property). The entry into force on 1 September 2002 of the Act of 14 March 2002 (*Stb.* 2002, 152) will repeal the statutory community of property. Instead, regulations concerning equalization clauses will be introduced. These regulations cannot be regarded as forming a separate regime: the spouses are to determine the content of the equalization clause themselves. The provisions of the new Arts. 1:132 to 1:143 *BW* will subsequently apply to these clauses, if the spouses have not provided otherwise in accordance with the legal requirements.

#### 1.1.4.6

From a year after the conclusion of the marriage, the spouses can draw up a new or amend an existing marriage contract (Art. 1:118 *BW*), subject to the approval of the District Court (Art. 1:119 *BW*). The court will only refuse to give its approval if there is a danger that the rights of creditors will be prejudiced or if one or several terms of the contract are contrary to mandatory rules, morality or public order (Art. 1:119(2) *BW*).

#### 1.1.4.7

None.

---

<sup>1</sup> M.J.A. VAN MOURIK, *Huwelijksvermogensrecht*, ninth edition, Deventer 1998, pp. 119-121.

## 1.2 TYPES OF REGIMES

### 1.2.1 Comments as to the primary regime

#### 1.2.1.1

As was already mentioned under 1.1.3, the provisions of Title 6 of Book 1 of the Civil Code (Arts. 1:81-1:92 *BW*) apply to all marriages, regardless of the regime applicable to them. Art. 1:81 *BW* stipulates that the spouses owe each other ‘fidelity, assistance and support’ and have a duty to provide each other with the necessities of life. This provision lays down a mutual duty to provide care and thus constitutes an independent source of enforceable obligations. For example, the obligation to provide maintenance and the mutual right to the use of (common) household effects are based on Art. 1:81 *BW*.<sup>2</sup> Pursuant to Art. 1:92a *BW*, Title 6 of Book 1 of the Civil Code does not apply to spouses who are legally separated. This provision was introduced in 1971 to solve the controversy surrounding the issue, especially as regards Art. 1:81 *BW*. It is disputed whether Art. 1:81 *BW* also ceases to apply after the dissolution of the marriage as a result of the death of one of the spouses.<sup>3</sup> This is especially relevant with regard to the question to what extent, after the death of one spouse, a duty remains to provide care for the surviving spouse. It must be assumed that the debate of this question will lose much of its relevance after the expected introduction of the new inheritance law, which will provide better protection for the surviving spouse.

After the dissolution of the marriage and after a legal separation, the duty to provide material care is governed by Art. 1:157(1) en (2) *BW* (maintenance, or alimony).

Most of the rights and obligations existing between the spouses are, however, not based directly on Art. 1:81 *BW*, but on one of the other provisions of Title 6 of Book 1 of the Civil Code. Below, the provisions concerning the following matters will be dealt with: household costs (Art. 1:84 *BW*, see 1.2.1.2), the matrimonial home (concerning which no provisions have been included in Title 6 of Book 1 of the Civil Code although it has been regulated elsewhere under Dutch law, see 1.2.1.3), representative authority (see 1.2.1.6) and protection against any acts performed by one of the spouses which are likely to endanger the marital property (especially Arts. 1:88 and 1:89 *BW* regulating the cases where one spouse must obtain the consent of the other spouse for the performance of certain legal acts). Arts. 1:90-1:92 *BW* relating to the administration of the exclusive property of each of the spouses on the one hand and of the common property on the other will be discussed under 1.5.

#### 1.2.1.2

Art. 1:84 *BW* regulates the obligation to contribute to the costs of the household. This Article exclusively concerns the internal relationship between the spouses, but not their liability in respect of third parties. It applies regardless of the matrimonial property regime in force between the spouses, although they can provide otherwise by marriage contract (Art. 1:84(3) *BW*). In some cases the spouses use this freedom to lay down in their marriage contract which costs are to be considered household costs.<sup>4</sup>

Subsection 1 of this Article lays down the extent of the duty to contribute, i.e. it determines who should (eventually) pay the household costs. Art. 1:84(1) *BW* provides that the

---

<sup>2</sup> Supreme Court [*HR*] 20 June 1963, NJ 1964, 452; *HR* 25 June 1971, NJ 1972, 58; *HR* 23 December 1960, NJ 1961, 86.

<sup>3</sup> VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD -DE VOOGD, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer 2001, Art. 1:92a *BW*, p. 133.

<sup>4</sup> ASSER-DE BOER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, eerste deel - Personenrecht, eerste stuk - Natuurlijke personen en familierecht*, ninth edition, revised by Prof. J. de Boer, Deventer 1998, no. 220/1.

costs of the household are chargeable to the common income of the spouses. If the common income is insufficient, the costs are, first, proportionately chargeable to the exclusive income of each of the spouses, second, to the common property and third, proportionately to the exclusive property of each of the spouses. This is different only when special circumstances demand it.

While Art. 1:84(1) provides which income/property should eventually bear the household costs, subsection 2 of this Article imposes on the spouses the obligation to provide each other with the necessities of life. It lays down that the spouses have a mutual obligation in accordance with subsection 1 to make a contribution from the assets that they administer to cover the expenses referred to in subsection 1 (duty to contribute). Here, too, special circumstances may interfere with the provision's unimpaired application.

It is assumed that all expenses which serve the physical and mental well-being of the spouses and their children can be considered household costs.<sup>5</sup> Whether tax arrears are household costs is disputed. There is no case law concerning this question.<sup>6</sup> As appears from Art. 1:84(1) the costs of the household are understood to include the costs of raising and educating children. Given Art. 1:82 *BW* the children referred to are the children who are part of the family and who belong to both spouses or to one of them.<sup>7</sup> Maintenance payments for children from a previous marriage who are not part of the spouses' family are not considered household costs. Such payments can, however, be regarded as a special circumstance opposing the application of this provision in the manner referred to in the final sentence of subsection 1.<sup>8</sup>

Art. 1:85 *BW* deals with third-party liability. Each spouse in addition to the other is liable for the obligations assumed by him/her for the normal running of the household. From the creditor's point of view, both spouses are to be considered debtors, both jointly and severally. The non-acting spouse does not, however, become a party to the contract and does not derive from Art. 1:85 *BW* the power to exercise creditor's rights. What the 'normal running of the household' should include depends on the circumstances of each particular case, whereby the nature of the expense, the financial circumstances and the family's lifestyle as it appears to the outside world are considered decisive factors.<sup>9</sup>

Art. 1:86 *BW* provides that for well-founded reasons the District Court may determine at the request of one of the spouses that he/she will no longer be liable under Art. 1:85 *BW*. A decision rendered for the purposes of this provision can only be invoked against unaware third parties after it has been entered in the matrimonial property register and fourteen days have elapsed after the registration.

### 1.2.1.3

Art. 7A:1623g *BW* provides that the tenant's spouse legally becomes the co-tenant for the period during which the house serves as the spouse's principal place of residence. Whether the tenancy agreement was concluded before or after the marriage is irrelevant. After the death of the tenant the tenancy agreement is continued with the surviving spouse as tenant (Art. 7A:1623i *BW*). In case of a divorce or legal separation the court can decide at the request of a spouse who will be the tenant of the accommodation (Art. 7A:1623g(5) *BW*). This decision can be rendered as an ancillary provision of the divorce or the legal separation (Art. 827(1) sub e of the Code of Civil Procedure [*Rv.*]).

---

<sup>5</sup> VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD -DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:84, annot. 2.

<sup>6</sup> ASSER/DE BOER, *op. cit.*, no. 205.

<sup>7</sup> VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD -DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:84 *BW*, annot. 2.

<sup>8</sup> VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD -DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:84 *BW*, annot. 2.

<sup>9</sup> Court of Appeal [*Hof*] Amsterdam 6 November 1964, NJ 1965, 314; *Hof* 's-Hertogenbosch 5 December 1968, NJ 1969, 254.



When the matrimonial home is the property of one or both spouses the court may also make an ancillary provision in case of divorce or legal separation. This power it derives from Art. 827(1) sub d *Rv.* in conjunction with Art. 1:165 *BW* (divorce) or Art. 1:175 *BW* (legal separation). The ancillary provision allows the court to determine that the spouse, who is living in a house which belongs or whose use belongs to the other spouse, may still inhabit the accommodation for a reasonable consideration and may still use the household effects during six months after the divorce.

During the divorce proceedings the court may provide as a temporary arrangement that one of the spouses will be exclusively entitled to the use of the matrimonial home (Art. 822(1) sub a *Rv.*).

#### 1.2.1.4

None.

#### 1.2.1.5

None.

#### 1.2.1.6

Two Articles contain provisions concerning the representative authority of one of the spouses. Both cases concern representation in the administration of private and community assets: Art. 1:91(3) *BW* (see 1.5.1.1) and Art. 1:91 *BW* (see 1.5.1.2).

#### 1.2.1.7

A number of legal acts require the consent of the non-acting spouse in accordance with Art. 1:88 *BW*. Given their object or nature, these legal acts are capable of prejudicing certain rights or may involve a substantial risk. The purport of this Article is to protect the spouses from each other and from themselves in the interest of the family.<sup>10</sup> Art. 1:88 *BW* only mentions legal acts. *De facto* acts do not fall within the scope of Art. 1:88 *BW*.<sup>11</sup>

When a spouse is unable to give his/her consent or refuses to give his/her consent the subdistrict judge may be asked to decide (Art. 1:88(5) *BW*).

If a legal act has been performed contrary to Art. 1:88 *BW*, it will be voidable pursuant to Art. 1:89 *BW*. The action for its nullification must be instituted against the party with whom the acting spouse performed the legal act (Art. 1:89(4) *BW*).

If this other party acted in good faith it will not be possible to annul the legal act, unless it concerned a gift. A mistake of law as regards the applicability of Art. 1:88 *BW* will, however, not be readily accepted.<sup>12</sup>

Death, divorce and legal separation do not affect the power to invoke a ground for nullification which has arisen earlier (Art. 89(3) *BW*). This competence therefore devolves upon the heirs.

The following legal acts require the consent of the other spouse under Art. 1:88 *BW*:

*Legal acts involving the house and household effects (Art. 1:88(1) sub a)*

To be distinguished are: contracts for disposal (sale and barter), for encumbrance (especially mortgaging) or for giving in use (personal rights of use) and legal acts for the

<sup>10</sup> *HR* 15 December 1978, *NJ* 1979, 427; ASSER -DE BOER, *op.cit.*, no. 244; DE BRUIN -SOONS-KLEIJN -HUIJGEN-REINHARTZ, *Het Nederlandse matrimonial property law*, third edition, Deventer 1999, no. 19.

<sup>11</sup> There are circumstances in which a *de facto* act may amount to a wrongful act against the other spouse, *HR* 23 December 1960, *NJ* 1961, 86.

<sup>12</sup> *HR* 15 December 1978, *NJ* 1979, 427.

termination of use (notice to terminate a tenancy agreement). As appears from the use of the word 'for', consent is already required at the obligatory stage, i.e. upon the conclusion of the contract serving to assume the obligation to dispose, encumber, etc., as opposed to upon the disposal, encumbrance, etc. itself. The rule applies to the house which is jointly inhabited by the spouses or inhabited by the protected spouse alone, but also to accommodation constituting the 'second residence' of the spouses, with the exception of holiday homes.<sup>13</sup>

*Gifts (Art. 1:88(1) sub b)*

A spouse requires the other spouse's consent for making gifts. A gift is any material favour, which is also a legal act. No consent is required for customary gifts, gifts that are not beyond a certain measure and gifts for which no withdrawal has been made from the giver's property during his/her life.<sup>14</sup>

*The provision of security for third parties (Art. 1:88(1) sub c and (4))*

The spouse who binds oneself for the debt of a third party either as a surety or as a solidary debtor, or who issues a guarantee or provides security for the benefit of a third party, requires the consent of the other spouse. This provision is only applicable to contracts, which specifically intend to create co-debtorship. The simple fact that the conclusion of a contract can result in solidary debtorship (for example, entering into a general partnership) does not give rise to the requirement of consent.

The consent requirement does not apply to security obligations assumed 'in the normal course of a profession or business'. In the case law this exception is interpreted to mean acts that are 'characteristic in the sense that they are common in the normal course of affairs', that is to say that they are 'customarily performed'.<sup>15</sup>

*Instalment buying (Art. 1:88 (1) sub d)*

Instalment buying also requires the consent of the other spouse. No consent is needed for contracts which are obviously exclusively or mainly entered into for the normal course of the spouses' profession or business.

## **1.2.2 Matrimonial property regime provided by law (statutory regimes)**

### 1.2.2.1

If the spouses have not provided differently by means of a marriage contract, a general community of property will be legally created between them upon the solemnization of their marriage. This regime is regulated in Title 7 of Book 1 of the Civil Code.

### 1.2.2.2

As regards the general community of property the following questions may be asked:

- which assets and debts belong to the community?
- how can a third party have recourse against the community property and the private assets of the spouses?
- how are the common and the private assets administered?
- how is the community dissolved?
- how is the matrimonial property divided?

---

<sup>13</sup> HR 28 November 1975, NJ 1976; 466, HR 25 February 1983, NJ 1983, 696; VAN MOURIK, *op. cit.*, pp. 48-50; VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD-DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:88 BW, annot. 3.

<sup>14</sup> These comprise legacies and the revocable and irrevocable benefit of a third-party from life insurance for which (single) premiums have been paid.

<sup>15</sup> HR 31 May 1991, NJ 1991, 777; HR 21 February 1992, NJ 1992, 336 en HR 14 April 2000, RvdW 2000, 110; VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD-DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:88 BW, annot. 5.

In this section we will only discuss the first two questions. Administration will be dealt with under 1.5, dissolution and division under 1.6.

*Which assets and debts belong to the community?*

The community of property causes the property or the bulk of the property of the spouses to merge into one common estate. It includes all assets and debts of the spouses, with the exception of those with respect to which the last will of a testator provides or it is provided under the terms of a legacy that they are excluded from the common property (Art. 1:94(1) and (2)). Assets and debts somehow specifically attaching to one of the spouses only belong to the community of property to the degree that this is not precluded by such attachment (Art. 1:94(3) *BW*). Pension rights under the *WVeP* do not belong to the community (Art. 1:94(4) *BW*).

The term 'specifically attaching' (Art. 1:94 lid 3 *BW*) must be interpreted strictly. Assets that are attached in the manner intended here are assets, which are by their nature unable to belong to the community with all the legal consequences, which they entail.<sup>16</sup> For assets, which take the place of attached assets it must be examined anew whether they are perhaps attached themselves.<sup>17</sup>

On a number of points the case law and the literature have formulated rules concerning the question whether any attachment is present:

*Life insurance*

In life insurance a distinction is made between the right of the policy (the right to designate a beneficiary) and the right from the policy (the right to payment arising from the revocable or irrevocable designation as the beneficiary and from the death of the policyholder/insured). Both rights belong to the community.

*Maintenance*

The right to maintenance does not in itself belong to the community, but the payments received do.<sup>18</sup> For the person with the maintenance obligation this implies that the obligation to pay the instalments due is part of the community debt.

*Pension rights*

In the *Boon-Van Loon* case the Supreme Court held that old-age pension rights do not belong to the community, but that in case the marriage is dissolved by a divorce (as opposed to by the death of a spouse) equalization must take place. This rule is applied to marriages dissolved by divorce between 21 November 1981 (date of the judgment in *Boon-Van Loon*) and 1 May 1995 (date of the entry into force of the *WVeP*).

Under the *WVeP* spouses who divorced on or after 1 May 1995 are each apportioned half of the pension rights, which were built up during the marriage. This applies regardless of the matrimonial property regime in force between the spouses.

*Disability pensions, personal injury payments*

Disability pension rights and claims for compensation for material and emotional damage as a result of injury are considered to be attached and therefore do not belong to the community.<sup>19</sup>

*How can a third party have recourse against the community property and the private assets of the spouses?*

Arts. 1:95 and 1:96 *BW* regulate third-party recourse to community and private property. Where a spouse has incurred a debt, which belongs to the community the creditor can have recourse to both the community property and the private assets of the spouse in question in accordance with Art. 1:95(1) *BW*. Where a private debt is concerned the creditor has the same two options in

---

<sup>16</sup> VAN DUIJVENDIJK -BRAND/BREEDVELD-DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:94 *BW*, annot. 4.

<sup>17</sup> VAN MOURIK, *op. cit.*, p. 95.

<sup>18</sup> HR 20 January 1939, NJ 1939, 780; ASSER-DE BOER, *op. cit.*, no. 307.

<sup>19</sup> HR 23 December 1988, NJ 1989, 700; HR 3 January 1986, NJ 1987, 73; HR 22 March 1996, NJ 1996, 640; HR 24 October 1997, NJ 1998, 693.

accordance with Art. 1:96(1) *BW*, subject to one restriction: if the other spouse (who is not a debtor) points out assets of the first spouse (the debtor) from which the debt can be recovered, the creditor no longer has any recourse against the community property. These provisions are mandatory. To deviate from them by marriage contract is therefore not allowed.

Art. 1:95(2) *BW* provides for the event that a spouse has paid a debt using private means while it was chargeable to the community. In that case the spouse is entitled to reimbursement from the community. Art. 1:96(2) *BW* regulates the opposite event: a private debt has been paid for with community assets. In that case the community is entitled to reimbursement from the spouse concerned.

### **1.2.3 Marital Settlements (contractual regimes)**

#### 1.2.3.1

Until 1 September 2002 spouses can choose from three well-defined regimes when drawing up a marriage contract. There are two regimes offering a limited community of property: the community of benefit and income and the community of gain and loss, and there is the statutory community of property. The latter regime does not really involve a community of property, but a (final) equalization clause. As of 1 September 2002, the statutory community will be repealed. From then on, spouses will no longer be able to merely refer to the well-defined regime of the statutory community of property. As of the same date, however, the legislation will include a number of provisions, which may apply to equalization clauses (as drawn up by the spouses) (see 1.2.3.2).

*Community of benefit and income (Art. 1:123 BW et seq.)*

Art. 1:123 *BW* provides that when the spouses opt for a community of benefit and income by marriage contract, Arts. 1:124-127 *BW* apply. These Articles are directory law and may therefore be deviated from, either expressly or by the very nature of the clauses in the marriage contract.

The community of benefit and income creates a limited community of property. To it belong the assets, which the spouses have acquired and the debts which they have assumed after the conclusion of the marriage. Outside the community falls property acquired by inheritance, legacy or gift. Where a spouse acquires an asset that is chargeable to him/her personally for an amount exceeding half the asset's price, this asset also remains outside the community. Outside the community further remain assets and debts belonging to a profession or business carried out by one of the spouses. Benefiting or burdening the community are payments to the amount of the profits and losses of the profession or business.

Upon the dissolution of the community a credit balance will in principle be divided equally between the spouses. In case of a debit balance a different provision applies. To the extent that upon the dissolution of the community of benefit and income the debts exceed the assets, the debts are to be paid by the spouse who caused them to belong to the community. An exception may be made when the nature of the debt gives rise to a different division of the obligation to pay (Art. 1:127 *BW*).

A number of questions have been left unregulated in Arts. 1:124-1:127 *BW*. Under Art. 1:122 *BW* these questions are governed by the provisions of Title 7 of Book 1 of the Civil Code, if the spouses have not made any provisions themselves in their marriage contract. Among other things, this means that assets somehow specifically attaching to one of the spouses only belong to the community insofar as the attachment does not preclude it (Art. 1:94(3) *BW*) and that pension rights under the *WVeP* also remain outside the community (Art. 1:94(4) *BW*). The provisions concerning the recovery of debts, the administration and the dissolution and termination of the community also apply, subject to Art. 1:127 *BW*.

### *Community of gain and loss*

When the spouses agree upon a community of gain and loss, the same provisions apply as for the community of benefit and income, with the exception of Art. 1:127 *BW*. The only difference between the regimes is therefore that upon the dissolution of a community of gain and loss a debit balance is equally divided, whereas upon the dissolution of a community of benefit and income it is not. Where the community of gain and loss shows a debit balance upon dissolution the corresponding debts are in principle to be equally paid by both spouses in the same manner as provided for the general community of property in Title 7 of Book 1 of the Civil Code.

#### 1.2.3.2

In the field of matrimonial property law there is complete freedom of contract, as long as mandatory provisions, morality and public order are not violated (Art. 1:121 *BW*). In the conclusion of a marriage contract it is in any case not permitted to deviate from most of the provisions of Title 6 of Book 1 of the Civil Code (concerning the rights and duties of the spouses; deviations from Art. 1:84(1) and (2) *BW* concerning the obligation to pay household expenses are possible, however), Art. 1:99 *BW* (dissolution of the community), Art. 1:102 *BW* (liability after dissolution), Arts. 1:103-1:108 *BW* (renunciation of one's rights to the community), Arts. 1:109-113 *BW* (termination of the community), Arts. 1:117-120 *BW* (entry into force of a marriage contract). The spouses are further unable to determine that one of them should assume a portion of the debt that exceeds the amount of his/her share in the community property. (Art. 1:121(2) *BW*).

Pursuant to Art. 1:115 *BW*, marriage contracts are to be concluded by notarial deed. If this rule is disregarded the marriage contract will be void. The marriage contract takes effect as of the time of marriage and the spouses may not provide differently (Art. 1:117(2) *BW*). When the marriage contract is concluded during the marriage, the deed may indicate a later time for the contract to take effect than the day after it was executed (Art. 1:120(1)).

Spouse who are of age have the capacity to conclude or modify a marriage contract. Minors and wards of the court also have this capacity, provided that they obtain the consent of the parties who are also required to consent to the marriage (Art. 1:117(1) *BW*). The marriage contract is also governed by the requirements of reasonableness and fairness. A rule which applies between the spouses as a result of the contract is left aside if its application would be unacceptable according to the requirements of reasonableness and fairness.<sup>20</sup> In addition, supplementary obligations may arise from reasonableness and fairness. See for an example 1.6.1.3.

When spouses conclude a marriage contract, they do not usually opt for one of the regimes that are regulated by statute. In 73.4% of cases they choose to exclude all community of property and add the provision that the spouses will either periodically or upon the dissolution of the marriage in some way equalize the appreciation of their property. In 15.3% of cases they choose to exclude all community of property without adding an equalization clause (this is termed 'cold exclusion')<sup>21</sup>

As of 1 September 2002, Arts. 1:132 to 1:143 *BW* will contain provisions for equalization clauses. As has been mentioned before, they do not create an independent matrimonial property regime, as the spouses must determine the content of the equalization clause themselves. They will have to determine in particular which income and which property are liable to equalization and when equalization is to take place.

---

<sup>20</sup> *HR* 29 September 1995, NJ 1996, 88; *HR* 25 November 1988, NJ 1989, 529.

<sup>21</sup> Figures from 1996. VAN MOURIK, *op. cit.*, p. 122.

Unless otherwise provided, Arts. 1:132 to 1:143 *BW* may be deviated from by marriage contract, either expressly or by the very nature of the clauses in the contract (Art. 1:132(2) *BW*). Arts. 1:132 to 1:140 *BW* among other things provide as follows.

The obligation to equalize income or property is reciprocal (Art. 1:133(1) *BW*).

It exclusively concerns income and property acquired during the time that the obligation was in force (Art. 1:133(2) *BW*). It does not concern property deriving from inheritance, legacy or gift, nor does it concern the fruits thereof or the property that has taken its place (Art. 1:133(2) *BW*). The testator or giver may determine that equalization is not to take place if the marriage contract, notwithstanding Art. 1:133(2) *BW*, does provide for equalization.

Property is equalized in halves (Art. 1:135(1) *BW*).

Assets acquired through property that is subject to equalization belong to the property to be equalized (Art. 1:136(1) *BW*).

Equalization in principle takes place through money payments (Art. 1:137 *BW*).

Spouses are not accountable to each other concerning the administration of their assets (Art. 1:138(1) *BW*). They can each demand a specification from the other of the property that is to be equalized (Art. 1:138(2) *BW*).

Based on Art. 1:139 *BW* and at the request of one of the spouses, the court can release that spouse from the obligation to equalize if the other spouse enters into debt lightly or fails to provide the specification referred to in Art. 1:138 *BW*. Based on Art. 1:140 *BW*, it can also decide for serious reasons that a spouse may delay the performance of the obligation to equalize or perform it in instalments.

Art. 1:141 *BW* concerns periodical equalization clauses. Its main provision is that if no equalization has taken place over a certain period of time, the obligation to equalize still remains intact.

Arts. 1:142 and 1:143 *BW* concern final equalization clauses. Art. 1:143 *BW* determines the time when the final balance has to be calculated. Art. 1:143 *BW* entitles the spouses to request a description after this time of the property that is to be equalized.

### **1.3 CHANGE OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES**

#### **1.3.1 Principles**

##### 1.3.1.1

It is possible to conclude or modify a marriage contract during the marriage. Pursuant to Art. 1:119 *BW* this requires the approval of the court.

##### 1.3.1.2

In 1996, 1807 couples concluded a marriage contract and entered it in the matrimonial property register. In 1985 the number was 1239 and in 1961, 280. Although it is preferred on the one hand that the existing matrimonial property regime is not, or at least, not often, amended (due to, among other things, the possibility of limiting the ability of creditors to have recourse), there is a need on the other hand for flexibility in case of changed circumstances (for example, when one of the spouses sets up a business) or when the spouses wish to bring their matrimonial property regime into accordance with their wishes concerning the care of the surviving spouse, with the legislation

concerning inheritance tax or with their changed attitudes with respect to the proprietary rights of women.<sup>22</sup>

### 1.3.2 Modalities for change

#### 1.3.2.1

The conclusion or modification of a marriage contract during the marriage requires the approval of the District Court. In the application for this purpose the spouses have to submit a draft of the notarial deed to the District Court. The application can be made without the intervention of a procurator (Art. 1:119(1) *BW*).

#### 1.3.2.2

The District Court only refuses to give its approval if there is the danger that creditors' rights will be prejudiced or if one or more of the terms of the contract are contrary to mandatory law, morality or public order (Art. 1:119(2) *BW*; see on the mandatory law involved 1.2.3.2). A creditor's rights may be prejudiced if spouses who were hitherto married in general community of property, choose a regime whereby there is no or only limited community. In order to prevent prejudice a clause is often inserted in such cases which provides that the spouses are jointly and severally liable for all outstanding debts at the time of the conclusion of the marriage contract (Dozy clause).<sup>23</sup>

A spouse who is under tutelage may only conclude or, after the solemnization of the marriage, modify a marriage contract with the consent of his/her curator.

When one of the spouses was a minor at the time when the marriage was solemnized, he/she does not require the consent of his/her parents or the subdistrict judge to conclude a marriage contract during the marriage. As a result of the marriage he/she has come of age.

The requirement that a marriage contract can only be concluded or modified during the marriage after that marriage has lasted for at least a year, is repealed as of 1 June 2001 (Act of 31 May 2001, *Stb.* 2001, 275).

## 1.4 PUBLICATION OF THE REGIME

### 1.4.1 Principles

#### 1.4.1.1

The Registries of the District Courts all keep matrimonial property registers.<sup>24</sup> These registers are regulated by the Matrimonial Property Register Decree 1969, as subsequently amended (*Stb.* 1969, 525, *Stb.* 1971, 629, *Stb.* 1997, 613, *Stb.* 2001, *Stb.* 197).

---

<sup>22</sup> VAN MOURIK, *op. cit.*, pp. 120-121; J. VAN DUIJVEN-DIJK-BRAND/S.F.M. WORTMANN, *Compendium Personen- en Familierecht*, Deventer 1998, p. 108.

<sup>23</sup> HR 21 February 1997, NJ 1998, 205 (Dozy clause); T.R. Hidma, *Huwelijkse voorwaarden staande huwelijk* (dissertation at the University of Amsterdam 1986), Arnhem 1986, pp. 116 *et seq.*; VAN MOURIK, *op. cit.*, pp. 143 *et seq.*

<sup>24</sup> As regards the matrimonial property register: V.A.E.M. Mayjers, *Naar centrale faillissements-, huwelijksgoederen- en boedelregisters*, WPNR 1998 (no. 6331/6332), pp. 660-661, 676-678; KLAASSEN/EGGENS/POLAK, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte, huwelijksgoederenrecht*, twelfth edition, revised by Prof. E.A.A. Luijten, Zwolle 1999, p. 223.; VAN DUIJVENDIJK-BRAND/BREEDVELD-DE VOOGD, *op. cit.*, Art. 1:116 *BW*, annot. 2, pp. 161-162.

Not only the provisions of the marriage contract are entered in the register, but also other facts that are relevant to the matrimonial property regime, such as

- judicial decisions concerning a release from liability for household debts (Art. 1:86 *BW*);
- judicial decisions instructing one spouse to assume the administration of the matrimonial property or of the property of the other spouse (Art. 1:91 *BW*);
- a request for the termination of the community (Art. 1:109 in conjunction with Art. 1:110 *BW*);
- a decree for the termination of the community (Art. 1:112 *BW*);
- a decree for a legal separation (Art. 1:173 *BW*);
- a declaration of renunciation of the matrimonial property (Art. 1:104 *BW*, Art. 1:105 *BW*);
- a declaration from the spouses that a legal separation has ceased to exist (Art. 1:176 *BW*).

The register is open to the public free of charge. Extracts from the register are available upon payment (Art. 4 of the Matrimonial Property Register Decree).

#### 1.4.1.2

As Dutch law provides for a general community of property in the absence of a marriage contract and therefore offers to creditors favourable means of recovery, creditors should be able to tell when this regime is deviated from. If the facts mentioned above have not been published in the matrimonial property register, they cannot be invoked against unaware third parties. If the matrimonial property register does not contain an entry to the contrary, third parties may assume the existence of a general community of property, unless they have become aware of the existence of a marriage contract in some other way. Provisions in a marriage contract which has been concluded during the marriage can only be invoked against unaware third parties at least fourteen days after their entry in the matrimonial property register (Art. 1:120(2) *BW*).

### 1.4.2 Modalities for publication

#### 1.4.2.1

Registration must take place in the matrimonial property register of the District Court within whose jurisdiction the marriage was solemnized. If the marriage was concluded outside the Netherlands, the registration must take place at the registry of the District Court of The Hague (Art. 1:116(1) *BW*). If the party who wishes to inspect the register does not know where and when the marriage was solemnized, he/she can consult the population register.

#### 1.4.2.2

When an entry in the matrimonial property register is required, it must be effected by means of an authenticated copy or a (verbatim) extract of the notarial deed containing the marriage contract (Art. 1(1) sub a of the Matrimonial Property Register Decree 1969).

Only such provisions as can be relevant to third parties need to be published in substance.

#### 1.4.2.3

See the sections above.

#### 1.4.2.4

See the sections above.



## **1.5 ADMINISTRATION OF ESTATES**

### **1.5.1 Under the regime provided by law (statutory regime)**

#### **1.5.1.1**

The administration by the spouses of their private and community property is regulated by Arts. 1:90-1:92 *BW* (private property) and by Art. 1:97 *BW* (community property). Art. 1:97 *BW* is included among the provisions concerning the general community of property, but also applies pursuant to Art. 1:122 *BW* to spouses who have chosen a different regime, unless they have provided otherwise in their marriage contract. In addition, although Arts. 1:88 and 1:89 *BW* (concerning the consent of the spouses to the performance of certain legal acts, discussed under 1.2.1.7) do not specifically concern administration, they can nevertheless affect the exercise of powers of administration.

Art. 1:90(2) *BW* provides what administration shall be understood to mean: ‘The administration by a spouse of an asset shall comprise, to the exclusion of the other spouse, the exercise of the powers connected therewith, including the power to dispose of the asset and the power to perform and permit non-legal acts with respect to the asset, subject to the powers of enjoyment and use belonging to the other spouse in accordance with the married state’. This is interpreted to mean that the administration merely comprises the exercise of powers of ownership. The conclusion of contracts concerning an asset is not a power of ownership. This power is therefore not regulated by the provisions concerning administration. If the non-managing spouse concludes a contract concerning an asset the managing spouse can, however, prevent the contract from being performed, based on his power of administration (which includes among other things the performance and permission of non-legal acts). He can, however, also become a party to the contract (or other legal act; Art. 1:90(4) *BW*) in question, in addition to the other spouse.

Pursuant to Art. 1:90(1) *BW* each spouse is authorized to administer his/her own estate. This provision also refers to Art. 1:97 *BW*, in which the administration of the matrimonial property is regulated.

Art. 1:97 *BW* provides that a community asset is to be administered by the spouse who caused it to belong to the community, unless the spouses have provided otherwise by marriage contract and unless the court has ordered otherwise pursuant to Art. 1:91 *BW* (see below, 1.5.1.2). An asset that takes the place of a community asset is administered by the spouse who was authorized to administer the former asset. An asset that made out in the name of one of the spouses, however, is to be administered by that spouse.

Assets, which are used in the profession or business of one spouse with the consent of the other, are in principle to be administered by the former (Art. 1:97(2) *BW*).

When a spouse leaves the other spouse to administer the property which he/she is authorized to administer this is not considered a transfer of the power of administration, but as an agreement creating an agency relationship (Art. 1:90(3) *BW*).

Art. 1:92 *BW* serves to protect the rights of third parties. It provides among other things that a third party who is unaware which spouse is authorized to administer the estate may assume (subject to certain exceptions) that the spouse who retains possession of the asset is also the one who is authorized to administer it.

Art. 1:98 *BW* provides that the spouses must inform each other upon request concerning the administration and the state of matrimonial property, including assets and debts. This obligation does not apply to private property.

### 1.5.1.2

If a spouse due to absence or other causes is unable to administer his/her property or the matrimonial property, the District Court can order the other spouse at the latter's request to administer the property or part of it (Art. 1:91 *BW*). Such an order can also be given when the first spouse seriously fails in the administration of the estate, although in that case the order can only concern the matrimonial property.

The order sets aside the powers of administration of the first spouse.

The spouse who has been ordered to assume the administration in this way will carry it out as the representative of the other spouse (Art. 1:91(2) *BW*, referring to among others Art. 1:90(3) *BW*). He/she can also represent the other spouse in the performance of other than administration-related acts concerning the assets in question (Art. 1:91(4) *BW*). As such, he is able, among other things, to conclude contracts concerning these assets in the name of and for the account of the other spouse.

The request referred to in Art. 1:91 *BW* is not the only opportunity for the spouses to take action if the estate is not administered properly. In particular can be mentioned the application to the District Court to release a spouse from the liability for obligations assumed by the other spouse for the normal running of the household (Art. 1:86 *BW*, mentioned under 1.2.1.2) and the application for the termination of the community (Art. 1:109 *BW et seq.*, see 1.6).

## 1.5.2 Under marital settlements

### 1.5.2.1

See 1.5.1.1.

### 1.5.2.2

See nr. 1.5.1.2.

## 1.5.3 Contracts between spouses during marriage

### 1.5.3.1

Until 1 January 1992 a contract of sale or barter as concluded between spouses was voidable pursuant to the old Art. 7A:1503 and the old Art.1582 *BW* when the contract prejudiced the rights of one of the spouses. From 1 January 1992, sale and barter between spouses is permitted. It is, however, conceivable that a contract of sale or barter constitutes a material favour to such a degree that it could be regarded as a gift to which the prohibition mentioned under 1.5.3.2 applies.

### 1.5.3.2

Gifts between spouses are prohibited under Art. 7A:1715(1) *BW*. A gift is generally understood to mean any type of material favour. In order to be able to speak of a favour, the giver's property must have depreciated with the result that the receiver's property has appreciated.<sup>25</sup> The rationale behind the prohibition of gifts is the fear that creditor's rights will be prejudiced and that the balance between the spouses will be disrupted. The assumption in the literature is that a

---

<sup>25</sup> VAN MOURIK, *op. cit.*, p. 42; PITLO/VAN DER BURGHT/ROOD-DE BOER, *Het Personen- en Familierecht*, by mr. A. Pitlo, eleventh edition, revised by *inter alia* Prof. G.R. van der Burght, Arnhem 1998, p. 191; District Court [*Rb.*] Zwolle 5 April 1983, KG 1983, 154 (The granting of a right of mortgage for the purpose of a loan to be granted to the other spouse does not constitute a gift under Art. 7A:1715 *BW*).

violation of the prohibition will result in voidableness and that it is the giver alone who is authorized to void the gift.<sup>26</sup>

There are two exceptions to Art. 7A:1715 *BW*. Spouses may present each other with gifts if their value is not beyond a certain measure, and they can make gifts to each other by marriage contract under Art. 1:146 *BW*.

### 1.5.3.3

Dutch law does not limit the spouses' freedom to run a joint business, form a partnership or general partnership [*VOF*], or be shareholders or managing directors of a public [*NV*] or private [*BV*] corporation.

### 1.5.3.4

The old Art. 7A:1637i *BW* declared any employment contract between the spouses to be absolutely null and void. Two reasons were given to support the nullity of the employment contract between spouses. First of all, the legislator considered a relationship of authority to be contrary to the marriage relationship and, secondly, an employment contract could give rise to changes in the property that were contrary to statutory provisions.<sup>27</sup> As a result of the introduction as of 1 April 1997 of Title 10 of Book 7 of the new Civil Code the provision was repealed.

## 1.6 DISSOLUTION, LIQUIDATION AND DIVISION OF THE MATRIMONIAL PROPERTY

Pursuant to Art. 1:99 *BW*, the community of property is legally dissolved

- by the termination of the marriage (especially as a result of the death of one of the spouses or by divorce);
- by legal separation;
- by an order terminating the community;
- by termination as a result of a subsequent marriage contract.

An order terminating the community is given by the District Court at the request of one of the spouses if the other spouse enters into debt lightly, wastes the community's assets, performs acts which obviously go against the other spouse's administration of matrimonial property refuses to provide the other spouse with the necessary information concerning the state of the matrimonial property, of the debts which are recoverable from it and of its administration (Art. 1:109 *BW et seq.*). If the application is rejected the spouses will be considered to be married out of community of property as of the date on which the application is entered in the matrimonial property register (Art. 1:111 *BW*).

The dissolution of the community affects the spouses' liability with respect to third parties. Each of the spouses remains liable for the debts of the community for which he/she was already liable, but in addition he/she also assumes liability for the other half of the community debt. For this part he/she will be liable in addition to the other spouse (Art. 1:102 *BW*).

In order to avoid this increase of liability a spouse can renounce his rights to the community in accordance with Arts. 1:103-1:108 *BW*. As a result, he/she will be released from liability for debts for which he/she was not liable before the community's dissolution and his/her share in the community will accede to the other spouse (Art. 1:103 *BW*).

---

<sup>26</sup> DE BRUIJN - SOONS-KLEIJN - HUIJGEN - REINHARTZ, *op. cit.*, p. 104; KLAASSEN/EGGENS/ LUIJTEN, *op. cit.*, p. 61.

<sup>27</sup> VAN MOURIK, *op. cit.*, p. 46.

After the dissolution of the community, the matrimonial property may be (and, usually, is) divided. The spouses have an equal share in the dissolved community, unless a marriage contract or a written divorce settlement stipulates otherwise (Art. 1:100 *BW*).

After the dissolution of the community, the parties are free to agree upon a different division of the matrimonial property than in halves. This is the corollary of their freedom to dispose of their share of the dissolved community as they see fit.

The determination of the property that belongs to the community or the determination which property belongs to which spouse is carried out in accordance with the general rules of evidence. In a number of cases, such evidence may be furnished by the marriage contract. It is further possible that a divorce settlement contains an agreement concerning the determination of ownership when there is any doubt concerning the matter.

For the methods of division, the provisions concerning the division of communities apply (not especially matrimonial communities) as included in Book 3 of the Civil Code (especially Arts. 3:178 to 3:188 *BW*).

Both parties may claim division (Art. 3:178 *BW*). Art. 677 *Rv.* provides that a judgment allowing a claim for the division of a community without the court assuming the task of determining the division, amounts to an order to divide before a notary public. In the event that one of the parties refuses to co-operate in the division, the court appoints an impartial person to represent this party in the division and to promote his/her interests to the best of their knowledge (Art. 3:181 *BW*).

In principle, the parties are free to choose the method and type of division themselves (Art. 3:183 *BW*). If, however, they fail to agree, the court will order the method of division or determine the division itself (Art. 3:185 *BW*). The transition of the property apportioned to each spouse requires delivery in the same manner as required for transfer (Art. 3:186 *BW*).

When a petition for a divorce or legal separation or an application for the termination of the community is entered, it is possible in case the community is dissolved to institute an action for division or to request an order for the method of division or for the determination of the division as described in the previous section together with this petition or application (Art. 1:99(2) *BW*).

## **1.6.1 Following dissolution of the marital bond (divorce...)**

### 1.6.1.1

See 1.6.

### 1.6.1.2

See 1.6.

### 1.6.1.3

The rights intended here may exist when the spouses have agreed upon an equalization clause; see 1.2.3.2. It is further argued that in the event of cold exclusion (= the exclusion of all community of property without the conclusion of an equalization clause) it may nevertheless be possible for one spouse to have a claim against the other. This situation may especially arise when a spouse who does not work outside the home (usually the woman) has made an important contribution to the appreciation of the other spouse's property or when one spouse has performed unpaid work in the other spouse's business. As possible grounds for such a claim have been mentioned: reasonableness and fairness,<sup>28</sup> unjust enrichment<sup>29</sup> and unforeseen circumstances.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> LUBBERS/HIDMA, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer (loose-leaf), Art. 1:122 *BW* annot. 4.

Sometimes the spouse who has not or only to a limited degree shared in the appreciation of the property can invoke a natural obligation against the other spouse.<sup>31</sup>

1.6.1.4

See 1.6.

**1.6.2 Following the death of one of the spouses See 1.6. And 1.6.1.4.**

**1.7 OTHER REMARKS**

None

---

<sup>29</sup> VAN MOURIK, *op.cit.*, p. 166-180, but according to Hidma, *op. cit.*, Art. 1:122 BW annot. 4, with little chance of success.

<sup>30</sup> VAN MOURIK, *op.cit.*, p. 166-180.

<sup>31</sup> HR, 4 December 1987, NJ 1988, 610.

## CHAPTER 2. MATRIMONIAL PROPERTY. PRIVATE INTERNATIONAL LAW

### 2.1 GENERAL REMARKS

#### 2.1.1. Sources

##### 2.1.1.1. Principal international sources (Conventions)

Multilateral conventions relevant for determining the applicable law:

- The Hague Convention of 17 July 1905 concerning the conflicts of laws relating to the effect of marriage on the rights and duties of spouses in their personal relations and on the property of spouses; Staatsblad 1912, 285 (text); Tractatenblad 1959, 178; 1960, 29; 1969, 112; 1977, 59 (additional information)
- The Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, The Hague, 14 March 1978; Tractatenblad 1988, 130 (text); 1992, 123 (additional information)

The Netherlands has concluded a bilateral convention with Belgium (convention of 28 March 1925) that is relevant for jurisdiction, recognition and enforcement of judicial decisions in the area of matrimonial property law.

The Netherlands has further concluded bilateral conventions on the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters with Italy (Convention of 17 April 1959) and Germany (Convention of 30 August 1962). These conventions could be applied in order to recognise a judicial decision in the area of matrimonial property law. The bilateral conventions on recognition and enforcement with Germany and Italy further have some impact in the area of jurisdiction, as they contain a provision on *lis pendens*. The journal *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, published since 1983, does not contain case law with regard to recognition and/or enforcement of decisions in the area of matrimonial property law under the conventions with Italy or Germany. Some case law concerns the application of the *lis pendens* provision of the bilateral treaty between the Netherlands and Italy in case of simultaneous proceedings for dissolution of the marriage in Italy and the Netherlands.

Finally the Netherlands and Austria have concluded a bilateral convention on recognition and enforcement of judicial decisions on *patrimonial* matters (6 February 1963). It is doubtful whether this convention would apply in the area of matrimonial property law, no case law has been reported nor has legal writing taken a position on the application of the convention in that area.

A few remarks on the bilateral convention between the Netherlands and Belgium will be made in paragraph 2.2.1.1.

The full details of these conventions are:

*Verdrag tussen Nederland en België betreffende de territoriale rechterlijke bevoegdheid, betreffende het faillissement en betreffende het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, gesloten te Brussel op 28 maart 1925;* (Convention between Belgium and the Netherlands on Jurisdiction, Bankruptcy, and the Validity and Enforcement of Judgments, Arbitration Awards and Authentic Instruments, signed at Brussels on 28 March 1925); Staatsblad 1929, 405;

*Verdrag tussen Nederland en Italië betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken, gesloten te Rome op 17 april 1959;* (Convention between the

Netherlands and Italy on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, signed at Rome on 17 April 1959); Tractatenblad 1959, 137 (text); 1963, 56 (additional information);

*Verdrag tussen Nederland en Duitsland betreffende de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en andere executorialle titels in burgerlijke en handelszaken, gesloten te 's-Gravenhage op 30 augustus 1962*; (Convention between the Netherlands and Germany on the Mutual Recognition and Enforcement of Judgments and Other Enforceable Instruments in Civil and Commercial Matters, signed at The Hague on 30 August 1962); Tractatenblad 1963, 50 (text); 1965, 155; 1971, 8 (additional information); discussed in sections ##

*Overeenkomst tussen Nederland en Oostenrijk over de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten in burgerlijke en handelszaken, gesloten te Den Haag op 6 februari 1963*; (Convention between the Netherlands and Austria on the Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments and Authentic Instruments in Civil and Commercial Matters, signed at The Hague on 6 February 1963); Tractatenblad 1963, 51 (text); 1966, 135; 1988, 44 (additional information);

#### 2.1.1.2. Principal statutory sources.

##### Kingdom Act on ratification of the Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes 1978

Rijkswet van 20 november 1991, houdende goedkeuring van het op 14 maart 1978 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, Staatsblad 1991, 627.

##### International matrimonial property law act (IMPLA)

Wet van 20 november 1991, houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijksvermogensregime en de vermogensrechtelijke betrekkingen van de echtgenoten ten opzichte van derden, mede in verband met de bekrachtiging van het op 14 maart 1978 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime (Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime); Staatsblad 1991, 628.

##### Act of 16 September 1993 containing choice of law rules on the personal non-property relations between spouses (the 1993 Act)

Wet van 16 september 1993, houdende regelingen van het conflictenrecht inzake de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten en de tussen hen betaande vermogensrechtelijke betrekkingen die niet vallen onder het huwelijksvermogensregime (wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen), Staatsblad 1993, 514.

##### International settlement of pensions Act (ISPA)

Wet van 13 december 2000 tot regeling van het conflictenrecht met betrekking tot verevening pensioenrechten bij scheiding, Staatsblad 2001, 12.

##### Civil Code (BW)

##### Code of Civil Procedure (RV)

#### 2.1.1.3. Principal sources in case law and in customary law.

##### Case law:

Hoge Raad 10 December 1976, Nederlandse Jurisprudentie 1977, 275, 27 NILR 244 (1980) *Chelouche v. Van Leer*  
Hoge Raad 14 May 1977, Nederlandse Jurisprudentie 1977, 335 ('*South African spouses*)  
Hoge Raad 27 March 1981, Nederlandse Jurisprudentie 1981, 335 ('*Hague Italians*')  
Hoge Raad 7 April 1989, Nederlandse Jurisprudentie 1990, 347 38 NILR 398 (1991) ('*Sabah*')  
Hoge Raad 6 December 1991, Nederlandse Jurisprudentie 1992, 669, 40 NILR 517 (1993) ('*Spanish spouses*')  
Hoge Raad 19 March 1993, Nederlandse Jurisprudentie 1994, 187, 40 NILR 522 (1993) (*Rhodesia*)  
Hoge Raad 16 September 1994, Nederlandse Jurisprudentie 1995, 169 (*Hong Kong*)

For the text of these decisions, see the Annex.

#### 2.1.1.4. Principal reforms of the law which are currently considered (e.g. (re)codification, partial review of the law)

General note: The Netherlands is presently working on the codification of its private international law rules. For many issues, rules on choice of law are now contained in special acts, dealing with, e.g., matrimonial property regimes or settlement of pensions rights (i.e.). Eventually, all separate acts, such as the IMPLA mentioned above, will be integrated in a single piece of legislation, which will (in all probability) be contained in Book 10 of the Civil Code. The single piece of legislation on private international law that should eventually be realised will contain rules on applicable law (choice of law rules), but not on jurisdiction. Rules on jurisdiction are contained in the Code of Civil Procedure (RV); the section of the RV that is most relevant for international jurisdiction, Articles 1-14 RV, has been revised recently.

With regard to the applicable law, two future developments will or may have some influence on the existing rules for matrimonial property regimes. First of all, the general rules on private international law, e.g. rules on public policy, characterisation, have not yet been codified, although this is expected to happen in the future. These general rules, if and when codified, may have some impact on the application of the rules on private international law that are now contained in separate acts, such as the IMPLA. Secondly, new developments in internal family law, such as the introduction of the 'registered partnership' and the introduction of same-sex marriages, raise questions in the international domain. The impact that the introduction of these new institutions will have in private international law will be discussed in Chapter 4 of this report.

### 2.1.2. Historic development

#### 2.1.2.1. Stages of the historic development of private international law

##### *Jurisdiction*

On 1 January 2002, important changes were brought into the Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Code of Civil Procedure hereinafter: RV). For the first time, the RV now contains a comprehensive set of rules on international jurisdiction in articles 1-14 CCP. Before, case law had



established that rules on territorial jurisdiction also determine the international jurisdiction of the Netherlands courts. In addition, some special provisions on international jurisdiction had been enacted, mainly during the 1970's and 1980's. These special provisions stated when there was international jurisdiction in specific cases, and were especially relevant with respect to divorce and proceedings connected thereto. These provisions have been withdrawn when the new provisions 1-14 RV entered into force on 1 January 2002.

In practice, the new set of rules on jurisdiction of Articles 1-14 RV brings few changes to the situation that existed under the old rules.

#### *Applicable law*

In the 20<sup>th</sup> century, the Netherlands has been a party to two international conventions on matrimonial property. From 23 August 1912 until 23 August 1977 the Netherlands was a party to the 1905 Hague Convention. From 1 September 1992 the Netherlands is a party to the 1978 Hague Matrimonial Property Law Convention. The most important development during the 20<sup>th</sup> century in case law was the landmark decision *Chelouche v. Van Leer* of 1976. As a consequence, three different systems of choice of law rules can be applicable to marriages concluded since 1912:

- the 1905 Hague Convention
- the non-conventional rules, laid down in case law, in particular in the *Chelouche v. Van Leer* decision
- the 1978 Hague Convention

#### 2.1.2.2. Actual situation of private international law. Reference to transitory problems/ conflicts resulting from changes in the system of private international law rules

The Netherlands became a party to the 1905 Hague Convention on 23 August 1912. According to this Convention, the national law of the husband at the time of the marriage governs the matrimonial property regime. The Convention was based on reciprocity, i.e. that it was only applied if its conflict rules referred to the law of a Contracting State. In other cases, the rules of the Convention were applied in the Netherlands by analogy until the 1960's. In that period, there was a growing desire for a connecting factor common to both spouses, rather than referring to only one of them. In December 1976, the Hoge Raad gave the landmark decision in the *Chelouche-van Leer* case. In that decision, a new hierarchy of connecting factors was developed. There is little doubt that these rules have been inspired by the conflicts rules that at that time were being proposed for the Hague Matrimonial Property Convention of 14 March 1978 (see paragraphs 2.3.1.1.1 and 2.3.1.2.1 for a discussion of the non-conventional rules of *Chelouche v. Van Leer*). However, the rules of the *Chelouche v. Van Leer* case do not entirely correspond with the rules that were later included in the 1978 Convention. The Netherlands denounced the 1905 Convention with effect as of 23 August 1977.

After the decision *Chelouche v. Van Leer* of December 1976, several problems arose with regard to

- the continued application of the 1905 Convention;
- possible exceptions to the application of the non-conventional rules developed in *Chelouche v. Van Leer*;
- transitory problems.

Some of these problems were addressed in case law, others were resolved in transitory provisions of the IMPLA.

#### *Continued application of the 1905 Convention*

In *Hague Italians*, the Hoge Raad held that the law applicable to the matrimonial property regime of the spouses should not change as a consequence of an alteration of the conflict rule. Therefore, if, at the time of the marriage, the 1905 Hague Convention was applicable to the matrimonial property regime, this Convention will remain applicable. In *Rhodesia*, the Hoge Raad decided that the 1905 Convention should be applied only if the marriage has any relationship with another Contracting State, either because the marriage has been concluded in that State, either because it is the State of the nationality of one or both of the spouses at the time of marriage or later. So, notwithstanding Article 10 of the 1905 Convention, the mere fact that the Convention refers to Dutch law (the law of a Contracting State) is not enough for its applicability. Clearly, the Convention is not applied to marriages concluded after 23 August 1977, as from that date the Netherlands was no longer bound by that convention.

#### *Exceptions to application of the non-conventional rules*

Several cases on the non-conventional rules, *Chelouche v. Van Leer*, *Sabah* and *Rhodesia*, show that in exceptional cases it is possible to depart from the non-conventional rules.

In *Chelouche v. Van Leer*, the Hoge Raad held it was unacceptable to apply Dutch law, considering the circumstances of the case. The circumstances were that the husband was a (very) wealthy businessman who had divorced three times before and that the wife - who had divorced once before this marriage - had property in different countries. The Hoge Raad, taking also into account that the parties had, before their marriage, no connections with a state which has a system of full community property as is known in Dutch law, deemed it highly unlikely that a Dutch man and a Dutch woman in such circumstances would marry in full community of property. Therefore the Hoge Raad decided that Dutch law was not applicable, even though it could well be possible that, on the basis of the non-conventional rules the Hoge Raad had just established in its decision, Dutch law would have been applicable (in this particular case, there was still room for debate whether these rules should indeed lead to). In *Hong Kong*, the husband relied on this part of *Chelouche v. Van Leer* and claimed that in his particular case, the husband was of Dutch nationality and had married in Hong Kong with a stateless wife, application of Dutch law was unacceptable. The Hoge Raad held, however, that in *Hong Kong* the application of Dutch law was not unacceptable, as the husband was connected with the Netherlands before the marriage, both through his nationality and his habitual residence. Thus, spouses could have been aware that Dutch law might be applicable, leading to a full community of property.

In *Sabah*, the Hoge Raad considered that in exceptional cases spouses may have good grounds - e.g. based on a legal advice given to them - for assuming that another law would be applicable. If, in such a case, they made their marital property provisions in accordance with that other law, it may be contrary to good faith<sup>32</sup> if that other law would not be applied. In *Rhodesia*, however, it was held that the mere fact that the parties had behaved themselves through a range of years in accordance with the assumption that Rhodesian law governed their matrimonial property regime, did not imply a choice of law. But, according to the Hoge Raad, it would be contrary to good faith to apply for a division of property based on an entire community of property. The difference between *Sabah* and *Rhodesia* seems to be that if the requirements of *Sabah* are met, another law than designated by the *Chelouche v. Van Leer* rules may be applicable, whereas in *Rhodesia* Dutch law remains applicable but a division of property in accordance with the full community of property of Dutch law was in the circumstances of the case regarded as contrary to

---

<sup>32</sup> The actual terminology used, in Dutch, is 'redelijkheid en billijkheid'. Literally translated, this would come down to something like 'reasonability and fairness'. Hereinafter, the term 'good faith' will be used.

good faith.

### *Transitory provisions*

On 1 September 1992, the 1978 Hague Convention entered into force for the Netherlands and two other states (France and Luxembourg). This Convention is applicable to all marriages concluded after that date. For couples who married before 1 September 1992, national legislation which addresses various issues that are linked to the ratification of the 1978 Hague Convention, the International Matrimonial Property Law Act, IMPLA, and which entered into force on the same date as the 1978 Hague Convention, contains an important provision with respect to a choice of law made during the marriage. Article 12 IMPLA allows spouses who married before 1 September 1992 to designate during marriage, in accordance with the rules on designation of the applicable law of the Hague Convention, the law applicable to the matrimonial property regime. Article 13 IMPLA contains a 'saving clause' meant to protect those spouses who designated the law applicable to their matrimonial property regime before 1 September 1992, when the Dutch legislation did not yet allow such a designation. It should be pointed out that the non-conventional rules of *Chelouche v. Van Leer* did not extend to a choice of law made during marriage. However, with respect to spouses who are still subject to the 1905 Convention, a choice of law made before 23 August 1977 is not protected by the 'saving clause'. As has been set out above, from 23 August 1977, the Netherlands was no longer a party to the 1905 Convention.

#### 2.1.2.3. Evolution of private international law rules with respect to matrimonial property regimes.

*See also the discussion in 2.1.2.2.*

The most singular aspect of the private international law rules is that there have been many problems concerning the temporal scope of application of three different sets of rules, the 1905 and 1978 Hague Conventions and the non-conventional rules. Summarizing the transitory provisions that have been laid down in treaty law, in legislation and in case law, the following pattern emerges:<sup>33</sup>

- A marriage concluded before 23 August 1977 that falls within the scope of the 1905 Hague Convention is governed by that Convention. Problems may exist in determining the scope of the 1905 Convention. In the *Rhodesia* case, the Dutch Supreme Court held that according to article 10 of the 1905 Convention this convention was in any case not applicable if the law designated by article 2(1) of the 1905 Hague Convention was the law of a non-contracting state. Thus, if the husband is not a national of a contracting state, the 1905 Convention is inapplicable. If the husband is a national of a contracting state, the 1905 will in principle be applicable. However, article 10 of the 1905 Hague Convention probably puts further limits to the scope and requires that there is some link with another contracting state, e.g. that the marriage is celebrated in another contracting state or the wife is a national of a contracting state. It is generally taken that the 1905 Convention will also not be applicable if a marriage is concluded in the Netherlands between two Dutch spouses or between a Dutch husband and wife who is a national of a non-contracting state. It is a moot point whether the Dutch courts should apply the 1905 Convention with respect to spouses who are both nationals of another contracting state and who married in that contracting state before 23 August 1977.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Ten Wolde, *Hoofdlijnen van het Nederlandse Internationaal Huwelijksvermogensrecht*, 1993, develops a clear scheme of the transitory rules, see p. 2 and p. 59. This report draws from this scheme.

<sup>34</sup> See Ten Wolde, *Hoofdlijnen van het Nederlandse Internationaal Huwelijksvermogensrecht*, 1993, p. 4. In practice, for such a case, the non conventional rules would not lead to a different result.

- A marriage concluded before 23 August 1977 that is outside the scope of the 1905 Hague Convention will be subject to the non-conventional rules, unless there are special circumstances that justify the non-application of these rules (see the cases *Sabah* and *Rhodesia*, discussed above); a designation of the applicable law after the celebration of the marriage is protected by the ‘saving clause’ of article 12 IMPLA;
- A marriage concluded on or after 10 December 1976 is subject to the non-conventional rules, laid down in *Chelouche v. Van Leer*; a designation of the applicable law during marriage that was made before 1 September 1992 is protected to a certain extent by the ‘saving clause’ of article 13 IMPLA; a designation of the applicable law during marriage made on or after 1 September 1992 is possible on the basis of national legislation, article 12(3) IMPLA and subject to the rules on designation of the applicable law of the 1978 Hague Convention;
- A marriage concluded on or after 1 September 1992 is subject to the 1978 Hague Convention (article 21, 1978 Hague Convention) and to the IMPLA (article 12(2) IMPLA).

### **2.1.3. General notions of private international law**

#### 2.1.3.1. Problems of characterisation (classification)

##### *Non-conventional rules*

As far as problems of characterisation arise outside a convention, there are no relevant legislative texts but it is generally accepted in Dutch PIL that characterisation should take place in accordance with the legal concepts of the *lex fori*.

##### *1978 Hague Convention*

Some problems of characterisation have been solved or prevented by Article 1 of the 1978 Convention. This provision has not yet been subject to interpretation by the Netherlands courts, nor have other characterisation problems arisen with respect to this convention. See also the discussion on the scope of the 1978 Hague Convention in paragraph 2.3.2. On the application of the 1978 Hague Convention to same-sex marriages, see Chapter 4 of this report.

#### 2.1.3.2. Renvoi

##### *Non-conventional rules*

The rejection of renvoi is considered as a general (but not yet enacted) principle of Dutch private international law. Renvoi is not accepted in cases that are outside the scope of a convention.

The 1978 Convention contains uniform choice of law rules that refer in general to the *internal* law of the state concerned. Therefore, it appears that renvoi, or a comparable mechanism, is excluded from the 1978 Convention. However, with respect to spouses with a common nationality, Articles 4 and 5 of the 1978 leave some room for application of a rule of private international law of the state concerned. The 1978 Convention provides in principle that, even if spouses have a common nationality, the law of the first habitual residence will apply. However, under circumstances the law of the common nationality will be applied, and not the law of first habitual residence. Whether the internal law of common nationality or the internal law of first habitual residence will be applied cannot be determined on the basis of the rules of the 1978 Convention alone. The final result will depend on the private international law systems of the state of common nationality and of the state of first habitual residence. See the discussion of Article 4 and 5 Hague Convention in paragraph 2.3.1.2.1.

### 2.1.3.3. Notion of public policy (“ordre public”)

The 1905 Convention contains no provision on public policy. In Dutch private international law, discussion has taken place as to whether one may in such cases refuse to apply a foreign law if such application would be manifestly contrary to the public policy of the forum. This discussion has, however, not been quite relevant to the 1905 Convention but rather to the 1902 Marriage Convention with respect to the German marriage legislation of the 1930's. In 1999, the Hoge Raad decided that the provisions of the 1954 Hague Convention relating to Civil Procedure may not be applied if such application would be contrary to the public policy of the forum, even though the Convention itself contains no provision on public policy (Hoge Raad 10 September 1999, Rechtspraak van de Week 1999, 120).

In cases to which conventions do not apply, the application of foreign law may be refused if it is manifestly incompatible with public policy. Again, this is a general principle of Dutch p.i.l., although not enacted.

Article 14 of the 1978 Convention contains a provision on public policy.

It should be noted that the Dutch courts hardly apply the public policy exception. In the journal NIPR more than 400 cases dealing with some international aspect of matrimonial property law have been reported since 1983. However, not one case raises a matter of public policy in connection with matrimonial property law.

### 2.1.3.4. Fraud and the legal text or court decision relating thereto

Neither the 1905 nor the 1978 Hague Convention contains a provision on fraud, nor is there rule in legislation. Theory has paid little attention to the problem in the past two decades. Case law on ‘fraus legis’ in connection with matrimonial property law is non-existent. Five cases concerning ‘fraus legis’ have been reported since 1983 in the journal NIPR, all the cases concern commercial matters, notably carriage by sea or inland waters.

### 2.1.3.5. Näherberechtigung

In some cases it can be impossible to apply the law which is applicable under the 1978 Hague Convention or under the non-conventional law rules. Part of the marital property may be subject to a foreign rule of private international law designating another internal law than the law designated by Netherlands private international law rules. The main example would be that property is situated abroad and the cooperation of a foreign authority is required, e.g. to transfer an immovable. Article 6 IMPLA tries to repair the negative effects the application of the foreign private international law rule may have. If one spouse has advantage over the other as the consequence of the application of a foreign private international law rule, the other spouse can claim compensation for his loss. This compensation can take the form of a right of set-off or of a right to an indemnity at the time of a winding-up in connection with a change or in connection with the termination of the matrimonial property regime.

Although Article 6 IMPLA is strictly speaking not applicable to spouses who married before 1 September 1992, the rule appears to embody a principle that is generally accepted in Netherlands private international law.

## 2.1.4. General problems of private international law

### 2.1.4.1. Connecting factors. General issues.

#### *Nationality*

Questions that may come up with regard to nationality (e.g. what nationality should be taken into account in case of dual or multiple nationality, is a genuine social link with the country of nationality a condition to take the law of nationality into account) are solved differently for jurisdiction and for applicable law matters. In applicable law matters, there are even various approaches to these problems. Thus, for matrimonial property another approach is followed than for divorce. The approaches followed with respect to matrimonial property issues will be discussed in the relevant paragraphs below.

#### *Domicile/habitual residence*

In Dutch domestic law, the concept of 'domicile' (*woonplaats*) is described in the Articles 1:10 to 1:15 Burgerlijk Wetboek (Civil Code, hereinafter BW). According to case law, *woonplaats* is to be understood as the place where a person actually lives with his family, where the seat of his fortune is, where he manages his business and his property, in short: the place he will only leave for a particular purpose and with the intention to return thereto once that purpose has been fulfilled (Hoge Raad, 19 January 1880, Weekblad van het Recht 1880, 4475). A minor follows the *woonplaats* of the person(s) who has or have parental responsibility, guardianship or custody over him; if both of the parents have parental responsibility and their *woonplaats* differs, the minor follows the *woonplaats* of the parent with whom he actually resides or most recently resided. Adults placed under protective measures follow the *woonplaats* of their protector ('*curator*'). It is only allowed to choose another *woonplaats* than the real *woonplaats* as described here if one is legally obliged to do so, or if the choice is made by written agreement for one or more well defined legal relationships and if there is a reasonable interest to do so (Article 1:15 BW).

In Dutch legislation on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign decisions, the concept *woonplaats* is used as described above. In international instruments on these topics, the concept of the particular instrument is followed.

For the purpose of determining the applicable law, habitual residence is frequently used as a connecting factor. It is interpreted in accordance to its meaning in the Hague Conventions, even for the application of non-conventional conflict rules.

### 2.1.4.2. Multiple legal systems

The Kingdom of Netherlands is a state with territorial multiple legal systems: the Netherlands, the Dutch Antilles and Aruba have their own legal systems. In this report, only the legal system of the Netherlands (the Kingdom in Europe) will be discussed.

In relation to the Dutch Antilles and Aruba, courts in the Netherlands used to apply the rules of the Code of Civil procedure to determine their jurisdiction. Since the revision of the RV that entered into force on 1 January 2002 this may no longer be possible. The discussions in parliament make clear that according to the Netherlands government, the new Articles 1-14 RV on international jurisdiction are not intended for application in interregional cases. Perhaps the rules of the RV may still be applied by way of analogy. As the revision of the RV only took place recently, the problem has not yet been addressed in reported case law.

Article 40 of the Statute for the Kingdom of the Netherlands (*Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden*) provides that court decisions given in one part of the Kingdom are recognised and enforceable in the other parts on the basis of a full faith and credit principle, without any restrictions

and without the necessity of applying for an *exequatur*. The same provision is given for authentic instruments.

For determining the applicable law in a case that has a connection with the Dutch Antilles or Aruba, the rules of private international law are determined by way of analogy.

If the law of another state with a multiple legal system is applicable, the 1978 Hague Convention provides a solution for marriages falling under its scope (Articles 16-19). For marriages subject to the non-conventional rules, it is expected that the solution of the 1978 Hague Convention will be applied by way of analogy.<sup>35</sup>

## **2.2. INTERNATIONAL JURISDICTION OVER MATRIMONIAL PROPERTY ISSUES**

### **2.2.1. The general rules on international jurisdiction as applied to matrimonial property regimes**

#### 2.2.1.1. Sources

International conventions hardly play a role in the field of jurisdiction in matrimonial property matters. The only possible exception is the bilateral Netherlands-Belgium Convention of 1925 (see for details of the bilateral conventions paragraph 2.1.1). This convention contains rules of direct jurisdiction for cases in which a Belgian national is sued in the Netherlands or a Dutch national in Belgium. Its main provisions on jurisdiction are:

- For purposes of jurisdiction, recognition and enforcement, each of the Contracting States shall treat the nationals of the other State in the same way as its own nationals (Article 1);
- Subject to exceptions in national legislation and in conventions, the defendant shall be sued for the court of his domicile (*woonplaats*) (Article 3);
- A (tacit or explicit) choice of forum is allowed (Article 5);
- In case of *lis pendens*, the second court refers the case to the first court (Article 6);
- If the defendant has his domicile (*woonplaats*) in neither of the States, there is jurisdiction for the *forum arresti* (Article 7);
- The Courts of each State may take provisional and protective measures, even if the Courts of the other State has jurisdiction as to the substance of the matter (Article 8).

The bilateral Netherlands-Italy and Netherlands-Germany Conventions do not contain rules of direct jurisdiction. However, both conventions give priority to the court first seized in case of *lis pendens* (Article 9 Netherlands-Italy Convention, Article 18 Netherlands-Germany Convention). The scope of the Netherlands-Austrian Convention is restricted to recognition and enforcement of court decisions in patrimonial matters (*vermogensrechtelijke zaken*) and is probably not applicable to matrimonial property issues.

In the majority of cases, international jurisdiction in matrimonial property cases will be based on national legislation, currently the recently introduced provisions of the Code of Civil Procedure, articles 1 - 14.

The principal rule in contentious proceedings, commenced by a writ (*'dagvaarding'*) is that the Dutch courts have jurisdiction if the defendant has his domicile or habitual residence (*woonplaats* or *gewone verblijfplaats*) in the Netherlands (Article 2). In non-contentious proceedings, i.e. proceedings that are commenced by a petition (*'verzoekschrift'*), the principal rule is that the Dutch courts have jurisdiction when the petitioner, or one of the petitioners or an interested person mentioned in the petition has his domicile or habitual residence in the Netherlands

---

<sup>35</sup> Joppe, *Huwelijksvermogensrecht*, no. 74.

or if the case (introduced by a petition) is sufficiently connected to the legal sphere of the Netherlands (Article 3). Nowadays, many proceedings in the area of family law must commence with a petition.

Although the proceedings commenced by a petition are here referred to as ‘non-contentious’ proceedings, such proceedings generally entail that the other party (or parties) must be notified of the proceedings and that the other party can participate in the proceedings; in many respects, the courts handle non-contentious proceedings in a similar fashion as contentious proceedings.

In divorce cases, Article 4 RV provides for the analogous application of Articles 2, 5 and 6 of the Brussels II Regulation for cases that are, for whatever reason, not subject to the Regulation. Provisional and protective measures in divorce cases may be granted if there is jurisdiction for the divorce itself; the same goes for decisions on matrimonial property as a related issue in divorce cases (Article 4 RV, subarticles 2 and 3).

Issues of matrimonial property may come up in other cases. The new provisions of the CCP also contain rules with regard to other issues such as contracts, torts, immovable property, inheritance (Article 6); plurality of defendants (Article 7, Section 1); counterclaims, warranties and guarantees (Article 7, Section 2); explicit and tacit forum selection by the parties (Article 8, Article 9 (a)). There is also a possibility of hearing the case in the Netherlands if no foreign court has jurisdiction or if it cannot reasonably be expected from the plaintiff to pursue his case in a foreign country (Article 9 (b), (c)). Finally, there are rules on *forum arresti* (Article 10), on *lis pendens* (Article 12) and on provisional and protective measures (Article 13).

#### 2.2.1.2. Application of these rules in the field of matrimonial property law

Generally speaking matrimonial property issues will arise in divorce proceedings. In such proceedings, either of the parties may petition the court for a decision with respect to the property of spouses. Article 4 RV grants international jurisdiction for such cases. The court that has international jurisdiction over the divorce also has jurisdiction to grant provisional measures or subsidiary measures connected to the divorce. Relevant provisional measures would concern the use of the marital home or the making available of goods intended for the daily use by one of the spouses (see articles 821-823 RV). Most provisional measures will become inoperative once the divorce decree has become final (article 826 RV). Relevant subsidiary measures would be division of the matrimonial property and use of the marital home following the divorce (see article 827 RV).

Outside divorce proceedings a spouse may wish to start proceedings against the other spouse (or against the former spouse) for a decision on marital property, e.g. a division of property, or for a court declaration determining the matrimonial property regime or the internal law applicable thereto. Such proceedings occur far less frequently than those that take place in relation to a divorce. International jurisdiction will generally be based on Article 2 RV. There may also be international jurisdiction if the proceedings concern immovable property located in the Netherlands (Article 6 (e) RV).

No cases have been reported where, under the criteria of *Cavel I* (ECJ 27 March 1979, case 143/78; ECR (1979), 1055), jurisdiction would fall within the scope of the Brussels Convention or of the Regulation Brussels 1.

In principle, matrimonial property issues can arise in a dispute that first originated between one of the spouses and a third party.

#### 2.2.2. Rules on international jurisdiction particular to matrimonial property law issues

General comment: there are no special courts or authorities to deal with the matrimonial



property regime. Generally speaking, such cases will be heard by the District Court that has international jurisdiction. In some cases, there is a role for the notary public, but his authority is in most cases subject to control by the courts.

#### 2.2.2.1. Authorities or courts competent to determine the law applicable to the matrimonial property regime in the absence of a marriage contract.

As already noted, in most cases a court dealing with divorce proceedings will have to determine the applicable law. Nevertheless, the question may have to be addressed by the courts in any type of civil proceedings, e.g. when in commercial cases the question arises whether the other spouse is liable for debts of the other.

In practice a notary public will often need to establish what law is applicable to the matrimonial property regime, but the findings of the notary public would not be immune to a later court decision (but see the cases *Sabah* and *Rhodesia*, parties may be protected in a certain fashion in case they relied upon the opinion of a legal counsellor). It would appear that parties may petition a declaration of the court as to what law is applicable to their matrimonial property regime, but few cases have been reported. The main case is Hof Amsterdam, 10 January 1991, NIPR 1991 52, the husband required a declaration that there was no community of property between spouses, the appeal court (Hof Amsterdam) refused the declaration as the applicable matrimonial property law had already been decided by a court in California and the husband had no interest in obtaining a declaration of the Netherlands courts. The Supreme Court upheld the decision of Hof Amsterdam (see Hoge Raad, 29 January 1993, NJ 1993, 490; NIPR 1993 398). On this case, see also paragraph 2.4.

#### 2.2.2.2. Authorities or courts competent to receive marriage contracts concluded in international marital relations

Under Article 4 IMPLA, a spouse whose matrimonial property regime is governed by a foreign law may enter into the Registry on Marital Property a *notariële akte* (an authentic act, drawn up by a notary public) stating that his or her regime is not governed by Dutch law.

Registration of marriage contracts into the Registry of Marital Property is a requirement of Dutch internal law, in order to ensure that the marriage contract can be relied upon against third parties.

In case spouses wish to draw up a marriage contract in accordance with Dutch law outside the Netherlands, the marriage contract may be drawn up in front of a consular official abroad. Articles 1 and 17 of the '*Consulaire Wet*' entail that the consul can be granted the authority to perform the same function as a Dutch notary public in the Netherlands.

#### 2.2.2.3. Authorities or courts competent to intervene when a change of the matrimonial property regime is requested

If the spouses wish to conclude a marriage contract in accordance with Dutch domestic law, approval of the District Court and registration into the Registry of Marital Property is a requirement of the domestic law. In case spouses declare a foreign law applicable during marriage, they could publicize this in accordance with Article 4 IMPLA. Article 8 IMPLA provides that Article 1:119 BW (which in Dutch internal law requires judicial approval in order to enter into a marriage during marriage) is not applicable if during marriage the spouses designate another law as the applicable law to their matrimonial property regime.

#### 2.2.2.4. Authorities or courts competent to supervise contracts (sales, gifts, etc.) concluded between spouses during marriage

No authorities are specifically appointed for such supervision. Under Dutch domestic law, gifts between spouses are prohibited (Article 7A:1715 (1) BW). An exception exists for ‘normal’ gifts (Article 7A:1715 (2) BW). Furthermore, gifts can be made under a marriage contract (Article 1:146 BW). For other contracts, no supervision is required.

In case a foreign law is applicable to the matrimonial property of spouses and the foreign law requires approval by the court (or other authority) of a contract between spouses, it would appear that spouses can request approval from the Netherlands court that has subject matter jurisdiction (in all probability the District Court) and that has international jurisdiction in accordance with articles 1-14 RV. No cases have been reported.

#### 2.2.2.5. Authorities or courts competent to liquidate and divide the matrimonial property

The District Courts have subject matter jurisdiction in these matters. International jurisdiction may exist under divorce proceedings (Article 4 RV). Outside divorce proceedings, the most probable ground for international jurisdiction over a claim to distribute matrimonial property will be that the defendant resides in the Netherlands (Article 2 RV). Furthermore, there will be international jurisdiction in case the claim for liquidation or distribution concerns immovable property located in the Netherlands (Article 6 (e) RV). The courts however do not have to effectuate the division themselves. Article 677 RV allows the court to order that a division of co-owned property (‘*gemeenschap*’) has to take place in front of a notary public. The court may also order that a ‘neutral person’ will be appointed in case one of the spouses does not co-operate to effectuate the divorce. The neutral person will then act on behalf of the unwilling spouse (see Article 3:181 BW).

### **2.3. LAW APPLICABLE TO THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIME**

#### **2.3.1. Determination of the law applicable to the matrimonial property regime**

##### 2.3.1.1. Spouses have entered into a marriage contract

General note: under the non-conventional rules and under the 1978 Hague Convention, the prime issue is whether or not parties have designated the applicable law. Such a designation could be just one of the clauses of a marriage contract, but in principle spouses may have limited themselves to a designation of the applicable law, without drawing up a marriage contract. This subchapter 2.3.1.1 will also deal with designation of the applicable law, outside a marriage contract.

##### *2.3.1.1.1 Main choice-of-law rules*

###### *1905 Convention*

Under the 1905 Convention, the national law of the husband governs the substantive validity of the marriage contract (Article 5(1)). The national law of the husband provides whether spouses may declare applicable the law of another state (Article 5(2)). Such a designation of a foreign law may affect the content of the marriage contract but has no effect on the private international law level. The mandatory rules law of the law of the husband remain applicable to the marriage contract.

The competence of spouses to enter into a marriage contract is governed by the national law of each of the spouses (Article 3).

The formal validity of the marriage contract is governed by either the *lex loci actus* or the

national law of either spouse at the time the marriage was celebrated (Article 6).

#### *Non-conventional law*

The non-conventional rules do not differentiate between cases in which there is a marriage contract and in which there is not a marriage contract. The primary issue is whether or not spouses have designated the applicable law. In case spouses have drawn up a marriage contract that contains a valid designation of the applicable law, that law will apply.

Under the non-conventional rules, spouses may designate the applicable law prior to the marriage. There are no restrictions on the law that may be designated before the marriage. The non-conventional rules of *Chelouche v. Van Leer* did not allow the designation of the applicable law during marriage. After 1 September 1992, article 12 IMPLA allows spouses whose marital property is subject to the non-conventional rules to designate the applicable law during marriage. Article 13 IMPLA contains a 'saving clause' with respect to designations that have taken place before 1 September 1992.

In case there is a marriage contract that does not contain an applicable law clause, the applicable law will be established in accordance with the 'objective' collision rules of the *Chelouche v. Van Leer* decision. See also paragraph 2.3.1.1.3 and see further paragraph 2.3.1.2.1.

#### *Form, competence*

The traditional rule is that the form of such a designation should either meet the requirements of the chosen law that governs the matrimonial property regime (the *lex causae*) or the law of the place of conclusion of the contract (the *lex actus*). See Article 10 General Provisions Act (*Wet algemene bepalingen*) and Hoge Raad, 2 April 1942; NJ 1942, 468. In case these laws set no requirements at all, case law implies that the minimum requirement would be that the designation is in writing, dated and signed by both spouses (see Rhodesia and Hoge Raad 25 May 1979, NJ 1979, 549)

The competence of each spouse to enter into a marriage contract is generally taken to be subject to the national law of each spouse.

#### *1978 Hague Convention*

The system of the Hague Convention 1978 does not really distinguish between whether or not a marriage contract has been made. The main division is whether or not spouses have designated the applicable law, either before marriage or during marriage. In case spouses have validly designated the applicable law, that law will govern their matrimonial property regime. Article 3 Hague Convention 1978 provides what law spouses may designate before marriage. Article 6 Hague Convention 1978 deals with designation of the applicable law during marriage. These rules will not be reiterated here. In case spouses have not designated the applicable law but have nevertheless entered into a marriage contract, the applicable law will be established in accordance with Articles 4 and 5 Hague Convention 1978.

Under the Hague Convention, the existence of a marriage contract has one significant consequence. Article 7(2) of the Hague Convention 1978 contains a rule on automatic mutability, in case certain conditions are fulfilled. The provision does not apply in case parties have designated the applicable law, but also does not apply in case parties have entered into a marriage contract without designation of the applicable law.

In case spouses have entered into a marriage contract, but have not designated the applicable law, the question could arise whether the marriage contract is valid under the law that is applicable in accordance with article 4 of the 1978 Hague Convention. This question has not yet come up in case law.

Article 12 of the Convention deals with the form of marriage contracts. The marriage contract is valid as to form if it complies either with the internal law applicable to the matrimonial property regime, or with the internal law of the place where it was made. In any event, the marriage contract shall be in writing, dated and signed by both spouses.

Article 13 of the 1978 Hague Convention deals with the form of the designation of the applicable law. The designation of the applicable law should take place in the form that is prescribed for marriage contracts, either the internal law designated by spouses, or the internal law of the place where the designation takes place. In any event, the designation must be in writing, dated and signed by both spouses.

The competence of each spouse to enter into a marriage contract is outside the scope of the convention. In Dutch private international law, this is generally taken to be subject to the national law of each spouse.

#### *2.3.1.1.2. General problems of choice-of-law: public policy; classification, etc.*

See the discussion in paragraphs 2.1.3 and 2.1.4.

#### *2.3.1.1.3. Particular problems of the marriage contract*

##### *Specification of the regime*

Spouses do not need to specify the matrimonial property regime. They may confine themselves to a simple designation of the applicable law, which will mean that the matrimonial property regime of spouses is applicable to the standard, 'legal' matrimonial property regime of the chosen law.

##### *The laws that can be designated*

In *Chelouche v. Van Leer*, the Hoge Raad declared the future spouses free to designate the applicable law. On the basis of the decision, spouses would appear free to designate any law, provided that there is an international element to their marriage. Today, Article 12 (3) IMPLA allows spouses to designate the applicable law to their matrimonial property regime in accordance with the requirements of the 1978 Convention, even if the marriage was concluded before 1 September 1992. Article 3 and 6 of the 1978 Convention specifies what laws may be chosen. In case spouses would have designated the applicable law during marriage before 1 September 1992, article 13 IMPLA contains a 'saving clause'. The 'saving clause' will not protect spouses who are subject to the 1905 Hague Convention and who designated the applicable law before 23 August 1977.

Under the 1978 Convention, the choice of law is restricted to the laws mentioned in Article 3 of the Convention (in short: the law of the nationality or the law of the habitual residence of one of the spouses). This restriction also applies to the designation of the applicable law made after 1 September 1992 by spouses who were married before that date.

##### *Implied designation of the applicable law*

Under the 1978 Convention, an express stipulation designating the applicable law will leave no room for debate. In the absence of express stipulation, a designation of the applicable law may be implicated from the marriage contract. The 1978 Convention does require 'necessary implication' (Article 11 Hague Convention 1978). In case spouses have specified a specific matrimonial property regime such as it is known in a certain legal system, it would appear that by 'necessary implication' spouses have also designated the applicable law. Under the non-conventional rules, it is generally thought that for a designation that has been made before 1

September 1992 to be effective (the date of entry into force of the IMPLA), an express stipulation is necessary. The designation cannot be implied, as is the case under the 1978 Hague Convention. In any case, that is the position taken in 1995 by a Working Group of the Netherlands Association for the Judiciary, an association for judges and public prosecutors (*'Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak'*). It follows from Article 12 IMPLA that a designation of the applicable law made after 1 September 1992 is subject to the requirements of the 1978 Hague Convention, which would accept a designation of the law 'by necessary implication'.

#### *Marriage contract during marriage*

Whether a marriage contract can be concluded during marriage will depend on the applicable law. The main question nowadays is whether spouses may designate the applicable law during marriage, as, if the law that they have chosen so allows, they would then be able to draw up a marriage contract during marriage. The situation was somewhat different before the entry into force of the IMPLA. According to *Chelouche v. Van Leer*, a designation of the applicable law cannot be made during marriage (immutability of the applicable law). This result was considered unjust in certain cases. Spouses might wish to enter into a marriage contract during marriage, but the law applicable according to the non-conventional rules would not allow them to do so. The solution that was developed in case law was that spouses were allowed to enter into a marriage contract, in case they had become closely connected with a legal system (in particular, because of a long term habitual residence or because of naturalisation) that did allow them to do so. This solution is no longer necessary following the entry into force of the IMPLA, spouses married before 1 September 1992 may rely on Article 12 (3) IMPLA to designate the applicable law during marriage.

#### *Designation of another law*

Article 8 IMPLA provides that article 1:119 BW is not applicable when spouses designate another law during marriage. Article 1:119 BW requires that the conclusion of a marriage contract during marriage requires the approval of the court. As spouses do not need approval of the court in case they designate another law applicable during marriage, it is debated whether they will need approval in case they designate Netherlands law and simultaneously draw up a marriage contract. Opinions in legal writing differ, in practice it is recommended to seek approval of the court. In case spouses would designate an applicable foreign law and draw up a marriage contract under that law, it is generally taken that the foreign law will determine whether court approval is necessary.<sup>36</sup>

#### *Simultaneous application of more than one law*

Under the non-conventional rules, only one law can be applicable, the law is also immutable.

Under the 1978 Convention, the law designated by the spouses applies to the whole of their property (Article 3 Section 3) with one exception: "the spouses, whether or not they have designated a law under the previous paragraphs, may designate with respect to all or some of their immovable property, the law of the place where the immovable is situated. They may also provide that any immovable which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovable is situated"(Article 3 Section 4).

#### 2.3.1.2 The spouses have not entered into a marriage contract

As stated before, the main question is, whether or not spouses have designated the applicable law. In many cases such a designation will take place in a marriage contract. However,

---

<sup>36</sup> On this vague area of the law, see Joppe, *Huwelijkvermogensrecht* 1999, p. 93-98.

both under the non-conventional rules and under the 1978 Hague Convention spouses may limit themselves to a designation of the applicable law. In the following, the issue of a designation of the applicable law, independent of a marriage contract, will no longer be discussed. Reference is made to the discussion in paragraph 2.3.1.1.

#### *2.3.1.2.1. Main choice-of-law rules*

##### *1905 Hague Convention*

Under this convention, the law of the nationality of the husband is applicable if that law is the law of a Contracting State. When the husband has only the nationality of one Contracting State, that nationality is taken into account. It is irrelevant whether the man has a genuine social link to that nationality. Problems may arise in case of dual nationality. When the husband has both the nationality of a Contracting State and of a non-Contracting State, the law is applied of the Contracting State of which he possesses the nationality. If he possesses the nationality of two different Contracting States, priority is given to the nationality of the State to which the husband has the closest connection ("effective nationality").

##### *Non-conventional rules*

The *Chelouche v. Van Leer* decision lays down the following three-tier set of rules in case spouses have not designated the applicable law before the marriage.

Firstly, the law of common nationality of the spouses at the time of the marriage or the law of the nationality that has become common as a result of the marriage;

Secondly, in the absence of a common nationality, the law of the first matrimonial domicile of spouses will be applicable;

Lastly, in the absence even of a joint national matrimonial domicile, the law of country with which the spouses are most closely connected, considering all circumstances.

As has already been discussed in paragraph 2.1.2.2, there is a possibility that in exceptional cases, the law that is applicable as a result of these non-conventional rules will not be applied. That discussion will not be repeated here. Nevertheless, the three-tier set of rules of *Chelouche v. Van Leer* requires some further comment.

A nationality acquired shortly after the marriage may be regarded as connecting factor. However, the time between the marriage and the acquisition of the nationality should not be too long. The Hoge Raad accepted common nationality as a connecting factor when a spouse acquired the nationality of the other spouse five months after the wedding (*South African spouses*).

No regard is had to the question whether the parties have a genuine social link to the country of this nationality. E.g., even if the wife acquires the nationality of the husband without having the opportunity to refuse it, if she retains her original nationality and if she never lived in the country of her husband's nationality, the law of that nationality is applicable. Only if the spouses have more than one common nationality, it may be an issue whether the law should be applied of that nationality to which both of the spouses have the closest connection or whether the solution of Article 15 Section 2 of the 1978 Convention should be applied (non-application of any national law but application of the law of the habitual residence).

If the parties have no common nationality, the law of the first common habitual residence after the marriage must be applied. The term *habitual residence* should be interpreted in the same way as for the application of the 1978 Convention. There is, however, one difference: if the spouses establish their first habitual residence after the marriage in the same country but not on the same address, the habitual residence is a connecting factor for the Convention but not for the non-

conventional rules<sup>37</sup>

### *Hague Convention 1978*

Article 4(1) of the Convention provides that the matrimonial property regime shall be governed by the law of the State where both spouses have established a first domicile after the marriage, in the absence of a designation of the applicable law before marriage. Article 4(2) of the Convention contains some important exceptions to this rule. The law of common nationality of spouses, as defined in Article 15(1) of the Convention, will prevail over the law of the first common domicile in a number of circumstances.

Under Article 4(2) subparagraph 2 of the Convention the law of the common nationality will in general prevail when spouses are subjects of a Contracting State that has made a declaration under Article 5 of the Convention. The Netherlands has made such a declaration, see Article 2 of the *Rijkswet* of 20 November 1991. However, Article 5(2) of the Convention limits the effect of such a declaration. The law of common nationality will not be applied if, after the marriage, both spouses retain their habitual residence in a state where they both have had their habitual residence for a period of five years or more. Again, an exception exists. The law of common nationality will be applied if such spouses had their habitual residence in a state that has made a declaration under Article 5 of the Convention or if the habitual residence is in a non-contracting state whose private international law rules provide for application of the law of common nationality.

The law of common nationality will also prevail in the situations of Article 4(2) subparagraph 2 under a and b of the Convention. Both spouses are subjects of a non-contracting state and the private international law rules of that state refer to the law of common nationality. The spouses establish their first habitual domicile after marriage in the same state. When that state is either a Contracting State that made a declaration under Article 5 of the Convention, or a non-contracting state whose private international law rules provide for application of the law of common nationality, the law of common nationality is applicable.

The law of common nationality will also be applicable in case spouses do not establish the first habitual domicile in the same state after the marriage (Article 4(2) subparagraph 3 of the Convention).

In case spouses do not have a common nationality and do not establish a habitual residence in the same state, Article 4(3) provides that the law of the state with which the regime is most closely connected governs the matrimonial property regime.

The term 'common nationality' is defined in Article 15(1) of the Convention. In case spouses have more than one common nationality, Article 15(2) provides that, except for Article 7(2) of the Convention, the provisions referring to the common nationality are not applicable.

Article 2 IMPLA contains a special provision with regard to spouses of Dutch nationality. In case they have not designated the applicable law, Dutch law is declared applicable to the matrimonial property regime in accordance with Article 4 (2), subparagraph 1 of the Convention. In part this is no more than what follows from the rules of the Convention and the declaration that the Netherlands has made under Article 5 of the Convention. Article 2 IMPLA should have no meaning in case spouses have more than one common nationality.

#### *2.3.1.2.2. Problems in applying the objective choice-of-rules*

##### *Problems concerning habitual residence*

Two questions may rise with regard to the establishment of a common habitual residence

---

<sup>37</sup> Cf. Von Overbeck, Explanatory Report, p. 339, no. 47 and Joppe, *Huwelijksvermogensrecht*, 1999, no. 69.

after the marriage.

Firstly, what *is* habitual residence? A three weeks stay in a certain place after the marriage is not sufficient to establish a common habitual residence (Hoge Raad, *Hong Kong*). A stay of some months may be sufficient, but many factors may play a role, such as the intention of the parties.

Secondly, how long may it take before the spouses establish a common habitual residence? It is not regarded necessary that the parties move to the new residence immediately after the marriage but if it takes too long, the habitual residence will not be regarded as the *first* habitual residence that is a connecting factor. How much time it may take, may depend on many circumstances. Marriages falling under the rules of non-conventional rules will be, for this question, treated more or less equal to those falling under the 1978 Convention.

If the parties did not establish a first common habitual residence shortly after the marriage, the law is applicable of the country with which, taking all circumstances into account, the spouses are most closely connected. Although the *Chelouche v. Van Leer* decision speaks about the closest connection of the spouses with a certain country and not about the closest connection of the matrimonial property regime, this connecting factor may be regarded as identical to that of Article 4(3) of the 1978 Convention.

#### *Immutability of the law designated by the non-conventional rules*

A major difference between the non-conventional rules and the 1978 Convention is that the law once designated under the non-conventional rules remains applicable, even if the spouses and the marriage definitely lose all their connection to that state. The only exception to this is, as discussed, that a choice of law by the parties may be made or changed after the marriage in the same way as under the Convention by virtue of Article 12 Section 3 IMPLA.

#### *Mutability of the law designated by the 1978 Hague Convention*

Article 7(1) of the Convention provides that the law applicable under the Convention will apply as long as spouses have not designated a different applicable law and notwithstanding a change in nationality or domicile of the spouses. Article 7(2) provides that if spouses have neither designated the applicable law, nor entered into a marriage contract, a change of the applicable law may occur. A condition for the change of the applicable law is that both spouses have their habitual residence in the same state. A number of circumstances will then lead to a change of the applicable law. In accordance with Article 7(2) subparagraph 1 of the Convention, the law of the habitual residence will become applicable once spouses establish habitual residence in the state of common nationality, or when, at a later time, they become nationals of the state of habitual residence. The restriction in Article 15(2) of the Convention in case spouses have more than one common nationality does not apply. Under Article 7(2) subparagraph 2 of the Convention the law of habitual residence will become applicable when both spouses have had their habitual residence in the same state for a consecutive period of ten years. Article 7(2) subparagraph 3 provides that the law of common nationality is replaced by the law of habitual residence, when under Article 4(2) subparagraph 3 the law of the common nationality was applicable as there was no habitual residence in the same state. Article 8(1) provides that a change under Article 7(2) will only have an effect for the future and for property that was acquired after the change of the applicable law. Article 8(2) of the Convention provides that spouses may opt to extend the effects of the change under Article 7(2) to the whole of their property. Such an extension will have no effect in respect of immovable property, in case spouses had made use of the possibilities offered by Articles 3(4) or 6(4) of the Convention. The option of Article 8(2) shall also not affect adversely the rights of third parties.



## *Refugees*

With respect to refugees, legal writing debates whether it is possible to apply Article 12 of the 1951 Convention on the Status of Refugees, leading to application of the law domicile, or in the absence thereof, the law of residence in matters concerning the personal status, in case Netherlands private international law rules lead to application of the law of nationality of the refugee. One writer takes the point of view that Article 12 of the 1951 Convention on the Status of Refugees is not applicable to matrimonial property matters. Another writer argues that this provision can be applied in case a refugee is unmarried when he obtains refugee status. It is further agreed that, in case the refugee has already married before fleeing to another country, application of the law of residence in accordance with Article 12 of the 1951 Convention is contrary to the general principle of immutability of the non-conventional law rules. A writer further argues that under the 1978 Hague Convention, the status of refugee is not incompatible with application of the national law on the basis of Article 4(2), under 1, and 2, 1978 Hague Convention. Furthermore, in case the situation of Article 4(2), under 3, would arise, the solution of Article 4(3) Hague Convention leading to application of the most closely connected law should be followed.<sup>38</sup>

## *Stateless persons*

Statelessness is not an issue in matrimonial property cases. The 1905 Convention requires that the husband is a national of a contracting state. As a stateless person has no nationality, both the non-conventional rules and the rules of the 1978 that refer to the common nationality of spouses will be inoperable.

### **2.3.2. Scope of the law applicable to the matrimonial property regime**

The non-conventional rules do not determine their own substantive scope. Article 1 of the 1978 Hague Convention determines the scope of the convention. Both the Convention and the non-conventional rules deal with 'matrimonial property regime'. With respect to the non-conventional rules, the concept of domestic law will prevail.

With respect to the 1978 Convention, the concept of 'matrimonial property regime' should not be taken solely from the concept of domestic law. Article 1(1) of the Convention provides that the law determined under the Convention is applicable to matrimonial property regimes. This term is not defined in the Convention, although Article 1(2) lists a number of issues that are excluded from the Convention. The genesis of the Convention learns that the term 'matrimonial property regime' is to be interpreted in an autonomous sense, appropriate to the Convention. Upon ratification of the Convention, the Dutch government has declared that a number of provisions in the Civil Code are, under Dutch substantive law, not rules of matrimonial property law. The declaration concerns Articles 1:85(1), 1:86, 1:88 and 1:89 BW. These provisions concern the liability of the other spouse for debts incurred for the normal management of the household and the approval that the other spouse has to give to certain transactions (sale and mortgage of the marital home, surety or guarantee for the debts of a third party).

It should further be noted that the Netherlands has enacted some special legislation, in respect of issues that are related to the matrimonial property regime, but that the Netherlands considers to be outside the scope of the 1978 Hague Convention. The special legislation (the SPA on settlement of pensions, the Act of 1993 on inter-spousal relations which deals with liability for debts of the household and the approval of certain transactions) will be discussed hereunder. Some issues, which are excluded from the scope of the Convention, such as form and capacity, have already been addressed in paragraph 2.3.1.

---

<sup>38</sup> See for the debate on refugees: Joppe, *Huwelijksvermogensrecht*, 1999, p. 78-79.

### 2.3.2.1. During marriage

#### 2.3.2.1.1. *Matters governed by the law applicable to the matrimonial property regime.*

According to Article 3 IMPLA, the law applicable to the matrimonial property regime governs the consequences the matrimonial property regime will have for a legal relationship between one of the spouses and a third party. However, there is a special rule that protects third parties who could not know about the applicability of a foreign regime. Article 5 IMPLA provides for the protection of third parties who did business with one of the spouses. If both the spouses and the third party lived in the Netherlands at the time of the transaction, the third party can have redress against the property of the spouses as if they are married in community of property according to Dutch law, unless the declaration mentioned in Article 4 IMPLA has been registered in the Registry on Marital Property. It may be supposed that a registration of a declaration as meant in Article 5 IMPLA is also possible if the parties are married before 1 September 1992, but it is still under discussion whether, with respect to spouses married before 1 September 1992, a third party is protected under Article 5 IMPLA if such registration did not take place.

#### 2.3.2.1.2. *Matters governed by another law*

##### *Inter-spousal relations (non-property)*

The Act of 16 September 1993, Staatsblad 1993, 514 contains choice of law rules on the personal non-property relations between spouses. According to Article 1 of the 1993 Act, the personal relations are governed by a three-tier set of choice of law rules: law of common nationality, in the absence thereof, the law of the state where spouses both have their habitual residence, and in the absence also thereof, the law of state that is most closely connected, all circumstances taken into consideration. Articles 2 and 3 of the 1993 Act contain special rules that apply irrespective of the law that governs the matrimonial property regime (Article 4 of the 1993 Act). Article 2 of the 1993 Act sets a rule for transactions entered into by one of the spouses acting in the normal course of housekeeping. When the acting spouse and the third party both had their habitual residence in the same state, the laws of that state determine whether the other spouse is liable for the transaction. Article 3 of the 1993 Act provides that whether a spouse requires the consent of the other spouse to enter into certain transactions is governed by the law of the state where the other spouse has his habitual residence at the time of the transaction. What transactions require consent will depend upon the applicable law.

##### *Maintenance*

Maintenance obligations between the spouses are governed by the law determined by the 1973 Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

##### *Pensions*

According to Article 10a IMPLA, claims of the spouses against each others pensions are governed by the law applicable to the matrimonial property regime, but Article 1 (7) SPA) also applies. The SPA contains rules on the settlement of pension rights between spouses Article 1(7) SPA determines the scope of the provisions of the act. In short, in respect to 'Netherlands' pension scheme, the SPA is applicable irrespective of the law that is applicable to the matrimonial property regime. This means that with respect to pension schemes administered in the Netherlands, the spouse who did not directly contribute to the pension scheme, has a direct right for payment against the administrator of the pension fund of the part of the pension that, upon settlement of the pension rights as provided in the ISPA, has been granted to the non-contributing spouse. Article 1(8) ISPA

further provides that in case Netherlands law governs the matrimonial property regime, the provisions of the ISPA also apply with respect to pensions schemes payable abroad. However, in that case, there is, as there is in respect of a 'Netherlands' pension scheme, a direct right against the pension fund administering the pension scheme. There is only a right to payment of (part of) the pension against the other spouse.

### *Evidence*

According to Article 10 IMPLA, the presumption of Article 1:131 BW also applies if the matrimonial property regime is governed by foreign law. Article 1:131 BW is a provision that in domestic law only applies to marriage contracts. It provides that if spouses (married under a marriage contract) disagree on who owns a right payable to bearer or a movable property (and ownership of such property is not registered in to a public registry), the right to bearer or the movable property is part of the community property of spouses. If there is no community property between the spouses (who after all, under Netherlands law, may have entered into a marriage contract that totally excludes such a community), each spouse will be presumed to own 50% of the right or the property. The main reason for declaring this provision applicable to international cases, has been to prevent long 'discussions' in case of distribution of property (after dissolution of the marriage). However, the provision is also applicable in other circumstances, when distribution of marital property is not at issue.

#### 2.3.2.1.3. Matters of which it is disputed what law is applicable

See 2.3.2.2 (distribution) and 2.3.1 (refugees)

#### 2.3.2.2. At the time of dissolution of marriage

There is no clear rule, in legislation nor in case law, on the law applicable to the distribution of marital property that is co-owned by spouses. In case a Dutch court orders the division of the marital property of spouses, the court will generally apply Dutch law to effectuate the distribution. The argument for the application of Dutch law is usually that the property that is to be distributed is located in the Netherlands.<sup>39</sup> Substantive rules on distribution of co-owned property are contained in Title 7 of Book 3 of the Civil Code. These provisions apply to all situations of co-ownership ('*gemeenschap*').

##### 2.3.2.2.1 *Dissolution during the life of spouses*

The law applicable to divorce is determined by the International Divorce Act (*Wet Conflictenrecht Echtscheiding*) In practice, Dutch law (a non-guilt system) is applied in the very most cases. In exceptional cases, foreign law is applicable, especially Turkish or Moroccan law. No cases are known in which a claim was made to monetary sanctions after divorce as a consequence of guilt.

Questions on the division of the matrimonial property upon dissolution of the marriage are regarded as governed by the law applicable to the matrimonial property regime. The question, however, whether any act of delivery is necessary after the division to provide one of the spouses with the ownership of the goods, is regarded as a matter of property law, governed by the *lex rei sitae*).

A writer has argued that the discretionary power of an English judge to transfer property at the time of dissolution of the marriage is, in Netherlands private international law, a matter of

---

<sup>39</sup> See e.g., District Court Alkmaar, 15 juni 2000 NIPR 2000 268, see also the numerous cases already cited by Ten Wolde, 1993, Inleiding, p. 35.

matrimonial property, although it would be a matter of divorce under English law.<sup>40</sup> Cf. however the *Van den Boogaard* case, discussed in paragraph 2.3.4.

According to Article 1:165 BW and Article 827 RV (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Code of Civil Procedure), the court may order at the occasion of divorce that one of the spouses has the right to use the spousal home and furniture during six months after the divorce, even if the other spouse is the (co-)owner. In case of rented property, the court can determine that following the divorce, one of the spouses will be the tenant of a rented spousal home, even if the other spouse was the original tenant (Article 7A:1623g BW in conjunction with Article 827 CCP). Dutch courts only have international jurisdiction for such provisions if the home is situated in the Netherlands (Article 4 para 3 (a) C); Netherlands law is always applied.

#### 2.3.2.2.2. *Dissolution upon the death*

After the death of one of the spouses, the matrimonial property should be divided according to the applicable law. Then, the law applicable to succession will determine whether and to what extent the surviving spouse is a heir of the deceased spouse. Nevertheless, problems may occur if the matrimonial property regime is governed by the law of State A and the succession is governed by the law of State B. If the substantive law of State A gives protection to a surviving spouse through succession law and the law of State B does so through matrimonial property law, the surviving spouse in this particular case could be left behind with nothing. To prevent this, application could be given to the doctrine of "adaptation". There is no clear answer to the question in which way this problem should be solved: should the law applicable to the matrimonial property regime also be applied to the succession? Should the succession regime be applied to both questions? Or should a correction be made on a substantive level, e.g. by invoking good faith?

### 2.3.3. Law applicable in case of changes in the matrimonial property regime

#### 2.3.3.1 Modifications of the connecting factor

The non-conventional rules adhere to the principle of immutability. The applicable law should be determinable at the start of the marriage and not be replaced by another law, even if the connecting factor changes. By virtue of the IMPLA, the spouses may determine the applicable law after the marriage under the same conditions as required by Article 6 of the 1978 Convention, even if the marriage has been concluded before that Convention came into force.

Under the 1978 Convention, the applicable law will change under Articles 7 and 8. Parties may also during marriage designate another law as the applicable law in accordance with Article 6 of the 1978 Convention. See the discussion in paragraph 2.3.1.2.2.

#### 2.3.3.2. Modifications of the applicable law

Generally, the changes of the applicable internal law will be followed but discussion has taken place about exceptions. It has been submitted that if the spouses lost every connection to the state of which the law is applicable, they may not be aware of any changes in the law of that state. District Court. Almelo, 18 January 1995, NIPR 1995, 210, applied Italian law to the matrimonial property regime of spouses who had married in 1962 under an Italian regime of separation of property. The District Court refused to apply a revision of Italian law of 1975, which introduced a (limited) community of property as the spouses had not been aware of that change and as it was presumable that if they had been aware, either of the spouses would have taken action to make permanent the old regime. In this case, the applicable matrimonial property regime had to be

---

<sup>40</sup> Joppe, *Huwelijksvermogensrecht*, 1999, p. 29.

established as the husband had been declared bankrupt and the receiver had initiated proceedings against the wife.

2.3.3.3. Changes in the matrimonial property regime by consent of spouses

See the discussion in paragraph 2.3.1.1.

2.3.3.4. Other possible changes in the matrimonial property regime

See paragraph 2.3.3.1 and further references.

**2.3.4 Law applicable to the publication of the matrimonial property regime**

With respect to the publication of regimes, whether modified or not, see the discussion of Article 4 IMPLA in paragraph 2.2.2.2 and of Article 5 IMPLA in paragraph 2.3.2.1.1.

There is no authority that the publication of Article 4 IMPLA can replace a publication that is necessary under the applicable foreign law. The function of Articles 4 and 5 IMPLA is to protect third parties in the Netherlands and is only applicable in case spouses and the third party are habitually resident in the Netherlands at the time of the transaction.

**2.4. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS AND 'PUBLIC' ACTS IN RESPECT OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES**

**2.4.1. The general rules on the effectiveness of foreign 'public' acts and court decisions as applied in the area of matrimonial property regimes**

2.4.1.1. Conventions

The Brussels Convention is not applicable to decisions in the area of matrimonial property. See however ECJ, 27 February 1997, case C-220/95, Van den Boogaard; ECR (1997) I-1147, a case that clarified when a court decision concerns maintenance and not marital property. If the decision awards a provision that is designed to enable one spouse to provide for himself or herself or if the needs or resources of each of the spouses are taken into consideration in the determination of this amount, the decision will be concerned with maintenance. A decision that concerns maintenance is recognised under the Brussels Convention (and now under the Regulation Brussels I).

Decisions in respect of matrimonial property law are recognised and enforced under the bilateral conventions with Belgium, Germany and Italy. No case law on the application of these conventions in the field of matrimonial property is known.

2.4.1.2. Non-conventional rules

No general or special legislation deals with on the recognition and/or enforcement of foreign court decisions. Codification of general rules on recognition and/or enforcement expected but has not yet been introduced into Parliament. The main provision in legislation is Article 431 RV. On the basis of this provision, the following minimal requirements must be met for recognition of a foreign court decision. Firstly, the basis of the foreign court's jurisdiction has to comply with internationally accepted standards. Secondly, the foreign decision should not be contrary to Dutch international public policy. Finally, there must have been a fair trial in the foreign proceedings. These three requirements are minimum requirements, the Dutch court is free in its decision whether or not to recognise the foreign decision.

The foreign court decision may be recognised from the time it has *res judicata* effect

under the laws of the foreign court and should not be incompatible with a foreign court decision. Furthermore, although a foreign decision may be recognised in accordance with these rules, enforcement on the basis of the foreign court decision itself will not be possible. A separate decision of a court in the Netherlands will be necessary. A party wishing to enforce a foreign court decision will have to institute new proceedings in the Netherlands, on the basis of the dispute that has been decided abroad. The decision of the foreign court may then be recognised and would then serve as the basis of a decision of the Dutch court.

#### **2.4.2 Recognition and enforcement in the area of matrimonial property**

In the field of matrimonial property, there are few cases on recognition of foreign court decisions. The main case appears to be Hoge Raad 29 January 1993, NJ 1003, 490; NIPR 1003, 398. The Superior Court of California, Los Angeles County, had referred spouses to the 'Court of Arbitration' for the issue of 'character, value, distribution of separate and community property and the meaning of the pre-marital agreement'. In proceedings in the Netherlands, the main issue between spouses was whether the decision of the Superior Court was final. Hof Amsterdam (an appeal court) had accepted that the Californian decision was final and appeal in California was no longer possible. In cassation, the Hoge Raad upheld the decision of Hof Amsterdam.

The only other reported case is President District Court Alkmaar 11 November 1993 and 17 February 1994, NIPR 1994, 217. On 11 November 1993, the President of the District Court had ordered the former husband to transfer immovable property situated in Pakistan to his former wife. In case the former husband would not effectuate the transfer, the former husband was held liable to pay money to his former wife (*astreinte*). The former husband subsequently claimed he was unable to do so, because of a court order of the Pakistani courts that prevented transfer of the immovable property in Pakistan to the wife. On 17 February 1994 the President rejected the former husband's claim, who had to pay the monies that were due to his wife because of non-compliance with the decision of 11 November 1993.

With respect to other problems that may require a 'recognition' of some sort, i.e. a marriage contract concluded abroad or a modification of the applicable law that has been agreed abroad, it appears that the solution of the problem lies in the law that is applicable in accordance with the Netherlands private international law rules.

## CHAPTER 3. UNMARRIED COUPLES. INTERNAL LAW

### 3.1. SOURCES OF THE LAW ON UNMARRIED COUPLES

#### 3.1.1 Description of the general legislative sources

The general legal sources of Dutch law on unmarried couples are:

¶Articles 1:81-148 Civil Code (Burgerlijk Wetboek, “BW”), Book 1, Title 6-8;

¶Act of 21 December 2000 amending Book 1 of the Civil Code in connection with the opening of marriage to persons of the same sex (*Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht*)

(Same-Sex Marriage Act (*Wet openstelling huwelijk*), Bulletin of Acts, Orders and Decrees 2001, 9);

¶Act amending legislation in connection with the opening up of marriage and the introduction of persons of the same sex (*Wet aanpassing wetgeving in verband met de openstelling van het huwelijk en de invoering van personen van hetzelfde geslacht*, Bulletin of Acts, Orders and Decrees 2001, 28);

¶Act of 5 July 1997 amending Book 1 of the Civil Code and the Code of Civil Procedure in connection with the inclusion therein of provisions for the registered partnership (*Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemng daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap*; Bulletin of Acts, Orders and Decrees. 1997, 324);

¶Articles 80a-80e Civil Code (*BW*), Book 1, Title 5A.

#### 3.1.2.

See 1.1.1.2 above. Judgments by Dutch judicial authorities do not set binding precedent. In the following discussion, judgments relevant in this context will be referred to in footnotes.

#### 3.1.3.

The recent changes in the law were occasioned by two advisory reports (on *Leefvormen*, “Lifestyles”) by the Committee for the Review of Legislative Projects (Kortmann Committee). (*Parliamentary Documents II* 1992/1993, 22 700, no. 3). In response, the government submitted a bill (*K. 23 761*) for the introduction of the registered partnership to the legislature. In this bill, the government took account of the need existing in practice for public recognition of relationships between two people in which the parties in question accept permanent responsibility for each other. Initially, the original bill only provided for the possibility of a registered partnership in cases where no marriage could be contracted on the grounds of close relationship or because of the fact that the persons in question were of the same sex. However, a Ministerial Memorandum of Amendments (*Parliamentary Documents II* 23 761, no. 5, p. 1) brought the registered partnership more into line with marriage, as is shown for instance in the fact that it was opened to persons of different sexes. Thus, registration was envisaged as an equally valid alternative to marriage wherever possible. The

registered partnership was provided for in the Act of 5 July 1997 (Bulletin of Acts, Orders and Decrees 1997, 324). That act came into force on 1 January 1998. The new institution is provided for in a new Title 5A of Book 1 *BW*, in art. 1:80a-80e *BW*. Many of the rules that are valid in respect of marriage are equally applicable to registered partnership. These include the rules on the solemnization of marriage and the prerequisites for marriage, as well as the rules on the property law consequences of marriage. Accordingly by art. 1:80b, Titles 6 and 8 are declared to apply *mutatis mutandis* to the registered partnership. The Act of 31 May 2001 (Bulletin of Acts, Orders and Decrees 275), which came into force on 22 June 2001 (cf. 1.1.1.3 above) amending provisions on the rights and duties of spouses, is therefore also relevant to the registered partnership.

On 1 April 2001, the Act of 21 December 2000, Bulletin of Acts, Orders and Decrees 2001, 9 (Same-Sex Marriage Act) came into force. The purpose of this amendment to the law is to withdraw the prohibition on marriage between persons of the same sex with a view to granting them the same position as a couple of different sexes. However, not all aspects of the marriage are the same as for a marriage between persons of different sexes. A marriage of this kind has no legal consequences in respect of descent, where the basic assumption continues to be a male/female relationship. Specifically, as also in the case of the registered partnership, if a child is born in a marriage relationship of this kind, family law relationships do not arise by operation of law between the child and the spouse.

The principle of the amendment is to declare the rules relating to the contracting of a marriage, the obstacles to a marriage, the annulment of a marriage and the consequences of a marriage to be applicable insofar as possible to marriages between persons of the same sex. This is expressed in a new art. 30(1) *BW* stipulating that a marriage may be entered into either by two persons of different sexes or by two persons of the same sex.

### 3.2 Historic development of the law on unmarried couples

Prior to the amendment, there was no general legal provision in respect of unmarried couples, and in that sense there is no historical development to be discussed here. However, in the second half of the 20th century there was a preference for giving the relationship a less mandatory legal form. The public institution of marriage was increasingly being abandoned, with couples opting for a relationship in which the property law consequences could be settled in a more and more privatized way. These property law aspects of relationships between couples are set out in the notarial cohabitation agreement as developed in legal practice. Many regulations on tax and social security matters placed unmarried persons living together on the same footing as married persons; however, there was no integrated provision for unmarried cohabitation.

Registered partnerships were introduced on 1 January 1998. The registered partnership is a family law relationship existing alongside marriage and equivalent to marriage. By contrast to unmarried cohabitation, registration of the partnership entails a number of consequences by operation of law. These consequences are largely identical to the consequences of marriage. Thus, entering into the partnership gives rise to a duty of maintenance (art. 1:81 *BW*, cf. 1.1.3 above) that is converted into an obligation to pay alimony (art. 80e(1) *BW*) if the partnership ends. Therefore, in the absence of a partnership agreement the statutory community of property applies to the registration (art. 1:80b *BW*). The registered partnership differs from marriage in a number of aspects. Apart from the position of children (cf. 3.1.3) a registered partnership, unlike a marriage, may be terminated by mutual consent without recourse to the courts (art. 80c(c) *BW*). In addition, legal separation is not possible in a registered partnership.



The registered partnership is an integrated provision. It does not prejudice the schemes (social security, tax matters) that attach consequences to cohabitation. Statistical research shows that 4,556 couples took up the option to enter into a registered partnership in 1998.

Marriage between persons of the same sex was made possible from 1 April 2001. As already stated above, the rules on marriage apply equally to persons of the same sex. The opening up of marriage in this way has given rise to a discussion on whether the registered partnership should disappear. The background is the plurality of legal forms that exists for couples' relationships. Because of the great need felt for an institution similar to marriage that is free of the symbolism attached to marriage, the decision was taken to retain the registered partnership. Pursuant to articles 77a *BW* and 80f *BW*, it is possible to convert a registered partnership into a marriage and vice versa; such a conversion does not result in any change in the legal consequences as far as the matrimonial property regime is concerned.

### **3.3. THE LEGAL CHARACTER OF RELATIONS OTHER THAN TRADITIONAL MARRIAGE**

#### **3.3.1.**

Before the Same-Sex Marriage Act came into force on 1 April 2001, marriage was only open to persons of different sexes (art. 1:33 *BW* (old)). A marriage contracted contrary to that requirement could be declared void (art. 1:69 *BW* (old)). Since the act came into effect, a marriage can be entered into by two persons of different sexes or of the same sex (art. 1:30(1) *BW*). Also, no polygamous marriages may be contracted in the Netherlands. This follows from art. 1:33 *BW*, and for the registered partnership it can be derived from art. 1:80a(1) and (2) *BW* and art. 1:42 *BW*. The persons concerned solemnize the marriage by making the prescribed declarations in the presence of from two to four witnesses. The Registrar then declares that the parties are married and makes out a certificate to that effect (art. 1:67 *BW*).

#### **3.3.2.**

No provision is made in law for unmarried cohabitation (**marriage of fact**). As a result, no legal consequences arise from that factual relationship. However, the property law aspect of the relationship may be provided for in a notarial cohabitation agreement. In the literature, the analogous application of a single matrimonial property law rule (Title 6-8 *BW*) of a purely organizational nature is regarded as conceivable, such as for instance the rule in art. 1:131 *BW*.<sup>41</sup>

#### **3.3.3.**

As already briefly mentioned in 3.2 above, the registered partnership arrangement (Title 5A *BW*) came into force with effect from 1 January 1998. Two persons of the same sex or of different sexes who do not want to marry now have the possibility of registering their relationship. A partnership is registered (under art. 1:80a(5) *BW*) by a certificate of registration of the partnership drawn up by a Registrar of Births, Deaths and Marriages. Registration has the same consequences as marriage, with the exception of the family law relationships to the children born from the relationship. This means that the only family law relationship automatically acquired by a child born in a registered partnership will be to the mother; there will be no relationship to the mother's registered partner. As with a marriage between same-sex partners, the child's relationship to the two partners is protected by the joint custody of the parent and the parent's partner, provided that the latter is in a close personal relationship to the child (art. 1:253t et seq. *BW*). Under art. 1:80b *BW*, Titles 6-8 *BW* containing the matrimonial property law apply *mutatis mutandis* to the registered

---

<sup>41</sup> VAN MOURIK, *op.cit.*, p. 242.

partnership, so that reference may be made at this point to the discussion of that question in chapter 1.

#### **3.3.4.**

As discussed above in 3.2 and 3.3.2, couples may opt to make provision for their mutual relationship in a notarial cohabitation agreement. An agreement of this kind relates to the property law consequences of living together. There is no provision in law for these agreements. Agreements of this kind are extremely popular because organizations and public bodies attach consequences to such notarial agreements. For example, a notarial instrument setting out the property law consequences of the cohabitation of the two persons in question is a prerequisite for a partner's pension. An agreement of this kind can also be of assistance in settling the property law aspects of the relationship if it breaks up or if one of the partners dies.

#### **3.3.5.**

None

### **3.4. PROPERTY IN RELATIONS OTHER THAN TRADITIONAL MARRIAGE**

#### **3.4.1.**

The Same-Sex Marriage Act (section 3.2 above) opens up the institution of marriage to both heterosexual and homosexual couples. This principle of equivalence resulted in the rules relating to the contracting of marriage, the obstacles to a marriage, the annulment of a marriage and the consequences of a marriage being applied to marriages between persons of the same sex. Accordingly, Titles 6-8 *BW* are applicable in full to this kind of relationship; see chapter 1 for the relevant discussion.

#### **3.4.2.**

There is no provision in law for unmarried cohabitation; the relationship is characterized by a high degree of informality. For example, living together does not give rise to any legal duty of maintenance, there is no community of property and no liability for support, and there are no formal rules on the beginning and end of the relationship.<sup>42</sup> That difference prevents matrimonial property law being applied analogously to relationships of this kind between unmarried couples. However, the property law aspects may be set out in a cohabitation agreement drawn up in notarial form. There is no provision in law for such agreements; the parties are free to shape the property law consequences in a privatized way in the agreement.

#### **3.4.3.**

Under art. 1:80b *BW*, Titles 6 (rights and obligations of spouses) 7 (statutory community of property), and 8 (marriage settlements) are declared to apply in full to registered partnerships, so that from the property law aspect the registered partnership has the same consequences associated with it as does marriage. This achieves the objective of letting the consequences of registration correspond as closely as possible to those of marriage. As between married couples, community of property is taken as the basic position. Alternative regimes may be adopted by means of a partnership agreement; the relevant regime is then entered in the matrimonial property register. See chapter 1 for a discussion of Titles 6-8 *BW*.

---

<sup>42</sup> HR 9 January 1987, NJ 1987, 927; HR 16 January 1987, NJ 1987, 912.

### **3.5. PROPERTY ISSUES IN CASE OF SEPARATION OF UNMARRIED COUPLES**

#### **3.5.1.1.**

The rules applying for marriage also apply to marriages between two persons of the same sex. The rules on dissolution in Title 8 apply in full. For a discussion, see 1.6.1 et seq. above. The marriage may be dissolved by divorce, and the petition may be submitted jointly or by one of the spouses. Where the application is made by one of the spouses, he or she must state in the petition that the marriage has broken down irretrievably. Recourse must be had to the courts in both cases, although in the case of a joint petition the judge is bound by the joint opinion. The divorce is finalized only by the subsequent recording of the decree on the marriage certificate. This must be carried out by one of the spouses within six months after the decree has become absolute, on pain of annulment of the decree.

#### **3.5.1.2.**

There are no formalities in respect of unmarried cohabitation.

#### **3.5.1.3.**

Art. 1:80c *BW* lists five grounds on which a registered partnership may be terminated. These grounds correspond to art. 1:149 *BW* on the termination of marriage. Under subsection (c) of that article, a statement regarding the termination of the registration signed and dated by both partners and one or more lawyers or notaries may be entered by the Registrar by mutual agreement. The statement must show the date on which the partners concluded an agreement on the termination of the registration. The registered partnership is terminated by the entry of the statement in the register of births, deaths and marriages. Art. 1:80d *BW* lays down further rules on the content of the agreement and the registration of the statement. For example, the agreement must at least contain the declaration by both partners that the registered partnership has broken down irretrievably. By contrast to the situation for marriage, no recourse to the courts is necessary.

Under subsection (d), if the partners cannot reach agreement one of the partners may apply to the court to dissolve a registered partnership. Under art 1:80e(2), the dissolution is effected by the entry of the court ruling in the register of births, deaths and marriages. The application for registration must be submitted no later than six months after the date on which the court ruling has become final and binding.

#### **3.5.2.1.**

The usual rules on matrimonial property law (Title 6:9) apply in full to property law relationships between married persons of the same sex.

#### **3.5.2.2.**

The property law relationship of unmarried persons living together is characterized by separate property. However, the property law consequences of the relationship may be laid down in a notarial cohabitation agreement. Unless such an agreement has been drawn up, there are no legal provisions regulating these relationships. Accordingly, there is no community of property and no obligation to pay alimony after the termination of the relationship. A cohabitation agreement may make provisions for such matters as continued enjoyment of the shared home and arrangements for alimony.

#### **3.5.2.3.**

Dissolution of a registered partnership is carried out on the same general lines as dissolution of a marriage. The division of the dissolved community of property must be based on

art. 1:100 et seq. *BW*, which by art. 1:80b *BW* has been declared to apply mutatis mutandis. These articles have already been discussed in chapter 1. Where the partnership is dissolved on application by one of the partners, a number of provisions in Title 9 *BW* have been declared to apply mutatis mutandis (art. 1:80e(1) *BW*). Thus, under art. 1:155 *BW* the partner acquires the right to receive payment of part of each regular instalment of the other partner's retirement pension in accordance with the provisions of the Pension Rights Equalization Act (*Wet verevening pensioenrechten*; Act of 28 April 1994, Bulletin of Acts, Orders and Decrees 342). In addition, art. 1:157 *BW* provides that where the partner does not have sufficient income to cover his or her living expenses and cannot reasonably acquire such income, the partner may apply to the court to be awarded a payment for living expenses.

### **3.5.3.1.**

The registered partnership and marriage between two persons of the same sex are covered in Titles 6-8 *BW*, within which this subject is treated (art. 1:80b *BW*). This subject has already been discussed in chapter 1.

### **3.5.3.2.**

The normal rules on the law of liability apply. Each of the two partners is individually liable for the debts he or she incurs. Accordingly, a creditor can only recover from the private assets of one of the two partners. The mere fact that the two partners are cohabiting does not change the above in any way.

## **3.6. PROPERTY ISSUES IN CASE A MEMBER OF THE UNMARRIED COUPLE DIES**

### **3.6.1.1.**

Where an unmarried couple is cohabiting, there is no system of property giving rise to property law rights for the cohabitants. The usual rules of the law of succession are applicable. Of course, a testator can leave (part of) his or her property to his or her partner by will.

### **3.6.1.2.**

Titles 6-8 *BW* are applicable both to same-sex marriages and to registered partnerships. If the marriage or partnership is dissolved by the death of one of the spouses/partners, the community of property is dissolved into halves in accordance with art. 1:99 in conjunction with art. 1:100 et seq. *BW*. The partition into halves does not apply if another regime has been opted for in a marriage settlement. The surviving spouse/partner therefore has entitlement in principle to half of the community of property. The rule of reasonableness and fairness applying to the partition may create a preferential right to particular items of the community of property. The rules of succession do not apply to the surviving spouse's or registered partner's share of the community of property. The estate consists of the (other) undivided half of the matrimonial property. The distribution of that share is subject to the rules of succession.

### **3.6.2.1.**

In the case of unmarried cohabitation, no significant importance is attached to the fact that the deceased was cohabiting with another person.

### **3.6.2.2.**

After the dissolution of the marriage or partnership, the surviving spouse/registered partner remains wholly liable for the community debts. These are the community debts incurred by the surviving spouse or registered partner and the debts for normal household expenses incurred by

the other spouse/registered partner (art. 1:95 *BW*). In addition, the surviving spouse/registered partner is also liable for one half of any community debts incurred by the other spouse/registered partner. The death of the spouse/registered partner does not result in any relevant change to this situation.

**3.7.**

None

## CHAPTER 4. UNMARRIED COUPLES. PRIVATE INTERNATIONAL LAW

### 4.1. GENERAL ISSUES OF P.I.L.

#### 4.1.1. Public policy

At present, there are no provisions in Dutch law regulating the private international law aspects of partners living together outside marriage, registered partners and married couples of the same sex. In May 1998 and December 2001, the Royal Commission on private international law issued two advisory reports to the government on the occasion of the two bills for the introduction of the registered partnership and the opening up of marriage to same-sex couples under Dutch law. These two advisory reports will form the basis for future conflict of laws legislation. A bill on conflict of laws relating to the registered partnership is currently in preparation.

However, the fact that the legal institutions of registered partnership and same-sex marriage are unknown in many other legal systems means that drawing up conflict rules leads to major problems. The principle of placing the legal consequences of registered partnership on the same footing as marriage, as in domestic law, cannot be maintained to the full extent in the international context. Legal concepts of this kind have not achieved a wide international distribution, resulting in the special situation that the rules on conflict of laws are restricted to unilateral rules stating in what situations Dutch law applies to registered partnerships entered into in the Netherlands. This is to avoid situations where the conflict rules might indicate a legal system that does not provide for registered partnership.

For same-sex marriages, there are complex interpretation problems in determining whether the sets of rules existing for marriage are appropriate to that legal concept. In addition, it has not been considered useful to draw up regulations on the recognition of same-sex marriages. Recognition of such marriages abroad would run up against public order objections to a greater extent than will be the case for the registered partnership. The result is an increasing frequency of “lame marriages” (*matrimonium claudicans*).

#### 4.1.2. Recognition of the relation between an unmarried couple

Same-sex marriages entered into abroad can now be recognized. The Act amending legislation in connection with the opening up of marriage and the introduction of persons of the same sex (*Wet aanpassing wetgeving in verband met de openstelling van het huwelijk en de invoering van personen van hetzelfde geslacht*, Bulletin of Acts, Orders and Decrees 2001, 28) removed the same-sex marriage from the public order sphere by an amendment to the relevant general PIR provision (Marriage (Conflict of Laws) Act (*Wet conflictenrecht huwelijk*) art. 3(1)(d)). The *lex loci celebrationis* rule applies for the recognition of such a marriage, i.e. the marriage is recognized if it was legally contracted in accordance with the rules of the state where the marriage was entered into.

A provision for the recognition of a registered partnership entered into outside the Netherlands is included in art. 18 of the proposed regulations in the Royal Commission’s advisory report. This provision derives from art. 5 of the Marriage (Conflict of Laws) Act. The prerequisite for the recognition of a marriage between two persons of the same sex or of a registered partnership is that the registered partnership or marriage has been legally contracted in accordance with the law

of the state where it was entered into. For this purpose, a competent authority must have issued a partnership or marriage certificate.

#### **4.1.3. Admissibility of the “celebration” of a same sex “marriage” (or other couple)**

None

### **4.2. INTERNATIONAL JURISDICTION**

#### **4.2.1. Separation of unmarried couples. International jurisdiction**

At present, there are no specific rules in Dutch legislation covering international jurisdiction in cases where cohabiting couples or spouses of the same sex wish to end their legal relationship. However, art. 4(4) of the Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, “*Rv*”) contains a rule on jurisdiction for decisions on registered partnerships. This rule runs parallel to the jurisdiction rules in articles 2, 5 and 6 of Regulation 1347/2000 (“Brussels II”), which are declared to be applicable *mutatis mutandis* pursuant to art. 4(1) *Rv*. Under subsection 4, the Dutch courts always have jurisdiction in respect of partnership registrations entered into in the Netherlands.

The Code of Civil Procedure (*Rv*) does not include any such rule in respect of same-sex marriage. The Royal Commission’s advisory report expresses the wish that a similar provision should be included in the Code of Civil Procedure in respect of same-sex marriages if it proves that Regulation 1347/2000 is held not to apply to this particular form of the Dutch marriage.

There are no specific rules of jurisdiction in this area for the other non-legal relationships between couples. The rules applying to married couples (e.g. art. 4 *Rv*) cannot be applied in such cases.

#### **4.2.2.**

There are no particular provisions on jurisdiction for legally regulated non-matrimonial relationships between couples as far as matrimonial property disputes are concerned. Although not evident from the Explanatory Memorandum to the act amending the Code of Civil Procedure, it may be assumed that the general provisions on jurisdiction in articles 2 and 4 *Rv* also apply in respect of same-sex marriages and registered partnerships to applications for the partitioning of the property as a supplementary provision in divorce proceedings or otherwise. The general rules on jurisdiction in art. 2 *Rv* apply to unmarried couples living together who are not in a registered partnership relationship to each other. The rules of the Convention on the Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters also apply (e.g. articles 2 and 16 of that Convention).

#### **4.2.3.**

In Dutch procedural law, a provision for the partitioning of the community property may be claimed as a supplementary provision in divorce proceedings by virtue of articles 3(3) and 827(1) *Rv*. In addition, an application for partitioning may be submitted to the court independently, i.e. separately from divorce proceedings, in the form of proceedings commenced by a writ of summons. The competent court for this purpose is designated by art. 2 *Rv*.

### **4.3. APPLICABLE LAW**

#### **4.3.1. Determination of the law applicable to the property regime**

##### **4.3.1.1.**

It may be assumed that a notarial cohabitation agreement entered into by two unmarried persons living together in which the property law aspects of the relationship are set out falls within the Convention on the Law applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 (Rome Convention). Art. 1(2)(b) excludes contractual obligations relating to matrimonial property law, marriage and relationship by marriage from the scope of applicability of the Convention. An agreement setting out the property law aspects of a non-marital relationship between a couple is deemed not to be covered by this exception.

The Royal Commission's advisory report considers that the law applicable to the community of matrimonial property in respect of same-sex marriages is to be determined on the basis of the conflict rules in the Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes of 4 March 1978.

The Royal Commission's advisory report on the registered partnership considers that, subject to any choice of law, Dutch law is unilaterally applicable to the property regime if the registered partnership has been entered into in the Netherlands. Where a registered partnership has been entered into outside the Netherlands, the law designated by the partners before or during the partnership governs the property regime. Partners may only designate a law that recognizes the institution of registered partnership. Where the registered partners have not designated the applicable law, the property regime is deemed to be governed by the law, including the private international law, of the country in which the registered partnership was entered.

##### **4.3.1.2.**

Dutch substantive law does not attach any property law consequences to unmarried cohabitation. There is no conflict rule on that subject in Dutch private international law. By contrast, legal doctrine argues for the conception of a separate conflict rule regarding the property law consequences of living together without marriage.

#### **4.3.2. Scope of the applicable law**

##### **4.3.2.1.- 4.3.2.2.**

The rules contained in sections 4.3.1.1 --4.3.1.2 above are applied.

##### **4.3.2.2.2.**

The conflict rules as laid down in the Hague Convention on Succession of 1 August 1989, which were declared applicable by art. 1 of the Succession (Conflict of Laws) Act (*Wet conflictenrecht erfopvolging*) apply to inheritance claims by the surviving spouse in a same-sex marriage. The main rule is that the law of the state in which the deceased had his or her habitual residence at the time of death applies if he or she was a national of that state at that time. That law then governs such matters as the designation of the heirs and specific beneficiaries, the determination of the individual portions of the estate, the restrictions on the power to dispose of property in a will, and the substantive validity of testamentary provisions.



The Convention is also held to apply in respect of the claims of the registered partner or unmarried cohabitant as heirs.

### **4.3.3. Applicable law and changes of the property regime**

#### **4.3.3.1.**

For unmarried persons living together who have entered into a notarial cohabitation agreement to settle the property law aspects of the relationship, it makes no difference if one of the partners changes his or her habitual residence.

An automatic change in the law applicable to the matrimonial property regime between same-sex spouses may occur as a result of the applicability of the Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes 1978 if the spouses change their habitual place of residence during the marriage.

The Royal Commission's advisory report on the registered partnership emphasizes the principle of invariability. The law remains applicable as long as the registered partners have not designated any other applicable law, even in cases where they change their nationality or habitual residence.

#### **4.3.3.2.**

The change to the law only has consequences for the future. The property that belonged to the spouse before that change is not subject to the law subsequently applying. See also art. 8 of the Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes 1978.

#### **4.3.3.3.**

For the registered partnership, the Royal Commission's advisory report opens up the option of subjecting the property regime during the registered partnership to another legal system that also recognizes the legal institution of registered partnership.

For the same-sex marriage and unmarried persons living together, that option is opened up by the various conventions (*e.g.* art. 6 of the Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes 1978; art. 3 of the Rome Convention 1980).

Whether or not the partners can themselves make changes to the property regime depends on the applicable law governing the regime.

#### **4.3.3.4.**

None

### **4.3.4. Law applicable to publication of the property regime of an unmarried couple**

None

#### **4.4. RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS AND ‘PUBLIC’ ACTS IN RESPECT OF PROPERTY OF UNMARRIED COUPLES**

##### **4.4.1. The general rules on the effectiveness of foreign ‘public’ acts and court decisions as applied in the area of property of unmarried couples**

###### **4.4.1.1.**

There are no special rules on the recognition and enforcement of court decision in this area. The regular rules of recognition and enforcement as set out in 2.4.1.1 above are deemed to apply.

###### **4.4.1.2.**

As already mentioned in 4.1.1 and 4.1.2, it is clear from the two Royal Commission advisory reports that a same-sex marriage or registered partnership entered into abroad is in principle open to recognition. Accordingly, it is not thought likely that any problems will arise in the area of recognition of decisions on the property regime. The basic assumption is that a decision in the area of the property regime can be recognized quite independently of whether the underlying legal relationship between the partners has been given validity through recognition in the Netherlands.

##### **4.4.2. Rules on the effectiveness of foreign ‘public’ and private acts and court decisions specific to the area of property of unmarried couples**

###### **4.4.2.1.**

This question is covered in 4.3.1.1.

###### **4.4.2.2.**

See 4.3.1.2.

###### **4.4.2.3.** The rules of recognition and enforcement applying for the Netherlands are applicable.

See 2.4.1.1.

###### **4.4.2.4.**

See 2.4.2.4.

###### **4.4.2.5.**

None.

**4.4.2. Practical significance of the rules set out under 4.4.1-4.4.2.**

4.4.2.1.

Not applicable

4.4.3.2.

Not applicable

**4.5 VARIOUS MATTERS**

None

## ANNEXES TO THE REPORT

Annexes to the Report.....	1
Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijks-vermogensregime; 's-Gravenhage, 14 maart 1978 .....	2
Wet conflictenrecht huwelijksvermogensrecht .....	6
Burgerlijk Wetboek 1. Personen- en familierecht. ....	7
Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.....	19
Successiewet 1956 (excerpt) .....	22
Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 .....	23
Court Decisions .....	25
Reports of the Netherlands Standing Government Committee on Private International Law. 70	
Advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in zake het geregistreerd partnerschap, mei 1998.....	70
Advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht inzake het internationaal privaatrecht in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, <i>December 2001</i> .....	101

# VERDRAG INZAKE HET RECHT DAT VAN TOEPASSING IS OP HET HUWELIJKS- VERMOGENSREGIME; 'S-GRAVENHAGE, 14 MAART 1978

## HOOFDSTUK I

### TOEPASSINGSGBIED VAN HET VERDRAG

**Art. 1** Dit Verdrag bepaalt het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime.

Het is niet van toepassing:

1. op onderhoudsverplichtingen tussen echtgenoten;
2. op erfrechtelijke aanspraken van de langstlevende echtgenoot;
3. op de handelingsbekwaamheid van echtgenoten.

**Art. 2** Het Verdrag is van toepassing zelfs indien de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van de echtgenoten niet die is van een Verdragsluitende Staat, dan wel indien het recht dat op grond van de navolgende artikelen van toepassing is, niet het recht is van een Verdragsluitende Staat.

## HOOFDSTUK II. TOEPASSELIJK RECHT

**Art. 3** – 1. Het huwelijksvermogensregime wordt beheerst door het interne recht dat de echtgenoten vóór het huwelijk hebben aangewezen.

– 2. De echtgenoten kunnen slechts een van de volgende rechtsstelsels aanwijzen:

1. het recht van een Staat waarvan een van de echtgenoten de nationaliteit bezit op het tijdstip van die aanwijzing;
2. het recht van de Staat op welks grondgebied een van de echtgenoten zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip van die aanwijzing;
3. het recht van de eerste Staat op welks grondgebied een van de echtgenoten na het huwelijk een nieuwe gewone verblijfplaats vestigt.

– 3. Het aldus aangewezen recht is van toepassing op hun gehele vermogen.

– 4. De echtgenoten kunnen echter, ongeacht of zij tot de in de voorgaande leden bedoelde aanwijzing zijn overgegaan, met betrekking tot het geheel of een gedeelte van de onroerende goederen het recht aanwijzen van de plaats waar die goederen zijn gelegen. Zij kunnen eveneens bepalen dat op onroerende goederen die later worden verkregen, het recht van de plaats waar die goederen zijn gelegen van toepassing zal zijn.

**Art. 4** – 1. Indien de echtgenoten vóór het huwelijk het toepasselijke recht niet hebben aangewezen, wordt hun huwelijksvermogensregime beheerst door het interne recht van de Staat op welks grondgebied zij hun eerste gewone verblijfplaats na het huwelijk vestigen.

– 2. Het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten wordt echter beheerst door het interne recht van de Staat van hun gemeenschappelijke nationaliteit:

1. indien door die Staat de in artikel 5 bedoelde verklaring is afgelegd en de werking daarvan niet door het tweede lid van dat artikel is uitgesloten;
2. indien die Staat niet partij is bij het Verdrag, terwijl volgens zijn internationaal privaatrecht zijn interne recht van toepassing is en de echtgenoten hun eerste gewone verblijfplaats na het huwelijk vestigen:
  - a. in een Staat die de in artikel 5 bedoelde verklaring heeft afgelegd, of
  - b. in een Staat die geen partij is bij het Verdrag en waarvan het internationaal privaatrecht eveneens de toepassing van hun nationale recht voorschrijft;
3. indien de echtgenoten hun eerste gewone verblijfplaats na het huwelijk niet op het grondgebied van dezelfde Staat vestigen.

– 3. Bij gebreke van een gewone verblijfplaats van de echtgenoten op het grondgebied van dezelfde Staat en bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit, wordt hun huwelijksvermogensregime beheerst door het interne recht van de Staat waarmee het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst is verbonden.

**Art. 5** – 1. Elke Staat kan, uiterlijk op het tijdstip van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding, een verklaring afleggen ten einde, overeenkomstig artikel 4, tweede lid, onder 1, zijn interne recht van toepassing te doen zijn.

– 2. Deze verklaring heeft geen gevolgen voor echtgenoten die beiden hun gewone verblijfplaats behouden op het grondgebied van de Staat waar zij beiden op het tijdstip van het huwelijk sedert ten minste vijf jaar hun gewone verblijfplaats hadden, tenzij die Staat een Verdragsluitende Staat is die de in het eerste lid van dit artikel bedoelde verklaring heeft afgelegd, of een Staat die geen partij is bij dit Verdrag en waarvan het internationaal privaatrecht de toepassing van het nationale recht voorschrijft.

**Art. 6** – 1. Tijdens het huwelijk kunnen de echtgenoten hun huwelijksvermogensregime onderwerpen aan een ander intern recht dan het recht dat tot dusver van toepassing was.  
– 2. De echtgenoten kunnen slechts een van de volgende rechtsstelsels aanwijzen:  
1. het recht van een Staat waarvan een van de echtgenoten de nationaliteit bezit op het tijdstip van die aanwijzing;  
2. het recht van de Staat op welks grondgebied een van de echtgenoten zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip van die aanwijzing.  
– 3. Het aldus aangewezen recht is van toepassing op hun gehele vermogen.  
– 4. De echtgenoten kunnen echter, ongeacht of zij tot de in de voorgaande leden of in artikel 3 bedoelde aanwijzing zijn overgegaan, met betrekking tot het geheel of een gedeelte van de onroerende goederen het recht aanwijzen van de plaats waar die goederen zijn gelegen. Zij kunnen eveneens bepalen dat op onroerende goederen die later zullen worden verkregen, het recht van de plaats waar die goederen zijn gelegen, van toepassing zal zijn.

**Art. 7** – 1. Het recht dat op grond van de bepalingen van het Verdrag van toepassing is, blijft van toepassing zolang de echtgenoten geen ander toepasselijk recht hebben aangewezen, zelfs in geval van wijziging van hun nationaliteit of gewone verblijfplaats.  
– 2. Indien de echtgenoten echter noch het toepasselijke recht hebben aangewezen, noch huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt, wordt in plaats van het recht waaraan hun huwelijksvermogensregime tevoren was onderworpen het interne recht van de Staat waar de echtgenoten beiden hun gewone verblijfplaats hebben, toepasselijk:  
1. vanaf het tijdstip waarop zij daar hun gewone verblijfplaats vestigen, indien de nationaliteit van die Staat hun gemeenschappelijke nationaliteit is, dan wel vanaf het tijdstip waarop zij die nationaliteit verkrijgen, of  
2. wanneer zij na het huwelijk gedurende meer dan tien jaar daar hun gewone verblijfplaats hebben gehad;  
3. vanaf het tijdstip waarop zij daar hun gewone verblijfplaats vestigen, indien hun huwelijksvermogensregime, uitsluitend op grond van artikel 4, tweede lid, onder 3, was onderworpen aan het recht van de Staat van hun gemeenschappelijke nationaliteit.

**Art. 8** – 1. Een wijziging in het toepasselijke recht op grond van artikel 7, tweede lid, heeft slechts gevolg voor de toekomst, en het vermogen dat vóór die wijziging aan de echtgenoten toebehoorde, is niet onderworpen aan het voortaan toepasselijke recht.  
– 2. De echtgenoten kunnen echter te allen tijde, met inachtneming van de vormvoorschriften van artikel 13, het geheel van hun vermogen aan het nieuwe recht onderwerpen, zulks onverminderd, wat de onroerende goederen betreft, de bepalingen van artikel 3, vierde lid, en artikel 6, vierde lid. De uitoefening van deze bevoegdheid laat rechten van derden onverlet.

**Art. 9** – 1. De gevolgen van het huwelijksvermogensregime ten aanzien van een rechtsbetrekking tussen een echtgenoot en een derde worden beheerst door het recht dat op grond van het Verdrag op het huwelijksvermogensregime van toepassing is.  
– 2. Het recht van een Verdragsluitende Staat kan echter bepalen dat het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, niet door een echtgenoot aan een derde kan worden tegengeworpen wanneer die echtgenoot of de derde zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van de Staat heeft, tenzij:  
1. is voldaan aan de door dat recht gestelde voorwaarden betreffende publicatie of inschrijving, of  
2. de rechtsbetrekking tussen die echtgenoot en de derde is ontstaan op een tijdstip waarop de derde het op het huwelijksvermogensregime toepasselijke recht kende of behoorde te kennen.  
– 3. Het recht van een Verdragsluitende Staat waar een onroerend goed is gelegen, kan een overeenkomstige regel bevatten inzake rechtsbetrekkingen tussen een echtgenoot en een derde ten aanzien van dat onroerend goed.  
– 4. Elke Verdragsluitende Staat kan het toepassingsgebied van het tweede en derde lid van dit artikel door middel van een verklaring nader aangeven.

**Art. 10** De voorwaarden voor de wilsovereenstemming van de echtgenoten inzake het recht dat zij als toepasselijk aanwijzen, worden door dat recht bepaald.

**Art. 11** De aanwijzing van het toepasselijke recht moet uitdrukkelijk zijn overeengekomen of ondubbelzinnig voortvloeiend uit huwelijksvoorwaarden.

**Art. 12** Huwelijksvoorwaarden zijn, wat de vorm betreft, geldig indien zij in overeenstemming zijn hetzij met het interne recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, hetzij met het interne recht van de plaats waar zij werden aangegaan. Zij dienen in elk geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide echtgenoten ondertekend schriftelijk stuk.

**Art. 13** Een uitdrukkelijk overeengekomen aanwijzing van het toepasselijke recht dient te geschieden in de vorm welke voor huwelijkse voorwaarden is voorgeschreven, hetzij door het aangewezen interne recht, hetzij door het interne recht van de plaats waar die aanwijzing geschiedt. De aanwijzing dient in elk geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide echtgenoten ondertekend schriftelijk stuk.

**Art. 14** Toepassing van het door het Verdrag aangewezen recht kan slechts achterwege blijven indien zij kennelijk in strijd is met de openbare orde.

### HOOFDSTUK III DIVERSE BEPALINGEN

**Art. 15** – 1. Voor de toepassing van dit Verdrag wordt een nationaliteit slechts als gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten beschouwd:

1. wanneer de beide echtgenoten die nationaliteit vóór het sluiten van het huwelijk bezaten;
  2. wanneer een echtgenoot op het tijdstip van het huwelijk, of later, vrijwillig de nationaliteit van de ander heeft verkregen, hetzij door een daartoe strekkende verklaring, hetzij door niet af te zien van deze verkrijging, terwijl hij wist het recht daartoe te hebben;
  3. wanneer de beide echtgenoten die nationaliteit na het huwelijk vrijwillig hebben verkregen.
- 2. Behalve in de gevallen, bedoeld in artikel 7, tweede lid, onder 1, zijn de bepalingen betreffende de gemeenschappelijke nationaliteit niet van toepassing wanneer de echtgenoten meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit bezitten

**Art. 16** – 1. Wanneer een Staat twee of meer gebiedsdelen omvat waarin verschillende rechtsstelsels op het huwelijksvermogensregime toepasselijk zijn, wordt voor de toepassing van dit Verdrag iedere verwijzing naar het nationale recht van een dergelijke Staat opgevat als een verwijzing naar het stelsel dat door de in die Staat van kracht zijnde regels wordt aangewezen.

– 2. Bij gebreke van zodanige regels verstaat men onder de Staat waarvan een echtgenoot de nationaliteit bezit in de zin van artikel 3, tweede lid, onder 1, en artikel 6, tweede lid, onder 1, het gebiedsdeel waar die echtgenoot het laatst zijn gewone verblijfplaats had; evenzo verstaat men voor de toepassing van artikel 4, tweede lid, onder de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten het gebiedsdeel waar beiden het laatst een gewone verblijfplaats hadden.

**Art. 17** Wanneer een Staat twee of meer gebiedsdelen omvat waar in verschillende rechtsstelsels op het huwelijksvermogensregime toepasselijk zijn, wordt voor de toepassing van dit Verdrag iedere verwijzing naar de gewone verblijfplaats in een dergelijke Staat uitgelegd als een verwijzing naar de gewone verblijfplaats in een gebiedsdeel van die Staat.

**Art. 18** Een Verdragsluitende Staat die twee of meer gebiedsdelen omvat waarin verschillende rechtsstelsels op het huwelijksvermogensregime toepasselijk zijn, is niet verplicht de regels van dit Verdrag toe te passen op wetsconflicten tussen die gebiedsdelen wanneer op grond van het Verdrag het recht van geen enkele andere Staat van toepassing is.

**Art. 19** 1. Wanneer een Staat ter zake van het huwelijksvermogensregime twee of meer rechtsstelsels kent, die toepasselijk zijn op twee of meer verschillende categorieën personen, wordt voor de toepassing van dit Verdrag iedere verwijzing naar het recht van een dergelijke Staat uitgelegd als een verwijzing naar het stelsel dat door de in die Staat geldende regels wordt aangewezen.

– 2. Bij gebreke van zodanige regels is in het geval, bedoeld in artikel 4, eerste lid, het interne recht van de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten van toepassing, en blijft in het geval, bedoeld in artikel 7, tweede lid, onder 2, het interne recht van de Staat waar zij beiden hun gewone verblijfplaats hadden, van toepassing. Bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten is artikel 4, derde lid, van toepassing.

**Art. 20** Het Verdrag laat onverlet de toepassing van internationale instrumenten waarbij een Verdragsluitende Staat partij is of wordt, en welke bepalingen bevatten omtrent de bij dit Verdrag geregelde onderwerpen.

**Art. 21** – 1. Het Verdrag is in elke Verdragsluitende Staat slechts van toepassing op echtgenoten die na de inwerkingtreding van het Verdrag voor die Staat in het huwelijk zijn getreden dan wel het op hun huwelijksvermogensregime toepasselijke recht aanwijzen.

– 2. Elke Verdragsluitende Staat kan door middel van een verklaring de toepasselijkheid van het Verdrag uitbreiden tot andere echtgenoten.

HOOFDSTUK IV  
SLOTBEPALINGEN

**Art. 22** – 1. Het Verdrag staat open voor ondertekening door de Staten die lid waren van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht ten tijde van haar Dertiende Zitting.

–2. Het dient te worden bekrachtigd, aanvaard of goedgekeurd en de akten van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring dienen te worden nedergelegd bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

**Art. 23** – 1. Elke andere Staat kan tot het Verdrag toetreden.

–2. De akte van toetreding dient te worden nedergelegd bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

**Art. 24** – 1. Elke Staat kan, op het tijdstip van ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding, verklaren dat het Verdrag zich uitstrekt tot alle gebieden voor welke internationale betrekkingen hij verantwoordelijk is of tot een of meer van deze gebieden. Deze verklaring wordt van kracht op het tijdstip waarop het Verdrag voor die Staat in werking treedt.

–2. Deze verklaring, evenals iedere latere uitbreiding, wordt ter kennis gebracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

**Art. 25** – 1. Een Verdragsluitende Staat die twee of meer gebiedsdelen omvat waarin verschillende rechtsstelsels op het huwelijksvermogensregime toepasselijk zijn, kan op het tijdstip van ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding verklaren dat het Verdrag van toepassing is op al deze gebiedsdelen of slechts op een of meer daarvan, en kan deze verklaring op ieder later tijdstip tot andere gebiedsdelen

–2. Deze verklaringen worden ter kennis gebracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden en geven uitdrukkelijk het gebiedsdeel aan waarop het Verdrag van toepassing is.

**Art. 26** Een Verdragsluitende Staat die op de datum van inwerkingtreding van het Verdrag voor die Staat een systeem kent van verschillende gradaties van onderdaanschap van de tot die Staat behorende personen, kan op elk tijdstip door middel van een verklaring aangeven hoe een verwijzing naar zijn nationale wet voor de toepassing van het Verdrag moet worden uitgelegd.

**Art. 27** Voorbehouden op het Verdrag zijn niet toegestaan.

**Art. 28** – 1. Elke Verdragsluitende Staat die een van de in de artikelen 5, 9, vierde lid, 21 en 26 bedoelde verklaringen wenst af te leggen, brengt deze ter kennis van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden.

–2. Iedere wijziging of intrekking van een verklaring wordt op dezelfde wijze ter kennis gebracht.

**Art. 29** – 1. Het Verdrag treedt in werking op de eerste dag van de derde kalendermaand na de nederlegging van de derde akte van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding, als bedoeld in de artikelen 22 en 23.

–2. Vervolgens treedt het Verdrag in werking:

1. voor elke Staat die het daarna bekrachtigt, aanvaardt, goedkeurt of ertoe toetreedt, op de eerste dag van de derde kalendermaand na de nederlegging van zijn akte van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding;

2. voor de gebieden waartoe het Verdrag zich overeenkomstig artikel 24 uitstrekt, op de eerste dag van de derde kalendermaand na de kennisgeving, in dat artikel bedoeld.

**Art. 30** – 1. Het Verdrag blijft van kracht gedurende vijf jaar vanaf de datum van zijn inwerkingtreding overeenkomstig artikel 29, eerste lid, ook voor de Staten die het daarna hebben bekrachtigd, aanvaard of goedgekeurd, of ertoe zijn toegetreden.

–2. Behoudens opzegging wordt het Verdrag telkens voor een tijdvak van vijf jaar stilzwijgend verlengd.

–3. De opzegging wordt, uiterlijk zes maanden voor het verstrijken van het tijdvak van vijf jaar, ter kennis gebracht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden. Zij kan worden beperkt tot bepaalde gebieden of gebiedsdelen waarop het Verdrag van toepassing is.

–4. De opzegging geldt slechts ten aanzien van de Staat die haar heeft gedaan. Voor de andere Verdragsluitende Staten blijft het Verdrag van kracht.

**Art. 31** Het Ministerie van Buitenlandse Zaken van het Koninkrijk der Nederlanden stelt de Lid-Staten van de Conferentie, alsmede de Staten die overeenkomstig de bepalingen van artikel 23 zijn toegetreden, in kennis van:

1. de ondertekeningen, bekrachtigingen, aanvaardingen en goedkeuringen, bedoeld in artikel 22;

2. de toetredingen, bedoeld in artikel 23;



3. de datum waarop het Verdrag in werking treedt overeenkomstig de bepalingen van artikel 29;
4. de uitbreidingen, bedoeld in artikel 24;
5. de opzeggingen, bedoeld in artikel 30;
6. de verklaringen, vermeld in de artikelen 25, 26, en 28.

## **WET CONFLICTENRECHT HUWELIJKSVERMOGENSRECHT**

**Art. 1** Het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime wordt aangewezen door de bepalingen van het op 14 maart 1978 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, waarvan de Franse en Engelse tekst en de vertaling in het Nederlands zijn gepubliceerd in het Tractatenblad 1988, nr. 130.

**Art. 2** Overeenkomstig artikel 4, tweede lid, onder 1 van het in artikel 1 genoemde Verdrag wordt bij het ontbreken van een rechtskeuze het huwelijksvermogensregime van echtgenoten die beiden de Nederlandse nationaliteit bezitten beheerst door het Nederlands recht, ongeacht of zij tevens een andere nationaliteit bezitten.

**Art. 3** De gevolgen van het huwelijksvermogensregime ten aanzien van een rechtsbetrekking tussen een echtgenoot en een derde worden beheerst door het recht dat op het huwelijksvermogensregime toepasselijk is.

**Art. 4** Een echtgenoot wiens huwelijksvermogensregime wordt beheerst door vreemd recht kan in het in artikel 116 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde register een notariële akte doen inschrijven, inhoudende een verklaring dat het huwelijksvermogensregime niet wordt beheerst door het Nederlandse recht.

**Art. 5** – 1. Een derde die tijdens het huwelijk een rechtshandeling heeft verricht met een echtgenoot wiens huwelijksvermogensregime wordt beheerst door vreemd recht kan, indien zowel hij als de beide echtgenoten ten tijde van die rechtshandeling hun gewone verblijfplaats in Nederland hadden, voor de uit die rechtshandeling voortvloeiende schuld ook na de ontbinding van het huwelijk verhaal nemen alsof tussen de echtgenoten naar Nederlands recht algehele gemeenschap van goederen bestond.

– 2. Het bepaalde in het eerste lid geldt niet indien de derde ten tijde van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten werd beheerst door vreemd recht. Zulks wordt geacht het geval te zijn indien de rechtshandeling werd verricht na verloop van veertien dagen nadat een akte als bedoeld in artikel 4 was ingeschreven in het aldaar bedoelde register.

**Art. 6** Heeft een der echtgenoten, door de toepassing op een buitenlands gelegen vermogensbestanddeel van een krachtens het internationaal privaatrecht van het land van ligging aangewezen recht, ten opzichte van de andere echtgenoot een voordeel genoten dat hem niet zou zijn toegekomen indien het op grond van de bepalingen van het in artikel 1 van deze wet vermelde Verdrag aangewezen recht zou zijn toegepast, dan kan die andere echtgenoot daarvan verrekening of vergoeding vorderen bij de in verband met de beëindiging of wijziging van het huwelijksvermogensregime tussen de echtgenoten plaats vindende afrekening.

**Art. 7** Artikel 92, derde lid, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is uitsluitend van toepassing terzake van verhaal dat in Nederland wordt uitgeoefend op

- a. een echtgenoot wiens huwelijksvermogensregime wordt beheerst door Nederlands recht, of
- b. een echtgenoot op wie ingevolge het bepaalde in artikel 5 van deze wet verhaal mogelijk is.

**Art. 8** Het bepaalde in artikel 119 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing, indien de echtgenoten een ander recht op hun huwelijksvermogensregime aanwijzen dan het recht dat tevoren daarop toepasselijk was.

**Art. 9** Artikel 121, vierde lid, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek vervalt.

**Art. 10** Het bepaalde in artikel 131 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is ook van toepassing wanneer het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten door een vreemd recht wordt beheerst.

**Art. 11** Deze wet kan worden aangehaald als: Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime.

**Art. 12** – 1. (niet opgenomen)

– 2. Deze wet is van toepassing op het huwelijksvermogensregime van echtgenoten die na het tijdstip van inwerkingtreding in het huwelijk treden.

– 3. De bepalingen van deze wet betreffende de aanwijzing van het toepasselijke recht zijn van toepassing op het huwelijksvermogensregime van echtgenoten die vóór het tijdstip van inwerkingtreding in het huwelijk zijn getreden en die na dat tijdstip het daarop toepasselijke recht aanwijzen.

**Art. 13** Een aanwijzing door de echtgenoten van het op hun huwelijksvermogensregime toepasselijke recht, of de wijziging van een zodanige aanwijzing, welke is geschied vóór de inwerkingtreding van deze wet, kan niet als ongeldig worden beschouwd op de enkele grond dat de wet een zodanige aanwijzing toen niet regelde. Dit geldt niet voor de gevallen dat op het huwelijksvermogensregime de bepalingen van het op 17 juli 1905 tot stand gekomen Verdrag betreffende de wetsconflicten met betrekking tot de gevolgen van het huwelijk ten opzichte van de rechten en verplichtingen der echtgenoten in hun persoonlijke betrekkingen en ten opzichte van hun goederen (Stb. 1912 285) toepasselijk waren en de aanwijzing geschiedde vóór 23 augustus 1977, op welke dag dat Verdrag ophield te gelden voor Nederland.

## **BURGERLIJK WETBOEK 1. PERSONEN- EN FAMILIERECHT.**

(excerpt)

Titel 5A. Het geregistreerd partnerschap

### **Artikel 80a**

- 1.** Een persoon kan tegelijkertijd slechts met één andere persoon van hetzelfde of andere geslacht een geregistreerd partnerschap aangaan.
- 2.** Zij die een geregistreerd partnerschap aangaan, mogen niet tegelijkertijd gehuwd zijn.
- 3.** Registratie van partnerschap geschiedt bij een akte van registratie van partnerschap opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand.
- 4.** Zij die een geregistreerd partnerschap willen aangaan, moeten daarvan onder overlegging van gegevens omtrent hun burgerlijke staat, en indien zij eerder een partnerschap hadden laten registreren of gehuwd zijn geweest, met vermelding van de namen van de vroegere partner dan wel van de namen van de vroegere echtgenoot, aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van één der partijen. Wanneer de aanstaande geregistreerde partners, van wie ten minste één de Nederlandse nationaliteit bezit, buiten Nederland woonplaats hebben en in een Nederlandse gemeente een geregistreerd partnerschap met elkaar willen aangaan, geschiedt de aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage. De artikelen 43, tweede tot en met vierde lid, en 46 zijn van overeenkomstige toepassing.
- 5.** Een partnerschapsregistratie kan worden gestuit, indien partijen niet de vereisten in zich verenigen om de registratie aan te gaan, dan wel wanneer het oogmerk van de aanstaande geregistreerde partners, of één hunner, niet is gericht op de vervulling van de door de wet aan de partnerschapsregistratie verbonden plichten, doch op het verkrijgen van toelating tot Nederland. Op een stuiting zijn de artikelen 51, 52, 53, tweede en derde lid, en 54 tot en met 56 van overeenkomstige toepassing. Het openbaar ministerie is verplicht een partnerschapsregistratie te stuiten, indien het met een van de in de artikelen 31, 32, 41 en in het eerste en tweede lid van dit artikel omschreven beletselen bekend is. Indien aan de ambtenaar van de burgerlijke stand een van de in de vorige zin genoemde beletselen bekend is, mag hij niet tot een aangifte of registratie meewerken, ook al zou geen stuiting hebben plaatsgehad.
- 6.** Ter zake van de partnerschapsregistratie zijn de artikelen 31, 32, 35 tot en met 39, 41, 44 tot en met 49, 58, en 62 tot en met 66 van overeenkomstige toepassing.
- 7.** Op de nietigverklaring van een partnerschapsregistratie zijn van overeenkomstige toepassing de artikelen 69 tot en met 73, 74, 75 tot en met 77, eerste lid en tweede lid, onderdelen b en c.
- 8.** Op het bewijs van het bestaan van de partnerschapsregistratie zijn de artikelen 78 en 79 van overeenkomstige toepassing.

### **Artikel 80b**

Op een geregistreerd partnerschap zijn de titels 6, 7 en 8 van overeenkomstige toepassing.

### **Artikel 80c**

Het geregistreerd partnerschap eindigt:

- a. door de dood;
- b. indien de vermiste, die overeenkomstig de bepalingen van de tweede of derde afdeling van de achttiende titel van dit boek vermoedelijk overleden dan wel overleden is verklaard, nog in leven is op de dag waarop de achtergebleven geregistreerde partner een nieuw geregistreerd partnerschap of huwelijk is aangegaan: door de voltrekking van dit geregistreerd partnerschap of huwelijk;
- c. met wederzijds goedvinden door inschrijving door de ambtenaar van de burgerlijke stand van een door beide partners en een of meer advocaten of notarissen ondertekende en gedateerde verklaring waaruit blijkt dat en op welk tijdstip de partners omtrent de beëindiging van het geregistreerd partnerschap een overeenkomst hebben gesloten.
- d. door ontbinding op verzoek van één der partners;
- e. door omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk.

### **Artikel 80d**

1. De in artikel 80c, onder *c*, bedoelde overeenkomst betreft ten minste de verklaring van beide partners dat hun geregistreerd partnerschap duurzaam ontworpen is en dat zij het willen beëindigen. Voorts betreft de overeenkomst, evenwel niet op straffe van nietigheid:

- a. de uitkering tot levensonderhoud ten behoeve van de geregisteerde partner die niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, noch zich in redelijkheid kan verwerven;
- b. wie van de geregisteerde partners huurder van de woonruimte die hen tot hoofdverblijf dient, zal zijn of wie van de geregisteerde partners gedurende een bij de overeenkomst te bepalen termijn het gebruik zal hebben van de woning en de inboedel die een van hen of hen beiden toebehoren dan wel ten gebruike toekomen;
- c. de verdeling van enige gemeenschap waarin de partners de registratie zijn aangegaan dan wel de verrekening die bij voorwaarden als bedoeld in titel 8 is overeengekomen;
- d. de verevening of verrekening van pensioenrechten.

2. Op een beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden zijn de artikelen 155, 159, eerste en derde lid, 159a, 160 en 164 van overeenkomstige toepassing.

3. De verklaring, bedoeld in artikel 80c, onder *c*, wordt slechts ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, indien zij de ambtenaar van de burgerlijke stand uiterlijk drie maanden na het sluiten van de overeenkomst heeft bereikt.

### **Artikel 80e**

1. Op een ontbinding van een geregistreerd partnerschap als bedoeld in artikel 80c, onder *d*, zijn de artikelen 151, 153, 155, 157 tot en met 160, 164 en 165 van overeenkomstige toepassing.

2. De ontbinding komt tot stand door inschrijving van een rechterlijke uitspraak op verzoek van partijen of van één van hen in de registers van de burgerlijke stand. Artikel 163, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

### **Artikel 80f**

Indien de partijen wier geregistreerd partnerschap is beëindigd, opnieuw een geregistreerd partnerschap met elkaar aangaan dan wel met elkaar in het huwelijk treden, herleven alle gevolgen van het geregistreerd partnerschap van rechtswege alsof er geen beëindiging heeft plaats gehad. Nochtans wordt de geldigheid van rechtshandelingen die tussen de inschrijving van de beëindiging en de nieuwe registratie of het huwelijk zijn verricht, beoordeeld naar het tijdstip van de handeling. Op het maken of wijzigen van de voorwaarden, bedoeld in titel 8, vóór het aangaan van de nieuwe registratie of het huwelijk is artikel 119 van overeenkomstige toepassing.

### **Artikel 80g**

1. Indien twee personen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kenbaar maken dat zij het geregistreerd partnerschap dat zij zijn aangegaan, omgezet wensen te zien in een huwelijk, kan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van één der partijen ter zake een akte van omzetting opmaken. Indien de geregisteerde partners van wie ten minste één de Nederlandse nationaliteit bezit, buiten Nederland woonplaats hebben en in Nederland hun geregistreerd partnerschap in een huwelijk willen omzetten, geschiedt de omzetting bij de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage.

2. De artikelen 65 en 66 zijn van overeenkomstige toepassing.

3. Een omzetting doet het geregistreerd partnerschap eindigen en het huwelijk aanvangen op het tijdstip dat de akte van omzetting in het register van huwelijken is opgemaakt. De omzetting brengt geen wijziging in de al dan niet bestaande familierechtelijke betrekkingen met kinderen die voor de omzetting zijn geboren.

Titel 6. Rechten en verplichtingen van echtgenoten

### **Artikel 81**

Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen.

### **Artikel 82**

Echtgenoten zijn jegens elkaar verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen.

### **Artikel 83**

[Vervallen.]

### **Artikel 84**

1. De kosten der huishouding, daaronder begrepen de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen, komen ten laste van het gemene inkomen van de echtgenoten, voor zover dit ontoereikend is, ten laste van hun eigen inkomens in evenredigheid daarvan; voor zover de inkomens ontoereikend zijn, komen deze kosten ten laste van het gemene vermogen en, voor zover ook dit ontoereikend is, ten laste van de eigen vermogens naar evenredigheid daarvan. Een en ander geldt niet voor zover bijzondere omstandigheden zich er tegen verzetten.
2. De echtgenoten zijn jegens elkaar verplicht dienovereenkomstig tot de bestrijding van de in het eerste lid bedoelde uitgaven voldoende gelden ter beschikking te stellen uit de onder hun bestuur staande goederen, voor zover bijzondere omstandigheden zich daartegen niet verzetten.
3. Bij schriftelijke overeenkomst kan een van het eerste en tweede lid afwijkende regeling worden getroffen.
4. Geschillen tussen de echtgenoten omtrent de toepassing van het eerste tot en met derde lid worden door de rechtbank op verzoek van beiden of een van hen beslist.
5. Op verzoek van beide of van een van de echtgenoten kan de rechtbank een gegeven beschikking of een onderling getroffen regeling wijzigen op grond van veranderde omstandigheden.

#### **Artikel 85**

1. De ene echtgenoot is naast de andere voor het geheel aansprakelijk voor de door deze ten behoeve van de gewone gang van de huishouding aangegane verbintenissen, met inbegrip van die welke voortvloeien uit de door hem als werkgever ten behoeve van de huishouding aangegane arbeidsovereenkomsten.

#### **Artikel 86**

1. De rechtbank kan, wanneer daartoe gegronde redenen bestaan, op verzoek van een echtgenoot bepalen dat deze niet aansprakelijk zal zijn voor de door de andere echtgenoot in het vervolg aangegane verbintenissen als bedoeld in het eerste lid van het vorige artikel.
2. Een overeenkomstig dit artikel gegeven rechterlijke beschikking kan bij veranderde omstandigheden op gelijke wijze als zij is tot stand gekomen, worden gewijzigd of opgeheven.
3. De beschikking kan aan derden die van haar bestaan onkundig waren, slechts worden tegengeworpen, indien zij ingeschreven was in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in artikel 116 van dit boek, en na de inschrijving veertien dagen waren verlopen.
4. In de beschikking kan worden bepaald dat zij bovendien moet worden bekend gemaakt in een of meer door de rechter aangewezen dagbladen. In dat geval werkt de beschikking ten nadele van derden die daarvan onkundig waren, ook niet vóór deze bekendmaking.

#### **Artikel 87**

[Vervallen.]

#### **Artikel 88**

1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen:
  - a. overeenkomsten strekkende tot vervreemding, bezwaring of ingebruikgeving en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning of van zaken die bij een zodanige woning of tot de inboedel daarvan behoren;
  - b. giften, met uitzondering van de gebruikelijke, van de niet bovenmatige en van die waarvoor tijdens zijn leven niets aan zijn vermogen wordt onttrokken;
  - c. overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt;
  - d. overeenkomsten van koop op afbetaling, behalve van zaken welke kennelijk uitsluitend of hoofdzakelijk ten behoeve van de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf strekken.
2. De echtgenoot behoeft de toestemming niet, indien hij tot het verrichten der rechtshandeling is verplicht op grond van de wet of op grond van een voorafgaande rechtshandeling waarvoor die toestemming is verleend of niet was vereist.
3. De toestemming moet schriftelijk worden verleend, indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling een vorm voorschrijft.
4. Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.
5. Indien de andere echtgenoot door afwezigheid of een andere oorzaak in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te verklaren of zijn toestemming niet verleent, kan de beslissing van de kantonrechter worden ingeroepen.

### **Artikel 89**

1. Een rechtshandeling die een echtgenoot in strijd met het vorige artikel heeft verricht, is vernietigbaar; slechts de andere echtgenoot kan een beroep op de vernietigingsgrond doen.
2. Het vorige lid geldt niet voor een andere handeling dan een gift, indien de wederpartij te goeder trouw was.
3. Het einde van het huwelijk en scheiding van tafel en bed hebben geen invloed op de bevoegdheid om ter vernietiging van een rechtshandeling van een echtgenoot een beroep op de vernietigingsgrond te doen, die voordien was ontstaan. Indien de andere echtgenoot dientengevolge schuldenaar uit die rechtshandeling wordt, geldt artikel 51 lid 3 van Boek 3 voor hem slechts, zolang de termijn van artikel 52 lid 1 van Boek 3 niet is verstreken.
4. De verklaring of rechtsvordering tot vernietiging behoeft in afwijking van de artikelen 50 lid 1 en 51 lid 2 van Boek 3 niet mede te worden gericht tot de echtgenoot die de handeling heeft verricht.
5. De echtgenoot die een beroep op de vernietigingsgrond heeft gedaan, kan tevens alle uit de nietigheid voortvloeiende rechtsvorderingen instellen.

### **Artikel 90**

1. Een echtgenoot is bevoegd tot het bestuur van zijn eigen goederen en, volgens de regels van artikel 97, tot het bestuur van goederen van een gemeenschap.
2. Het bestuur van een echtgenoot over een goed omvat de uitoefening, met uitsluiting van de andere echtgenoot, van de daaraan verbonden bevoegdheden, daaronder begrepen de bevoegdheid tot beschikking en de bevoegdheid om ten aanzien van dat goed feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten, onverminderd de bevoegdheden tot genot en gebruik die de andere echtgenoot overeenkomstig de huwelijksverhouding toekomen.
3. Tussen de echtgenoot die het hem toekomend bestuur overlaat aan de andere echtgenoot, en deze laatste zijn de bepalingen omtrent opdracht van overeenkomstige toepassing, met inachtneming van de aard van de huwelijksverhouding en de aard der goederen.
4. De echtgenoot die een goed bestuurt, kan als partij naast de andere echtgenoot toetreden tot een rechtshandeling die deze laatste met betrekking tot dat goed heeft verricht. De verklaring van toetreding wordt gericht tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn; artikel 56 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing. Is voor het verrichten van de rechtshandeling een bepaalde vorm voorgeschreven, dan geldt voor de toetreding hetzelfde vereiste. De echtgenoot kan toetreding tot bijkomstige en tot reeds opeisbare rechten en verplichtingen uitsluiten; hij wordt geacht zich slechts te hebben verbonden onder eerbiediging van tevoren aan derden verleende rechten.

### **Artikel 91**

1. Indien een echtgenoot door afwezigheid of een andere oorzaak in de onmogelijkheid verkeert zijn goederen of de goederen der gemeenschap te besturen, of in ernstige mate tekortschiet in het bestuur van de goederen der gemeenschap, kan de rechtbank op verzoek van de andere echtgenoot aan deze het bestuur over die goederen of een deel daarvan met uitsluiting van de eerstgenoemde echtgenoot opdragen. De rechter kan bij de opdracht nadere regelen stellen omtrent het bestuur en de vertegenwoordiging in de zin van lid 4.
2. De artikelen 86 leden 2-4 en 90 lid 3 zijn van overeenkomstige toepassing.
3. De rechter gelast de oproeping van beide echtgenoten en, zo de in lid 1 eerstgenoemde echtgenoot een vertegenwoordiger heeft aangesteld, ook deze.
4. De echtgenoot aan wie het bestuur over goederen wordt opgedragen, is bevoegd tot vertegenwoordiging van de echtgenoot aan wie het wordt onttrokken, bij andere dan bestuurshandelingen met betrekking tot die goederen.

### **Artikel 92**

1. Is aan een derde niet kenbaar wie van de echtgenoten bevoegd is tot het bestuur over een roerende zaak die geen registergoed is, of een recht aan toonder, dan mag hij de echtgenoot die de zaak of het papier aan toonder onder zich heeft, bevoegd achten.
2. De echtgenoot die ten gevolge van een rechtshandeling van de andere echtgenoot door een derde te goeder trouw in het bestuur van een goed is gestoord, verliest het recht tot beëindiging van de stoornis, indien hij zich tegen de stoornis niet heeft verzet binnen een redelijke termijn nadat zij te zijner kennis is gekomen. De bevoegdheid van de echtgenoot tot beëindiging van de stoornis vervalt eveneens indien de derde hem een redelijke termijn heeft gesteld ter uitoefening van die bevoegdheid en hij daarvan geen gebruik heeft gemaakt.
3. Aan een derde kan niet worden tegengeworpen dat een vordering tot vergoeding welke tijdens het huwelijk is ontstaan wegens vermogensverschuiving tussen de echtgenoten onderling of tussen een der echtgenoten en een tussen hen bestaande gemeenschap, niet opeisbaar is.

## **Artikel 92a**

Deze titel is niet van toepassing op van tafel en bed gescheiden echtgenoten.

Titel 7. De wettelijke gemeenschap van goederen

Afdeling 1. Algemene bepalingen

## **Artikel 93**

Van het ogenblik der voltrekking van het huwelijk bestaat tussen de echtgenoten van rechtswege algehele gemeenschap van goederen, voor zover daarvan bij huwelijkse voorwaarden niet is afgeweken.

## **Artikel 94**

1. De gemeenschap omvat, wat haar baten betreft, alle tegenwoordige en toekomstige goederen der echtgenoten, met uitzondering van goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen.

2. Zij omvat, wat haar lasten betreft, alle schulden van ieder der echtgenoten.

3. Goederen en schulden die aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn, vallen slechts in de gemeenschap voor zover die verknochtheid zich hiertegen niet verzet.

4. Onverminderd het in artikel 155 van dit boek bepaalde vallen pensioenrechten waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (*Stb.* 1994, 342) van toepassing is alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen niet in de gemeenschap.

## **Artikel 95**

1. Voor een schuld van een echtgenoot, die in de gemeenschap is gevallen, kunnen zowel de goederen der gemeenschap als zijn eigen goederen worden uitgewonnen.

2. De echtgenoot uit wiens eigen goederen een schuld der gemeenschap is voldaan, heeft deswege recht op vergoeding uit de goederen der gemeenschap.

## **Artikel 96**

1. Ook voor een schuld van een echtgenoot, die niet in de gemeenschap is gevallen, kunnen de goederen der gemeenschap worden uitgewonnen, tenzij de andere echtgenoot eigen goederen van eerstgenoemde aanwijst, die voldoende verhaal bieden.

2. De echtgenoot wiens niet in de gemeenschap gevallen schuld uit goederen der gemeenschap is voldaan, is deswege gehouden tot vergoeding aan de gemeenschap.

Afdeling 2. Het bestuur van de gemeenschap

## **Artikel 97**

1. Een goed der gemeenschap staat onder het bestuur van de echtgenoot van wiens zijde het in de gemeenschap is gevallen, voor zover niet de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden anders zijn overeengekomen of de rechter met toepassing van artikel 91 van dit boek anders heeft bepaald. Een goed dat moet worden geacht in de plaats te treden van een bepaald ander goed, komt onder het bestuur van de echtgenoot die het vervangen goed bestuurde. Een goed dat op naam van een der echtgenoten is gesteld, staat evenwel onder diens bestuur. Elk der echtgenoten is bevoegd tot stuiting van verjaring ten behoeve van de gemeenschap.

2. Is een goed der gemeenschap met toestemming, verleend door de echtgenoot onder wiens bestuur het stond, dienstbaar aan een beroep of bedrijf van de andere echtgenoot, dan berust het bestuur van dat goed, voor zover het handelingen betreft die als normale uitoefening van dat beroep of bedrijf zijn te beschouwen, bij laatstgenoemde echtgenoot en voor het overige bij de echtgenoten gezamenlijk. Een verleende toestemming geldt voor de gehele duur van het beroep of bedrijf, tenzij de echtgenoten anders overeenkomen, doch de rechtbank kan de dienstbaarheid op verzoek van een echtgenoot te allen tijde wegens gegronde redenen beëindigen.

## **Artikel 98**

De echtgenoten verstrekken elkander desgevraagd inlichtingen over het gevoerde bestuur, alsmede over de stand der goederen en schulden van de gemeenschap.

Afdeling 3. Ontbinding van de gemeenschap

## **Artikel 99**

1. De gemeenschap wordt van rechtswege ontbonden:

a. door het eindigen van het huwelijk;

b. door scheiding van tafel en bed;

c. door een beschikking die de gemeenschap opheft;

d. door opheffing bij latere huwelijkse voorwaarden.

2. Tezamen met een verzoek waarvan toewijzing ontbinding tot gevolg zal hebben kan reeds overeenkomstig titel 7 van Boek 3 een vordering worden ingesteld tot verdeling van de gemeenschap, tot gelasten van de wijze van verdeling en tot vaststelling van de verdeling, telkens voor het geval de gemeenschap wordt ontbonden.

#### **Artikel 100**

1. De echtgenoten hebben een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap, tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden.

2. Zij die bij de ontbinding van de gemeenschap schuldeiser zijn, behouden het hun toekomende recht van verhaal op de goederen der gemeenschap, zolang deze niet verdeeld zijn.

#### **Artikel 101**

Na de ontbinding der gemeenschap heeft ieder der echtgenoten de bevoegdheid de te zijnen gebruike strekkende kleren en kleinodiën, alsmede zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken tot zijn familie behorende, tegen de geschatte prijs over te nemen.

#### **Artikel 102**

Na ontbinding van de gemeenschap blijft ieder der echtgenoten voor het geheel aansprakelijk voor de gemeenschapsschulden, waarvoor hij voordien aansprakelijk was. Voor andere schulden van de gemeenschap is hij voor de helft aansprakelijk; voor dat gedeelte der schuld is hij hoofdelijk met de andere echtgenoot verbonden.

#### **Artikel 103**

1. Ieder der echtgenoten heeft het recht van de gemeenschap afstand te doen; alle daarmede strijdige overeenkomsten zijn nietig.

2. Het deel der gemeenschap waarvan afstand wordt gedaan, wast aan bij het deel van de andere echtgenoot.

3. De echtgenoot die afstand heeft gedaan, kan uit de gemeenschap niets terugvorderen dan alleen zijn bed met bijbehorend beddegoed en de kleren die hij voor zijn persoonlijk gebruik nodig heeft. Hij kan de papieren en gedenkstukken, tot zijn familie behorende, tegen de geschatte prijs overnemen.

4. Door deze afstand wordt hij ontheven van de aansprakelijkheid en de draagplicht voor schulden der gemeenschap, waarvoor hij vóór de ontbinding der gemeenschap niet aansprakelijk was.

5. Hij blijft aansprakelijk voor de schulden der gemeenschap, waarvoor hij vóór de ontbinding der gemeenschap aansprakelijk was. Indien hij een schuld, waarvoor beide echtgenoten vóór de ontbinding der gemeenschap voor het geheel aansprakelijk waren, voor meer dan de helft heeft voldaan, heeft hij voor het meerdere verhaal tegen de andere echtgenoot.

6. Indien de andere echtgenoot een schuld der gemeenschap, waarvoor hij vóór de ontbinding der gemeenschap niet aansprakelijk was, geheel of ten dele heeft voldaan, heeft hij deswege verhaal tegen de echtgenoot die de afstand heeft gedaan. Heeft hij een schuld, waarvoor beide echtgenoten vóór de ontbinding der gemeenschap voor het geheel aansprakelijk waren, voor meer dan de helft voldaan, dan heeft hij voor het meerdere verhaal tegen de echtgenoot die de afstand heeft gedaan.

#### **Artikel 104**

1. De echtgenoot die van het bij het vorige artikel omschreven voorrecht wil gebruik maken, is verplicht binnen drie maanden na de ontbinding der gemeenschap een akte van afstand te doen inschrijven in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in artikel 116 van dit boek, op verbeurte van dit voorrecht.

2. Indien de gemeenschap door de dood van de andere echtgenoot wordt ontbonden, begint de termijn van drie maanden te lopen op de dag waarop de echtgenoot die van het voorrecht wil gebruik maken, van dat overlijden kennis heeft genomen. Indien de gemeenschap door opheffing of door scheiding van tafel en bed is ontbonden, eindigt de termijn drie maanden nadat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan.

#### **Artikel 105**

1. De erfgenamen van een echtgenoot, door wiens overlijden de gemeenschap is ontbonden, of die binnen de in het vorige artikel gestelde termijn is overleden zonder afstand te hebben gedaan, zijn ieder voor hun aandeel bevoegd op de in het vorige artikel omschreven wijze afstand te doen binnen drie maanden nadat zij met het overlijden bekend zijn geworden.

2. De aanspraak van de echtgenoot tot terugvordering van zijn bed, beddegoed, en kleren uit de gemeenschap kan niet worden overgedragen en gaat ook niet over op zijn erfgenamen.

#### **Artikel 106**

De rechtbank van de plaats waar de akte van afstand moet worden ingeschreven, kan de voor de inschrijving gestelde termijn voor de afloop daarvan een of meer malen op grond van bijzondere omstandigheden verlengen.

#### **Artikel 107**

1. De echtgenoot of zijn erfgenaam, die zich de goederen der gemeenschap heeft aangetrokken of goederen daarvan heeft weggemaakt of verduisterd, kan geen afstand meer doen. Daden van dagelijks bestuur of tot behoud van de goederen brengen dit gevolg niet teweeg.
2. Hij die na gedane afstand goederen der gemeenschap wegmacht of verduistert, verliest de bevoegdheid artikel 103 lid 4 van dit boek in te roepen.

#### **Artikel 108**

1. Afstand van de gemeenschap, door een echtgenoot of een erfgenaam van een echtgenoot gedaan nadat door de andere echtgenoot of een of meer van diens erfgenamen afstand werd gedaan, heeft niet de gevolgen, omschreven in artikel 103 leden 2 en 3 van dit boek, en verplicht hen die tot de gemeenschap gerechtigd zijn, haar te vereffenen. De wetsbepalingen betreffende de vereffening van een onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap zijn zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing.
2. Indien hij die tot vereffening van de gemeenschap gehouden is, na tot het afleggen van de rekening en verantwoording te zijn aangemaand, in gebreke blijft aan deze verplichting te voldoen, verliest hij de bevoegdheid artikel 103 lid 4 van dit boek in te roepen.
3. De termijn van drie maanden, genoemd in artikel 1082, begint met de aanvang van de dag waarop hij aan artikel 104 lid 1 van dit boek heeft voldaan. De rechtbank kan de termijn op zijn verzoek op grond van bijzondere omstandigheden verlengen; deze verlenging kan ook na verloop van de termijn nog worden verzocht.

Afdeling 4. Opheffing van de gemeenschap bij beschikking

#### **Artikel 109**

Een echtgenoot kan opheffing van de gemeenschap verzoeken, wanneer de andere echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, de goederen der gemeenschap verspilt, handelingen verricht, die kennelijk indruisen tegen het bestuur van de andere echtgenoot over goederen der gemeenschap, of weigert de nodige inlichtingen te geven omtrent de stand van de goederen der gemeenschap en van de daarop verhaalbare schulden en het over die goederen gevoerde bestuur.

#### **Artikel 110**

1. Het verzoek moet in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in artikel 116 van dit boek, worden ingeschreven, en moet openlijk worden bekend gemaakt in een landelijk dagblad of in een dagblad verschijnend in de streek waar de tot kennisneming van het verzoek bevoegde rechter zitting houdt. De bekendmaking vermeldt de datum van het verzoek en de naam, de voornamen, het beroep en de woonplaats van ieder der echtgenoten. De beschikking mag niet worden gegeven binnen een maand nadat de bekendmaking heeft plaatsgehad.
2. De echtgenoot die de opheffing van de gemeenschap vraagt, kan tot behoud van zijn recht de maatregelen nemen, die in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nader zijn aangegeven.

#### **Artikel 111**

1. De beschikking, waarbij het verzoek tot opheffing van de gemeenschap is toegewezen, werkt terug tot de dag, waarop aan het eerste lid van het vorige artikel is voldaan, vanaf welke dag de echtgenoten worden geacht te zijn gehuwd met uitsluiting van gemeenschap van goederen, onder al zodanige bedingen als de beschikking zal hebben vastgesteld.
2. Indien de echtgenoot tegen wie het verzoek is toegewezen, de gemeenschap heeft benadeeld doordat hij na de aanvang van het geding of binnen zes maanden daarvóór licht vaardig schulden heeft gemaakt, goederen der gemeenschap heeft verspild, of een rechtshandeling als bedoeld in artikel 88 van dit boek zonder de vereiste toestemming of machtiging heeft verricht, is hij gehouden de aangerichte schade aan de gemeenschap te vergoeden.
3. Een op het vorige lid gegronde vordering kan niet later worden ingesteld dan drie jaren nadat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan.

#### **Artikel 112**



1. De opheffing van de gemeenschap moet, om tegen derden die daarvan onkundig waren te werken, openlijk worden bekend gemaakt en, nadat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in artikel 116 van dit boek.

2. De bekendmaking geschiedt door plaatsing van een uittreksel van de beschikking in de *Staatscourant* en in een of meer in de beschikking aangewezen dagbladen. Het uittreksel bevat de gegevens, bedoeld in artikel 110, eerste lid, alsmede de dagtekening van de beschikking en de aanduiding van de rechtbank die haar heeft gegeven. De gronden waarop de beschikking berust mogen in het uittreksel niet worden opgenomen.

#### **Artikel 113**

Is de gemeenschap door opheffing ontbonden, dan kunnen de echtgenoten daarna, echter alleen bij huwelijksvoorwaarden, wederom een gemeenschap overeenkomen.

Titel 8. Huwelijksvoorwaarden

Afdeling 1. Huwelijksvoorwaarden in het algemeen

#### **Artikel 114**

Huwelijksvoorwaarden kunnen zowel door aanstaande echtgenoten vóór het sluiten van het huwelijk als door echtgenoten tijdens het huwelijk worden gemaakt.

#### **Artikel 115**

1. Huwelijksvoorwaarden moeten op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan.

2. Een volmacht tot het aangaan van huwelijksvoorwaarden moet schriftelijk worden verleend en moet de in de huwelijksvoorwaarden op te nemen bepalingen bevatten.

#### **Artikel 116**

1. Bepalingen in huwelijksvoorwaarden kunnen aan derden die daarvan onkundig waren, slechts worden tegengeworpen, indien die bepalingen ingeschreven waren in het openbaar huwelijksgoederenregister, gehouden ter griffie der rechtbank binnen welker rechtsgebied het huwelijk is voltrokken, of, indien het huwelijk buiten Nederland is aangegaan, ter griffie van de rechtbank te 's-Gravenhage.

2. De wijze van inrichting en raadpleging van het register wordt nader bij algemene maatregel van bestuur geregeld.

#### **Artikel 117**

1. Huwelijksvoorwaarden vóór het huwelijk gemaakt of gewijzigd, zijn slechts geldig, indien zij wier toestemming tot het huwelijk noodzakelijk is, bij de akte hun toestemming tot de huwelijksvoorwaarden of de wijziging hebben gegeven; is de toestemming van de kantonrechter nodig, dan kan worden volstaan met vasthechting van zijn beschikking aan de minuut van de akte. Op het verzoek tot toestemming van de kantonrechter is artikel 39 lid 1 van dit boek van overeenkomstige toepassing.

2. Vóór het huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden beginnen te werken van het tijdstip der voltrekking van het huwelijk; geen ander tijdstip kan daarvoor worden aangewezen.

#### **Artikel 118**

De echtgenoot die onder curatele staat, kan na de huwelijksvoltrekking slechts met toestemming van zijn curator huwelijksvoorwaarden maken of wijzigen.

#### **Artikel 119**

1. Het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden tijdens het huwelijk behoeft de goedkeuring van de rechtbank. Bij het verzoekschrift der echtgenoten wordt een ontwerp van de notariële akte overgelegd. Het verzoekschrift kan zonder tussenkomst van een procureur worden ingediend.

2. De gehele of gedeeltelijke goedkeuring wordt slechts geweigerd, indien gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat, of indien een of meer voorwaarden strijden met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

3. Indien de akte niet is verleden binnen drie maanden na het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking waarbij de goedkeuring is verleend, vervalt deze.

#### **Artikel 120**

1. Tijdens het huwelijk gemaakte of gewijzigde huwelijksvoorwaarden beginnen te werken op de dag, volgende op die waarop de akte is verleden, tenzij in de akte een later tijdstip is aangewezen.

2. Bepalingen in deze huwelijkse voorwaarden kunnen aan derden die daarvan onkundig waren, slechts worden tegengeworpen, indien zij ten minste veertien dagen in het huwelijksgoederenregister ingeschreven waren.

#### **Artikel 121**

1. Partijen kunnen bij huwelijkse voorwaarden afwijken van de regels der wettelijke gemeenschap, mits die voorwaarden niet met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden, of de openbare orde strijden.
2. Zij kunnen niet bepalen dat een hunner tot een groter aandeel in de schulden zal zijn gehouden, dan zijn aandeel in de goederen der gemeenschap belooft.
3. Zij kunnen niet afwijken van de rechten die uit het ouderlijk gezag voortspuiten, noch van de rechten die de wet aan een langstlevende echtgenoot toekent.

#### **Artikel 122**

De bepalingen van de vorige titel zijn van toepassing, voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of door de aard der bedingen, bij de huwelijkse voorwaarden gemaakt, is afgeweken.

#### **Artikel 123**

Wanneer bij huwelijkse voorwaarden een gemeenschap van vruchten en inkomsten is overeengekomen, gelden de artikelen 124-127 van dit boek, voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of door de aard der bedingen is afgeweken.

#### **Artikel 124**

1. De gemeenschap van vruchten en inkomsten omvat, wat haar baten betreft, alle goederen die de echtgenoten tijdens het bestaan van de gemeenschap hebben verkregen anders dan door erfopvolging, making of gift, met uitzondering van hetgeen krachtens de volgende leden buiten de gemeenschap valt.
2. Een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, blijft buiten de gemeenschap, indien het voor meer dan de helft van zijn prijs ten laste van hem persoonlijk komt.
3. Buiten de gemeenschap valt hetgeen wordt geïnd op een vordering die buiten de gemeenschap valt, alsmede een vordering tot vergoeding die in de plaats van een eigen goed van een echtgenoot treedt, waaronder begrepen een vordering ter zake van waardevermindering van zulk een goed.

#### **Artikel 125**

De gemeenschap van vruchten en inkomsten omvat, wat haar lasten betreft, alle schulden van de echtgenoten, met uitzondering van die welke hetzij bij de aanvang van de gemeenschap bestonden, hetzij op verkrijgingen door erfopvolging, making of gift drukken, hetzij slechts de persoon of eigen goederen van één der echtgenoten betreffen en noch geheel noch gedeeltelijk uit inkomsten betaald plegen te worden. Een schuld die een echtgenoot met medeweten van de schuldeiser in verband met de verwerving van een eigen goed aangaat, valt niet in de gemeenschap.

#### **Artikel 126**

1. Buiten de gemeenschap van vruchten en inkomsten vallen de goederen en schulden die behoren tot een door één der echtgenoten uitgeoefend bedrijf of vrij beroep. Deze bepaling is niet van toepassing op registergoederen op naam van de andere echtgenoot.
2. Ten bate of ten laste van de gemeenschap komen vergoedingen ten bedrage van de winsten en verliezen van het bedrijf of beroep, vast te stellen naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd.
3. Voor zover een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefend bedrijf hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, wordt dat bedrijf voor de toepassing van het vorige lid aangemerkt als een door die echtgenoot uitgeoefend bedrijf.

#### **Artikel 127**

Voor zover bij de ontbinding van de gemeenschap van vruchten en inkomsten de goederen der gemeenschap, met inachtneming van de in het vorige artikel en de artikelen 95 lid 2 en 96 lid 2 van dit boek bedoelde vergoedingen, niet toereikend zijn om de schulden van de gemeenschap te voldoen, worden deze gedragen door de echtgenoot van wiens zijde zij in de gemeenschap zijn gevallen, voor zover de aard der schulden niet tot een andere draagplicht leidt.

#### **Artikel 128**

Wanneer bij huwelijkse voorwaarden is overeengekomen dat er gemeenschap van winst en verlies zal bestaan, zijn de artikelen 124-126 van dit boek van overeenkomstige toepassing, voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of

door de aard der bedingen is afgeweken.

#### **Artikel 129**

[Vervallen.]

#### **Artikel 130**

Een echtgenoot kan tegen derden zijn aanbreng van bij huwelijkse voorwaarden buiten de gemeenschap gehouden goederen, voor wat betreft rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn, slechts bewijzen door hun vermelding in de akte van huwelijkse voorwaarden of in een door de partijen en de notaris ondertekende, aan de minuut van die akte vastgehechte beschrijving. Indien de vermelding van een goed geen afdoende omschrijving daarvan biedt, kan aanvullend bewijs door alle middelen worden geleverd; ten aanzien van goederen die een echtgenoot buiten diens weten opgekomen waren, kan het bewijs door alle middelen worden geleverd.

#### **Artikel 131**

**1.** Bestaat tussen de echtgenoten een geschil aan wie van hen beiden een recht aan toonder of een zaak die geen registergoed is, toebehoort en kan geen van beiden zijn recht op dit goed bewijzen, dan wordt dat goed als gemeenschapsgoed aangemerkt, wanneer tussen hen een gemeenschap bestaat die dit goed kan omvatten; bestaat er geen zodanige gemeenschap, dan wordt het goed geacht aan ieder der echtgenoten voor de helft toe te behoren.

**2.** Het vermoeden werkt niet ten nadele van de schuldeisers der echtgenoten.

#### Afdeling 2

Paragraaf 1. Algemene regels voor verrekenbedingen

#### **Artikel 132**

**1.** Deze afdeling is van toepassing op huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of van vermogen.

**2.** Tenzij anders is bepaald, kan van deze afdeling bij huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk of door de aard der bedingen worden afgeweken.

#### **Artikel 133**

**1.** De verplichting tot verrekening van inkomsten of van vermogen is wederkerig.

**2.** De verplichting tot verrekening heeft uitsluitend betrekking op inkomsten die of op vermogen dat de echtgenoten tijdens het bestaan van deze verplichting hebben verkregen. De verplichting tot verrekening heeft geen betrekking op vermogen dat krachtens erfopvolging, making of gift wordt verkregen en ook niet op de vruchten daaruit of de voor dat vermogen of voor die vruchten in de plaats getreden goederen.

#### **Artikel 134**

Bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift kan worden bepaald dat geen verrekening van krachtens erfopvolging, making of gift verkregen vermogen en van de vruchten daarvan plaatsvindt, indien verrekening daarvan ingevolge huwelijkse voorwaarden zou behoren plaats te vinden.

#### **Artikel 135**

**1.** De verrekening van inkomsten of van vermogen geschiedt bij helfte.

**2.** Op de verrekening zijn de artikelen 181, 183 en 195 tot en met 200 van Boek 3 van dit wetboek van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat voor de beoordeling van de vraag of benadeling als bedoeld in artikel 196 van Boek 3 van dit wetboek heeft plaatsgevonden, de in artikel 142 genoemde tijdstippen bepalend zijn. De artikelen 677 tot en met 680 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

**3.** Een echtgenoot die opzettelijk een tot het te verrekenen vermogen behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt waardoor de waarde daarvan niet in de verrekening is betrokken, dient de waarde daarvan niet te verrekenen, maar geheel aan de andere echtgenoot te vergoeden.

#### **Artikel 136**

**1.** Indien een goed onder aanwending van te verrekenen vermogen is verkregen, wordt het verkregen goed tot het te verrekenen vermogen gerekend voor het aandeel dat overeenkomt met het bij de verkrijging uit het te verrekenen vermogen aangewende gedeelte van de tegenprestatie gedeeld door de totale tegenprestatie. Indien een echtgenoot in verband met de verwerving van een goed een schuld is aangegaan, wordt het goed op de voet van de eerste volzin tot het te verrekenen vermogen gerekend voor zover de schuld daartoe wordt gerekend of daaruit is afgelost of betaald.

2. Bestaat tussen de echtgenoten een geschil omtrent de vraag of een goed tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend en kan geen van beiden bewijzen dat het goed tot het niet te verrekenen vermogen wordt gerekend, dan wordt dat goed aangemerkt als te rekenen tot het te verrekenen vermogen. Het vermoeden werkt niet ten nadele van de schuldeisers der echtgenoten.

#### **Artikel 137**

1. Onverminderd het derde lid, geschiedt een verrekening in geld.
2. Indien op grond van een verrekenbeding over en weer opeisbare vorderingen ontstaan, worden beide vorderingen van rechtswege met elkaar verrekend tot aan hun gemeenschappelijk beloop.
3. Een echtgenoot is slechts gehouden een inbetalinggeving van goederen te aanvaarden dan wel kan deze slechts verlangen in plaats van een verrekening in geld, voor zover de verrekening in geld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

#### **Artikel 138**

1. De ene echtgenoot is aan de andere geen verantwoording over het bestuur van zijn goederen schuldig. Slecht bestuur over die goederen verplicht niet tot schadevergoeding.
2. De ene echtgenoot kan jaarlijks van de andere echtgenoot een gespecificeerde, schriftelijke en ondertekende opgave verzoeken van de te verrekenen inkomsten en van het te verrekenen vermogen. Van deze bepaling kan niet worden afgeweken.
3. Geschillen tussen de echtgenoten betreffende de opgave worden op verzoek van een van hen door de rechtbank beslist.

#### **Artikel 139**

1. Een echtgenoot kan de opheffing van de wederzijdse verplichting tot verrekening verzoeken, wanneer de andere echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, zijn goederen verspilt of weigert de in artikel 138, tweede lid, bedoelde verplichte opgave omtrent zijn te verrekenen inkomsten of vermogen te verstrekken.
2. Indien de echtgenoot tegen wie het verzoek zich richt, het te verrekenen vermogen benadeelt doordat hij na de aanvang van het geding of binnen zes maanden daarvoor lichtvaardig schulden heeft gemaakt, te verrekenen goederen heeft verspild, of een rechtshandeling als bedoeld in artikel 88 zonder de vereiste toestemming of machtiging heeft verricht, is hij gehouden de aangerichte schade te vergoeden.
3. Van het eerste en tweede lid kan niet worden afgeweken.

#### **Artikel 140**

1. Op verzoek van de verrekenplichtige echtgenoot kan de rechter wegens gewichtige redenen bepalen dat een verschuldigde geldsom, al dan niet vermeerderd met een in de beschikking te bepalen rente, in termijnen of eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan. Hierbij let de rechter op de belangen van beide partijen. De rechter kan de verrekenplichtige echtgenoot verplichten binnen een bepaalde tijd zakelijke of persoonlijke zekerheid te stellen voor de voldoening van de verschuldigde geldsom.
  2. Hetgeen in het eerste lid omtrent een echtgenoot is bepaald, geldt op overeenkomstige wijze na zijn overlijden voor zijn rechtverkrijgenden onder algemene titel.
  3. Van het eerste en tweede lid kan niet worden afgeweken.
- Paragraaf 2. Periodieke verrekenbedingen

#### **Artikel 141**

1. Indien een verrekenplicht betrekking heeft op een in de huwelijkse voorwaarden omschreven tijdvak van het huwelijk en over dat tijdvak niet is afgerekend, blijft de verplichting tot verrekening over dat tijdvak in stand en strekt deze zich uit over het saldo, ontstaan door belegging en herbelegging van hetgeen niet verrekend is, alsmede over de vruchten daarvan.
2. Indien een verrekenplicht betrekking heeft op een in de huwelijkse voorwaarden omschreven tijdvak van het huwelijk, dan eindigt die verrekenplicht op het tijdstip zoals in artikel 142 bepaald, als dat tijdvak nog loopt.
3. Indien bij het einde van het huwelijk aan een bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenplicht als bedoeld in het eerste lid niet is voldaan, wordt het alsdan aanwezige vermogen vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit. Artikel 143 is van overeenkomstige toepassing.
4. Indien een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, en een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat, worden de niet uitgekeerde winsten uit zodanige onderneming, voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd, eveneens in aanmerking genomen bij de vaststelling van de verrekenplicht van die echtgenoot, onverminderd het eerste lid.

5. Het vierde lid is van overeenkomstige toepassing, indien een echtgenoot op eigen naam een onderneming uitoefent.

6. De vordering tot verrekening, bedoeld in het eerste lid, verjaart niet eerder dan drie jaren na de beëindiging van het huwelijk dan wel het onherroepelijk worden van de beschikking tot scheiding van tafel en bed. Deze termijn kan niet worden verkort.

Paragraaf 3. Finale verrekenbedingen

#### **Artikel 142**

1. Als tijdstip waarop de samenstelling en de omvang van het te verrekenen vermogen worden bepaald, geldt:

- a. in geval van het eindigen van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap door overlijden: het tijdstip van overlijden;
- b. in geval van beëindiging van het huwelijk door echtscheiding: het tijdstip van indiening van het verzoek tot echtscheiding;
- c. in geval van scheiding van tafel en bed: het tijdstip van indiening van het verzoek tot scheiding van tafel en bed;
- d. in geval van opheffing van de wederzijdse verplichting tot verrekening als bedoeld in artikel 139: het tijdstip van indiening van het verzoek tot opheffing van die verplichting;
- e. in geval van beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden: het tijdstip waarop de overeenkomst tot beëindiging wordt gesloten;
- f. in geval van ontbinding van het geregistreerd partnerschap op verzoek: het tijdstip van indiening van het verzoek;
- g. in geval van vermissing en een daarop gevolgd huwelijk of geregistreerd partnerschap: het tijdstip waarop de beschikking, bedoeld in artikel 417, eerste lid, in kracht van gewijsde is gegaan.

2. Van het eerste lid, aanhef en onder b tot en met f, kan bij op schrift gestelde overeenkomst worden afgeweken.

#### **Artikel 143**

1. Vanaf de in het eerste lid van artikel 142 vermelde tijdstippen kan ieder der echtgenoten verzoeken dat het te verrekenen vermogen van de andere echtgenoot wordt beschreven.

2. De artikelen 671 tot en met 676 en 679 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

3. Hetgeen in de vorige leden omtrent een echtgenoot is bepaald, geldt op overeenkomstige wijze na zijn overlijden voor zijn rechtverkrijgenden onder algemene titel.

4. Van het eerste tot en met het derde lid kan niet worden afgeweken.

#### **Artikel 144**

[Vervallen.]

#### **Artikel 145**

[Vervallen.]

Afdeling 3. Giften bij huwelijkse voorwaarden

#### **Artikel 146**

1. Echtgenoten of aanstaande echtgenoten mogen bij huwelijkse voorwaarden aan elkander, of een van beiden aan de andere, giften doen.

2. Deze giften kunnen tot onderwerp hebben tegenwoordige en bij de akte nauwkeurig omschreven goederen, of de gehele of gedeeltelijke nalatenschap; onder een gift van de gedeeltelijke nalatenschap is begrepen de gift van een of meer bepaalde goederen uit de nalatenschap.

3. Deze giften kunnen slechts worden herroepen, wanneer de begiftigde in gebreke is de hem bij de gift opgelegde verplichtingen na te komen.

4. Deze giften zijn van waarde zonder uitdrukkelijke aanneming door degene aan wie zij gemaakt zijn.

5. Zij kunnen plaatshebben onder voorwaarden welke uitvoering van de wil van de schenker afhangt.

6. De giften van tegenwoordige en bepaaldelijk omschreven goederen zijn niet onderworpen aan de voorwaarde van overleving van de begiftigde, tenzij die voorwaarde uitdrukkelijk mocht zijn gemaakt.

#### **Artikel 147**

1. Giften van de gehele of gedeeltelijke nalatenschap zijn slechts in dezelfde gevallen als andere giften in huwelijkse voorwaarden herroepelijk.

2. De echtgenoot, die zijn gehele of gedeeltelijke nalatenschap heeft weggeschonken, kan over de goederen, in die gift begrepen, niet om niet beschikken, behalve over geringe sommen tot beloning of om andere redenen door de rechter te beoordelen.

3. Een gift van de gehele of gedeeltelijke nalatenschap strekt niet ten voordele van de kinderen of andere rechtverkrijgenden van de begiftigde echtgenoot, wanneer deze vóór of gelijktijdig met de schenker mocht overlijden.

#### **Artikel 148**

Bij de huwelijkse voorwaarden kunnen ook andere personen dan de echtgenoten aan dezen of aan een dezer giften doen, echter alleen van tegenwoordige en bij de akte nauwkeurig omschreven goederen. Op deze giften zijn de bepalingen van artikel 146 van dit boek van toepassing.

## **WET VEREVENING PENSIOENRECHTEN BIJ SCHEIDING**

#### **Artikel 1**

1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt verstaan onder:

a. scheiding: echtscheiding of scheiding van tafel en bed dan wel beëindiging van het geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of vermissing;

b. tijdstip van scheiding: ingeval van echtscheiding dan wel beëindiging van het geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of vermissing: de datum van inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand;

ingeval van scheiding van tafel en bed: de datum van inschrijving van de beschikking in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in artikel 116 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek;

c. uitvoeringsorgaan: de natuurlijke of rechtspersoon, die tot uitbetaling van pensioen gehouden is;

d. pensioen: ouderdomspensioen;

e. werkgever: de werkgever van de tot verevening verplichte echtgenoot;

f. nabestaandenpensioen: weduwen- en weduwnaarspensioen dan wel pensioen ten behoeve van de achtergebleven geregistreerde partner, waaronder begrepen bijzonder weduwen- en weduwnaarspensioen onderscheidenlijk bijzonder pensioen ten behoeve van de achtergebleven geregistreerde partner.

2. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt mede verstaan onder

a. echtgenoot: eerdere echtgenoot dan wel geregistreerde partner of eerdere geregistreerde partner;

b. aanspraak op pensioen: uitzicht op pensioen;

c. pensioen: een herberekend invaliditeitspensioen of een uit hoofde van ziekte of gebreken ingevolge de in het vierde lid, onder *d.* genoemde wetten toegekend pensioen dat naar diensttijd is berekend, een en ander met ingang van de eerste dag van de maand waarin de leeftijd van 65 jaar is bereikt;

d. huwelijkse voorwaarden: voorwaarden van een geregistreerd partnerschap;

e. huwelijkssluiting: registratie van een partnerschap;

f. hertrouwen: het aangaan van een huwelijk na een geregistreerd partnerschap, het aangaan van een geregistreerd partnerschap na een huwelijk dan wel het opnieuw aangaan van een geregistreerd partnerschap.

3. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder pensioen niet verstaan een ingegaan tijdelijk pensioen of een aanspraak op tijdelijk pensioen op grond van regelingen ingevolge welke alleen een recht op uitkering van pensioen bestaat indien aan betrokkenen aansluitend aan hun dienstverband dat tijdelijk pensioen wordt dan wel zal worden uitgekeerd.

4. Deze wet is van toepassing op pensioen ingevolge:

a. een pensioenregeling op grond van een pensioentoezegging in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet (*Stb.* 1981, 18);

b. een pensioenregeling die van toepassing is op degenen, voor wie met toepassing van:

1. de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds, zoals deze luidde voor de inwerkingtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioen 2000, de deelneming in dat bedrijfstakpensioenfonds verplicht was gesteld, voorzover de regeling niet onder onderdeel a viel, of

2. Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, de deelneming in dat bedrijfstakpensioenfonds verplicht is gesteld, voorzover de regeling niet onder onderdeel a valt.

c. de bij of krachtens de Kaderwet militaire pensioenen vastgestelde bepalingen;

d. de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (*Stb.* 1979, 519);

e. de pensioenregeling bedoeld in de Wet tot invoering van een leeftijdsgrens voor het notarisambt en oprichting van een notarieel pensioenfonds (*Stb.* 1954, 407);

g.[vervallen.]

h. een beroepspensioenregeling in de zin van de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (*Stb.* 1972, 400);

i. een pensioenregeling op grond van een pensioentoezegging van een natuurlijk persoon aan degene, die met hem een overeenkomst heeft tot het verrichten van huiselijke of andere persoonlijke diensten;

j. de pensioenregeling welke van toepassing is op werknemers in de sociale werkvoorziening.

5. Deze wet is voorts van toepassing op pensioen als bedoeld in:
  - a. de Samenloopregeling Indonesische pensioenen 1960 (*Stb.* 1963, 212);
  - b. de Wet aanpassing pensioenvoorzieningen Bijstandskorps (*Stb.* 1965, 550).
6. De wet is voorts mede van toepassing op pensioen dat is opgebouwd uit middelen welke ten laste komen van het Fonds Voorheffing Pensioenverzekering, bedoeld in artikel 3 van de Wet tot bevestiging van het kinderbijslagbedrag voor het eerste kind, alsmede oprichting van het Fonds Voorheffing Pensioenverzekering (*Stb.* 1972, 702) zoals deze wet luidde op de dag voor inwerkingtreding van de Wet privatisering FVP en op pensioen dat is opgebouwd uit middelen welke ten laste komen van de stichting die op grond van artikel 2, eerste lid, van de Wet privatisering FVP is aangewezen.
7. Het vierde, vijfde en zesde lid gelden ongeacht het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten.
8. Indien op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten Nederlands recht van toepassing is, is de wet voorts van toepassing op pensioenen ingevolge een buitenlandse pensioenregeling die niet is een pensioenregeling als bedoeld in het vierde, vijfde of zesde lid met dien verstande dat een recht op uitbetaling als bedoeld in artikel 2 slechts bestaat jegens de andere echtgenoot.
9. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen uitkeringen ingevolge enigerlei regeling worden aangemerkt als pensioen in de zin van deze wet.

## Artikel 2

1. In geval van scheiding en voor zover de ene echtgenoot na de huwelijkssluiting en voor de scheiding pensioenaanspraken heeft opgebouwd, heeft de andere echtgenoot overeenkomstig het bepaalde bij of krachtens deze wet recht op pensioenevening, tenzij de echtgenoten de toepasselijkheid van deze wet hebben uitgesloten bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding.
2. Ingevolge het in het eerste lid bedoelde recht op verevening ontstaat jegens het uitvoeringsorgaan een recht op uitbetaling van een deel van elk van de uit te betalen termijnen van het pensioen, mits binnen twee jaar na het tijdstip van scheiding van die scheiding en van het tijdstip van scheiding door een van beide echtgenoten mededeling is gedaan aan het uitvoeringsorgaan door middel van een formulier waarvan het model wordt vastgesteld door Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en bekend gemaakt in de *Staatscourant*. Een recht op uitbetaling jegens het uitvoeringsorgaan sluit een recht op uitbetaling jegens de tot verevening verplichte echtgenoot uit. Ingeval partijen de toepasselijkheid van deze wet hebben uitgesloten moeten zij een gewaarmerkt afschrift of uittreksel van de in het eerste lid bedoelde overeenkomst aan het uitvoeringsorgaan overleggen. Indien de echtgenoten zulks nalaten kan deze overeenkomst niet aan het uitvoeringsorgaan worden tegengeworpen, zelfs indien de overeenkomst ingeschreven was in het openbaar huwelijksgoederenregister bedoeld in artikel 116, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.
3. De uitbetaling geschiedt onder de voorwaarden vermeld in de toepasselijke regeling. Indien het tijdstip van scheiding voor pensioeningang ligt of daarmee samenvalt, gaat de uitbetaling in op het tijdstip van pensioeningang, met dien verstande dat deze uitbetaling niet eerder ingaat dan een maand na de datum waarop het uitvoeringsorgaan het in het tweede lid bedoelde formulier heeft ontvangen. Indien het tijdstip van scheiding na pensioeningang ligt, gaat de uitbetaling in een maand na de datum waarop het uitvoeringsorgaan het in het tweede lid bedoelde formulier heeft ontvangen.
4. Het recht op uitbetaling eindigt op het tijdstip waarop het recht op pensioen eindigt of met het einde van de maand waarin de tot verevening gerechtigde echtgenoot is overleden. Het recht op uitbetaling eindigt eveneens met het einde van de maand waarin de echtgenoten een schriftelijke mededeling aan het uitvoeringsorgaan hebben gedaan, dat zij met elkaar zijn hertrouwd dan wel, ingeval van scheiding van tafel en bed, in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in artikel 116 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, hebben doen inschrijven dat de scheiding heeft opgehouden te bestaan.
5. Na ontvangst van het in het tweede lid bedoelde formulier verstrekt het uitvoeringsorgaan aan de tot verevening gerechtigde echtgenoot een bewijsstuk waaruit de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraak waarop de verevening zal worden gebaseerd blijkt alsmede de in het derde lid bedoelde ingangsdatum van de uitbetaling. De andere echtgenoot ontvangt daarvan een afschrift.
6. De tot verevening gerechtigde echtgenoot heeft een recht op uitbetaling jegens de andere echtgenoot indien niet ingevolge het tweede lid een recht op uitbetaling jegens het uitvoeringsorgaan is ontstaan, alsmede indien de uitbetaling ingevolge het derde lid ingaat na pensioeningang. In dit laatste geval houdt het recht op uitbetaling jegens de andere echtgenoot op zodra de uitbetaling door het uitvoeringsorgaan ingaat. Op het recht op uitbetaling jegens de andere echtgenoot is het bepaalde bij of krachtens deze wet van overeenkomstige toepassing.

## Artikel 3

1. Het deel bedoeld in artikel 2, tweede lid, bedraagt de helft van het pensioen dat zou moeten worden uitbetaald indien:
  - a. de tot verevening verplichte echtgenoot uitsluitend gedurende de deelnemingsjaren tussen de huwelijksluiting en het tijdstip van scheiding zou hebben deelgenomen;
  - b. hij op het tijdstip van scheiding de deelneming beëindigd zou hebben; en
  - c. hij tijdens de periode dat hij recht op pensioen heeft gehuwd of geregistreerd zou zijn.
2. Indien het pensioen na ingang daarvan wordt verhoogd of verlaagd, word het bedrag dat voortvloeit uit het eerste lid verhoogd of verlaagd met een evenredig deel van de verhoging of verlaging van het pensioen.
3. Een pensioen wordt niet verevend, indien op het tijdstip van scheiding het deel van dat pensioen, waarop recht op uitbetaling ontstaat, het in Artikel 32, vijfde lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet genoemde bedrag niet te boven gaat.

#### **Artikel 4**

1. Bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding kunnen de echtgenoten in afwijking van artikel 3, aanhef en onderdeel *a* van het eerste lid, overeenkomen het deel bedoeld in artikel 2, tweede lid, te bepalen op een door hen te kiezen vast percentage dan wel de in artikel 3, eerste lid, onder *a*, nader bepaalde periode te wijzigen. Het bij geschrift met het oog op de scheiding door de echtgenoten overeen te komen deel kan niet worden bepaald op een percentage dat op het tijdstip van scheiding resulteert in een pensioenaanspraak gelijk aan of lager dan het in artikel 3, derde lid, bedoelde bedrag.
2. Mits de echtgenoten binnen twee jaar na het tijdstip van scheiding een gewaarmerkt afschrift of uittreksel van de in het eerste lid bedoelde overeenkomst aan het uitvoeringsorgaan hebben overgelegd, is het uitvoeringsorgaan gebonden aan hetgeen door de echtgenoten is overeengekomen doch slechts voor wat betreft de periode gelegen na ontvangst van het afschrift of uittreksel van de overeenkomst. Indien de echtgenoten zulks nalaten kan deze overeenkomst niet aan het uitvoeringsorgaan worden tegengeworpen, zelfs indien de overeenkomst ingeschreven was in het openbaar huwelijksgoederenregister bedoeld in artikel 116, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.
3. Na ontvangst van het afschrift of uittreksel van de in het eerste lid bedoelde overeenkomst verstrekt het uitvoeringsorgaan aan de tot verevening gerechtigde echtgenoot een bewijsstuk als bedoeld in het vijfde lid van artikel 2. De andere echtgenoot ontvangt daarvan een afschrift.

#### **Artikel 5**

1. Bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding kunnen de echtgenoten in geval van echtscheiding dan wel beëindiging van het geregistreerd partnerschap anders dan door de dood of vermissing overeenkomen, dat artikel 2, tweede tot en met zesde lid, buiten toepassing blijft en dat de echtgenoot die anders een recht op uitbetaling van pensioen zou hebben verkregen in de plaats van dat recht en zijn aanspraak op nabestaandenpensioen jegens het uitvoeringsorgaan een eigen recht op pensioen verkrijgt. De overeenkomst is slechts geldig indien aan de overeenkomst een verklaring van het betrokken uitvoeringsorgaan is gehecht dat het instemt met bedoelde omzetting.
2. Mits de echtgenoten binnen twee jaar na het tijdstip van scheiding een gewaarmerkt afschrift of uittreksel van de in het eerste lid bedoelde overeenkomst aan het uitvoeringsorgaan hebben overgelegd, is het uitvoeringsorgaan gebonden aan hetgeen door de echtgenoten is overeengekomen doch slechts voor wat betreft de periode gelegen na ontvangst van het afschrift of uittreksel van de overeenkomst. Indien de echtgenoten zulks nalaten kan deze overeenkomst niet aan het uitvoeringsorgaan worden tegengeworpen, zelfs indien de overeenkomst ingeschreven was in het openbaar huwelijksgoederenregister bedoeld in artikel 116, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.
3. Na ontvangst van het afschrift of uittreksel van de in het eerste lid bedoelde overeenkomst verstrekt het uitvoeringsorgaan aan de tot verevening gerechtigde echtgenoot een bewijsstuk van zijn eigen recht op pensioen. De andere echtgenoot ontvangt daarvan een afschrift; hij ontvangt voorts een opgave van zijn verminderd pensioen.

#### **Artikel 6**

1. Het uitvoeringsorgaan is bevoegd om de kosten van een verevening voor de helft aan ieder der echtgenoten in rekening te brengen dan wel in mindering te brengen op de aan hen uit te betalen bedragen.
2. Met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde kosten kunnen door onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in overeenstemming met onze Ministers wie dat aangaat nadere regels worden gesteld.

#### **Artikel 7**



1. Voor de toepassing van wettelijke en andere bepalingen met betrekking tot beslag, inhouding en korting wordt het deel van het pensioen dat niet aan de tot verevening verplichte echtgenoot wordt uitbetaald geacht niet tot diens pensioen te behoren.
2. Voor de toepassing van wettelijke en andere bepalingen met betrekking tot de mogelijkheid om te beschikken over pensioen of een aanspraak op pensioen wordt het deel van het pensioen of de aanspraak op een deel van het pensioen, welk deel niet aan de tot verevening verplichte echtgenoot wordt uitbetaald, geacht niet tot diens pensioen onderscheidenlijk aanspraak op pensioen te behoren.
3. Afkoop in de zin van de toepasselijke regeling is slechts toegestaan indien met de pensioenbelangen van de tot verevening gerechtigde echtgenoot op redelijke wijze rekening is gehouden.
4. Met betrekking tot de berekening en het recht op uitbetaling van het pensioen van de tot verevening gerechtigde echtgenoot in geval van afkoop in de zin van artikel 32a, artikel 32b, eerste lid en artikel 32ba, eerste lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet, alsmede hetgeen daarmee overeenkomt in de overheidspensioenwetten kunnen door onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in overeenstemming met onze Ministers wie dat aangaat nadere regels worden gesteld.
5. Voor de toepassing van wettelijke bepalingen met betrekking tot een volmacht tot invordering van pensioen wordt het deel van het pensioen dat niet aan de tot verevening verplichte echtgenoot wordt uitbetaald geacht niet tot diens pensioen te behoren.

#### **Artikel 8**

1. Indien een pensioen wordt verlaagd of verhoogd, uitsluitend wegens ingang op een vroeger of later tijdstip dan het op grond van de desbetreffende regeling normale tijdstip, wordt het deel, bedoeld in artikel 2, tweede lid, op overeenkomstige wijze verlaagd of verhoogd.
2. Indien een pensioen wordt verminderd wegens samenloop met één of meer andere te verevenen pensioenen wordt het deel, bedoeld in artikel 2, tweede lid, op overeenkomstige wijze verminderd.

#### **Artikel 9**

De echtgenoten, het uitvoeringsorgaan en de werkgever zijn gehouden desgevraagd elkaar over en weer die gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor de vaststelling van de rechten en verplichtingen die uit deze wet voortvloeien.

#### **Artikel 10**

Bij ministeriële regeling worden door onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in overeenstemming met onze Ministers wie dat aangaat nadere regels gesteld voor de berekening van pensioen dat betrekking heeft op de deelnemingsjaren gelegen voor de datum van inwerkingtreding van deze wet.

#### **Artikel 11**

Indien de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden gemaakt voor de inwerkingtreding van deze wet algehele gemeenschap van goederen tussen hen hebben uitgesloten of beperkt, vindt verevening van pensioenrechten als bedoeld in deze wet plaats, tenzij de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding uitdrukkelijk anders hebben bepaald.

#### **Artikel 12**

1. Deze wet is niet van toepassing op een scheiding die heeft plaatsgevonden voor de datum van inwerkingtreding van deze wet.
2. Niettemin is deze wet van overeenkomstige toepassing op een scheiding die heeft plaatsgevonden vóór 27 november 1981, mits het huwelijk ten minste 18 jaren heeft geduurd en er tijdens het huwelijk minderjarige kinderen waren van de echtgenoten te zamen of van één van hen, en met dien verstande dat het deel bedoeld in artikel 2, tweede lid, slechts één vierde bedraagt van het pensioen dat ingevolge artikel 3, eerste en tweede lid, zou moeten worden uitbetaald, en dat er geen recht op pensioenverevening is voor zover reeds aantoonbaar rekening is gehouden met de omstandigheid dat de tot verevening gerechtigde echtgenoot geen of onvoldoende pensioen had opgebouwd. Ook in geval van een geschil hieromtrent tussen de echtgenoten is het uitvoeringsorgaan gehouden tot uitbetaling ingevolge artikel 2, derde lid, zolang de rechter niet op verzoek van een der echtgenoten anders beslist.
3. Een recht op verevening ingevolge het tweede lid ontstaat slechts indien de mededeling, bedoeld in artikel 2, tweede lid, plaatsvindt binnen twee jaar na de inwerkingtreding van deze wet. Artikel 2, zesde lid, is niet van toepassing.

## **SUCCESSIEWET 1956 (EXCERPT)**

## **Artikel 7**

Hetgeen aan de langstlevende echtgenoot, krachtens een bij huwelijksvoorwaarden gemaakt en van het overlijden van de eerststervende afhankelijk beding, bij dat overlijden meer verblijft dan de helft in de gemeenschappelijke goederen of, in geval van een verrekenbeding of deelgenootschap, meer toekomt dan volgens de wettelijke regeling het geval zou zijn, wordt, voor de toepassing van deze wet, geacht krachtens erfrecht door het overlijden van de eerststervende te zijn verkregen.

## **Artikel 9**

1. Wat is schuldig erkend of kwijtgescholden onder voorwaarde van overleving van hem, aan wie is schuldig erkend of kwijtgescholden en wat is schuldig erkend bij testament wordt, voor de toepassing van deze wet, geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen.
2. Het in het vorige lid bepaalde is, voor zoveel het bij testament schuldig erkende betreft, niet toepasselijk, indien de schuld reeds tijdens het leven van de erflater bestond en rechtens afdwingbaar was.
3. De overdrachtsbelasting - voor zover deze niet heeft geleid tot toepassing van artikel 13 van de Wet op belastingen van rechtsverkeer - en de rechten van schenking en van overgang, betaald ter zake van de waarde welke op grond van dit artikel voor de heffing van het recht van successie of van overgang in aanmerking komt, strekken in mindering van het ten gevolge van dit artikel verschuldigde recht.
4. Het in dit artikel bepaalde is niet toepasselijk op overeenkomsten, als bedoeld zijn in artikel 11, eerste lid.

## **Artikel 13**

Al wat tengevolge van of na het overlijden van een erflater wordt verkregen krachtens een overeenkomst van levensverzekering - ongevallenverzekering daaronder begrepen - of krachtens een beding ten behoeve van een derde, wordt, voor de toepassing van deze wet, geacht door de bevoordeelde krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen, tenzij voor de verkrijging niets aan het vermogen van de erflater is onttrokken. Ingeval het verkregene op grond van deze bepaling geacht wordt krachtens erfrecht te zijn verkregen van meer dan één erflater, vindt de bepaling slechts toepassing met betrekking tot de nalatenschap van de erflater die het laatst is overleden.

# **BESLUIT HUWELIJKSGOEDERENREGISTER 1969**

## **Artikel 1**

1. Wanneer een inschrijving wordt verlangd in het huwelijksgoederenregister, moeten de volgende stukken aan de griffier worden overgelegd:
  - a. ter inschrijving van bepalingen in huwelijksvoorwaarden of in voorwaarden van een geregistreerd partnerschap: een authentiek afschrift of uittreksel van de akte waarbij die bepalingen zijn vastgesteld;
  - b. ter inschrijving van een rechterlijke uitspraak als bedoeld in de artikelen 86 en 91 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek: een authentiek afschrift van de uitspraak;
  - c. ter inschrijving van de eis tot opheffing van de gemeenschap, bedoeld in artikel 110 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek: het exploit van dagvaarding;
  - d. ter inschrijving van een rechterlijke uitspraak als bedoeld in de artikelen 112 en 173 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek: een authentiek afschrift van de uitspraak alsmede, in het eerste geval, de verklaring van de griffier, strekkende tot bewijs dat tegen de uitspraak door geen wettig middel kan worden opgekomen;
2. Van een verklaring houdende afstand van een huwelijksgemeenschap of een gemeenschap van een geregistreerd partnerschap<sup>1</sup> [Tekstcorrectie: "partnerschap" moet zijn "partnerschap." ] bedoeld in de artikelen 104 en 105 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, maakt de griffier een akte op, die degene die afstand doet in persoon of bij gevolmachtigde ondertekent.
3. Van een verklaring van de echtgenoten dat de scheiding van tafel en bed heeft opgehouden te bestaan, als bedoeld in artikel 176 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, maakt de griffier een akte op, die de echtgenoten in persoon of bij gevolmachtigde ondertekenen.
4. Indien de in de leden 2 en 3 genoemde gevolmachtigde niet advocaat, procureur of notaris is, moet een authentieke of onderhandse volmacht worden overgelegd. Een onderhandse volmacht wordt aan de akte gehecht.

## **Artikel 2**

Een verlenging overeenkomstig artikel 106 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van de termijn voor het doen van afstand wordt door de griffier ambtshalve in het register aangetekend.

## **Artikel 3**

1. Voor elk echtpaar of elk geregistreerd paar te wiens aanzien een inschrijving geschiedt, wordt een kaart en zo nodig een omslag aangehouden, vermeldende naam en voornamen van de man en van de vrouw dan wel van de

beide personen, alsmede plaats en datum van de huwelijksvoltrekking of het geregistreerd partnerschap dat is aangegaan.

2. Op de kaart worden de inschrijvingen, met vermelding van hun dagtekening, aangebracht en door de griffier ondertekend.

3. In het omslag worden de stukken, genoemd in artikel 1, eerste lid onder *a*, *b* en *d*, tweede en derde lid, bewaard.

4. De kaarten dragen een nummer en worden gerangschikt in alfabetische volgorde naar de geslachtsnaam van de man, indien het een geregistreerd paar betreft, wordt de geslachtsnaam gekozen van die persoon wiens geslachtsnaam op grond van alfabetische volgorde het eerst in aanmerking komt. Het nummer van de kaart wordt op het omslag aangebracht.

#### **Artikel 4**

De griffier is verplicht aan ieder kosteloos inzage van het register te verstrekken. Hij is voorts verplicht om - met inachtneming van het bij of krachtens de Wet tarieven in burgerlijke zaken bepaalde - aan ieder een uittreksel uit het register te verstrekken

## COURT DECISIONS

(A) INTERNAL LAW

**HOGE RAAD 25 juni 1971. (Mrs. Dubbink, de Meijere, Peters, Ras en Minkenhof).  
NJ 1972, 58  
B.W. artt. 81 en 84, lid 6, Boek 1**

[Essentie] Verplichting van de man om aan zijn echtgenote, met wie hij niet samenwoont, een bedrag voor haar levensonderhoud uit te keren.

Geval waarin de man jegens de vrouw tot betaling van levensonderhoud is verplicht, ook indien de verlating van de echtelijke woning geen onredelijk gedrag van de man oplevert.\*

\* Zie de noot onder het arrest. (Red.)

[Tekst] VERZOEKSCHRIFT

Geeft eerbiedig te kennen:

X, wonende te A., adv. Mr. J.L.W. Sillevius Smitt;

dat Y, echtgenote van verzoeker, wonende te Z. - hierna ook wel te noemen de vrouw - zich bij inleidend verzoekschrift onder no. 1970/0567 heeft gewend tot de Rb. te Amsterdam, ertoe strekkende, dat verzoeker - hierna ook wel te noemen de man - zal worden veroordeeld ten behoeve van de vrouw en der pp. kind zekere bedragen als bijdrage in de kosten van levensonderhoud te betalen, zoals nader in dat verzoekschrift is omschreven;

dat voornoemde Rb. bij beschikking van 2 okt. 1970 het verzoek van de vrouw gedeeltelijk heeft toegewezen en de man heeft veroordeeld zekere onderhoudsuitkeringen ten behoeve van de vrouw en het kind te doen, als nader in die beschikking is omschreven;

dat de vrouw van deze beschikking in hoger beroep is gekomen bij het Hof te Amsterdam met het verzoek de beschikking waarvan beroep te vernietigen en haar oorspronkelijk verzoek alsnog toe te wijzen;

dat de man zijnerzijds primair - bij wege van incidenteel appel - eveneens heeft verzocht de beschikking waarvan beroep te vernietigen, met het verder verzoek om alsnog het verzoek van de vrouw voorzover zij daarbij levensonderhoud voor zichzelf heeft gevorderd af te wijzen en subs. - bij wege van verweer tegen het principale appel - heeft verzocht de beschikking waarvan beroep te bekrachtigen;

dat het Hof bij beschikking van 26 jan. 1971 zowel het principale als het incidentele appel ongegrond heeft bevonden en de beschikking waarvan beroep heeft bekrachtigd;

dat het Hof m.b.t. het incidentele appel van de man het navolgende heeft overwogen:

"dat dit is gegrond op de stelling dat de man niet is verplicht tot betaling van enig levensonderhoud ten behoeve van de vrouw omdat zij door haar onredelijke gedrag hem genoodzaakt heeft de echtelijke woning te verlaten, waarbij de man zich in het bijzonder beroept op de door hem in de scheidingsprocedure gestelde buitensporigheden en grove beledigingen;

O. dat dit betoog faalt;

dat toch vooreerst de man zelf stelt dat het (beweerd onredelijk) gedrag van de vrouw moet worden geweten aan haar karakter hetgeen aan de verwijtbaarheid van de gedragingen en mitsdien aan de redelijkheid van de verlating afbreuk doet;

dat voorts ter zake van de gestelde gedragingen de door de man ingestelde eis tot scheiding van tafel en bed is afgewezen hetgeen de redelijkheid der verlating niet aannemelijk doet zijn;

dat ook de omstandigheid dat de man in eerste aanleg met geen woord heeft gerept over de noodzaak de echtelijke woning in 1966 te verlaten - hetgeen de vraag zou wettigen of hij zulks voor het eerst in hoger beroep kan doen - een aanwijzing vormt dat de man deze stelling "pour besoin de la cause" heeft voorgedragen;

dat de man weliswaar bewijs van een zijner stellingen heeft aangeboden, doch het Hof geen termen aanwezig acht hem tot deze bewijsvoering in het onderhavige geschil toe te laten nu dit bewijsaanbod betrekking heeft op een - naar het oordeel van de man - onware bewering van de vrouw te zijnen nadele en deze mededeling is gedaan in het appelschrift in deze zaak van okt. 1970, zodat uit het te bewijzen aangeboden niet kan volgen dat de man in 1966 door onredelijk gedrag van de vrouw genoopt was de woning te verlaten; dat de man derhalve niet kan slagen in zijn incidenteel beroep".

dat de man zich door deze uitspraak gegriefd gevoelt en bij deze daartegen beroep in cassatie instelt onder aanvoering van het navolgende middel van cassatie:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan de niet -inachtneming nietigheid tot gevolg heeft, doordien het Hof m.b.t. het incidentele beroep van de man heeft overwogen en beslist als hiervoren is weergegeven en waarnaar hier wordt verwezen, ten onrechte en om de navolgende redenen.

1. Als eerste grond, waarop het Hof van oordeel is, dat het door de man in het incidentele appel gevoerde betoog

faalt, heeft het Hof aangevoerd, dat de man stelt, dat het (beweerd onredelijk) gedrag van de vrouw moet worden geweten aan haar karakter, hetgeen - volgens het Hof - aan de verwijtbaarheid van de gedragingen - waarmee het Hof klaarblijkelijk de gedragingen van de vrouw op het oog heeft gehad - en mitsdien aan de redelijkheid van de verlating - waarmee kennelijk is bedoeld de verlating door de man - afbreuk doet.

Ervan uitgaande, dat het Hof in het kader van deze beslissing op basis van art. 84, lid 6, (nieuw) BW heeft onderzocht, of het niet samenwonen van de man en de vrouw is te wijten aan het onredelijk gedrag van de vrouw, heeft het Hof, door aldus te overwegen en te beslissen, blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het begrip onredelijk gedrag in de zin van genoemd artikel.

Het Hof heeft klaarblijkelijk aangenomen, dat de gedragingen van de vrouw, waarop de man zich ter afwering van haar vordering heeft beroepen, op zichzelf genomen onredelijk zijn. Althans heeft het Hof zulks in het midden gelaten, zodat daarvan in cassatie mag worden uitgegaan. Onder die omstandigheden kan de stelling - of het feit - dat het onredelijke gedrag moet worden geweten aan het karakter van de echtgenoot, die zich aldus - dat is onredelijk - gedraagt, niet, althans niet zonder meer tot de slotsom voeren, dat daardoor aan het gedrag het onredelijk karakter is ontnomen. Immers zal, wanneer van objectief onredelijk gedrag sprake is, zulks in het algemeen, of in het merendeel der gevallen, zijn terug te voeren op een karakter of karakterstructuur, die als vanzelf tot dat gedrag leiden. (Vgl. in dit verband Veegens in zijn annotatie onder HR 9 jan. 1970, no. 342, welk arrest is gewezen in de scheiding van tafel en bed-procedure, welke de man destijds tegen de vrouw heeft aangespannen).

2. Het Hof heeft overwogen, dat het feit (de stelling), dat het onredelijk gedrag van de vrouw aan haar karakter moet worden geweten, "afbreuk doet" aan de verwijtbaarheid der gedragingen. Deze beslissing is onbegrijpelijk, althans doet onvoldoende uitkomen, welke gedachtengang het Hof aan deze beslissing ten grondslag heeft gelegd. Immers indien het Hof heeft bedoeld te zeggen, dat het feit, dat het onredelijk gedrag aan het karakter van de vrouw moet worden geweten, de onredelijkheid aan dat gedrag ontnemt, is het Hof uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent het begrip onredelijk gedrag in de zin van art. 84 lid 6 (nieuw) BW, zoals hierboven onder 1 is betoogd, waarnaar hier wordt verwezen. Indien daarentegen het Hof heeft bedoeld te zeggen, dat door genoemde omstandigheid weliswaar afbreuk is gedaan aan de onredelijkheid van de gedraging van de vrouw, maar die onredelijkheid niettemin is blijven bestaan, dan is onbegrijpelijk, waarom het Hof aan genoemde omstandigheid belang heeft gehecht voor zijn beslissing, dat aan de vrouw geen onredelijk gedrag kan worden verweten.

3. Indien - anders dan hierboven onder 1 en 2 is betoogd - ervan moet worden uitgegaan, dat het Hof in het kader van de onder 1 genoemde overweging en beslissing heeft onderzocht, of het niet-samenwonen van de man en de vrouw te wijten is aan het onredelijk gedrag van de man in de zin van art. 84, lid 6, (nieuw) BW, dan heeft het Hof evenzeer blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het begrip onredelijk gedrag in de zin van genoemd artikel.

Het Hof heeft klaarblijkelijk aangenomen, dat de man op zichzelf genomen niet onredelijk heeft gehandeld door de samenwoning met de vrouw te verbreken door en tengevolge van de objectief onredelijke gedragingen van de vrouw. Althans heeft het Hof zulks in het midden gelaten, zodat daarvan in cassatie mag worden uitgegaan.

Alsdan kan het op zichzelf genomen redelijk en gerechtvaardigd gedrag van de man niet, althans niet zonder meer onredelijk worden door de omstandigheid (stelling), dat het objectief onredelijk gedrag waardoor de man genoopt was de samenwoning te verbreken, te wijten was aan het karakter van de vrouw. Zelfs wanneer vaststaat, dat de ene echtgenoot van zijn objectief onredelijk gedrag jegens de andere echtgenoot geen verwijt kan worden gemaakt, dan is daarmee niet en zeker niet zonder meer gegeven, dat de andere echtgenoot zich onredelijk gedraagt door tengevolge van de onredelijke gedragingen van de ene echtgenoot, welke hij heeft te verduren, de samenwoning te verbreken. Integendeel, het is veeleer onredelijk om van de andere echtgenoot (i.c. de man) te verlangen, dat hij de samenwoning onder die omstandigheden voortzet en hem onredelijk gedrag te verwijten, wanneer hij onder die omstandigheden de samenwoning verbreekt.

4. De overweging van het Hof, dat het feit (de stelling), dat het objectief onredelijk gedrag van de vrouw aan haar karakter moet worden geweten, "afbreuk doet" aan de verwijtbaarheid van de gedragingen (van de vrouw) en mitsdien aan de redelijkheid van de verlating (door de man), is onbegrijpelijk en geeft onvoldoende weer, welke gedachtengang het Hof aan deze beslissing ten grondslag heeft gelegd. Indien het Hof heeft bedoeld te zeggen, dat de omstandigheid, dat het objectief onredelijk gedrag aan het karakter van de vrouw moet worden geweten, de verwijtbaarheid aan dat onredelijk gedrag ontnemt en mitsdien het op zichzelf genomen gerechtvaardigd verbreken van de samenwoning door de man tot onredelijk gedrag bestempelt, dan is het Hof uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent dat wettelijk begrip, zoals hierboven onder 3 is betoogd, waarnaar hier wordt verwezen.

Indien daarentegen het Hof heeft bedoeld te zeggen, dat aan de verwijtbaarheid van de gedragingen van de vrouw wel afbreuk is gedaan, doch de onredelijkheid daarvan is blijven bestaan en dat mitsdien aan de redelijkheid van de verlating door de man afbreuk is gedaan, maar die verlating niettemin redelijk is gebleven, dan is niet duidelijk waarom het Hof aan het toeschrijven van het onredelijk gedrag van de vrouw aan haar

karakter belang heeft gehecht voor zijn beslissing, dat de man zich door de samenwoning te verbreken onredelijk heeft gedragen.

5. Als tweede grond, waarop het Hof het incidentele appel van de man heeft verworpen, heeft het Hof aangevoerd, dat terzake van de gestelde gedragingen de door de man ingestelde eis tot scheiding van tafel en bed is afgewezen, hetgeen de redelijkheid niet aannemelijk doet zijn.

Door aldus te overwegen en te beslissen heeft het Hof miskend, dat de hierbedoelde gedragingen van de vrouw in de procedure tot scheiding van tafel en bed aan andere wettelijke criteria - te weten buitensporigheden en grove beledigingen in de zin van art. 288, lid 2, (oud) BW - moesten worden getoetst, dan in de onderhavige procedure aan de orde zijn. Nog daargelaten of 's Hofs eerdere beslissing als rechtens juist moet worden beschouwd, had het Hof zelfstandig behoren te onderzoeken, of de door de man gestelde gedragingen, waarop hij zich ter afwering van de vordering van de vrouw heeft beroepen, al of niet het oordeel rechtvaardigen, hetzij dat de vrouw zich onredelijk heeft gedragen in de zin van art. 84, lid 6, (nieuw) BW, hetzij dat de man zich niet aan onredelijk gedrag in de zin van dat artikel heeft schuldig gemaakt. Het Hof kon niet volstaan met te overwegen, dat het feit, dat terzake van de gestelde gedragingen de door de man ingestelde vordering tot scheiding van tafel en bed is afgewezen, de redelijkheid van de verlating (door de man) niet aannemelijk doet zijn. De enkele omstandigheid, dat zekere gedragingen onvoldoende zijn gebleken om een vordering tot scheiding van tafel en bed toe te wijzen, brengt nog niet en zeker niet zonder meer met zich mee, dat diezelfde gedragingen niet rechtvaardigen, dat de echtgenoot, die zich op die gedragingen beroept, de samenwoning heeft verbroken. Net zo min als de omstandigheid, dat de Pres. in het kader van het verlof tot het instellen van een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed de ene echtgenoot toestemming verleent afzonderlijk te gaan wonen, deze echtgenoot ontheft van de verantwoordelijkheid voor het in feite gescheiden gaan leven, zo betekent omgekeerd de omstandigheid, dat een vordering tot scheiding van tafel en bed is afgewezen nog niet, dat de daarmee verband houdende verbreking van de samenwoning zonder meer onredelijk gedrag oplevert. (Vgl. in dit verband de Adv.-Gen. Mevrouw Mr. Minkenhof voor HR 24 nov. 1967, 1968 no. 181). Dit geldt temeer in het onderhavige geval, waarin de vordering tot scheiding van tafel en bed van de man is afgewezen op grond van het oordeel, dat zekere gedragingen van de vrouw, gelet op de ten processe gebleken psychische gesteldheid van de vrouw, niet konden worden aangemerkt als buitensporigheden in de zin van art. 288, lid 2, (oud) BW. Onder die omstandigheden was er alle aanleiding en was het Hof verplicht te onderzoeken, of de onderhavige op art. 84, lid 6, (nieuw) BW gebaseerde vordering van de vrouw haar wel volgen kon.

6. Als derde grond, waarop het Hof het incidentele appel van de man heeft verworpen, heeft het Hof aangevoerd dat ook de omstandigheid dat de man in eerste aanleg met geen woord heeft gerept over de noodzaak de echtelijke woning in 1966 te verlaten - hetgeen de vraag zou wettigen of hij zulks voor het eerst in hoger beroep kan doen - een aanwijzing vormt dat de man deze stelling "pour besoin de la cause" heeft voorgedragen. Deze overweging en beslissing zijn onbegrijpelijk en in ieder geval onjuist.

Indien het Hof heeft bedoeld te zeggen, dat de omstandigheid, dat de man de noodzaak om de echtelijke woning in 1966 te verlaten eerst in appel heeft aangevoerd een aanwijzing vormt, dat hij zulks voor zijn verweer in deze zaak ("pour besoin de la cause") nodig achtte, dan is onbegrijpelijk waarom het Hof om die reden geen acht heeft geslagen op die stelling.

Indien daarentegen het Hof heeft bedoeld te zeggen, dat de omstandigheid, dat de man in eerste aanleg met geen woord heeft gerept over de noodzaak de echtelijke woning in 1966 te verlaten een aanwijzing vormt, dat de man deze stelling zo maar en als niet ernstig gemeend heeft aangevoerd, dan heeft het Hof miskend, dat het appel mede de strekking heeft om omissies, vergissingen en misslagen, die in eerste aanleg zijn begaan, te herstellen en dat derhalve de enkele omstandigheid, dat in eerste aanleg een bepaald verweer niet is gevoerd, niet en zeker niet zonder meer het oordeel rechtvaardigt, dat dat verweer om die reden als niet ernstig gemeend ter zijde kan worden gesteld. (In feite is i.c. het hierbedoelde verweer in eerste aanleg niet gevoerd tengevolge van ziekte en daarmee samenhangende ontstentenis van de raadsman van de man). Het oordeel van het Hof is des te verwonderlijker en onbegrijpelijker, nu de gedragingen van de vrouw, waarop de man zich ter staving van de noodzaak om de echtelijke woning in 1966 te verlaten heeft beroepen, door het Hof blijkens de hierboven onder 1 bedoelde overweging op zichzelf genomen als onredelijk zijn beschouwd, terwijl het Hof die gedragingen, althans een deel daarvan, in de eerdere procedure tot scheiding van tafel en bed uitsluitend en alleen op grond van de ten processe blijkende psychische gesteldheid van de vrouw niet als buitensporigheden in de zin van art. 288, lid 2, (oud) BW heeft willen aanmerken. Alsdan is onbegrijpelijk, dat het Hof heeft overwogen en beslist, dat de man deze stelling "pour besoin de la cause" heeft voorgedragen en is 's Hofs uitspraak in zoverre innerlijk tegenstrijdig.

In ieder geval had het Hof het verweer van de man, dat hij genoodzaakt was in 1966 de echtelijke woning te verlaten, niet op de enkele grond, dat de man daarover in eerste aanleg met geen enkel woord heeft gerept, mogen terzijde stellen en heeft het Hof door dat wel te doen, zijn taak als appelrechter miskend.

Weshalve verzoeker zich wendt tot de HR met het eerbiedig verzoek de beschikking waarvan beroep te vernietigen met zodanige verdere uitspraak als de HR zal vermenen te behoren; kosten rechtens.

## VERWEERSCHRIFT

Geeft eerbiedig te kennen:

Y, hierna te noemen "verweerster", te Z., adv. Mr. R.F. Foortse;

dat verweersters echtgenoot, X, te A., adv. Mr. J.L.W. Sillevius Smitt, bij verzoekschrift gedateerd 9 maart 1971 en diezelfde dag ter griffie van Uw Raad binnengekomen, beroep in cassatie heeft ingesteld tegen de beschikking van het Hof te Amsterdam d.d. 26 jan. 1971, waarbij werd bekrachtigd de beschikking van de Rb. te Amsterdam d.d. 2 okt. 1970, bij welke beschikking req. tot cassatie werd veroordeeld om m.i.v. 1 okt. 1970 maandelijks bij vooruitbetaling f 350 en jaarlijks een/derde gedeelte van het te ontvangen vakantiegeld voor het levensonderhoud van verweerster alsmede f 100 per maand als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van zijn kind V.A.V., geb. te L. op 6 okt. 1957, te betalen, welk laatste bedrag dient te worden vermeerderd met de eventueel voor genoemd kind te ontvangen kindertoelage;

dat verweerster m.b.t. het voorgedragen cassatiemiddel het navolgende wil opmerken:

1. Het Hof is op drie verschillende gronden van oordeel geweest, dat het door de man in het incidenteel appel gevoerde betoog faalt. Elk dier gronden op zich zelf was echter reeds voldoende om het incidenteel appel af te wijzen.

2. De eerste grond is, dat de man stelt, dat het (beweerd onredelijk) gedrag van de vrouw moet worden geweten aan haar karakter, hetgeen aan de verwijtbaarheid van de gedragingen afbreuk doet. Het Hof zou - zo stelt het middel - blijk hebben gegeven van een onjuiste opvatting van het begrip "onredelijk gedrag".

Echter - zoals hieronder zal worden betoogd - is er geen aanleiding aan te nemen, dat het begrip "onredelijk gedrag" ruimer zou zijn en meer zou omvatten dan de gronden, waarop scheiding van tafel en bed kan worden gevorderd. Voor de gronden tot scheiding van tafel en bed is verwijtbaarheid een vereiste, zodat ook slechts van onredelijk gedrag kan worden gesproken, indien de onredelijkheid verwijtbaar is.

In dit verband moet worden opgemerkt, dat de door de man als "onredelijk gedrag" gequalificeerde feiten door hem ten grondslag zijn gelegd aan een vordering tot scheiding van tafel en bed en dat het Hof te Amsterdam bij arrest van 20 maart 1969 heeft geoordeeld, dat het door de man aan de vrouw verweten feit, gelet op de ten processe gebleken psychische gesteldheid van de vrouw, niet als een buitensporigheid in de zin van art. 288, lid 2, (oud) BW kan worden aangemerkt, tegen welk arrest weliswaar beroep in cassatie is ingesteld, doch welk cassatieberoep door Uw Raad bij arrest van 9 jan. 1970 is verworpen. De niet-verwijtbaarheid staat mitsdien bij gewijsde vast.

3. Het middel stelt voorts, dat het Hof zou hebben overwogen, dat het feit (de stelling), dat het onredelijk gedrag van de vrouw aan haar karakter moet worden geweten, afbreuk doet aan de verwijtbaarheid der gedragingen. Te dien aanzien mist het middel echter feitelijke grondslag. Het Hof heeft iets anders overwogen en wel dat voornoemde stelling aan de redelijkheid van de verlating (door de man) afbreuk doet. Art. 161, lid 5, (oud) BW onthefte slechts van zijn onderhoudsverplichting de echtgenoot, die door onredelijk gedrag van de andere echtgenoot gepocht wordt tot de verlating. Ergo niet ieder onredelijk gedrag onthefte van de onderhoudsverplichting.

Denkbaar is derhalve, dat er objectief gezien, wel sprake is van onredelijk gedrag, dat echter niet tot een verlating noopt.

4. Onjuist en niet uit de bestreden beschikking af te leiden is, dat het Hof klaarblijkelijk heeft aangenomen, dat de man op zichzelf genomen niet onredelijk heeft gehandeld door de samenwoning met de vrouw te verbreken door en ten gevolge van de objectief onredelijke gedragingen van de vrouw. Integendeel het Hof heeft in het midden kunnen laten, of de vrouw onredelijk gehandeld zou hebben en een onderzoek daarnaar achterwege kunnen laten, omdat de man zelf stelde, dat het beweerdelijk onredelijk gedrag aan het karakter van de vrouw te wijten is. Zoals hiervoor betoogd, heeft het Hof aldus een juiste interpretatie van art. 161, lid 5, (oud) BW gegeven.

5. Als tweede grond voor verwerping van het incidenteel beroep heeft het Hof aangenomen, dat de eis van de man tot scheiding van tafel en bed terzake van de gestelde gedragingen is afgewezen. Het is onaannemelijk, dat de wetgever bedoeld heeft bepaalde feiten wel te laten zijn een grond tot verbreking der samenwoning, maar geen grond tot scheiding van tafel en bed.

Aldus zou iemand genoodzaakt kunnen worden tot een voortdurende der huwelijkse staat met alle gevolgen van dien, zonder dat hem de mogelijkheid ener scheiding van tafel en bed is gegeven, terwijl anderzijds een echtelijke samenwoning niet van hem verlangd zou kunnen worden. Aldus zou de wet nog een "tussenweg" kennen, tussen het huwelijk met de verplichting tot samenwoning en de scheiding van tafel en bed. Als de wetgever bedoeld zou hebben deze "tussenweg" te scheppen, dan zou hij daarvan ook de gevolgen (bijv. ten aanzien van de kinderen en ten aanzien van de aansprakelijkheid voor schulden) geregeld hebben, hetgeen niet het geval is. Dit moet tot de conclusie leiden, dat het begrip "onredelijk gedrag" in art. 161, lid 5, (oud) BW niet ruimer (misschien wel enger) kan zijn dan de in de wet geregelde gronden tot scheiding van tafel en bed. Nu de door de man aan de vrouw verweten gedragingen geen grond tot scheiding van tafel en bed opleveren, kunnen zij nimmer opleveren onredelijk gedrag in de zin van art. 161, lid 5, (oud) BW

6. Als derde grond heeft het Hof overwogen, dat de omstandigheid dat de man in eerste aanleg met geen woord heeft gerept over de noodzaak in 1966 de echtelijke woning te verlaten een aanwijzing vormt, dat de man deze stelling "pour besoin de la cause" heeft voorgedragen. Na de beide vorige gronden is dit kennelijk een overweging ten overvloede.

In cassatie stelt de man nu wel, dat hij een in eerste aanleg begane misslag heeft willen herstellen, maar in hoger beroep heeft de man niet gesteld een misslag te willen herstellen, zodat het aan het Hof volkomen vrijstond aan de processuele houding van de man een vermoeden te ontlenuen omtrent de geloofwaardigheid en de juistheid van zijn stellingen.

7. Volledig ten overvloede wenst de vrouw op te merken, dat zij de haar door de man verweten gedragingen ten stelligste heeft ontkend;

dat verweerster harerzijds tegen de voormelde beschikking van het Hof te Amsterdam incidenteel beroep in cassatie instelt en als middel van cassatie aanvoert:

"Schending en/of verkeerde toepassing van het Nederlands recht en/of niet-inachtneming van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen doordat het Hof zijn beschikking heeft gemotiveerd als volgt:

"O. dat bij de behandeling in hoger beroep geen wezenlijk van belang zijnde feiten en omstandigheden zijn gebleken welke niet reeds in eerste aanleg te berde zijn gebracht;

dat het Hof voorts van oordeel is, dat op grond van hetgeen m.b.t. de financiële omstandigheden van pp. is gebleken de door de Rb. vastgestelde uitkeringen in overeenstemming zijn met de op dit stuk bestaande normen;"

welke motivering als absoluut onvoldoende en dus niet voldoende aan de wettelijke vereisten moet worden geacht, doordat uit deze motivering niet kan worden afgeleid, dat het Hof voldoende rekening heeft gehouden met alle door pp. aangevoerde argumenten, welke bepalend zijn of kunnen zijn voor de vaststelling ener alimentatie, welke in overeenstemming is met de wettelijke normen;

dat verweerster, die de Nederlandse nationaliteit heeft, niet in staat is proceskosten te betalen en hierbij overlegt een verklaring ex art. 857 Rv., d.d. 11 maart 1971 afgegeven door de Burgemeester van Z.;

redenen waarom verweerster zich tot Uw Raad wendt met het eerbiedig verzoek:

a. het principaal beroep in cassatie te verwerpen en in het incidenteel beroep de voormelde beschikking van het Hof te Amsterdam te vernietigen met zodanige verdere uitspraak als Uw Raad zal vermenen te behoren; kosten rechtens.

b. aan verweerster te vergunnen ten deze kosteloos te procederen.

VERWEERSCHRIFT TEGEN HET

INCIDENTELE BEROEP

IN CASSATIE

Geeft eerbiedig te kennen:

X, te A., adv. Mr. J.L.W. Sillevius Smitt;

dat verzoeker - hierna ook wel te noemen de man - heeft kennisgenomen van het incidentele cassatieberoep, dat zijn echtgenote Y, te Z. - hierna ook wel te noemen de vrouw - heeft ingesteld door tussenkomst van de adv. bij de HR Mr. R.F. Foortse, blijkens het verweerschrift d.d. 25 maart 1971 in het principale beroep;

dat de man verweer wil voeren tegen het incidentele cassatieberoep en daartoe het nav olgende onder de aandacht van Uw Raad moge brengen.

1. Het middel behelst de klacht, dat uit de bestreden motivering niet kan worden afgeleid, dat het Hof voldoende rekening heeft gehouden met alle door pp. aangevoerde argumenten, welke bepalend zijn of kunnen zijn voor de vaststelling van een onderhoudsuitkering in overeenstemming met de wettelijke normen. Daarbij wordt evenwel over het hoofd gezien, dat de motiveringsplicht, waaraan het Hof zich krachtens art. 828h Rv. te houden had, niet medebracht, dat het Hof van elk der door een der (of beide) pp. aangevoerde feitelijke stellingen moest vermelden, waarom zij wel of niet tot 's Hof's uiteindelijke beslissing heeft bijgedragen. (Vgl. in deze zin: HR 21 maart 1969, no. 262). De enkele omstandigheid, dat uit de motivering niet kan worden afgeleid, dat het Hof voldoende rekening heeft gehouden met alle door pp. aangevoerde argumenten, kan dan ook geen grond zijn om aan te nemen, dat de motivering niet aan de eisen van art. 828h Rv. voldoet. Dit geldt eens te meer, nu het middel spreekt over alle door pp. aangevoerde argumenten en niet uitsluitend over de argumenten door de vrouw aangevoerd en evenmin aangeeft met welke door de vrouw aangevoerde argumenten onvoldoende rekening zou zijn gehouden. Immers, voorzover aangenomen zou moeten worden, dat het Hof met door de man aangevoerde argumenten onvoldoende rekening zou hebben gehouden, zou de vrouw bij een klacht daarover geen belang hebben. Reeds hierop zal het middel moeten afstuiten.

2. Blijkens de overweging, dat bij de behandeling in hoger beroep geen wezenlijk van belang zijnde feiten en omstandigheden zijn gebleken, welke niet reeds in eerste aanleg te berde zijn gebracht, is het Hof uitgegaan en mocht het Hof uitgaan van dezelfde feiten en omstandigheden als die, waarop de Rb. haar beslissing had gegrond. Door vervolgens te overwegen en te beslissen, dat op grond van hetgeen m.b.t. de financiële omstandigheden van pp. is gebleken de door de Rb. vastgestelde uitkeringen in overeenstemming zijn met de op



dit stuk bestaande normen, heeft het Hof blijk gegeven van een zelfstandige beoordeling van de ten processe gebleken financiële omstandigheden, en derhalve van een zelfstandige vaststelling van de onderhoudsuitkeringen. Een nadere motivering was daarbij niet vereist. (Vgl. omtrent een geval van een sobere motivering: HR 28 mei 1965, no. 368 (niet in extenso gepubliceerd)). Ook om deze redenen zal het middel niet kunnen opgaan.

Weshalve verzoeker zich wendt tot Uwe Hoge Raad met het eerbiedig verzoek het incidentele cassatieberoep te verwerpen; kosten rechtens.

[Mening] Conclusie Proc. -Gen. Mr. Langemeijer.

De Proc.-Gen. bij de HR der Nederlanden,

O. dat allereerst de vraag moet worden beantwoord welke uitlegging moet worden gegeven aan de bestreden beschikking die gebrekkig is geformuleerd;

O. dat ondanks deze gebrekkige formulering voldoende duidelijk is - en wel met name in het licht van hetgeen voor Uw Raad uit de requesten kenbaar is omtrent de omstandigheden waaronder de samenleving van pp. is opgehouden en het verloop van de daarop gevolgde procedure tot echtscheiding, subs. scheiding van tafel en bed ingesteld door partij X - wat de Rb. (lees: het Hof, Red.) bedoelt;

dat het Hof toch naar luid van art. 84, lid 6, naar aanleiding van het verweer van de man: dat hij wegens het gedrag van de vrouw niet tot levensonderhoud gehouden zou zijn, de dubbele vraag had te beantwoorden of dit gedrag van de vrouw "onredelijk" moest worden genoemd en of het een redelijke grond uitmaakte voor de man om de samenleving te verbreken;

O. dat duidelijk is dat het Hof op het gedrag van de vrouw de qualificatie "onredelijk" hierom niet heeft willen toepassen omdat dit gedrag zijn oorzaak vond in haar blijkbaar pathologische psychische gesteldheid, door het Hof minder juist aangegeven als "karakter", blijkende uit hetgeen beide pp. omtrent de echtscheidingsprocedure en derzelve afloop hebben meegedeeld dat zodanige gesteldheid in rechte is aangenomen;

O. dat - daargelaten nu of overigens de maatstaven voor "onredelijk gedrag" en voor de gronden van scheiding van tafel en bed geheel samenvallen - gedrag dat aan de betrokken echtgenoot wegens diens pathologische gesteldheid niet kan worden toegerekend, niet "onredelijk" mag worden genoemd;

O. dat het Hof blijkbaar van mening is geweest dat hiermee tevens zou vaststaan dat het verbreken van de samenleving door de man zonder redelijke grond is geschied, daar toch anders de toekenning door het Hof van een uitkering geen grond in de wet zou hebben gehad;

O. dat weliswaar aan de juistheid van dit oordeel twijfel kan rijzen daar toch zeer wel denkbaar is dat gedragingen van een der echtgenoten die wegens diens pathologische gesteldheid niet "onredelijk" mogen worden genoemd, niettemin de samenleving dermate ondragelijk maken, dat zij een redelijke grond voor verbreking daarvan kunnen worden genoemd;

O. echter dat in deze veronderstelde - hier mogelijkerwijze aanwezige - situatie wel de verbreking van de samenleving, maar allerminst het niet verstrekken van levensonderhoud een redelijke grond heeft, zodat nu art. 84, onder 6, zich alleen met het laatste bezig houdt een verlating als hier bedoeld niettemin in de zin van genoemd voorschrift gezegd zal moeten worden zonder redelijke grond te zijn geschied;

O. dat in het licht van de hiervoor genoemde zakelijk onmiskenbare bedoeling van het Hof het middel in beschouwing moet worden genomen;

O. dat onderdeel 1 moet falen, omdat het Hof met het inderdaad niet passende woord "karakter" klaarblijkelijk een pathologische psychische gesteldheid heeft bedoeld, bij welke uitlegging de bestreden overweging in het licht van het hiervoor betoogde juist is;

O. dat ook onderdeel 2 moet falen omdat het Hof met de al wederom slecht gekozen term "afbreuk doet" blijkens de daaruit getrokken conclusie niet anders kan hebben bedoeld dan "opheft";

O. dat onderdeel 3 terecht betoogt dat naar het meest voor de hand liggende spraakgebruik het weggaan van de man niet een redelijke grond verliest enkel omdat het (verondersteld) objectief onredelijk gedrag van de vrouw haar niet zou kunnen worden toegerekend, maar dat de noodzaak om aan art. 84, lid 6, een redelijke zin toe te kennen, gelijk boven betoogd, dwingt om in het verband van genoemd voorschrift in zodanig geval inderdaad een redelijke grond afwezig te achten;

O. dat onderdeel 4 hierop moet afstuiten dat van de twee daar als mogelijk geopperde uitleggingen van de daar bedoelde overwegingen van het Hof in het kader van de beschikking als geheel enkel de eerste in aanmerking komt, waarvan de bestrijding in onderdeel 3 reeds bleek te falen;

O. dat onderdeel 5 hierop afstuit dat de al wederom weinig sprekende overweging "dat de afwijzing van de eis van de man tot scheiding van tafel en bed de redelijkheid van de verbreking der samenleving weinig aannemelijk doet zijn" niet aldus behoeft te worden opgevat als zouden de criteria voor het een en het ander zonder meer samenvallen;

O. dat onderdeel 6 een al wederom niet zeer gelukkige overweging van het Hof bestrijdt, die echter kennelijk een ten overvloede is, waar zij tochop zich zelf voor generlei gevolgtrekking concludent zou zijn;

O. dat het incidentele middel van partij Y erover klaagt dat uit de motivering van het onveranderd laten door het Hof van de door de Rb. vastgestelde uitkering "niet kan worden afgeleid dat het Hof voldoende rekening heeft gehouden met alle door pp. aangevoerde argumenten welke bepalend zijn of kunnen zijn voor de vaststelling ener alimentatie, welke in overeenstemming is met de wettelijke normen";

O. dat een zo ver gaande eis op het stuk van motivering niet mag worden gesteld;

Concludeert tot verwerping van het principale en het incidentele beroep.

De Hoge Raad, enz.;

Gezien het bovenstaande verzoekschrift;

gezien het namens Y - verder te noemen: de vrouw - ingediende verweerschrift, mede inhoudende een incidenteel beroep in cassatie, en het tegen laatstbedoeld beroep namens de verzoeker X - verder te noemen: de man - ingediende verweerschrift;

Gelet op de conclusie van de Proc.-Gen., strekkende tot verwerping van het principale en het incidentele beroep;

O. ten aanzien van het in het principale beroep voorgestelde middel:

dat de vrouw aan haar vordering tot levensonderhoud ten grondslag heeft gelegd, dat de man de echtelijke woning zonder redelijk motief heeft verlaten en weigerachtig is daarin terug te keren;

dat de man daartegenover heeft gesteld dat hij niet verplicht is tot betaling van enig levensonderhoud ten behoeve van de vrouw omdat zij door haar onredelijk gedrag hem genoodzaakt heeft de echtelijke woning te verlaten, voor welke stelling de man zich, naar luid van de bestreden beschikking, in het bijzonder heeft beroepen op de door hem in de tussen pp. gevoerde scheidingsprocedure gestelde buitensporigheden en grove beledigingen;

dat het Hof deze stelling van de man heeft verworpen en wel in de eerste plaats op grond van de overweging dat "de man zelf stelt dat het (beweerd onredelijk) gedrag van de vrouw moet worden geweten aan haar karakter hetgeen aan de verwijtbaarheid van de gedragingen en mitsdien aan de redelijkheid van de verlating afbreuk doet";

dat het Hof in deze overweging, waartegen de eerste vier onderdelen van het middel zijn gericht, met het "karakter" van de vrouw klaarblijkelijk doelt op de in de scheidingsprocedure gebleken psychische gesteldheid van de vrouw, en dat het Hof kennelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat wegens deze psychische gesteldheid aan de vrouw geen verwijt kan worden gemaakt van haar gedrag, dat daarom niet onredelijk is in de zin van art. 84, lid 6, van boek 1 BW;

dat deze beslissing niet onbegrijpelijk is en niet doet blijken van een onjuiste opvatting van het Hof omtrent het begrip onredelijk gedrag in de zin van art. 84, lid 6" weshalve de onderdelen 1 en 2 van het middel falen;

dat het Hof blijkens de slotwoorden van meergemelde overweging aan zijn vorenbedoelde beslissing de gevolgtrekking heeft verbonden, dat de verlating van de echtelijke woning door de man oplevert onredelijk gedrag van de man in de zin van art. 84, lid 6;

dat echter uit het feit dat de psychische gesteldheid van de vrouw een beletsel vormt om haar verwijt te maken van haar gedrag, niet volgt dat de man verwijt treft ter zake van de verlating van de echtelijke woning;

dat de onderdelen 3 en 4 van het middel in zoverre gegrond zijn, doch deze onderdelen niettemin niet tot cassatie kunnen leiden;

dat ingeval de echtgenoten samenwonen en in het - blijkens de wetsgeschiedenis - daarmede gelijk te stellen geval dat zij in onderling overleg hun huishouding hebben gesplitst, zij ingevolge art. 84, lid 2, jegens elkander verplicht zijn in de kosten van de huishouding bij te dragen;

dat echter, indien de echtgenoten anders dan ingevolge onderling overleg niet samenwonen, zij krachtens art. 81, tweede zin, jegens elkander tot betaling van levensonderhoud verplicht zijn, tenzij het niet-samenwonen is te wijten aan onredelijk gedrag van een der echtgenoten, in welk geval blijkens art. 84, lid 6, alleen de andere echtgenoot recht op levensonderhoud heeft;

dat het Hof heeft vastgesteld dat de man de echtelijke woning heeft verlaten en dat dit niet te wijten is aan onredelijk gedrag van de vrouw; dat in 's Hof's beschikking voorts besloten ligt dat het niet-samenwonen van pp. niet berust op een in onderling overleg tot stand gekomen splitsing van de huishouding;

dat daaruit volgt dat de man jegens de vrouw tot betaling van levensonderhoud verplicht is, ook indien de verlating van de echtelijke woning geen onredelijk gedrag van de man oplevert;

dat het Hof mitsdien de hiervoren vermelde stelling van de man terecht heeft verworpen, weshalve de onderdelen 5 en 6 van het middel, die gericht zijn tegen de overige gronden waarop het Hof de verwerping van deze stelling deed steunen, geen bespreking behoeven;

dat uit al het vorenstaande volgt dat het middel tevergeefs is voorgesteld;

O. ten aanzien van het in het incidentele beroep voorgestelde middel:

dat dit middel faalt, aangezien het aan de motivering van de vaststelling ener alimentatie een eis stelt, die in geen rechtsregel steun vindt;

Verwerpt het principale en het incidentele beroep;

Compenseert de kosten op de voorziening in cassatie gevallen tussen pp. als echtgenoten in dier voege, dat ieder de eigen kosten zal dragen.

#### **HOGE RAAD**

15 december 1978, nr. 11257.

(Mrs. Minkenhof, Drion, Snijders, Haardt,

De Groot).

NJ 1979, 427

(Vervolg van HR 28 nov. 1975, NJ 1976, 466).

#### **BW Boek 1 art. 89**

[Essentie] Vraag of goede trouw van de wederpartij bij de verkoop, verweerster in cassatie onder 2 ("de Vereniging") in de weg staat aan de door X, eiser tot cassatie, ingeroepen nietigheid van de verkoop, nu deze goede trouw hierin bestond, dat de Vereniging - ten onrechte, volgens HR 28 nov. 1975, NJ 1976, 466 - meende dat toestemming van X niet vereist was.

Het Hof heeft het beroep op goede trouw aanvaard op grond dat de Vereniging, gezien de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bestaande stand van de jurisprudentie en literatuur betreffende de hier aan de orde zijnde rechtsvraag, niet ernstig rekening behoeft te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X in dit geval vereist was.

De hiertegen door het middel gerichte klacht treft doel. Gezien de strekking van art. 89 Boek 1 BW - in het belang van het gezin de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen - en gezien de omstandigheid dat de wet in art. 88 lid 2 Boek 1 BW een voorz. iening heeft getroffen voor het geval dat de toestemming van de andere echtgenoot niet wordt verkregen ontbreekt goede trouw in de zin van art. 89 bij de wederpartij in ieder geval indien de onjuiste uitlegging van de litigieuze wetsbepaling waarvan zij uitging, niet door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur werd aanvaard. Nu het Hof slechts een arrest van een Hof en daarnaast geen eenstemmige literatuur vermeldt is reeds daarom van goede trouw in de zin van art. 89 bij de Vereniging geen sprake.\*

\*Zie de noot onder het arrest (Red.).

[Tekst] X, te Maastricht, eiser tot cassatie van een tussen pp. gewezen arrest van het Hof te Arnhem van 24 mei 1977, kosteloos procederende ingevolge beschikking van de HR van 6 okt. 1977, adv. Mr. R.M. Schutte, tegen

1. Y, te Maastricht, verweerster in cassatie, kosteloos procederende ingevolge beschikking van de Rb. te Maastricht van 6 nov. 1973, adv. Mr. Y.H. M. Nijgh;

2. de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging "Medisch Maatschappelijke Consultatiebureaus voor Alkoholisme in Limburg", te Maastricht, verweerster in cassatie, kosteloos procederende ingevolge beschikking van het Hof te 's-Hertogenbosch van 11 juni 1974, adv. Jhr. Mr. O. de Savornin Lohman.

De Hoge Raad, enz.;

Gezien het bestreden arrest en de overige gedingstukken, waaronder een arrest van de HR van 28 nov. 1975, in dit geding eerder tussen pp. gewezen en gepubliceerd in de Nederlandse Jurisprudentie van 1976 onder no. 466, uit welke stukken blijkt:

Bij exploit van 13 juli 1973 heeft de eiser tot cassatie - X - de verweerster sub 1 - Y - en de verweerster sub 2 - de Vereniging - doen dagen voor de Rb. te Maastricht, vorderende een verklaring voor recht dat de bij akte van notaris Kerckhoffs te Maastricht van 25 april 1973 tussen de beide verweersters tot stand gekomen verkoopovereenkomst m.b.t. de woning St. Pieterskade 2 te Maastricht nietig is en rechtsgevolg mist, althans die overeenkomst nietig te verklaren en rechtsgevolg te ontzeggen. Daartoe stelde X:

"dat hij op 20 febr. 1957 te 's-Gravenhage buiten gemeenschap van goederen is gehuwd met Y, uit welk huwelijk 3 kinderen werden geboren;

dat Y bij akte van notaris Kerckhoffs te Maastricht van 24 april 1973, welke akte op 25 april 1973 is overgeschreven ten hypotheekkantore te Maastricht, de echtelijke woning van pp. gelegen aan de St. Pieterskade no. 2 te Maastricht, welke woning haar in eigendom toebehoorde, zonder toestemming van X heeft verkocht aan de Vereniging tegen een prijs van f 68 000;

dat X bij aangetekende brief van 2 juli 1973, gericht aan de Vereniging, de nietigheid van die verkooptransactie heeft ingeroepen, zulks krachtens het bepaalde in de artt. 88 en 89 BW, terwijl hij voor zoveel nodig bij deze de nietigheid uitdrukkelijk inroept;

dat X er belang bij heeft om een verklaring voor recht te verkrijgen, dat voormelde verkooptransactie nietig is, althans rechtsgevolg ontbeert".

Y en de Vereniging voerden tot verweer aan dat het onderhavige huis ten tijde van de verkoop al lang niet meer door X en Y te zamen werd bewoond, dat deze het huis niet zonder zijn toestemming heeft verkocht, dat de Vereniging te goeder trouw was terwijl de verkoop geen gift was, en dat X ieder belang bij de onderhavige actie mist.

Bij vonnis van de Rb. van 21 febr. 1974 is de vordering van X van de hand gewezen, welk vonnis na hoger beroep door het Hof te 's-Hertogenbosch bij arrest van 8 okt. 1974 is bevestigd. Op het cassatieberoep van X is bij het hiervoor genoemd arrest van de HR van 28 nov. 1975 het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch vernietigd en de zaak verwezen naar het Hof te Arnhem. Na voortgezet debat tussen pp. heeft dit Hof bij het thans in cassatie bestreden arrest het vonnis van de Rb. bekrachtigd, met compensatie van kosten tussen X en Y en met veroordeling van X in de kosten aan de zijde van de Vereniging op het hoger beroep gevallen. Hiertoe overwoog het Hof:

1. dat X als grief tegen het vonnis van de Rb. te Maastricht heeft aangevoerd - zakelijk weergegeven -, dat het oordeel van de Rb. dat hij niet woonachtig was in het litigieuze pand niet strookt met de artt. 10 en 11 BW, noch met de artt. 88 en 89 BW, althans met doel en strekking van die artikelen, noch met het voorlopig karakter van een presidiale beschikking dan wel een beslissing op de voorlopige voorzieningen in een scheidingsprocedure;
2. dat ingevolge het verwijzend arrest van de HR het voorschrift van art. 88, lid 1, Boek 1 BW - volgens hetwelk de echtgenoot, die bepaalde rechtshandelingen wil verrichten m.b.t. een door de echtgenoten te zamen bewoonde woning daartoe de toestemming van de andere echtgenoot behoeft - ook dan van toepassing is indien die andere echtgenoot niet meer feitelijk in de woning verblijft uitsluitend op deze grond, dat hij daartoe genoodzaakt is door een beschikking van de Pres. o.g.v. art. 820 (oud) Rv. of van de Rb. o.g.v. art. 825b van dat wetboek;
3. dat derhalve nog zal moeten worden onderzocht, of X op het tijdstip, waarop het litigieuze pand door Y zonder zijn toestemming werd verkocht - op 24 april 1973 - nog steeds op vorenbedoelde onvrijwillige wijze buiten de echtelijke woning verbleef;
4. dat ten processe vaststaat, dat X de echtelijke woning tot op het tijdstip, waarop hij deze (in okt./nov. 1970), ingevolge een presidiale beschikking hangende een door Y ingestelde procedure tot scheiding van tafel en bed moest verlaten, te zamen met Y heeft bewoond; dat eveneens vaststaat, dat op het tijdstip van de litigieuze verkoop van het pand op 24 april 1973 een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 825b BW tussen X en Y van kracht was, ingevolge welke de echtelijke woning bij uitsluiting aan de vrouw was toegewezen, welke voorlopige voorziening in tijd aansloot aan eerdergenoemde presidiale beschikking; dat X zowel tegen de door Y tegen hem ingestelde vordering tot scheiding van tafel en bed als in de procedure tot echtscheiding, door Y ingesteld nadat zij de procedure tot scheiding van tafel en bed had verloren, verweer ten gronde heeft gevoerd; dat X zich in het bevolkingsregister te Maastricht niet naar een ander adres heeft laten inschrijven en op het tijdstip van de litigieuze verkoop nog steeds ingeschreven stond op het adres van de echtelijke woning; dat hij vanaf zijn vertrek uit die woning tot aan die verkoop telkens tijdelijk andere adressen in Maastricht heeft gehad en in feite een zwerfend bestaan heeft geleid; dat hij niet een deel van de gezamenlijke inboedel heeft medegenomen;
5. dat, nu overigens geen feiten of omstandigheden zijn gesteld, waaruit zou kunnen worden afgeleid, dat X zijn woonstede in het litigieuze pand heeft willen prijsgeven, X - gelet op vorenvermelde vaststaande feiten - geacht moet worden op 24 april 1973 de woning aldaar nog steeds te zamen met Y te hebben bewoond in de zin van art. 88, lid 1, aanhef en onder a Boek 1 BW, zodat Y voor de verkoop van die woning zijn toestemming op dat tijdstip behoefde;
6. dat derhalve de grief tegen het vonnis gegrond is;
7. dat thans moet worden onderzocht het verweer van Y en de Vereniging, dat de onderhavige verkoop niet zonder toestemming van X heeft plaatsgevonden;
8. dat dit verweer hierop wordt gegrond, dat X in 1972 tot tweemaal toe aan Y zou hebben verzocht de woning te verkopen, mits niet aan een zekere Goessens;
9. dat een dergelijk verzoek - waaromtrent een verklaring is overgelegd van een Mej. Snel en een bewijsaanbod is gedaan - echter niet kan worden aangemerkt als het geven van toestemming tot een ongeveer een jaar nadien plaatsgevonden hebbende verkoop, reeds hierom niet omdat geenszins blijkt dat X de voorwaarden van de tussen Y en de Vereniging gesloten koopovereenkomst kende en daarmee instemde;
10. dat derhalve dit verweer wordt verworpen en het daarmee verband houdende bewijsaanbod als niet ter zake dienend wordt gepasseerd;
11. dat voorts van de zijde van Y en de Vereniging is gesteld, dat het beroep van X op nietigheid van de onderhavige koopovereenkomst moet worden afgewezen, nu de Vereniging te goeder trouw was terwijl de verkoop geen gift was;
12. dat niet is betwist, dat hier van een gift geen sprake was, zodat beslissend is het antwoord op de vraag, of gezegd moet worden, dat de Vereniging bij het sluiten van de litigieuze koopovereenkomst te goeder trouw was;
13. a. dat de Vereniging als te goeder trouw moet worden aangemerkt, indien zij - voor zover in dit geding van belang - ten tijde van het sluiten van de litigieuze koopovereenkomst mocht menen dat de toestemming van X

niet was vereist;

b. dat bij de beoordeling daarvan dient te worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden alsook van de rechtsopvattingen zoals die te dien tijde bestonden en aan de Vereniging bekend waren althans behoorden te zijn;

14. dat ten processe vaststaat, dat de Vereniging ermee bekend was, dat Y gehuwd was met X, zoals ook in de door de notaris opgemaakte transportakte staat vermeld, zodat het erom gaat, of de Vereniging mocht aannemen, dat de onderhavige woning - anders dan thans tengevolge van het arrest van de HR vaststaat - niet meer door X met Y te zamen werd bewoond in de zin van art. 88, lid 1, aanhef en sub a Boek 1 BW;

15. a. dienaangaande: dat, gelijk hiervoor overwogen, X ten tijde van de onderhavige koopovereenkomst reeds ongeveer 2 1/2 jaar feitelijk geen verblijf meer hield in de woning; dat, naar het Hof uit de stellingen van Y en de Vereniging begrijpt, de Vereniging en de transporterende notaris van dit gegeven zijn uitgegaan;

b. dat de tekst van art. 88, lid 1, aanhef en sub a Boek 1 BW niet aanstonds de interpretatie voor de hand doet liggen, dat X in die omstandigheden geacht zou moeten worden nog te zamen met Y te wonen in die woning; dat raadpleging van de in en voor 1973 gepubliceerde jurisprudentie slechts een vergelijkbaar geval zou hebben opgeleverd, nl. dat, hetwelk beslist werd bij het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 9 april 1970, NJ 1970, 467, waarvan toepassing in het onderhavige geval tot de conclusie leiden zou dat X de woning niet meer te zamen met Y bewoonde, zodat zijn toestemming voor de verkoop niet vereist was;

c. dat de meeste (in 1973 beschikbare) Nederlandse handboeken of monografieën omtrent het personen- en familierecht of het hier van belang zijnde gedeelte daarvan de hier bedoelde kwestie niet behandelen, terwijl "Het Nederlands huwelijksvermogensrecht" van De Bruijn-Soons-Kleijn op dit punt stelt: "Vanuit het oogpunt van de eisen van het rechtsverkeer kan men met het resultaat van het Hof (bedoeld wordt het juist geciteerde arrest van het Hof te 's-Gravenhage) instemmen";

d. dat dit standpunt ook reeds werd aangehangen door Van der Ploeg, redacteur van het WPNR bij de beantwoording van een rechtsvraag in dat weekblad, no. 4487;

e. dat alleen De Bruijn in een artikel in het WPNR no. 4725 (in 1962) op dit punt een wat terughoudender standpunt propageert, doch hieraan, gelet op het hiervoor opgenomen citaat uit zijn handboek (2e druk, van 1972), minder gewicht toekomt;

f. dat, gelet op het voorgaande, naar 's Hof's oordeel de Vereniging ten tijde van het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst met Y niet ernstig rekening behoeft te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X in dit geval vereist was;

g. dat aan het voorgaande niet afdoet het onbetwiste feit, dat X te dien tijde nog stond ingeschreven in het bevolkingsregister te Maastricht op het adres St. Pieterskade no. 2, reeds hierom niet, omdat de Vereniging, gezien de hiervoor besproken feiten en rechtsopvattingen, niet geacht kon worden verplicht te zijn om het bevolkingsregister te raadplegen;

16. dat goede trouw van de Vereniging derhalve moet worden aangenomen en ook een eventueel - als door X gesteld - bewust nalaten te dezer zake contact op te nemen met X niet tot een andere conclusie leidt, nu dit contact - uitgaande van de te goeder trouw bestaande opvatting dat toestemming van X niet was vereist - als overbodig kon worden beschouwd;

17. dat aan het bewijsaanbod van X op dit punt derhalve als niet ter zake dienende wordt voorbijgegaan;

18. dat het vorenoverwogene meebrengt, dat X ingevolge het bij art. 89, lid 1, Boek 1 BW bepaalde in dit geval het recht tot vernietiging van de onderhavige koopovereenkomst miste, zodat het vonnis van de Rb. te Maastricht met wijziging der gronden moet worden bekrachtigd;

19. dat de kosten in hoger beroep tussen X en Y, die gewezen echtelieden zijn, geheel zullen worden gecompenseerd, terwijl X als de in het ongelijk gestelde partij de aan de zijde van de Vereniging op het hoger beroep gevallen kosten zal hebben te dragen;"

X bestrijdt deze uitspraak met het navolgende middel van cassatie:

"Schending van het recht en/of verzuim van vormen, welke niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, doordien het Hof, op in zijn arrest vervatte, hier als overgenomen te beschouwen gronden, het vonnis van de Rb. te Maastricht heeft bekrachtigd, zulks ten onrechte om de navolgende reden:

A. In cassatie mag - als door het Hof uitdrukkelijk vastgesteld of in het midden gelaten - worden uitgegaan van de (juistheid) van (o.m.) de navolgende feiten en omstandigheden:

toen Y bij akte van 24 april 1973 het perceel St. Pieterskade nummer 2 te Maastricht aan de Vereniging verkocht was dat perceel de "echtelijke woning" van het echtpaar X-Y;

tussen X en Y was op dat moment een echtscheidingsprocedure aanhangig; hoewel X toen feitelijk niet in voornoemde woning verbleef (zulks daartoe gedwongen door een zogenaamde beschikking voorlopige voorzieningen) woonde hij daar nog wel in in de zin van art. 88 BW;

X heeft Y nimmer toestemming gegeven de voornoemde woning aan de Vereniging te verkopen;

in de notariële akte van 24 april 1973 middels welke Y de litigieuze woning aan de Vereniging verkocht was uitdrukkelijk gememoreerd dat Y was "buiten gemeenschap van goederen gehuwd met de heer X";

op 24 april 1973 stond X in het bevolkingsregister van de gem. Maastricht ingeschreven als woonachtig aan het

adres St. Pieterskade no. 2.

De hiervoor genoemde feiten en omstandigheden - alsmede wat verder ten processe door pp. is gesteld en waarvan de juistheid door het Hof in het midden is gelaten -, wettigen geenszins (althans niet zonder meer) 's Hofs oordeel (vide r.o. 16) dat de goede trouw (in de zin van art. 89, lid 1, eerste volzin, BW) van de Vereniging bij de onderhavige transactie moet worden aangenomen. Hetzelfde geldt (o.m.) voor 's Hofs oordeel (vide r.o. 15f) dat de Vereniging ten tijde van het sluiten van de onderhavige overeenkomst niet ernstig rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X in dit geval niet vereist was. 's Hofs arrest is bovendien - tegenover hetgeen ten processe vaststaat resp. door X is gesteld en in het midden is gebleven (m.n. dat Y en de Vereniging bij de onderhavige transactie opzettelijk ieder contact met X vermieden omdat zij wisten dat deze daar geen toestemming voor zou geven) - niet naar de eis der wet (immers niet voldoende en/of niet voldoende begrijpelijk) met redenen omkleed.

Deze generale klacht wordt hierna, voor zover nuttig of nodig nader gedetailleerd en geadstrueerd.

B. Na het arrest dat de HR in de onderhavige zaak op 28 nov. 1975 wees, staat onomstotelijk vast dat X toestemming voor het aangaan van de litigieuze kooptransactie tussen Y en de Vereniging had moeten geven; de vraag die het Hof (no. 9) moest beantwoorden was of de Vereniging tegenover de vordering van X tot vernietiging althans nietigverklaring van die transactie een beroep op de goede trouw (als bedoeld in art. 89, lid 1, eerste volzin, BW) toekwam nu voornoemde transactie in 1973 - dus voordat het arrest van 28 nov. 1975 gewezen was - tot stand gekomen was. Die vraag nu heeft het Hof ten onrechte bevestigend beantwoord. Immers de Vereniging heeft de bepaling van art. 88, lid 1, BW verkeerd uitgelegd door er vanuit te gaan dat zij de toestemming van X voor de onderhavige transactie niet behoefde op de enkele grond dat hij niet daadwerkelijk in het perceel St. Pieterskade no. 2 verbleef; zij behoort zelf het risico van deze verkeerde uitlegging te dragen en haar komt mitsdien geen (in rechte te honoreren) beroep op de goede trouw toe.

Althans komt de Vereniging dit beroep niet toe - en had dit beroep dus niet gehonoreerd mogen worden - op de daarvoor door het Hof (o.m. in r.o. 15) aangevoerde, hier als overgenomen te beschouwen gronden. Op die gronden had de Vereniging - beter gezegd de notaris welke de litigieuze transactie voor en namens haar afwikkelde - niet te goeder trouw tot de conclusie mogen komen dat de toestemming van X te dezen niet vereist was. Zo de Vereniging - althans "haar" notaris - een literatuur- en jurisprudentie-onderzoek als weergegeven in 's Hofs arrest had verricht - in werkelijkheid is dat beslist niet geschied -, dan had zij minstgenomen tot de conclusie moeten komen dat zij rekening moest houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X te dezen wel degelijk was vereist. Door desalniettemin die toestemming niet te vragen heeft de Vereniging lichtvaardig gehandeld en nam zij het risico art. 88 lid 1, sub a BW verkeerd uit te leggen. Haar komt mitsdien geen (in rechte te honoreren) beroep op de goede trouw toe.

Zulks geldt te meer - althans in ieder geval - wanneer de Vereniging - althans haar notaris - (zoals van haar gevergd had mogen worden) een werkelijk gedegen studie van de te dezen (in april 1973 beschikbare) relevante literatuur en jurisprudentie had gemaakt (m.n. ook op het punt van de uitleg van het juridische begrip wonen en/of het karakter resp. de ratio van de artt. 88 en 89 BW en/of de zogenaamde voorlopige voorzieningen). In ieder geval is 's Hofs oordeel dat de goede trouw van de Vereniging moet worden aangenomen rechtens onjuist nu de Vereniging - die minstgenomen (enige) rekening moest houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X voor (het aangaan van) litigieuze transactie was vereist - voor het verkrijgen van de (voor haar en Y benodigde) zekerheid dat bij gebreke van de toestemming van X deze geen beroep op nietigheid van die transactie zou kunnen doen, de weg gewezen door art. 88, lid 2, BW had kunnen - en behoren te - volgen.

C. Onbegrijpelijk is welke waarde het Hof heeft gehecht aan het jurisprudentie- en literatuuronderzoek, weergegeven in r.o. 15, zulks tegenover datgene wat de Vereniging zelf ten processe heeft geponeerd, t.w. dat zij zich geheel en al op haar notaris heeft verlaten en zelf (zelfs) niet aan de mogelijkheid heeft gedacht dat de toestemming van X voor (het aangaan van) de onderhavige transactie was vereist, alsmede dat haar notaris zich gerust voelde door het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 9 april 1970, NJ 1970, 467. M.a.w. de Vereniging heeft niet gesteld dat zij of haar notaris een onderzoek als door het Hof verricht hebben uitgevoerd. De Vereniging zelf heeft niets, haar notaris slechts het hiervoor genoemde arrest van het Hof te 's-Gravenhage bestudeerd. Hoe kunnen dan de resultaten van 's Hofs onderzoek bepalend zijn bij de beantwoording van de vraag of de Vereniging in april 1973 al dan niet te goeder trouw handelde? Te dezen ontbreekt elk inzicht in 's Hofs gedachtengang zodat het beroepen arrest onvoldoende naar de eis der wet met redenen is omkleed. Daarbij, 's Hofs onderzoek is ontoelaatbaar gebrekkig en onjuist geweest. Indien men, met het Hof, als uitgangspunt bij het beoordelen van de vraag of de Vereniging in april 1973 bij (het aangaan van) de litigieuze transactie al dan niet te goeder trouw handelde, uit mag gaan van de feiten en omstandigheden alsook van de rechtsopvattingen zoals die te dien tijde bestonden, dan is het bij het beantwoorden van die vraag minstgenomen noodzakelijk dat een deugdelijk onderzoek naar die rechtsopvattingen wordt verricht. Zulks is i.c. bepaald niet geschied. 's Hofs onderzoek is een - op onbegrijpelijke wijze - (ten detrimente van X) geselecteerde, deels onjuiste en onvolledige, weergave van de in 1973 bestaande rechtsopvattingen.

Reeds 's Hofs oordeel dat de tekst van art. 88, lid 1, aanhef en sub a Boek 1 BW niet aanstonds de interpretatie

voor de hand doet liggen dat X in april 1973 (gezien de omstandigheden) nog tezamen met Y zou wonen (in de zin van dat artikel) in de litigieuze woning, is volstrekt onbegrijpelijk (en ook feitelijk onjuist). Zulks temeer gezien de tekst, ratio en geschiedenis van de totstandkoming van (o.m.) de artt. 88 (m.n. het tweede lid daarvan) en 89, alsmede 10 en 11 van Boek 1 BW. Indien het Hof gemeend heeft dat, waar het de beoordeling van de (pretense) goede trouw van de Vereniging betreft op het punt van de uitleg van de tekst van de wet slechts op art. 88, lid 1, aanhef en sub a Boek 1 BW gelet diende te worden, dan is die mening rechtens onjuist. Van de Vereniging en/of haar notaris mocht wel degelijk ook een onderzoek naar de (gehele) tekst van de artt. 88 en 89 (en/of de artt. 10 en 11) van Boek 1 BW - alsmede naar de ratio en/of geschiedenis van de totstandkoming daarvan - en bijv. het karakter van de zogenaamde voorlopige voorzieningen geveerd worden. Althans is onbegrijpelijk of - en zo ja waarom - het Hof te dezen slechts acht heeft geslagen op de tekst van art. 88, lid 1, aanhef en sub a Boek 1 BW.

Volstrekt onjuist en ontoelaatbaar onduidelijk is (ook) r.o. 15e. Het is niet juist dat tot april 1973 alleen De Bruyn in de literatuur een terughoudender - d.w.z. met het standpunt van X overeenstemmend - standpunt heeft ingenomen. Gewezen kan worden op het artikel "Enige opmerkingen m.b.t. de gezinsbeschermende artikelen in het huwelijksgoederenrecht" dat mevrouw Mr. M.G.W. Otterspoor-Kousemaker in 1966 publiceerde (vgl. "Waarvan Akte", opstellen aangeboden aan Prof. Mr. A.R. de Bruyn, pag. 93 e.v., vooral pag. 95); in dat opstel werd - overigens zonder enige terughoudendheid - betoogd dat art. 164a BW (oud) toepasselijk is in de situatie dat de echtelijke woning voor de duur van de procedure tot echtscheiding aan een der echtgenoten krachtens presidiale beschikking is toegewezen. Ook het in 1973 uitgegeven "handboek" Klaassen-Eggens-Luyten, Huwelijksgoederenrecht (vide pag. 47; ter aangehaalde plaatse identiek aan de druk 1964) wijkt af van het standpunt dat door Van der Ploeg en in het "handboek" van De Bruyn-Soons en Kleijn werd ingenomen, zulks omdat in eerstgenoemd handboek werd betoogd dat het begrip "wonen" in art. 88 BW moet worden geïnterpreteerd naar de maatstaven van de artt. 10 e.v. BW.

R.o. 15e is eens te meer onbegrijpelijk omdat niet valt in te zien waarom aan het door De Bruyn (in WPNR 4725) ingenomen standpunt minder gewicht toekomt "gelet op het hiervoor opgenomen citaat uit zijn (dit is De Bruyn's) handboek (tweede druk, van 1972)". Zulks omdat van algemene bekendheid is dat die tweede druk van dat handboek een bewerking is van de door De Bruyn oorspronkelijk geschreven tekst en - zoals het Hof na enige studie had kunnen ontdekken - juist het citaat waar het Hof zijn oordeel op bouwt (met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid) niet door De Bruyn zelf maar door een van de bewerkers van zijn handboek geschreven is.

D. Rechtens onjuist is ook r.o. 15f en (mitsdien ook) de mede daarop gebaseerde r.o. 16. Het Hof had immers niet tot de conclusie mogen komen dat de goede trouw van de Vereniging moet worden aangenomen omdat zij ten tijde van het sluiten van de onderhavige overeenkomst "niet ernstig rekening behoeft te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X in dit geval vereist was".

's Hofs overweging in r.o. 15f wettigt die conclusie niet. O.m. omdat reeds indien de Vereniging rekening had dienen te houden met de mogelijkheid dat X toestemming voor de onderhavige transactie was vereist, het niet vragen - laat staan het niet verkrijgen - daarvan had dienen te leiden tot de conclusie dat de goede trouw van de Vereniging niet, althans niet zonder meer had mogen worden aangenomen.

Althans is onbegrijpelijk welk criterium het Hof te dezen heeft gebezigd om tot zijn oordeel te komen dat de goede trouw van de Vereniging moet worden aangenomen. Daarbij, de rechtsoverwegingen 13 en 15f zijn innerlijk tegenstrijdig, zodat 's Hofs arrest niet voldoende (begrijpelijk) naar de eis der wet met redenen is omkleed.

E. In cassatie mag ervan worden uitgegaan dat de Vereniging bewust heeft nagelaten te dezer zake contact op te nemen met X. Deze omstandigheid, gevoegd bij het overige in 's Hofs arrest gereleveerde feiten en omstandigheden, noopt eens te meer - althans in ieder geval - tot de conclusie dat 's Hofs oordeel dat de goede trouw van de Vereniging moet worden aangenomen rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk is. (Ook) de door het Hof gerelativeerde rechtsopvattingen hadden (minstgenomen) bij de Vereniging enige twijfel moeten wekken aan de juistheid van het door haar - beter door haar notaris - ingenomen standpunt. Door in die situatie bewust na te laten ook maar enig contact met X op te nemen handelde de Vereniging bij (het aangaan van) de onderhavige transactie niet overeenkomstig (maar in strijd met) de goede trouw zodat het Hof de aanwezigheid daarvan niet had mogen aannemen. Dientengevolge had het Hof het bewijsaanbod dat X m.b.t. deze omstandigheid had gedaan niet, althans niet zonder nadere motivering, als niet ter zake dienend mogen voorbijgaan. Hetzelfde geldt m.b.t. 's Hofs oordeel dat de Vereniging niet geacht kon worden verplicht te zijn om het bevolkingsregister te raadplegen. Gezien het in het cassatiemiddel betoogde had de Vereniging die plicht (in beginsel) wel.;"

O. met betrekking tot dit middel:

Na het in deze zaak gewezen arrest van de HR van 28 nov. 1975 staat tussen pp. vast, dat de omstandigheid dat X ten tijde van de litigieuze verkoop niet meer in de woning verbleef ingevolge een voorlopige voorziening in een tussen hem en Y aanhangige scheidingsprocedure, er niet aan afdeed dat Y voor de verkoop van die woning

de toestemming van X behoefde. Thans wordt door het cassatiemiddel de vraag aan de orde gesteld of goede trouw van de wederpartij bij de verkoop - de Vereniging - in de weg staat aan de door X ingeroepen nietigheid van de verkoop, nu deze goede trouw hierin bestond, dat de Vereniging - ten onrechte, volgens evengoemd arrest - meende dat toestemming van X niet vereist was.

Het Hof heeft het beroep op goede trouw aanvaard op grond dat de Vereniging, gezien de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bestaande stand van de jurisprudentie en literatuur betreffende de hier aan de orde zijnde rechtsvraag, niet ernstig rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X in dit geval vereist was.

De hiertegen door het middel gericht klacht treft doel. Gezien de strekking van het voorschrift - in het belang van het gezin de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen - en gezien de omstandigheid dat de wet in art. 88, lid 2, Boek 1 een voorziening heeft getroffen voor het geval dat de toestemming van de andere echtgenoot niet wordt verkregen ontbreekt goede trouw in de zin van art. 89 bij de wederpartij in ieder geval indien de onjuiste uitlegging van de litigieuze wetsbepaling waarvan zij uitging, niet door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur werd aanvaard. Nu het Hof slechts een arrest van een Hof en daarnaast geen eenstemmige literatuur vermeldt is reeds daarom van goede trouw in de zin van art. 89 bij de Vereniging geen sprake.

Gezien het vorenstaande moet het middel gegrond worden geoordeeld;

Vernietigt het arrest van het Hof te Arnhem van 24 mei 1977, gewezen tussen pp.;

Verwijst de zaak naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en afdoening met inachtneming van deze uitspraak;

Compenseert de kosten op het beroep in cassatie gevallen tussen X en Y, in dier voege dat ieder de eigen kosten zal dragen;

Veroordeelt de Vereniging in de kosten aan de zijde van X op de voorziening in cassatie gevallen, tot deze uitspraak begroot op f 2326,45, waarvan te betalen

1. aan de deurwaarder F.H. van der Vaart te Maastricht, wegens dagvaardingskosten f 79,70,
2. aan de Griffier van de HR de ingevolge art. 863 Rv. in debet gestelde griffierechten ten bedrage van f 75,
3. aan de deurwaarder H. Hermans te 's-Gravenhage, wegens afroepgelden ter rolle: f 21,75,
4. aan de adv. Mr. R.M. Schutte te 's-Gravenhage: f 2150, waarvan f 2000 voor salaris en f 150 aan verschotten.

[Mening] Conclusie Adv.-Gen. Mr. ten Kate.

De verkoop van de haar in eigendom toebehorende woning (de echtelijke woning) aan de St. Pieterskade 2 te Maastricht aan de Vereniging (verweerster in cassatie onder 2) door de met uitsluiting van elke gemeenschap gehuwde vrouw (verweerster in cassatie onder 1) in de periode dat de man (eiser tot cassatie) ingevolge voorlopige voorzieningen hangende eerst het door de vrouw aangespannen geding tot scheiding van tafel en bed - welke vordering werd afgewezen - en later het intussen door de vrouw onder het nieuwe echtscheidingsrecht aanhangig gemaakte echtscheidingsgeding deze woning niet mocht betreden, is eerder inzet van beroep in cassatie geweest. Aangezien de man zijn toestemming als bedoeld in art. 88, lid 1, aanhef en onder a Boek 1 BW niet had gegeven, riep hij de nietigheid van deze koop-verkoop in. Uw Raad (HR 28 nov. 1975, NJ 1976, 466, m.nt. E.A.A.L.) besliste op dat beroep dat in zodanige omstandigheden de vrouw ook de toestemming van de man in de zin van genoemd artikel voor de bedoelde verkoop nodig had. Het anders luidend arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 8 okt. 1974, NJ 1975, 32, dat het desbetreffende eerste verweer van de vrouw honoreerde, werd vernietigd en de zaak werd verwezen naar het Hof te Arnhem. Dit Hof (24 mei 1977, NJ 1978, 205) aanvaardde het volgende verweer, dat de Vereniging als wederpartij van de vrouw beroep op goede trouw toekwam als bedoeld in art. 89, lid 1, Boek 1 BW, nu er geen sprake van een gift was, en wees wederom de door de man ingestelde vordering af. Deze beslissing en de gronden daarvan zijn de inzet van het onderhavige cassatieberoep. Voor de verdere feiten moge ik naar voormelde vindplaatsen verwijzen en met name naar de samenvatting van mijn ambtgenoot Berger in zijn conclusie, voorafgaande aan voormeld arrest van Uw Raad. Te vermelden valt nog dat intussen bij arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 14 jan. 1975 tussen de man en de vrouw echtscheiding is uitgesproken en dat dit arrest op 2 mei 1975 is ingeschreven in de registers van de Burgerlijke Stand. Omstreden tussen pp. is, of dit de vraag naar het belang van de man bij zijn onderhavige vordering o.g.v. art. 89, lid 1, Boek 1 BW beïnvloedt (memorie na verwijzing man, p. 2; memorie van antwoord na verwijzing vrouw onder 8 en 9 slot), afgezien van zijn financieel belang waarop hij tevens heeft gewezen. De huwelijkse voorwaarden bevatten een verrekeningsbeding m.b.t. de aanwas van de stamvermogens van de vrouw resp. de man bij de aanvang van het huwelijk, waarop reeds in eerste aanleg bij pleidooi - zie conclusie van antwoord p. 3; de bij akte van 24 jan. 1974 in het geding gebrachte pleitnota van de zijde van de man, p. 1 en 10 - beroep is gedaan. Vgl. memorie van antwoord Vereniging p. 6; memorie na verwijzing man, p. 3; memorie van antwoord na verwijzing Vereniging, p. 2 en 3; antwoordakte vrouw onder 2. Aan dit derde geschilpunt is het Hof te Arnhem bij zijn voormelde beslissing niet toegekomen. In het geding in cassatie is het punt door pp. niet betrokken.



De kern van de beslissing van het Hof schuilt in r.o. 15f (vgl. ook r.o. 13a): "dat, gelet op het voorgaande, naar 's Hof's oordeel geïntimeerde sub 2 (Vereniging) ten tijde van het sluiten van de onderhavige koopovereenkomst met geïntimeerde sub 1 (vrouw) niet ernstig rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van appelland in dit geval vereist was".

Hierbij verdient aanstonds aantekening dat het Hof kennelijk de Vereniging, nu ze de transactie geheel aan de instrumenterende notaris had overgelaten, voor wat de voormelde vraag betreft, vereenzelvigt met deze laatste, welk oordeel tegen deze achtergrond ook niet onbegrijpelijk is. Voor zover onderdeel C van het middel hiertegen mocht zijn gericht (Pleitnota Mr. Schutte, p. 5), is het ongegrond.

De overweging dat de Vereniging daarmee niet ernstig rekening behoefde te houden - hetgeen overigens impliceert dat de Vereniging dit wel enigszins moest doen -, baseerde het Hof in hoofdzaak (men zie ook r.o. 16) op zijn oordeel dat de tekst van art. 88, lid 1, aanhef en onder a Boek 1 BW niet aanstonds de gevonden interpretatie voor de hand doet liggen, mede gezien in het licht van de rechtspraak, nl. Hof 's-Gravenhage 9 april 1970, NJ 1970, 467, en de stand van de literatuur te dien aanzien ten tijde dat de transactie tot stand kwam.

Ik meen dat deze afweging onjuist is en dat derhalve de klacht in cassatie gegrond geoordeeld moet worden.

Beroep op onjuist inzicht omtrent het recht komt in uiteenlopende situaties voor.

Soms - ik zie in het kader van dit geding alleen de rechtshandeling - is dit inzicht slechts een feitelijk gegeven, ter vaststelling welke waarde of betekenis een bepaalde gedraging, waaronder begrepen een nalaten, rechtens toekomt. Vgl. onder meer HR 1 dec. 1938, NJ 1939, 459 (E.M.M.); HR 10 febr. 1967, NJ 1967, 212 (G.J.S.); HR 12 mei 1972, NJ 1973, 53 (K.W.); HR 21 juni 1973, NJ 1974, 342 (BW); HR 19 dec. 1975, NJ 1978, 366, Bouwrecht 1976 no. 64, p. 280. Vgl. ook Kamphuisen, "Dwaling bij obligatoire overeenkomsten" (1961), p. 96, p. 166.

Of daarop tegenover een ander (wederpartij of derde), die de gedraging in het licht van het bestaande recht heeft gezien, een beroep kan worden gedaan, hangt dan weer, naar o.m. uit de hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt, van de omstandigheden af, bijv. of deze ander in vertrouwen daarop heeft gehandeld of daartegenover verplichtingen heeft aanvaard. Men vergelijk art. 3.2.3 NBW en HR 29 nov. 1974, NJ 1975, 211 (G.J.S.); HR 27 juni 1975, NJ 1976, 128; HR 5 dec. 1975, NJ 1976, 223 (G.J.S.).

Deze afweging naar omstandigheden geschiedt veelal in het licht van de vraag, of op het onjuiste inzicht tegenover de ander te goeder trouw, naar redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 1374, lid 3, BW; art. 6.1.1.2, lid 1, NBW), beroep kan worden gedaan. In dit verband kan - mede afhankelijk van wat de ander begreep of moest begrijpen - een rol spelen dat in het algemeen een partij bij een rechtshandeling binnen redelijke grenzen maatregelen behoort te nemen om te voorkomen dat zij onder invloed van onjuiste veronderstellingen haar toestemming geeft, hetgeen naar zijn aard bij uitstek t.a.v. het geldende recht - dat immers werkt, ongeacht of het gekend wordt (art. 2 Wet AB) - en de uitleg daarvan geldt. Vgl. Hofmann-Abas (1977), p. 92, 93; Asser-Rutten 4, II (1975), p. 118; H. Drion, "De Dwaling in het Privaatrecht", Preadvies Candidaat-Notarissen 1972, p. 58-61, p. 65 onder 2 en 3; Zaaijer, "De Rechtsdwaling", Prf. Leiden 1928, p. 123. Bij onrechtmatige daad gaat deze vraag in de schuldvraag op. Vgl. Drion c.s., "Onrechtmatige Daad" I, nrs. 258 e.v.; Asser-Rutten 4, III (1975), p. 79; Toelichting Driemans chap op art. 6.3.1, lid 3, NBW, p. 649; Slagter, "De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad", Prf. Leiden 1952, p. 109/110, waarbij H. Drion in aangehaald Preadvies, p. 64/65.

Bij deze afweging kan van belang zijn, dat het vertrouwen in een juiste wetsuitleg is gewekt door de partij, die achteraf terecht op de onjuistheid daarvan een beroep doet; hetgeen temeer geldt indien die partij ter zake het bij uitstek deskundige overheidsorgaan is. Vgl. HR 22 febr. 1974, NJ 1975, 381 (A.R.B. onder 4), AB 1974, 153 (St.), AA 1976 (XXV), p. 42 (M. Scheltema p. 50/51). Overigens zal men ook dan, naar tevens uit dit arrest blijkt, van beroep op opgewekt vertrouwen verstoken zijn, indien men had moeten begrijpen dat het overheidsorgaan bij zijn toezeggingen van een onjuiste opvatting uitging. Vgl. ook HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82 (J.H.B. onder 2), AA 1963/64 (XIII), p. 52 (G. onder 2). Daarbij kan een rol spelen in hoeverre de wijze waarop het artikel moest worden uitgelegd, voor de hand lag.

Van belang kan voorts zijn, in hoeverre de ingeroepen op rechtsdwaling gestoelde goede trouw ingrijpt in de rechten en belangen van de wederpartij. Wordt het beroep op goede trouw niet aan rechten van de ander tegengeworpen, doch dient dit beroep slechts in het kader van de vraag op welke basis pp. met elkaar moeten afrekenen, dan zal beroep op onjuist inzicht omtrent het recht eerder als disculperend mogen worden aangenomen (vgl. HR 20 jan. 1961, NJ 1964, 381, m.nt. 2 D.J.V.), dan wanneer het beroep op dit onjuiste inzicht ertoe strekt de ander van zijn recht geheel te versteken. Ook hier geldt een soortgelijke gedachte als uitgesproken op p. 49 MvA Boek 3 NBW: "dat hij die meent dat jegens hem een verklaring van een bepaalde strekking wordt afgelegd, zich eerder zal hebben af te vragen of zijn voorstelling met de werkelijke bedoelingen van de wederpartij overeenkomt, naar mate de verklaring meer in zijn eigen voordeel en ten nadele van de wederpartij schijnt te strekken".

Met name zullen aan goede trouw hoge eisen mogen worden gesteld, indien een verkrijger zich tegenover de gedeposeerde op goede trouw beroept ter afdekking van een gebrek in zijn rechtsverrijking. Vgl. Asser-

Beekhuis 3, I (1975), p. 99. Dit blijkt ook uit art. 3.1.1.12 NBW, waarbij de MvA, p. 16 o.m. aantekent: "Voorts geeft deze tekst anders dan de oorspronkelijke redactie... antwoord op de vraag wanneer iemand te goeder trouw mag worden genoemd die over de feiten of het recht in onzekerheid verkeerde of zich onzekerheid op dit punt bewust had behoren te zijn, maar die in de onmogelijkheid verkeerde zich zekerheid te verschaffen. Goede trouw ontbreekt, indien hij met de ware stand van de feiten of het recht had behoren rekening te houden". In de MvA bij de Invoeringswet van Boek 1 NBW is in het kader van art. 89 ook naar deze plaats verwezen. Men zie Van Zeben "Parlementaire Geschiedenis", Boek 1 Invoeringswet, p. 1177/1178.

Het is m.i. bij dit een en ander duidelijk dat, indien het beroep op rechtsdwaling ter adstructie van goede trouw rechtstreeks tegenover toepassing van het recht staat, aan dit beroep op goede trouw - zo al mogelijk - de hoogste eisen zullen moeten worden gesteld. Zou het beroep hierop worden gesteund, dat de wettelijke bepaling niet gekend werd, het beroep zou zeker dienen te stranden. Vgl. HR 22 juni 1962, NJ 1963, 53 (J.H.B. onder 1). Maar ook als het om onjuist gebleken interpretatie gaat - zoals i.c. - is er weinig ruimte. (Zie over dit onderscheid naast Langemeijer in zijn conclusie voor voormeld arrest en Beekhuis in zijn noot daaronder: noot 2 van Wachter, NJ 1974, 342; Drion in zijn aangehaald preadvies, p. 62; Hofmann-Abas (1977), p. 91). Het door het Hof gehonoreerde beroep van de Vereniging op rechtsdwaling in het kader van de goede trouw dient i.c. immers om de man de hem rechtstreeks gegeven bescherming in de artt. 88 en 89 Boek 1 BW tegen buiten hem om door de vrouw tot stand gebrachte rechtshandelingen m.b.t. de echtelijke woning af te snijden. Vgl. in dit verband: Kluwers losbladig "Personen- en Familierecht", aant. 2 op art. 89, p. 2/3; Asser-de Ruiter-Molmaker 1, II (1976), p. 97; Klaassen-Eggen-Luijten (1973), p. 56; van Mourik-Jongsma, "Het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding" (1978), p. 173.

Drion zegt dit in zijn meer gemeld preadvies, p. 63, aldus: "Meer algemeen zal men, dunkt me, kunnen stellen dat de bescherming van rechtsverkrijgers te goeder trouw er over het algemeen toe strekt om ... maar niet om hem, o.g.v. zijn onbekendheid met het bestaan van het wettelijke vereiste zelf, te behandelen alsof dat wetsvoorschrift niet bestond. De ratio van de bescherming van verkrijging te goeder trouw kan niet zijn om wetsbepaling(en), met het oog waarop de bescherming wordt gegeven, buiten werking te stellen ten behoeve van de daarvan onkundigen. Voor de toepassing van de artt. 1:88 en 89 ... betekent dit, dat niet alleen degenen die van het bestaan van art. 1:88 onkundig is, geen beroep kan doen op zijn goede trouw, maar ook niet degenen die o.g.v. een onjuiste uitleg van art. 1:88 aanneemt dat dit artikel niet slaat op de rechtshandeling waarvan de nietigheid wordt ingeroepen".

Nu meen ik dat men niet onder alle omstandigheden zo ver hoeft te gaan. De sanctie in art. 89, lid 1, Boek 1 BW is ter wille van de zekerheid in het rechtsverkeer beperkt. De wederpartij bij een rechtshandeling onder bezwarende titel wordt met name ingeval van goede trouw uitdrukkelijk beschermd. Vgl. Wet 14 juni 1956, S. 343, Derde Nota van Wijzigingen (Zitting 1955-1956-1430, stuk no. 16), p. 7 ad art. 164b. Deze beperking is derhalve niet aan de algemene bescherming van verkrijgers te goeder trouw overgelaten, welke bescherming overigens niet ten bate van de wederpartij maar eerst in de derde hand zou werken. In dit licht zou, naar het mij voorkomt, onder omstandigheden beroep op goede trouw wellicht aanvaardbaar kunnen zijn, indien ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling sprake was van een vaste praktijk of een gevestigde rechtspraak. Noch het een - voor de eerder voorgenomen verkoop van het huis aan Goessens vroeg de toen ingeschakelde notaris Wolters bij brief van 17 mei 1972, door de man bij akte in eerste aanleg in het geding gebracht, toestemming van de man (vgl. in dit verband de hierboven aangehaalde schrijvers) - noch het ander was het geval. Slechts het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 9 april 1970, NJ 1970, 467, was beschikbaar. Het Hof heeft dit dan ook niet aangenomen. Het Hof achtte (zijn uitgangspunt in r.o. 13a was, gezien HR 22 juni 1962, NJ 1963, 53, m.nt. J.H.B. en het hier eerder opgemerkte, reeds te vrijgevig) voldoende dat niet ernstig rekening behoefde te worden gehouden met de mogelijkheid dat de toestemming van de man in dit geval vereist was. Het standpunt werd derhalve verdedigbaar geoordeeld. Twijfel sluit dit niet uit. Vgl. hierbij ook noot 7 van H. Drion, NJ 1969, 316. De door het Hof geraadpleegde literatuur gaf daartoe ook geen aanleiding.

Positief was de nauwelijks gemotiveerde beantwoording van rechtsvraag III, WPNR 4487, p. 177, door Van der Ploeg. De Bruijn, WPNR 4725, p. 255 r.k. bestreed dit antwoord: "Daarom gaat de man uit deze rechtsvraag wat voorbarig te werk door in dit stadium het huis zonder toestemming van zijn vrouw te willen verkopen". De Bruijn-Soons-Kleijn (1972), p. 60, zijn op dit bezwaar niet teruggekomen, doch kunnen met het resultaat van het arrest van het Hof te 's-Gravenhage instemmen vanuit een oogpunt van de eisen van het rechtsverkeer. De interpretatie van het artikel is daarmede echter niet uit de sfeer van de discussie gehaald.

Bovendien was er in feite meer literatuur, die in andere richting wees. In de aan De Bruijn aangeboden bundel "Waarvan Akte" (1966), p. 95, kwam Mevr. Otterspoor-Kousemaker tot toepasselijkheid van art. 164a - de voorganger van art. 88 Boek 1 - voor de periode dat hangende een procedure tot scheiding tussen de echtgenoten een presidiale beschikking geldt. Haar mening dat het artikel ook geldt na scheiding van tafel en bed (vgl. antwoord Van der Ploeg op rechtsvraag V, WPNR 4717, p. 164; Van Zeben, "Parlementaire Geschiedenis", Boek 1, p. 261 ad art. 1.6.7a) is intussen achterhaald door het nieuwe art. 92a Boek 1 BW (vgl. Klaassen-Eggen-Luijten 1973, p. 47). Men vergelijk bij dit een en ander voorts van Mourik-Jongsma, "Het Nederlands

vermogensrecht bij echtscheiding" (1978), p. 261/262; Kleijn en Nota in het tijdschrift "Familie- en Jeugdrecht" 1978, p. 12 onder A 2.2.

Dit onderzoek was overigens alleszins relevant in het kader van de beantwoording van de vraag, wat de Vereniging - of de optredende notaris, aan wie de Vereniging de transactie overliet - behoorde te weten althans waarmee zij rekening diende te houden. Het enkele feit van nalaten van een zodanig of van een voldoende diepgaand onderzoek versteekt haar nog niet van het recht achteraf ter bescherming van haar rechten en belangen beroep op goede trouw te doen, indien bij een juist onderzoek haar dit beroep zou hebben opengestaan. In zoverre zou mij de klacht in de aanhef van onderdeel C van het middel ongegrond voorkomen.

Gelet op dit een en ander acht ik de klacht in cassatie, met name als begrepen in onderdeel B gelezen i.v.m. de aanhef van onderdeel A van het middel, gegrond. Daarmede is het belang aan de overige klachten ontvallen. Ik mag mij derhalve na het voorgaande, waarbij deze klachten materieel in hoofdzaak mede ter sprake kwamen, ontslagen achten daarop nader in te gaan.

Het middel tot cassatie gegrond bevindende, concludeer ik tot vernietiging van het tussen pp. gewezen arrest van het Hof te Arnhem d.d. 24 mei 1977 met verwijzing van de zaak naar een aangrenzend Hof, ook een ander zijnd dan het Hof te 's-Hertogenbosch dat reeds in deze zaak arrest wees, ten einde deze met inachtneming van het door Uw Raad te wijzen arrest verder te behandelen en te beslissen. Ik meen dat er aanleiding is de kosten van het geding in cassatie te compenseren in dier voege dat elke partij de eigen kosten zal dragen. Eiser tot cassatie (de man) procedeert kosteloos ingevolge beschikking van Uw Raad d.d. 6 okt. 1977 en verweerster in cassatie onder 1 (de vrouw) procedeert kosteloos ingevolge beschikking van de Rb. Maastricht d.d. 6 nov. 1

#### **HOGE RAAD**

27 november 1981, nr 11708.

(Mrs Ras, Snijders, Royer, Martens, De Groot;  
A-G Haak; m.nt. EAAL en WHH).

NJ 1982, 503 (Boon - van Loon-judgment).

#### **BW Boek 1 art. 94 lid 3 en 1158 lid 2; Wet AB art. 4, 12**

[Essentie] Zwarigheden procedure. Verrekening van pensioenrechten bij de verdeling van een algehele gemeenschap van goederen. HR komt terug op uitspraak van 7 okt. 1959, BNB 1959, 355. Overgangsrecht.

1a. Pensioenrechten als de onderhavige moeten in het algemeen voor het gedeelte dat op het tijdstip van de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding of scheiding van tafel en bed reeds was opgebouwd, bij de verdeling van de gemeenschap door middel van verrekening in aanmerking worden genomen. Op welke wijze en tot welke bedragen in dit geval verrekening moet plaatsvinden, dient te worden vastgesteld aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid, die op de verdeling van een gemeenschap van toepassing zijn.

b. In geval de gemeenschap als gevolg van de dood van een der echtgenoten wordt ontbonden, is echter voor een verrekening geen plaats, nu na het overlijden de zorg voor de persoon van de overleden echtgenoot geen gewicht meer in de schaal werpt.

2. Het bovenstaande betekent dat in zoverre thans wordt teruggekomen op het oordeel op het onderhavige punt uitgesproken in HR 7 okt. 1959, BNB 1959, 355. Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering als bedoeld in art. 1158 tweede lid BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering - die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten - thans niet meer geldend gemaakt kan worden.

[Tekst] X, te Heeswijk-Dinther, eiser tot cassatie van twee door het Hof te 's-Hertogenbosch tussen pp. gewezen en op 3 april 1979, onderscheidenlijk 15 april 1980 uitgesproken arresten, incidenteel verweerder, adv. mr. J.C. van Oven,  
tegen

Y, te Helmond, verweerster in cassatie, tevens incidenteel eiseres tot cassatie van voormeld arrest van 15 april 1980, adv. mr. J. Wuisman.

De Hoge Raad,  
Gehoord pp.;

Gehoord de Adv.-Gen. Haak in zijn concl. strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het principale beroep voor zover gericht tegen 's Hofs arrest van 3 april 1979 en tot verwerping van dat beroep voor het overige, alsmede tot verwerping van het incidentele beroep;

Gezien de bestreden arresten en de stukken van het geding, waaruit blijkt, voor zover in cassatie van belang:

Bij vonnis van de Rb. te 's-Hertogenbosch van 29 okt. 1971 is tussen pp. die op 20 nov. 1942 te Helmond waren gehuwd, scheiding van tafel en bed uitgesproken met veroordeling van principaal eiser (de man) om met principaal verweerster (de vrouw) over te gaan tot scheiding en deling van de gemeenschap van goederen waarin zij zijn gehuwd. Bij de besprekingen tussen pp. ter fine van deze scheiding en deling zijn zwaarigheden gerezen, waarvan door de notaris ten overstaan van wie deze besprekingen plaatsvonden, een p.-v. is opgemaakt, dat op 20 sept. 1973 ter griffie van genoemde Rb. is gedeponereerd.

Hierop heeft de vrouw de man gedaagd voor deze Rb. en gevorderd dat op de zwaarigheden in de door haar voorgestane zin zal worden beslist. De man heeft zijn standpunt op het stuk der zwaarigheden verdedigd, waarna de Rb. bij vonnis van 26 juli 1974 het volgende heeft overwogen:

"dat, nu het vonnis tot scheiding van tafel en bed van 29 okt. 1971 door het Hof bevestigd is, is op die datum de scheiding en deling ontstaan, zodat om tot de scheiding en deling van de tot de gemeenschap behorende waarden te geraken, nagegaan moet worden wat de passiva en activa op 29 okt. 1971 waren;

dat de bezwaren van de vrouw luiden: ...

Bezwaren 5 en 6:

dat de vrouw zowel bezwaar heeft tegen de verkoop van de aandelen van de NV Litrofa aan derden als tegen liquidatie van de NV, omdat alsdan de inkomsten van beide pp. daaruit weg zullen vallen en de fiscale consequenties onoverkomelijk zijn, stellende zij voorts dat, alvorens tot scheiding en deling over te gaan, aan die aandelen een waarde toegekend moet worden;

dat de man betwist dat hem die aandelen gedwongen toegescheiden kunnen worden, wil niet dat die aandelen aan de vrouw worden toegescheiden en heeft vanwege de kosten bezwaar tegen de benoeming van deskundigen ter vaststelling van de waarde dier aandelen, stellende hij verder dat een eventuele derde-koper toch niet aan die taxatie gehouden kan worden;

dat de vrouw in haar 6e bezwaar nog bijzondere aandacht gevraagd heeft voor de faits et gestes van de man vanaf 1 jan. 1971 met betrekking tot diens kostendeclaraties en opnamen, zullende een en ander - voor zover van belang - tot uitdrukking komen in het verslag van de te benoemen deskundigen, terwijl overigens verwezen moge worden naar het behandelde bij het 2e bezwaar;

dat voor wat de jaren 1972 en 1973 betreft, welke jaren na de scheiding en deling vallen, zodat de eventueel uit het in die jaren gebeurde niet in dit geding beslist kunnen worden, het bezwaar niet opgaat, terwijl de gevormde pensioenreserve en de betaalde pensioenpremie voor zover plaatsgevonden hebbend voor 29 okt. 1971, wel ter beoordeling van de deskundige zal staan;

dat nu alle aandelen Litrofa in de boedel vallen en de man deze alleen aan zichzelf toegescheiden wil zien (diens derde bezwaar p.-v. van zwaarigheden) en hij geen toescheiding aan de vrouw wenst, de Rb. daarover mettertijd mogelijk een beslissing zal hebben te geven, kunnende dit nu nog niet, nu de Rb. volledig in het duister tast voor wat de waarde dier aandelen betreft, zodat ter vaststelling van die waarde een of meer deskundigen zijn te benoemen ter beantwoording van de vraag:

wat de waarde van de aandelen NV Litrofa was per 29 okt. 1971 gelet op de waarde van haar activa en de reele gebruiksmogelijkheden daarvan en op de hoogte van hare passiva en mogelijke lasten en verplichtingen onder andere uit aangegane pensioenverplichtingen;

7. de vrouw stelt dat de toekenning van pensioenaanspraken hangende de echtscheiding en deling niet rechtsgeldig is, omdat zij daarin als aandeelhoudster niet gekend is en het vermogen der NV daardoor ernstig is aangetast;

dat de Rb., nu de man ontkend heeft dat de pensioenregeling niet rechtsgeldig tot stand gekomen zou zijn en de vrouw toch heeft nagelaten enig bewijsstuk ter zake over te leggen als statuten, besluit der NV tot pensioenverlening of wat dan ook, hoewel zij zich wel beroept op de inhoud van de statuten, dit bezwaar als onvoldoende gemotiveerd passeert en ongegrond verklaart, omdat de vrouw evenmin speciaal bewijs ten aanzien van dit punt heeft aangeboden en bedoeld pensioen hoogst waarschijnlijk eerst na 29 okt. 1971 blijkens de stellingen van de vrouw tot stand gekomen is;

Bezwaren 8, 9, 10 en 11:

de vrouw kan er zich mee verenigen dat de aandelen van de NV aan de man worden toegewezen onder directe uitkering aan haar van de overdelingssom en toedeling aan haar van het onroerend goed gelegen aan de Kanaaldijk NW 83b en 85;

dat de man stelt niet gedwongen te kunnen worden tot overname van alle aandelen;

dat bij de notaris drie mogelijkheden tot boedelverdeling ter sprake zijn gekomen;

dat het thans nog te vroeg is alvorens de waarde van de boedelbestanddelen en de hoogte der passiva te kennen hieromtrent te beslissen;

dat de Rb. ook met betrekking tot de waarde van het onroerend goed een deskundigenonderzoek nodig acht en wel ter vaststelling van de verkoopwaarde van het dubbele woonhuis met ondergrond, gelegen te Helmond Kanaaldijk NW 83b en 85, kadastraal bekend gem. Helmond Sectie K no. 91 en het recht van erfpacht tot 17 nov. 1995 van een perceel grond aan de Julianalaan in Helmond, kadastraal bekend gem. Helmond, Sectie K no.

89, dit alles per 29 okt. 1971;

dat dan nog de waarde van de inboedel van het door de vrouw bewoonde huis resteert, zijnde de Rb. van oordeel dat deze ook gewaardeerd dient te worden door de deskundigen die het onroerend goed zullen taxeren;"

Op grond van deze overwegingen heeft de Rb. o.m. een onderzoek door deskundigen bevolen ter beantwoording van de navolgende vragen:

a. wat was de waarde van de aandelen NV Litrofa per 29 okt. 1971, gelet op de waarde van haar activa en de reële gebruiksmogelijkheden daarvan en gelet op de omvang van hare passiva en mogelijke lasten en verplichtingen onder andere uit aangegane pensioenverplichtingen;

b. wat was de verkoopwaarde per 29 okt. 1971 van het dubbele woonhuis met ondergrond, gelegen te Helmond Kanaaldijk NW 83b en 85, en van het recht van erfpacht tot 17 nov. 1995 van het perceel grond aan de Julianalaan te Helmond;

c. wat was per 29 okt. 1971 de verkoopwaarde van de inboedel van het op die datum door de vrouw bewoonde woonhuis."

Bij tussenvonnis van 26 nov. 1976 heeft de Rb. o.m. overwogen:

"7. dat de deskundigen hebben bericht omtrent de door de Rb. voorgelegde vragen;

8. dat wat de vraag onder a. in het dictum van het tussenvonnis betreft, het antwoord luidt, dat de waarde van het gehele aandelenpakket f 254 000 groot is;

9. dat de deskundige Slot daarbij aantekent, dat bij waardering op onmiddellijke liquiditeitswaarde dit bedrag verminderd moet worden met de bij liquidatie verschuldigde inkomstenbelasting;

10. dat zoals zijdens de vrouw is opgemerkt, de Rb. een waardering van de aandelen niet op de liquidatiewaarde maar als going-concern voor ogen heeft staan;

11. dat de aandelen daarom dienen te worden gewaardeerd zonder aftrek van bij liquidatie verschuldigde inkomstenbelasting;

12. dat de waardering van de aandelen evenwel ex aequo et bono op f 254000 kan worden gehandhaafd, nu de waarde is bepaald enerzijds ervan uitgaand, dat het fabriekscomplex vrij zou worden opgeleverd, anderzijds van minder waarde bij onmiddellijke verkoop, liquidatiekosten en over liquidatiewinst verschuldigde vennootschapsbelasting, welke enerzijds waardeverhogende en anderzijds waardeverlagende factoren bij de waardering geacht kunnen worden elkaar op te heffen;

13. dat wat de vraag onder b in het dictum van het tussenvonnis betreft, de deskundigen de verkoopwaarde van die onroerende goederen aan de Kanaaldijk op f 102 000 en aan de Julianalaan op f 48 000 schatten;

14. dat de man een taxatierapport in geding heeft gebracht, dat voor de goederen aan de Kanaaldijk tot een hogere waardering komt, doch deze waardering is op 19 juli 1976 naar de tegenwoordige waarde geschied, zodat deze niet relevant is voor de waardebeoordeling op 29 okt. 1971;

15. dat de man voorts bezwaar heeft tegen de waardering van het onroerend goed aan de Kanaaldijk in bewoonde staat, doch nu een deel van dit onroerend goed door een ander dan pp. wordt bewoond en nu de vrouw in het andere deel woont en rekening houdend met de waardering van het onroerend goed van de NV Litrofa zoals deze tot uitdrukking komt in de hierboven vastgestelde waardering van de aandelen Litrofa een waardering van het onroerend goed van partijen aan de Kanaaldijk in bewoonde staat redelijk is;

16. dat wat de vraag onder c in het dictum van het tussenvonnis betreft, de deskundigen de waarde van de totale inboedel per 29 okt. 1971 van het op die datum door de vrouw bewoonde woonhuis op f 7000 schatten;

17. dat rekening houdend met de belangen van pp. en met name met het feit dat de man directeur van Litrofa is, en een woning van deze NV bewoont en met het feit, dat de vrouw het onroerend goed aan de Kanaaldijk ten dele zelf bewoont en de inboedel sedert 1971 gebruikt heeft, welke inboedel ongetwijfeld van dit gebruik heeft geleden, een redelijke boedelscheiding is, dat de vrouw de onroerende goederen aan de Kanaaldijk en Julianalaan alsmede de inboedel krijgt toegescheiden, terwijl aan de man alle aandelen Litrofa worden toegescheiden, onder gehoudenheid om aan de vrouw de overbedeling die hij aldus ontvangt in contant geld u it te keren;"

Op grond van al deze overwegingen liet de Rb. de vrouw toe tot het uitzweren van een eed omtrent een in cassatie niet relevant punt, onder aanhouding van elke verdere beslissing.

Bij eindvonnis van 14 okt. 1977 verklaarde de Rb., onder afwijzing van het meer of anders gevorderde, o.m. voor recht:

"3. dat de waarde der aandelen van de NV Litrofa, welke bij de scheiding en deling in aanmerking moet worden genomen bedraagt f 254 000,

4. dat aan de vrouw dient te worden toegescheiden het onroerend goed gelegen te Helmond aan de Kanaaldijk nrs 83b en 85, met alle zich daarin bevindende roerende goederen,

5. dat bij toescheiding aan de man van de aandelen van de NV Litrofa de man gehouden is om aan de vrouw de waarde der overbedeling in contant geld te voldoen, bij de berekening waarvan als maatstaf geldt een waarde van het aan de vrouw toe te delen woonhuis te Helmond, Kanaaldijk nrs. 83b en 85 ad f 102 000 en een waarde van de aan haar toe te delen inboedel ad f 7000, alsmede, ongeacht aan welke der pp. toedeling daarvan plaatsvindt,

voor het recht van erfpacht van het onbebouwde perceel, gemeente Helmond, kadastraal bekend sectie K 89 een waarde van f 48 000".

Tegen voormelde vonnissen is de man in hoger beroep gekomen bij het Hof, waarna de vrouw incidenteel hoger beroep heeft ingesteld; pp. voerden elk grieven aan, die telkens door de wederpartij zijn bestreden.

Bij zijn arrest van 3 april 1979 verklaarde het Hof de man niet -ontvankelijk in diens beroep tegen het vonnis van 26 juli 1974 en bepaalde dat de vorenbedoelde deskundigen een nadere toelichting zouden verstrekken, na o.m. te hebben overwogen:

"Het Hof behoeft nadere toelichting van de deskundigen op het door hen uitgebrachte rapport, zodat zij ter terechtzitting van het Hof dienen te verschijnen, alwaar zij o.m. op de volgende punten het Hof nader zullen voorlichten:

A. de deskundige Drs J.P. Slot

1. Kunt U uiteenzetten hoe U de aan de aandelen van Litrofa NV toegekende liquidatiewaarde ad f 254 000 hebt becijferd?

...

4. Is in de door U op f 100 000 begrote pensioenreserve ook het weduwenpensioen begrepen en komt dit ten gunste van de vrouw of wellicht (deels) ten gunste van de tweede vrouw van de man?

5. Wat is de positie van Delta Lloyd met betrekking tot de pensioenrechten van pp. en wat wordt bedoeld in de brief van Delta Lloyd van 19 maart 1971, waaraan in Uw rapport wordt gerefereerd, met de mededeling:

"Inmiddels hebben wij de uittrekking uit het pensioenfonds verwerkt"?

B. de deskundigen J.H. Raijmakers en H.M.A.M. Huijbers

1. Wat is de waarde van het woonhuis aan de Kanaaldijk te Helmond als leeg op te leveren perceel in zijn geheel, voor wat betreft het door de vrouw bewoonde gedeelte, en voor wat betreft het overige gedeelte, elk afzonderlijk te begroten en alles per 29 okt. 1971? ...

3. Is in het bedrag van f 7000 als taxatiewaarde per 29 okt. 1971 van de inventaris een antiek Brabants kabinet begrepen en een vouwcaravan?

4. Wat is de waarde van de Volkswagen van de vrouw per 29 okt. 1971, welke blijkens de slotopmerking van Uw taxatie klaarblijkelijk niet in de door U op f 7000 getaxeerde inventaris is begrepen?".

Nadat deskundigen hun rapport nader hadden toegelicht, heeft het Hof het eindvonnis van 14 okt. 1977

vernietigd, doch uitsluitend in zoverre daarin de waarde van het woonhuis aan de Kanaaldijk te Helmond is bepaald op f 102 000, en, in zoverre opnieuw rechtdoende, die waarde per scheidingsdatum gesteld op f 132 000, na te hebben overwogen:

"5. nopens de waardering van de aandelen Litrofa NV, dat het Hof met de Rb. van oordeel is, dat waardering van de aandelen der NV op going- concernbasis dient te geschieden, en niet op liquidatiebasis, daar op 29 okt. 1971 bij deze NV, waarvan de werkzaamheden lagen en liggen in het exploiteren van bedrijfshallen middels verhuur, van een in het uitzicht zijnde of noodzakelijke liquidatie geen sprake was;

dat derhalve de grieven A I en B I incidenteel, welke van het standpunt uitgaan, dat de Rb. de aandelen waardeerde op liquidatiebasis, feitelijke grondslag missen;

6. dat niet aannemelijk is, dat de going-concernwaarde van de aandelen der NV Litrofa per 29 okt. 1971 lag beneden het door Drs Slot op bladzijde 2 van diens aide-memoire becijferde vermogensbedrag van f 254 000, blijkende zulks ook uit hetgeen Mr Verleisdonk in zijn brief van 24 aug. 1979 aan de raadvrouw van de vrouw heeft gesteld;

dat evenmin aannemelijk is dat bedoelde waarde meer dan f 254 000, zou hebben bedragen, gelet op de winstcijfers van de NV over de jaren 1969- 1973, zoals deze worden vermeld op bladzijde 1 van de aide-memoire van Drs Slot - waarbij 1963 moet worden gelezen als 1969 -;

dat de Rb. dan ook terecht als bij de scheiding en deling in aanmerking te nemen waarde der aandelen der NV heeft aangenomen het bedrag van f 254 000, zodat de grieven A II, B I a principaal falen;

7. ad c. de waardering van de onroerende goederen, dat het woonhuis aan de Kanaaldijk te Helmond blijkens het aide-memoire van de deskundigen Raijmakers en Huijbers per 29 okt. 1971 te waarden is op f 132 000 in onbewoonde staat;

8. dat de man als enige toelichting op zijn desbetreffende grief A III heeft gesteld, dat de Rb. ten onrechte de waardering in bewoonde staat heeft toegepast;

dat het Hof met de man van oordeel is, dat bij taxaties in zaken als de onderwerpelijke (scheiding en deling van een ontbonden huwelijksgemeenschap) de onbewoonde staat in aanmerking moet worden genomen, immers degene, aan wie de woning zal worden toegewezen, de volledige waarde daarvan krijgt toebedeeld, zijnde dit het bedrag dat de woning, zou zij leeg staan, bij verkoop zou opleveren;

dat derhalve grief A III slaagt;

9. aangaande de hoogte van de taxatie, dat de vrouw in haar incidentele grief A II een niet nader omschreven bezwaar maakt tegen de taxatieprijs van f 102 000 voor het pand Kanaaldijk, en evenzo in haar incidentele grief B IV, en zij concludeerde tot taxatie per 1978, dan wel per datum arrest, doch zij hiervan bij pleidooi is

teruggekeerd, en thans weder persisteert bij taxatie per scheidingsdatum;  
dat het Hof laatstgenoemde datum als beslissend aanmerkt;

10. dat het Hof zich verenigt met de waardering van het pand Kanaaldijk te Helmond per scheidingsdatum op f 132 000, zoals geschied door de deskundigen Raijmakers en Huijbers, zodat in zoverre grief B IV incidenteel, welke de waardering op f 102 000 te hoog achtte, faalt; ...

15. ad d. (inboedelwaarde en waardering auto's en caravan):  
dat het p.-v. van zwaarigheden dienaangaande slechts vermeldt dat de vrouw toedeling aan haar vraagt van alle inboedelgoederen (zwaarigheid 10), terwijl de man (sub5) toedeling van enkele persoonlijke bestanddelen van de boedel eist;  
dat de Rb. echter in het eindvonnis, kennelijk vanuit het oogpunt van berekening ener eventuele overbedeling, de waarde van de inboedel op f 7000 heeft gesteld;

16. dat in het deskundigenrapport van Huybregts en Raijmakers, op 27 maart 1975 uitgebracht, de totale inventaris (inboedel), aanwezig in het pand Kanaaldijk 83b en 85, wordt geschat op f 7000, terwijl als PS wordt vermeld, dat elk van beide pp. een auto, van gelijke waarde, heeft;

17. dat noch in het p.-v. van zwaarigheden, noch in de drie door de Rb. tussen pp. gewezen vonnissen wordt gesproken over auto's en caravan, welke naar algemeen spraakgebruik niet tot de inboedel kunnen worden gerekend, zodat grief B III principaal feitelijke grondslag mist;

18. dat nadat het Hof in het tussenarrest uitdrukkelijk gewezen had op de aanwezigheid van een antiek Brabants kabinet, waarop de man in zijn akten in hoger beroep met name had geïnsisterd, de eerder genoemde deskundigen in hun aide-memoire hebben geantwoord, dat in het bedrag van f 7000 als taxatiewaarde per 29 okt. 1971 dat antiek kabinet begrepen was, daar een inboedel in die tijd en ook thans bij verkoop zeer geringe bedragen opbrengt;

19. dat het Hof zich met dat oordeel op de aangegeven grond verenigt, zodat grief A IV principaal met betrekking tot dit onderdeel faalt;

20. nopens onderdeel e. de pensioenverplichting van Litrofa NV jegens de man, dat de vrouw er bezwaar tegen maakt, dat de Rb. deze post niet in haar vonnis betrokken heeft als activum van de man waartegenover de vrouw recht heeft op uitkering van een overbedeling;

21. dat het pensioenrecht echter zo nauw aan de persoon van de rechthebbende verbonden is, dat dit goed niet in de scheiding van de gemeenschapsboedel, zelfs niet bij wege van verrekening, kan worden betrokken, zodat de grief B III incidenteel tevergeefs is voorgedragen;"

O. dat de man het volgende middel van cassatie heeft voorgesteld: enz...

O. dat de vrouw in haar incidenteel beroep 's Hof's arrest van 15 april 1980 bestrijdt met de volgende middelen:  
"I. Het Hof heeft het recht geschonden en/of vormen als bedoeld in art. 99 Wet RO niet in acht genomen door in r.o. 21 te overwegen, "dat het pensioenrecht zo nauw aan de persoon van de rechthebbende verbonden is, dat dit goed niet in de scheiding van de gemeenschapsboedel, zelfs niet bij wege van verrekening, kan worden betrokken".

Voor zover het Hof hier de algemene regel aanhoudt dat een pensioenrecht zo nauw aan de persoon van de rechthebbende is verbonden, dat dit goed nimmer in de scheiding van de gemeenschapsboedel, zelfs niet bij wege van verrekening, kan worden betrokken, geeft het Hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Een pensioenrecht c.q. pensioenaanspraak vallen in beginsel in een tussen echtgenoten bestaande huwelijksgemeenschap en dienen in beginsel bij wege van verrekening bij de scheiding en deling van de gemeenschapsboedel te worden betrokken, althans voor ieder pensioenrecht c.q. iedere pensioenaanspraak dient in het voorkomende geval te worden bepaald of het recht c.q. de aanspraak in de huwelijksgemeenschap vallen en of en hoe het recht c.q. de aanspraak bij de scheiding en deling van die gemeenschap moeten worden betrokken.

Voor zover het Hof in r.o. 21 een meer op het onderhavige geval afgestemde beslissing heeft gegeven, is de beslissing rechtens onjuist, nu de aard van het pensioenrecht c.q. de pensioenaanspraak van de man noch een andere omstandigheid meebrengen, dat het pensioenrecht c.q. de pensioenaanspraak niet in de huwelijksgemeenschap tussen pp. is gevallen en niet bij de scheiding en deling van die gemeenschap, ook niet bij wege van verrekening, kan worden betrokken, althans is de beslissing van het Hof onvoldoende gemotiveerd, nu het Hof geen inzicht geeft in de redenen, waarom het Hof het pensioenrecht c.q. de pensioenaanspraak van de man zo nauw aan de persoon van de rechthebbende verbonden acht, dat het pensioenrecht c.q. de pensioenaanspraak van de man niet in de scheiding en deling van de gemeenschapsboedel, zelfs niet bij wege van verrekening kan worden betrokken.

II. Het Hof heeft het recht geschonden althans vormen als bedoeld in art. 99 Wet RO niet in acht genomen door in rechtsoverweging 6 o.m. te overwegen, "dat evenmin aannemelijk is dat bedoelde waarde (van de aandelen Litrofa NV) meer dan f 254 000, zou hebben bedragen, gelet op de winstcijfers van de NV over de jaren 1969-1973, zoals deze worden vermeld op bladzijde 1 van de aide-memoire van Drs Slot".

Deze beslissing is onvoldoende gemotiveerd gezien in het licht van de brieven van Mr J.E. Verleisdonk aan de

raadvrouw van de vrouw van 16 febr. 1976 (produktie bij concl. na deskundigenrapport in prima van 12 maart 1976) en van 24 aug. 1979 (concl. na deskundigen in appel van 4 sept. 1979), waarin op de aldaar vermelde gronden, waarnaar hier zij verwezen, wordt geconcludeerd, dat de waarde van de aandelen op going-concernbasis ten minste is te stellen op f 387 000.

Het tweede middel wordt aangevoerd onder de voorwaarde, dat onderdeel 1 van het middel van cassatie in het principaal beroep gegrond wordt bevonden.";

O. omtrent het middel in het principale beroep: enz...

8. Nu het middel in geen van zijn onderdelen tot cassatie kan leiden, moet het principale beroep van de man, voor zover tegen 's Hof's eindarrest gericht, worden verworpen;

O. omtrent het eerste middel in het incidentele beroep:

9. Het middel richt zich tegen r.o. 21 van 's Hof's eindarrest, waarin het Hof naar aanleiding van de vraag of de ten processe bedoelde pensioenrechten bij de verdeling van de gemeenschap in aanmerking moeten worden genomen, heeft geoordeeld "dat het pensioenrecht zo nauw aan de persoon van de rechthebbende verbonden is, dat dit goed niet in de scheiding van de gemeenschapsboedel, zelfs niet bij wege van verrekening, kan worden betrokken". Tegen dit middel is van de zijde van de man bij pleidooi als verweer van de verste strekking aangevoerd dat het middel niet aan de orde kan komen, omdat het een geschil betreft dat niet behoort tot de geschillen waarover het Hof krachtens het ten processe overgelegde p.-v. van zwarigheden in deze procedure had te beslissen.

Dit verweer faalt. Het Hof heeft in r.o. 2 van zijn eindarrest opgesomd welke van de oorspronkelijke zwarigheden die pp. verdeeld hielden, in hoger beroep nog van belang waren. In deze opsomming wordt als onderdeel e. vermeld: de pensioenverplichting van Litrofa NV jegens de man. In zijn r.o. 20 heeft het Hof voorts nopens dit onderdeel e. overwogen dat de vrouw er bezwaar tegen maakt dat de Rb. deze pensioenverplichting "niet in haar vonnis betrokken heeft als activum van de man waartegenover de vrouw recht heeft op een uitkering van een overbedeling". Het Hof heeft derhalve geoordeeld dat het onderhavige punt behoorde tot de zwarigheden waarover het in deze procedure had te oordelen. De man heeft tegen dit oordeel niet op een door de wet toegelaten wijze een middel van cassatie gericht. Derhalve moet dit oordeel in cassatie en in het vervolg van deze procedure als juist worden aanvaard.

10. Bij de behandeling van het middel kan worden uitgegaan van de volgende feiten of feitelijke stellingen. De algehele gemeenschap die tevoren tussen pp. bestond, is per 29 okt. 1971 ten gevolge van scheiding van tafel en bed ontbonden. In de gemeenschap vallen van de zijde van de man alle aandelen in Litrofa NV, waarvan de man tevens directeur is. De pensioenrechten waarom het gaat, zijn door de NV aan de man als directeur toegezegd. Zij zijn door zijn arbeid, voor een groot deel tijdens de duur van de gemeenschap, opgebouwd en bestaan uit: a. een ouderdomspensioen van f 8000 per jaar (met een weduwenpensioen van f 5600 per jaar) ingegaan op 60-jarige leeftijd van de man (1 mei 1974) en geëindigd op zijn 65-jarige leeftijd (1 mei 1979); voor deze pensioenverplichting, die de NV in eigen beheer heeft gehouden, heeft per 31 dec. 1970 een reservering ten bedrage van f 104 000 plaatsgevonden;

b. een ouderdomspensioen van f 16 430 per jaar (met een weduwenpensioen van f 8230 per jaar), ingegaan op 65-jarige leeftijd van de man (1 mei 1979); dit pensioen is vanaf 1950 opgebouwd en per 1 jan. 1971 aanmerkelijk verhoogd en door de NV ondergebracht bij een levensverzekeringsmaatschappij.

11. Bij de totstandkoming van de regeling van de algehele gemeenschap, opgenomen in Boek 1 BW, is de vraag of pensioenrechten in de gemeenschap vallen, ter sprake gekomen in de toelichting van Meijers op art. 1.7.1.2 van het door deze opgestelde voorontwerp. Naar aanleiding van het tweede lid van dat artikel, dat bepaalde dat onvervreembare en hoogst persoonlijke rechten in de gemeenschap vallen voor zover het bijzondere karakter van die goederen zich daartegen niet verzet, wordt in die toelichting gezegd: "Men denke aan een recht van gebruik of bewoning, een recht op pensioen of een recht op alimentatie. Ook deze goederen vallen, in overeenstemming met de jongste rechtspraak, in de gemeenschap, voor zover het bijzonder karakter dier goederen zich daartegen niet verzet. De uitwerking van dit beginsel kan aan de rechter worden overgelaten". De redactie van art. 1.7.1.2. is overgenomen in art. 175 (oud) zoals dit gegolden heeft sedert de inwerkingtreding van de Wet van 14 juni 1956, Stb. 343, tot de inwerkingtreding van Boek 1 BW op 1 jan. 1970. Bij die gelegenheid is dit artikel vervangen door het thans geldende art. 94 van dat boek, waarvan het derde lid luidt: "Goederen en schulden die aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn, vallen slechts in de gemeenschap voor zover die verknochttheid zich daartegen niet verzet". Uit de parlementaire geschiedenis van deze laatste bepaling blijkt noch dat met deze redactie een hier van belang zijnde materiele wijziging is beoogd, noch ook dat het uitgangspunt dat de uitwerking ervan aan de rechter kan worden overgelaten, is prijsgegeven. Integendeel is dit uitgangspunt bij het mondeling overleg met de vaste commissie voor justitie uit de tweede kamer van de zijde van de regering uitdrukkelijk herhaald, terwijl daarmee ook strookt het toen ingenomen standpunt, dat het niet de bedoeling van de nieuwe redactie is wijziging te brengen in de rechtspraak die zich inmiddels onder het voormelde art. 175 lid 2 had gevormd.

Dit alles leidt tot de conclusie dat de onderhavige kwestie door de wetgever is overgelaten aan rechtsvorming



door de rechter, hetgeen niet uitsluit dat toekomstige ontwikkelingen waartoe de rechtspraak op dit punt kan leiden, naderhand alsnog een nadere uitwerking in de wet nodig maken. Aantekening verdient voorts dat deze rechtspraak thans uiteenloopt; anders dan onder meer in het bestreden arrest werd immers geoordeeld door Hof Amsterdam 23 dec. 1977, NJ 1978, 507.

12. Tegen deze achtergrond moet worden onderzocht in hoeverre pensioenrechten, als onder 10 vermeld, in de verdeling van een gemeenschap als de onderhavige moeten worden betrokken. Pensioenrechten als hier bedoeld - waaronder met name niet ook aanspraken krachtens de AOW of de AWW vallen - zijn voorwaardelijke vorderingsrechten, die als zodanig op het tijdstip van de ontbinding van de gemeenschap reeds bestaan, ook al is het pensioen op dat tijdstip nog niet tot uitkering gekomen. Dit brengt mee dat zij krachtens art. 94 lid 3 Boek 1 in de algehele gemeenschap vallen en in de verdeling van die gemeenschap moeten worden betrokken, behalve voor zover zij zodanig verknocht zijn met de persoon van de echtgenoot die rechthebbende op het pensioen is, dat deze verknochtheid zich hiertegen verzet. In dit verband is in de eerste plaats van belang dat pensioenrechten als de onderhavige zich er naar hun aard niet toe lenen toegedeeld te worden aan een ander dan degene die rechthebbende op het pensioen is. Dit heeft in elk geval tot gevolg dat met deze rechten bij de verdeling niet anders rekening kan worden gehouden dan in de vorm van een waardeverrekening ten gunste van de andere echtgenoot.

Voor de vraag wanneer een zodanige verrekening op haar plaats is, is voorts van belang dat ter zake van pensioenrechten als de onderhavige niet alleen verknochtheid bestaat met de persoon van de rechthebbende op het pensioen, maar in de regel tevens een niet te verwaarlozen band met de persoon van de andere echtgenoot. Voor wat betreft de ouderdomspensioenen bestaat deze band hierin dat het pensioenrecht, zo de rechthebbende gehuwd is, uit maatschappelijk oogpunt bestemd is te voorzien in de behoeften van beide echtgenoten en dat voorts de opbouw van een zodanig pensioen, in verband met de gehele of gedeeltelijke financiering daarvan uit de gemeenschap en de bij velen bestaande taakverdeling binnen het huwelijk, in beginsel moet worden gezien als het resultaat van de gemeenschappelijke inspanning van beide echtgenoten, voortvloeiende uit de zorg die zij krachtens art. 81 Boek 1 BW aan elkaar verschuldigd zijn. Voor de weduwenpensioenen geldt, voor zover zij aan de gescheiden echtgenote ten goede zullen komen, iets soortgelijks, nu ook de opbouw daarvan geheel of gedeeltelijk uit de gemeenschap is bekostigd en door gemeenschappelijke inspanning in voormelde zin is tot stand gebracht.

Op grond van dit een en ander moet worden aangenomen dat pensioenrechten als de onderhavige in het algemeen voor het gedeelte dat op het tijdstip van de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding of scheiding van tafel en bed reeds was opgebouwd, bij de verdeling van de gemeenschap door middel van verrekening in aanmerking moeten worden genomen. De verknochtheid aan de persoon van de rechthebbende verzet zich wegens de eveneens aanwezige band met de persoon van de andere echtgenoot daartegen niet. Dit is evenwel anders in geval de gemeenschap niet door echtscheiding of scheiding van tafel en bed wordt ontbonden, maar als gevolg van de dood van een der echtgenoten. De verknochtheid van het ouderdomspensioen aan de persoon van de rechthebbende staat eraan in de weg dat een verrekening moet plaatsvinden ten behoeve van de erfgenamen van de overleden andere echtgenoot, nu na het overlijden de zorg voor de persoon van deze laatste geen gewicht meer in de schaal werpt. Evenmin kunnen in geval de man overlijdt, zijn erfgenamen aanspraak maken op een verrekening ter zake van het aan de vrouw toekomende weduwenpensioen.

13. Op welke wijze en tot welke bedragen in geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed een verrekening als bovenbedoeld moet plaatsvinden, dient te worden vastgesteld aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid, die op de verdeling van een gemeenschap van toepassing zijn. Afhankelijk van de beschikbare baten en van de waarde die voor verrekening in aanmerking komt, zullen deze eisen vaak meebrengen dat de verrekening ter zake van het ouderdomspensioen slechts kan plaatsvinden door aan de pensioengerechtigde echtgenoot een voorwaardelijke uitkering op te leggen, die aan het leven van beide echtgenoten gebonden is, opeisbaar wordt naarmate de pensioentermijnen opeisbaar worden en kan worden uitgedrukt in een percentage daarvan. De verschuldigde bedragen dienen te worden vastgesteld, ervan uitgaande dat recht op verrekening bestaat ten belope van de helft van de waarde van het deel van het pensioen, dat voor de ontbinding van de gemeenschap was opgebouwd. Komt mede een weduwenpensioen voor verrekening in aanmerking, dan zal zulks in voormelde uitkering kunnen worden verwerkt door deze met een naar een overeenkomstige maatstaf te bepalen bedrag te verminderen. Naargelang van de omstandigheden, waaronder de leeftijd van elk der echtgenoten, kan echter tegen de waarde van het weduwenpensioen dat de vrouw na de dood van de man krijgt, opwegen de waarde van het voor de ontbinding van de gemeenschap opgebouwde deel van het ouderdomspensioen dat de man bij vooroverlijden van de vrouw wegens het dan eindigen van de uitkering voor het volle bedrag zal gaan genieten. In dat geval kan verrekening van het weduwenpensioen achterwege blijven.

De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen voorts meebrengen dat de verrekening van het ouderdomspensioen op een nog andere wijze geschiedt, bijvoorbeeld in de vorm van een door de pensioengerechtigde te bekostigen lijfrenteverzekering. Tevens kunnen redelijkheid en billijkheid, in verband

met de bijzondere aard van pensioenrechten als de onderhavige, eisen dat de verrekeningsvordering wordt gematigd of dat in het geheel geen vordering wordt toegekend, zoals wanneer de pensioengerechtigde reeds op andere wijze van de verzorging van de andere echtgenoot heeft voorzien of redelijkerwijs niet tot enige uitkering in staat is. Ook kunnen er omstandigheden bestaan, bijvoorbeeld indien het geen eerste huwelijk betreft, die aanleiding geven het pensioen, voor zover het voor het huwelijk reeds was gebouwd, geheel of gedeeltelijk buiten de verdeling te houden.

14. Het bovenoverwogen brengt mee dat het middel terecht betoogt dat het Hof in r.o. 21 van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. Dit betekent dat in zoverre thans wordt teruggekomen op het oordeel op het onderhavige punt uitgesproken in HR 7 okt. 1959, BNB 1959, 355. Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering als bedoeld in art. 1158 tweede lid BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering - die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten - thans niet meer geldend gemaakt kan worden.

15. Nu het middel doel treft, kan het arrest van het Hof niet in stand blijven. Na verwijzing zal de onderhavige kwestie aan de hand van het bovenoverwogene opnieuw moeten worden bezien. Gelet op de onder 14 bedoelde wijziging in de rechtspraak van de HR zal het pp. daarbij vrijstaan hun stellingen en conclusies over en weer aan deze wijziging aan te passen;

O. dat het voorwaardelijk ingestelde tweede middel in het principale beroep niet aan de orde komt;

In het principale beroep:

Verklaart de man niet-ontvankelijk in dat beroep, voor zover het is gericht tegen 's Hofs tussenarrest van 3 april 1979;

Verwerpt het beroep, voor zover het is gericht tegen 's Hofs eindarrest van 15 april 1980;

In het incidentele beroep:

Vernietigt 's Hofs eindarrest van 15 april 1980;

Verwijst de zaak naar dat Hof teneinde de behandeling daarvan voort te zetten en te beslissen;

In het principale en het incidentele beroep:

Compenseert de kosten op de voorziening in cassatie gevallen des dat iedere partij de hare draagt.

[Mening] Conclusie A-G Mr. Haak.

1. Tussen eiser tot cassatie, de man, en verweerster in cassatie, de vrouw, werd bij vonnis van 29 okt. 1971 de scheiding van tafel en bed uitgesproken. Bij de bij dat vonnis bevolen scheiding en deling van de gemeenschap, waarin pp. waren gehuwd, zijn zwaarigheden gerezen, die resulteerden in de onderhavige procedure. In drie vonnissen heeft de Rb. omtrent de gerezen zwaarigheden beslist. De man is in hoger beroep gekomen van deze vonnissen, tegen twee vonnissen grieven opwerpend. De vrouw heeft incidenteel appel ingesteld tegen laatstbedoelde vonnissen. Bij arrest van 3 april 1979 heeft het Hof de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep tegen het vonnis van 26 juli 1974, waartegen hij geen grieven had aangevoerd, en heeft een nadere toelichting door deskundigen op het door hen reeds uitgebrachte rapport bepaald. Bij eindarrest van 15 april 1980 heeft het Hof het beroepen eindvonnis partieel vernietigd, en in zoverre opnieuw recht doende een nieuwe beslissing gegeven omtrent een der zwaarigheden.

De man heeft tegen beide arresten beroep in cassatie ingesteld, een middel van cassatie in drie onderdelen opwerpend tegen 's Hofs arrest van 15 april 1980, waarvan onderdeel III zich eveneens richt tegen 's Hofs arrest van 3 april 1979 voorzover het Hof reeds daarin de in het middel aangevoerde rechtsschendingen en vormverzuimen zou hebben gepleegd.

De vrouw bestrijdt 's Hofs eindarrest met twee incidentele cassatiemiddelen.

2. Het komt mij voor, dat de man niet-ontvankelijk is in zijn cassatieberoep voorzover zich dit richt tegen 's Hofs arrest van 3 april 1979, nu geen der onderdelen van het middel, ook het derde niet, betrekking heeft op dit arrest.

3. ...

6. Middel I in het incidenteel beroep stelt een belangwekkende kwestie aan de orde, namelijk de vraag of de pensioenrechten in de scheiding en deling kunnen worden betrokken. Het Hof heeft in r.o. 21 beslist, dat dit recht zo nauw aan de persoon van de rechthebbende verbonden is, dat dit goed niet in de scheiding van de gemeenschapsboedel, zelfs niet bij wege van verrekening, kan worden betrokken. Daarmede heeft het Hof kennelijk aansluiting gezocht bij HR 7 okt. 1959, BNB 1959, 355, m.nt. Schuttevaer (zie i.h.b. p. 923, 5). Het middel komt daartegen op met een klemmende formulering, die ruggesteun vindt in de opvatting van een aantal - hierna te melden - gezaghebbende schrijvers. Wanneer ik nochtans uiteindelijk tot de conclusie kom dat Uw Raad het middel zal dienen te verwerpen, dan is dat niet zozeer wegens mijn aarzeling of de pensioenrecht - materie heden ten dage maatschappelijk al zodanig is uitgekristalliseerd, dat Uw Raad daarin een beslissende wending kan nemen, als wel wegens de vergeleken met het belang van deze aangelegenheid triviale formele redenen, dat deze kwestie niet behoort tot de aan de rechter voorgelegde zwaarigheden.

In het p.-v. van zwaarigheden is in het kader van de door de vrouw gewenste waardebeoordeling van de aandelen NV Litrofa gesteld, dat een accountant tevens de gevormde pensioenreserve en de afgesloten pensioenpolis op haar merites dient te beoordelen, met name ten aanzien van de hoogte van de toegekende pensioenaanspraken. Voorts is in dit p.-v. de rechtsgeldigheid betwist van de toekenning van pensioenaanspraken hangende de scheiding en deling, daar de vrouw als aandeelhoudster daarin niet zou zijn gekend. Door deze toekenning achtte de vrouw het vermogen van NV Litrofa aanzienlijk aangetast.

Dit zijn de zwaarigheden. En zo zijn deze kenbaar uit de stukken van het geding. Ik verwijs naar de onder de feitelijke overwegingen van 's Hofs eerste arrest opgenomen overwegingen uit het eerste vonnis van de Rb., en wel de daarin geformuleerde bezwaren 5, 6 en 7. Op grond van die bezwaren heeft de Rb. in het eerste vonnis een deskundigenonderzoek bevolen, o.m. naar de aangegane pensioenverplichtingen, doch louter in het kader van de waardebeoordeling der aandelen Litrofa NV. Het ging er blijkens deze bezwaren om, dat bij de waardering van de aandelen rekening zou worden gehouden met de pensioenregeling (de vraag of door die regeling het vermogen excessief aangetast werd en de vraag of hangende de scheiding en deling pensioenrechten waren toegekend). Nadat de deskundigen hun rapport hadden uitgebracht, heeft de Rb. in r.o. 10 van het eindvonnis een beslissing gegeven ten aanzien van de hiervoor gerezen en aan de rechter voorgelegde zwaarigheden. Er is in dit deskundigenrapport (dossier Boon, 11, pag. 2) een korte zinsnede, die door de Rb. terzijde is gelaten, en ook terzijde kon worden gelaten, omdat de bezwaren daarover niet handelden. Het is deze: "Het is duidelijk, dat de rechten uit hoofde van de getroffen pensioenregeling bij de boedelscheiding in aanmerking behoren te worden genomen". De vrouw heeft in grief B III in het incidenteel appel hieraan een klacht vastgeknoopt, in de toelichting bij deze grief verwijzend naar vorenvermelde zinsnede. Ik merk daarbij op, dat de vrouw haar oorspronkelijke eis in de loop van het geding niet heeft gewijzigd. Gelet op de bijzondere aard van de procedure ex art. 697 Rv (vgl. HR 4 maart 1966, 220, en de concl. van de P-G Langemeijer) had zij dit, naar ik aanneem, ook niet kunnen doen. Maar dan had de vrouw ook geen grief mogen opwerpen tegen het feit, dat de Rb. in het eindvonnis niet had beslist of de pensioenrechten in de scheiding en deling dienden te worden betrokken. Hoe kon de Rb. nu een beslissing nemen ten aanzien van een niet bij dagvaarding opgevoerde zwaarigheid? Het Hof heeft weliswaar een beslissing ten aanzien van de door de vrouw opgeworpen grief B III gegeven, daarmee de "verdeling" van het pensioenrecht ecarterend, doch had eigenlijk op andere grond de grief behoren te verwerpen, namelijk op grond van de omstandigheid dat de grief zich buiten de zwaarighedenprocedure beweegt, en dat deze reeds daarom vruchteloos is opgeworpen. Ofschoon de man dit verweer in appel niet heeft gevoerd, en thans in cassatie voor het eerst met dit verweer komt, en dan niet bij wege van een cassatiemiddel (vgl. HR 24 juni 1977, NJ 1979, 49, W.H.H., p. 120 r.k. en vgl. concl. van de toenmalige A-G Berger, p. 122 r.k.), meen ik, dat uw Raad in dit geval acht kan slaan op dit verweer. De man, die principaal cassatieberoep heeft ingesteld, had immers zelf geen belang om een middel te formuleren aangaande deze kwestie, die niet in zijn nadeel is beslist. Toen de vrouw incidenteel het middel opwierp, was zijn enige gelegenheid nog om dit punt bij wege van verweer op te werpen. Naar mijn mening had het Hof ambtshalve acht dienen te slaan op hetgeen het p.-v. van zwaarigheden vermeldt, althans op hetgeen in verband daarmee bij dagvaarding werd gevorderd. Een en ander is uit de stukken van het geding kenbaar, zodat uw Raad m.i. acht kan slaan op dit nieuwe verweer.

Maar nu de materiele vraag, waarom het middel draait. Zou uw Raad op de hiervoor omschreven formele grond het middel afdoen, dan komt de materiele kwestie natuurlijk niet aan de orde. Niettemin verzoeken beide pp. uw Raad een zekere handwijzing te geven ten aanzien van de materiele kwestie, een verzoek dat ik om redenen van proceseconomie zou willen ondersteunen. Want het zal duidelijk zijn, dat de vrouw de pensioen kwestie als nieuwe zwaarigheid aan de orde zal stellen in een nieuwe procedure, wanneer het incidentele middel op formele grond wordt verworpen; vgl. Kleijn, "De Boedelscheiding", diss. 1969, p. 396; noot Kleijn sub 4 onder HR 7 mei 1976, NJ 1977, 383. Dit heeft natuurlijk geen zin, wanneer zij reeds thans zou weten dat Uw Raad bij het standpunt uit 1959 blijft.

Om welke pensioenrechten gaat het hier? Om een ouderdomspensioen van f 8000 per jaar en een weduwenpensioen van f 5600 per jaar, ingaande op 60-jarige leeftijd van de man en eindigende op diens 65e jaar. Deze pensioenverplichting heeft NV Litrofa in eigen beheer gehouden, waartoe een reservering van ruim f 100 000 heeft plaatsgevonden. Voorts een op 65-jarige leeftijd van de man ingaand oudedagspensioen ad f 16 430 per jaar met een weduwenpensioen van f 8230 per jaar, welke verplichting is ondergebracht bij Delta Lloyd (men zie prod. bij conclusie na deskundigen Hof, dossier van Loon, 25).

"Onvervreembare en hoogst persoonlijke goederen vallen in de gemeenschap voorzover het bijzondere karakter van die goederen zich daartegen niet verzet", aldus art. 175 lid 2 (oud) BW, ingevoerd bij Wet van 14 juni 1956, Stb. 343. In 1959 besliste Uw Raad in de eerder geciteerde uitspraak, dat het pensioenrecht een hoogst persoonlijk goed is, als bedoeld in art. 175 lid 2 (oud) BW, waarvan het bijzondere karakter zich ertegen verzet dat het in de gemeenschap valt. Art. 175 lid 2 is geïntroduceerd bij Gewijzigd Ontwerp 1954-1955, 1430, nr. 6, p. 2; zie ook MvA 1954-1955, 1430, nr. 5, p. 15 r.k., 3e alinea; Verslag Mondeling Overleg, 1954-1955, nr. 8, p. 8, waar wordt verwezen naar Toel. Meijers naar aanleiding van Ontwerp Meijers art. 1.7.1.2, lid 2, p. 62, waar deze ten aanzien van o.m. een recht op pensioen stelt, dat "ook deze goederen vallen, in overeenstemming met de

jongste rechtspraak in de gemeenschap, voorzover het bijzonder karakter dier goederen zich daartegen niet verzet". Volgens Meijers, t.a.p., p. 62, diende men de uitwerking van dit beginsel aan de rechter over te laten. Art. 175 lid 2 (oud) BW is enigszins gewijzigd overgenomen in het huidige art. 94 lid 3 Boek 1 BW. Men zie C.J. van Zeven, "Parlementaire Geschiedenis van het NBW", Boek 1, p. 280, 281 en Invoeringswet, p. 1186, 1187 (Verslag van een mondeling overleg 1967-1968, 8436, 9, p. 8.) Op p. 1187 wordt te dien aanzien vermeld: "Zoals uit literatuur en gepubliceerde rechtspraak blijkt, kan het in art. 1.7.1.2 lid 3 uitgedrukte beginsel in zo verschillende gevallen en nuances toepassing vinden, dat de wet de uitwerking, zowel voor goederen als voor schulden, aan wetenschap en rechtspraak dient over te laten. Ook de problematiek rondom de (...) burgerlijke pensioenen en pensioenaanspraken is in wetenschap en rechtspraak nog niet voldoende uitgewerkt om de wetgever in staat te stellen hier concrete regels vast te leggen. Pensioenrechten kunnen zich in allerlei variaties voordoen: overheidspensioenen, pensioenen te betalen door particuliere werkgevers of door pensioenfondsen, maar ook naar aanleiding van een arbeidscontract bij een verzekeringsmaatschappij gesloten pensioenverzekeringen, waarbij de premie soms boven het salaris door de werkgever wordt betaald, soms door hem op het salaris wordt ingehouden, soms rechtstreeks door de werknemer wordt betaald. (...) Het is niet de bedoeling van de nieuwe redactie pensioenrechten die op grond van de geldende redactie niet tot de gemeenschap worden gerekend, alsnog tot de gemeenschap te brengen. De uitzonderingsbepaling van art. 1.7.1.2 lid 3 is niet enger dan die van art. 175 lid 2."

Voor de wetsgeschiedenis verwijs ik voorts naar Gisolf, "Verknoctheid in het huwelijksvermogensrecht", diss. 1974, p. 43-45, p. 124-126. De beslissing van uw Raad van 1959, die in overeenstemming was met de opvatting van schrijvers als De Bruijn, "Het Nederlands Huwelijksvermogensrecht", 1959, par. 96, Klaassen-Eggens-Polak, "Huwelijksgoederen- en Erfrecht", 1956, p. 13, en die werd ondersteund door Schuttevaer in zijn noot onder de in BNB 1959, 355, gepubliceerde beslissing, voorts door Van der Burg, "Begunstiging bij Levensverzekeringen", diss. 1971, p. 99, 100, en door Russchen, "Pensioenrechten in verband met art. 175 lid 2 BW", in: De Verzekeringsbode 1960, p. 29, 30, is door veel schrijvers kritisch ontvangen. Ik verwijs naar de volgende handboeken: Klaassen-Eggens-Luiten, "Huwelijksgoederen- en Erfrecht", Eerste gedeelte, 1973, p. 106 e.v.; De Bruijn-Soons-Kleijn, "Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht", 1972, p. 183 e.v.; Luijten e.a., "Het Personen- en Familierecht in het NBW", 1977, p. 72, 73; Asser-De Ruiter-Molmaker, "Personen- en Familierecht", Deel II, 1976, p. 111, 112, maar zie ook p. 253; Van Mourik-Jongsma, "Het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding", 1978, p. 138-140; Nota-Van der Burgh, "Het nieuw burgerlijk recht", deel 1, 1978, p. 93; Pitlo-Kasdorp, "Het Personen- en Familierecht", 1979, p. 162; men zie voorts Schoordijk, "Het nieuwste huwelijksvermogensrecht", 1970, p. 34, 35; Van Mourik, "Huwelijk en vermogensrecht", 1977, p. 61; voorts verwijs ik naar de reeds geciteerde diss. van Gisolf, p. 42-48; het preadvies van Westbroek, Broederschap Cand.Not. 1960 ad p. 101 e.v.; het preadvies van Roeleveld, Broederschap Cand.Not. 1963, ad p. 59 e.v. en vgl. eveneens het preadvies van Gisolf en Santen, Not. Broederschap 1978, p. 12. Dan zijn er nog de beschouwingen van Van der Ploeg, WPNR 4614, p. 40, 41; Rombach, WPNR 4636, p. 307 e.v.; Lubbers, WPNR 4701, p. 551 e.v.; Clausing, WPNR 5059, p. 433 e.v., ad p. 436; Kakebeke-Van der Put, Het Verzekeringsarchief 1963, p. 237 e.v. Een goed overzicht van de literatuur is te vinden in de in 1979 verschenen diss. van Bod, "Pensioen- en privaatrecht", p. 128 e.v., welke schrijver - ik kom daar nog op terug - het hier aan de orde zijnde punt van een aparte invalshoek benadert. Voor een andere opvatting dan uw Raad in 1959 huldigde verwijs ik naar Hof Amsterdam, 23 dec. 1977, NJ 1978, 507, besproken door Bod, a.w., p. 140 e.v.; men zie ook WPNR 5447, p. 544-546.

De hier aangehaalde schrijvers benaderen de pensioenrecht kwestie min of meer vanuit verschillende optiek. Zoveel is echter zeker, dat zij allen bezwaar maken tegen de opvatting dat niet op enigerlei wijze rekening zou kunnen worden gehouden met pensioenaanspraken ten opzichte van de verdeling der gemeenschap. Ik druk het zo voorzichtig mogelijk uit, teneinde tot uitdrukking te brengen ook nog de opvatting diergenen die ervan uitgaan dat het pensioenrecht zozeer aan een der echtgenoten verknocht is, dat het niet in de gemeenschap valt, maar dat de waarde ervan toch betrokken kan of behoort te worden bij de verdeling der gemeenschap. Vergelijkte bijv. het belangwekkende betoog van Wiersma, Verslag van het debat over de preadviezen van Roeleveld en Van Duyn, Broederschap Cand.Not. 1963, p. 1 e.v., i.h.b. ad p. 4 en 5. En dat dan nog onder omstandigheden. Want niet in alle gevallen behoeft een verrekening plaats te vinden. De materie is zo complex, dat het sterk afhankelijk zal zijn van omstandigheden, zoals de aard en opbouw van het pensioen, de situatie waarin verrekening wordt gevraagd, de persoon die het vraagt tegenover degene van wie het gevraagd wordt, enz. In dit opzicht heeft het hiervoor geciteerde artikel van Lubbers toch wel het meeste indruk op mij gemaakt. Een en ander is afhankelijk van een behoren. "Pensioen wordt niet automatisch verdisconteerd (...): pensioen wordt alleen obligatoir verdisconteerd, indien en voorzover het verdisconteerd behoort te worden; in zoverre is pensioen als het ware obligatoir in de tweede macht. Zo zal het met name verschil kunnen maken hoe de gemeenschap ontbonden wordt en tussen wie moet worden afgerekend; het gaat immers om een vraag van behoren (...)", aldus Lubbers, t.a.p., p. 555, r.k.

Ik kom terug op het proefschrift van Bod, die de problematiek van een nieuwe invalshoek benadert, en wel deze.

Ik citeer daartoe Lubbers uit diens recensie van Bods proefschrift in RMTh 1980, p. 552, e.v., ad p. 557: "Bod zegt: houd op met dit probleem te zien als ontbindingsprobleem ener huwelijksgoederengemeenschap en begin nu eens het probleem te benaderen ongeacht huwelijksgoederenregime, precies zoals in een aantal voorzieningen toch ook al voor het geval van echtscheiding een pensioenrecht toekomt aan de gewezen echtgenote". Bod kiest voor een stelsel van pensioenverevening, daartoe aanknopend bij het in Duitsland geldende systeem. Aldus wordt de problematiek weer teruggebracht waar zij wellicht thuishoort: bij de verzorgingsgedachte (vgl. de art. 153 en 180 Boek 1 BW) en niet zozeer bij de scheiding en deling van de gemeenschap. Men zie ook het Nader Advies van de SER inzake wijziging van de Pensioen- en Spaarfondsenwet, 1970, nr. 12, p. 5 bovenaan. Want waarom zou een partij, die niet in gemeenschap van goederen is gehuwd, niet eveneens recht mogen doen gelden op een deel van de pensioenaanspraken, die zijn opgebouwd tijdens een huwelijk, ook dank zij het aandeel van deze partij? Het is juist deze gedachte die mij sterk doet aarzelen of deze, complexe, materie wel rijp is voor een rechterlijke beslissing, en of niet veeleer de wetgever hier voorop behoort te gaan. Bod en diens andere recensent Van Mourik, WPNR 5546, p. 906 e.v., zijn deze mening inderdaad toegedaan. Lubbers daarentegen (RMTh 1980, p. 557, 558) acht bepaalde gedachten van Bod onder huidige recht voor verwezenlijking vatbaar. Maar dat zal, behoeft zich althans dan niet af te spelen op het gebied van het huwelijksgoederenrecht. Ik zie toch een sterke parallel met de ontwikkeling in het alimentatierecht. Zodra in het licht van gewijzigde opvattingen het voortbestaan van de alimentatieplicht kan worden beperkt tot een korte duur, ook al zou de behoefte nog bestaan, dan zal een klemmender aanspraak gelden van de ene gewezen echtgenoot op een "aandeel" in het pensioenrecht van de ander. Maar is het al zover? Het is in ontwikkeling, meer kunnen we nog niet zeggen. Uw Raad heeft het voor wat de alimentatie betreft met zoveel woorden gezegd in de beschikking van 16 mei 1980, NJ 1981, 99, m.nt. E.A.A.L., p. 298 r.k., namelijk dat "noch de (parlementaire) discussie, noch (de door de Tweede Kamer aangenomen) motie (...) steun (geven) aan de stelling dat met betrekking tot het vraagstuk van de wettelijke limitering van alimentaties reeds thans sprake is van een voldoende uitgekristalliseerd algemene opvatting". Ik aarzel dus. Het middel dient echter te worden verworpen op de eerder genoemde formele grond. Ik verwijs nog naar de interessante beschouwingen over verlies van pensioenrechten, welke bij de herziening van het echtscheidingsrecht bij de voorbereiding van art. 153 Boek 1 BW naar voren zijn gebracht; VV 1969-1970, 10213, nr. 5, p. 9-10, en MvA 1970-1971, 10213, nr. 6, p. 7. 7. Middel II in het incidenteel beroep is aangevoerd onder de voorwaarde, dat onderdeel 1 van het middel van cassatie in het principaal beroep gegrond wordt bevonden. Aangezien dit niet het geval is, zal het niet ter behandeling behoeven te komen. Voor het geval Uw Raad daarover anders zou denken, zij het volgende gezegd. Het middel komt met een motiveringsklacht op tegen 's Hofs overweging in r.o. 6 van het eindarrest, waarin het Hof het niet aannemelijk acht, dat de waarde van de aandelen Litrofa NV meer dan f 254 000 zou hebben bedragen. Het middel acht r.o. 6 onvoldoende gemotiveerd gelet op door de vrouw in het geding gebrachte brieven van mr. Verleisdonk. Ik meen dat deze klacht vruchteloos wordt opgeworpen op grond van dezelfde argumenten, die ik heb gebezigd bij de behandeling van onderdeel 1 van het principale cassatiemiddel. 's Hofs feitelijke overweging behoefde m.i. geen nadere motivering, ook niet de eerder bedoelde brieven in aanmerking genomen. Het Hof was geheel vrij deze terzijde te laten. 8. Ik concludeer tot niet-ontvankelijkheid voorzover het principale cassatieberoep is gericht tegen 's Hofs arrest van 3 april 1979, en tot verwerping van het principale beroep voor het overige, alsmede tot verwerping van het incidentele cassatieberoep, met compensatie van kosten tussen pp. op de voorzieningen gevallen.

#### **HOGE RAAD**

21 februari 1997, rek.nr. 8874

(Mrs. Snijders, Mijnsen, Korthals Altes, Herrmann, Jansen; A -G Mok; m.nt. WMK)  
NJ 1998, 205 (Dozy clause)

#### **BW art. 1:102, 103, 119**

##### **[Essentie] Goedkeuring huwelijksvoorwaarden staande huwelijk. Benadeling schuldeisers.**

Vraag of in een geval waarin partijen de tussen hen bestaande algehele gemeenschap willen opheffen door bij huwelijksvoorwaarden elke gemeenschap uit te sluiten, gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat indien hun de mogelijkheid van verhaal op baten ontgaat, die zonder de ontbinding van de gemeenschap in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen. In een dergelijk geval wordt in beginsel reeds in de bescherming van de schuldeisers van de gemeenschap voorzien door het hier toepasselijke art. 1:102 BW. Met het stelsel van die bepaling strookt niet om in het kader van art. 1:119 aan de schuldeisers een verder gaande bescherming te geven door onder het in lid 3 bedoelde gevaar voor benadeling mede te begrijpen het aan elke opheffing van de gemeenschap verbonden gevolg dat aan schuldeisers van die gemeenschap het voordeel wordt onthouden van de mogelijkheid van verhaal op de goederen die zonder die opheffing in de toekomst in die gemeenschap zouden

zijn gevallen. Geen plaats voor opnemen Dozy-clausule in huwelijksvoorwaarden (verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid over en weer).

Hieraan doet niet af afstand door de vrouw na het maken van de huwelijksvoorwaarden van de gemeenschap aangezien de schuldeisers van het gefailleerde bedrijf van de man als gevolg van de afstand niet meer kunnen worden benadeeld door een voor hen nadelige verdeling van de gemeenschap, nu die afstand tot gevolg heeft dat alle gemeenschapsgoederen aan de man toevallen. Het dwingendrechtelijke karakter van de regeling van de bevoegdheid tot afstand van de gemeenschap en van de gevolgen van die afstand - ook als er meer schulden dan baten zijn - brengt mee dat met name de ontheffing van de vrouw van aansprakelijkheid voor de bedrijfsschulden van de man door de toepasselijkheid van art. 1:103 lid 4 niet door een beding als de Dozy-clausule kan worden opzijgezet. NOOT \*

[Tekst] 1. C., en

2. S., beiden te E., verzoekers tot cassatie, adv. mr. P.S. Kamminga.

**Hof:**

*3. De gronden van het hoger beroep*

De grief van appellanten komt er op neer, dat de rechtbank ten onrechte heeft geweigerd hen toestemming te verlenen tot het aangaan van huwelijksvoorwaarden staande het huwelijk.

*4. De beoordeling*

4.1. Ingevolge art. 1:119 BW dient de rechter goedkeuring te hechten aan het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden tijdens het huwelijk, en wordt deze goedkeuring geweigerd indien een redelijke grond voor het maken of wijzigen van de huwelijksvoorwaarden ontbreekt, of indien er gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat.

4.2. Appellanten zijn op 5 september 1980 met elkander gehuwd, zonder dat huwelijksvoorwaarden zijn opgemaakt. Appellant sub 1 is in 1991 in staat van faillissement verklaard; het faillissement is in 1994 opgeheven wegens detoestand van de boedel. Tot de huwelijksgoederengemeenschap behorende bedrijfsschulden ten belope van ongeveer f 448 000 zijn onvoldaan gebleven.

4.3. Appellanten hebben gesteld dat hun motief voor het aangaan van deze huwelijksvoorwaarden hierin gelegen is, dat zij willen trachten om voor hun gezin met drie zeer jonge kinderen een nieuw bestaan op te bouwen na en ondanks het in 1994 wegens gebrek aan baten opgeheven faillissement van (het bedrijf van) de man, waaruit nog een groot aantal schulden resteert. Zij stellen zich voor dat in de toekomst (ook) de vrouw zich enige inkomsten uit arbeid zal gaan verwerven, en dat haar inkomsten dan volledig ten goede zullen kunnen komen van het gezin.

4.4. De cruciale vraag is echter, of het standpunt van appellant en juist is dat er hier - ondanks het niet opnemen in de concept-akte van huwelijksvoorwaarden van de zogenaamde Dozy-clausule, waarbij de echtelieden zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de voldoening van de ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap bestaande gemeenschapsschulden - geen sprake is van benadeling van crediteuren, aangezien de vrouw na het aangaan van de huwelijksvoorwaarden afstand zal doen van de gemeenschap, waardoor haar deel aanwast bij dat van de man (art. 1:103 lid 2 BW).

Het gevolg van een dergelijke afstand is immers, dat de vrouw ontheven wordt van de aansprakelijkheid voor de gemeenschapsschulden waarvoor zij voor de ontbinding niet aansprakelijk was; dat is nu juist ook het doel van verzoekers, die door gebruik te maken van de regeling van art. 1:103 lid 4 BW wensen te ontkomen aan de gevolgen die art. 1:102, tweede zin, BW aan de ontbinding van de gemeenschap verbindt.

4.5. Dienaangaande is het hof van oordeel, dat gevaar voor benadeling van crediteuren als bedoeld in art. 1:119 lid 3 BW niet alleen betrekking heeft op de wijze van verdeling van de gemeenschap - en wel in die zin dat de echtgenoot die de gemeenschapsschulden aanging, slechts een gering deel van de gemeenschap krijgt toegescheiden zodat het overgrote deel van de gemeenschap aan verhaal door de crediteuren zou worden onttrokken; daarvan is in het onderhavige geval geen sprake - maar zich ook voordoet, indien *toekomstig* inkomen of vermogen van de echtgenoot die de gemeenschapsschulden niet is aangegaan, aan verhaal door de crediteuren wordt onttrokken.

Het hof neemt daarbij in aanmerking, dat de HR in zijn uitspraak van 15 mei 1992, NJ 1993, 486 het in de vorige rechtsoverweging weergegeven standpunt van de huidige verzoekers kennelijk heeft verworpen.

4.6. Hetgeen appellanten voor het overige nog hebben aangevoerd, kan niet tot een ander oordeel leiden.

De door hen tegen de bestreden beschikking aangevoerde grief kan mitsdien niet slagen.

(enz.)

**Cassatiemiddel:**

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan de niet -inachtneming nietigheid met zich meebrengt, doordat het Hof heeft overwogen en beslist op de daarvoor gegeven gronden als in de beschikking waartegen het onderhavige beroep zich richt is geschied, zulks ten onrechte om de navolgende, ook in onderling verband in samenhang in aanmerking te nemen, redenen:

### *I. Inleidende opmerking*

In cassatie kan van het navolgende worden uitgegaan.

Verzoekers tot cassatie zijn op 5 september 1980 met elkaar gehuwd, zonder dat huwelijkse voorwaarden zijn opgemaakt. In juli 1991 is verzoeker sub 1. (hierna: de man), die als zelfstandig ondernemer een willoftrekkerij exploiteerde, in staat van faillissement verklaard; het faillissement is in 1994 opgeheven wegens de toestand van de boedel. De bedrijfsschulden van de man, die tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren, ten belope van f 488 000, zijn onvoldaan gebleven.

Verzoekers wensen hun huwelijksgoederen-regime te wijzigen in die zin, dat - kort gezegd - geen enkele huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap zal bestaan. Zij hebben een verzoek tot goedkeuring op de voet van het bepaalde bij art. 1:119 BW ingediend bij de Arrondissementsrechtbank te Breda, onder overlegging van een concept-akte.

In de concept-akte is de zgn. "Dozy-clausule", overeenkomstig de wens van verzoekers, niet opgenomen.

In het verzoek is - in dat verband - aangegeven dat verzoekster sub 2 - de vrouw - voornemens is na goedkeuring van de huwelijkse voorwaarden afstand te doen van de huwelijksgoederengemeenschap.

Verzoekers hebben aangegeven dat het hun bedoeling is dat de vrouw - vooral ten behoeve van de kinderen - door het maken van de gewenste huwelijkse voorwaarden gevolgd door afstand harerzijds van de huwelijksgoederengemeenschap in staat zal worden gesteld de last van de schulden van het bedrijf van de man achter zich te laten en in financieel opzicht een zelfstandig bestaan op te bouwen.

Zowel de rechtbank als in beroep het Hof hebben de verzochte goedkeuring geweigerd, op grond van het oordeel, kort gezegd, dat zonder opneming van de Dozy-clausule gevaar bestaat van benadeling van de crediteuren met betrekking tot de bedrijfsschulden van de man, en dat daaraan niet afdoet dat de vrouw na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden afstand zal doen van de gemeenschap, waardoor haar deel aanwast bij dat van de man (overeenkomstig het bepaalde bij art. 1:103 lid 2 BW).

### *II. Klachten*

De klachten richten zich tegen de oordeelsvorming, leidende tot de gegeven beslissing in de beschikking a quo, in ro 4.4 en 4.5:

"4.4. De cruciale vraag is echter, of het standpunt van appellanten juist is dat er hier - ondanks het niet opnemen in de concept-akte van huwelijkse voorwaarden van de zogenaamde Dozy-clausule, waarbij de echtelieden zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de voldoening van de ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap bestaande gemeenschapsschulden - geen sprake is van benadeling van crediteuren, aangezien de vrouw na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden afstand zal doen van de gemeenschap, waardoor haar deel aanwast bij dat van de man (art. 1:103 lid 2 BW).

Het gevolg van een dergelijke afstand is immers, dat de vrouw ontheven wordt van de aansprakelijkheid voor de gemeenschapsschulden waarvoor zij voor de ontbinding niet aansprakelijk was; dat is nu juist ook het doel van verzoekers, die door gebruik te maken van de regeling van art. 1:103 lid 4 BW wensen te ontkomen aan de gevolgen die art. 1:102, tweede zin, BW aan de ontbinding van de gemeenschap verbindt.

4.5. Dienaangaande is het hof van oordeel, dat gevaar voor benadeling van crediteuren als bedoeld in art. 1:119 lid 3 BW niet alleen betrekking heeft op de wijze van verdeling van de gemeenschap - en wel in die zin dat de echtgenoot die de gemeenschapsschulden aanging, slechts een gering deel van de gemeenschap krijgt toegescheiden zodat het overgrote deel van de gemeenschap aan verhaal door de crediteuren zou worden onttrokken; daarvan is in het onderhavige geval geen sprake - maar zich ook voordoet, indien *toekomstig* inkomen of vermogen van de echtgenoot die de gemeenschapsschulden niet is aangegaan, aan verhaal door de crediteuren wordt onttrokken.

Het hof neemt daarbij in aanmerking, dat de HR in zijn uitspraak van 15 mei 1992, NJ 1993, 486 het in de vorige rechtsoverweging weergegeven standpunt van de huidige verzoekers kennelijk heeft verworpen."

Het Hof heeft daarin blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting; althans is de gegeven beslissing daarmee niet deugdelijk met redenen omkleed.

a. Het Hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover daarbij tot uitdrukking is gebracht, of daarin ligt besloten, dat goedkeuring van huwelijkse voorwaarden moet worden geweigerd wegens gevaar voor benadeling van crediteuren (ten aanzien van gemeenschapsschulden) in geval in de concept-akte van huwelijkse voorwaarden niet is opgenomen de zgn. Dozy-clausule waarbij de echtelieden zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de voldoening van de ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap bestaande gemeenschapsschulden, ook indien in de wijze van verdeling van de activa en passiva in de huwelijkse voorwaarden zelf geen benadelingsgevaar aanwezig is. Voor het stellen van de eis van opname van de Dozy-clausule in de concept-akte van de huwelijkse voorwaarden, als voorwaarde voor goedkeuring daarvan, ontbreekt rechtsgrond.

Daarvoor ontbreekt ook, althans in het bijzonder, rechtsgrond in de situatie waarbij, naar het tot uitdrukking gebracht voornemen, de echtgenoot-niet-schuldenaar, na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden afstand zal doen van de gemeenschap, waar diens deel aanwast bij dat van de echtgenoot-schuldenaar. In een dergelijke

situatie is immers (ook) een clause als de zgn. Dozy-clause aan te merken als een nietige overeenkomst in het licht van het bepaalde bij art. 1:103 lid 1 jo 4 BW.

b. Het overwogen in ro 4.4 slotzin is niet deugdelijk of redengevend voor de oordeelsvorming aan de hand van een verzoek tot goedkeuring wijziging huwelijkse voorwaarden als de onderhavige over de vraag of als gevolg van wijziging van huwelijkse voorwaarden gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat in de zin van art. 1:119 lid 3 BW.

Daarvoor mist betekenis de vraag of de zgn. extra-aansprakelijkheid van de echtgenoot-niet-schuldenaar te ontnemen aan het bepaalde bij art. 1:102 BW bij ontbinding van de gemeenschap als gevolg van de verzochte wijziging al of niet zal optreden. Het niet optreden van deze extra-aansprakelijkheid van de echtgenoot-niet-schuldenaar na ontbinding van de gemeenschap kan immers niet op zichzelf benadeling van de crediteuren van de echtgenoot-schuldenaar opleveren, nu immers in dat opzicht geen achterstelling ten opzichte van de situatie zoals bestaand zonder ontbinding (als gevolg van wijziging als verzocht) optreedt.

c. Het Hof heeft, in ro 4.5, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover daarbij tot uitdrukking is gebracht dat gevaar voor benadeling van crediteuren als bedoeld in art. 1:119 lid 3 BW zich (ook) voordoet indien *toekomstig* inkomen of vermogen van de echtgenoot die de gemeenschapsschulden niet is aangegaan aan verhaal door crediteuren wordt onttrokken. Het gegeven dat na wijziging huwelijkse voorwaarden en daarop volgende afstand door de echtgenoot-niet-schuldenaar van de ontbonden gemeenschap toekomstige baten (uit inkomen of vermogen) van de echtgenoot-niet-schuldenaar geen verhaalsobject zullen zijn voor de ten tijde van wijziging bestaande crediteuren, is niet aan te merken als benadeling van crediteuren in de zin van art. 1:119 lid 3 BW.

d. Met het oordeel in ro 4.5 slotzin heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste uitleg van de uitspraak van de Hoge Raad van 15 mei 1992, NJ 1993, 486 (m.nt. EAAL). Daaraan is niet de gevolgtrekking te verbinden dat de Hoge Raad het standpunt van verzoekers tot cassatie, zoals in de onderhavige zaak tot uitdrukking is gebracht, in het kader van het verzoek tot wijziging huwelijkse voorwaarden staande huwelijk, heeft verworpen. Met Hidma-Preadvies Koninklijke Notariële Broederschap 1994, pg. 64 e.v. is er - mede gelet op de onwenselijke resultaten bij andersluidende uitleg - vanuit te gaan dat daarmee niet impliciet te kennen is gegeven dat er - hoe dan ook - sprake is van benadeling van schuldeisers als een crediteur zich door de wijziging van het huwelijksvermogensregime niet kan verhalen op toekomstig inkomen van een der echtgenoten en dat zij (ook) in dit geval de Dozy-clause hadden moeten opnemen.

#### **Hoge Raad:**

##### *1. Het geding in feitelijke instanties*

Met een op 20 oktober 1995 ingekomen verzoekschrift hebben verzoekers tot cassatie - verder gezamenlijk te noemen: verzoekers, en afzonderlijk te noemen: de man respectievelijk de vrouw - zich gewend tot de Rechtbank te Breda en goedkeuring verzocht tot het maken van huwelijkse voorwaarden staande het huwelijk, overeenkomstig het bij het verzoekschrift overgelegde ontwerp van een notariële akte.

De Rechtbank heeft bij beschikking van 17 januari 1996 de gevraagde goedkeuring geweigerd.

Tegen deze beschikking hebben verzoekers hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Bij beschikking van 23 mei 1996 heeft het Hof de beschikking van de Rechtbank bevestigd.

(...)

##### *2. Het geding in cassatie*

(...)

##### *3. Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. Verzoekers zijn op 5 september 1980 in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. In 1991 is de man, die als zelfstandig ondernemer een witloftrekkerij exploiteerde, in staat van faillissement verklaard. In 1994 is dit faillissement wegens de toestand van de boedel opgeheven. Bij deze opheffing is een groot aantal tot de huwelijksgoederengemeenschap behorende bedrijfsschulden ten belope van ongeveer f 488 000 onvoldaan gebleven.

3.2. Verzoekers wensen alsnog bij huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap uit te sluiten en hebben daartoe de in art. 1:119 BW vereiste goedkeuring verzocht. Als motief voor het aangaan van deze voorwaarden hebben zij vermeld dat zij, na en ondanks het in 1994 wegens gebrek aan baten opgeheven faillissement van (het bedrijf van) de man en gezien het grote aantal resterende schulden, willen trachten om voor hun gezin met drie nog zeer jonge kinderen een nieuw bestaan op te bouwen. Daarbij stellen zij zich voor dat in de toekomst (ook) de vrouw enige inkomsten uit arbeid zal gaan verwerven en dat deze inkomsten dan volledig ten goede kunnen komen aan het gezin. In verband daarmee heeft de vrouw verklaard na het maken van de huwelijkse voorwaarden overeenkomstig art. 1:103 BW afstand te zullen doen van de alsdan ontbonden huwelijksgoederengemeenschap.

3.3. Het Hof heeft, evenals de Rechtbank, de verzochte goedkeuring geweigerd. Hierbij is het Hof ervan uitgegaan dat verzoekers de zogenaamde Dozy-clause, kort gezegd inhoudende dat beide echtelieden zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de voldoening van de ten tijde van de ontbinding bestaande gemeenschapsschulden, niet in de akte van huwelijkse voorwaarden wilden opnemen. Hiervan uitgaande en



voorts in aanmerking nemende dat de vrouw, zoals aan het slot van 3.2 reeds werd vermeld, heeft verklaard afstand te zullen doen van de aldus te ontbinden huwelijksgoederengemeenschap, was het Hof van oordeel dat in de zin van art. 1:119 lid 3 BW gevaar voor benadeling van schuldeisers bestond: met betrekking tot de wijze van verdeling van die huwelijksgoederengemeenschap was door de voorgenomen afstand een dergelijk gevaar weliswaar niet te verwachten - door deze afstand behoefde een verdeling ten nadele van de schuldeisers immers niet te worden gevreesd - maar volgens het Hof zou bedoelde afstand wel tot gevolg hebben dat toekomstig inkomen of vermogen van de vrouw, waarmee zij voor de helft van de resterende bedrijfsschulden aansprakelijk zou zijn (art. 1:102 BW), aan verhaal door de schuldeisers zou worden onttrokken (art. 1:103 lid 4 BW). Hiertegen richt zich het middel.

3.4. Het middel stelt de vraag aan de orde of in een geval als het onderhavige, waarin partijen de tussen hen bestaande algehele gemeenschap willen opheffen door bij huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap uit te sluiten, gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat indien hun de mogelijkheid van verhaal op baten ontgaat, die zonder de ontbinding van de gemeenschap in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen. In een dergelijk geval wordt in beginsel reeds in de bescherming van de schuldeisers van de gemeenschap voorzien door art. 1:102. Dit artikel is hier van toepassing omdat de opheffing van de gemeenschap bij huwelijkse voorwaarden ingevolge art. 1:99 lid 1, aanhef en onder d, tot ontbinding van die gemeenschap leidt. Het artikel heeft tot gevolg dat na de ontbinding ieder van de echtgenoten aansprakelijk is voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was en dat hij voor de overige gemeenschapsschulden voor de helft aansprakelijk is. Met dit wettelijk stelsel zou het niet stroken om in het kader van art. 1:119 aan de schuldeisers een verder gaande bescherming te geven door onder het in lid 3 van die bepaling bedoelde gevaar voor benadeling mede te begrijpen het aan elke opheffing van de gemeenschap verbonden gevolg dat aan schuldeisers van die gemeenschap het voordeel wordt onthouden van de mogelijkheid van verhaal op de goederen die zonder die opheffing in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen. Een andere opvatting zou, naar de onderhavige zaak demonstreert, het ook onmogelijk maken om door middel van het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden voor wat betreft toekomstig vermogen een nieuw regime te scheppen, dat beter dan het aanvankelijke regime het gezin beschermt tegen de financiële risico's die aan een door een der echtgenoten uitgeoefend bedrijf of beroep zijn verbonden. Deze gedachte dient ook ten opzichte van de reeds bestaande schuldeisers te prevaleren, nu zij geen bescherming verdienen in hun verwachtingen betreffende de toekomstige baten van de gemeenschap, doch slechts ter zake van een voor hen nadelig uitvallende verdeling van die gemeenschap na de ontbinding daarvan. Een en ander brengt mee dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, in een geval als het onderhavige, waarin de Dozy-clausule uitsluitend een functie heeft ter zake van voormelde toekomstige baten, geen plaats is voor het eisen van opnemings van die clausule in de akte van huwelijkse voorwaarden.

De verklaring van de vrouw dat zij na het maken van de huwelijkse voorwaarden van de gemeenschap afstand zal doen, brengt in het voorgaande geen verandering. Het gaat in dit geval om de voormelde bedrijfsschulden van de man. De betrokken schuldeisers kunnen als gevolg van de afstand niet meer worden benadeeld door een voor hen nadelige verdeling van de gemeenschap, nu die afstand tot gevolg heeft dat alle gemeenschapsgoederen aan de man toevallen. Voorts heeft blijkens het slot van het eerste lid van art. 1:103 de regeling van de bevoegdheid tot afstand van de gemeenschap en van de gevolgen van die afstand - ook als er meer schulden dan baten zijn - een dwingendrechtelijk karakter, dat meebrengt dat met name de ontheffing van de vrouw van aansprakelijkheid voor de bedrijfsschulden van de man door de toepasselijkheid van art. 1:103 lid 4 niet door een beding als de Dozy-clausule kan worden opzijgezet. Ook op dit punt heeft het wettelijk stelsel derhalve tot gevolg dat van een gevaar voor benadeling van schuldeisers als in art. 1:119 lid 3 bedoeld geen sprake kan zijn. Uit een en ander volgt dat het middel gegrond is. Derhalve behoort de beschikking van het Hof te worden vernietigd en de zaak te worden verwezen.

#### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 23 mei 1996; verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

[Mening] **Conclusie** A-G mr. Mok:

#### 1. *Korte beschrijving van de zaak*

1.1. Verzoekers van cassatie zijn op 5 september 1980 met elkaar gehuwd in algehele gemeenschap van goederen.

In juli 1990 werd C. (de man), die als zelfstandig ondernemer een witlofkwekerij exploiteerde, in staat van faillissement verklaard. Het faillissement is in 1994 opgeheven bij gebrek aan baten. Tot de huwelijksgoederengemeenschap behorende bedrijfsschulden ten bedrage van ongeveer f 488 000 zijn onvoldaan gebleven.

1.2. Bij inleidend verzoekschrift van 20 oktober 1995 hebben verzoekers zich gewend tot de rechtbank te Breda

en goedkeuring verzocht tot het maken van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk, overeenkomstig het bij het verzoekschrift overgelegde ontwerp van een notariële akte.

Verzoekers wensten hun huwelijksgoederenregime te wijzigen in die zin, dat - kort gezegd - geen enkele huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap zou bestaan. Zij hebben niet de zogenaamde Dozy-clausule, waarbij de echtelieden zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de voldoening van de ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap bestaande gemeenschapsschulden, in de ontwerp-akte opgenomen. Zij hebben gesteld dat een dergelijke clausule niet nodig is ter bescherming van de belangen van de crediteuren, aangezien de vrouw voornemens is - na goedkeuring van de huwelijksvoorwaarden door de rechtbank - afstand te doen van de huwelijksgoederengemeenschap (o.g.v. art. 1:103 BW).

1.3. Als redelijke grond voor het maken van de huwelijksvoorwaarden hebben verzoekers aangevoerd dat zij willen trachten om voor hun gezin met drie jonge kinderen een nieuw bestaan op te bouwen na en ondanks het in 1994 opgeheven faillissement van de man, waaruit nog een groot aantal schulden resteert.

Zij stellen zich voor dat in de toekomst (ook) de vrouw zich enige inkomsten uit arbeid zal gaan verwerven en dat haar inkomsten dan volledig ten goede zullen komen van het gezin.

1.4. Bij beschikking van 17 januari 1996 heeft de rechtbank de gevraagde goedkeuring geweigerd.

Zij was, kort gezegd, van oordeel dat zonder opneming van de zogenaamde "Dozy-clausule" het gevaar bestaat van benadeling van de crediteuren met betrekking tot de bedrijfsschulden van de man en dat daaraan niet afdoet dat de vrouw het voornemen heeft om - na goedkeuring van de huwelijksvoorwaarden - afstand te doen van de huwelijksgemeenschap.

1.5. Tegen deze beschikking hebben verzoekers hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch. Bij beschikking van 23 mei 1996 heeft het hof de uitspraak van de rechtbank bekrachtigd.

1.6. Van de beschikking van het hof zijn verzoekers tijdig in cassatie gekomen. Het beroep steunt op een middel dat twee onderdelen telt, waarvan het eerste geen klacht bevat en het tweede uit een viertal klachten bestaat.

## 2. *Bespreking van het cassatiemiddel*

2.1. In ro. 4.5. heeft het hof, voor zover hier van belang, geoordeeld dat

"gevaar voor benadeling van crediteuren als bedoeld in art. 1:119 lid 3 BW (...) zich ook voordoet, indien *toekomstig* inkomen of vermogen van de echtgenoot die de gemeenschapsschulden niet is aangegaan, aan verhaal door de crediteuren wordt onttrokken."

De vraag die de Hoge Raad is voorgelegd, komt er op neer of dat oordeel van het hof juist is.

2.2. Verzoekers hadden verdedigd, aldus heeft het hof in ro. 4.4. weergegeven

"dat er hier - ondanks het niet opnemen in de concept-akte (...) van de zogenaamde Dozy-clausule, waarbij de echtelieden zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de voldoening van de ten tijde van de ontbinding van de gemeenschap bestaande gemeenschapsschulden - geen sprake is van benadeling van crediteuren, aangezien de vrouw na het aangaan van de huwelijksvoorwaarden afstand zal doen van de gemeenschap, waardoor haar deel aanwast bij dat van de man (art. 1:103 lid 2 BW).

Het gevolg van een dergelijke afstand is immers, dat de vrouw ontheven wordt van de aansprakelijkheid voor de gemeenschapsschulden waarvoor zij voor de ontbinding niet aansprakelijk was; dat is nu juist ook het doel van verzoekers (...)."

2.3.1. Het hof is er (ro. 4.5., slot) van uitgegaan dat de Hoge Raad dit standpunt van verzoekers in een andere zaak al heeft verworpen NOOT 1.

2.3.2. In zijn conclusie voor dat arrest heeft mijn ambtgenoot Moltmaker (§ 2.3.2.) gewezen op de bepalingen van de artt. 1:102 en 3:166 BW. Hij vervolgdde:

"2.3.3. Wij moeten ervan uitgaan, dat de wetgever met deze regeling van de aansprakelijkheid na de ontbinding van de gemeenschap, mede gelet op hun overige rechten als bedoeld aan het slot van het vorige punt de gemeenschapscrediteuren voldoende beschermd acht. M.i. terecht merkt Hidma, a.w. NOOT 2, p. 69 op: "Voorop staat naar mijn mening dat het feit dat *toekomstige* baten niet meer in een gemeenschap zullen vallen - deze is immers opgeheven en vervangen door een uitsluitingsstelsel - niet als benadeling van schuldeisers mag worden beschouwd." "

2.3.3. Het hof (ook toen dat in 's-Hertogenbosch) had in die zaak overwogen dat het niet kunnen verhalen van een vordering door een crediteur van de man op inkomsten van de vrouw, een benadeling van die crediteur was.

2.3.3. Mijn ambtgenoot heeft in de bedoelde zaak tot vernietiging geconcludeerd, terwijl de Hoge Raad het beroep verwierp. Daaruit volgt echter niet dat uw Raad de zienswijze van Moltmaker integraal heeft afgewezen. Het arrest steunt nl. op de beoordeling van de juridische situatie van tijdens of vóór het oorspronkelijke huwelijksvermogensregime NOOT 3 ontstane schulden.

De verwerping is geschied met de toevoeging "wat er zij van 's hofs motivering", hetgeen derhalve de mogelijkheid openlaat dat uw Raad zich van het in § 2.3.3. samengevatte oordeel van het hof heeft willen distantiëren, althans de vraag van verhaal op toekomstige inkomsten van de andere echtgenoot dan de debiteur heeft willen openlaten NOOT 4.

2.3.4. In zijn noot onder het bedoelde arrest uit 1992 heeft Luijten NOOT 5, er op gewezen

"(...) dat het gevaar voor de crediteuren niet schuilt in de ontbinding der gemeenschap zelf, doch in de wijze waarop partijen deze verdelen. Door aan de andere echtgenoot veel en aan de echtgenoot -schuldenaar weinig of niets toe te delen, brengt men de 100% -aanspraak op laatstgenoemde in gevaar (...)."

Dezelfde auteur, in iets andere woorden NOOT 6:

"Beziet men de beide in de praktijk voorkomende standaardfiguren - overgang van de wettelijke gemeenschap naar het regime van uitsluiting en omgekeerd - dan zal met name in deze laatste figuur benadelingsgevaar schuilen, indien het privé-vermogen van de ene echtgenoot een actief saldo, doch dat van de andere echtgenoot vóór de samenvoeging een groot passief saldo vertoonde. In het eerste geval echter, waarin partijen de wettelijke gemeenschap opheffen, is het benadelingsgevaar niet in de huwelijksvoorwaarden zelf aanwezig daar de crediteuren reeds worden beschermd door het bepaalde in art. 102. Wel kan echter benadeling ontstaan door de wijze waarop de ontbonden gemeenschap wordt verdeeld, indien namelijk de verdeling zeer ongelijk zou zijn en de gemeenschapsschulden geheel of merendeels door een van de echtgenoten waren aangegaan, terwijl aan hem juist zeer weinig actief zou worden toebedeeld. NOOT 7"

2.3.5. Een iets andere opvatting over het arrest uit 1992 heeft C.A. Kraan NOOT 8. Hij schreef:

"Nu zou men kunnen menen dat voor de vraag naar benadeling van schuldeisers geen rekening moet worden gehouden met mogelijk verhaal op toekomstige goederen van de gemeenschap, in dit geval toekomstige inkomsten. Het Hof meent echter dat, indien het echtpaar buiten gemeenschap van goederen zou hertrouwen, de gemeenschapscrediteuren worden benadeeld omdat de verhaalsmogelijkheid op het toekomstig inkomen van de vrouw tot de helft wordt beperkt, en weigert daarom de gevraagde goedkeuring. De HR bevestigt deze uitspraak en overweegt daarbij dat gevaar voor benadeling van schuldeisers kan bestaan als zich een situatie zoals hier aan de orde is voordoet: er bestaat een gemeenschapsschuld ten laste van een van de echtgenoten, partijen scheiden van echt en willen buiten gemeenschap van goederen hertrouwen. Uit deze overwegingen kunnen mijns inziens twee dingen worden afgeleid:

a. de HR aanvaardt hiermee impliciet dat er ook sprake is van benadeling van schuldeisers als een crediteur zich door de wijziging van het huwelijksgoederenregime niet kan verhalen op toekomstig inkomen van een der echtgenoten;

b. de echtgenoten hadden ook in dit geval de z.g. hoofdelijkheidsclausule op moeten nemen wilden zij de goedkeuring van de rechtbank op de door hen gewenste huwelijksvoorwaarden krijgen."

2.4. Uit de verdere literatuur ter zake citeer ik de volgende passages.

Hidma NOOT 9:

"De schrijvers noemen vooral het gevaar voor benadeling gelegen in de mogelijkheid van ongelijke verdeling. De verhaalsmogelijkheden worden immers ernstig gefrustreerd wanneer de schulden geheel of grotendeels door één van de echtgenoten zijn aangegaan terwijl aan hem weinig of geen activa worden toegeedeeld.

Ik wijs erop dat ook wanneer de echtgenoten de overbedeling rechte trekken door een daarmee corresponderende vordering op de andere echtgenoot de problemen voor de crediteuren niet behoeven te zijn opgelost.

In navolging van Rb Amsterdam 24 maart 1958, NJ 1958, 248 nemen partijen dikwijls als waarborg voor de schuldeisers de zogenaamde Dozy-clausule op waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stellen.

(...)

(over het arrest van 1992:) (...) de hier geuite motie van wantrouwen (zou) van toepassing zijn op ieder echtpaar dat onder een uitsluitingsregime is gehuwd. Het komt mij voor dat de goedkeuring aan de wijziging van het huwelijksgoederenregime i.c. verleend had moeten worden *zonder* Dozy-clausule. Aangezien 's mans faillissement recentelijk werd opgeheven zal de gemeenschap zijn vereffend zodat van het onttrekken van *bestaand* vermogen aan het verhaal van de schuldeisers geen sprake kan zijn."

Molmaker: NOOT 10

"Zodanig gevaar kan voor de schuldeisers van een echtgenoot aanwezig zijn ingeval van overgang van uitsluiting van gemeenschap naar algehele gemeenschap, indien de schulden van de andere echtgenoot diens baten overtreffen of ingeval van overgang van algehele gemeenschap naar uitsluiting van gemeenschap indien het vermogen van de gemeenschap anders dan bij helfte wordt verdeeld. In laatstbedoeld geval wordt veelal in navolging van Rb. Amsterdam 24 maart 1958, NJ 1958, 248 in de huwelijksvoorwaarden een clausule opgenomen (de "Dozy-clausule"), waarbij de echtgenoten zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden der gemeenschap."

Van der Burght: NOOT 11

"Dit zal zich kunnen voordoen, indien door de nieuwe huwelijksvoorwaarden wordt overgegaan van een scheidings- naar een gemeenschapsstelsel. Heeft een van de partners veel schulden, dan vormt dit een bedreiging voor de crediteuren van de ander. Zie echter HR 15 mei 1992, NJ 1993, 486, E.A.A. Luijten, waar in de Hoge Raad een zeer ruime interpretatie geeft van het begrip "schuld" (...). Ook kan het zich voordoen dat partijen de gemeenschap opheffen en deze anders dan bij helfte verdelen.

Bij veel rechtbanken is de praktijk ontstaan, dat huwelijksvoorwaarden die de opheffing van enige gemeenschap ten gevolge hebben, slechts worden goedgekeurd, indien beide echtgenoten zich hoofdelijk aansprakelijk stellen

voor de bestaande gemeenschapsschulden; de zogenaamde Dozy-clausule.

Deze praktijk leidt overigens tot "overkill" van de echtgenoten. In geval van ontbinding bij huwelijksgemeenschap biedt de wet in art. 102 bescherming aan de crediteuren. Zoals hiervoor opgemerkt, worden de crediteuren bij een ongelijke verdeling bovendien beschermd door art. 3:45 respectievelijk art. 7A:1715. Acht men dit alles onvoldoende, dan ligt het op de weg van de wetgever daar verandering in te brengen, maar is het onjuist om de individuele echtgenoot met de gevolgen van dit vermeende wettelijke manco te bezwaren." NOOT 12

2.5.1. De balans opmakend komt het mij voor dat de wet niet dwingt tot de beslissing van het hof. Het hof heeft zich (ro. 4.5.) ook niet rechtstreeks op de wet, doch op uitleg daarvan beroepen, en daarbij tevens de beschikking van de Hoge Raad uit 1992 in aanmerking genomen.

Zoals bleek (§ 2.3.3.) berust die laatste uitspraak m.i. op een oordeel dat op een andere grondslag steunt dan het hof hier aan zijn uitspraak gegeven heeft.

2.5.2. Van belang is dat het hof feitelijk heeft vastgesteld (ook in ro. 4.5.) dat er geen sprake van is dat de man (debiteur) slechts een gering deel van de gemeenschap toegescheiden zou krijgen. De vrouw heeft zich immers verplicht na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden afstand te doen van de gemeenschap (ro. 4.4. van de beschikking van het hof).

Dat betekent dat de bedoelde, algemeen aanvaarde, grond om goedkeuring te weigeren tot de wijziging van het huwelijksvermogensregime hier afwezig is.

2.5.3. Dat verzoekers de Dozy-clausule niet in de concept-akte hebben doen opnemen - in het midden latend of deze geldig zou zijn geweest, hetgeen onderdeel a van het middel bestrijdt - is hun niet euvel te duiden. Het doel dat zij zich stelden ("trachten om voor hun gezin met drie zeer jonge kinderen een nieuw bestaan op te bouwen" - bestreden beschikking, ro. 4.3.) zou met die clausule niet worden bereikt.

2.5.4. De opvatting van het hof brengt, zoals ook Hidma kennelijk van mening is, personen als verzoekers, die staande huwelijk de gemeenschap van goederen willen uitsluiten in een slechtere positie dan degenen hebben die van de aanvang buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd.

Er is ook wel verschil, in die zin dat de crediteuren op de hoogte van het huwelijksgoederenregime konden zijn, en daarop vertrouwd kunnen hebben.

Aan die laatste omstandigheid zou ik niet veel gewicht willen toekennen. De crediteuren konden er niet op rekenen dat de vrouw een eventuele dienstbetrekking zou voortzetten.

2.5.5. Overigens blijkt uit de bestreden beschikking (ro. 4.3.), zoals in § 1.3. naar voren kwam, dat de vrouw voorheen géén dienstbetrekking vervulde: "Zij (verzoekers) stellen zich voor dat *in de toekomst* (ook) de vrouw zich enige inkomsten uit arbeid *zal gaan* verwerven (...)".

Aangezien toekomstige feiten meestal niet vastgesteld kunnen worden, is niet bekend of de vrouw haar voornemen inkomsten uit arbeid te gaan verwerven ook ten uitvoer zou leggen indien de goedkeuring tot het maken van huwelijkse voorwaarden niet wordt verleend. Het ligt echter in de rede dat zij dit niet zal doen wanneer alle revenuen naar de crediteuren van de man zouden vloeien.

2.6. Mede in het licht van de omstandigheid dat het door het hof aangehangen stelsel in de literatuur weinig steun vindt ben ik van oordeel dat het middel, met name de onderdelen c en d daarvan, doel treft.

### 3. Afdoening

M.i. staan de relevante feiten vast. Alleen hebben noch de rechtbank, noch het hof beslist dat een redelijke grond, als bedoeld in art. 1:119 aanwezig is. Het hof noemt in ro. 4.3. het door verzoekers opgegeven motief en vervolgt dat in ro. 4.4. dat de cruciale vraag is of er geen benadeling van schuldeisers is.

Men kan dit zo lezen dat het hof de door verzoekers opgegeven grond impliciet als redelijk heeft aanvaardt, maar evenzeer in die zin dat het hof de aanwezigheid van een redelijke grond in het midden heeft gelaten, omdat toch aan de tweede voorwaarde niet was voldaan.

Ik zou voor de eerste uitleg willen kiezen, wat meebrengt dat de Hoge Raad de zaak zelf kan afdoen.

### 4. Conclusie

De conclusie luidt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot inwilliging van het verzoek om goedkeuring van het door verzoekers maken van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk.

## (B) PRIVATE INTERNATIONAL LAW

HR 10 december 1976, NJ 1977, 275

(Chelouche/v. Leer; vorige instanties I 3 en 4)

### Overwegingen

*"dat in het huwelijksgoederenrecht de vrijheid van de aanstaande echtgenoten om hun vermogensrechtelijke verhouding te regelen vooropstaat;*

dat, nu pp. in het onderhavige geval niet hebben aangewezen aan welk recht hun vermogensrechtelijke verhouding onderworpen zou zijn, de rechter moet beslissen welke wet het huwelijksgoederenrecht van pp. beheerst en met name, gezien het petitum van de inleidende dagvaarding, of dit het Nederlands recht is;

dat de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen echtgenoten ontstaan door het aangaan van het huwelijk hen beiden gelijkelijk betreffen en soms leiden tot een goederengemeenschap van kleinere of grotere omvang;

dat het daarbij minder goed past voor de aanwijzing van de toepasselijke wet een aanknopingsfactor te bezigen, die slechts de persoon of de omstandigheden van één van de echtgenoten aangaat en beter om een aanknopingsfactor te kiezen, die de beide echtgenoten betreft;

dat wenselijk is zo veel mogelijk de moeilijkheden te vermijden, die zich kunnen voordoen, indien tijdens het huwelijk een andere landswet toepasselijk zou worden;

dat daarom in het algemeen de voorkeur moet worden gegeven aan een ten tijde van de huwelijksvoltrekking aanwezige, aan beide echtgenoten gemene aanknopingsfactor;

dat een zodanige aanknopingsfactor \_ de Nederlandse nationaliteit ten tijde van de huwelijksluiting \_ besloten ligt in art. 6 Wet houdende algemene bepalingen van de wetgeving van het Koninkrijk, ingevolge welke bepaling het Nederlands recht het huwelijksgoederenrecht van Nederlandse echtgenoten in het buitenland gedurende de gehele duur van hun huwelijk beheerst, waarbij het geen verschil maakt of de echtgenoten reeds voor het huwelijk Nederlanders waren of dat de ene Nederlander was en de andere een vreemde nationaliteit bezat maar door of bij het huwelijk de Nederlandse nationaliteit heeft verworven;

dat naar analogie van deze voor Nederlanders geldende regel moet worden aangenomen, dat indien de echtgenoten bij het aangaan van het huwelijk dezelfde vreemde nationaliteit verwerven, de op hun huwelijksgoederenregime toepasselijke wet wordt aangewezen door hun gemeenschappelijke nationaliteit; dat, indien de echtgenoten niet dezelfde nationaliteit bezitten, een aan hen beiden gemeenschappelijke aanknopingsfactor veelal wordt gevonden in het eerste huwelijksdomicilie dat zij bij het huwelijk vestigen;

dat mitsdien subs., bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit, de regel geldt, dat de wet van het land van het eerste huwelijksdomicilie het huwelijksgoederenrecht beheerst;

dat meer subs., indien ook van een eerste huwelijksdomicilie, bij het huwelijk gevestigd, niet blijkt, beslissend is met welk land pp., alle omstandigheden in aanmerking genomen, de nauwste band hebben;

dat te deze vaststaat dat pp. verschillen van nationaliteit en betwist is of zij bij de huwelijksluiting een eerste huwelijksdomicilie hebben gevestigd; dat, aangenomen dat zou blijken dat het eerste huwelijksdomicilie van pp., bij het huwelijk gevestigd, in Nederland ligt, de genoemde subs. regel van Nederlands internationaal privaatrecht ertoe zou leiden, dat het Nederlandse recht toepasselijk zou zijn, dat wil zeggen dat pp. in algehele gemeenschap van goederen zouden zijn gehuwd;

dat dit in de omstandigheden van het onderhavige geval onaanvaardbaar is;

dat de man, naar de in hoger beroep niet bestreden vaststelling van de Rb., een groot zakenman is, die tevoren drie maal van echt was gescheiden, terwijl de vrouw, tevoren eenmaal gescheiden, volgens haar stellingen vermogen in verschillende landen bezit;

dat het in hoge mate onwaarschijnlijk is, dat een Nederlandse man en een Nederlandse vrouw die in de zojuist aangegeven omstandigheden verkeren, in algehele gemeenschap van goederen zouden huwen;

dat daarom evenzeer moet worden aangenomen, dat de algehele gemeenschap van goederen, die niet bekend is in enig rechtssysteem waarmee de pp. in deze zaak vóór hun huwelijk waren verbonden, niet passend is voor hun rechtsverhouding; dat, nu \_ gelijk boven overwogen \_ het huwelijksgoederenrecht een materie van regelend recht is, de genoemde subs. regel van Nederlands internationaal privaatrecht in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval restrictief moet worden toegepast in deze zin dat, welke wet zij voor het huwelijksgoederenrecht van de pp. in deze zaak moge aanwijzen, in elk geval de Nederlandse wet daarvan is uitgesloten;

dat hetzelfde geldt voor de genoemde meer subs. regel van Nederlands internationaal privaatrecht, indien deze aan de orde zou komen;

dat mitsdien de ingestelde vordering niet voor toewijzing vatbaar is, zodat de Rb. deze terecht heeft afgewezen en het Hof het vonnis van de Rb. terecht heeft bekrachtigd, daargelaten de door beide colleges daartoe gebezigde gronden, hetgeen meebrengt dat het voorgestelde middel van cassatie niet kan slagen;

Verwerpt het beroep;

Compenseert de kosten op het beroep in cassatie gevallen tussen pp. als echtgenoten in dier voege dat ieder de eigen kosten draagt."

HR 14 mei 1976, NJ 1977 335

X., te Eindhoven, eiseres tot cassatie van een tussen pp. gewezen arrest van het Hof te 's\_Hertogenbosch van 4 febr. 1975/Y., te Almelo, verwerder in cassatie.

*De Hoge Raad*, enz.;

"0. dat uit het bestreden arrest en uit de stukken van het geding blijkt:  
dat de eiseres tot cassatie \_ verder de vrouw te noemen \_ bij dagvaarding van 3 sept. 1973 de tegenpartij \_ de man \_ heeft gedagvaard voor de Rb. te 's\_Hertogenbosch ten einde, voor zover thans van belang, de echtscheiding tussen pp. te horen uitspreken en tevens om te worden veroordeeld om met de vrouw over te gaan tot de scheiding en deling van hun huwelijksgoederengemeenschap;  
dat de Rb., nadat de man zich aan haar oordeel had gerefereerd, bij vonnis van 14 dec. 1973 de vorderingen van de vrouw heeft toegewezen;  
dat de man hoger beroep tegen het vonnis heeft ingesteld, maar alleen voor zover hij daarbij is veroordeeld om met de vrouw over te gaan tot scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap;  
dat het Hof te 's\_Hertogenbosch in het thans bestreden arrest heeft overwogen, dat tussen pp. als gesteld en erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken vaststaat:  
dat de man, Nederlander van nationaliteit, in 1959 naar Zuid\_Afrika is geëmigreerd en aldaar zijn toen tot de Bantou\_stam behorende en de Zuid\_Afrikaanse nationaliteit bezittende echtgenote heeft ontmoet;  
dat pp. besloten hebben met elkaar te huwen, hetgeen evenwel in Zuid\_Afrika rechtens niet mogelijk was, reden waarom de man is vertrokken naar Noord\_Rhodesië, waarheen de vrouw hem enige tijd later is gevolgd;  
dat pp. op 6 mei 1964 te Luanshya te Noord\_Rhodesië in het huwelijk zijn getreden;  
dat de man ten tijde van de huwelijksvoltrekking nog steeds de Nederlandse nationaliteit bezat, terwijl de vrouw haar Zuid\_Afrikaanse nationaliteit had behouden, doch enige tijd nadien (volgens de vrouw op 5 okt. 1964) de Nederlandse nationaliteit heeft verworven;  
dat pp. tot in 1967 in Noord\_Rhodesië zijn gedomicilieerd geweest, waarna zij zich in Tanzania hebben opgehouden en tenslotte begin 1972 naar Nederland zijn gekomen en daar tot op heden domicilie hebben gehad;  
dat het Hof vervolgens heeft overwogen:  
`7. dat pp. mitsdien op het ogenblik van de huwelijksvoltrekking van verschillende nationaliteit waren, zodat, vermits niet zonder meer de nationale wet van één der pp. kan geacht worden het huwelijksgoederenrecht van pp. te bepalen, zal moeten worden nagegaan welk rechtsstelsel te dezen het meest voor de regeling van het huwelijksgoederenrecht in aanmerking komt;  
8. dat \_ nu het er blijkens het vóórgaande voor moet worden gehouden, dat de man ten tijde der huwelijksvoltrekking geen blijvende band meer met Nederland bezat en enige band met Nederland voor de vrouw op dat ogenblik nimmer heeft bestaan \_ op grond van de in voege als voormeld ten processe als vaststaand te beschouwen feiten dient te worden aangenomen, dat het recht van Noord\_Rhodesië als de staat, waar pp. onder gemelde omstandigheden zijn gehuwd en haar eerste huwelijksdomicilie hebben gehad, het eerst in aanmerking komt voor de regeling ten aanzien van pp. van het huwelijksgoederenrecht;  
9. dat de vrouw weliswaar heeft aangevoerd, dat zij reeds ongeveer vijf maanden na de huwelijkssluiting de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen zodat pp. toen dezelfde nationaliteit bezaten en pp. ten slotte vanaf begin 1972 in Nederland zijn gevestigd geweest, doch zulks niet tot het door de vrouw gewenste resultaat kan leiden, dat de Nederlandse wet als het te dezen gelden recht zou moeten worden aangemerkt;  
10. dat toch in overeenstemming met het te dezen hier te lande nagenoeg algemeen aanvaard onveranderlijkebeginsel moet worden aangenomen, dat naar geldend Nederlands internationaal privaatrecht zodanige feiten het huwelijksgoederenregime, waarin pp. zijn gehuwd, niet kunnen wijzigen;  
11. dat dientengevolge het Noord\_Rhodesisch resp. Zambiaans recht moet worden aangemerkt als het recht, dat het huwelijksgoederenregime van pp. beheerst;  
12. dat het Noord\_Rhodesisch resp. Zambiaanse recht ingevolge het toepasselijk zijn op dit stuk van het Engelse recht ten tijde van de huwelijksvoltrekking, zoals ook thans nog het geval is, bij gebreke van huwelijksvoorwaarden als wettelijk huwelijksgoederenregime uitsluitend de algehele scheiding van goederen kende;  
13. dat, nu buiten geschil is dat tussen pp. nimmer huwelijkse voorwaarden zijn getroffen, zij derhalve rechtens dienen te worden beschouwd als te zijn gehuwd buiten elke gemeenschap van goederen;  
14. dat het voorgaande meebrengt, dat de tot scheiding en deling der huwelijkse goederengemeenschap strekkende vordering cum annexis niet voor toewijzing vatbaar is en deze vordering met vernietiging in zover van het beroepen vonnis, alsnog aan de vrouw behoort te worden ontzegd';  
dat het Hof op deze gronden het vonnis van de Rb. voor zover daarbij is beslist op de vordering tot scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap heeft vernietigd en aan de vrouw deze vordering heeft ontzegd;  
0. dat de vrouw tegen het arrest van het Hof als *middel van cassatie* heeft aangevoerd: `Scheiding van het recht, met name van (ongeschreven) regels van Nederlands internationaal privaatrecht, en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen door te overwegen en te beslissen als in 's Hof's rechtsoverwegingen is geschied, ten onrechte om één der navolgende, zo nodig in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

1. Het Hof heeft in de rechtsoverwegingen 7, 8 en 11 beslist dat, daar pp. op het moment der huwelijksvoltrekking van verschillende nationaliteit waren en (het er voor moet worden gehouden dat) de man toen geen blijvende band meer met Nederland bezat en enige band met Nederland op dat ogenblik voor de vrouw

nimmer had bestaan, het recht van Noord-Rhodesië (thans Zambia), zijnde dit het land waar pp. onder gemelde omstandigheden zijn gehuwd en hun eerste huwelijksdomicilie hebben gehad, het huwelijksgoederenregime van pp. beheerst, zulks ten onrechte, omdat naar Nederlands internationaal privaatrecht het huwelijks goederenregime van echtgenoten van wie ten tijde van de huwelijksvoltrekking de man de Nederlandse en de vrouw een andere, niet Nederlandse nationaliteit bezit wordt beheerst door het Nederlandse recht, hetgeen althans het geval is indien de vrouw (korte tijd, nl. ongeveer vijf maanden) na die huwelijksvoltrekking eveneens de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen.

2. Het Hof heeft in r.o.8 overwogen dat het er voor moet worden gehouden dat de man ten tijde van de huwelijksvoltrekking geen blijvende band meer met Nederland bezat; deze overweging is onbegrijpelijk en niet naar de eis der wet met redenen omkleed, daar toch de man in ieder geval door het bezit van zijn Nederlandse nationaliteit wel degelijk een (blijvende) band met Nederland heeft behouden en het enkele feit dat de man in 1959 naar Zuid-Afrika is geëmigreerd deze band niet, althans niet blijvend heeft doorgesneden, hebbende overigens het Hof eveneens \_ althans in ieder geval \_ ten onrechte zijn beslissing op dit punt (en daarmee zijn arrest mede) doen steunen op feitelijke gronden die niet door (een der) pp. zijn aangevoerd daar toch de man wel heeft gesteld dat hij in 1959 naar Zuid-Afrika is geëmigreerd, welke stelling de vrouw niet heeft weersproken, maar daaruit geenszins zonder meer en/of onder alle omstandigheden kan en mag worden afgeleid dat de man ten tijde der huwelijksvoltrekking geen blijvende band meer met Nederland bezat, zijnde althans in ieder geval 's Hofs oordeel onbegrijpelijk en mitsdien niet naar de eis der wet met redenen omkleed nu het Hof heeft nagelaten te motiveren waarom het uit het door de man in 1959 naar Zuid-Afrika emigreren afleidt dat de man ten tijde der huwelijksvoltrekking geen blijvende band meer met Nederland bezat, zijnde 's Hofs arrest eens te meer onbegrijpelijk nu het Hof nalaat te motiveren wat het met de zinsnede "het er ... voor moet worden gehouden" bedoelt: betoogt het Hof hier een stellig oordeel te geven in die zin dat buiten elke twijfel staat dat de man ten tijde der huwelijksvoltrekking geen blijvende band meer met Nederland bezat óf kiest het Hof, een aantal mogelijkheden afwegend, als het ware met krappe meerderheid van stemmen voor de oplossing dat de man op voornoemd moment (net) geen blijvende band met Nederland meer bezat. Het arrest geeft op dit punt onvoldoende inzicht in 's Hofs gedachtengang en is mitsdien niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

3. Het Hof heeft in de rechtsoverwegingen 9 en 10 overwogen dat op grond van het zogenaamde onveranderlijkheidsbeginsel moet worden aangenomen dat het feit dat de vrouw reeds vijf maanden na de huwelijksvoltrekking de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen, zodat pp. toen dezelfde nationaliteit bezaten, alsmede de omstandigheid dat pp. vanaf begin 1972 in Nederland zijn gevestigd geweest, het huwelijksgoederenregime waarin pp. zijn gehuwd niet kunnen wijzigen, zulks ten onrechte, omdat naar Nederlands internationaal privaatrecht in een situatie waarin een man die de Nederlandse nationaliteit bezit buiten Nederland huwt met een vrouw die voornoemde nationaliteit niet heeft maar ongeveer vijf maanden later verwerft, zo het Nederlands recht hun huwelijksgoederenregime al niet ab initio beheerst zulks vanaf het moment dat die man en vrouw beiden de Nederlands nationaliteit bezitten het geval is, hetgeen eens te meer \_ althans in ieder geval \_ moet worden aangenomen wanneer en/of vanaf het tijdstip dat zij beiden in Nederland zijn gaan wonen. Zijnde overigens in ieder geval onbegrijpelijk wat het Hof met het door hem aanvaarde onveranderlijkheidsbeginsel bedoelt;

*0. hieromtrent:*

dat naar Nederlands internationaal privaatrecht in beginsel Nederlands recht toepasselijk is op het wettelijk huwelijksgoederenregime van Nederlandse echtgenoten van wie de man bij het aangaan van het huwelijk Nederlander was en de vrouw krachtens het vóór 1 maart 1964 geldende art. 5 Wet van 12 dec. 1892, Stb. 268, op het Nederlandschap en het ingezetenschap de Nederlandse nationaliteit door het aangaan van het huwelijk heeft verworven;

dat bij de op 1 maart 1964 in werking getreden Rijkswet van 14 nov. 1963, Stb. 467, art. 5 Wet van 12 dec. 1892 is afgeschaft en art. 8 van die wet aldus is geformuleerd, dat de niet-Nederlandse vrouw wier man bij het sluiten van het huwelijk Nederlander is, de Nederlandse nationaliteit verkrijgt door het afleggen van een daartoe strekkende wilsverklaring, mits voldaan is aan enige nader aangegeven voorwaarden;

dat, indien de vrouw deze verklaring kort na het sluiten van het huwelijk aflegt en de echtgenoten daardoor kort na het aangaan van het huwelijk beiden de Nederlandse nationaliteit bezitten, de rechtstoestand van de echtgenoten met betrekking tot hun huwelijksgoederenregime op één lijn gesteld moet worden met die van Nederlandse echtgenoten van wie de vrouw onder het vroegere recht de Nederlandse nationaliteit door het aangaan van het huwelijk heeft verworven;

dat de man in het onderhavige geding niet heeft bestreden dat de vrouw in art. 8 Wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap bedoelde wilsverklaring ongeveer vijf maanden na de huwelijksluiting heeft afgelegd, zodat het zojuist aangeduide geval zich te dezen voordoet;

dat, waar in de overige door het Hof vastgestelde omstandigheden geen grond kan worden gevonden om een uitzondering op de hierboven vermelde regel aan te nemen, het vonnis van de Rb., dat ervan uitgaat dat het huwelijksgoederenregime van pp. door Nederlands recht wordt beheerst, dus terecht is geweest en het

cassatie middel in het slot van zijn eerste onderdeel terecht is voorgesteld;  
Vernietigt het bestreden arrest van het Hof te 's\_Hertogenbosch voor zover daarbij het vonnis van de Recht bank aldaar van 14 dec. 1973 is vernietigd en aan de vrouw haar vordering tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap is ontzegd;  
Bevestigt de kosten op het geding in cassatie gevallen in dier voege dat iedere partij de eigen kosten draagt."

HR 27 maart 1981, NJ 1981 335 (Haagse Italianen)

*Overwegingen*

*De Hoge Raad, enz.;*

"Gehoord de A.\_G. Franx in zijn concl. strekkende tot verwerping van het beroep;

Gezien de stukken en het bestreden arrest waaruit blijkt:

Bij exploit van 7 mei 1976 heeft de eiseres tot cassatie, hierna te noemen de vrouw, als eiseres de tegenpartij, hierna te noemen de man, gedagvaard voor de Rb. te 's\_Gravenhage tot echtscheiding met veroordeling van de man om met de vrouw over te gaan tot scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap. Nadat de man verweer had gevoerd heeft de Rb. bij vonnis van 16 juni 1977 een comparitie van pp. gelast. Bij vonnis van 12 jan. 1978 heeft de Rb. echtscheiding tussen pp. uitgesproken en de zaak voor verdere behandeling van de vordering tot scheiding en deling aangehouden na o.m. te hebben overwogen:

˘Tussen pp. staat vast dat de vrouw tengevolge van haar huwelijk de Italiaanse nationaliteit heeft verkregen doch tevens de Nederlandse nationaliteit heeft behouden en dat de man uitsluitend de Italiaanse nationaliteit bezit.

Niet is gesteld noch gebleken dat pp. met betrekking tot het op hun vermogens rechtelijke verhouding toe te passen recht een keuze hebben uitgebracht. Nu de vrouw, die ten tijde van de huwelijkssluiting de Nederlandse nationaliteit bezat, door het huwelijk mede de Italiaanse nationaliteit heeft verworven, bezaten pp. bij de huwelijkssluiting dezelfde \_ Italiaanse \_ nationaliteit.

Daaraan doet niet af dat thans de Nederlandse nationaliteit van de vrouw de effectieve nationaliteit is gebleken, aangezien voor het op het huwelijksgoederenregime toepasselijke recht bepalend is de toestand ten tijde van of bij de huwelijkssluiting.

Hieruit volgt dat het huwelijksgoederenregime van partijen wordt beheerst door hun toenmalige gemeenschappelijke nationale (Italiaanse) wet.

Het Italiaanse huwelijksgoederenrecht is bij een desbetreffende wet van 19 mei 1975 ingrijpend gewijzigd, waarbij ook overgangsbepalingen in werking zijn getreden (vergelijk artt. 159 e.v., 227 e.v. CC) ...'

Het Hof heeft bij zijn thans bestreden arrest de vrouw niet\_ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep tegen het vonnis van 16 juni 1977 en de andere vonnis sen bekrachtigd. Het Hof overwoog:

˘...

De vrouw heeft ter gelegenheid van het pleidooi doen mededelen dat zij thans erkent dat zij tengevolge van haar huwelijk, met behoud van haar Nederlandse nationaliteit, de Italiaanse nationaliteit automatisch heeft verkregen. Het Hof neemt aan dat de grieven zich thans richten tegen de beslissing van de Rb. dat het huwelijksgoederenregime van pp. wordt beheerst door hun toenmalige, namelijk de ten tijde van het aangaan van het huwelijk, gemeenschappelijke (Italiaanse) wet. Nu de man bij het aangaan van het huwelijk de Italiaanse nationaliteit bezat en de vrouw door het aangaan van het huwelijk de Italiaanse nationaliteit heeft verworven, is naar regels van Nederlands internationaal privaatrecht, ongeacht de door de Rb. vastgestelde verbondenheid van het leven van de vrouw met Nederland, Italiaans recht toepasselijk op hun huwelijksgoederenregime. Daaraan kan een veronderstelling van de man dat pp. in algehele gemeenschap van goederen zouden zijn gehuwd, zoals blijkt uit een tijdens het huwelijk bij de aankoop van een huis ten overstaan van een notaris afgelegde verklaring, geen afbreuk doen. Evenmin doet het feit daaraan af, dat de vrouw niet vrijwillig de Italiaanse nationaliteit heeft verworven, aangezien een zodanige aanknopingsfactor voor de aanwijzing van de toepasselijke wet slechts één der echtgenoten (de vrouw) betreft en de ten tijde van de huwelijksvoltrekking aanwezige, aan beide echtgenoten gemene aanknopingsfactor de voorkeur verdient...'

0. dat de vrouw tegen het arrest van het Hof als middelen van cassatie aanvoert:  
...(zie hierna, r.o.3\_5)

0. hieromtrent:

1. Toen pp. op 29 aug. 1964 in het huwelijk traden, bezat de vrouw de Nederlandse nationaliteit, de man de Italiaanse. De vrouw verkreeg ten gevolge van het huwelijk van rechtswege de Italiaanse nationaliteit, met behoud echter van haar Nederlanderschap. Op de dag van de huwelijkssluiting waren Nederland en Italië partij bij het Haagse verdrag van 17 juli 1905 betreffende de wetsconflicten met betrekking tot de gevolgen van het huwelijk ten opzichte van de rechten en verplichtingen der echtgenoten in hun persoonlijke betrekkingen ten opzichte van hun goederen.



Art. 2 Verdrag luidt in de Nederlandse vertaling:

'Bij ontstentenis van huwelijksvoorwaarden worden de gevolgen van het huwelijk ten opzichte van de goederen der echtgenoten, zowel roerende als onroerende, beheerst door de nationale wet van de man op het ogenblik der huwelijksvoltrekking.

Verandering van nationaliteit der echtgenoten of van een hunner heeft geen invloed op hun huwelijksgoederenrecht.'

Ingevolge dit artikel is het Italiaanse recht op de dag van de huwelijksvoltrekking het huwelijksgoederenregime van pp. gaan beheersen.

2. Doordat Nederland het verdrag opgezegd heeft, is het voor ons land buiten werking getreden en wel op 23 aug. 1977. De regels van het commune Nederlandse internationaal privaatrecht inzake het huwelijksgoederenrecht hernamen toen hun werking ten aanzien van de huwelijken van Nederlanders met onderdanen van de verdragsstaten. Dit brengt evenwel niet mee dat de Nederlandse rechter die na 23 aug. 1977 een vordering als de onderhavige, betrekking hebbend op een tijdens de verdragsduur gesloten huwelijk, berecht, die commune regels moeten hanteren.

Men dient immers aan te nemen dat de collisieregels van art. 2 Verdrag ook na de buitenwerkingtreding moet worden toegepast op huwelijken die tijdens de gelding van het Verdrag door Nederlanders met onderdanen van een verdragsstaat zijn gesloten. De Wet van 10 febr. 1977, Stb. 64, houdende goedkeuring van het voornemen tot opzegging van het Verdrag van 1905, bevat geen overgangsbepalingen en uit de parlementaire geschiedenis van deze wet kan niets over het overgangsrecht worden afgeleid. Nu deze wet zwijgt, dient de regel van overgangsrecht te worden afgestemd op de aard van de betrokken belangen. Het is wenselijk zo veel mogelijk de moeilijkheden te vermijden die zich kunnen voordoen, indien tijdens het huwelijk een andere landswet van rechtswege toepasselijk zou worden. Deze overweging die met betrekking tot de commune collisieregels inzake het huwelijksgoederenrecht meebrengt dat in het algemeen voor de gehele duur van de vermogensrechtelijke relatie die van het huwelijk het gevolg is, de voorkeur moet worden gegeven aan een ten tijde van de huwelijksvoltrekking aanwezige aanknopingsfactor, leidt er voor het overgangsrecht toe aan te nemen, dat wanneer tijdens het huwelijk de collisieregels wordt gewijzigd, de ten tijde van de huwelijksvoltrekking geldende collisieregels blijft gelden. De rechtszekerheid zowel tussen echtgenoten onderling als ten opzichte van derden zou in het gedrang komen, indien na jaren zou blijken, dat een nieuwe collisieregels moet worden toegepast, welke tot andere rechtsgevolgen zou kunnen leiden dan die waarop men aan de hand van de oude regel had mogen rekenen.

3. Uit het voorgaande blijkt dat art. 2 Verdrag ten deze toepasselijk is. Het derde cassatiemiddel, dat klaagt over schending van regels van het commune Nederlandse internationaal privaatrecht, kan dus niet tot cassatie leiden.

4. Het tweede middel keert zich tegen de overweging van het Hof dat het onvrijwillig karakter van de verkrijging door de vrouw van de Italiaanse nationaliteit niet afdoet aan 's Hofs oordeel dat regels van commune Nederlands internationaal privaatrecht wegens de gemeenschappelijke Italiaanse nationaliteit van pp. toepasselijkheid van Italiaans recht op hun huwelijksgoederenregime meebrengen.

Aangezien, gelijk hiervoren overwogen, die regels in het onderhavige geval echter toepassing missen, kan het middel bij gebreke van belang niet tot cassatie leiden.

5. Het eerste cassatiemiddel komt op tegen de uitleg die het Hof aan een passage in de transportakte van 10 jan. 1969 heeft gegeven. Daar deze uitleg feitelijk van aard is, wordt het middel tevergeefs voorgesteld."

HR 7 april 1989, NIPR 1989, 187, NJ 1990 347 nt. Schultsz (Sabah-arrest).

#### *Feiten*

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: de vrouw - heeft verweerder in cassatie - verder te noemen: de man - gedagvaard voor de Rb. te Breda en in het kader van de daarbij door haar tegen de man ingestelde echtscheidingsvordering gevorderd dat voor recht zal worden verklaard dat tussen partijen algehele gemeenschap van goederen van kracht is en dat de man zal worden veroordeeld over te gaan tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap.

De Rb. heeft bij vonnis van 25 februari 1986 de door de vrouw aan haar voormelde vorderingen ten grondslag gelegde stelling dat het huwelijksgoederenregime van partijen is de gemeenschap van goederen naar Nederlands burgerlijk recht, verworpen, maar overwogen dat de vordering van de vrouw de man te veroordelen mede te werken tot scheiding en deling kon worden toegewezen voor zover tussen partijen naar het Maleis recht, enige huwelijksgemeenschap blijkt te bestaan.

Bij arrest van 14 april 1987 heeft het Hof 's-Hertogenbosch het beroep van de vrouw verworpen.

Zie voor beide instanties NIPR 1987, 350.

Tegen het arrest van het Hof is de vrouw in cassatie gekomen. Zij stelt o.a. dat het Hof heeft miskend dat in onderdeel 5 van het cassatiemiddel ten tijde van de huwelijksluiting, 5 maart 1970, naar Nederlands internationaal privaatrecht als verwijzingsregel gold dat, in geval van verschillende nationaliteit der echtgenoten, de nationale wet van de man het huwelijksgoederenregime bepaalt. Het Hof heeft derhalve ten onrechte voorbijgezien:

a. dat bovengenoemde verwijzingsregel in het onderhavige geval moet worden toegepast

b. dat de door het Hof vastgestelde feiten niet medebrengen dat het recht van het eerste huwelijksdomicilie van toepassing is

c. dat niet juist is dat ten tijde van het huwelijk van partijen de verwijzingsregel, die verwees naar het nationale recht van de man geen geldend recht meer was, omdat ongelijke behandeling van man en vrouw die daaruit voortvloeide rechtens niet meer aanvaardbaar werd geacht

d. dat uit de verwijzingsregel, die verwees naar het nationale recht van de man geen ongelijke behandeling van man en vrouw voortvloeide en dat de door het Hof vermeende ongelijke behandeling ten tijde van de huwelijksluiting geenszins niet meer aanvaardbaar werd geacht

e. dat het Huwelijksgevolgenverdrag 1905 voor analoge toepassing in aanmerking komt.

De man voert verweer.

#### *Overwegingen*

"In hoger beroep was, en in cassatie is uitsluitend aan de orde welk recht naar Nederlands internationaal privaatrecht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van partijen.

Bij de beantwoording van deze vraag moet ervan worden uitgegaan:

- dat partijen op 5 maart 1970 te Sabah, Maleisië met elkaar zijn gehuwd

- dat de man steeds de Nederlandse nationaliteit heeft gehad en de vrouw tot 1981 de Indonesische en sedertdien de Nederlandse

- dat het eerste huwelijksdomicilie van partijen was gelegen in Sabah, Maleisië.

Het Hof heeft, zakelijk samengevat, geoordeeld:

a. dat voor de beantwoording van voormelde vraag bepalend zijn 'de verwijzingsregels, zoals die in het Nederlands internationaal privaatrecht golden ten tijde van de huwelijksluiting'

b. dat het Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905 van die regels nog deel uitmaakte, maar in dit geval niet van toepassing was, omdat de vrouw ten tijde van de huwelijksluiting niet de nationaliteit van een van de verdragsstaten had en evenmin door andere omstandigheden met een verdragsstaat was verbonden

c. dat toen van toepassing waren de verwijzingsregels geformuleerd in HR 10 december 1976, NJ 1988, 275

d. dat partijen het erover eens zijn dat zij ook bij

de in het geding gebrachte akte van huwelijksvoorwaarden niet hebben aangegeven welk recht van toepassing zal zijn op hun huwelijksvermogensregime

e. dat dan, ingevolge de onder c bedoelde regels op dat regime van toepassing is het recht van het eerste huwelijksdomicilie

f. dat niet blijkt dat toepassing van dit recht tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden.

Het middel, dat uitgaat van de juistheid van 's Hofs hiervoor onder a, b en d weergegeven oordelen, bestrijdt uitsluitend het onder c weergegeven oordeel van het Hof.

In beginsel dient de vraag welk recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, te worden beslist door toepassing van de in voormeld arrest van de HR van 10 december 1976 geformuleerde regels van Nederlands internationaal privaatrecht, óók indien die vraag rijst t.a.v. echtgenoten die vóór genoemde datum in het huwelijk zijn getreden.

Bijzondere omstandigheden kunnen aanleiding geven van

dit beginsel af te wijken. Dat zal met name het geval zijn indien blijkt dat de echtgenoten op goede gronden (bijvoorbeeld ingewonnen advies) zijn uitgegaan van andere collisieregels inzake het huwelijksvermogensregime dan die van voormeld arrest, diensgevolge hebben aangenomen en redelijkerwijs hebben mogen aannemen dat hun huwelijksvermogensregime werd beheerst door een ander recht dan daarop ingevolge de in dat arrest geformuleerde regels van toepassing zou zijn, en hun vermogensrechtelijke voorzieningen op dat recht hebben afgestemd. Alsdan zullen redelijkheid en billijkheid, die hun verhouding in elk geval in zoverre beheersen, zich in de regel ertegen verzetten dat een der echtgenoten zich na jaren met een beroep op de in meerbedoeld arrest geformuleerde regels op het van toepassing zijn van een ander recht beroept dan waarop partijen hun voorzieningen hebben afgestemd.

Zodanige bijzondere omstandigheden zijn in dit geval echter niet door de vrouw gesteld en de stukken van het geding geven geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat zij zich niettemin zouden voordoen.

Het bestreden oordeel van het Hof is derhalve, wat er zij van de daarvoor door het Hof gegeven motivering, juist, zodat het middel faalt."

*Conclusie A-G Strikwerda:*

"Onderdeel 5 is uit vijf, met a t/m e aangeduide, subonderdelen opgebouwd die, als ik goed zie, één centrale klacht naar voren brengen: het Hof heeft miskend dat ten tijde van de huwelijksluiting, 5 maart 1970, naar Nederlands internationaal privaatrecht als verwijzingsregel gold dat, in geval van verschillende nationaliteit der echtgenoten, de nationale wet van de man het huwelijksgoederenregime bepaalt.

3.2 De klacht roept twee meer algemene vragen op:

a. Welke werking dient in overgangsrechtelijke zin toegekend te worden aan de verwijzingsregels geformuleerd in het Chelouche-arrest?, en

b. Als deze verwijzingsregels geen terugwerkende kracht hebben, welke verwijzingsregel gold dan op 5 maart 1970 voor echtgenoten die, zoals i.c., niet bij of kort na de huwelijksvoltrekking een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten?

3.3 *Ad a.* Na het Chelouche-arrest overheerste onder de schrijvers de opvatting dat Uw Raad aan de in dat arrest geformuleerde verwijzingsregels implicite (door het 'daarlaten' van de gronden gebezigd door het Hof in het arrest a quo dat uitging van eerbiedigende werking van de 'nieuwe' verwijzingsregels ten opzichte van de 'oude') terugwerkende kracht had toegekend. Zie ... De lagere rechtspraak volgde deze opvatting en paste de Chelouche-regels ook toe op huwelijken gesloten voor 1976. Vgl. ...

3.4 HR 27 maart 1981, NJ 1981, 335 nt. JCS lijkt aan deze opvatting de bodem te hebben ingeslagen. ...

Hoewel het in dit arrest ging om de opvolging van conflictregels ten gevolge van de opzegging door Nederland met ingang van 23 augustus 1977 van het Verdrag van 1905 (Wet van 10 februari 1977, Stb. 64) is de motivering zo ruim dat het arrest ook van betekenis kan worden geacht voor de opvolging van de *ongeschreven* conflictregels voor het huwelijksgoederenrecht. De meeste schrijvers en de lagere rechtspraak gaan er sinds het arrest van 1981 in elk geval vanuit dat de verwijzingsregels geformuleerd in het Chelouche-arrest eerbiedigende werking hebben ook ten opzichte van de voormalige ongeschreven verwijzingsregels. Zie ...

3.5 Niet geheel duidelijk is van welke opvatting het Hof in het aangevallen arrest is uitgegaan. Door de verwijzingsregels van het Chelouche-arrest toe te passen onder de aantekening dat dit arrest betrekking had op een in 1960 gesloten huwelijk, lijkt het Hof aan de verwijzingsregels terugwerkende kracht toe te kennen. Daar staat tegenover dat het Hof voorop stelt dat voor de beantwoording van de vraag door welk recht het huwelijksgoederenregime van partijen wordt beheerst de verwijzingsregels die golden ten tijde van de huwelijksluiting beslissend zijn. Waar het Hof niettemin de verwijzingsregels geformuleerd in het Chelouche-arrest toepast, kan het arrest ook zo worden gelezen (en van deze lezing ga ik, evenals kennelijk het middel, uit) dat het Hof deze verwijzingsregels op 5 maart 1970 reeds als geldend aanmerkt, daarmee aannemende dat de Chelouche-uitspraak op het punt van de aanknopingspunt aan het eerste huwelijksdomicilie bij gemengde huwelijken slechts bevestigde wat op 5 maart 1970 reeds gold.

3.6 Daarmee ben ik aangekomen bij het onder *b.* geformuleerde vraagpunt. Doch alvorens hierop in te gaan wil ik terzijde nog een enkele opmerking maken over de (in cassatie overigens niet meer aan de orde gestelde vraag) of de verwijzingsregels van het Verdrag van 1905 rechtstreeks van toepassing zijn op de huwelijksvermogensrechtelijke verhouding van partijen. Naar de letter genomen dwingt art. 10 van het verdrag ('Dit verdrag is niet toepasselijk, indien volgens de voorgaande artikelen de wet die zou moeten toegepast worden, niet die zou zijn van een contracteerenden Staat') gelezen in samenhang met art. 2 lid 1 ('Bij ontstentenis van huwelijksche voorwaarden worden de gevolgen van het huwelijk ten opzichte van de goederen der echtgenooten, zoowel onroerende als roerende, beheerscht door de nationale wet van den man op het oogenblik der huwelijksvoltrekking') tot een bevestigende beantwoording van deze vraag. Een meerderheid van de schrijvers is van oordeel dat art. 10 in deze letterlijke zin uitgelegd dient te worden. Zie ... Anders ..., die zich kennelijk aansluiten bij de opvatting van Kusters, ..., volgens welke art. 10 een verdragsstaat niet verplicht de verdragsregeling toe te passen bij een eigen onderdaan wanneer het huwelijk verder niet (door de plaats van huwelijksvoltrekking of door de nationaliteit van de vrouw) met een medeverdragsstaat verbonden is. Nog weer anders Van Erp, Internationaal huwelijksvermogensrecht, p. 31\_33, die op grond van voorstellen die op de zesde Haagse Conferentie (1928) zijn vastgesteld om het Verdrag van 1905 aan te vullen aanneemt dat het verdrag slechts van toepassing is wanneer beide echtgenoten bij de huwelijksluiting een zelfde nationaliteit (van een verdragsstaat) hebben. In het bestreden arrest gaat het Hof kennelijk uit van de door Kusters verdedigde opvatting (zie r.o. 4.4). Uit HR 14 mei 1976, NJ 1977, 335 en HR 27 maart 1981, NJ 1981, 335 valt op te maken dat Uw Raad implicite ook deze opvatting is toegedaan. Aangezien een koerswijziging op dit punt van, met de tijd, verdwijnend recht niet opportuun lijkt, verdient het mijns inziens de voorkeur vast te houden aan de door Kusters verdedigende (beperkte) uitleg van art. 10.

3.7 *Ad b.* Dan aannemende met het Hof dat het huwelijk van partijen buiten het formele toepassingsgebied van het Verdrag van 1905 valt en dus beoordeeld dient te worden naar de op 5 maart 1970 geldende *ongeschreven* conflictregel, rijst de vraag hoe deze conflictregel toen luidde.

3.8 In de doctrine en rechtspraak ontwikkelde de ongeschreven conflictregel voor huwelijken waarbij de echtgenoten ten tijde van de huwelijksluiting niet een zelfde nationaliteit bezitten in de jaren zestig en begin zeventig van aanknopning aan de nationale wet van de man naar aanknopning van de wet van het eerste huwelijksdomicilie. Zie ... Naar heersende opvatting kan als beginpunt van deze overgangperiode worden aangemerkt 26 maart 1960, de datum waarop het echtpaar Chelouche-Van Leer in het huwelijk trad en volgens het Hof Amsterdam (NJ 1975, 459) de commune conflictregel bij gemengde huwelijken de nationale wet van de man als toepasselijk aanwees, terwijl als eindpunt de datum van het Chelouche-arrest van Uw Raad (10 december 1976) kan gelden. Waar ligt tussen deze twee data het 'omslagpunt' tussen de 'oude' en de 'nieuwe' regel?

3.9 Het is duidelijk dat dit omslagpunt niet op een jaar, laat staan op een dag nauwkeurig kan worden aangewezen. Niettemin zal de rechter, geconfronteerd met een gemengd huwelijk gesloten in de bedoelde periode, moeten beslissen of op het moment van de huwelijksluiting de oude conflictregel nog gold, dan wel reeds was verdrongen door de nieuwe regel.

3.10 Sommige schrijvers willen uit oogpunt van rechtszekerheid de overgangperiode van 1960\_1976 'wegconstrueren' door aan de nieuwe regel alsnog terugwerkende kracht te verlenen tot 1960 (vgl. ...) of aan de nieuwe regel juist strikt 'prospectieve werking' te verlenen zodat uitsluitend de na 10 december 1976 gesloten huwelijken onder de nieuwe regel vallen (vgl. ...). Hoewel aantrekkelijk in hun eenvoud kunnen deze opvattingen mijns inziens niet staande gehouden worden tegenover de uitgangspunten van het arrest van 1981.

3.11 Op 27 juni 1988 hebben de Voorzitter van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht en de Voorzitter van het Hoofdbestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap een advies inzake het internationaal huwelijksvermogensrecht en de persoonlijke gevolgen van het huwelijk aangeboden aan de Minister van Justitie (...). In de begeleidende brief d.d. 15 juni 1988 bij dit advies wordt m.b.t. de vraag welk recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van echtgenoten gehuwd tussen ca. 1960 en 10 december 1976 de aanbeveling gedaan dat de wetgever in een voor de rechter bindende verklaring het 'omslagpunt' in de tijd zal aanwijzen bij de wetgeving tot uitvoering van het Haags Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van 14 maart 1978. 'Het 'omslagpunt' in de tijd, waarna de regels van Chelouche/Van Leer zijn gaan gelden, kan, gelet op de ontwikkelingen in de jurisprudentie, naar het oordeel van het plenum worden bepaald op 1 januari 1970' (p. 3 van de brief).

3.12 Het komt mij voor dat aan deze aanbeveling, daargelaten of de wetgever daaraan gevolg zal geven, in elk geval een belangrijke aanwijzing kan worden ontleend m.b.t. de vraag op welk moment naar heersende opvatting de nieuwe regel geacht kan worden de oude regel te hebben verdrongen. Ik zou derhalve het in de brief genoemde tijdstip tot uitgangspunt willen nemen en kom dan tot de conclusie dat het Hof, zonder schending van het recht, heeft kunnen beslissen dat op 5 maart 1970, de datum waarop partijen in het huwelijk traden, de ongeschreven verwijzingsregel die verwees naar het nationale recht van de man geen geldend recht meer was.

3.13 Na deze meer algemene opmerkingen kan ik kort zijn over de in onderdeel 5 ontwikkelde klachten.

3.14 Subonderdelen 5.a en 5.e stuiten af op het onder 3.11 opgemerkte.

3.15 *Subonderdeel 5.b* strekt, naar ik begrijp, ten betoge dat het Hof Nederlands recht als de gemeenschappelijke nationale wet van partijen toepasselijk had dienen te oordelen, aangezien de vrouw `in de periode van 5 maart 1970 tot de datum in 1981 waarop zij de Nederlandse nationaliteit verwierf, onafgebroken de Nederlandse nationaliteit (heeft) kunnen verwerven door de kennisgeving bedoeld in art. 8 van de in die periode geldende wet op het Nederlanderschap' (onderdeel 4, laatste alinea). Naar mijn oordeel berust dit subonderdeel op een onjuist uitgangspunt. Blijkens HR 10 december 1976, NJ 1977, 275 (Chelouche) dient op grond van het zgn. onveranderlijkheidsbeginsel in het algemeen de voorkeur te worden gegeven `aan een ten tijde van de huwelijks-voltrekking aanwezig, aan beide echtgenoten gemene aanknopingsfactor'. Voor aanknopng aan de gemeenschappelijke nationale wet der echtgenoten is derhalve slechts plaats, indien de echtgenoten een gemeenschappelijke nationaliteit `bij het aangaan van het huwelijk bezitten of door of bij het huwelijk verwerven'. Uit deze formulering blijkt dat ook een kort na de huwelijksluiting ontstane gemeenschappelijke nationaliteit voor toepassing van de in het Chelouche-arrest geformuleerde verwijzingsregel nog mag gelden als een `ten tijde van de huwelijksvoltrekking aanwezige, aan beide echtgenoten gemene aanknopingsfactor' (vgl. HR 14 mei 1976, NJ 1977, 335; Hof Amsterdam 19 januari 1983, NIPR 1983, 190). In het licht van het onveranderlijkheidsbeginsel mag, naar ik zou menen, de speelruimte in de tijd hier echter slechts in maanden, niet in (vele) jaren worden gemeten. Vgl. ...

3.17 Subonderdeel 5.b moet derhalve falen.

3.18 *Subonderdelen 5.c en 5.d* kunnen bij gebrek aan belang geen doel treffen. Waar het Hof zonder schending van het recht heeft kunnen oordelen dat ten tijde van de huwelijksluiting van partijen de nieuwe verwijzingsregel de oude reeds als geldend recht had verdrongen, kan in het midden blijven welke factoren deze wijziging van het ongeschreven recht hebben bepaald en of toepassing van de voormalige conflictregel in het onderhavige geval al dan niet zou leiden tot ongelijke behandeling van man en vrouw.

Op grond van het bovenstaande ben ik van oordeel dat het middel in al zijn onderdelen ongegrond is en niet kan leiden tot vernietiging van het bestreden arrest."

Hoge Raad 6 december 1991 NJ 1992 669 nt. Schultsz (Sinterklaasarrest)

Overige instanties: Hof 's-Gravenhage 6 juli 1990; Rb. Rotterdam 20 maart 1989

#### *Feiten*

Nevenvordering, bij echtscheiding, tot scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap waarin partijen gehuwd zijn. Beide partijen wonen in Nederland. De man bezit de Spaanse nationaliteit, de vrouw bezit de Nederlandse nationaliteit en heeft daarnaast bij het huwelijk, dat in 1968 in Nederland is gesloten, van rechtswege de Spaanse nationaliteit verkregen. De vrouw, eiseres, stelt dat Nederlands recht van toepassing is. De man bestrijdt de vordering en eist in reconventie scheiding en deling met toepassing van Spaans recht.

De Rb. spreekt echtscheiding uit met toepassing van Nederlands recht, wijst de vordering van de vrouw tot scheiding en deling toe en wijst de reconventionele vordering van de man af. Het Hof vernietigt het vonnis van de Rb. en wijst alsnog de reconventionele vordering van de man toe, met afwijzing van de vordering van de vrouw. De vrouw tekent beroep in cassatie aan. De conclusie van de A-G strekt tot verwerping van het beroep.

#### *Overwegingen*

##### *Rb. Rotterdam*

De Rb. past op de echtscheiding Nederlands recht toe, nu de rechtskeuze voor Nederlands recht door de man niet weersproken is.

"De vraag welk recht het huwelijksvermogens-regime van partijen beheerst moet worden beantwoord aan de hand van de ten tijde van de huwelijksluiting - december 1968 - vigerende conflictenregel volgens het Nederlandse internationale privaatrecht.

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken staat - voor zover thans van belang - tussen partijen het volgende vast:

1. partijen zijn in 1968 te Rotterdam met elkander gehuwd;
2. de man had toen - en heeft ook thans - de Spaanse nationaliteit;
3. de vrouw bezat de Nederlandse nationaliteit en verkreeg door haar huwelijk ingevolge de Spaanse wetgeving op dit punt daarnaast de Spaanse nationaliteit; zij bezit derhalve thans beide nationaliteiten;
4. de man verblijft en werkt reeds sinds 1963 in Nederland; tijdens het huwelijk hebben partijen steeds in Nederland gewoond;

5. de vrouw spreekt geen Spaans; in het gezin was Nederlands de voertaal en de kinderen van partijen gingen en gaan in Nederland naar school.

De man is van oordeel dat toegepast moet worden de verwijzingsregel van art. 2 van het Haags Huwelijksgoederenverdrag 1905, op grond waarvan de nationaliteit van de man bepalend wordt geacht voor het toepasselijke huwelijksgoederenrecht, hetgeen i.c. derhalve leidt tot toepassing van het Spaanse recht.

De vrouw betwist deze stelling gemotiveerd.

De Rb. acht de stelling van de man in zijn algemeenheid onjuist omdat, zoals de man overigens erkent, Spanje in 1968 geen partij was bij voormeld verdrag.

De man stelt dat niettemin de verwijzingsregel analoge toepassing dient te vinden, aangezien deze in Nederland nog tot 1976, toen de HR het Chelouche-van Leer-arrest wees (HR 10 december 1976, NJ 1977 275) ook bij 'niet-verdragshuwelijken', zoals het onderhavige, geldend werd geacht, hetgeen de vrouw eveneens gemotiveerd betwist.

Ook deze stelling van de man acht de Rb. niet zonder meer juist. Weliswaar moet de man worden nagegeven dat uit het door de man genoemde arrest blijkt dat in ieder geval t.a.v. huwelijken, gesloten in 1960, genoemde 'verdragsregel' analoge toepassing diende te vinden, maar daar staat tegenover dat uit de jurisprudentie van met name de lagere rechtspraak blijkt dat reeds bij 'niet-verdragshuwelijken', gesloten ruim voor 1976, verwijzingsregels zijn gehanteerd die wezenlijk afwijken van bovengenoemde, op het verdrag gebaseerde regel; uit meergenoemd arrest van de HR kan derhalve niet worden afgeleid dat eerst in 1976 andere verwijzingsregels zijn gaan gelden, zoals de man stelt. Integendeel blijkt uit het arrest dat de lagere rechtspraak er reeds eerder terecht van uitging dat naar Nederlands internationaal privaatrecht inmiddels andere, ongeschreven verwijzingsregels op 'niet-verdragshuwelijken' moesten worden toegepast.

Nu uit het voorgaande volgt dat niet met zekerheid is vast te stellen welke verwijzingsregel naar Nederlands internationaal privaatrecht in 1968 gold, dient naar het oordeel van de Rb. i.c. een verwijzingsregel te worden gehanteerd, welke uitgaat van tussen partijen gemeenschappelijke aanknopingspunten en zoveel mogelijk recht doet aan het beginsel van de rechtszekerheid t.b.v. zowel beide echtgenoten als van hun eventuele crediteuren.

Dienaangaande overweegt de Rb. als volgt:

- beide echtgenoten bezaten sinds hun huwelijk de Spaanse nationaliteit; daaraan kan echter i.c. geen doorslaggevend betekenis toekomen, nu de vrouw zich gelet op de hierboven onder 3 t/m 5 vermelde vaststaande feiten terecht op het standpunt stelt dat haar effectieve nationaliteit immer de Nederlandse is geweest, zodat de nationaliteit van partijen in dit geval een onvoldoende gemeenschappelijk aanknopingspunt biedt;
- eveneens gelet op de onder 3 t/m 5 genoemde vaststaande feiten geldt voor beide partijen, ook naar derden toe, dat hun huwelijk van meet af aan vrijwel uitsluitend aanknopingspunten kende met de Nederlandse rechtsfeer.

De Rb. verklaart op grond van het voorgaande Nederlands recht van toepassing op het tussen partijen geldende huwelijksvermogensregime, hetgeen meebrengt, dat partijen - nu zij bij de huwelijksluiting geen huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt - geacht moeten worden te zijn gehuwd in algehele gemeenschap van goederen.

De Rb. acht dan ook de conventionele vordering van de vrouw om de man te veroordelen tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap naar Nederlands recht voor toewijzing vatbaar terwijl de reconventionele vordering van de man zal worden afgewezen."

*Hof 's Gravenhage*

"3. De rechtsvraag die partijen verdeeld houdt, is of het Spaanse dan wel het Nederlandse huwelijksgoederenrecht op hun huwelijksgoederenregime van toepassing is. Nu Spanje niet is toegetreden tot het Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905 en dit verdrag hier dus niet van toepassing is, dient deze vraag te worden beantwoord naar Nederlands internationaal privaatrecht. Regel is dan dat bij ontbreken van een door partijen uitgebrachte rechtskeuze, voor het antwoord op deze vraag moet worden bezien of partijen bij het aangaan van hun huwelijk dezelfde nationaliteit hadden dan wel bij of door het huwelijk verkregen, in welk geval de toepasselijke wet wordt aangewezen door hun gemeenschappelijke nationaliteit en, bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit, door de wet van hun eerste huwelijksdomicilie. Aldus de collisieregels welke de HR heeft gegeven in arrest HR 10 december 1976, NJ 1977 275 (Chelouche/van Leer).

Tot zover zijn de partijen het eens.

4. De man bepleit toepassing van Spaans recht als recht van de gemeenschappelijke nationaliteit. De vrouw voert aan dat uit het arrest HR 7 april 1989, NJ 1990 347 (Tan/Bavinck), waarin terugwerkende kracht wordt toegekend aan de verwijzingsregels van het Chelouche-arrest, niet zonder meer kan worden afgeleid dat die regels ook in de onderhavige zaak van toepassing zijn, zodat naar andere aanknopingspunten voor het toepasselijke recht moet worden gezocht en de Rb. daarbij terecht is uitgegaan van het eerste Huwelijksdomicilie. Verder is zij van mening dat, indien de verwijzingsregels van het Chelouche-arrest hier wél van toepassing zijn, haar enige werkelijke

'effectieve', nationaliteit de Nederlandse was en is, dat haar bijkomstige Spaanse nationaliteit voor het antwoord op de rechtsvraag zonder betekenis is en dat dus ook daarom Nederlands recht moet worden toegepast als recht van de gemeenschappelijke woonplaats. De Rb. volgde deze gedachtengang. Daartegen is 's mans grief gericht.

5. Gelet op de algemene bewoordingen waarmee het Tan/Bavinck-arrest aan de collisieregels van het Chelouche-arrest terugwerkende kracht toekent, acht het Hof die regels ook in het onderhavige geval van toepassing.

Dat bij hantering van de collisieregule van de gemeenschappelijke nationaliteit als aanknopingspunt voor de vaststelling van het recht dat een huwelijksgoederenregime beheerst, tevens zou moeten worden nagegaan of daarbij sprake is van 'effectieve nationaliteit' blijkt niet uit het Chelouche-arrest. Veeleer volgt het tegendeel uit het daarna gewezen arrest HR 14 mei 1976, NJ 1977 335. In het licht van deze jurisprudentie ziet het Hof dan ook geen aanleiding bij de vraag of sprake is van een gemeenschappelijke nationaliteit het realiteitsgehalte van de nationaliteit te betrekken.

6. Bijzondere redenen om de gemeenschappelijke nationaliteit van beide partijen hier buiten beschouwing te laten, zijn er niet. Aangenomen moet worden dat de partijen in 1968 niets anders mochten verwachten dan dat Spaans recht op hun huwelijksgoederenregime van toepassing zou worden en mede op die verwachting hun keuze hebben afgestemd of hebben kunnen afstemmen om al dan niet huwelijksvoorwaarden aan te gaan. In elk geval is ook niet gesteld of gebleken dat partijen op goede gronden ervan zijn uitgegaan dat het huwelijksvermogen door een ander recht werd beheerst en/of dat zij huwelijksvermogensrechtelijke voorzieningen op dat andere recht hebben afgestemd.

7. Toepassing van Spaans recht leidt in dit geval ook niet tot onredelijke uitkomsten. Het verschil met Nederlands recht is immers volgens partijen voornamelijk dat zowel de pensioenaanspraken die de man vóór het huwelijk had opgebouwd, als het in Spanje gelegen huis waarin 's mans moeder woont, naar Spaans recht buiten en naar Nederlands recht in de huwelijksgoederengemeenschap vallen. Deze gevolgen wettigen op zichzelf niet de - ook overigens niet gesteld of aannemelijk geworden - veronderstelling dat de partijen deze in 1968 niet zouden hebben willen aanvaarden.

8. De grief is dus gegrond zodat het vonnis, voorzover het beroep daartegen is gericht, dient te worden vernietigd."

#### *Hoge Raad*

"3.2. Onderdeel 1 strekt ten betoge dat de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen slechts als aanknopingspunt in aanmerking had mogen komen indien de vrouw op het tijdstip van haar huwelijk of later *vrijwillig* (dus niet, zoals in het onderhavige geval, van rechtswege door het huwelijk) de nationaliteit van de man had verkregen.

Voor dit betoog is evenwel geen steun in het recht te vinden. Zoals volgt uit het Chelouche-arrest, en ook besloten ligt in HR 14 mei 1976, NJ 1977 335, geldt de regel dat wordt aangeknoopt bij het recht van het land van de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen, óók in een geval als het onderhavige, waarin de vrouw door het aangaan van het huwelijk met de man van rechtswege de nationaliteit van haar echtgenoot heeft verworven. Die regel berust op de opvatting dat de vermogensrechtelijke betrekkingen welke tussen echtgenoten ontstaan door het aangaan van het huwelijk hen beiden gelijkelijk betreffen en dat daarmee strookt om een aanknopingsfactor te kiezen die de beide echtgenoten betreft, als hoedanig in de eerste plaats de door de gemeenschappelijke nationaliteit der echtgenoten verkregen eenheid van nationaliteit in het huwelijk in aanmerking komt. Er valt geen klemmende reden aan te wijzen om van die regel af te wijken, ook niet in het zicht van het nog niet in werking getreden Haags Verdrag van 14 maart 1978 inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijks- vermogensregime (Trb. 1988 130), welk verdrag in art. 15 een andere opvatting huldigt over hetgeen wordt beschouwd als gemeenschappelijke nationaliteit. Dit verdrag zal naar luid van art. 21 slechts van toepassing zijn op echtgenoten die, voor zover thans van belang, na inwerkingtreding van het verdrag zijn gehuwd, tenzij een verdragsluitende staat een verklaring heeft afgelegd dat hij de toepasselijkheid van het verdrag wenst uit te breiden. Blijkens het (gewijzigd) voorstel van Wet tot goedkeuring van dat verdrag (zie laatstelijk Bijl. Hand.

I 1991-1992, 21 272, nr. 45) zal Nederland een zodanige verklaring niet afleggen.

Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.3. Onderdeel 2 klaagt dat het Hof 'het beginsel van de gelijkheid tussen de echtgenoten' heeft geschonden door aan te knopen bij de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen, terwijl de vrouw de gemeenschappelijke nationaliteit niet op grond van eigen keuze maar van rechtswege heeft verkregen zonder dat zij zich daartegen kon verzetten.

Die klacht faalt.

Een verwijzingsregel als door het Hof gebezigd, die aanknopen bij de eenheid van nationaliteit van partijen binnen het huwelijk, primair de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen als aanknopingsfactor bezigt, houdt op zichzelf geen ongelijkheid van partijen in of beoogt deze ook niet, waaraan niet afdoet de wijze waarop volgens het door die regel als toepasselijk aangewezen recht door een der partijen de (gemeenschappelijke) nationaliteit is verkregen.

3.4. Onderdeel 3 behelst de klacht dat het Hof heeft verzuimd het realiteitsgehalte onderscheidenlijk de effectiviteit van de Spaanse nationaliteit van de vrouw (ten tijde van de huwelijkssluiting en/of nadien) te betrekken bij de vraag of sprake is van een gemeenschappelijke nationaliteit waaraan te dezen kan worden aangeknoopt.

Voor zover die klacht voortbouwt op de onderdelen 1 en 2 deelt zij het lot van die onderdelen.

Ook overigens faalt die klacht, omdat de voor het huwelijksvermogensrecht, mede met het oog op de belangen van derden, geldende eis van rechtszekerheid en gemakkelijke hanteerbaarheid, aan welke eis de in het Chelouche-arrest geformuleerde regels van Nederlands internationaal privaatrecht zoveel mogelijk beantwoorden, een afwijking van deze regels als door het onderdeel voorgestaan, niet gedoogt.

3.5. In r.o. 6 heeft het Hof geoordeeld dat er geen bijzondere redenen zijn om de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen in het onderhavige geval buiten beschouwing te laten. In dat verband heeft het Hof overwogen dat partijen ten tijde van de huwelijkssluiting in 1968 'niets anders mochten verwachten dan dat Spaans recht op hun huwelijksgoederenregime van toepassing zou worden en mede op die verwachting hun keuze hebben afgestemd of hebben kunnen afstemmen om al dan niet huwelijksvoorwaarden aan te gaan'. Tegen deze overweging keert zich onderdeel 4.

De in dit onderdeel vervatte rechtsklacht stuit af op het feitelijke karakter van de erdoor bestreden overweging. Het Hof gaat in op hetgeen door de man is aangevoerd en door de vrouw is bestreden. In het licht van de stukken van het geding en het daaruit blijkende partijdebat is 's Hofs oordeel niet onbegrijpelijk. De klacht dat het Hof niet door partijen aangevoerde feiten heeft bijgebracht is ongegrond. Ook voor het overige kan het onderdeel derhalve niet tot cassatie leiden."

De HR verwerpt het beroep.



## REPORTS OF THE NETHERLANDS STANDING GOVERNMENT COMMITTEE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW.

### ADVIES VAN DE STAATSCOMMISSIE VOOR HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT IN ZAKE HET GEREГИSTREERD PARTNERSCHAP, MEI 1998

#### § 1. Algemeen

Bij schrijven d.d. 16 januari 1997, kenmerk 600988/97/6 verzocht de staatssecretaris van Justitie de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht te adviseren over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel geregistreerd partnerschap. Intussen is dit wetsvoorstel als wet van 5 juli 1997 in het Staatsblad als nr. 324 opgenomen en is deze wet op 1 januari 1998 in werking getreden.<sup>1</sup> Op dezelfde datum is de Aanpassingwet geregistreerd partnerschap in werking getreden.<sup>2</sup>

Op het tijdstip dat de staatssecretaris de Staatscommissie om advies verzocht werd er reeds van uitgegaan dat wetgeving over het geregistreerd partnerschap op 1 januari 1998 in werking zou treden. Daarom zou het advies van de Staatscommissie tijdig vóór die datum uitgebracht moeten worden. Hierbij werd van de zijde van de staatssecretaris de suggestie gedaan het "advies te gieten in de vorm van beleidsregels" die in de praktijk gehanteerd kunnen worden en waarmee ervaring opgedaan zou kunnen worden. Bij de evaluatie van de wet geregistreerd partnerschap zou dan bezien kunnen worden of deze beleidsregels bijgesteld zouden moeten worden en of regelgeving wenselijk is.

Wat betreft een vreemdelingenrechtelijk aspect met Europees - rechtelijke inslag van het wetsvoorstel nl. het bezit van een geldige verblijfstitel als voorwaarde voor de toegang tot het aangaan van het geregistreerd partnerschap in Nederland is advies gevraagd aan de Commissie openstelling burgerlijk huwelijk voor twee personen van hetzelfde geslacht (de Commissie-Kortmann).<sup>3</sup> Het advies van de Commissie-Kortmann over evengenoemd onderwerp is inmiddels uitgebracht op 14 mei 1997, gepubliceerd als bijlage bij Kamerstukken I 1996-1997, 23.761, nr. 157d. Deze Commissie komt tot de slotsom dat de toegangsvoorwaarde voor het in Nederland aangaan van een geregistreerd partnerschap, namelijk het bezit van een geldige verblijfstitel, in het licht van het streven om schijnregistraties tegen te gaan, een te zwaar middel is. Om de gelijkstelling van het huwelijk met geregistreerd partnerschap zo nauw mogelijk te laten zijn beveelt de Commissie-Kortmann dan ook aan voor de toelating tot het aangaan van geregistreerd partnerschap dezelfde regeling als voor het huwelijk te treffen. De Staatscommissie stemt daarmee geheel in.

Op 18 januari 1997 heeft de Staatscommissie een subcommissie ingesteld om het advies over het geregistreerd partnerschap voor te bereiden. De subcommissie bestaat uit: prof. mr H.U. Jessurun d'Oliveira (voorzitter), mr F.A.A. Duynstee, mr I.S. Joppe, mr R. Kotting en prof. mr L. Strikwerda (leden), mr D. van Iterson (adviserend lid) en mr M.J.

---

Besluit van 17 december 1997, Stb. 661.

Wet van 17 december 1997 tot aanpassing van wetgeving aan de invoering van het geregistreerd partnerschap in Boek 1 van het Burgerlijk Wet passingswet geregistreerd partnerschap), Stb. 660. Voor de inwerkingtreding, zie het besluit van 19 december 1997, Stb. 746.

Zie hieromtrent ook: Jessurun d'Oliveira, NJB 1995, p. 1566-1570; TK 22 700 nr. 8, dd. 12 februari 1996 (Leefvormen).

de Rooij (secretaris). Zij heeft twaalf keer vergaderd en de uitkomst aan het plenum van de Staatscommissie aangeboden eind januari 1998.

## § 2. Werkwijze

De Staatscommissie heeft zich afgevraagd of het, zoals gesuggereerd door de staatssecretaris, wenselijk is een regeling te treffen in de vorm van beleidsregels. Zij is eenstemmig van oordeel dat dit niet raadzaam is. Niet alleen de administratie, maar ook andere actoren zoals de rechterlijke macht, het notariaat, de advocatuur en de burger in het algemeen hebben te maken met de internationale dimensie van het geregistreerd partnerschap. De Staatscommissie meent dat uniformiteit in de behandeling van internationale gevallen zo spoedig mogelijk dient te worden bereikt. Dat zou niet het geval zijn indien de totstandkoming van wetgeving zou worden uitgesteld. Bovendien is de rechter niet aan beleidsregels gebonden, met name niet als het gaat om het funderen van internationale bevoegdheid. Het effect dat het buitenland, en met name buitenlandse autoriteiten, zullen toekennen aan beleidsregels is twijfelachtig, en zeker minder dan dat van wetgeving. Ook wordt het onderwerp, zoals hieronder wordt uiteengezet, beheerst door de bepalingen van een aantal verdragen. Het opstellen van inhoudelijk identieke beleidsregels zou hier misleidend kunnen werken ten aanzien van de status van deze regels.

Om deze redenen heeft de Staatscommissie besloten met klem te adviseren tot reguliere wetgeving. Het advies is dan ook gegoten in de vorm van een wetsvoorstel met toelichting. De Staatscommissie is er zich overigens van bewust, dat regels van internationaal privaatrecht op dit vrijwel onontgonnen terrein een enigszins experimenteel karakter dragen. De bepalingen moeten in de praktijk hun deugdelijkheid bewijzen, en zo nodig aangepast en bijgesteld worden. Dit geldt intussen evenzeer voor de materiële regeling van het geregistreerd partnerschap. Naar de Staatscommissie heeft begrepen ligt het in het voornemen van de regering om na een aantal jaren op grond van een evaluatie tot noodzakelijke aanpassingen over te gaan. Het ligt in de rede omstreeks dezelfde tijd de regeling van de internationale aspecten aan zo'n evaluatie te onderwerpen, en tot eventuele wijzigingen te besluiten.

Een en ander neemt niet weg dat in de periode tussen de invoering van het geregistreerd partnerschap in het materiële recht op 1 januari 1998 en de inwerkingtreding van wetgeving over de internationaal-privaatrechtelijke aspecten van het geregistreerd partnerschap van het advies van de Staatscommissie een zekere anticiperende werking kan uitgaan.

De werkzaamheden van de Staatscommissie zijn in de loop van 1997 beïnvloed door de verwachting dat zich weldra ontwikkelingen zullen voordoen op het gebied van de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht. Op 28 oktober 1997 heeft de Commissie-Kortmann hierover advies uitgebracht. Het advies beveelt in meerderheid de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht aan, onder gelijktijdige afschaffing van de regeling van het geregistreerd partnerschap. Een minderheid stelt zich daarentegen op het standpunt dat niet moet worden gekozen voor de openstelling van het huwelijk, en dat volstaan kan worden met handhaving van de huidige rechtsvormen van het huwelijk voor personen van verschillend geslacht en daarnaast het geregistreerd partnerschap. Wel wenst de Commissie-Kortmann een regeling die (beter) voorziet in de bescherming van kinderen die worden verzorgd en opgevoed door twee personen van hetzelfde geslacht. [De regering heeft aangekondigd zo mogelijk voor het einde van het jaar 1997 op het advies te reageren en een standpunt te bepalen.]

Nadat het advies van de Commissie-Kortmann was uitgebracht is de vraag gerezen of het zinvol was om door te gaan met het voorbereiden van het onderhavige advies. In een zeker stadium leek het niet denkbeeldig dat de Wet 5 van juli

1997 nimmer in werking zou treden en dat in de plaats daarvan stappen zouden worden gezet tot invoering van een regeling als voorgesteld door de Commissie-Kortmann. De invoering van de wetgeving over het geregistreerd partnerschap is echter doorgezet. Het is te voorzien dat, indien alsnog tot openstelling van het huwelijk wordt besloten, er enige tijd overheen zal gaan voordat een dergelijke regeling tot stand zal zijn gebracht. De Staatscommissie heeft het derhalve nuttig gevonden haar werkzaamheden overeenkomstig de adviesaanvraag voort te zetten, teneinde te voorzien in de behoefte aan regelgeving voor internationale gevallen die is ontstaan vanaf de inwerkingtreding van de wetgeving over het geregistreerd partnerschap op 1 januari 1998.

De Staatscommissie is bij het ontwikkelen van bepalingen ervan uitgegaan dat de door haar voorgestane regeling van het conflict en recht voorlopig een plaats zal vinden in een nieuwe, afzonderlijke wettelijke regeling. Dit neemt niet weg dat deze bepalingen, samen met de bepalingen van de andere wetten conflict en recht, in de toekomst een plaats dienen te vinden in de beoogde integrale codificatie van het internationaal privaatrecht.

Inmiddels heeft het kabinet bij brief d.d. 6 februari 1998, nr. 680317/98/6 zijn standpunt over de voorstellen van de Commissie-Kortmann vastgelegd. Het kiest ervoor het instituut 'geregistreerd partnerschap' zich verder te laten ontwikkelen en geen openstelling van het huwelijk voor te stellen. Wat betreft de intergenerationele effecten van het geregistreerd partnerschap stelt het kabinet zich voor een wetsvoorstel in te dienen om adopties door personen van hetzelfde geslacht onder zekere voorwaarden mogelijk te maken, en voorts om ruimte te maken voor wijziging in de recent tot stand gekomen regelgeving inzake het gezamenlijk gezag. Ook zal een wetsvoorstel worden voorbereid tot aanpassing van het nieuwe erfrecht in verband met het verbinden van erfrechtelijke consequenties aan het gezamenlijke gezag van een ouder en zijn partner en aan de gezamenlijke voogdij. De Staatscommissie zal mogelijk geroepen zijn om ook over de ipr-aspecten van deze wetgeving advies te geven, maar wenst daarop thans niet vooruit te lopen.

Op 2 april 1998 nam de Tweede Kamer opnieuw een motie aan om te bevorderen dat het burgerlijk huwelijk ook voor homoseksuelen wordt opengesteld en wel voor 1 januari 1999. De regering heeft verklaard hier aan in de lopende kabinetsperiode geen gevolg te zullen geven. Vooralsnog gaat de Staatscommissie ervan uit dat de voorbereiding van wetgeving over de internationale aspecten van het geregistreerd partnerschap doorgang zal vinden.

### § 3. Overwegingen ontleend aan de rechtsvergelijking

Het instituut van het geregistreerd partnerschap is internationaal nog niet wijd verbreid, zoals het huwelijk dat wel is. Bovendien zijn de verschijningsvormen van het geregistreerd partnerschap niet in alle opzichten identiek, en voorts komen daarnaast allerlei vormen voor van toekenning van rechten en verplichtingen aan buiten huwelijk samenlevende partners, zonder dat deze erkenning even diep grijpt als bij het geregistreerd partnerschap.

Een belangrijk verschil tussen de Nederlandse variant en de verschillende Scandinavische stelsels<sup>4</sup> van geregistreerd partnerschap is gelegen in de omstandigheid dat deze laatste alleen betrekking hebben op personen van hetzelfde geslacht, terwijl het Nederlandse instituut ook openstaat voor degenen voor wie ook het huwelijk beschikbaar is.

---

De Deense wet over het geregistreerd partnerschap dateert van 1 juni 1989, de Noorse wet van 30 april 1993, de Zweedse wet van 25 juni 1994 (in werking per 1 januari 1995), de IJslandse erkende partnerschapswet dateert van 4 juni 1996 (in werking sedert 24 juni 1996); in Finland wordt een soortgevoorbereid. Zie L. Schutte-Heide Jørgensen, *Ars Aequi* 46 (1997) p. 86-92. Zie ook S. Grib, *Die gleichgeschlechtliche Partnerschaft im nordischen Recht*, *Ars Una* (1996).

In België, Frankrijk en Portugal<sup>5</sup> zijn wetsontwerpen aanhangig die niet zo ver gaan als het geregistreerd partnerschap, maar die wel zekere familierechtelijke gevolgen verbinden aan de registratie van een ‘contrat de vie commune’ (België), een ‘contrat d’union sociale’ (Frankrijk), of aan het openlijk als in een huwelijk samenleven gedurende tenminste twee jaar (Portugal). Deze regelingen beperken zich soms tot partners van verschillend geslacht.

De in het onderhavige advies ontwikkelde regels beogen het geregistreerd partnerschap zoals dit in Nederland en de Scandinavische staten bestaat te regelen. Het is deze rechtsfiguur die het voorwerp vormt van de in dit advies ontworpen regeling. Het gaat telkens om regelingen die voor partners, al dan niet van hetzelfde geslacht, rechten en plichten toekennen die gelijk zijn aan of in sterke mate georiënteerd zijn op die van echtgenoten. Deze rechten en plichten vloeien voort uit de wet; het accent ligt hierbij op de ‘Standesfolge’.

Voor zover er sprake is in deze wetten en wetsvoorstellen van een regeling van de internationale dimensie, is deze in het algemeen betrekkelijk globaal en summier. Dit geldt zowel voor de regeling van de toegang van buitenlanders tot het geregistreerd partnerschap als voor internationaal privaatrechtelijke vraagstukken. De Nederlandse wetgeving bevat een aantal voorschriften van internationaal privaatrechtelijke aard in art. 1:80a BW. Bij de toelichting op individuele bepalingen van internationaal privaatrecht zal op sommige regels in deze buitenlandse stelsels worden teruggekomen. Hoewel dus de in dit advies voorgestelde regels het geregistreerd partnerschap zoals dat in Nederland en de Scandinavische landen is ontwikkeld tot object hebben, kunnen zij mogelijk ook bij analogie dienst doen bij toepassing op regelingen met minder sterke gevolgen, die meer in de contractuele sfeer liggen.

#### § 4. Uitgangspunten van het voorstel

De belangrijkste uitgangspunten van het voorstel zijn de volgende.

In de eerste plaats is als richtsnoer aangenomen dat het streven van de wetgever om in het interne recht het geregistreerd partnerschap zoveel mogelijk op één lijn te stellen met het huwelijk (afgezien van de afstammingsaspecten) door zou moeten werken in de internationale sfeer, voorzover de zeldzaamheid van het instituut niet tot speciale voorzieningen zou dwingen of deze bijzonder wenselijk zouden maken.

Hiermee is, in de tweede plaats, al een volgend uitgangspunt geïntroduceerd. De omstandigheid dat het instituut van het geregistreerd partnerschap en soortgelijke rechtsfiguren internationaal nog geen wijde verbreiding hebben gevonden, maakt het onmogelijk om de analogie met de IPR-regels betreffende het huwelijk in volle omvang te handhaven. Dit geldt meer in het bijzonder in het internationale bevoegdheidsrecht, maar ook in het materiële internationaal privaatrecht leidt de relatieve zeldzaamheid van het instituut tot het aanbrengen van zekere afwijkingen ten opzichte van de regelgeving voor het huwelijk.

Een van de, meest in het oog lopende, afwijkingen - dit in de derde plaats - betreft de eenzijdigheid van de meeste hier voorgestelde normen. Ten aanzien van een aantal onderwerpen bevat het voorstel geen alzijdige conflictregels, maar beperkt het zich tot het ontwikkelen van eenzijdige regels die aangeven in welke gevallen Nederlands intern recht toepasselijk is op geregistreerde partnerschappen die in Nederland zijn aangegaan. De keuze voor deze aanpak is uiteraard een gevolg van de overweging dat alzijdige verwijzingsregels op het terrein van het geregistreerd partnerschap

---

Zie Geraldo da Cruz Almeida, *A Uniao de facto em direito internacional privado*, z.j.

in een juridisch luchtledig terecht zouden komen in al die gevallen dat zo'n conflictregel zou verwijzen naar een rechtsstelsel dat het geregistreerd partnerschap of verwante rechtsfiguren niet kent. Moeizame aanpassing van regels omtrent het huwelijk of "unions libres", of het te baat nemen van subsidiaire verwijzingsregels komen de Staatscommissie als minder wenselijke exercities voor. Niets belet overigens om op den duur tot meerzijdige conflictregels te komen al naar gelang de ontwikkeling en verbreiding van het rechtsinstituut van het geregistreerd partnerschap dit wenselijk maakt.

De keuze voor eenzijdige verwijzingsregels levert de bekende problemen op in de gevallen dat het Nederlandse recht zichzelf niet toepasselijk verklaart, met name ook in de sfeer van de erkenning van in het buitenland aangegane geregistreerde partnerschappen en de vaststelling van het recht dat de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen beheerst. Gekozen is voor een oplossing die ook voor het in het buitenland aangegane geregistreerd partnerschap te rade gaat bij de *lex loci celebrationis*, met inbegrip van het daar ontwikkelde internationaal privaatrecht. In het algemeen worden de belangen van de geregistreerde partners in een elders aangegaan geregistreerd partnerschap het beste gediend door bij het stelsel van de *lex loci celebrationis* aan te sluiten, onder meer omdat hun verwachtingen geacht mogen worden bij dat rechtsstelsel aan te sluiten. Verdragen, met hun doorgaans meerzijdige verwijzingsregels, kunnen een afwijking van dit uitgangspunt opleveren. In dit voorstel is dus gekozen voor een gescheiden behandeling van in Nederland aangegane geregistreerde partnerschappen enerzijds en van in het buitenland aangegane geregistreerde partnerschappen anderzijds. In de vierde plaats is gestreefd naar beperking tot hoofdlijnen, gegeven de omstandigheid dat het hier nieuw terrein betreft waarmee ervaring moet worden opgedaan. Het voornemen van de regering om over enige jaren een evaluatie van het reilen en zeilen van de nieuwe rechtsfiguur te laten plaatsvinden, heeft de voorkeur van de Staatscommissie om niet al te zeer in details af te dalen versterkt. Waar verdragen de materie beheersen of analoge toepassing wenselijk voorkwam, zoals voor het partnerschapsvermogensregime, was dit niet altijd mogelijk; vandaar een zekere variatiebreedte van penetratie en regeldichtheid van het voorstel.

Tenslotte is zoveel mogelijk rekening gehouden met op stapel gezette regelgeving voorzover die voor het geregistreerd partnerschap van betekenis is. Een zekere bijstelling met het oog op de voortgang van wetgeving op terreinen die van invloed zijn op de onderhavige regeling zal noodzakelijk kunnen blijken. Zo wijst de Staatscommissie op het rapport van de Commissie rechten en plichten van echtgenoten, dat aanbeveelt om wijzigingen aan te brengen in de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 BW,<sup>6</sup> en op het kabinetsstandpunt ten opzichte van de voorstellen van de Commissie-Kortmann.<sup>7</sup>

#### § 5. Nadere beschouwing over de behoefte aan regelgeving

Regels van internationaal privaatrecht worden gewoonlijk onderscheiden in conflict- of verwijzingsregels, regels over internationale bevoegdheid en regels over de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen van een vreemde rechter. Hieronder zal eerst worden nagegaan in hoeverre voor ieder van deze drie categorieën een noodzaak bestaat voor het

---

Rapport Commissie rechten en plichten van echtgenoten, Ministerie van Justitie, december 1997.

Hiervoor aan het slot van § 2.

opstellen van nieuwe of aanvullende wetsbepalingen. De opgenomen bepalingen zullen afzonderlijk worden besproken in § 7 van dit advies.

### *I. conflictregels*

Naar Nederlands intern recht leidt het aangaan van een geregistreerd partnerschap tot een aantal rechtsgevolgen. Zo volgt uit de Wet van 5 juli 1997 dat het aangaan van een geregistreerd partnerschap gevolgen heeft voor onder meer de tussen geregistreerde partners geldende persoonlijke betrekkingen ('mit Standesfolge'), het vermogen van een geregistreerd partnerschap en de alimentatieplicht tussen geregistreerde partners. Volgens de Aanpassingswet geregistreerd partnerschap heeft het geregistreerd partnerschap ook gevolgen voor het erfrecht.<sup>8</sup> Nu is Nederland partij bij een aantal verdragen dat conflictregels geeft over sommige van deze onderwerpen. Bij het opstellen van de conflictregels voor de rechtsgevolgen van het geregistreerd partnerschap is derhalve steeds nagegaan in hoeverre deze verdragen ook rechtstreeks op een van de mogelijke rechtsgevolgen van het geregistreerd partnerschap van toepassing zijn.

#### *A. Alimentatie*

De Staatscommissie is van mening dat het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973, Trb. 1974, 86, rechtstreeks van toepassing is op de alimentatieverplichtingen tussen geregistreerde partners gedurende het geregistreerd partnerschap en na de beëindiging van het geregistreerd partnerschap. Vervolgens heeft de Staatscommissie overwogen in hoeverre het dan nog noodzakelijk zou zijn een verwijzing naar dit verdrag op te nemen in het voorstel. Zij beveelt aan om bepalingen op te nemen die verwijzen naar het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973. Voor een motivering waarom dit verdrag door de Staatscommissie van toepassing wordt geacht op de alimentatieverplichtingen tussen de geregistreerde partners onderling en waarom het bovendien noodzakelijk werd geacht een expliciete verwijzing op te nemen in het voorstel wordt verwezen naar de hieronder gegeven toelichting bij deze artikelen.

#### *B. Erfrecht*

De Staatscommissie is van mening dat de Wet conflictenrecht erfrecht, die voor Nederland werking verleent aan de verwijzingsregels van het nog niet in werking getreden Haagse Erfrechtverdrag 1989, Trb. 1994, 168, van toepassing is wanneer het recht dat van toepassing is op de erfopvolging van een geregistreerde partner dient te worden vastgesteld. Zij ziet echter geen noodzaak om een expliciete verwijzing als voorgesteld voor het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973 eveneens op te nemen voor de Wet conflictenrecht erfrecht. De reden om geen bepaling op te nemen die verwijst naar de Wet conflictenrecht erfrecht is erin gelegen dat de door deze wet bestreken materie is gericht op het individu. Bij de vaststelling van het op de erfopvolging toepasselijke recht overeenkomstig de verwijzingsregels van het Haagse Erfrechtverdrag is de burgerlijke staat van de erflater van geen belang. Op geen enkele wijze wordt in de

---

Zie Aanpassingswet geregistreerd partnerschap, Hoofdstuk 6, art 1.D., dat voorziet in een nieuw art. 4:879a BW: "In dit boek worden met echtgen (gesteld geregistreerde partners."

verwijzingsregels van het Haagse Erfrechtverdrag onderscheid gemaakt naar gelang sprake is van gehuwden of van daarmee gelijk te stellen personen.

Overigens heeft de toepasselijkheid van de verwijzingsregels van het Haagse Erfrechtverdrag belangrijke praktische consequenties. De objectieve verwijzingsregels van het verdrag kunnen leiden tot de toepasselijkheid van een rechtsstelsel dat (een vorm van) het geregistreerd partnerschap niet kent. Dit zal naar verwachting voor de erfopvolging tussen geregistreerde partners in ieder geval tot complicaties leiden wanneer geen testament is opgemaakt. Het lijkt immers waarschijnlijk dat wanneer het verdrag verwijst naar het recht van een land dat het geregistreerd partnerschap niet kent, het aangewezen ab-intestaat erfrecht in de regel niet de mogelijkheid zal bieden dat iemand op basis van zijn staat als geregistreerd partner aanspraak kan maken op (een gedeelte van) een nalatenschap.

De vraag kan worden opgeworpen of de onbekendheid van de status van de langstlevende geregistreerde partner in het (ab-intestaat) erfrecht van het aangewezen recht, in het geval dat het aangewezen (ab-intestaat) erfrecht wel gevolgen verbindt aan de status van de langstlevende echtgenoot, in strijd kan worden geacht met de Nederlandse internationale openbare orde, die discriminatie op dit punt verbiedt.

Sommige Scandinavische stelsels geven er de voorkeur aan binnen het toepasselijke recht een aanpassingsoperatie te voltrekken: de bepalingen over de overlevende echtgenoot worden dan toegepast op de overlevende partner.<sup>9</sup> Hoewel deze strategie de grondgedachte van het instituut van het geregistreerd partnerschap - stelselmatige gelijkstelling met het huwelijk - naderbij brengt, kan toch van een zekere denaturatie van het als toepasselijk aangewezen recht sprake zijn als dit het geregistreerd partnerschap niet kent. Het aanpassingsmodel, hoe aantrekkelijk ook, heeft zijn prijs.

Dergelijke complicaties beperken zich onder de vigeur van de objectieve verwijzingsregels van het Haagse Erfrechtverdrag niet tot gevallen waarin sprake is van een erflater met een buitenlandse nationaliteit. Wanneer bij voorbeeld een Nederlandse geregistreerde partner zich buiten Nederland vestigt, kan na verloop van tijd het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats de vererving gaan beheersen. Volgens de objectieve verwijzingsregels van het Haagse Erfrechtverdrag beheerst in de regel het recht van het land van de gewone verblijfplaats de erfopvolging, wanneer voorafgaand aan zijn overlijden de erflater ten minste vijf jaar in dat land verbleef (zie art. 3 lid 2 Haags Erfrechtverdrag).

Er zijn enkele manieren om deze ongewenste complicaties in de praktijk zo veel mogelijk te voorkomen. Zo bestaat volgens het Haagse Erfrechtverdrag in een aantal gevallen de mogelijkheid om een rechtskeuze uit te brengen voor het Nederlandse recht. De aanwijzing van het Nederlandse recht op de vererving van de nalatenschap heeft alleen gevolg indien de erflater op het tijdstip van de aanwijzing of ten tijde van zijn overlijden de Nederlandse nationaliteit bezit of in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 5 lid 1 Haags Erfrechtverdrag). Het maken van een dergelijke rechtskeuze kan, maar hoeft niet, gepaard te gaan met het maken van een materiële dispositie omtrent de nalatenschap, al dient naar de vorm een keuze voor het Nederlandse recht te geschieden bij testament (art. 5 lid 2 Haags Erfrechtverdrag). Een geregistreerde partner die de Nederlandse nationaliteit bezit kan derhalve altijd een rechtskeuze

---

Vgl. Bogdan, IPR-Aspekte der schwedischen Eingetragenen Partnerschaft für Homosexuelle, IPRax 1995, p. 57: 'Ist nach schwedischem ielsweise das Erbrecht eines Partners nach ausländischem Recht zu beurteilen und enthält dieses ausländische Recht keine einschlägigen Rechtsvorschriften, soll das Erbrecht des Partners, soll das schwedische Gericht nach Erläuterungen in den Vorarbeiten zum Partnerschaftsgesetz die Vorschriften der ausländischen Rechtsordnung über das Ehegattenerbrecht heranziehen.'

uitbrengen voor de toepasselijkheid van het Nederlandse erfrecht. Een geregistreerde partner die een vreemde nationaliteit bezit kan een rechtskeuze uitbrengen voor het Nederlandse recht indien hij in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft.

Indien de nalatenschap in het buitenland openvalt, bestaat geen waterdichte garantie dat de rechtskeuze voor het Nederlandse recht, al dan niet gepaard met het maken van een materiële dispositie omtrent de nalatenschap, het door de erflater gewenste resultaat oplevert. Wanneer alleen een rechtskeuze is uitgebracht voor het Nederlandse (ab-intestaat) erfrecht is het afhankelijk van het internationaal privaatrecht van de beroepen buitenlandse autoriteit of aan deze rechtskeuze gevolg wordt toegekend. Wanneer, zoals dikwijls het geval zal zijn, naast de rechtskeuze voor het Nederlandse recht tevens een materiële dispositie omtrent de nalatenschap is gemaakt, kan in beginsel langs twee wegen het door de materiële dispositie beoogde gevolg worden bereikt. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat het internationaal privaatrecht van de beroepen autoriteit de rechtskeuze toestaat en daarmee ook de naar Nederlands recht opgestelde dispositie geldig acht. Ten tweede bestaat de mogelijkheid dat het internationaal privaatrecht van de beroepen autoriteit de rechtskeuze voor het Nederlandse recht geen gevolg toekent, doch dat het recht dat volgens dit internationaal privaatrecht objectief van toepassing is, de in het testament voorziene materiële dispositie toelaat. In bepaalde gevallen zal een rechtskeuze voor het Nederlandse recht (of voor een ander rechtssstelsel dat het geregistreerd partnerschap kent) niet mogelijk zijn. Ook is denkbaar dat een testament is gemaakt doch dat daarin geen rechtskeuze is opgenomen. In deze gevallen zal het afhangen van het recht dat volgens de beroepen autoriteit (in Nederland of daarbuiten) van toepassing is op de vererving in hoeverre het testament nog kan worden aangetast door derden.

Voor een deel zijn de hiervoor geschetste mogelijke problemen toe te schrijven aan het gegeven dat op dit moment de verwijzingsregels van het Haagse Erfrechtverdrag alleen in Nederland worden toegepast. Echter ook de onbekendheid van het geregistreerd partnerschap in veel andere rechtssstelsels maakt dat in internationale gevallen meer onduidelijkheid bestaat over de erfopvolging tussen geregistreerde partners dan tussen echtgenoten. Het verdient naar de mening van de Staatscommissie aanbeveling dat partners voorafgaand aan het aangaan van een geregistreerd partnerschap wordt gewezen op deze complicaties en dat zij worden voorgelicht over de mogelijkheden om deze door een, al of niet met rechtskeuze gepaard gaande, materieelrechtelijke regeling van hun vererving, zo veel mogelijk te vermijden.

### *C. Huwelijk*

De regels van het Haagse Huwelijksverdrag, 14 maart 1978, Trb. 1987, 137, en van de op dit verdrag gebaseerde Wet conflictenrecht huwelijk zijn niet van toepassing op de voltrekking van een geregistreerd partnerschap in Nederland en de erkenning van de rechtsgeldigheid van een geregistreerd partnerschap dat is aangegaan buiten Nederland. Bij het opstellen van een regeling voor het geregistreerd partnerschap is niettemin op grond van het algemene uitgangspunt om de gelijkstelling met het huwelijk zoveel mogelijk te handhaven, aansluiting gezocht bij de hiervoor genoemde regelingen.

### *D. Huwelijksvermogensrecht*



Het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978, Trb. 1988, 130, beperkt zich blijkens art. 1 van dit verdrag tot het huwelijksvermogensregime en gaat er in een groot aantal bepalingen dan ook van uit dat een huwelijk is gesloten (vgl. onder meer de artt. 3, 4, en 6 t/m 13 van het verdrag). In het Nederlandse materiële recht bestaat echter geen verschil tussen het vermogensrecht voor het geregistreerd partnerschap en voor het huwelijk (zie art. 1:80b BW). Om die reden is bij het opstellen van conflictregels voor het vermogensregime van geregistreerde partners steeds nagegaan in hoeverre de regels van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag (en van de met dit verdrag nauw samenhangende Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime, Stb. 1991, 628) overeenkomstig kunnen worden toegepast. De Staatscommissie wijst op de behoefte aan voorlichting aan het publiek, die met name op dit terrein zal bestaan.

#### *E. Pensioenverevening*

De Staatscommissie heeft op 6 april 1998 aan de minister van Justitie advies uitgebracht over de conflictenrechtelijke aspecten van de vraag of een echtgenoot bij echtscheiding recht heeft op een gedeelte van de door de andere echtgenoot opgebouwde pensioenrechten. Gezien de gewenste parallelle behandeling met het huwelijk is de Staatscommissie nagegaan in hoeverre de door dit advies voorgestane regeling kon worden overgenomen voor het geregistreerd partnerschap.

#### *F. Persoonlijke betrekkingen tussen partners en ontbinding van het partnerschap*

Het voorstel bevat voorts eenzijdige conflictregels voor de persoonlijke betrekkingen tussen geregistreerde partners en de ontbinding van het geregistreerd partnerschap. Voor deze onderwerpen is niet sprake van verdragen of wetgeving die rechtstreeks van toepassing zijn. Bij het opstellen van conflictregels voor de persoonlijke betrekkingen tussen partners en voor de beëindiging van het geregistreerd partnerschap heeft de Staatscommissie echter zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de verwijzingsregels van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen, Stb. 1993, 514, en van de Wet conflictenrecht echtscheiding, Stb. 1981, 166.

#### *G. Namenrecht*

De Staatscommissie heeft voorts stilgestaan bij de vraag of de bepalingen van de Wet conflictenrecht namen onverkort kunnen worden toegepast bij vaststelling van het recht dat van toepassing is op de naam van de geregistreerde partners. De Staatscommissie heeft gemeend dat het opstellen van afzonderlijke conflictregels overbodig is. Wel kan er een probleem van aanpassing ontstaan indien het door de regels van de Wet conflictenrecht namen aangewezen interne recht bijzondere bepalingen kent voor de naam van gehuwden.

De Staatscommissie wijst erop dat de voorgestane wetgeving niet verhindert dat de positie van het geregistreerd partnerschap in internationaal opzicht onduidelijker is dan die van het huwelijk. In potentie kan ieder geregistreerd partnerschap op enig moment een internationaal geval worden. Ook indien een geregistreerd partnerschap wordt gesloten tussen in Nederland woonachtige Nederlanders, zullen deze partners bij een later vertrek naar het buitenland met internationale aspecten worden geconfronteerd. De Staatscommissie meent dan ook dat het raadzaam is dat voorafgaand aan het aangaan van het geregistreerd partnerschap de partners hierop wordt gewezen. Voorlichting zou

kunnen plaatsvinden door middel van een brochure die de aanstaande partners hierover beknopt voorlicht. Deze zou door de abs kunnen worden uitgereikt op het moment van aangifte (art. 1:80a lid 6 BW).

## *II. Internationale bevoegdheid*

In het voorstel zijn bepalingen opgenomen over de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Bij het opstellen van deze regels heeft de Staatscommissie zich eerst afgevraagd in hoeverre voor Nederland in werking getreden verdragen van toepassing kunnen zijn wanneer de internationale bevoegdheid dient te worden vastgesteld in een rechterlijke procedure die betrekking heeft op (de gevolgen van) het in Nederland of daarbuiten aangegane geregistreerd partnerschap. Vervolgens is nagegaan in hoeverre regels over internationale bevoegdheid van nationale oorsprong dienen te worden aangepast.

### *Verdragen*

Naar de mening van de Staatscommissie kan slechts voor alimentatiegeschillen tussen de (gewezen) geregistreerde partners worden aangenomen dat de internationale bevoegdheid rechtstreeks kan worden ontleend aan verdragen, het EEX en het EVEX. Art. 1 van het EEX/EVEX sluit toepassing van het verdrag op bepaalde onderwerpen van het personen- en familierecht uit, maar noemt daarbij niet de alimentatie. Deze verdragen kennen bovendien een regel voor de internationale bevoegdheid over alimentatievorderingen in art. 5 sub 2, dat onder meer bevoegd verklaart de rechter van de woonplaats of gewone verblijfplaats van de alimentatiecrediteur. Op grond van deze bepaling wordt algemeen aangenomen dat de internationale bevoegdheid over alimentatievorderingen tussen echtgenoten en jegens familieleden behoort tot de door deze verdragen bestreken onderwerpen. Nu zou men nochtans de vraag kunnen opwerpen of de in het recht van de meeste verdragsstaten bij het EEX of EVEX onbekende alimentatieverplichtingen tussen (gewezen) geregistreerde partners wel kunnen worden gerekend tot de 'alimentatie' genoemd in art. 5 sub 2 EEX/EVEX. Hier is sprake van een vraag van uitleg, die, voor wat betreft het EEX, slechts definitief kan worden beantwoord na een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Het eventuele oordeel dat art. 5 sub 2 EEX niet van toepassing is op alimentatieverplichtingen tussen (gewezen) geregistreerde partners, lijkt echter niet af te kunnen doen aan de toepasselijkheid van de andere bevoegdheidsregels van het EEX/EVEX, meer in het bijzonder art. 2 EEX/EVEX. Wanneer de alimentatievordering tussen geregistreerde partners niet valt onder art. 5 sub 2 EEX/EVEX, lijkt nog steeds verdedigbaar dat wel sprake is van een onderwerp dat niet wordt uitgesloten door art. 1 EEX/EVEX, zodat de internationale bevoegdheid kan worden vastgesteld aan de hand van onder meer art. 2 EEX/EVEX.

### *Nationale regels*

Van de bepalingen in de Nederlandse wetgeving die rechtstreeks regels geven over de internationale bevoegdheid kan in dit verband met name worden gewezen op art. 814 Rv. Dit artikel geeft een regel over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in scheidingszaken. Naar de mening van de Staatscommissie dient in de Nederlandse wetgeving ook een bepaling over de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter tot het ontbinden van een geregistreerd partnerschap te worden opgenomen.

Voor het overige zijn voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de onderhavige materie (vooralsnog) alleen de commune regels van belang, die uitgaan van het adagium ‘distributie bepaalt attributie’. Volgens de Staatscommissie is het vanuit het oogpunt van de internationale bevoegdheid niet noodzakelijk de huidige distributieve bepalingen aan te passen voor het geregistreerd partnerschap.

### *III. Erkenning van buitenlandse uitspraken*

#### *Alimentatie*

Hierboven is het standpunt ingenomen dat het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973 van toepassing is op de alimentatieverplichtingen tussen geregistreerde partners. Aangezien het materiële toepassingsgebied van het Haagse Alimentatie-Executieverdrag, 2 oktober 1973, Trb. 1974, 85, gelijk is aan dat van het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) zullen in andere verdragsluitende staten gegeven beslissingen die betrekking hebben op alimentatieverplichtingen tussen geregistreerde partners op grond van het Alimentatie-Executieverdrag in Nederland worden erkend. Een afzonderlijke bepaling hiervoor heeft niet in het wetsvoorstel te worden opgenomen. Voor wat betreft de internationale bevoegdheid is hierboven reeds het standpunt ingenomen dat het EEX en het EVEX van toepassing zijn op alimentatievorderingen tussen geregistreerde partners. Dit standpunt brengt met zich mee dat deze verdragen dan eveneens van toepassing worden geacht op de erkenning en tenuitvoerlegging van in de aangesloten staten gegeven rechterlijke beslissingen over deze materie.

#### *Ontbinding van het geregistreerd partnerschap*

De erkenning van een in het buitenland uitgesproken echtscheiding of scheiding van tafel en bed wordt geregeld door de Wet conflictenrecht echtscheiding, die is gebaseerd op het Haagse Echtscheidingsverdrag, 1 juni 1970, Trb. 1979, 131, en het Verdrag van Luxemburg inzake de erkenning van beslissingen inzake de huwelijksband, 8 september 1967, Trb. 1979, 130. De Wet conflictenrecht echtscheiding noch de twee genoemde verdragen zijn van toepassing op de erkenning van een in het buitenland uitgesproken ontbinding van een geregistreerd partnerschap.

#### § 6. Structuur van de wettelijke regeling

De hierboven geformuleerde uitgangspunten en de hierboven gebleken noodzaak tot het opstellen van bepalingen op zowel het gebied van het conflictenrecht, de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging hebben hun weerslag op de structuur van de voorgestelde wettelijke regeling. De Staatscommissie ziet aanleiding de regeling in te delen in vijf hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk regelt het toepassingsgebied van de wet. Het tweede hoofdstuk bevat conflictregels ten aanzien van het geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan. Het derde hoofdstuk bevat conflictregels ten aanzien van het geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan. Het vierde en het vijfde hoofdstuk bevatten respectievelijk regels over de internationale bevoegdheid en over de erkenning van een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding of tot stand gekomen beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden.

De vraag is gerezen of het mogelijk of wenselijk zou zijn om het tweede en het derde hoofdstuk te integreren. Omwille van de hanteerbaarheid in de praktijk geeft de Staatscommissie er de voorkeur aan om het verschil in behandeling van

in Nederland en daarbuiten aangegane geregistreerde partnerschappen ook tot uiting te brengen in de structuur van het voorstel. Ook is erop gewezen dat in de huidige structuur duidelijker naar voren komt dat de rechtstoepasser enige speling heeft bij het oordeel of de regels van hoofdstuk 3 kunnen worden toegepast op een in het buitenland ontstane rechtsbetrekking.<sup>10</sup>

Aandacht verdient dat in het algemeen onder het toepasselijk recht van een staat alleen het interne recht is begrepen, tenzij uitdrukkelijk het internationaal privaatrecht van dat rechtsstelsel mede wordt aangewezen, zoals bij voorbeeld in art. 28 van het voorstel.

## § 7. Voorgestelde bepalingen

### *Hoofdstuk 1. Toepassingsgebied*

#### *Art. 1*

Deze bepaling geeft een omschrijving van de door de wet geregelde onderwerpen. Bij het opstellen van deze bepaling is in eerste instantie aansluiting gezocht bij art. 1 van de Wet conflictenrecht huwelijk, Stb. 1989, 392. In de bepaling dient echter tot uitdrukking te komen dat het voorstel een regeling wil treffen voor beduidend meer onderwerpen dan zijn geregeld in de Wet conflictenrecht huwelijk. In de voorgestelde redactie komt allereerst naar voren dat het voorstel conflictregels bevat over onderwerpen die samenhangen met het geregistreerd partnerschap. Voorts geeft de bepaling aan dat de wet regels bevat over de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter met betrekking tot de beëindiging of ontbinding van een in Nederland of elders aangegaan geregistreerd partnerschap, over de erkenning van een buiten Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap en over de erkenning van een buiten Nederland verkregen beëindiging of ontbinding van het geregistreerd partnerschap.

In het tweede lid van het voorgestelde art. 1 wordt verklaard dat de onderhavige wet niet van toepassing is op de bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze zin is rechtstreeks ontleend aan art. 1 Wet conflictenrecht huwelijk. De bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand is reeds geregeld in art. 1:80a lid 6 BW.

### *Hoofdstuk 2. Het geregistreerd partnerschap dat in Nederland wordt aangegaan.*

#### *Titel 1. Het aangaan van het geregistreerd partnerschap.*

#### *Art. 2*

In het eerste lid van deze bepaling wordt uitgedrukt dat men in Nederland niet de mogelijkheid heeft om een ander geregistreerd partnerschap aan te gaan dan wordt geregeld in de Nederlandse wet. Een dergelijke bepaling is

---

<sup>10</sup> Het tweede en het derde hoofdstuk kennen nu een aantal met elkaar overeenstemmende bepalingen. Mede hierdoor is het aantal bepalingen van het voorstel tamelijk omvangrijk geworden. In beginsel is het mogelijk om in het derde hoofdstuk sommige bepalingen uit het tweede hoofdstuk toekomstige toepassing te verklaren. Omwille van de begrijpelijkheid van de door haar voorgestelde regeling acht de Staatscommissie het niet wenselijk aartoe over te gaan.

noodzakelijk omdat het geregistreerd partnerschap nog geen mondiale acceptatie heeft gevonden. Art. 2, eerste lid, stelt buiten twijfel dat in Nederland alleen een geregistreerd partnerschap overeenkomstig het Nederlandse recht (art. 1:80a BW) kan worden aangegaan.

Wat betreft de in art. 1:80a leden 3 en 4 BW genoemde beletselen om een geregistreerd partnerschap aan te gaan zij opgemerkt dat een eerder in het buitenland aangegaan huwelijk of geregistreerd partnerschap met staatgevolg dat in Nederland wordt erkend eveneens heeft te gelden als beletsel.

In het tweede lid van dit artikel wordt bepaald dat de bevoegdheid van de aanstaande partners om in Nederland een geregistreerd partnerschap aan te gaan wordt beheerst door het Nederlandse recht. In dit opzicht bestaat enige parallelie met art. 3 sub 1 van het Haagse Huwelijksverdrag 1978 en art. 2 sub a van de Wet conflictenrecht huwelijk. Deze bepalingen laten eveneens de bevoegdheid van de aanstaande echtgenoten tot het aangaan van een huwelijk afhangen van het recht van het land waar het huwelijk wordt voltrokken, doch stellen daarbij de voorwaarde dat een van de aanstaande echtgenoten de nationaliteit bezit van het land waar het huwelijk wordt voltrokken of zijn gewone verblijfplaats heeft in dit land. Art. 3 sub 2 van het Haagse Huwelijksverdrag laat echter de mogelijkheid open dat wanneer aan deze eisen niet wordt voldaan, het huwelijk eveneens wordt voltrokken indien de echtgenoten voldoen aan de materiële vereisten gesteld in het interne recht dat wordt aangewezen door de verwijzingsregels van de staat waar het huwelijk wordt voltrokken. Naar Nederlands IPR wordt volgens art. 2 sub b Wet conflictenrecht huwelijk deze zgn. 'herkansing' aangeknoopt aan het recht van de nationaliteit van ieder van de echtgenoten. Het overnemen van deze herkansingsregel wordt overbodig geacht. Volgens het eerste lid van art. 2 kan in Nederland immers alleen een geregistreerd partnerschap overeenkomstig het Nederlandse recht worden aangegaan. Er is niet sprake van een onacceptabele belemmering wanneer aanstaande partners die niet de Nederlandse nationaliteit bezitten en die niet voldoen aan bevoegdheidsvoorwaarden van het Nederlandse recht, niet bevoegd zijn om een geregistreerd partnerschap naar Nederlands recht aan te gaan.

Het laatste lid van art. 2 stemt overeen met art. 4 Wet conflictenrecht huwelijk. In Nederland kan voor wat betreft de vorm een geregistreerd partnerschap alleen worden voltrokken door de ambtenaar van de burgerlijke stand met inachtneming van het Nederlandse recht. Dit voorschrift laat ongemoeid de eventuele bevoegdheid van buitenlandse diplomatieke en consulaire ambtenaren.

## *Titel 2. De persoonlijke betrekkingen tussen geregistreerde partners.*

### *Art. 3*

Op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen partners die in Nederland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan wordt het Nederlandse recht van toepassing verklaard. Met dit voorschrift wordt de parallelie met de behandeling van het huwelijk losgelaten. De regeling van art. 1 Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen kent immers verwijzingsregels die aanknopen aan de gemeenschappelijke nationaliteit, de gewone verblijfplaats of het recht waarmee de echtgenoten het nauwst zijn verbonden. De onbekendheid van het instituut van het geregistreerd partnerschap in vele andere rechtssystemen maakt echter dat de benadering van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen tot te grote praktische problemen leidt.

Het uitgangspunt dat de parallelle met de behandeling van het huwelijk wordt gehandhaafd tenzij de aard van het geregistreerd partnerschap zich er tegen verzet, brengt met zich mee dat de artikelen 2 en 3 van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen wel van overeenkomstige toepassing worden verklaard. De regel van art. 3 lid 2 van het voorstel biedt geen oplossing indien de handelende echtgenoot en de wederpartij niet in hetzelfde land wonen. In de discussies bleek overigens dat bij de leden ontevredenheid bestaat over art. 2 Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen. Gezien de inhoud van de haar gegeven opdracht heeft de Staatscommissie deze bepaling als een gegeven beschouwd. Zij geeft de Minister in overweging om te bevorderen dat art. 2 Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen wordt geschrapt. Zij ziet als wenselijke oplossing dat art. 1:85 BW wordt beperkt tot de Nederlandse rechtssfeer. Een beperking van art. 1:85 BW op grond van de locus actus is minder hanteerbaar, omdat vaak geen locus actus is vast te stellen. Indien het voorstel van de Commissie rechten en plichten van echtgenoten<sup>11</sup> om art. 1:85 BW te doen vervallen wordt gevolgd zal uiteraard deze radicale oplossing zijn effecten sorteren in de sfeer van het ipr, ook bij het geregistreerd partnerschap.

### *Titel 3. Het partnerschapsvermogensregime.*

#### *Art. 4 vermogensregime; partijautonomie*

Bij het opstellen van de verwijzingsregels voor het op het vermogen van een geregistreerd partnerschap toepasselijke recht is getracht zoveel mogelijk aansluiting te vinden bij de geldende verwijzingsregels voor het huwelijksvermogensregime. Op dogmatische gronden geeft de Staatscommissie er de voorkeur aan om de vrijheid van rechtskeuze voorop te stellen. Partners dienen in beginsel vrij te zijn in de aanwijzing van het rechtsstelsel dat het vermogen van het geregistreerd partnerschap beheerst. Het vooropstellen van dit beginsel strookt met het geldende Nederlandse IPR voor het huwelijksvermogensregime. Gewezen wordt op de structuur van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag, 14 maart 1978, Trb. 1988, 130, waarin de regel over de rechtskeuze van art. 3 voorafgaat aan de objectieve verwijzingsregel van art. 4.

De in beginsel verleende vrijheid van rechtskeuze is echter niet absoluut. Voorwaarde is dat het gekozen recht een stelsel is dat (een vorm van) geregistreerd partnerschap kent. Een soortgelijke beperking treft men aan in art. 6 lid 2 van het Haagse Trustverdrag. Ook in het personen- en familierecht is een dergelijke restrictie niet onbekend, bijv. ten aanzien van het instituut van erkenning, zie HR 7 november 1997, RvdW 1997, 217. Deze beperking zal voor de rechtstoepasser soms tot problemen kunnen leiden. Hij wordt immers geplaatst voor de vraag: wat is een rechtsstelsel dat geregistreerd partnerschap kent? Nochtans lijkt het niet goed mogelijk deze beperking weg te laten. Mogelijke alternatieven zouden zijn het volledig vrijlaten van de rechtskeuze of het stellen van dezelfde beperkingen als art. 3 lid 2 van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag. Het aanvaarden van een van deze alternatieven zal volgens de Staatscommissie echter leiden tot aanpassingsproblemen. Ook zou dit volgens haar ertoe kunnen leiden dat de Nederlandse rechter wordt genoopt bepalingen uit een vreemd rechtsstelsel toe te passen die zijn bedoeld voor een

---

Zie p. 8-9 van het Rapport van december 1997.

instituut dat niet gelijk kan worden gesteld met het Nederlandse geregistreerd partnerschap.<sup>12</sup> Met name worden door haar problemen gezien wanneer een recht wordt gekozen dat het geregistreerd partnerschap niet kent.

De voorwaarde dat een rechtskeuze dient te worden gemaakt voor een rechtsstelsel dat geregistreerd partnerschap kent, kan, zoals gezegd, in de rechtspraktijk problemen opleveren. Om zo goed mogelijk te verzekeren dat het door de rechtskeuze beoogde effect wordt bereikt zullen soms omslachtige voorwaarden van geregistreerd partnerschap moeten worden opgesteld. Zo kan men zich de volgende gang van zaken voorstellen, indien de partners een keuze willen uitbrengen voor een rechtsstelsel waarvan niet onomstotelijk kan worden vastgesteld dat dit rechtsstelsel (een vorm van) het geregistreerd partnerschap kent. Ten eerste zal een rechtskeuze worden uitgebracht voor het beoogde rechtsstelsel. Binnen het gekozen recht zal de gewenste materiële regeling opgesteld dienen te worden. Tevens zal, voor het geval het eerst gekozen recht het geregistreerd partnerschap niet kent, subsidiair een rechtskeuze voor het Nederlandse recht dienen te worden gemaakt. Binnen het kader van het Nederlandse recht zal vervolgens een materiële regeling opgesteld dienen te worden die zoveel mogelijk overeenstemt met het onder het eerst gekozen recht gewenste regime. Uit de praktijk zijn overigens gevallen bekend waaruit blijkt dat vergelijkbare problemen zich kunnen voordoen ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht.

#### *Art. 5 vermogensregime; objectieve verwijzingsregel*

De eenzijdige objectieve verwijzingsregel bepaalt dat het Nederlandse recht van toepassing is wanneer de partners geen rechtskeuze hebben uitgebracht. Aan de eenzijdige toepassingsverklaring van het Nederlandse recht wanneer in Nederland een geregistreerd partnerschap is aangegaan liggen de in de inleiding genoemde argumenten ten grondslag.

#### *Artt. 6 en 7. Gevolgen van de rechtskeuze*

Met het oog op het handhaven van de parallellie met de conflictregels van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag komt in de bepaling tot uitdrukking dat de rechtskeuze zowel voorafgaand aan het aangaan van het geregistreerd partnerschap als gedurende het geregistreerd partnerschap kan worden uitgebracht. Om dezelfde reden zijn in de artt. 6 en 7 van het voorstel de bepalingen van art. 6 lid 1 en art. 7 lid 1 van het Haagse verdrag overgenomen. Wanneer gedurende het geregistreerd partnerschap een rechtskeuze wordt uitgebracht, rijst de vraag of deze rechtskeuze terugwerkende kracht heeft en betrekking heeft op het gehele vermogen van de geregistreerde partners. Naar de mening van de Staatscommissie dienen deze vragen niet anders te worden beantwoord dan onder het Haagse verdrag.

#### *Artt. 8-11 materiële geldigheid van de rechtskeuze, wijze van kiezen, formele geldigheid van de rechtskeuze*

Het handhaven van de parallellie met het Haagse Huwelijksvermogensverdrag brengt tevens met zich mee dat de voorschriften van het verdrag over de wijze van kiezen, de materiële en formele geldigheid van de rechtskeuze en de vorm van de voorwaarden van geregistreerd partnerschap dienen te worden overgenomen. De beoordeling van de materiële geldigheid van de rechtskeuze geschiedt volgens art. 8 van het voorstel door het recht dat de partners hebben

---

<sup>12</sup> Zie Bogdan, loc. cit. (nt 9), p. 57: 'Besonders interessant ist eine Bemerkung in den Motiven zum Partnerschaftsgesetz, daß die Partnerschaften als den genannten Ausnahmefällen mit einer Ehe nicht nur bei der Anwendung des schwedischen materiellen Rechts und des schwedischen Rechts auch bei der Anwendung solchen ausländischen Rechts gleichgestellt wird, dem das Institut der Partnerschaft unbekannt ist.'

aangewezen. Deze bepaling is gelijklopend aan art. 10 van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag. De wijze van kiezen en de formele geldigheid van de rechtskeuze wordt beheerst door de artt. 9 en 11 van het voorstel. Art. 9 van het voorstel stemt overeen met art. 11 van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag en bepaalt dat de aanwijzing van het toepasselijke recht uitdrukkelijk moet zijn overeengekomen of ondubbelzinnig voortvloeien uit de voorwaarden van geregistreerd partnerschap. Art. 11 van het voorstel stemt overeen met art. 13 van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag en verlangt dat wanneer de rechtskeuze uitdrukkelijk is overeengekomen, deze dient te zijn gemaakt in de vorm die voor het maken van voorwaarden geregistreerd partnerschap is voorgeschreven door het aangewezen recht of door het recht van de plaats waar de aanwijzing van het toepasselijke recht geschiedt.

#### *Artt. 12-14 derdenbescherming; verrekenregel*

Naast de hiervoor genoemde voorschriften van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag dient ook een aantal bepalingen van de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime te worden overgenomen. Het gaat hier ten eerste om de regels over publikatie wanneer het vermogensregime wordt beheerst door een vreemd rechtsstelsel en over de bescherming van de derden uit de artt. 4 en 5 van de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime. Deze bepalingen zijn overgenomen in de artt. 12 en 13 van het voorstel. Voorts is in art. 14 van het voorstel de bepaling van art. 6 Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime overgenomen over de verrekening van voordeel als gevolg van de toepassing van buitenlands internationaal privaatrecht op in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen.

#### *Art. 15 Pensioenverevening*

Over de conflictenrechtelijke aspecten van de vraag of een echtgenoot bij echtscheiding recht heeft op een gedeelte van de door de andere echtgenoot opgebouwde pensioenrechten heeft de Staatscommissie op 6 april 1998 een advies gegeven. Een advies was, aldus de Staatssecretaris van Justitie in haar adviesaanvraag, wenselijk in verband met de inwerkingtreding (op 1 mei 1995) van de Wet pensioenverevening bij scheiding.

In de Aanpassingswet geregistreerd partnerschap is de Wet pensioenverevening bij scheiding ook van toepassing verklaard bij 'de beëindiging van het geregistreerd partnerschap anders dan door dood of vermissing'. Hoofdstuk 6, artikel 13 van de Aanpassingswet bevat daartoe een aantal wijzigingen van de Wet pensioenverevening. Het was dus noodzakelijk dat de conflictenrechtelijke aspecten van pensioenverdeling bij het geregistreerd partnerschap voorwerp van overleg binnen de Staatscommissie uitmaakten. Daarbij is ervan uitgegaan dat het voormelde advies van de Staatscommissie inzake pensioenverevening in wetgeving zal worden omgezet. Dat betekent dat de motivering van dat advies de grondslag van het huidige voorstel van de Staatscommissie vormt.

De Wet van 5 juli 1997 volgt in beginsel de bestaande regeling van het huwelijk. Met name is dit het geval wat betreft de financiële gevolgen. De regeling inzake het partnerschapsvermogensregime en alimentatie is een getrouwe kopie van die bij huwelijken, terwijl ook de Wet pensioenverevening op het in Nederland aangegane partnerschap van toepassing is verklaard. Volgens de Staatscommissie is er geen reden om te differentiëren tussen de conflictenrechtelijke regeling van de pensioenverdeling en de pensioenverevening bij huwelijken en die bij geregistreeerde partnerschappen.

Het advies van de Staatscommissie over de pensioenverevening bestaat uit twee onderdelen. Ten eerste is besloten om de vraag of een echtgenoot bij echtscheiding recht heeft op een gedeelte van de door de andere echtgenoot opgebouwde pensioenrechten (de pensioenverrekening/verdeling in algemene zin) te kwalificeren als een vraag van internationaal



huwelijksgoederenrecht. Dit dient in een nieuwe bepaling in de Wet conflictenrecht huwelijksgoederenregime te worden neergelegd. In feite wordt daarmee de verwijzingsregel inzake de pensioenverdeling geassimileerd met de regeling inzake het huwelijksgoederenrecht. De Staatscommissie heeft in de (gelijkluidende) artikelen 15 en 30 haar in het eerdere advies gedane voorstel getransponeerd naar het huidige voorstel voor het partnerschapsvermogensregime. De regeling van dit laatste is in de artikelen 4 e.v. respectievelijk 21 e.v. zo opgesteld - zowel voor geregistreerde partnerschappen die in Nederland als voor die in het buitenland zijn aangegaan - dat met de zeldzaamheid van de rechtsfiguur geregistreerd partnerschap zoveel mogelijk rekening is gehouden.

Ten tweede heeft de Staatscommissie voorgesteld om een wijziging aan te brengen in art. 1 van de Wet pensioenverevening, bestaande uit de toevoeging van nieuwe leden 7 en 8 en vernummering van het huidige lid 8 tot lid 9. Dit voorstel heeft betrekking op de pensioenverevening in de specifieke vorm van de Wet pensioenverevening, een vorm die in het buitenland niet of nauwelijks voorkomt. De nieuwe leden omschrijven eenzijdig de internationale reikwijdte van de Wet. Nu de wetgever beslist heeft dat de Wet pensioenverevening ook op geregistreerde partners van toepassing is, is er geen reden om de voorgestelde reikwijdte van de wet bij partnerschappen anders te regelen dan bij huwelijken, te minder omdat het hier om eenzijdige afbakeningsregels gaat. Daarom stelt de Staatscommissie voor om de in het advies pensioenverevening opgenomen wijziging van de Wet pensioenverevening als volgt aan te passen:

Artikel 1, lid 7: Het bepaalde in de leden 4,5 en 6 geldt, ongeacht het recht dan van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten respectievelijk het partnerschapsvermogensregime.

Artikel 1, lid 8: Indien op het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten respectievelijk het partnerschapsvermogensregime van de partners Nederlands recht van toepassing is, is de wet voorts van toepassing op pensioenen, ingevolge een buitenlandse pensioenregeling die niet is een pensioenregeling als bedoeld in de leden 4 tot en met 6 etc.

Bij een eventuele legislatieve uitwerking van dit advies en het advies over de pensioenverevening moet de onderlinge samenhang van deze voorstellen niet aan de aandacht ontsnappen.

#### *Art. 16 beëindiging van het geregistreerd partnerschap*

Naar intern recht (art. 1:80c BW) wordt het geregistreerd partnerschap beëindigd door de dood, door vermissing, na wederzijds goedvinden of door ontbinding. Het huidige voorstel beperkt zich tot beëindiging van het geregistreerd partnerschap door ontbinding of met wederzijds goedvinden.

Bij het opstellen van een conflictregel voor de beëindiging van het geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan heeft de Staatscommissie zich gericht op het voorstel dat door haar op 25 maart 1995 is gedaan tot wijziging van art. 1 van de Wet conflictenrecht echtscheiding. Evenals in dit voorstel wordt uitgegaan van de toepasselijkheid van het Nederlandse recht (de *lex fori*) op de ontbinding of op de beëindiging na wederzijds goedvinden. Het hiervoor genoemde voorstel bevat een uitzondering op de toepasselijkheid van het Nederlandse recht die verband houdt met de mogelijkheid van erkenning van de in Nederland uitgesproken echtscheiding in het buitenland en die de mogelijkheid schept dat partijen het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van toepassing kunnen verklaren op de echtscheiding. Voor het in Nederland aangegane geregistreerd partnerschap werd het niet noodzakelijk geacht deze bepaling over te nemen. Voor het geregistreerd partnerschap is het met name van belang of een beëindiging met

wederzijds goedvinden of een rechterlijke beslissing over ontbinding kan worden erkend in het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan.

Erkenning van de in Nederland tot stand gekomen beëindiging in het land van de gemeenschappelijke nationaliteit van de betrokkenen wordt van minder betekenis geacht, met name wanneer dit land het geregistreerd partnerschap niet (er)kent. De in art. 1:80c onder c BW bedoelde medewerking van advocaten en notarissen zal tevens kunnen worden verleend door buitenlandse advocaten en notarissen, ook wanneer deze hun diensten in het buitenland verlenen. Hierbij zal wel in het oog moeten worden gehouden of de buitenlandse functionarissen waarborgen bieden die equivalent zijn aan die van Nederlandse advocaten of notarissen.

Inschrijving door de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage van rechterlijke uitspraken met betrekking tot de beëindiging van een geregistreerd partnerschap als bedoeld in art. 1:80c onder c BW is geregeld in art. 1:21 BW, zoals gewijzigd bij de Aanpassingswet van 17 december 1997, Stb. 660. Daarin is evenwel niet het geval onder ogen gezien van een beëindiging met onderling goedvinden zonder rechterlijke tussenkomst, het normale geval. De Staatscommissie is van oordeel dat aan de abs steeds bevoegdheid tot inschrijving toekomt als het geregistreerd partnerschap in Nederland is aangegaan, en verwijst voor de motivering naar de toelichting op art. 33 lid 1 van het voorstel. Dit standpunt leidt tot aanvulling van art. 1:21 BW.

## *Titel 5. Alimentatie*

### *Art. 17 Alimentatie*

Het doel van deze bepaling is om buiten twijfel te stellen dat ook het recht dat de alimentatieverplichtingen tussen de (voormalige) partners van een geregistreerd partnerschap beheerst dient te worden vastgesteld overeenkomstig het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973. Toepasselijkheid van de conflictregels van het Haagse Alimentatieverdrag vloeit voort uit art. 1 van dit verdrag, dat verklaart dat het verdrag van toepassing is op 'obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant non légitime ('maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity, including a maintenance obligation in respect of a child who is not legitimate'). Blijkens de Rapport explicatif bij het Haagse Alimentatieverdrag van Verwilghen (Conférence de La Haye, Actes et documents de la XIIème Session, Tome IV, nr. 118 verwijzend naar nrs. 14-24) wil art. 1 tot uitdrukking brengen dat alle onderhoudsverplichtingen die ex lege uit een familierechtelijke rechtsbetrekking voortvloeien worden bestreken door het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973 en door het Haagse Alimentatie-Executieverdrag 1973. Daarentegen is de vraag of alimentatieverplichtingen ex negotiis onder het verdrag vallen opengelaten en staat het de verdragsluitende staten vrij deze onder de verdragsregeling te begrijpen of niet (zie Rapport Explicatif, nrs. 16 en 17). Tegen deze achtergrond staat het volgens de Staatscommissie buiten twijfel dat de alimentatieverplichtingen tussen (gewezen) geregistreerde partners onder het materiële toepassingsgebied van het Haagse verdrag vallen. Er is immers sprake van een onderhoudsverplichting die ex lege voortvloeit uit een familierechtelijke rechtsbetrekking. De Staatscommissie is van oordeel dat deze uitkomst spoort met een zorgvuldige verdragsautonome uitleg. Overigens zal de mening van (de rechters van) andere verdragsluitende staten wel een rol spelen bij de toepassing van het Haagse Alimentatie-Executieverdrag 1973. Indien de aangezochte rechter van een andere verdragsluitende staat de mening zou

zijn toegedaan dat de onderhoudsverplichtingen tussen geregistreerde partners niet vallen onder het materiële toepassingsgebied van het Haagse Alimentatie-Executieverdrag 1973 (dat overeenstemt met dat van het Haagse Alimentatieverdrag (Toepasselijke wet) 1973), zou hij zich uit dien hoofde niet gehouden achten tot erkenning van de Nederlandse alimentatiebeslissing onder dat verdrag. Voor de situatie onder het EEX en het EVEX wordt verwezen naar de opmerkingen onder § 5.

Wanneer men ervan uitgaat dat de alimentatie tussen (gewezen) partners wordt bestreken door het Haagse Alimentatieverdrag, rijst de vraag of de verwijzingsregeling van artt. 4 t/m 6 dan wel van art. 8 van toepassing is op de alimentatie tussen geregistreerde partners na ontbinding c.q. beëindiging met wederzijds goedvinden van het geregistreerd partnerschap. Noch uit de verdragsgeschiedenis, noch uit andere documenten van de Haagse Conferentie (i.h.b. de ongedateerde notitie van Sarcevic, Cohabitation without a marriage) blijkt hierover iets. De Staatscommissie stelt zich op het standpunt dat analogische toepassing van art. 8 van het Haagse verdrag voor de hand ligt omdat zulk een toepassing in overeenstemming is met de strekking en de functie van het uit 1973 daterende verdrag. Vanuit Nederlands gezichtspunt bestaan daartegen (voorlopig) weinig bezwaren: in de regel zal art. 8 leiden tot toepassing van Nederlands recht. Bovendien komt de geregistreerde partners rechtskeuzebevoegdheid toe, naar analogie van HR, 21 februari 1997, RvdW 1997, 56, AA 1997, p. 820-827 m.nt P. Vlas; zie ook Cour de cass., 6 mei 1997, Rev. crit. dr. int. privé, 1997, p. 514.

Hoewel het Alimentatieverdrag rechtstreeks van toepassing wordt geoordeeld acht de Staatscommissie het noodzakelijk een verwijzing in de tekst van de regeling te handhaven. Zij heeft zelf immers ook getwijfeld over de toepasselijkheid. Bovendien wordt hier hoe dan ook een interpretatie gegeven: Nederland acht het Alimentatieverdrag toepasselijk. Te vermelden is de andere oplossing die is gekozen door de Deense wetgever. De Deense wet verklaart verdragen alleen van toepassing indien de andere verdragssluitende staten daarmee instemmen. Deze oplossing wordt door de Staatscommissie afgewezen.<sup>13</sup>

### *Hoofdstuk 3. Het geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland wordt aangegaan.*

#### *Titel 1. De erkenning van het geregistreerd partnerschap.*

##### *Art. 18*

Artikel 18 stemt vrijwel woordelijk overeen met art. 5 van de Wet conflictenrecht huwelijk. Het uitgangspunt om bij de behandeling van het geregistreerd partnerschap de parallellie met de behandeling van het huwelijk zo veel mogelijk te handhaven, behoefde bij het opstellen van de regels van artikel 18, die betrekking hebben op de erkenning van het buiten Nederland aangegane geregistreerd partnerschap, niet te worden verlaten.<sup>14</sup> In lid 3 van dit artikel wordt

---

<sup>3</sup> De Deense regeling verklaart in § 4 lid 4 dat ‘ (...) bepalingen in internationale verdragen geen toepassing vinden op het partnerschap, tenzij de betrokken staten zich daarvoor uitdrukkelijk uitspreken’. Ontleend aan Grib, op cit (nt 4), p. 314.

Ook Jayme, IPRax 1990, p. 197, is de opvatting toegedaan dat het bij de erkenning van een Deens geregistreerd partnerschap in Duitsland gaat om de toepassing van art. 13 EGBGB, dat over het huwelijk handelt. Volgens Grib, op cit (nt 4), p. 305 e.v. is ingrijpen van de Duitse openbare orde in de toepassing van art. 6 EGBGB af te wijzen (p. 308). In het licht van deze opvatting in de Duitse literatuur is er een vraagteken te plaatsen omtrent de juistheid waarmee in het Duitse antwoord op de vragen van de Commissie-Kortmann, de openbare orde wordt ingezet tegen de erkenning van een geregistreerd partnerschap van partners van hetzelfde geslacht (rapport Commissie-Kortmann, p. 30).

verklaard dat onder het krachtens de voorgaande leden aangewezen recht mede wordt begrepen de regels van internationaal privaatrecht. De strekking van deze bepaling is niet anders dan van art. 5 lid 3 Wet conflictenrecht huwelijk. Wel dient in het oog te worden gehouden dat de rechtsstelsels die een geregistreerd partnerschap hebben ingevoerd, weinig regels lijken te kennen over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van het geregistreerd partnerschap, afgezien van een in algemene termen gestelde verwijzing naar algemeen internationaal privaatrecht met betrekking tot het huwelijk (met uitzondering van afstammingsrelaties en adoptie). Het is zaak hier de ontwikkelingen in de rechtspraak te volgen.

#### *Art. 19*

Artikel 19 behelst de gebruikelijke exceptie van de openbare orde, zoals ten aanzien van de erkenning van het huwelijk is opgenomen in art. 6 Wet conflictenrecht huwelijk. Men kan hier denken aan een aantal gevallen die ook de erkenning in Nederland van een elders aangegaan huwelijk in de weg staat, zoals het bestaan van een eerder huwelijk of geregistreerd partnerschap, een te jeugdige leeftijd of wilsgebreken. Men vergelijk de artikelen 11 en 14 van het Haagse Huwelijksverdrag van 14 maart 1978, Trb. 1978, 46.

#### *Titel 2. De persoonlijke betrekkingen tussen geregistreerde partners.*

##### *Art. 20 persoonlijke rechtsbetrekkingen*

Bij het opstellen van een bepaling over het recht dat van toepassing is op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen partners die buiten Nederland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan kon de parallelle met de behandeling van de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen echtgenoten niet worden gehandhaafd. De verwijzingsregels van art. 1 Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen kunnen in veel gevallen een rechtsstelsel aanwijzen dat het geregistreerd partnerschap niet kent, en daardoor in de praktijk grote praktische problemen opleveren.

De algemene conflictregel voor de persoonlijke betrekkingen, die is opgenomen in lid 1 van de voorgestelde bepaling, berust op het hiervoor genoemde uitgangspunt dat van toepassing is het recht van de plaats waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan. Lid 1 van de voorgestelde bepaling maakt duidelijk dat tevens wordt verwezen naar het internationaal privaatrecht van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan.

In de leden 2 en 3 van de voorgestelde bepaling wordt een uitzondering gemaakt op de toepasselijkheid van de *lex loci celebrationis* voor de vragen die worden geregeld in de artt. 2 en 3 van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen, de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden en de vraag of de toestemming van de andere geregistreerde partner nodig is voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Voor deze vragen worden eenzijdige verwijzingsregels gegeven, die de reikwijdte aangeven van de Nederlandse bepalingen die de bescherming van de geregistreerde partner die niet zelf handelt of wiens toestemming wordt vereist beogen. *Mutatis mutandis* geldt hier hetzelfde als is opgemerkt in de toelichting op art. 3 van het huidige voorstel.

#### *Titel 3. Het partnerschapsvermogensregime.*

##### *Artt. 21-23 Rechtskeuze partnerschapsvermogensregime*

Deze bepaling laat toe dat voor het vermogensregime van een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap de geregistreerde partners een rechtskeuze uitbrengen voor een rechtsstelsel dat het geregistreerd partnerschap kent. Deze bepaling is een zelfstandige regel van het Nederlandse internationaal privaatrecht, waarbij de inhoud van het recht van het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan, inclusief het in dat land geldende internationaal privaatrecht, niet van invloed is. Ook indien het recht van het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan geen rechtskeuze zou toelaten, wordt naar Nederlands internationaal privaatrecht gevolg gegeven aan een door de geregistreerde partners gemaakte rechtskeuze. Wel geldt de restrictie dat de door de geregistreerde partners gedane rechtskeuze voldoet aan de in de op art. 21 volgende bepalingen gestelde voorwaarden. Indien de gedane rechtskeuze niet aan deze voorwaarden voldoet doch wel voldoet aan soepeler voorwaarden die worden gesteld door het recht van het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan, moet de consequentie zijn dat de rechtskeuze naar Nederlands internationaal privaatrecht geen gevolg heeft.

Het verdient opmerking dat de hier gegeven regel over de rechtskeuze van het partnerschapsvermogensregime op een geheel ander uitgangspunt berust dan de regel die hierna wordt gegeven voor het geval dat geregistreerde partners géén rechtskeuze hebben gedaan. Aan de hier geboden mogelijkheid van rechtskeuze liggen rechtspolitieke overwegingen ten grondslag. De voorgestelde bepaling biedt geregistreerde partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan de mogelijkheid om jegens elkaar en jegens derden duidelijkheid te scheppen over het recht dat hun vermogensregime beheerst. Het uitgangspunt dat bij erkenningsvraagstukken de *lex loci celebrationis* doorslaggevend is, wordt verlaten, om de rechtszekerheid van de partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan te verbeteren en het rechtsverkeer te vergemakkelijken.

Naast rechtspolitieke overwegingen ligt aan de bepaling over rechtskeuze ook ten grondslag dat de parallelle van de behandeling van het huwelijksvermogensregime zoveel mogelijk wordt gehandhaafd. Om die reden wordt in art. 21 toegestaan een rechtskeuze uit te brengen zowel voorafgaand aan als tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap. Om dezelfde reden zijn in de artt. 22 en 23 de bepalingen van art. 6 lid 1 en art. 7 lid 1 van het Haagse Huwelijksvermogensverdrag overgenomen. Deze parallelle wordt echter enigszins doorbroken voor wat betreft art. 7 lid 1 van het verdrag, doordat in art. 23 slechts wordt vastgesteld dat het (aanvankelijk) door partijen aangewezen recht van toepassing blijft, zolang geen nieuwe rechtskeuze is uitgebracht. Deze afwijking houdt verband met het feit dat in het onderhavige voorstel, anders dan in het Haagse Huwelijksvermogensverdrag, voor wat betreft het objectief toepasselijke recht bij ontstentenis van een rechtskeuze, verwezen wordt naar de *lex loci celebrationis*, met inbegrip van het internationaal privaatrecht (art. 28). Het is aan het recht van de *locus celebrationis* om eventueel te beslissen over de (automatische) veranderlijkheid van het vermogensregime in de zin van art. 7 lid 2 van het Haagse verdrag. In art. 23 wordt dus het conflict mobile alleen opgelost ten aanzien van opvolgende rechtskeuzen door de partners. Opvolgende wijzigingen in nationaliteit of woonplaats hebben geen effect op het eenmaal krachtens rechtskeuze als toepasselijk aangewezen recht.

*Artt. 24-27 materiële geldigheid van de rechtskeuze, wijze van kiezen, formele geldigheid van de rechtskeuze*

Aan deze bepalingen liggen gelijke overwegingen ten grondslag als aan de artt. 8 t/m 11 van het voorstel, die betrekking hebben op de aanwijzing van het recht dat van toepassing is op het vermogensregime van een geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan.

#### *Art. 28*

Deze bepaling ziet op het geval dat de geregistreerde partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, niet overeenkomstig de voorafgaande bepalingen het recht dat van toepassing is op het vermogensregime rechtsgeldig hebben aangewezen. In dat geval wordt het overgelaten aan het recht van het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan welk rechtsstelsel het partnerschapsvermogensregime beheerst. Dit rechtsstelsel, met inbegrip van de daar geldende regels van internationaal privaatrecht, bepaalt welk recht van toepassing is op het vermogensregime van deze partners.

#### *Art. 29 derdenbescherming*

In deze bepaling worden de voorschriften van artt. 12 en 13 van het voorstel, die betrekking hebben op de bescherming van derden, van overeenkomstige toepassing verklaard.

#### *Art. 30*

Voor deze bepaling, die betrekking heeft op de pensioenverevening tussen partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, wordt verwezen naar de opmerkingen gemaakt bij art. 15.

#### *Titel 4. Beëindiging van het geregistreerd partnerschap.*

#### *Art. 31*

Art. 31 lid 1 van het voorstel bepaalt dat de beëindiging met wederzijds goedvinden en de ontbinding van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan in beginsel worden beheerst door het Nederlandse recht. Aan de toepasselijkheid van het Nederlandse recht liggen vergelijkbare overwegingen ten grondslag als aan het voorstel tot wijziging van art. 1 lid 1 Wet conflictenrecht echtscheiding, opgenomen in het advies dat de Staatscommissie bij brief van 28 maart 1995 heeft aangeboden aan de minister van Justitie.

Art. 31 leden 2 en 3 laten uitzonderingen toe op de in beginsel gegeven toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Aan deze uitzonderingen liggen overeenkomstige gedachten ten grondslag als aan het voorstel voor een nieuw art. 1 lid 2 Wet conflictenrecht echtscheiding, zoals dit is gedaan in het hiervoor genoemde advies van 28 maart 1995. Anders dan in het voorstel tot wijziging van art. 1 lid 2 Wet conflictenrecht echtscheiding wordt voor de beëindiging met wederzijds goedvinden of de ontbinding van het geregistreerd partnerschap niet de mogelijkheid geboden om een rechtskeuze uit te brengen voor het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van partijen. Voor de ontbinding van het geregistreerd partnerschap lijkt voor de partners veeleer een belang te zijn gelegen in het doen van een keuze voor het recht van het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan.

Welke ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd is de akte bedoeld in art. 1:80c onder c BW in ontvangst te nemen wordt beheerst door art. 1:21 BW. Dit zou dienen te worden aangevuld met een lid dat diens bevoegdheid regelt met

betrekking tot de beëindiging met wederzijds goedvinden van in Nederland aangegane geregistreerde partnerschappen. Evenzo zou in een derde lid bepaald dienen te worden dat de abs ten aanzien van in het buitenland aangegane geregistreerde partnerschappen tot inschrijving bevoegd is in dezelfde gevallen als de Nederlandse rechter bevoegd is om tot ontbinding over te gaan. De regeling in art. 814 Rv. kan hier als voorbeeld dienen.

Bij het vaststellen van het recht dat van toepassing is op de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden of de ontbinding dienen de materiële vereisten, waarop de eerste drie leden van art. 32 zien, te worden onderscheiden van de formele vereisten. Zo zou het denkbaar zijn dat naar het recht van het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan, de beëindiging met wederzijds goedvinden kan plaatsvinden door middel van een onderhandse akte. Volgens de Staatscommissie dient in dergelijke gevallen rekening te worden gehouden met de beschermingsgedachte uit het interne Nederlandse recht. Zo verlangt art. 1:80d BW de betrokkenheid van deskundigen en, zij het niet op straffe van nietigheid, het regelen van een aantal onderwerpen. Ter bescherming van derden verlangt art. 1:80e lid 2 BW inschrijving in de registers van de burgerlijke stand. Om deze reden wordt in art. 32 lid 4 van het voorstel bepaald dat de wijze waarop het geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan, kan worden beëindigd met wederzijds goedvinden of ontbonden, wordt beheerst door het Nederlandse recht. De beperkte mogelijkheid van een keuze van de leden 2 en 3 van art. 32 beperkt zich tot de materiële gronden.

#### *Titel 5. Alimentatie*

##### *Art. 32*

Deze bepaling drukt uit dat ook ten aanzien van de alimentatieverplichtingen tussen partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan het toepasselijke recht wordt vastgesteld door de regels van het Haags Alimentatieverdrag (toepasselijke wet) 1973. Voor de overwegingen die ten grondslag liggen aan het oordeel dat dit verdrag deze verplichtingen beheerst, wordt verwezen naar de toelichting bij art. 17 van het voorstel. Ook ten aanzien van partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan neemt de Staatscommissie het standpunt in dat analogische toepassing van art. 8 van het verdrag voor de hand ligt en dat ook aan deze partners de in de jurisprudentie aan gewezen echtgenoten toegelaten rechtskeuzebevoegdheid toekomt.

#### *Hoofdstuk 4. Internationale bevoegdheid.*

##### *Art. 33*

Bij het opstellen van de bepaling over de internationale bevoegdheid is in eerste instantie nagegaan in hoeverre de regeling van art. 814 Rv. van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard op het geregistreerd partnerschap. De Staatscommissie is echter van mening dat onverkorte toepassing van de regels van art. 814 Rv. problemen oplevert voor het geregistreerd partnerschap. Het geregistreerd partnerschap is een instituut dat slechts in enkele rechtsstelsels bekend is. Hier te lande kan een geregistreerd partnerschap worden aangegaan tussen twee buitenlanders of een Nederlander en een buitenlander. Vervolgens verlaten beide partners, of één van hen, Nederland. Vanaf dat moment komt de Nederlandse rechter op grond van (de overeenkomstige toepassing van) de regels van art. 814 Rv. geen rechtsmacht meer toe ten aanzien van een verzoek tot ontbinding dat wordt gedaan door de in het buitenland woonachtige geregistreerde partner. Het is echter zeer waarschijnlijk dat in het nieuwe woonland evenmin een

bevoegde rechter kan worden geadieerd, aangezien er maar enkele landen zijn die het geregistreerd partnerschap hebben geregeld. De in het buitenland woonachtige partner zou, in het geval de andere partner niet van zins is om mee te werken aan een beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden, worden genoopt om weer in Nederland te gaan wonen. Nog los van de vraag in hoeverre vreemdelingenrechtelijke voorschriften een terugkeer naar Nederland zullen verhinderen, komt het de Staatscommissie voor dat dergelijke gevolgen onwenselijk zijn. Zij stelt derhalve voor om in art. 33 lid 1 van het voorstel de rechter altijd rechtsmacht te verlenen indien het geregistreerd partnerschap in Nederland is aangegaan.

Het verdient hierbij vermelding dat buitenlandse stelsels die het geregistreerd partnerschap kennen, eveneens de wenselijkheid van het scheppen van een forum necessitatis hebben ingezien.<sup>15</sup>

De hiervoor genoemde bezwaren tegen de onverkorte toepassing van de regels van art. 814 Rv. doen zich geenszins voor indien het geregistreerd partnerschap in het buitenland is aangegaan, zodat art. 34 lid 2 van het voorstel voor een dergelijk geregistreerd partnerschap de regeling van art. 814 lid 1 Rv. volgt. Art. 34 lid 3 van het voorstel stemt overeen met art. 814 lid 2 Rv.

De Staatscommissie wijst erop dat art. IV van de Wet van 5 juli 1997 voorziet in wijziging van de structuur van de Zesde Titel van het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zij heeft zich niet afgevraagd op welke wijze de door haar voorgestane bepalingen over de rechtsmacht dienen te worden ingepast in de gewijzigde structuur van de Zesde Titel. Evenmin heeft zij zich bezig gehouden met de vraag hoe deze bepalingen ingepast kunnen worden in het voorstel van wet inzake de tweede fase herziening rechterlijke organisatie. Ook heeft zij niet stilgestaan bij de vraag in hoeverre de in art. 34 voorgestelde bepalingen, die, indien aanvaard, naar alle waarschijnlijkheid dienen te leiden tot aanpassing van enige titel van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, gevolgen hebben voor de structuur van op het onderhavige voorstel gebaseerde wetgeving.

#### *Art. 34*

Het komt wenselijk voor, ook voor de ambtenaar van de burgerlijke stand een regeling te geven voor diens bevoegdheid om verklaringen in ontvangst te nemen en in te schrijven waardoor volgens art. 1:80c onder c BW het geregistreerd partnerschap eindigt. Niet alle beëindigingen van partnerschappen met wederzijds goedvinden, waar ook ter wereld aangegaan of beëindigd, komen in aanmerking voor inschrijving in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand. De regeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter bij ontbinding van het geregistreerd partnerschap heeft hierbij tot voorbeeld gestrekt. Ten aanzien van in Nederland aangegane geregistreerde partnerschappen is de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand te allen tijde bevoegd om de verklaring overeenkomstig art. 1:80c onder c BW in ontvangst te nemen en in te schrijven. Dit ongeacht de nationaliteit of woonplaats van partijen op het ogenblik van overleggen of registreren. Dit onder de overweging, dat geregistreerde partnerschappen die in Nederland

---

Zo bepaalt de Deense wet op het geregistreerd partnerschap in § 5 lid 3 dat 'afwijkend van het voorschrift van art. 448c Rv. een geregistreerd partnerschap steeds hier te lande kan worden ontbonden'. De Noorse wet voorziet in § 5 dat 'niettegenstaande het bepaalde in art. 419a Rv. gedingen ontbinding van een in Noorwegen aangegaan geregistreerd partnerschap te allen tijde voor de Noorse rechter kunnen worden aangebracht'. Evenzodanige wet op het geregistreerd partnerschap (Hoofdstuk II, § 4). Ontleend aan Grib, op cit (nt 4), p. 314, 316 en 320.



tot stand gekomen zijn, te allen tijde ook in Nederland niet alleen moeten kunnen worden ontbonden, maar ook beëindigd met wederzijds goedvinden.

Evenzo heeft de ambtenaar van de burgerlijke stand te allen tijde de bevoegdheid om evenbedoelde verklaringen te registreren met betrekking tot in het buitenland aangegane geregistreerde partnerschappen indien ten tijde van het overleggen van de verklaring beide partijen Nederlanders zijn. Is alleen een van de geregistreerde partners Nederlander, dan dient deze ten minste zes maanden in Nederland woonplaats te hebben voordat de verklaring aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden overgelegd ter inschrijving; niet-Nederlandse partners dienen ten minste twaalf maanden woonplaats in Nederland te hebben. Niets belet partijen overigens hun geregistreerde partnerschap elders op een daar voorgeschreven wijze te beëindigen en overeenkomstig art. 35 in Nederland te laten erkennen. Hier wordt de relatieve competentie van de ambtenaar van de burgerlijke stand beheerst door het in de Aanpassingswet geregistreerd partnerschap gewijzigde art. 1:21 lid 1 BW. Dit wijst de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage aan als bevoegd tot inschrijving van rechterlijke uitspraken betreffende registraties van een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap, rechterlijke uitspraken die de ontbinding van een geregistreerd partnerschap inhouden of de beëindiging van een geregistreerd partnerschap bedoeld in art. 1:80c onder c BW. In de regel zal, zo komt het de Staatscommissie voor, de beëindiging van een geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden als bedoeld in art. 1:80c onder c BW, niet bij rechterlijke uitspraak plaatsvinden. Verscheidene Scandinavische rechtsstelsels kennen beëindiging van het geregistreerd partnerschap door bestuursfunctionarissen.<sup>16</sup> Ook deze administratieve beschikkingen moeten in Nederland ingeschreven kunnen worden, en daartoe is in het huidige art. 1:21 lid 1 BW geen ruimte.

#### *Hoofdstuk 5. Erkennung van een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding en de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden buiten het Koninkrijk*

##### *Art. 35*

Voor wat betreft de erkenning van buitenlandse rechterlijke uitspraken waarbij een geregistreerd partnerschap is ontbonden heeft de Staatscommissie gemeend dat er geen bezwaren kunnen worden ingebracht tegen in beginsel overeenkomstige toepassing van art. 2 Wet conflictenrecht echtscheiding. Ook voor de beëindiging van een geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden is een regel ontworpen die zoveel mogelijk aansluit bij het systeem van art. 2 Wet conflictenrecht echtscheiding. Indien buiten het Koninkrijk met wederzijds goedvinden het geregistreerd partnerschap is beëindigd, hetgeen inhoudt dat is voldaan aan de constitutieve vereisten die door het betrokken buitenlandse recht voor een dergelijke beëindiging worden gesteld, dan leidt dit ertoe dat ook in Nederland het geregistreerd partnerschap als beëindigd wordt beschouwd.

---

Zoals bijv. de Noorse Fylkesmann die bij beschikking de beëindiging uitspreekt (Grib, o.c. (nt 4), p. 242); ook Denemarken kent in de overderheid van de gevallen een administratieve beëindigingsprocedure (Grib, ibidem, p. 41).



**Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht. Voorstel voor een aantal IPR -bepalingen over het geregistreerd partnerschap.  
Mei 1998**

Hoofdstuk 1. Toepassingsgebied.

Art. 1

1. Deze wet bepaalt het recht dat in internationale gevallen van toepassing is op het aangaan in Nederland van een geregistreerd partnerschap, op de rechtsgevolgen van een in Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap en op zijn beëindiging met wederzijds goedvinden of door ontbinding. Deze wet regelt voorts de erkenning van een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap en de rechtsgevolgen daarvan, de bevoegdheid van de Nederlandse rechter met betrekking tot de beëindiging of ontbinding van een in Nederland of elders aangegaan geregistreerd partnerschap en de erkenning van een in het buitenland verkregen beëindiging of ontbinding van een in Nederland of elders aangegaan geregistreerd partnerschap.
2. Deze wet is niet van toepassing op de bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Hoofdstuk 2. Het geregistreerd partnerschap dat in Nederland wordt aangegaan.

*Titel 1. Het aangaan van het geregistreerd partnerschap.*

Art. 2

1. Het aangaan van een geregistreerd partnerschap in Nederland is onderworpen aan de bepalingen van art. 1:80a BW.
2. De bevoegdheid van elk van de partners om in Nederland een geregistreerd partnerschap aan te gaan wordt beheerst door het Nederlandse recht.
3. Wat de vorm betreft kan een geregistreerd partnerschap in Nederland slechts rechtsgeldig worden voltrokken door de ambtenaar van de burgerlijke stand met inachtneming van de voorschriften van het Nederlandse recht, behoudens de bevoegdheid van buitenlandse diplomatieke en consulaire ambtenaren.

*Titel 2. De persoonlijke betrekkingen tussen geregistreeerde partners.*

Art. 3

1. Op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen partners die in Nederland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan is het Nederlandse recht van toepassing.
2. Wanneer een geregistreerd partnerschap in Nederland is aangegaan, wordt de vraag of en in hoeverre de ene partner aansprakelijk is voor verbintenissen ten behoeve van de gewone gang van het huishouden, welke door de andere partner zijn aangegaan, beheerst door het Nederlandse recht indien die andere partner en de wederpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis hun gewone verblijfplaats hadden in Nederland.
3. De vraag of, met betrekking tot een geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan, de ene partner voor een rechtshandeling de toestemming van de andere partner behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het Nederlandse recht indien de andere partner ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland.

*Titel 3. Het partnerschapsvermogensregime.*

Art. 4

1. Op het vermogensregime van een in Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap is van toepassing het recht dat de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap hebben aangewezen.
2. De partners kunnen uitsluitend een rechtsstelsel aanwijzen dat het instituut van geregistreerd partnerschap kent.
3. Het door de partners aangewezen recht is van toepassing op hun gehele vermogen.

Art. 5

Indien de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap het toepasselijke recht niet of niet rechtsgeldig hebben aangewezen, wordt het vermogensregime van een in Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap beheerst door het Nederlandse recht.

#### Art. 6

Tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan kunnen de partners het partnerschapsvermogensregime onderwerpen aan een ander intern recht dan het recht dat tot dusver van toepassing was.

#### Art. 7

Het recht dat op grond van de bepalingen van deze wet van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, blijft van toepassing zolang de geregistreerde partners geen ander toepasselijk recht hebben aangewezen, zelfs in geval van wijziging van hun nationaliteit of gewone verblijfplaats.

#### Art. 8

De voorwaarden voor de wilsovereenstemming van de geregistreerde partners inzake het recht dat zij als toepasselijk aanwijzen op het partnerschapsvermogensregime, worden door dat recht bepaald.

#### Art. 9

De aanwijzing van het toepasselijke recht op het partnerschapsvermogensregime moet uitdrukkelijk zijn overeengekomen of ondubbelzinnig voortvloeien uit voorwaarden van geregistreerd partnerschap.

#### Art. 10

Voorwaarden van geregistreerd partnerschap zijn, wat de vorm betreft, geldig indien zij in overeenstemming zijn hetzij met het interne recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, hetzij met het interne recht van de plaats waar zij zijn aangegaan. Zij dienen in ieder geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide geregistreerde partners ondertekend schriftelijk stuk.

#### Art. 11

Een uitdrukkelijk overeengekomen aanwijzing van het op het partnerschapsvermogensregime toepasselijke recht dient te geschieden in de vorm welke voor het maken van voorwaarden van geregistreerd partnerschap is voorgeschreven hetzij door het aangewezen recht, hetzij door het recht van de plaats waar de aanwijzing geschiedt. De aanwijzing dient in elk geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide partners ondertekend schriftelijk stuk.

#### Art 12

Een geregistreerde partner wiens partnerschapsvermogensregime wordt beheerst door vreemd recht kan in het in artikel 116 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde register een notariële akte doen inschrijven, inhoudende een verklaring dat het vermogensregime niet wordt beheerst door het Nederlandse recht.

#### Art. 13

1. Een derde die tijdens het geregistreerd partnerschap een rechtshandeling heeft verricht met een partner wiens partnerschapsvermogensregime wordt beheerst door vreemd recht, kan, indien zowel hij als de beide partners ten tijde van die rechtshandeling hun gewone verblijfplaats in Nederland hadden, voor de uit die rechtshandeling voortvloeiende schuld ook na de beëindiging van het partnerschap verhaal nemen alsof tussen de partners naar Nederlands recht algehele gemeenschap van goederen bestond.
2. Het bepaalde in het voorgaande lid geldt niet indien de derde ten tijde van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat het partnerschapsvermogensregime werd beheerst door vreemd recht. Zulks wordt geacht het geval te zijn indien de rechtshandeling werd verricht na verloop van veertien dagen nadat een akte als bedoeld in art. 12 was ingeschreven in het aldaar bedoelde register.

#### Art. 14

Heeft een der geregistreerde partners, door de toepassing op een buitenslands gelegen vermogensbestanddeel van een krachtens het internationaal privaatrecht van het land van ligging aangewezen recht, ten opzichte van de andere partner een voordeel genoten dat hem niet zou zijn toegekomen indien het op grond van deze wet aangewezen recht zou zijn toegepast, dan kan die andere partner daarvan verrekening of vergoeding vorderen bij de in verband met de beëindiging of wijziging van het partnerschapsvermogensregime tussen de partners plaats vindende afrekening.

#### Art. 15

Of een partner bij de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden of door ontbinding recht heeft op een gedeelte van de door de andere partner opgebouwde pensioenrechten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, behoudens het bepaalde in artikel 1, lid 7 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

#### *Titel 4. Beëindiging in Nederland van het geregistreerd partnerschap.*

#### Art. 16

Of het geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan kan worden beëindigd met wederzijds goedvinden of door ontbinding, wordt beheerst door het Nederlandse recht.

#### *Titel 5. Levensonderhoud*

#### Art. 17

Ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan wordt het recht dat van toepassing is op verplichtingen tot levensonderhoud gedurende het geregistreerd partnerschap en na beëindiging met wederzijds goedvinden of door ontbinding van het geregistreerd partnerschap bepaald door het op 2 oktober 1973 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, Trb. 1974, 86.

#### Hoofdstuk 3. Het geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland wordt aangegaan

#### *Titel 1. De erkenning van het geregistreerd partnerschap.*

#### Art. 18

1. Een buiten Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap dat ingevolge het recht van de Staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan rechtsgeldig is of nadien rechtsgeldig is geworden, wordt als zodanig erkend.
2. Voor de toepassing van het eerste en het tweede lid wordt onder recht mede begrepen de regels van internationaal privaatrecht.
3. Een geregistreerd partnerschap wordt vermoed rechtsgeldig te zijn, indien een verklaring omtrent het geregistreerd partnerschap is afgegeven door een bevoegde autoriteit.

#### Art. 19

Ongeacht het bepaalde in artikel 18 wordt aan een buiten Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap erkenning onthouden, indien deze erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.

#### *Titel 2. De persoonlijke betrekkingen tussen geregistreeerde partners.*

#### Art. 20

1. Op de persoonlijke rechtsbetrekkingen van partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan is het recht, met inbegrip van het internationaal privaatrecht, van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan van toepassing.
2. Ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan, wordt de vraag of en in hoeverre de ene partner aansprakelijk is voor verbintenissen ten behoeve van de gewone gang van het huishouden, welke door de andere partner zijn aangegaan, beheerst door het Nederlandse recht, indien die andere partner en de wederpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis hun gewone verblijfplaats hadden in Nederland.
3. De vraag of de ene partner voor een rechtshandeling de toestemming van de andere partner behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan beheerst door het Nederlandse recht indien de andere partner ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft.

#### *Titel 3. Het partnerschapsvermogensregime.*

#### Art. 21

1. Op het vermogensregime van een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap is van toepassing het recht dat de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap hebben aangewezen.
2. Partners kunnen uitsluitend een rechtsstelsel aanwijzen dat het instituut van geregistreerd partnerschap kent.
3. Het door de geregistreerde partners aangewezen recht is van toepassing op hun gehele vermogen.

#### Art. 22

Tijdens het bestaan van het geregistreerde partnerschap dat in het buitenland is aangegaan kunnen de partners het partnerschapsvermogensregime onderwerpen aan een ander intern recht dan het recht dat tot dusver van toepassing was.

#### Art. 23

Het recht dat de partners rechtsgeldig als toepasselijk hebben aangewezen op het vermogensregime van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan, blijft van toepassing zolang de partners geen ander toepasselijk recht hebben aangewezen, zelfs in geval van wijziging van hun nationaliteit of gewone verblijfplaats.

#### Art. 24

De voorwaarden voor de wilsovereenstemming van de partners inzake het recht dat zij als toepasselijk aanwijzen op het partnerschapsvermogensregime, worden door dat recht bepaald.

#### Art. 25

De aanwijzing van het toepasselijke recht op het partnerschapsvermogensregime moet uitdrukkelijk zijn overeengekomen of ondubbelzinnig voortvloeien uit voorwaarden van geregistreerd partnerschap.

#### Art. 26

Voorwaarden van geregistreerd partnerschap zijn, wat de vorm betreft, geldig indien zij in overeenstemming zijn hetzij met het interne recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, hetzij met het interne recht van de plaats waar zij zijn aangegaan. Zij dienen in ieder geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide partners ondertekend schriftelijk stuk.

#### Art. 27

Een uitdrukkelijk overeengekomen aanwijzing van het toepasselijke recht op het partnerschapsvermogensregime dient te geschieden in de vorm welke voor het maken van voorwaarden van geregistreerd partnerschap is voorgeschreven hetzij door het aangewezen recht, hetzij door het recht van de plaats waar de aanwijzing geschiedt. De aanwijzing dient in elk geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide partners ondertekend schriftelijk stuk.

#### Art. 28

Indien de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap het toepasselijke recht niet of niet rechtsgeldig hebben aangewezen, wordt het vermogensregime van een geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland is aangegaan beheerst door het recht, met inbegrip van het internationaal privaatrecht, van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan.

#### Art. 29

De artikelen 12 en 13 zijn van overeenkomstige toepassing ten aanzien van partners die een geregistreerd partnerschap in het buitenland zijn aangegaan.

#### Art. 30

Of een partner bij de beëindiging met wederzijds goedvinden of door ontbinding van het geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan recht heeft op een gedeelte van de door de andere partner opgebouwde pensioenrechten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, behoudens het bepaalde in artikel 1, lid 7 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

### *Titel 4. Beëindiging van het geregistreerd partnerschap in Nederland.*

#### Art. 31

1. Of een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan met wederzijds goedvinden kan worden beëindigd of kan worden ontbonden en op welke gronden wordt beheerst door het Nederlandse recht.

2. In afwijking van het bepaalde in het eerste lid wordt het recht van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan toegepast indien in de door partners gesloten overeenkomst omtrent de beëindiging met wederzijds goedvinden van het geregistreerd partnerschap gezamenlijk een keuze voor dit recht is gedaan.
3. Ten aanzien van de beëindiging door ontbinding wordt in afwijking van het bepaalde in het eerste lid het recht van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan toegepast indien in het geding:
  - a. door de partners gezamenlijk een keuze voor dit recht is gedaan of een dergelijke keuze door een van de partners onweersproken is gebleven; of
  - b. door een van de partners een keuze voor dit recht is gedaan en beide partners een werkelijke maatschappelijke band met het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan hebben.
4. Het Nederlandse recht bepaalt de wijze waarop ontbinding van het in het buitenland aangegane geregistreerd partnerschap geschiedt.

#### *Titel 5. Levensonderhoud*

##### Art. 32

Ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland is aangegaan wordt het recht dat van toepassing is op verplichtingen tot levensonderhoud gedurende een geregistreerd partnerschap en na beëindiging met wederzijds goedvinden of ontbinding van het geregistreerd partnerschap bepaald door het op 2 oktober 1973 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, Trb. 1974, 86.

Hoofdstuk 4. Internationale bevoegdheid met betrekking tot de beëindiging van een geregistreerd partnerschap.

##### Art. 33

1. Met betrekking tot de ontbinding van het geregistreerd partnerschap komt aan de rechter steeds rechtsmacht toe indien het geregistreerd partnerschap in Nederland is aangegaan.
2. Met betrekking tot de ontbinding van het geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan komt aan de rechter rechtsmacht toe indien ten tijde van de indiening van het verzoekschrift:
  - a. beide geregistreerde partners Nederlander zijn of
  - b. een der geregistreerde partners sedert twaalf maanden, of indien hij Nederlander is, sedert zes maanden woonplaats in Nederland heeft.
3. Artikel 429c, vijftiende lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is niet van toepassing.

##### Art. 34

Met betrekking tot de bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand tot het inschrijven van de verklaring, bedoeld in art. 80c, onder c, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, is art. 33 van overeenkomstige toepassing.

Hoofdstuk 5. Erkenning van een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding en de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden buiten het Koninkrijk

##### Art. 35

1. Een buiten het Koninkrijk tot stand gekomen beëindiging met wederzijds goedvinden van het geregistreerd partnerschap wordt erkend indien zij aldaar rechtsgeldig tot stand is gebracht.
2. Een buiten het Koninkrijk na een behoorlijke rechtspleging verkregen ontbinding van het geregistreerd partnerschap wordt in Nederland erkend, indien zij is tot stand gekomen door de beslissing van een rechter of andere autoriteit aan wie daartoe rechtsmacht toekwam.
3. Een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding van het geregistreerd partnerschap, die niet voldoet aan een of meer voorwaarden in het vorige lid gesteld, wordt toch in Nederland erkend, indien duidelijk blijkt dat de wederpartij in de buitenlandse procedure uitdrukkelijk of stilzwijgend hetzij tijdens die procedure heeft ingestemd met, hetzij zich na die procedure heeft neergelegd bij de ontbinding.

**ADVIES VAN DE STAATSCOMMISSIE VOOR HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT INZAKE HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT IN VERBAND MET DE OPENSTELLING VAN HET HUWELIJK VOOR PERSONEN VAN HETZELFDE GESLACHT, DECEMBER 2001**

**1 Algemeen**

1. Bij schrijven d.d. 28 maart 2000, verzocht de Minister van Justitie de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht te adviseren over de internationaal privaatrechtelijke aspecten van het opengestelde huwelijk. “Met name”, zo voegde hij eraan toe, “zal ik het op prijs stellen te vernemen op welke punten een wettelijke regeling anders zou moeten luiden dan het door uw commissie opgestelde concept-wetsvoorstel inzake het geregistreerde partnerschap”. De regering had in de Memorie van Toelichting d.d. 8 juli 1999 op wetsvoorstel 26 672 (nr. 3 p.5) aangekondigd dit advies in te winnen na goedkeuring van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer, daarmee het advies van de Raad van State om de Staatscommissie vóór de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer te raadplegen naast zich neerlegend.

In zijn 256 ste vergadering op 8 april 2000 heeft de Staatscommissie een subcommissie ingesteld om het advies voor te bereiden. In verband met de duidelijke samenhang met het onderwerp van het geregistreerde partnerschap werd besloten om de subcommissie die het advies over dit laatste onderwerp voorbereidde ook te belasten met de advisering over het opengestelde huwelijk. De Staatscommissie besloot ook het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht) (23.373) in de beschouwingen te betrekken. Deze beide wetten hebben intussen het Staatsblad bereikt, en zijn per 1 april 2001 in werking getreden. Het betreft de Wet van 21 december 2000 (Wet openstelling huwelijk), Stb. 2001, 9 en de Wet van 21 december 2000 (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), Stb.2001, 10. Ook is aandacht besteed aan de Wet van 13 december 2000, Stb.2001, 11, tot wijziging van de regeling in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het naamrecht, de voorkoming van schijnhuwelijken en het tijdstip van de totstandkoming van de scheiding van tafel en bed alsmede van enige andere wetten, eveneens in werking getreden per 1 april 2001, alsook aan de Wet van 8 maart 2001, Stb.2001, 128, tot aanpassing van de wetgeving in verband met de openstelling van het huwelijk en de invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht, eveneens in werking getreden per 1 april 2001. Voorts is acht geslagen op de op 1 januari 2002 in werking tredende wetgeving tot modernisering van het procesrecht in burgerlijke zaken.

De subcommissie bestond uit Prof. mr. H.U. Jessurun d’Oliveira (voorzitter en rapporteur), mr. F.A.A. Duynstee, mr. I.S. Joppe, mr. R. Kotting, mr L. Strikwerda (leden) en mr. M.J. de Rooij (secretaris).

Aan het overleg werd deelgenomen door mr. D. van Iterson (Ministerie van Justitie). De subcommissie heeft 8 keer vergaderd en de uitkomst aan het plenum van de Staatscommissie aangeboden op 12 mei 2001. Het advies is plenair besproken in de vergaderingen van de Staatscommissie op 31 mei, 13 oktober, 27 oktober, 24 november en 15 december 2001 (nrs. 262-266).

**2. Uitgangspunten van het voorstel**

Op het eerste gezicht kan het lijken dat het voor personen van hetzelfde geslacht opengestelde huwelijk in de internationale dimensie op soortgelijke wijze behandeld zou kunnen worden als het geregistreerde partnerschap. In beide gevallen gaat het immers om voorzieningen in de familierechtelijke sfeer die gelijke behandeling van personen van hetzelfde geslacht met personen van verschillend geslacht dichterbij beogen te brengen. Beide instrumenten – het geregistreerde partnerschap, het opengestelde huwelijk – zullen in een aantal andere landen op weerstanden stuiten die aan volledige erkenning ervan in de weg zullen staan. Deze weerstanden, die wellicht niet van alle tijden en overal zullen zijn, en ook niet in dezelfde mate aan beide instituten ten deel zullen vallen, zullen ook aanwezig zijn binnen de rechtsorde van de Europese Unie.

Niettemin zijn er ook aanzienlijke verschillen tussen het geregistreerde partnerschap en het opengestelde huwelijk. Het belangrijkste punt van onderscheid is, dat het geregistreerd partnerschap een nieuw en jong instituut is, dat in een betrekkelijk gering, maar zich gestaag uitbreidend aantal landen is ingesteld, terwijl de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht een geconsolideerd, traditioneel bestaand instituut betreft, met een voorlopig unieke bijzonderheid op een belangrijk punt. In de sfeer van het ipr brengt dit mee, dat voor het geregistreerd partnerschap nieuwe regels dienen te worden ontworpen, terwijl het bij het opengesteld huwelijk gaat om de vraag in hoeverre de bestaande regels van ipr voor het huwelijk dienen te gelden voor het opengestelde huwelijk. Terwijl bij het ontwerpen van nieuwe regels van ipr voor het geregistreerde partnerschap bezien moest worden in hoeverre de regels van ipr voor het huwelijk als richtsnoer voor dit nieuwe instituut konden dienen, is het bij het opengestelde huwelijk de vraag, of voor het huwelijk *cum annexis* de in het internationaal privaatrecht bestaande regelcomplexen



wel toegesneden zijn op de wijziging van de inhoud van het rechtsinstituut huwelijk, die door de Nederlandse wetgeving bewerkstelligd is.

(a) Het gaat bij deze regelingen in de eerste plaats om verdragen waar Nederland partij bij is. Bij het antwoord op de vraag of het opengestelde huwelijk geacht kan worden begrepen te zijn onder de in deze verdragen gebezigde term huwelijk is het Nederlandse antwoord niet zonder meer beslissend; hier geven volkenrechtelijke regels omtrent de interpretatie van verdragen de doorslag. Het betreft vooral vragen van kwalificatie en classificatie waarbij aan de ontstaansgeschiedenis van de verdragen een belangrijke rol toekomt. Voor zover in het hiernavolgende de conclusie getrokken wordt dat een verdrag toepasselijk is ook op het opengestelde huwelijk, zal de vrijheid van de Nederlandse wetgever om binnen het toepassingsgebied van het verdrag tot nationale wetgeving over te gaan zeer beperkt dan wel uitgesloten zijn, zolang zo'n verdrag Nederland bindt. Hetzelfde geldt voor communautaire instrumenten.

(b) Uit het regeerakkoord 1998 (Kamerstukken II 1997/1998, 26024 nr. 9, blz. 68) blijkt – in de bewoordingen van de MvT bij de wet openstelling huwelijk (nr. 3, p.3) – “dat het uitgangspunt van gelijke behandeling van homoseksuele paren ten opzichte van heteroseksuele paren in de discussie over de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht de doorslag heeft gegeven”. Er is, anders gezegd, geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het huwelijksverbod voor personen van gelijk geslacht, zoals zowel in een met ruime meerderheid aanvaarde motie van de Tweede Kamer is vastgelegd, als ook in het advies van de commissie-Kortmann is geconcludeerd.

Met het veranderen van maatschappelijke omstandigheden en opvattingen komen steeds weer nieuwe aspecten van de in artikel 1 Grondwet neergelegde rechtsbeginselen naar voren. De maatschappelijke discussie over de vraag of de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht een kwestie is van gelijke behandeling is normatief door de wetgever beslist, en daarmee onder de bescherming van artikel 1 Grondwet gebracht. Dit uitgangspunt van gelijke behandeling van homoseksuele en heteroseksuele paren kent enige uitzonderingen in de verhouding tot de kinderen en “de internationale component.” (MvT p. 4). Deze laatste uitzondering op het gelijkheidsbeginsel is – zo vat de Staatscommissie het standpunt van de regering op - niet gekozen, maar noodgedwongen door de veronderstelde feitelijke constellatie dat de verdragen geen seksneutrale toepassing of interpretatie toelaten (MvT. p.5). Dit impliceert dat deze uitzondering niet gewenst en beoogd is, anders dan het onderscheid dat ten aanzien van de rechtsgevolgen van het door partners van hetzelfde geslacht aangegane huwelijk ten opzichte van kinderen wordt gemaakt. De internrechtelijke gelijke behandeling van homo- en heteroseksuele partners binnen één en hetzelfde rechtsinstituut werkt in beginsel ook in de internationale context door. Slechts daar waar onoverkomelijke obstakels worden opgeworpen vindt het gelijkheidsbeginsel zijn praktische grens. Dit impliceert, dat wanneer de premisse vervalt van de niet- toepasselijkheid van een verdrag op het opengestelde huwelijk, ook de reden voor de uitzondering komt te ontbreken. Het gaat immers niet aan de internrechtelijke eenheid van het opengestelde huwelijk in de internationale context vrijwillig te doorbreken door daar weer wel doelbewust te differentiëren tussen partners van hetzelfde geslacht en partners van verschillend geslacht. Nu eenmaal is vastgelegd dat er geen objectief gerechtvaardigd onderscheid meer is in de toegang tot en rechtsgevolgen van het huwelijk tussen mensen van hetzelfde en van verschillend geslacht, moet men aannemen, overeenkomstig artikel 1 Grondwet, dat het verbod van het maken van onderscheid alleen ingekort mag worden “indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht”, zoals artikel 2 lid 5 van de Wet gelijke behandeling man en vrouw het formuleert.

Indien in het interne recht het onderscheid ten aanzien van het huwelijk is opgeheven tussen personen van hetzelfde en verschillend geslacht, en het huwelijk nieuwe stijl daarmee onder de bescherming van artikel 1 Grondwet en artikel 26 van het door Nederland geratificeerde Internationale Verdrag inzake Burger- en Politieke Rechten (IVBPR) is geplaatst, ligt het niet voor de hand dat de Nederlandse wetgever op het gebied van het ipr deze gelijke behandeling weer ongedaan zou maken. Landen die partij zijn bij het IVBPR staat het vrij het beschermingsniveau onder dit Verdrag te verhogen; andere Verdragsstaten zijn daaraan niet gebonden. De eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, zoals gegarandeerd in artikel 8 van het EVRM, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, overeenkomstig artikel 14 van datzelfde verdrag, en onder dat verbod van onderscheid valt ook het onderscheid op grond van geslacht of seksuele voorkeur. Soortgelijke overwegingen gelden ten aanzien van artikel 12 EVRM.

Het arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 2001, RvdW 2001, 140(NJB 2001 p. 1435) (B. v. H) staat aan deze opvatting niet in de weg. De vraag of het Nederlandse huwelijk, ook wanneer het echtparen betreft van hetzelfde geslacht onder de bescherming van artikel 8, artikel 12 en artikel 14 EVRM valt, was in deze zaak niet aan de orde. De Hoge Raad overwoog slechts dat “uit de rechtspraak van het EHRM en de beslissingen van de ECRM tot nu toe niet kan worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige sprake is van ‘family life’ tussen het kind en de (voormalige) vrouwelijke partner van de moeder”.

Dat de Straatsburgse rechters zich nog niet over het nieuwe Nederlandse huwelijksbegrip hebben uitgelaten brengt niet mee, dat het buiten de beschermings sfeer van het recht op gezinsleven en het recht om te huwen, een en ander zonder discriminatie op grond van geslacht of sexuele oriëntatie, valt. Niet alleen staat het ook de Nederlandse rechter vrij het EVRM ruimer te interpreteren dan het EHRM, maar ook zijn geen argumenten te ontleen aan de lacunes in de rechtspraak van het EHRM voor terughoudende toetsing door nationale rechters aan de bepalingen van het EVRM. De huidige Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, Hartkamp, heeft erop gewezen dat “hoewel de Nederlandse rechter vrij is het EVRM op een ‘liberalere’ wijze te interpreteren dan het Europese Hof, hij de neiging heeft om de uitleg van het Hof te volgen”.<sup>1</sup> Naar de opvatting van de Staatscommissie ligt de vraag of het Nederlandse huwelijk begrepen moet worden onder de daarvoor in aanmerking komende bepalingen van het EVRM zowel in de Haagse als in de Straatsburgse jurisprudentie open, en kan zij dus onder meer op die plaatsen onbelemmerd aan de orde worden gesteld. Het evengenoemde arrest van de Hoge Raad beperkt zich tot een uitspraak over een niet-gehuwd, niet geregistreerd partnerschap en de relatie van de niet biologisch verwante ex-partner van de moeder met het kind. Er zijn geen implicaties voor de vraag of het Nederlandse huwelijk onder familielevens in het EVRM te rekenen is. In elk geval kan de gelijkstelling van het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht met het huwelijk tussen personen van verschillend geslacht in het Nederlandse conflictenrecht niet weer ongedaan gemaakt worden zonder in artikel 1 Grondwet verboden discriminatie op te leveren. De wetgever op het terrein van het internationaal privaatrecht is daaromtrent de eerste beoordelaar.

(c) Anders dan met betrekking tot het geregistreerd partnerschap is het nog niet zinvol om ten aanzien van het opengestelde huwelijk een regeling te ontwerpen op het gebied van de erkenning. Het geregistreerd partnerschap en verwante instituten bestaan inmiddels in een zich uitbreidende groep van staten; het voor mensen van hetzelfde geslacht opengestelde huwelijk kent men in deze vorm nog nergens, zij het dat in België door de regering een voornemen in die richting is kenbaar gemaakt. Overigens zou uit de Nederlandse variant van het huwelijk voortspuiten dat een in het buitenland overeenkomstig het recht van de plaats van sluiting aangegaan ‘opengesteld huwelijk’ tussen personen van hetzelfde geslacht hier te lande voor erkenning in aanmerking komt, op de voet van artikel 5 van de Wet conflictenrecht huwelijk (hierna ook: WCH). Omgekeerd is het Nederland niet gegeven om regels te stellen met betrekking tot erkenning in het buitenland van een in Nederland gesloten huwelijk. Het is immers dit buitenland dat beslist welke huwelijken daar zullen worden erkend, en welke rechtsgevolgen aan deze erkenning zullen worden verbonden. Het is aannemelijk dat in een aantal landen een huwelijk in Nederland gesloten tussen twee personen van hetzelfde geslacht met een beroep op de openbare orde van erkenning verstoken zal blijven. Het is zelfs te verwachten dat de bereidheid om het geregistreerd partnerschap te erkennen in de landen die dit instituut niet kennen, groter zal zijn dan de bereidheid om het huwelijk te erkennen van partners van hetzelfde geslacht, juist omdat zij het huwelijk als instituut, zij het met een enigszins andere architectuur kennen, en het huwelijk, anders dan het geregistreerd partnerschap, beladen is met culturele voorstellingen die in de loop van vele eeuwen zijn ontwikkeld. Deze voorstellingen komen meer dan bij het geregistreerd partnerschap onder druk te staan, nu een belangrijk facet daarvan, de geslachtsongelijkheid, in de Nederlandse variant is weggefallen.

(d) De problematiek waarmee het opengestelde huwelijk in de internationale arena te maken krijgt betreft inderdaad de vormgeving van het instituut huwelijk. In het algemeen zal men niet bestrijden dat het opengestelde huwelijk ook een huwelijk is, net zoals het kinderhuwelijk dat is, of het polygame huwelijk, of een huwelijk tussen personen die elkaar in een engere graad bestaan dan men in eigen land aanvaardt, of een postuum huwelijk, of een huwelijk met de handschoen, de voorbeelden zijn te vermeerderen. Als het buitenland bepaalde verschijningsvormen van het huwelijk niet wenst te erkennen, zoals ook in Nederland sommige vormen niet aanvaardbaar zijn, zal het een onderscheid aanbrengen op grond van de onverenigbaarheid ervan met de locale internationale openbare orde. Van de weeromstuit zal dit onderscheid op grond van de strijd met ons gelijkheidsbeginsel, in strijd zijn met constitutionele grondbeginselen van het Nederlandse recht, en dus mogelijk met de Nederlandse openbare orde. Als symptoom daarvan wordt in het wetsvoorstel 27 256 tot aanpassing van wetgeving in verband met openstelling van het huwelijk en de invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht artikel 3, eerste lid onderdeel d van de Wet conflictenrecht huwelijk gewijzigd. Hieromtrent was geen expliciet advies van de Staatscommissie gevraagd. In de voorgestelde tekst zal het onverenigbaar zijn met de openbare orde, indien “in strijd zou worden gehandeld met het voorschrift dat een persoon tegelijkertijd slechts met

een andere persoon door het huwelijk verbonden kan zijn”.

Dit artikeldeel zal dus in het vervolg nog slechts het beginsel van het monogame huwelijk verschansen achter het bastion van de openbare orde, en niet meer tegelijkertijd het beginsel van het huwelijk tussen twee mensen van verschillend geslacht. Het is de vraag of hier niet ook een geregistreerd partnerschap en soortgelijke rechtsfiguren in de weg staan aan het voltrekken van een huwelijk hier te lande, en of dat niet met zoveel woorden vermeld zou moeten worden in deze wijziging van de WCH. De gedachte dat het wel in strijd zou zijn met de Nederlandse openbare orde om hier een huwelijk te voltrekken tussen personen waarvan er tenminste één nog verbonden is door een huwelijk met een andere persoon, en niet als een van beiden nog in een geregistreerd partnerschap met een derde verbonden is, lijkt in strijd met het uitgangspunt dat geregistreerd partnerschap en huwelijk zoveel mogelijk op dezelfde manier behandeld moeten worden. Het komt de Staatscommissie voor, dat beide gevallen de openbare orde in het geweer roepen. Dit zou om nadere aanpassing van artikel 3 WCH vragen. Een alternatief voor vermelding in artikel 3 WCH zou het gebruik van de algemene exceptie van de openbare orde kunnen zijn; de voorkeur gaat uit naar de specifiekere oplossing.

### **3. Opzet van het advies**

Vooraf in verband met het hierboven onder 2 (a) gestelde, heeft de Staatscommissie zich allereerst tot taak gesteld te bezien hoe de bestaande verdragen op het terrein van het personen- en familierecht zich verhouden tot het opengestelde huwelijk en de adoptie door personen van hetzelfde geslacht. Ook internationale instrumenten die zich in laten met het gezamenlijk gezag van echtgenoten zijn in de beschouwing betrokken. Uit de voorgestelde antwoorden op de vraag of deze verdragen ook de zojuist genoemde verschijnselen omvatten volgt de eventuele ruimte die nog aan de Nederlandse wetgever toekomt om specifieke regels te geven. De Staatscommissie heeft zich beperkt tot de onderwerpen jurisdictie en toepasselijk recht. Ook ten aanzien van een enkele materiële regel wordt een voorstel gedaan. Aangezien, zoals opgemerkt onder 2 (c), erkenning in Nederland van in het buitenland aangegane huwelijken door personen van hetzelfde geslacht nog niet aan de orde is, en niet op speciale problemen zou stuiten indien dit wel het geval zou zijn, en anderzijds de erkenning van Nederlandse (opengestelde) huwelijken elders niet eenzijdig door Nederland geregeld kan worden, is dit onderwerp buiten beschouwing gelaten.

Aan het slot van het advies worden een samenvatting en conclusies weergegeven.

### **4. Het Haagse Huwelijksverdrag 1978**

Een centrale vraag die de Staatscommissie zich heeft gesteld, is die naar de reikwijdte van het Verdrag inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, Den Haag, 14 maart 1978, Trb. 1987, 137, en 1991, 44. Het Haagse Huwelijksverdrag is op 1 mei 1991 in werking getreden voor Nederland, Australië en Luxemburg. Drie andere staten hebben het verdrag ondertekend, maar (nog) niet geratificeerd: Egypte, Finland en Portugal. Indien dit verdrag toepasselijk is op huwelijken van personen van hetzelfde geslacht, verplicht het de (andere) aangesloten staten om een huwelijk te voltrekken als de verwijzingsregels het Nederlands recht als toepasselijk recht aanwijzen (artikel 3 lid 2), behoudens de openbare orde (artikel 5). Voorts zal een volgens het recht van de plaats van sluiting geldig gesloten huwelijk in de andere verdragsstaten erkend dienen te worden (artikel 9), behoudens de onverenigbaarheid van de erkenning met de openbare orde van het betrokken land (artikel 14).

Volgens de MvT (nr.3, p.5) op wetsvoorstel 26 672 ligt “een interpretatie van deze verdragen uitgaande van een seksneutraal huwelijk niet voor de hand”, omdat ze zijn totstandgekomen in een tijd dat de gedachten nog niet uitgingen naar een openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht. Deze opvatting wordt nog eens herhaald in de Nota naar aanleiding van het verslag (3 mei 2000), 26 672 nr. 5, p.19), 2 met als consequentie dat Nederland niet verplicht is om de

verdragsregels toe te passen op huwelijken van personen van hetzelfde geslacht, en dus vrij is om eigen regels van internationaal privaatrecht (toepasselijk recht, erkenning) te formuleren. (26 266 nr. 3, p.4).

De Staatscommissie is verdeeld over de vraag of het huidige Nederlandse huwelijk bestreken wordt door het Huwelijksverdrag. Een deel van de Staatscommissie komt tot dezelfde slotsom als de regering. Men beroept zich er op dat een definitie van huwelijk niet in het verdrag is opgenomen, en

dat dit dus in de woorden van het *Explanatory Report* moet worden opgevat ‘in its broadest, international sense’, waarbij het accent niet ligt op ‘broadest’ (als omvattende alle in enig rechtsstelsel voorkomende varianten), maar op ‘international’ zodat alleen wordt bedoeld op wat rechtsvergelijkend aan zekere minimumkenmerken van het instituut voldoet. Mede in verband met andere passages uit de wordingsgeschiedenis opteert dit deel van Staatscommissie ten aanzien van dit dubium voor deze oplossing. Aangezien het Nederlandse huwelijk niet voldoet aan de even genoemde minimumkenmerken van wat internationaal aan dit begrip gemeen is, valt het buiten de verdragsboot. In deze opvatting is er dan in het verdrag een rechtspolitieke leemte, die door nationale wetgeving kan worden aangevuld of opgevuld.

Anderzijds is er een stroming binnen de Staatscommissie die tot een ander oordeel komt. Ook dit oordeel berust op bestudering van de ontstaansgeschiedenis van het Verdrag als neergelegd in de *Actes et Documents de la Treizième Session Tome III, Mariage* (1978) en de structuur van het Verdrag. Hieruit rijst het volgende beeld op.

Het Verdrag geeft geen definitie van het begrip huwelijk. Dit is niet toevallig. Het is een beproefd procédé in het werk van de Haagse Conferentie om niet te pogen kwalificatieproblemen te elimineren door het zo scherp mogelijk definiëren van het onderwerp van de verdragsregeling, maar door het inschakelen van een openbare orde –clausule, of door het expliciet uitsluiten van bepaalde deelonderwerpen. Het *Rapport Explicatif* van Alfred E. von Overbeck bij het zusterverdrag over het huwelijksgoederenrecht zegt hierover<sup>3</sup>:

“la convention ne contient pas de définitions des termes tels que, ‘régime matrimonial’, ‘résidence habituelle’, ‘contrat de mariage’ dont se servent ses règles de conflits. Elle suit ainsi une tradition éprouvée de la Conférence de la Haye, de telles définitions ne conduisant le plus souvent qu’à déplacer la difficulté qu’elles sont censées de résoudre”.

Zo antwoorden bijvoorbeeld de Verenigde Staten op vraag 6 van de questionnaire ter voorbereiding van het Huwelijksverdrag, luidend:

“Should there be express language in the Convention dealing with any of the following aspects of marriage:

a. different sexes of the parties;”

het volgende

These matters should be governed by the law applicable by the Convention. Any seriously offensive results that might be reached under this law could presumably be avoided by the public policy exception.”

Een kleine meerderheid van de responderende staten gaf hetzelfde antwoord, waaronder de staten die het verdrag hebben geratificeerd, dus ook Nederland. In het voorbereidend rapport van Adair Dyer jr. wordt het onderwerp van de definitie van het huwelijk met het kenmerk van het verschillend geslacht besproken mede op basis van de op de questionnaire ingezonden antwoorden. Hij zet daar onder meer uiteen, niet bekend te zijn met statelijke rechtsstelsels die het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht kennen.

Maar

“if such a legal development did take place, it would certainly seem that there would not be sufficient consensus in support of recognition of a ‘married’ state in such circumstances to include it in the coverage of an international convention; in fact a noted authority (Batiffol-Lagarde) has indicated that the question would certainly be affected with public policy (ordre public) if the matters were raised in litigation. An abundance of caution might call for limiting the scope of the Convention by reference to “marriages between partners of different sexes”, even if the concept of marriage were not further defined.”

Bij deze passages passen twee interpretatieve opmerkingen. In de eerste plaats is het onderwerp van de same-sex marriages, zoals reeds blijkt uit de (antwoorden op de) questionnaire en het inleidend rapport-Dyer, uitdrukkelijk onder ogen gezien, ook al waren daarvan empirisch geen voorbeelden bekend. Er is dus geen rechtspolitieke lacune, die zou verhinderen onder het verdragsbegrip “huwelijk” ook huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht te begrijpen.

In de tweede plaats blijkt uit het vervolg van de verdragsgeschiedenis dat men geen “abundance of caution” heeft willen uitoefenen, en een open huwelijksdefinitie heeft geprefereerd die mede polygame huwelijken, kinderhuwelijken, huwelijken in verboden graden, huwelijken met de handschoen, postume huwelijken etc. omvat. Het rapport van de speciale commissie zegt over de definitie van “huwelijk”<sup>5</sup>:

“Putting aside the problems which relate essentially to the definition of marriage (such as polygamous ‘marriage’, forced ‘marriage’ and homosexual ‘marriage’), the Special Commission (...) had first to come to grip with the basic distinction between celebration and status.”

Het rapport gaat bij de beschrijving van de algemene structuur van het voorontwerp in op de kwestie van de definitie van het huwelijk daarin<sup>6</sup>:

“On the international scene, the institution of marriage has not been expressed of course in one single legal concept. The forms and incidents vary from State to State and from culture to culture. (...)

The Special Commission has not attempted to qualify or to reduce the scope of the term ‘marriage’ in the preliminary draft Convention by definition, and this term when used in the Convention should be taken to refer to the institution in its broadest, international sense. This approach does not, however, necessarily require a State to adopt or accept all particular features or incidents of the foreign institute.”

Deze tekst is vrijwel in overeenstemming met de conclusies van de eerste bijeenkomst van de Special Commission<sup>7</sup>:

#### **“Definition of Marriage**

It is generally undesirable to attempt to define marriage; those differences in characterisation which are so significant as to cause serious difficulties may be dealt with under a general ‘public policy’ clause. (The question of polygamy was, however, reserved.(...))”

Deze reserve ten aanzien van polygame huwelijken werd uiteindelijk ingetrokken. In het Explanatory Report van Malmström bij het verdrag heet het dan ook<sup>8</sup>:

“9. Should a convention of this type include a definition of the concept of marriage? The Special Commission did not attempt to present a definition in the preliminary draft convention (...) and the attitude of the Third Commission was the same. Accordingly, the Convention does not expressly define the concept of marriage. This means that the term ‘marriage’ in the Convention (as in the preliminary draft) shall be taken to refer to the institution in its broadest, international sense.”

Uit een en ander blijkt, dat men de term ‘huwelijk’ in het verdrag niet heeft willen definiëren<sup>9</sup>, en dat de wens van sommige delegaties om inperkende definities in het verdrag te schrijven geen genade heeft kunnen vinden. Dit geldt voor het polygame huwelijk, maar ook voor het *same-sex* huwelijk, dat uitdrukkelijk aan de orde is gesteld. Zo werd het verlangen van Luxemburg, ‘que soit précisé que le mariage est hétérosexuel’ in de wind geslagen. <sup>10</sup> Al die relaties die in de interne rechtsorde van staten – al dan niet partij bij het verdrag – als huwelijk worden bestempeld, vallen dus onder de verdragsdefinitie. Dat is de betekenis van de utlating in het Toelichtend Rapport dat de institutie ‘in its broadest, international sense’ moet worden verstaan bij de in het verdrag gebruikte term ‘huwelijk’. Er wordt niet verwezen naar een rechtsvergelijkende grootste gemene deler, of een ‘essentie’ van het instituut, maar naar bestaande en toekomstige vormgevingen ervan. Eventuele problemen dienen, zoals gebruikelijk in de Haagse verdragentechniek, te worden opgevangen door de exceptie van de openbare orde.

Te bedenken zij, dat Hoofdstuk I van het Haagse Huwelijksverdrag, dat gaat over de huwelijkssluiting, van ratificatie uitgesloten kan worden (artikel 16). Het accent heeft gelegen op Hoofdstuk II, de erkenning van de geldigheid van het huwelijk. Ook hier treft men geen definitie aan. Wel is het erkenningshoofdstuk niet van toepassing op een aantal typen huwelijk (artikel 8). Deze negatieve inperking van het verdragshuwelijk betreft hoofdzakelijk naar de vorm afwijkende huwelijken, zoals militaire-, scheeps-, handschoenhuwelijken. Voor het overige doet de exceptie van de openbare orde zijn werk. Men vindt in artikel 11 een aantal specifieke weigeringsgronden (zoals ten aanzien van het polygame huwelijk) en een algemene exceptie van de openbare orde (artikel 14). Als gebruikelijk zijn de openbare orde-beperkingen facultatief; zij verplichten niet tot niet-erkenning van elders – ook in niet verdragsstaten - gesloten huwelijken die *lege loci celebrationis* geldig zijn.

Hoewel uiteraard enigszins getwijfeld kan worden aan het gewicht van de in het voorgaande aangehaalde passages, en ook een debat gevoerd kan worden over wat nu op de keper beschouwd de uitdrukking ‘in its broadest, international sense’ betekent, wijst toch zoveel in de verdragsgeschiedenis, gecombineerd met zijn objectieve structuren, in de richting van een nietuitsluiting van het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht, waarover bij herhaling in de stukken gesproken is, dat volgens deze meerderheid als meest aannemelijke interpretatie moet

worden vastgehouden aan een concept huwelijk dat mede huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht omvat. Wel zijn de aangesloten andere staten Luxemburg en Australië zonder twijfel vrij de sluiting ervan of de erkenning te blokkeren of te weigeren op grond van de openbare orde-exceptione. Als opgemerkt is de Staatscommissie verdeeld. In Nederlandse verhoudingen is de kwestie in zoverre van theoretische betekenis, dat de rechtstoepasser de Wet conflictenrecht huwelijk als uitvloeisel van het Huwelijksverdrag zal beschouwen en deze dus in het algemeen zal toepassen zonder terug te grijpen op het Verdrag. De andere verdragspartijen zullen bij de interpretatie ervan mogelijk rekening houden met de Nederlandse opvattingen omtrent zijn reikwijdte.

### **5. De Wet conflictenrecht huwelijk**

De Wet conflictenrecht huwelijk (hierna ook: WCH), die in zijn volle titel het nauwe verband met het Haags Huwelijksverdrag demonstreert, kent evenmin als het verdrag een definitie van het huwelijk. Men mag, gegeven de enge samenhang met het Huwelijksverdrag, dat deels ook in de wet geïncorporeerd wordt, aannemen dat het voorbeeld van het verdrag bij het niet- definiëren van de term ‘huwelijk’ is gevolgd, en dat ook hier huwelijk ‘in its broadest, international sense’ wordt opgevat.<sup>11</sup> De Wet aanpassing wetgeving in verband met openstelling van het huwelijk en de invoering van personen van hetzelfde geslacht (Stb.2001,28 ) heeft reeds een wijziging meegebracht van het huidige artikel 3, eerste lid onderdeel d van de Wet conflictenrecht huwelijk. Het betreft de – verplichte – weigeringsgrond tot het voltrekken van een huwelijk indien daarbij “in strijd zou worden gehandeld met het voorschrift dat de man tegelijkertijd slechts met een vrouw, de vrouw slechts met een man door het huwelijk verbonden kan zijn”. Deze bepaling die zowel de monogamie voorschrijft alsook het heteroseksuele huwelijk dicteert, diende uiteraard te worden aangepast en luidt thans: “d. in strijd zou worden gehandeld met het voorschrift dat een persoon tegelijkertijd slechts met één andere persoon door het huwelijk verbonden kan zijn “.

Het komt de Staatscommissie inderdaad voor dat deze wetswijziging zo urgent was, dat zij tegelijkertijd met de invoering van het opengestelde huwelijk haar beslag diende te krijgen. Zoals eerder onder par. 2. (d) opgemerkt is hiermee het voor personen van hetzelfde geslacht opengestelde huwelijk niet alleen uit de sfeer van de Nederlandse (negatieve) openbare orde gebracht, maar is de wetswijziging de internationaal privaatrechtelijke consequentie van de doorwerking van het internrechtelijke gelijkheids- of nondiscriminatiebeginsel ten aanzien van paren van hetzelfde geslacht. Daarmee bevindt ze zich in de sfeer van de fundamentele rechten met daarbij behorende geprivilegieerde status. Uit deze wijziging van de WCH vloeit naar het oordeel van de Staatscommissie voort, dat ook huwelijken, in het buitenland rechtsgeldig voltrokken tussen personen van hetzelfde geslacht, voor erkenning in aanmerking komen en niet als zodanig op de Nederlandse openbare orde zullen stuiten.

Met deze wijziging van de WCH die zich geheel verdraagt met het verdrag, dit laat immers de verdragsstaten vrij in de vormgeving van hun openbare orde- exceptione, zijn de onderwerpen van het toepasselijk recht en de erkenning naar vermogen en adequaat geregeld. Als eerder opgemerkt zal de erkenning elders van het hier te lande gesloten huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht met of zonder verdrag afhangen van de opvattingen die men in de onderscheiden landen huldigt over wat de openbare orde daar verlangt. Hierbij zal in de regel een glijdende schaal een rol kunnen spelen, al naar gelang de aanraking met het betrokken land indringender of geringer is. Het is zaak personen van hetzelfde geslacht die hier te lande in het huwelijk treden, duidelijk voor te lichten over de waarschijnlijkheid dat zij een *matrimonium claudicans* (hinkend huwelijk) aangaan, al zal het zeker niet uitgesloten zijn dat in de praktijk ook in buitenlandse rechtsstelsels bepaalde rechtsgevolgen zullen worden toegekend aan het opengestelde huwelijk.

In de Nederlandse context zal overigens in de regel niet duidelijk zijn of het Haagse Huwelijksverdrag dan wel WCH wordt toegepast, omdat dit laatste het verdrag aan de waarneming onttrekt. “*Un train peut en cacher un autre*”. De rechter zal zich in de regel richten naar de bepalingen van de Nederlandse wet, in de terechte veronderstelling dat deze niet strijdig zal zijn met het Verdrag. Dat neemt niet weg, dat de toepasselijkheid van het Verdrag op het opengestelde huwelijk, een aparte, parallelle regeling voor huwelijken van personen van hetzelfde geslacht overbodig maakt. De WCH heeft in dat geval geen zelfstandige betekenis, en moet worden gezien als uitvoering van het Verdrag. Bovendien is te verwachten, dat het Verdrag een zekere tegendruk zal uitoefenen tegen het inzetten van de openbare orde, zoals dat buiten Verdrag zal kunnen geschieden. Dit geldt bijvoorbeeld ook in de sfeer van artikel 12 van het Verdrag, dat de geldigheid van het huwelijk als voorvraag behandelt.

Hier heeft het recht van verdragslanden een streepje voor.

Hierboven sub par. 2 (d) heeft de Staatscommissie zich de vraag gesteld of de voorgestelde wijziging van artikel 3 WCH niet ook zijn polygamie-exceptie zou moeten uitspreken over personen die op het moment van het aangaan van een huwelijk nog verbonden zijn in een geregistreerd partnerschap en daaraan equivalente relaties. Om de daar aangegeven redenen beantwoordt de Staatscommissie deze vraag bevestigend. De opvatting, dat reeds nu in de WCH geregistreerde partnerschappen en op dezelfde voet te behandelen buitenlandse instituties zouden moeten worden opgevat als huwelijk en dus geen expliciete benoeming verdienen in deze wet is onaannemelijk. Overigens zij rekening te houden met de omstandigheid, dat naar Frans recht een *Pacs van rechtswege* eindigt door het aangaan van een huwelijk, voordat een nieuwe *Pacs* wordt aangegaan, (of een geregistreerd partnerschap, zo voegt de Staatscommissie hieraan toe), dient de eerdere *Pacs* ontbonden te zijn. Het verbod van polygamie kan dus niet alleen zijn juridische uitwerking krijgen in de vorm van een beletsel tot het aangaan van een volgende geregistreerde relatie, maar ook in de automatische ontbinding van de vorige bij het aangaan van een nieuwe.

## 6. De Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen

De Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen van 16 september 1993, in werking getreden op 1 juni 1994 (Stb. 1993, 14) gebruikt de term ‘echtgenoten’ zonder deze nader te definiëren. De Staatscommissie gaat ervan uit, dat met inwerkingtreden van de Wet openstelling huwelijk de term mede echtgenoten gaat omvatten die van hetzelfde geslacht zijn. Indien dit juist is, kan een expliciete verwijzing in de wetstekst zelf naar het wegvallen van de eis dat zij van verschillend geslacht zijn, achterwege blijven. De term ‘echtgenoten’ in deze wet evolueert mee met de ontwikkeling van het begrip in het Burgerlijk Wetboek.

Wat de inhoud van de regels van conflictenrecht betreft kan worden opgemerkt dat de aanknopingsladder in het algemeen wel zal voldoen. Te verwachten is, dat het merendeel van de ‘opengestelde’ huwelijken door Nederlanders zal worden gesloten, en dat dus het Nederlandse recht toepasselijk zal zijn. Ook buitenlanders die in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben, worden op grond van artikel 1 lid 1 sub b aan Nederlands recht onderworpen, voor wat betreft hun persoonlijke rechtsbetrekkingen. Ontbreken beide aanknopingspunten, dan is toepasselijk “het recht van de staat waarmee zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst zijn verbonden” (artikel 1 lid 1 sub c). Gegeven de uniciteit van het opengestelde huwelijk kan de Staatscommissie zich voorstellen, dat de *locus celebrationis* in die gevallen een bijzonder gewicht toegemeten zal kunnen krijgen. Men vergelijk de aanzienlijk verzwaarde rol van de *lex loci celebrationis* in het ontwerp-wetsvoorstel internationaal privaatrecht geregistreerd partnerschap van de Staatscommissie 2. De artikelen 2 en 3 van de wet, die de aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden en de toestemming voor zekere rechtshandelingen van de andere echtgenoot betreffen, respectievelijk de te beschermen echtgenoot (wiens toestemming vereist is) verwijzen naar het recht van de gewone verblijfplaats van de handelende echtgenoot. Deze bepalingen zijn voor echtelieden met gewone verblijfplaats in Nederland van kleur veranderd sedert de Wet van 31 mei 2001, Stb.2001, 275 waarbij een aantal persoonlijke rechten en verplichtingen van echtgenoten zijn afgeschaft (zoals onder meer de samenwoonverplichting van artikel 1:83 BW en de verplichting tot het beschikbaar stellen van huishoudgeld volgens artikel 1:85 BW).

## 7. Het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978

Bij de bespreking van het Haagse Huwelijksverdrag is het Verdrag dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van Den Haag, 4 maart 1978, Trb.1988, 130 en 1992, 123 al even aan de orde geweest. Het is door Frankrijk, Luxemburg en Nederland geratificeerd en voor deze landen op 1 september 1992 in werking getreden. Wederom zijn verdragstermen zoals ‘*régime matrimonial*’ en ‘*contrat de mariage*’ niet gedefinieerd. De gebruikte termen zijn verdragsautonoom, in te vullen overeenkomstig doel en strekking van het verdrag, en niet slechts in overeenstemming met hun betekenis in één der verdragsstaten. 13 Dit geldt ook voor de in het verdrag gebezigde term ‘echtgenoten’. Het ligt voor de hand om aan te nemen, dat de ‘echtgenoten’ van het Huwelijksvermogensverdrag in beginsel dezelfde zullen zijn als in het zusterverdrag van dezelfde datum aangaande het huwelijk. Niet alleen de nauwe samenhang van de materie van beide verdragen spreekt daarvoor, maar ook, meer algemeen, de eis van consistentie tussen Haagse verdragen uit een bepaalde periode. Te bedenken is daarbij ook, dat beide verdragen universele werking hebben en

dus in beginsel elk recht ter wereld als toepasselijk op bepaalde vragen kunnen aanwijzen. Het huwelijk dat in het Huwelijksvermogensverdrag wordt voorondersteld, en waarvan het bestaan en de geldigheid als voorvraag bij de toepassing van dat Verdrag aan de orde gesteld kan worden, is dat van het Haagse Huwelijksverdrag. Indien een en ander juist is, dan moet worden aangenomen, dat mogelijk ook het Huwelijksvermogensverdrag toepasselijk is op huwelijken die opengesteld zijn voor personen van hetzelfde geslacht.

De vraag rijst intussen, of de regeling van dit verdrag wel geschikt is om te gelden voor het opengestelde huwelijk. Het gaat uiteraard vooral om echtgenoten van hetzelfde geslacht. Hoewel in het Nederlandse interne recht een differentiatie naar geslacht in de relaties tussen echtgenoten niet meer gemaakt kan worden, is het te verwachten dat dit voorlopig doorgaans in het buitenland wel zal gebeuren. Het verdrag kan het inroepen van de exceptie van de openbare orde door andere staten evenmin verhinderen als Nederlandse internationaal privaatrechtelijke wetgeving.

De Staatscommissie meent dat dit type problemen nauwelijks zal optreden, en dat de meeste problemen van internationaal huwelijksvermogensrecht zullen rijzen onafhankelijk van het geslacht van de echtgenoten. Anders dan in het geval van het geregistreerd partnerschap – een instelling die in maar een betrekkelijk gering aantal landen is geregeld, en waar dan ook een geregistreerd partnerschapsvermogensregime in de regel ontbreekt – beschikken vrijwel alle landen over regelingen met betrekking tot het huwelijksvermogen. Ook in het geval dat een bepaald land het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht niet erkent, kan toch de Nederlandse rechter, of notaris, of andere rechtstoepasser het huwelijksvermogensrecht van dat land toepassen. Of deze toepassing zich ook in de praktijk zal kunnen doorzetten hangt uiteraard ook van de feitelijke constellaties af. Soms zal echter het toepasselijke recht ongeschikt zijn voor toepassing op huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht. Dit is het geval indien het gaat om bepalingen die geslachtsspecifiek zijn, zoals bijvoorbeeld in op de Islam georiënteerde rechtsstelsels.

Niettemin kunnen problemen rijzen wanneer zich vermogensbestanddelen bevinden in landen die het opengestelde huwelijk niet erkennen. Ook al zal bijvoorbeeld ter gelegenheid van een echtscheiding de Nederlandse rechter in voorkomend geval zo'n buitenlands recht toepassen op een verdeling met vermogensbestanddelen in het betrokken land, het blijft een open vraag of een dergelijke aanwijzing zich ook in de werkelijkheid zal weten door te zetten. Toch is te verwachten dat in het buitenland ten aanzien van de vermogensrechtelijke gevolgen van het opengestelde huwelijk enige toeschietelijkheid getoond zal worden. De parallel met het polygame huwelijk en zijn gevolgen geeft reden tot voorzichtige hoop. In voorkomende gevallen zal bovendien soms uitkomst kunnen worden verwacht van artikel 6 van de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime, dat verrekening mogelijk maakt van door de andere echtgenoot ten aanzien van in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen genoten voordelen.

Opgemerkt zij nog, dat problemen niet helemaal kunnen worden ondervangen door het uitbrengen van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3 van het Huwelijksvermogensverdrag. Meestentijds zal op grond van de daar geboden mogelijkheden het Nederlandse recht gekozen kunnen worden, maar als zodanig is de *locus celebrationis* geen aanknopingspunt. Op het bestaan van buitenlandse valkuilen en op de mogelijkheid van het uitbrengen van rechtskeus zal in de voorlichting de aandacht moeten worden gevestigd.

## **8. Beëindiging van het huwelijk (toepasselijk recht)**

Met betrekking tot het recht dat toepasselijk is op de beëindiging van het (opengestelde) huwelijk zijn geen verdragen rechtstreeks van betekenis. Het Luxemburgse verdrag inzake de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband en het Haagse verdrag inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidings van tafel en bed bevatten alleen indirecte bepalingen inzake het toepasselijke recht, als voorwaarde voor de erkenning van de beslissingen. Jurisdictievraagstukken zullen hierna in par. 9 behandeld worden.

Het slaken van de huwelijksband kan in Nederland op twee manieren aan de orde komen:

- a) door omzetting van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap;
- b) door rechtstreekse ontbinding van het huwelijk.

Ad a) Door de omzetting van een (opengesteld) huwelijk in een geregistreerd partnerschap of de overstap van het geregistreerd partnerschap naar het huwelijk, komen de manieren van beëindiging van het geregistreerd partnerschap in zicht, waarvan een enkel aspect hier kort bespreking verdient. Naar Nederlands recht kan bijvoorbeeld het geregistreerd partnerschap beëindigd worden met



wederzijds goedvinden zonder tussenkomst van de rechter maar met medewerking van de ambtenaar van de burgerlijke stand en één of meer advocaten en notarissen (artikel 1: 80c BW). Aangezien de ontbinding van het huwelijk doorgaans de interventie van een rechterlijke autoriteit veronderstelt, kan deze overstap aantrekkelijker lijken voor sommige echtparen, die zonder rompslomp en met onderling goedvinden het huwelijk willen beëindigen. In de wandeling heeft dit procédé de benaming 'flitsscheiding' meegekregen. Dat hieraan niettemin meer haken en ogen zitten dan men zo op het eerste gezicht zou menen, zal hieronder in par. 12 uiteengezet worden. 14

Ad b) Komt het tot een ontbinding van het huwelijk in Nederland, dan is in beginsel daarop toepasselijk de wet van 25 maart 1981, de Wet conflictenrecht echtscheiding (WCE). De Staatscommissie gaat er immers van uit, dat de betekenis van het begrip 'huwelijk' in deze wet net als die in de Wet conflictenrecht huwelijk, met de inwerkingtreding van de wet van 21 december 2000 (Stb.2001, 9), ook het huwelijk omvat nu het is opengesteld voor personen van hetzelfde geslacht. Dit huwelijk dient, met andere woorden, gekwalificeerd te worden als een huwelijk in de zin van de WCE. Ook het polygame huwelijk valt onder de werking van de WCE, zoals duidelijk blijkt uit de bepaling over de verstoting. Het Nederlandse interne recht kent, in beginsel, geen ander huwelijk dan het opengestelde huwelijk, en het zou in strijd zijn met het algemene beginsel dat er overeenkomstig het recht van de staat tot welks rechtsorde het internationaal privaatrecht behoort gekwalificeerd wordt, als zonder zoveel woorden het instituut uit het eigen recht uitgesloten zou worden, of daarbinnen een onderscheid zou worden aangebracht tussen paren van hetzelfde en paren van verschillend geslacht. Dit zou waarschijnlijk ook in strijd zijn met artikel 1 Grondwet en, zoals hiervoor onder par. 2 b betoogd, mogelijk ook met de artikelen 8, 12 en 14 van het EVRM, alsmede artikel 26 IVBPR. De vraag rijst dan of de WCE uit 1981 voldoende is toegesneden op het nieuwe Nederlandse huwelijksinstituut. De Staatscommissie meent dat dit het geval is. Artikel 1 WCE zal in de regel leiden tot toepasselijkheid van het Nederlandse recht op de echtscheiding en dat recht kent geen voor het opengestelde huwelijk problematische bepalingen. 15 Toepasselijkverklaring en toepassing van een buitenlands rechtsstelsel overeenkomstig bijvoorbeeld artikel 1 lid 1 sub a WCE (aanknopning aan het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit) zal in de regel evenmin op problemen stuiten. Mocht het buitenlands recht geslachtsgebonden, differentiërende bepalingen kennen zoals in het op de Islam georiënteerde recht doorgaans het geval zal zijn, kan met een beroep op strijd met het gelijkheidsbeginsel, dat in Nederland van openbare orde wordt beschouwd, dit buitenlandse recht opzij gezet worden en vervangen worden door het Nederlandse recht. Ook bestaat de mogelijkheid om zo'n buitenlands recht als technisch niet toepasbaar te beschouwen op huwelijken van partners van hetzelfde geslacht, en om deze reden uit te wijken naar het recht van de rechter. Bij het toepassen van de realiteitstoets van artikel 1 lid 2 WCE en de bepaling van de effectieve nationaliteit overeenkomstig artikel 1 lid 3 WCE kan gewicht worden toegekend aan de omstandigheid dat de betrokkene in Nederland een huwelijk is aangegaan met een partner van hetzelfde geslacht; in beide gevallen wordt met dit gezichtspunt een bijdrage geleverd tot de conclusie dat Nederlands recht toepasselijk is. 16

## **9. Echtscheidingsjurisdictie**

De Verordening (EG) 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen (Brussel II), in werking getreden per 1 maart 2001, is blijkens artikel 1 lid 1 sub a van toepassing op burgerlijke rechtsvorderingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk<sup>17</sup>. Het is de vraag of ook het opengestelde huwelijk onder dit Europees verordeningsbegrip huwelijk valt, en dus onder het begrip echtscheiding. 18 Nederland kent maar één huwelijk: het opengestelde. In Nederland onderscheid maken binnen het huwelijk al naar gelang het een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht betreft of personen van verschillend geslacht, levert verboden discriminatie op. Vanuit het Nederlandse gezichtspunt moet wel worden aangenomen dat het Nederlandse huwelijk een huwelijk is in de zin van de Verordening. Het zou immers merkwaardig zijn indien in een instrument dat als verordening in alle lidstaten geldt, het huwelijk zoals dat gestructureerd is in één van de lidstaten buitengesloten zou zijn, zonder dat dit uit de tekst zou blijken. De strekking van de Verordening, de bevordering van de interne markt, waartoe het vrije verkeer van beslissingen in burgerlijke zaken verbeterd en versneld wordt, mede in verband met de waarborg van het vrije verkeer van personen, zoals een en ander uit de considerans van de Verordening valt op te maken, is niet te

rijmen met het stilzwijgend wegdefiniëren van de huwelijksvorm van één van de lidstaten. Ten tijde van de voorbereiding tot de Verordening waren de makers bekend met de ontwikkelingen in Nederland, die kort na de totstandkoming van de Verordening hebben geleid tot het van kracht worden van de nieuwe Nederlandse huwelijks- en adoptiewetgeving. Minst genomen is de kwestie stilzwijgend opengelaten. Uiteindelijk zal de reikwijdte van het begrip huwelijk in de communautaire rechtsorde beslist moeten worden aan de hand van door het Hof van Justitie te geven antwoorden op prejudiciële vragen.

De begrippen huwelijk en echtgenoot spelen ook elders in het gemeenschapsrecht een rol. Zo wordt de bewegingsvrijheid van personen ook toegekend aan 'echtgenoten' van primair gerechtigden. In de rechtspraak van de Europese rechtsprekende instanties is tot nog toe geen communautair huwelijksbegrip gecreëerd en heeft men zich gerefereerd aan in de lidstaten circulerende huwelijksvormen of aldaar erkende huwelijken. Uitbreiding van het begrip huwelijk tot andere samenlevingsvormen, is door het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie tot nu toe afgewezen.<sup>19</sup> Zij houden vast aan het formeel criterium 'huwelijk' als gedetermineerd door het (internationaal) privaatrecht van de lidstaten. Een en ander brengt mee, dat niet alleen de Nederlandse rechter zijn echtscheidingsjurisdictie primair vindt in Vo 1347/2000, maar dat hetzelfde geldt voor de rechter van de andere lidstaten die geconfronteerd wordt met een Nederlands huwelijk. Wel blijft krachtens artikel 15 van de Verordening een beslissing genomen terzake van de echtscheiding van een Nederlands huwelijk eventueel onderhevig aan niet-erkenning wegens strijd met de openbare orde van de aangezochte staat. Hier kan zich dan een paradoxale situatie voordoen dat de rechter van land A een echtscheidingsverzoek dient te behandelen van een Nederlands opengesteld huwelijk, maar het verzoek niet ontvankelijk verklaart omdat hij zo'n huwelijk als in strijd met zijn openbare orde niet hoeft te erkennen.

De recente uitspraak van het Hof van Justitie van 31 mei 2001<sup>20</sup> in een ambtenarenzaak maakt dit niet anders. Het ging daar over de vraag of een geregistreerd partnerschap moest worden begrepen onder de in het Ambtenarenstatuut (en elders) gebezigde begrippen huwelijk en echtgenoot, met het oog op toekenning van een kostwinnerstoelage. Hiertoe voltrekt het Hof van Justitie een vergelijking tussen het huwelijksregiem en dat van het geregistreerd partnerschap. Over het huwelijk - de ene poot van de vergelijking - zegt het Hof niet meer dan dat

'vaststaat, dat volgens de door de lidstaten in het algemeen aanvaarde definitie van het begrip huwelijk, dit een verbintenis tussen twee personen van verschillend geslacht is.'

Deze zuiver feitelijke, beschrijvend-rechtsvergelijkende constatering, waaraan alle normativiteit ontbreekt, wordt dan gevolgd door een betoog dat het geregistreerd partnerschap zoveel verschillende gedaantes kent, dat het niet met huwelijk geassimileerd kan worden, althans niet door rechterlijke interpretatie; wil men de gelijkstelling, dan moet de gemeenschapswetgever maar optreden. De procestaal is Frans, en spreekt over '*la définition communément admise*', d.w.z. gewoonlijk, doorgaans, in de wandeling. In de Engelse versie heet het dat de definitie '*generally accepted*' is. Alleen in de Duitse versie heet het dat de definitie '*in allen Mitgliedstaaten*' geldt. Het Hof geeft dus een correcte beschrijving van de stand van zaken in de lidstaten, dat algemeen het huwelijk gedefinieerd wordt als een verbintenis tussen een man en een vrouw, maar het gaat niet zo ver te stellen, dat dit in alle lidstaten zo is. Dat zou ook feitelijk onjuist zijn. Het betreft hier een rechtsvergelijkend *obiter dictum*, dat de beslissing inleidt, maar niet draagt. Het niet assimileren van wettelijk geregelde niet-huwelijkse relaties, waaronder geregistreerde partnerschappen, de Pacs en dergelijke met het huwelijk, zegt niets over de vraag of het Nederlandse huwelijk onder een eventueel communautair huwelijksbegrip valt. Tot op heden heeft het Europese Hof van Justitie zich altijd gerefereerd aan de nationale invullingen van het huwelijksinstituut.

In dit verband moet ook melding gemaakt worden van een schrijven van de DG Personeel en Administratie van de Europese Commissie d.d. 15 mei 2001 omtrent de betekenis van het Nederlandse huwelijk voor het Ambtenarenstatuut.<sup>21</sup> In deze brief wordt te kennen gegeven dat voor de doeleinden van de toepassing van het Ambtenarenstatuut elk huwelijk, gesloten in Nederland onder het Nederlandse recht, erkend dient te worden. Daarbij wordt gewezen op artikel 1 bis van het Ambtenarenstatuut dat in 1998 is ingevoegd, en dat gelijkheid van behandeling binnen dit statuut garandeert ongeacht onder meer seksuele oriëntatie. Voorts wordt opgemerkt dat het Europees grondrechtenhandvest, dat nog geen bindende kracht heeft, het recht om te huwen en een gezin te stichten waarborgt volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze rechten beheersen. Nu de positie van Europese ambtenaren mede berust op het algemene primaire en secundaire

gemeenschapsrecht, ook in de sfeer van het recht op bewegingsvrijheid, is het niet onaannemelijk dat deze positie van de Europese Commissie ook voor Unieburgers in het algemeen gevolgen zal hebben. Zij kan mede de interpretatie van Verordening 1347/2000 beïnvloeden.<sup>22</sup> Evenbedoelde brief van de DG Personeel en Administratie is inmiddels bevestigd door de heer Kinnoch namens de Commissie in antwoord op schriftelijke vragen van de Europees parlementariër Buitenweg.<sup>23</sup>In dit antwoord bevestigt de Eurocommissaris de zienswijze van de DG. Hij vervolgt: "Na overleg binnen haar diensten heeft de Commissie opdracht gegeven om het huwelijk dat een ambtenaar heeft gesloten volgens het gewijzigde Nederlands Burgerlijk Wetboek, op dezelfde wijze te behandelen als welk ander huwelijk ook dat in een lidstaat officieel is aangegaan.

De Commissie heeft ook het Parlement en de overige instellingen verzocht eenzelfde gedragslijn te volgen ten opzichte van hun ambtenaren."<sup>24</sup>

Ook buiten de Europese jurisdictieregels van Vo 1347/2000 kan nog plaats zijn voor jurisdictieregels van nationale snit. De artikelen 7 en 8 van de Verordening die het toepassingsgebied ervan afgrenzen geven daartoe mogelijkwijs ruimte. Volgens een door de helft van de leden van de Staatscommissie aangehangen opvatting zijn de bepalingen van de artikelen 2-6 alleen van toepassing, voor zover zich één van de gevallen van artikel 7 voordoet; deze bepalingen zijn dan exclusief, dat wil zeggen zij sluiten andere jurisdictiebepalingen uit (voor zover hoofdstuk IV geen afwijking toelaat en zelf in overeenstemming met het volkenrecht is).

Er is dus in deze visie overeenkomstig artikel 8 nog een zekere vrije, discretionair op te vullen ruimte voor Nederlandse jurisdictiebepalingen. Het betreft jurisdictie met betrekking tot een gedaagde echtgenoot die niet in één van de lidstaten gewone verblijfplaats heeft, noch ook de nationaliteit bezit van een lidstaat (of "*domicile*" heeft in het Verenigd Koninkrijk of Ierland). Deze categorie kan niet in een andere lidstaat worden gedaagd op grond van de bepalingen van artikelen 2-6 Zoals de Staatscommissie in haar advies dd.14 mei 2001 over de Verordening 1347/2000 heeft betoogd, dient met deze communautaire inkadering rekening gehouden te worden bij de herziening van het Nederlandse procesrecht in burgerlijke zaken. Het wetsvoorstel 27 824 inzake Aanpassing wetgeving aan de herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken voorziet in de invulling van deze residuele bevoegdheid. Dit wetsvoorstel is inmiddels wet geworden, te weten de Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 581. Ingevolge deze wet wordt artikel 4 (laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 december 2001, Stb. 580) Rechtsvordering<sup>26</sup> vervangen door twee artikelen, te weten door artikel 4 en artikel 5. Het eerste artikel geeft regels voor de situatie waarin de Verordening 1347/2000 niet van toepassing is inzake echtscheiding en verwante vorderingen. De artikelen 2, 5 en 6 daarvan worden van overeenkomstige toepassing verklaard. Dat geldt ook voor beslissingen inzake het geregistreerde partnerschap, 'met dien verstande dat de Nederlandse rechter steeds rechtsmacht heeft indien het geregistreerde partnerschap in Nederland is aangegaan'. Het is de vraag of niet evenzeer behoefte bestaat aan zo'n *forum necessitatis* ingeval zou blijken dat de Verordening 1347/2000 in het buitenland niet van toepassing geacht wordt op het Nederlandse huwelijk, of op bepaalde verschijningsvormen daarvan. Artikel 9 sub b (nieuw) WvBRv dat rechtsmacht toekent aan de Nederlandse rechter, indien 'een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk blijkt' is misschien niet toereikend. Moet eerst een uitspraak van het Hof van Justitie afgewacht worden? In de Franse doctrine gaat al een enkele stem op om het Nederlandse huwelijk, tussen personen van hetzelfde geslacht gesloten, als non-existent te beschouwen en minst genomen in strijd met de Franse openbare orde, zelfs als dit gesloten is tussen twee Nederlanders.<sup>27</sup> Dit zou kunnen meebrengen, dat in Franse ogen het Nederlandse opengestelde huwelijk als non-existent wordt beschouwd voorzover het gesloten is tussen partners van hetzelfde geslacht, en dus buiten het toepassingsbereik van de Verordening 1347/2000 geplaatst wordt. In dat geval is er aanleiding om residuele rechtsmachtsregels te ontwikkelen, die niet noodzakelijkerwijs parallel hoeven te lopen met de rechtsmachtsregels van de Verordening: het Nederlandse huwelijk zou dan geacht moeten worden geheel buiten de Verordening te vallen, omdat het niet voldoet aan de veronderstelde (impliciete) definitie van het begrip huwelijk in de Verordening.

Voorgesteld wordt door de Staatscommissie om ook in het geval dat de ontbinding van een in Nederland aangegaan huwelijk niet onder het toepassingsbereik van de Verordening zou blijken te vallen vanwege de omstandigheid dat dit mede het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht omvat, de regeling van de rechtsmacht ten aanzien van het geregistreerde partnerschap naar het huwelijk door te trekken, en te bepalen dat de Nederlandse rechter steeds rechtsmacht heeft indien

het huwelijk in Nederland is aangegaan. Er hoeft dan dus niet te worden aangetoond dat een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk is, en het uitgangspunt van de gelijkstelling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk wordt op deze wijze gehandhaafd. Artikel 5 (nieuw) WvBRv geeft de Nederlandse rechter rechtsmacht in zaken betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid indien het kind zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Ook hier van tweeën een: òf de Verordening is toepasselijk op nevenvorderingen ter gelegenheid van de ontbinding van een Nederlands huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht, en dan wordt de Nederlandse speelruimte bepaald door de in artikel 8 daarvan aangegeven residuele bevoegdheid, òf dit huwelijk valt erbuiten, maar dan ook de ermee verbonden nevenvorderingen, die alsdan door artikel 5 bestreken worden, alsmede door artikel 9 (het *forum necessitatis*).

### 10. Echtscheidingserkenning

De erkenning van een echtscheiding van een in Nederland gesloten huwelijk die in het buitenland zijn beslag heeft gekregen zal in Nederland niet op speciale problemen stuiten. Indien bijvoorbeeld de Duitse rechter het in Nederland tussen twee personen van hetzelfde of verschillend geslacht gesloten huwelijk ontbindt op grond van de jurisdictieregels vervat in Vo 1347/2000, dan komt zo'n echtscheiding voor erkenning in Nederland in aanmerking krachtens artikel 14 daarvan. Ook in andere lidstaten zal, naar het gevoel van de Staatscommissie, een dergelijke beslissing in beginsel erkend dienen te worden. Zie hieromtrent par. 9. Als in de toekomst ook andere staten overgaan tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. De ontbinding van een dergelijk huwelijk kan onder de bestaande jurisdictieregelingen in Nederland plaatsvinden; hetzelfde geldt voor de erkenning van de ontbinding van zulke derdelands opengestelde huwelijken elders.

Voor het overige wordt de erkenning in Nederland van elders uitgesproken echtscheidingen - ook van opengestelde huwelijken - bestreken door artikel 2 van de WCE.

Voor de goede orde wijst de Staatscommissie nog op de verdragen die het spiegelbeeldige geval regelen van de erkenning van Nederlandse echtscheidingsbeslissingen elders: het Verdrag inzake de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband, Luxemburg, 8 september 1967 (geldend tussen Nederland, Oostenrijk en Turkije), en het Verdrag inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel; en bed, 's-Gravenhage, 1 juni 1970 (van kracht voor een zestiental staten). Zoals in de Inleiding opgemerkt heeft de Staatscommissie het raadzaam geacht het advies niet over dit onderwerp uit te breiden, omdat Nederland toch weinig of geen invloed kan uitoefenen op de wijze waarop deze verdragen elders worden verstaan en toegepast.

### 11. Alimentatie

Zoals reeds is opgemerkt in het advies dat de Staatscommissie heeft uitgebracht over het internationaal privaatrecht inzake het geregistreerd partnerschap, bepaalt artikel 1 van het Haagse Alimentatieverdrag (toepasselijke wet) 1973 dat het wat de materie betreft toepasselijk is op "*obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, (...)*" (in de Engelse tekst: "*maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity (...)*"). Blijkens het *Rapport explicatif* van Verwilghen bij het Haags Alimentatieverdrag, 28 wil artikel 1 tot uitdrukking brengen dat alle onderhoudsverplichtingen die ex lege uit een familierechtelijke rechtsbetrekking voortvloeien, worden bestreken door de beide Haagse alimentatieverdragen 1973. De Staatscommissie concludeerde hieruit dat ook alimentatieverplichtingen voortvloeiende uit geregistreerd partnerschap rechtstreeks beheerst werden door deze verdragen. 29 De Staatscommissie is van oordeel dat ook het opengestelde huwelijk door deze verdragen rechtstreeks wordt bestreken. Hierbij zij opgemerkt dat de verdragen niet prejudiciëren op het bestaan en de aard van de familierechtelijke verhouding waarop de alimentatieverplichting is gebaseerd (artikel 2 Haags Alimentatieverdrag (toepasselijke wet) 1973). De verdragen zijn van toepassing op alimentaties voortvloeiend uit alle soorten huwelijken of familiebetrekkingen die in enig rechtstelsel voorkomen, gegeven het universele toepassingsgebied van de verdragen. In Nederland zullen dus in internationale gevallen de Haagse Alimentatieverdragen 1973 toepasselijk zijn. Dit geldt ook voor de post-divortiële alimentatie overeenkomstig artikel 8, met inbegrip uiteraard van de uitleg die daaraan door de (Nederlandse) rechtspraak gegeven wordt. De krachtens Nederlandse jurisprudentie geboden mogelijkheid om rechtskeuze uit te brengen - een verleggenheidsoplossing die vooral ook in het buitenland op enig onbegrip stuit - kan onder omstandigheden uitkomst bieden bij de toepassing van

een ook in het buitenland in toenemende mate als problematisch ervaren verdragsbepaling.

## 12. Omzetting geregistreerd partnerschap in huwelijk en omgekeerd

In de nieuwe Nederlandse wetgeving is de mogelijkheid geopend van omzetting van een (opengesteld) huwelijk in een geregistreerd partnerschap en van een geregistreerd partnerschap in een (opengesteld) huwelijk. Zoals reeds aangegeven in par. 8 bepaalt artikel 1:77a BW dat de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap plaats vindt door een akte van omzetting, die door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt opgemaakt. Artikel 1:80f BW bepaalt hetzelfde voor de omzetting van een geregistreerd partnerschap in een (opengesteld) huwelijk. Het effect van het opmaken van deze akten van omzetting is volgens de derde leden van deze wetsbepalingen dat de oorspronkelijke betrekking wordt beëindigd op het tijdstip van het opmaken van de akte in het betreffende register van de nieuwe betrekking. “De omzetting brengt geen wijziging in de al dan niet bestaande familierechtelijke betrekkingen met kinderen die voor de omzetting zijn geboren” (artikel 1:77a lid 3 laatste zin BW, respectievelijk artikel 1:88f lid 3 laatste zin BW). In de loop van de parlementaire behandeling is de volzin “Evenmin brengt de omzetting wijziging in de gevolgen van het huwelijk (resp. geregistreerd partnerschap)” vervallen in respectievelijk artikel 1:77a lid 3 en artikel 1:80f lid 3 BW. Van de zijde van de regering werd opgemerkt dat “voor zover Nederlands recht een situatie beheerst”, geen wijziging optreedt in de rechtsgevolgen. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het goederenregime. Wie dit regime wil wijzigen dient de weg te bewandelen van wijziging staande huwelijk of geregistreerd partnerschap.” Een en ander doet de vraag rijzen, *wanneer* Nederlands recht de situatie beheerst, en wanneer buitenlands recht op (de gevolgen van) de omzetting toepasselijk geacht moet worden, als ook of misschien speciale regels op hun plaats zijn om geen ongelukken te laten gebeuren.

Er kunnen zich omstandigheden voordoen die maken dat de rechtsgevolgen verbonden aan de eerste rechtsbetrekking krachtens recht A afgewisseld worden door de rechtsgevolgen die recht B daaraan toekent en die niet identiek zijn. Deze statuutwisseling kan plaatsvinden doordat er omstandigheden zijn opgekomen die meebrengen dat de betrokken verwijzingsregels een ander recht gaan aanwijzen ter gelegenheid van de omzetting, of dat een andere verwijzingsregel tot toepassing komt, die een ander rechtsstelsel als toepasselijk aanwijst. Hierbij is in de eerste plaats te denken aan het uitbrengen van rechtskeuze, zoals deze bijvoorbeeld mogelijk gemaakt is in artikel 3 van het Haags Huwelijksvermogensverdrag, als het gaat om omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk. In dat geval zijn weinig problemen te verwachten, omdat partijen bij deze rechtskeus voorzien zullen zijn van rechtskundige begeleiding. Problematisch zijn vooral gevallen waarin *van rechtswege* wisselingen van toepasselijk recht zullen plaatsvinden. Men denkt aan het geval dat het goederenregime van het geregistreerd partnerschap bij ontstentenis van een geldige rechtskeuze beheerst wordt door Nederlands recht (artikel 5 voorstel van wetsontwerp Staatscommissie), terwijl na omzetting in een huwelijk krachtens artikel 4 van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 daarop het recht van hun eerste gewone verblijfplaats na de omzetting toepasselijk wordt. Algehele gemeenschap van goederen, maakt *ex lege* plaats voor uitsluiting van alle gemeenschap van goederen, of andere beperkte gemeenschapsstelsels. Ook de spiegelbeeldige situatie kan zich voordoen, als bijvoorbeeld twee Zweedse in Zweden geregistreerde partners zich in Nederland vestigen en hun geregistreerd partnerschap omgezet willen zien in een huwelijk.

Bij de omzetting van geregistreerd partnerschap in een huwelijk en omgekeerd is er sprake van een samenvaal van rechtsmomenten, op het tijdstip van de registratie van de akte van omzetting. Daarom is, onder de veronderstelling dat Nederlands recht de zaak beheerst, artikel 1:166 BW niet van toepassing. Daar gaat het over hertrouwen of het aangaan van een geregistreerd partnerschap tussen dezelfde partijen na een zekere tussenperiode, en wel in gevallen die aan het Nederlandse recht zijn onderworpen. De Staatscommissie is van mening, dat een speciale conflictregel over de omzetting niet op zijn plaats is. De rechtsgevolgen die aan de beëindiging van en het instappen in de respectieve instituten verbonden zijn worden beheerst door de geldende conflictregels die deze rechtsgevolgen betreffen, conflictregels die deels van verdragsrechtelijke aard zijn. In dit opzicht wordt de samenvaal van rechtsmomenten dus conflictenrechtelijk uit elkaar getrokken.

Wel ziet de Staatscommissie aanleiding om voor te stellen een *materiële* regel te ontwerpen. Deze kan geschoeid worden op de leest van de regel voor de ontbinding van het geregistreerd partnerschap bij onderling goedvinden, als neergelegd in artikel 1:80c onder c BW. Deze ontbinding met wederzijds goedvinden vindt plaats door inschrijving van een door beide partners en één of meer advocaten of

notarissen ondertekende en gedateerde verklaring waarin partijen tenminste de gevolgen regelen die opgesomd staan in artikel 1: 80d lid 1 BW. In de akte van omzetting kan evenzo een verplichte verklaring worden opgenomen, dat een partijverklaring, mede ondertekend door een of meer rechtskundigen (advocaat, notaris) is overgelegd. Uit de vermelding van deze verklaring in de akte blijkt de bijstand van rechtskundigen bij de omzetting, en volgt tevens dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zich van deze bijstand heeft vergewist. De verklaring van partijen zal niet noodzakelijkerwijs dezelfde elementen hoeven te bevatten als die in artikel 1:80 lid 1 BW zijn opgesomd, maar zal toegesneden dienen te zijn op de omzetting, al dan niet in verband met eventuele *Statutenwechsel* ten aanzien van zekere rechtsgevolgen. In elk geval zal het vermogensrechtelijke regime onder de nieuwe institutie en de eventuele pensioenverevening duidelijk moeten zijn, voor zover mogelijk en wenselijk door het uitbrengen van een rechtskeuze. Een dergelijke materiële regel van internationaal privaatrecht, die dient ter bescherming van de belangen van partijen, zal door het verplicht stellen van rechtsgeleerde bijstand bij de omzetting en het verplicht stellen van het regelen van een ijzeren bestand aan rechtsgevolgen de kans op ongelukken in internationale gevallen verkleinen.

Hoewel de Staatscommissie het invoeren in de wetgeving van een dergelijke regel aanbeveelt allereerst met het oog op internationale gevallen, geeft zij toch de voorkeur eraan de regel te laten gelden voor nationale en internationale gevallen beide. De overweging hierbij is deze, dat het vaak op het eerste gezicht niet duidelijk zal zijn op het moment van de omzetting of men met een intern geval of met een internationaal geval van doen heeft. Sommige gegevens die voor de beantwoording van deze vraag relevant zijn, komen wellicht zonder rechtskundige bijstand niet boven water ter gelegenheid van een omzetting. Te denken valt aan het (gezamenlijk) bezit van onroerende zaken elders, of aan plannen tot verplaatsing van de gewone verblijfplaats. Ook in zuiver internrechtelijke gevallen kan bezinning op de al dan niet uit de wet voortvloeiende verandering van de rechtstoestand nuttig zijn. Vandaar de aanbeveling om in het BW zelf een voorziening te treffen ter bescherming van partijen in interne en internationale gevallen.

Subsidiar beveelt de Staatscommissie aan dat bij de aankondiging van de omzetting van overheidswege niet alleen zal worden gewezen op de mogelijkheid van verandering van de toepasselijke wet op de specifieke rechtsgevolgen als gevolg van de omzetting, maar ook op de onontbeerlijkheid van gespecialiseerd rechtsgeleerd advies. De ambtenaar van de burgerlijke stand is de meest aangewezen om transpositielustigen te wijzen op de wenselijkheid van het inroepen van deskundig rechtskundig advies.

### 13. Adoptie

De nieuwe wetgeving maakt adoptie mogelijk door gehuwden van hetzelfde geslacht (de adoptie door al dan niet gehuwden van verschillend geslacht blijft gehandhaafd). De adoptie binnen huwelijken van personen van hetzelfde geslacht kan de vorm aannemen van één-ouderadoptie of adoptie door twee personen. Is de adoptant de echtgenoot van de ouder, dan moet deze tenminste drie jaar onmiddellijk voorafgaand aan de indiening van het verzoek met die ouder hebben samengeleefd en het kind hebben verzorgd en opgevoed; er worden verschillende eisen en voorwaarden gesteld al naar gelang het in het opengesteld huwelijk om één-ouderadoptie dan wel om twee-personenadoptie gaat (artikel 1:227 BW e.v.).

De vraag waarvoor de Staatscommissie zich gesteld ziet is op welke wijze de interlandelijke en internationale adoptie geregeld zijn of moeten worden in het geval de adoptie een echtpaar van hetzelfde geslacht betreft. Het gaat, wat de interlandelijke adoptie betreft, vooral om de betekenis en uitleg van het Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie, 's-Gravenhage, 29 mei 1993. 31 De vraag rijst of dit verdrag de interlandelijke adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht uitsluit, dan wel of het zich daarover niet uitstrekt. De tekst van het verdrag laat niet zien welke debatten zich over de genoemde vraag hebben voltrokken. Volgens artikel 2 is het Adoptieverdrag van toepassing als het 'echtgenoten of een persoon' zijn die zich opwerpen als interlandelijke adoptiefouders. Uit het *Rapport Explicatif* blijkt echter, dat er in de loop van het ontstaan van het verdrag bij herhaling is gediscussieerd over de vraag of adoptie door personen van hetzelfde geslacht door het verdrag moest worden mogelijk gemaakt of bevorderd, en ook of één-ouderadoptie binnen het verdrag zou moeten vallen als de adoptiefouder homoseksueel is.<sup>32</sup> In de Speciale Commissie werd het probleem uitvoerig aan de orde gesteld. De rapporteur beschouwde het onderwerp van het debat als een '*false problem*' gegeven het

feit dat de samenwerkende verdragspartijen van geval tot geval toestemming moeten geven, en dus kunnen weigeren deze toestemming te verlenen wegens de seksuele oriëntatie van de adoptiefouders. Bovendien hoeft een adoptie niet erkend te worden als deze in strijd is met de openbare orde van de andere verdragsstaten. Niettemin werd in de ontwerptekst van het Adoptieverdrag rekening gehouden met de op dit stuk bestaande gevoeligheden door uitdrukkelijk te spreken over 'echtgenoten', waaraan de rapporteur toevoegt: 'man en vrouw', en over een 'persoon', al dan niet getrouwd. Desondanks kwam de kwestie weer opzetten op de Diplomatieke Conferentie, waar voorstellen werden gedaan tot verandering van de tekst aangaande de personen die onder het verdrag kunnen adopteren. Zo werd door Colombia een voorstel gedaan om in de verdragstekst toe te voegen, dat de term 'echtgenoten' een man en een vrouw betekent, en niet begrepen kan worden als een homoseksueel stel. De Rapporteur vervolgt dan:

"notwithstanding the fact that the Columbian proposal was not successful, the underlying idea was accepted by consensus and it was decided that the Report would make a clear statement in this sense. (...)"

De Staatscommissie neigt sterk naar de interpretatie van artikel 2 van het verdrag in het licht van deze voorgeschiedenis die adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht uitsluit, en die meebrengt dat 'echtgenoten' moet worden opgevat in de traditionele betekenis van 'man en vrouw'. Ook al waren er wel tegengeluiden betogend dat adopties door ouders van hetzelfde geslacht bijna *a fortiori* dezelfde bescherming behoorden te verkrijgen als adopties door ouders van verschillend geslacht, het *Rapport Explicatif*, dat hiervan getrouw melding maakt, stelt vast dat de consensus de beperkende opvatting betrof.

De kwestie is empirisch gesproken, vooral toch van hoog theoretisch gehalte, omdat donorlanden en ontvangstlanden die bezwaar koesteren tegen adoptie door paren van hetzelfde geslacht geen toestemming hoeven en zullen verlenen. Daarom sprak de Rapporteur dan ook van een '*false problem*'. De Staatscommissie heeft zich nog de vraag gesteld of de bilaterale overeenkomsten als bedoeld in artikel 39 lid 2 van het Adoptieverdrag uitkomst zouden kunnen bieden tussen landen, die geen bezwaar hebben tegen adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht. De meerderheid van de Staatscommissie was van mening dat dit artikel geen soelaas biedt. Binnen het kader van het verdrag kunnen deze bilaterale overeenkomsten alleen gesloten worden 'met het oog op de verbetering van de toepassing van het verdrag in hun onderlinge betrekkingen'. Het is de vraag of de uitbreiding van het toepassingsgebied *ratione personarum* kan gelden als 'verbetering van de toepassing van het verdrag', nu het *Rapport Explicatif* deze als een verslechtering opvat. Bovendien mag zo'n bilaterale uitvoeringsovereenkomst blijkens artikel 39 lid 2 alleen van bepaalde artikelen van het verdrag afwijken, en daaronder is niet artikel 2 vermeld. Daarmee komt de vraag aan de orde of *buiten* verdrag overeenkomsten gesloten kunnen worden met andere staten, al dan niet bij het Adoptieverdrag aangesloten, om adoptie binnen opengestelde huwelijken door echtgenoten van hetzelfde geslacht te regelen. Het Adoptieverdrag regelt alleen de verhouding tot *bestaande* internationale instrumenten die bepalingen bevatten 'betreffende de in dit Verdrag geregelde onderwerpen'. De Staatscommissie is van oordeel dat daarmee de verdragsstaten vrij zijn om in de toekomst overeenkomsten aan te gaan, alleen al omdat deze buiten het personele toepassingsgebied van het Adoptieverdrag zullen treden en dus een onderwerp betreffen dat door dit verdrag niet geregeld is.

Naar de mening van de Staatscommissie zal het eventuele sluiten van al dan niet bilaterale overeenkomsten met staten die partij zijn bij het Haagse Adoptieverdrag 1993 de voorkeur verdienen, omdat deze beschikken over de gewenste structuren voor een zorgvuldige behandeling van de interlandelijke adoptie. Intern zou men minimaal de eis kunnen stellen dat het andere land is aangesloten bij het VN Verdrag inzake de rechten van het kind, New York, 20 november 1989, Trbl. 1990, 46 en 170.

#### **14. Conflictenrecht adoptie**

Het Adoptieverdrag kent geen eigen conflictregel. Aan de staat van herkomst en de staat van opvang van het kind is het overgelaten om eigen conflictregels te hanteren voor aanwijzing van het op de adoptie toepasselijke recht en de erkenning van tot stand gebrachte adopties. Een Nederlandse regeling van het conflictenrecht inzake adoptie en de erkenning van buitenlandse adopties (Wet conflictenrecht adoptie) is in voorbereiding. De Staatscommissie heeft op 16 oktober 2000 over een concept-wetsvoorstel hieromtrent advies uitgebracht.<sup>33</sup> De regels van dit concept-wetsvoorstel zijn

complementair aan en subsidiair op die van het Adoptieverdrag; zij beogen ook niet-verdragssituaties met een internationaal karakter te beheersen. Daartoe bepaalt artikel 2 van het concept dat uiteraard het Adoptieverdrag prevaleert, maar dat overigens onder adoptie moet worden verstaan: "de beslissing van de bevoegde autoriteit waarbij familierechtelijke betrekkingen tussen een minderjarig kind *en twee personen van verschillend geslacht tezamen of een persoon alleen* tot stand worden gebracht."

Deze definitie is gekozen met het oog op het Adoptieverdrag, dat, zoals hiervoor werd betoogd, alleen echtgenoten van verschillend geslacht als adoptanten betreft, en ook ongehuwde koppels, al dan niet verenigd in een geregistreerd partnerschap, uitsluit van zijn werkingsfeer.<sup>34</sup> In haar advies aangaande het concept-wetsvoorstel<sup>35</sup> heeft de Staatscommissie opgemerkt dat zij erop vertrouwt "dat in elk geval de definitie in artikel 2 met deze wetswijziging [namelijk de inwerkingtreding van wetsvoorstel 26 273 inzake wijzigingen Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van hetzelfde geslacht)] in overeenstemming zal worden gebracht zodra duidelijk zal zijn dat deze tot stand kan komen".

Nu deze wetswijziging per 1 april 2001 in werking is getreden, is het tijd om in dit conceptwetsvoorstel de definitie van artikel 2 aan te passen. Het komt de Staatscommissie voor dat de aanpassing het meest doeltreffend en eenvoudig haar beslag kan krijgen door schrapping van de kwalificatie "van verschillend geslacht". Dit zal in niet door het verdrag bestreken gevallen de adoptie regelen door samenlevende koppels al dan niet van verschillend geslacht, al dan niet in een geregistreerd partnerschap of huwelijk, een en ander uiteraard overeenkomstig de voorschriften van de toepasselijke wet, dat wil zeggen in de meeste gevallen, overeenkomstig artikel 3 van het conceptwetsvoorstel conflictenrecht adoptie, het Nederlandse recht.

### **15. De Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie (WOBK)**

In de Wet Aanpassing van wetgeving in verband met de openstelling van het huwelijk en de invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht 36 is in artikel II onder meer de WOBK gewijzigd. In de definitie van aspirant-adoptiefouders wordt 'echtgenoten' vervangen door 'echtgenoten van verschillend geslacht'. Met deze wijziging wordt interlandelijke adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht woonachtig in Nederland onmogelijk gemaakt. Hiermee wordt in de eerste plaats een verschil geschapen tussen interlandelijke adoptie en internationale adoptie in de situatie dat adoptiefkind en aspirant-adoptiefouders allen in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben, ongeacht hun nationaliteit. In de tweede plaats wordt in de Nederlandse wetgeving een onderscheid gemaakt tussen gehuwden van hetzelfde geslacht en gehuwden van verschillend geslacht. De WOBK is waarschijnlijk de enige wet, waarin dit onderscheid gemaakt wordt.<sup>37</sup> Het gaat hier aldus de regering "niet om principiële stellingname"<sup>38</sup>, maar om een praktische maatregel, om de relaties met landen van herkomst van adoptiefkinderen niet in de waagschaal te stellen en geen valse verwachtingen te wekken. De bepaling zal blijven bestaan zolang er geen internationale ontwikkelingen te signaleren zijn die een eventuele Nederlandse beginseltoestemming aan gehuwden van hetzelfde geslacht een reële inhoud kunnen geven.

De Staatscommissie heeft zich afgevraagd of deze wetswijziging wel voldoende doordacht is. Het is immers de vraag of uitsluiting van echtparen van hetzelfde geslacht van de machinerie van de WOBK, en daarmee van de interlandelijke adoptie binnen en buiten het Adoptieverdrag 1993 geen verboden discriminatie wegens seksuele oriëntatie oplevert. Nu eenmaal in Nederland het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht op grond van het gelijkheidsbeginsel onder één noemer is gebracht met het huwelijk van personen van verschillend geslacht, is verschil in behandeling tussen beide groepen personen binnen één en hetzelfde begrip huwelijk moeilijk te funderen. Personen van hetzelfde geslacht zijn, wat het huwelijk betreft, gesteld onder de bescherming van artikel 1 eerste volzin van de Grondwet, en inbreuken daarop zullen getroffen kunnen worden door het nondiscriminatiebeginsel van de tweede volzin van dit grondwetsartikel. De wetgever, als beoordelaar van de grondwettigheid van de wetgeving, is zich daarvan, blijkens de discussies in het parlement, ook terdege bewust geweest. Maar ook de artikelen 8, 12 en 14 EVRM doen zich hier gevoelen, evenals artikel 26 IVBPR-verdrag, en deze omstandigheid biedt uitzicht op rechterlijke toetsing. Het onder par 2(b) betoogde naar aanleiding van HR 10 augustus 2001, RvdW 2001, nr.140 doet ook hier dienst. Of het huwelijk naar Nederlandse snit, ook wanneer het mensen van gelijk geslacht betreft, als familieleven gerespecteerd dient te worden zonder discriminatie, is een open vraag, die door de Nederlandse en de Straatsburgse rechter beantwoord zal kunnen worden. De verwachting dat de



wijziging van de Nederlandse huwelijkswetgeving in het buitenland op weerstand en bedenkingen zou kunnen stuiten, heeft de wetgever er niet van weerhouden om het huwelijk open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht. Internrechtelijk is het toelaten van adoptie door mensen van hetzelfde geslacht een rechtstreeks gevolg van deze stap. Ook de adoptie in Nederland door in Nederland wonende adoptiefouders en adoptanten, ongeacht hun geslachtscombinatie en van welke nationaliteit ook (de internationale adoptie) is geoorloofd. Indien daarbij het adoptiefkind *sur place* blijft kan de adoptie in Nederland zijn beslag krijgen; het Adoptieverdrag blijft buiten toepassing. Hierbij zij opgemerkt dat het Adoptieverdrag niet vereist dat het kind de nationaliteit bezit van het land van oorsprong: gewone verblijfplaats is het criterium, ook voor kinderen uit een derde land.

De Staatscommissie vraagt zich af, of de blokkade voor interlandelijke adoptie in het geval van gehuwden van hetzelfde geslacht buiten verdrag wel gehandhaafd moet blijven. In de eerste plaats gaat de rechtsontwikkeling ook op dit terrein wellicht sneller dan men aanvankelijk voor mogelijk had gehouden, zoals de verbreiding van het instituut van het geregistreerd partnerschap aannemelijk maakt. In de tweede plaats is het de vraag of de uitsluiting van paren van hetzelfde geslacht wel doeltreffend is. Eén-ouderadoptie zal vaak materieel hetzelfde resultaat kunnen bewerkstelligen als adoptie door een echtpaar van hetzelfde geslacht. Hiervan zijn al voorbeelden in de praktijk bekend. Daarnaast bestaat de mogelijkheid in een aantal landen, zoals in een aantal deelstaten van de Verenigde Staten, om een minderjarig kind te erkennen, waardoor het krachtens artikel 4 van de Rijkswet op het Nederlanderschap de Nederlandse nationaliteit verkrijgt als de erkenner Nederlander is, en in Nederland kan worden toegelaten, waarna het op den duur, na een jaar opvoeding en verzorging door de manlijke echtgenoot van de erkennende man kan worden geadopteerd. Niet is uitgesloten dat ook andere legitieme wegen openstaan om hetzelfde resultaat te bewerkstelligen als dat van de interlandelijke adoptie. Voorts is niet uitgesloten dat er landen zijn - nu of in de toekomst - die bereid zijn de adoptie door gehuwden van hetzelfde geslacht als zodanig te aanvaarden.<sup>39</sup> De deur dichtdoen is mogelijk discriminatoir, niet bijzonder doeltreffend of effectief, en, zo suggereert de Staatscommissie, niet noodzakelijk. Ook al zal het opheffen van discriminatie voorlopig in de praktijk weinig betekenis kunnen hebben, het gaat hier om een principiële juridisch gezichtspunt, de consistentie van de Nederlandse wetgeving, dat in sterkere mate verdisconteerd zou kunnen worden in de evoluerende regelgeving.

De Staatscommissie stelt een aanpassing van de wetgeving voor, die enerzijds discriminatie vermijdt, maar anderzijds rekening houdt met pragmatische kanten van het vraagstuk. Zij geeft in overweging de ministeriële beginseltoestemming te *clausuleren*. Een dergelijke clausulering kan worden gegoten in een algemene waarschuwing dat de beginseltoestemming niet impliceert dat nu ook alle landen klaarstaan om aan het echtpaar van hetzelfde geslacht een kind voor adoptie af te staan. Deze waarschuwing zal niet altijd als een verrassing komen. Een sterkere clausulering zou hierin kunnen bestaan, dat de minister, na monitoring of het inwinnen van ambtsberichten, een lijstje van landen opstelt en regelmatig bijhoudt, die in het algemeen geen bezwaar maken tegen adoptie door gehuwde aspirant-adoptiefouders van hetzelfde geslacht. Echtparen van hetzelfde geslacht zijn er dan van op de hoogte, dat zij alleen in die landen een adoptiefkind zullen kunnen aantreffen. Ook elders in het bestuursrecht worden soortgelijke lijsten van landen bijgehouden, zoals bijvoorbeeld de lijst van 'veilige landen' in het vreemdelingenrecht. De Staatscommissie neemt er goede nota van dat vanuit Nederland getracht wordt de dialoog met andere landen omtrent de beschikbaarheid van adoptanten voor echtgenoten van hetzelfde geslacht te entameren en levendig te houden.

De Staatscommissie gaat er overigens van uit, dat artikel 14 WOBK het Nederlandse echtpaar van hetzelfde geslacht vergunt gedurende de tijd dat zij hun gewone verblijfplaats in het buitenland hebben aldaar een adoptie tot stand te brengen in de daar aangeduide situatie. Het gaat dan vervolgens om een erkenning hier te lande overeenkomstig de bepalingen van het conceptwetsvoorstel conflictenrecht internationale adoptie.

## **16. Gezamenlijk gezag**

Artikel 1:253 sa BW (nieuw) introduceert voor een kind dat staande huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren wordt, het gezamenlijk gezag van een ouder en haar echtgenote of geregistreerd partner.<sup>40</sup> Dit tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder. Het betreft hier gezamenlijk gezag dat van rechtswege intreedt. De regeling vloeit voort uit de aanbevelingen van de Commissie-Kortmann voor het geregistreerd partnerschap; het opengesteld huwelijk is daarmee gelijkgetrokken. Het gaat hier om kinderen die binnen een relatie van twee

vrouwen geboren worden; in het geval van twee mannen die getrouwd zijn of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan worden geen kinderen uit deze relatie geboren. Daarnaast regelt het artikel ook het gezamenlijk gezag over kinderen geboren uit of binnen huwelijken en geregistreerde partnerschappen van personen van verschillend geslacht. Hoe dient dit gezamenlijk gezag internationaal privaatrechtelijk gekwalificeerd te worden? De Staatscommissie is van mening dat het gezamenlijk gezag als hiervoor aangeduid niet gerubriceerd kan worden als afstamming, ook al gaat het om kinderen die van één van de partners afstammen. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling geweest van de regering om van rechtswege afstammingsrechtelijke gevolgen te verbinden aan het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht.<sup>41</sup> Naast adoptie door de partner kan bescherming van het kind worden verwezenlijkt door gezamenlijk gezag van rechtswege te verbinden aan geboorte binnen zo'n opengesteld huwelijk. In dit stadium van de ontwikkeling heeft de wetgever nog geen afstammingsrechtelijke gevolgen willen toekennen aan geboorte binnen het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht. Hoewel deze internrechtelijke vormgeving van de betrekkingen tussen de partners van een ouder en het binnen het huwelijk geboren kind niet beslissend hoeft te zijn is er toch veel te zeggen voor de internationaalprivaatrechtelijke kwalificatie van het gezamenlijk gezag als *gezag van rechtswege, of ouderlijke verantwoordelijkheid*. Hiermee wordt gezag van partners van verschillend geslacht binnen het opengestelde huwelijk op dezelfde manier behandeld als het gezag van partners van hetzelfde geslacht, dat wil zeggen dat eenzelfde aanknopingspunt wordt verwezenlijkt. Er is een aantal internationale verdragen die in aanmerking komen om toegepast te worden op het gezamenlijk gezag, als hiervoor aangeduid.

a) Het Haagse Kinderbeschermingsverdrag 5 oktober 1961. Artikel 3 van dit verdrag, waarbij Nederland sedert 1971 partij is, bepaalt: "(e)en gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de interne wet van de staat waarvan de minderjarige onderdaan is, wordt in alle Verdragsstaten erkend".

b) Het Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, 's-Gravenhage, 19 oktober 1996.

De ratificatie door Nederland van dit verdrag wordt voorbereid en zal binnen enkele jaren zijn beslag krijgen. In artikel 4 ervan wordt het onderwerp van de vaststelling of ontkenning van familierechtelijke betrekkingen uitgesloten. In de artikelen 16-18 wordt onder meer het van rechtswege ontstaan of tenietgaan van 'ouderlijke verantwoordelijkheid' behandeld, evenals de modaliteiten van de uitoefening daarvan. Het gezamenlijk gezag dient naar de mening van de Staatscommissie als een verschijningsvorm van de ouderlijke verantwoordelijkheid te worden beschouwd. Het verdient vermelding, dat afstammingsrelaties in het buitenland minder gemakkelijk erkend worden dan gezagsrelaties, al dan niet *ex lege* ontstaan.

c) Het Haags Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980. Dit verdrag is eveneens van toepassing op ontvoering van kinderen in strijd met een gezagsrecht ingevolge het recht van de gewone verblijfplaats van het kind (onder de 16 jaar). In de artikelen 3-5 vindt men de definities van het gezagsrecht die duidelijk maken dat het gezamenlijk gezag van personen van hetzelfde geslacht die met elkaar getrouwd zijn binnen de werking van het verdrag valt.

Ook de Wet van 2 mei 1990, Stb. 1990, 202, die in artikel 1 verwijst naar de definitie in het Haagse Kinderontvoeringsverdrag van het begrip kinderontvoering, is toepasselijk.

Het verdient in dit verband vermelding, dat ook de eerder genoemde Europese Verordening 1347/2000 mogelijkwijs op het onderwerp van het gezamenlijk gezag van toepassing is. Artikel 3 daarvan geeft bevoegdheidsregels met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een gemeenschappelijk kind van in een echtscheiding verwikkelde echtgenoten; artikel 4 verwijst voor kinderontvoering naar het Haagse Verdrag van 25 oktober 1980 ten aanzien van de door de ingevolge artikel 3 bevoegde rechter uit te oefenen bevoegdheden. Ook hier geldt de veronderstelling die in de rechtspraak bewaarheid moet worden dat het opengestelde huwelijk bestreken wordt door dit Europese instrument. Indien dit niet het geval zou zijn, is er ruimte voor een communrechtelijke jurisdictieregeling van het gezamenlijk gezag na echtscheiding in het geval van een gerechtelijke ontbinding van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht; Nederlandse beslissingen hieromtrent kunnen dan niet rekenen op erkenning in andere Lidstaten krachtens de evengenoemde Verordening. Deze rechtsmachtstoekenning is aan te treffen in artikel 4 lid 1 juncto lid 3 (nieuw) van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; artikel 5 beoogt te voorzien in een communrechtelijke

regeling van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter buiten de context van een echtscheiding, door de gewone verblijfplaats van het kind in Nederland als grondslag voor jurisdictie aan te wijzen, 'tenzij hij zich, in een uitzonderlijk geval, wegens onvoldoende verbondenheid van de zaak met de rechtssfeer van Nederland, niet in staat acht het belang van het kind naar behoren te beoordelen.' Het is niet onaannemelijk, dat de ouderlijke verantwoordelijkheid van echtparen van hetzelfde geslacht in het algemeen *eo ipso* voldoende verbondenheid met de Nederlandse rechtssfeer zal opleveren om de Nederlandse rechtsmacht te handhaven, ook als het kind zich feitelijk in het buitenland bevindt zonder zijn gewone verblijfplaats in Nederland te hebben verloren. Mogelijk doet zich hier nog de behoefte voelen aan een *forum necessitatis* voor kinderen waarvan de gewone verblijfplaats naar het buitenland is verlegd, waar de ouderlijke verantwoordelijkheid van echtgenoten van hetzelfde geslacht niet wordt erkend.

### **17. Internationaal erfrecht**

Voor wat betreft het erfrecht van de langstlevende echtgenoot worden geen speciale conflictregels voorgesteld. Toepasselijk is de regeling van het nog niet in werking getreden Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, 's-Gravenhage, 1 augustus 1989, Trb.1994,49, welke toepasselijkheid berust op artikel 1 van de Wet van 4 september. 1996, St b.1996,457 (Wet conflictenrecht erfopvolging). De regeling van dit verdrag, dat universele werking heeft, en dus ook het recht van niet-aangesloten staten als toepasselijk kan aanwijzen, geeft als hoofdregel dat de erfopvolging wordt bepaald door het recht van de Staat waar de erflater zijn gewone verblijfplaats had op het tijdstip van zijn overlijden, indien hij op dat tijdstip de nationaliteit van die Staat bezat (artikel 3 lid 1). In beginsel verspringt het aanknopingspunt naar de gewone verblijfplaats, indien de erflater deze ten minste vijf jaar voor het overlijden heeft bezeten, en naar de nationaliteit in de overige gevallen, tenzij er nauwere banden met een andere Staat bestaan op het tijdstip van overlijden. Dit uitgewogen stelsel kan dan nog gecompliceerd worden door *renvoi* in sommige gevallen overeenkomstig artikel 4, en vereenvoudigd door het uitbrengen van rechtskeuze, zij het dat deze slechts het land van de nationaliteit of dat van de gewone verblijfplaats kan betreffen (artikel 5). Met of zonder het Verdrag kan de toepassing van het door de regeling aangewezen recht geweigerd worden indien deze kennelijk in strijd komt met de openbare orde. Deze strijd zou kunnen schuilen in het erfgenaamschap van de overlevende echtgenoot van hetzelfde geslacht. Negatieve beantwoording van de voorvraag naar het bestaan van het huwelijk kan ook leiden tot het heffen van successierechten op de voet van niet-echtgenoot. In dit opzicht dient de rechtsontwikkeling in het buitenland te worden afgewacht. In voorkomende gevallen kan het aanbeveling verdienen gebruik te maken van de mogelijkheid om een conflictenrechtelijke rechtskeus, dan wel, ten aanzien van bepaalde goederen, een materieelrechtelijke rechtskeus (artikel 6 Verdrag) uit te brengen voor een rechtsstelsel dat het opengestelde huwelijk erkent. *In concreto* zal dit het Nederlandse recht kunnen zijn, indien de echtgenoot zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft dan wel de Nederlandse nationaliteit bezit. Bij gebreke daarvan is het echter niet mogelijk om bij wege van rechtskeus het Nederlandse recht als het recht van de plaats van huwelijksluiting op de nalatenschap aan te wijzen, waardoor men minder zou hoeven vrezen voor doorkruising van het anders toepasselijke erfrecht door het ingrijpen van de openbare orde. Diezelfde vrees geldt uiteraard ook voor de materieelrechtelijke rechtskeus. Hierbij dient te worden opgemerkt, dat soms een deel van de ongewenste effecten kan worden opgevangen met de verrekeningsregel van artikel 2 van de Wet conflictenrecht erfopvolging, nl. daar waar het gaat om benadeling krachtens de erfwet die wordt aangewezen door het internationaal privaatrecht van de plaats van ligging van tot de nalatenschap behorende goederen. Overigens zij vastgesteld dat het Erfrechtverdrag (nog) niet in werking is getreden, en dat erfrechtelijke desiderata dus nog bij gewone wetgeving kunnen worden aangebracht. Intussen is ook hier bekwaam advisering van groot belang.

Soortgelijke overwegingen gelden ten aanzien van de erfrechtelijke positie van een kind dat geadopteerd is door echtgenoten van hetzelfde geslacht en van die adoptief-ouders ten opzichte van het kind. Te bedenken valt, dat het kan gaan om bijna geheel Nederlandse gevallen, zoals een gezin van Nederlandse nationaliteit, dat sinds tenminste vijf jaar voor het overlijden van een van de ouders (van hetzelfde geslacht) elders zijn gewone verblijfplaats had gevestigd. Krachtens artikel 7 van het Erfrechtverdrag bepaalt de toepasselijke wet als hierboven bedoeld de aanwijzing van erfgenamen en legatarissen, hun wettelijke erfdelen, het beschikbare gedeelte en zo verder. De aanvechting tot inroeping van de exceptie van de openbare orde tegen de erkenning van de erfrechtelijke positie van

zo'n adoptiefkind, behoort te worden getemperd door overwegingen betreffende het belang van het kind. Hierbij speelt het non-discriminatiebeginsel als neergelegd in artikel 2 van het VN Verdrag inzake de rechten van het kind een belangrijke rol, evenals artikel 3 van dit Verdrag, dat het algemene beginsel behelst dat bij alle overheidshandelen het belang van het kind een van de voornaamste overwegingen vormt. Ook hier moet de ontwikkeling in de rechtspraak in het buitenland worden afgewacht, ook hier is deskundige voorlichting van groot belang. Overigens zullen problemen niet altijd kunnen worden ondervangen door het maken van een testament.

### **18. Internationaal namenrecht**

De speciale problematiek waarmee gehuwden nieuwe stijl en kinderen geadopteerd door echtgenoten nieuwe stijl, in het bijzonder die van hetzelfde geslacht, geconfronteerd worden in het internationale namenrecht, betreft de omstandigheid dat de Overeenkomst inzake het recht dat van toepassing is op geslachtsnamen en voornamen, München, 5 september 1980, Trb. 1981, 72 en 1989, 131, een afhankelijke aanknopng van de voorvraag kent. In artikel 1 wordt bepaald, dat geslachtsnaam en voornamen van een persoon worden bepaald door diens nationale wet, daaronder zijn begrepen de regels van internationaal privaatrecht van die nationale wet. En het artikel vervolgt, dat "uitsluitend hiervoor de omstandigheden waarvan de geslachtsnamen en de voornamen afhangen volgens het recht van die Staat (worden) beoordeeld." Dit brengt mee, dat twee personen van hetzelfde geslacht die in Nederland een huwelijk aangaan, en die de Griekse nationaliteit bezitten, te rade moeten gaan bij het Griekse recht voor de voorvraag naar de geldigheid en erkenbaarheid van hun huwelijk als grondslag voor hun namenrechtelijke situatie. Ook de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand zal bij het Griekse recht te rade moeten gaan voor deze erkenbaarheid. Hier kan deze zich op het standpunt stellen, dat de niet-erkenning van het in Nederland gesloten huwelijk door partners van hetzelfde geslacht als afstuitend op de Griekse openbare orde, zelf ook weer in strijd komt met de openbare orde, en wel de Nederlandse. Artikel 4 van het Verdrag staat dan toe, de toepassing van het Griekse recht uit te sluiten voor wat de toepassing van de wet van de nationaliteit op de voorvraag in de context van het namenrecht betreft. Naar Nederlands internationaal namenrecht zal dus het Griekse paar de namen kunnen dragen die het naar Grieks intern recht verkrijgt onder de bevestigende beantwoording van de voorvraag dat het hier een geldig gesloten huwelijk betreft. Of de Griekse autoriteiten zich veel aan het oordeel van de Nederlandse ambtenaren en rechters gelegen laten liggen als het gaat om de uitgifte van paspoorten en inschrijving in de lokale registers van de burgerlijke stand is een zeer open vraag. Hier kan 'hinkend' namenrecht ontstaan. Wat het materiële toepasselijke recht betreft, kunnen vooral problemen ontstaan als dit differentieert naar geslacht, en bijvoorbeeld bepaalt dat de man de geslachtsnaam zal dragen van de vrouw. Dergelijke regels zijn technisch niet toepasbaar als het echtgenoten van hetzelfde geslacht betreft. In zulke gevallen zal de ambtenaar van de burgerlijke stand die bij het opstellen van een akte in de onmogelijkheid verkeert het buitenlandse recht toe te passen, naar analogie van artikel 5 van het Verdrag van München dat hem vergunt bij onkenbaarheid van het buitenlandse recht terug te vallen op zijn eigen interne wet, eveneens de eigen interne wet kunnen toepassen. Hij zal dan eveneens bij analogie de lokale officier van justitie moeten verwittigen, een en ander langs de lijnen van artikel 5 van de Wet conflictenrecht namen. Soortgelijke problemen kunnen zich voordoen bij de adoptie van een buitenlands kind in Nederland door ouders van buitenlandse nationaliteit. Ook hier zal men er niet zonder meer van kunnen uitgaan, dat het Nederlandse recht, ingeschakeld na uitschakeling van het buitenlandse recht wegens strijd met de Nederlandse openbare orde, zich internationaal zal weten door te zetten. De vrijheid om in het maatschappelijk verkeer een andere (geslachts)naam te voeren dan de naam die men overeenkomstig de regels van internationaal privaatrecht bezit, kan als palliatief dienst doen.

### **19. Interregionale aspecten**

De vraag kan rijzen, wat de gevolgen op de Nederlandse Antillen en Aruba zijn van een in Nederland gesloten huwelijk nieuwe stijl. Het gaat daarbij vooral om huwelijken gesloten tussen mensen van hetzelfde geslacht. Er bestaan culturele verschillen tussen Nederland en de andere rijkdelen, die de veronderstelling wettigen dat overzee weerstanden kunnen bestaan tegen het naar Nederlands recht gesloten opengestelde huwelijk. Datzelfde vermoeden geldt de adoptie in Nederland door personen van hetzelfde geslacht.

Wat de adoptie betreft is beslissend artikel 40 van het Koninkrijksstatuut, ook in zijn meer beperkte

uitlegging. Dit artikel brengt mee dat beschikkingen tot adoptie, door de Nederlandse rechter uitgesproken, in het hele Koninkrijk kunnen worden tenuitvoergelegd. 42 Adoptiebeschikkingen vallen naar hun strekking onder de vonnissen van artikel 40 Koninkrijkstatuut,<sup>43</sup> en hebben dus zonder meer hun volle werking in de andere rijkdelen.

In Nederland gesloten huwelijken, waarvan immers een authentieke huwelijksakte wordt opgemaakt, hebben eveneens gelding en werking in de gebieden overzee, in dit geval krachtens het bepaalde in artikel 40 omtrent authentieke akten. Algemeen wordt aangenomen dat het leerstuk van de openbare orde in de Koninkrijksverhoudingen niet kan worden ingezet tegen de toepassing van wetgeving uit de andere delen van het Koninkrijk. Dit moet worden beschouwd als één rechtsgebied, ook al bestaat daarbinnen gedifferentieerde wetgeving. Zijn eenmaal de adoptie en het opengestelde huwelijk in de andere Rijkdelen van rechtswege werkzaam, dan zal dit ook gelden voor de uitvloeisels daarvan in het alimentatierecht, het huwelijksgoederenrecht, het erfrecht, het namenrecht enzovoort.<sup>44</sup> In het overzeese sociale- en bestuursrecht, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de paspoortwetgeving kunnen overigens nog wel problemen worden opgeworpen.

## **20. Samenvatting en conclusies.**

In het voorgaande advies over het internationaal privaatrecht met betrekking tot het (opengestelde) Nederlandse huwelijk heeft de Staatscommissie zich -zoals verzocht- in de eerste plaats afgevraagd in welke opzichten een wettelijke regeling anders zou moeten luiden dan het concept-wetsvoorstel inzake het geregistreerde partnerschap. Zij meent dat er structurele verschillen zijn tussen beide rechtsinstituten, die hun uitwerking niet missen op het terrein van het internationaal privaatrecht. De vraag is dan ook niet primair op welke wijze in Nederland regels van internationaal privaatrecht moeten worden ontworpen, maar in hoeverre bestaande regels van internationaal privaatrecht voor het huwelijk, zowel van internationale als Nederlandse oorsprong, ook van toepassing zijn op het huwelijk-nieuwe-stijl.

Het antwoord op de vraag of het vooralsnog unieke Nederlandse huwelijk begrepen kan worden geacht onder bestaand verdragenrecht en communautaire regelingen bepaalt de ruimte van de Nederlandse wetgever. Daarom is in de eerste plaats van geval tot geval onderzocht of de aangeduide internationale instrumenten het Nederlandse huwelijk geacht moeten worden te omvatten. Dit zijn uiteraard uitleggingsvragen, waarbij noch de Staatscommissie, noch de Nederlandse overheid het laatste woord heeft, zeker niet als er internationale rechters bestaan die uiteindelijk over de kwestie zullen moeten oordelen. Dit geldt ook voor de invloed van mensenrechtenverdragen op de materie.

1. De Staatscommissie is verdeeld over de toepasselijkheid van het Huwelijksverdrag van 1978 (par. 4) De argumenten pro en contra zijn beide sterk. De praktische betekenis van het punt is voor Nederland, dat naast Australië en Luxemburg partij is, niet groot. De regeling ervan is overgenomen in de Wet conflictenrecht huwelijk. Deze is reeds aangepast aan de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht door in artikel 3, eerste lid onder d. het verschillend geslacht van de a.s. echtgenoten buiten de sfeer van de openbare orde te plaatsen, en daarin alleen het beginsel van het monogame huwelijk te verschansen.

Wel stelt de Staatscommissie voor in artikel 3 WCH tot uitdrukking te brengen, dat het beginsel van monogamie, en het verbod op het aangaan van polygame huwelijken in Nederland meebrengen, dat personen die nog met een ander in een geregistreerd partnerschap en daarmee gelijk te stellen relaties verbonden zijn, geen huwelijk in Nederland kunnen aangaan.

2. Wat het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 betreft, geldt ongeveer hetzelfde als over het zusterverdrag over het huwelijk is opgemerkt (par. 7). Indien het Verdrag toepasselijk geacht wordt, zal dat op problemen kunnen stuiten die niet geheel te ondervangen zijn. Hoe Frankrijk en Luxemburg, de andere verdragsstaten, zullen omgaan met het Nederlandse huwelijk, is nog een open vraag.

3. De Verordening (EG) 1347/2000 van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen (Brussel II) is naar het oordeel van de Staatscommissie ook van toepassing op het Nederlandse huwelijk (par.9). Dit brengt mee, dat er voor de Nederlandse wetgever slechts beperkte ruimte is om zijn residuele bevoegdheid om jurisdictieregels te scheppen in te vullen. Overigens staat niet geheel vast hoe ver deze restbevoegdheid reikt, ook afgezien van de kwestie of het Nederlandse huwelijk bestreken wordt door de Verordening.

4. De Staatscommissie is van oordeel dat alimentatievorderingen, voortspruitend uit Nederlandse huwelijken, evenals die welke samenhangen met geregistreerde partnerschappen, bestreken worden door de Haagse Alimentatieverdragen van 1973 (par. 11). Hier is dus in beginsel geen ruimte meer voor afwijkende nationale regelingen.

5. Het Haagse Adoptieverdrag (1993) sluit naar het oordeel van de Staatscommissie, gezien de verdragsgeschiedenis, de adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht uit (par. 13). Dat maakt de weg vrij voor het sluiten van eventuele bilaterale of multilaterale overeenkomsten met (verdrags)landen, die geen principiële bezwaren hebben tegen adoptie door echtgenoten van hetzelfde geslacht.

De op stapel staande wet conflictenrecht adoptie zal aangepast dienen te worden aan de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, zoals reeds eerder geadviseerd en toegezegd.

6. Wat betreft de internationale en interlandelijke adoptie zij nog aandacht te besteden aan de Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie (WOBK) (par. 15 ).De Staatscommissie vraagt zich af of het wel aangaat in de Nederlandse wetgeving een onderscheid aan te brengen tussen aspirantadoptiefouders van hetzelfde en van verschillend geslacht, zoals thans in de Wet Aanpassing van wetgeving in verband met de openstelling van het huwelijk is bewerkstelligd. Het is kwestieus of de pragmatische argumenten voor dit onderscheid wel kunnen standhouden in het licht van het nondiscriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De Staatscommissie stelt voor de ministeriële beginseltoestemming weer te verlenen, maar haar te clausuleren. Hiermee worden geen valse verwachtingen gewekt, maar wordt evenmin bij voorbaat de deur op slot gedaan. Het aangaan van een dialoog met andere landen omtrent hun bereidheid tot het verlenen van toestemming voor adoptie wordt toegejuicht.

7. De Staatscommissie geeft in overweging een *materiële* regel op te nemen in de wetgeving die in het geval van omzetting van een geregistreerd partnerschap in een huwelijk, en omgekeerd, voorschrijft dat deze alleen kan plaatsvinden, indien in of bij de akte van omzetting een partijverklaring is opgenomen, mede ondertekend door een of meer rechtskundigen (advocaat, notaris) dat een aantal onderwerpen onder ogen is gezien (par. 12). Deze materiële regel zou dienen te gelden zowel in interne als in internationale gevallen, aangezien de internationaliteit van het geval soms onderweg ontstaat of (nog) niet uitgekristalliseerd is, en *Statutenwissel* van rechtswege, bijvoorbeeld in het huwelijksgoederenrecht of partnerschapsgoederenrecht, niet uitgesloten kan worden.

8. Het gezamenlijk gezag dat de Nederlandse wetgeving introduceert voor een ouder en zijn/haar echtgenoot ten aanzien van een kind staande het huwelijk (of het partnerschap) geboren, en dat van rechtswege intreedt, valt onder het internationaalprivaatrechtelijke begrip ouderlijke verantwoordelijkheid (par. 16) De Staatscommissie gaat ervan uit, dat deze Nederlandse rechtsfiguur bestreken wordt door o.m. het Haagse Kinderbeschermingsverdrag 1961 en het Haagse Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid van 1996, waarvan ratificatie door Nederland wordt voorbereid. Het even omschreven gezamenlijk gezag vormt eveneens de grondslag voor de maatregelen voortvloeiend uit het Haagse Kinderontvoeringsverdrag.

Naar het oordeel van de Staatscommissie heeft dit, in de context van huwelijksontbinding, ook te gelden voor de Verordening 1347/2000, voorzover er sprake is van een gemeenschappelijk kind in de zin van de Verordening. Mocht dit anders blijken te zijn, dan is er ruimte voor communrechtelijke wetgeving, die eveneens invulling kan betekenen van de door de Verordening opengelaten residuele wetgevingsbevoegdheid. Mogelijk is hier nog behoefte aan een *forum necessitatis*. Zolang er geen communautairrechtelijke regeling tot stand gebracht is voor ouderlijke verantwoordelijkheid buiten de context van echtscheidingsprocedures is artikel 5 toepasselijk.

9. Voor het overige is een aantal beschouwingen opgenomen die niet uitmonden in voorstellen of suggesties tot wetgeving.

1 A.S.Hartkamp, Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht.- De Nederlandse rechter en het EVRM, in: 50 Jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens, speciaal nummer NJCM-Bulletin, 2000, p. 31.

2 Het heet daar: "(m)ede gelet op de datum van totstandkoming van dat verdrag mag worden aangenomen dat de verdragsluitende partijen ervan uit zijn gegaan dat het huwelijk wordt geacht te zijn een verbintenis tussen een man en een vrouw. Ik acht het hoogst waarschijnlijk dat dit nog steeds de gangbare interpretatie is van het verdrag. Indien die veronderstelling juist is, betekent dit dat het verdrag niet van toepassing kan worden geacht op een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht.(...) Concreet betekent dit dat Nederland niet gehouden

- is de verwijzingsregels van het verdrag toe te passen waar het erom gaat te bepalen welk recht toepasselijk is op de vereisten voor het aangaan van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht.(...)"
- 3 Actes et Documents de la Treizième Session, Tome II, p.334.
  - 4 Actes et documents, o.c. p.41
  - 5 Actes et Documents,o.c. p. 116; het rapport is opgesteld door Adair Dyer Jr en Christof Böhmer.
  - 6 Actes et Documents, o.c. p.119.
  - 7 Actes et Documents, o.c. p.100.
  - 8 Actes et documents,o.c. p.292.
  - 9 Aldus ook de Nederlandse gedelegeerde Van Rijn van Alkemade,FJR 1989,p.223: "het verdrag zelf geeft geen definitie van het huwelijk,de opstellers hebben daar bewust vanaf gezien."
  - 10 Actes et Documents,o.c. p.162.
  - 11 Al gaat het wat ver om daaronder ook het geregistreerd partnerschap te begrijpen, of zelfs , zoals het Ministerie van Buitenlandse Zaken doet, het Pacte civil de solidarité. Zie Jessurun d'Oliveira, NJB 2000, p. 884. Te krap daarentegen is van Rijn van Alkemade, o.c.,p. 223: "de kwalificatie van het begrip richt zich dus - naar de in Nederland overwegende leer- naar het eigen recht van de rechtstoepas ser, dus het Nederlandse recht. Dit staat een huwelijk tussen gelijkgeslachtelijke partners niet toe en men mag gevoegelijk aannemen dat dit beginsel van openbare orde is in de zin van het internationaal privaatrecht".
  - 12 In mei 1998 aan de Minister van Justitie toegezonden. Wetgeving is reeds geruime tijd in voorbereiding.
  - 13 Rapport explicatif van Von Overbeck, oc.c. p. 334.
  - 14 Zie ook de mening van F.H.J. van den Linden, De grote leemte in een nieuw jasje, Ars Aequi 2001, p. 153-157.
  - 15 Vgl. het advies van de Staatscommissie inzake het geregistreerde partnerschap,8 mei 1998, ad artikel31.Zie bovendien het advies van de Staatscommissie van 28 maart 1995 met betrekking tot artikel 1 van de WCE.
  - 16 Vgl. HR 9 juni 1995,NJ 1995,617 en HR 26 januari 1996, NJ 1997,258.
  - 17 Zie het advies van de Staatscommissie over deze Verordening, uitgebracht op 14 mei 2001.
  - 18 Vgl. Jayme, IPRax 2001, p. 66.
  - 19 Zo is in de zaak *Reed*, zaak 59/85, Jurispr. 1986, p. 128 beslist dat de term 'spouse' in artikel 10 van Vo. 1612/68 "refers to a matrimonial relationship only".
  - 20 Gevoegde zaken C-122/99P en C.-125/99P , D en koninkrijk Zweden, ondersteund door Denemarken en Nederland tegen de Raad van de Europese Unie, 31 mei 2001.
  - 21 DG personeel en administratie, Admin.B 2(01)D/18009 dd 15 mei 2001.
  - 22 Zie H.U.Jessurun d'Oliveira, *Nederlands relatierecht en de Europese Unie; de Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk* , NJB 2001,pp. 2035-2040.
  - 23 Schriftelijke vraag P-2338/01 van Kathalijne Buitenweg (Verts/Ale). Antwoord dd. 15 oktober 2001 namens de Europese Commissie door de heer Kinnock.Inmiddels zijn nieuwe vervolgvragen gesteld over het onderwerp.
  - 24 De Eurocommissaris besluit met de volgende passage:"Het is duidelijk dat de Commissie niet de bevoegdheid heeft om een lidstaat ertoe te dwingen dergelijke huwelijken te erkennen of verblijfsvergunningen op grond van dergelijke huwelijken af te geven. Dat is nu eenmaal de realiteit, ongeacht of de betrokken echtgenoten uit een lidstaat of uit een derde land afkomstig zijn".
  - 25 Zie het advies van de Staatscommissie dd. 14 mei 2001 inzake Verordening 1347/2000, p.7
  - 26 De nieuwe nummering van het Eerste Boek en de overige wetbepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is te vinden in de Beschikking van de Minister van Justitie van 14 december 2001, Stb. 2001, 623.
  - 27 Hugues Fulchiron, Le mariage homosexuel et le droit francais (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000), *Le Dalloz*, 2001, pp 1628-1631.
  - 28 Conférence de La Haye, Actes et Documents de la XIIè m e session, Tome IV, nr. 118, verwijzend naar nrs. 14-24.
  - 29 Advies Staatscommissie d.d. 8 mei 1998.
  - 30 HR 21 februari 1997, NJ 1998, 416.
  - 31 Trb. 1997, 197.
  - 32 Zie vooral Rapport Explicatif nrs. 79-85.
  - 33 IPR/259.23 (ook aan te treffen op [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl)).
  - 34 Dit is ook de opvatting van de regering zoals onder meer blijkt uit de nota n.a.v. het verslag op het wetsvoorstel 27 256, nr. 5, p.10.
  - 35 § 4.2.
  - 36 TK (1999-2000), 27 256.

37 Vgl. TK (1999-2000), 27 256, nr. 5, p. 4.

38 T.a.p., p. 10.

39 Zie hieromtrent de brief van staatssecretaris Kalsbeek, 11 april 2001, Kamerstukken II 27 256, nr. 7, die niet optimistisch stemt.

40 TK (1999-2000) 27 047.

41 Zie bijvoorbeeld TK (1998-1999) 26 672 nr 3, p. 4.

42 Artikel 40 Koninkrijksstatuut luidt: “Vonnissen, door de rechter in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba gewezen, en bevelen , door hem uitgevaardigd, mitsgaders grossen van authentieke akten, aldaar verleden, kunnen in het gehele Koninkrijk ten uitvoer worden gelegd, met inachtneming van de wettelijke bepalingen van het land , waar de tenuitvoerlegging plaatsvindt”.

43 Zie H.R.14 januari 1994, NJ 1994, 403.

44 Zie hierover J. de Boer, Homohuwelijk en -adoptie in het Koninkrijk, NJB 2001, blz. 764-765, en H.U.Jessurun d'Oliveira, Het Nederlandse huwelijk en het Koninkrijk, NJB 2001, blz.807-808, met naschrift J. de Boer.