



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek van het internationaal privaatrecht**

Polak, M.V.; Eeckhout, V. van den

### **Citation**

Polak, M. V., & Eeckhout, V. van den. (2002). Kroniek van het internationaal privaatrecht. *Njb-Kronieken*, 77(I), 507-512. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13778>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13778>

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

# Kroniek van het

# *internationaal privaatrecht\**

De drukke Brusselse activiteiten worden steeds vaker als een storende factor gezien voor de 'eigen' Haagse Conferentie. Ook op andere terreinen zijn de spanningen opgelopen: gebrekkige afstemming tussen diverse ipr-regimes en problemen met de samenhang met andere rechtsgebieden, zoals het vreemdelingenrecht.

## 1. Publish ánd perish

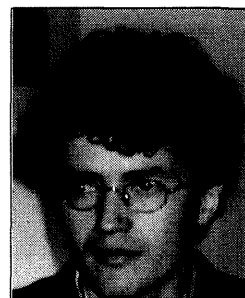
De opzet van de NJB-kronieken heeft iets dwangmatig. Aan de beslissing van de redactie om op tijdstip X een kroniek met omvang Y over rechtsgebied Z te publiceren, valt niet te tornen. Toch heeft dit dwangmatige karakter van de kronieken niet alleen nadelige kanten. Zo heeft het de NJB-redactie en ons een moeilijk afwegingsproces bespaard. Want vele auteurs en uitgevers van ipr-materiaal zullen het afgelopen jaar hebben geworsteld met de vraag of met de publicatie van het materiaal op de inwerkingtreding van op stapel staande regelgeving moest worden gewacht. Het was vaak koffiedik kijken wat er in de (nabije?) toekomst zou gebeuren. En de auteur, hij actualiseerde voort. Die problemen zijn ons bespaard gebleven: gepubliceerd moest en zou er worden, en wel in dit kroniekennummer. Wij konden ons dus beperken tot het vergaren en ordenen van het materiaal en het schetsen van interessante ontwikkelingen.

Een heel grove schets van de ontwikkelingen kan beperkt blijven tot de constatering dat de spanningen die wij in vorige kronieken hebben beschreven, in 2001 verder zijn opgelopen. Zo valt te wijzen op (i) de groeiende bronnenverscheidenheid waarmee praktijkjuristen moeten werken en de gebrekkige afstemming tussen de diverse regimes, (ii) de concurrentiestrijd tussen de EG/EU enerzijds en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht anderzijds, en (iii) de (vaak problematische) samenhang tussen het ipr en rechtsgebieden als het vreemdelingenrecht en de tendens om daarbij onderscheid te

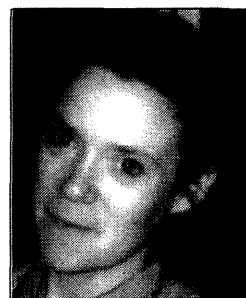
maken tussen Europese en niet-Europese gevallen. In vorige kronieken hanteerden wij de beeldspraak van de jurist die als een surfer probeert staande te blijven temidden van de aanrollende ipr-golven. Deze kroniek strekt ertoe de minder actieve en behendige surfer, die zich het afgelopen jaar wellicht eerder belaagd dan uitgedaagd voelde door de ipr-golven, aan te sporen de moed niet op te geven én hem of haar een geactualiseerde handleiding aan te reiken.

## 2. Procesrecht in vermogensrechtelijke zaken

**2.1. Regelgeving op supranationaal niveau**  
Het transformatieproces van het EEX van een verdrag naar een verordening kende in het afgelopen jaar geen onverwachte wendingen. De tekst van de verordening en de datum van inwerkingtreding – 1 maart 2002 – zijn al sinds december 2000 bekend. Het is dan ook teleurstellend dat het niet is gelukt om de Nederlandse uitvoeringswet bij de EEX-verordening, met daarin nadere regels over de exequaturprocedure, tijdig gereed te hebben. Helaas dreigt zo'n overschrijding van de termijn voor het vaststellen van uitvoeringswetgeving een Nederlandse traditie te worden. Een complicerende factor is dat de inwerkingtreding van de EEX-verordening niet leidt tot volledige buitenwerkingstelling van het EEX-verdrag: het EEX-verdrag blijft vooralsnog in ongewijzigde vorm in de verhouding met Denemarken in werking. Ook het EVEX blijft vooralsnog ongewij-



Maurice V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit Leiden, verbonden aan het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek aldaar, advocaat in Den Haag en medewerker van dit blad.



Veerle Van Den Eeckhout is universitair hoofddocent internationaal privaatrecht aan de Universiteit Leiden en verbonden aan het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek aldaar.

\* De auteurs zijn hun oud-collega Marjet Groenleer, thans griffier bij het gerechtshof te Den Haag, erkentelijk voor haar hulp bij de totstandkoming van deze kroniek.

# Op het Ministerie van Justitie lijkt niemand zich gerealiseerd te hebben dat de exequaturprocedure van Brussel II nog een uitvoeringswet vereist.

zigt van belang in de verhouding met IJsland, Noorwegen, Polen en Zwitserland.

In de loop van 2001 traden reeds twee ipr-verordeningen in werking: per 1 maart 2001 de echtscheidingsverordening 'Brussel II' (zie nader in paragraaf 4.1 (a)), en per 31 mei 2001 de Betekeningsverordening. Op het Ministerie van Justitie lijkt niemand zich gerealiseerd te

hebben dat de exequaturprocedure van Brussel II nog een uitvoeringswet vereist. De uitvoeringswetgeving die nodig was in verband met de inwerkingtreding van de Betekeningsverordening is (ook) te laat voorbereid en uiteindelijk pas op 21 december 2001 in werking getreden.<sup>1</sup>

In 2002 is het de beurt aan de hiervoor genoemde EEX-verordening en aan de Insolventieverordening, die op 1 maart respectievelijk 31 mei 2002 in werking treden.

Een vijfde verordening is de op 28 mei 2001 vastgestelde Bewijsverordening, die op 1 januari 2004 in werking zal treden en de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken betreft.<sup>2</sup> Ook deze verordening zal voorrang krijgen op Haagse regelgeving op hetzelfde terrein, namelijk het Haagse Bewijsverdrag van 1970, momenteel geldend tussen elf lidstaten van de EU.

De buitenwacht staat voor dit procédé van ipr-communautariserings niet altijd even luid te applaudiseren. In Nederland worden steeds duidelijker signalen gegeven dat de drukke Brusselse activiteiten als een storende factor, of zelfs als een bedreiging voor de 'eigen' Haagse Conferentie worden ervaren.<sup>3</sup> Sommigen werpen zich openlijk op als beschermheren van de Haagse Conferentie en tonen steeds minder schroom in het uitdrukken van hun ongenoegen. Hun bewoordingen liegen er niet om: zo werd de 'parrel' van de Haagse Conferentie reeds tegenover het 'monster' van de EU gesteld.

Een project waarin deze kwestie momenteel sterk speelt, is de totstandkoming van een mondiaal bevoegdheids- en erkenningsverdrag in de schoot van de Haagse Conferentie. Dit totstandkomingsproces in nog in volle gang.<sup>4</sup> Diverse fundamentele vragen zijn nog altijd niet beantwoord. Onduidelijk is met name hoever de Haagse Conferentie dient te gaan: een volledig verdrag à la het EEX of een verdrag dat zich beperkt tot de forumkeuze als eerste stap, waarna door middel van 'blockbuilding' andere onderwerpen, zoals consumententransacties, arbeids-overeenkomsten en intellectuele eigendom, kunnen worden aangepakt? In de loop van 2002 zullen knopen moeten worden doorgehakt wil het project niet verzanden.

## 2.2. Regelgeving op nationaal niveau

De Europese en Haagse instanties mogen dan al met elkaar concurreren, er zullen altijd procedures blijven die buiten de reikwijdte van de supranationale regelgeving vallen en een vangnet behoeven in nationaal-Nederlandse regelgeving. Met het vernieuwde Wetboek van Rechtsvordering, dat op 1 januari 2002 in werking is getreden, is tevens een vernieuwde regeling van de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter in niet door verdragen of verordeningen bestreken gevallen in werking getreden. De nieuwe artikelen 1-14 Rv bevatten voorschriften met betrekking tot de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, waarin hetgeen op internationaal niveau in verdragen en verordeningen is geregeld, zoveel mogelijk is 'gecopieerd'.<sup>5</sup>

## 2.3. Rechtspraak

### (a) Materiële reikwijdte van het EEX (art. 1)

In het arrest PFA/Staat heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie verzocht de begrippen 'burgerlijke of handelszaken' en 'douanezaken' uit artikel 1 EEX uit te leggen in verband met een op douaneschulden betrekking hebbende privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst tussen een onderneming en een overheidsinstantie.<sup>6</sup>

### (b) Delictuele geschillen (art. 5 aanhef en onder 3 EEX)

In de zaak BUS/Chemconserve volgde de Hoge Raad de kwalificatie van partijen en de lagere instanties dat een vordering tot schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen voortspuit uit een delictuele verbintenis, waarbij de Hoge Raad besliste dat onder de 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' in artikel 5 aanhef en onder 3 EEX moet worden verstaan, de plaats waar de brief waarin het afbreken wordt meegedeeld, door de gedupeerde wordt ontvangen, aangezien volgens de Hoge Raad het afbreken pas op het moment van ontvangst van deze brief effect sorteert. Daaraan doet niet af dat als de plaats van ontvangst als willekeurig moet worden bestempeld, naar de omstandigheden moet worden beoordeeld of de plaats van ontvangst in aanmerking kan komen als plaats waar het schadeveroorzakend handelen heeft plaatsgevonden.<sup>7</sup>

In een arrest van 7 december 2001<sup>8</sup> gaf de Hoge Raad toepassing aan de Marinari-regel van het Hof van Justitie.<sup>9</sup> Waar het gestelde seksuele misbruik door de Duitse dader in Duitsland had plaatsgevonden en het Nederlandse slachtoffer in Nederland 'slechts' de schadelijke gevolgen daarvan heeft ondervonden, komt aan de Nederlandse rechter geen bevoegdheid ex artikel 5 aanhef en onder 3 EEX toe.

### (c) Exclusieve bevoegdheid (art. 16 EEX)

In de zaak Gaillard besliste het Hof van Justitie conform vaste rechtspraak dat een vordering tot ontbinding van een overeenkomst tot verkoop van een onroerend goed en tot betaling van schadevergoeding niet valt binnen het toepassingsgebied van artikel 16 aanhef en onder 1 EEX inzake geschillen met betrekking tot zakelijke rechten op onroerende goederen.<sup>10</sup>

1. Wet van 13 december 2001, *Stb.* 622, tot uitvoering van de Verordening (EG) nr 1348/2000 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in

handelszaken.

2. Verordening nr 1206/2001, *PbEG* 44 (2001) nr L 174, p.

1. Op dezelfde dag heeft de Raad van de Europese Unie in een beschikking, *PbEG* 44 (2001) nr L174, p. 25, een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken in het leven geroepen.

3. Zie bijv. H.U. Jessurun d'Oli-

veira, Den Haag tegen Den Haag of EU tegen HC, *NJB* 2001, p. 1208. Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 22 112, nr 173, m.b.t. het Franse initiatief voor een EG-verordening inzake de wederzijdse tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende het omgangsrecht.

4. Zie, voor de laatste stand van zaken, de website van de Haagse Conferentie: [www.hchc.net](http://www.hchc.net).

5. Zie, voor een artikelsgewijs commentaar op de art. 1-14 Rv, Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering (2002).

6. HR 18 mei 2001 (PFA/Staat), *RvdW* 2001, 106.

7. HR 21 september 2001 (BUS/Chemconserve), *RvdW* 2001, 144.

8. HR 7 december 2001, *RvdW* 2001, 200.

9. HvJ EG 19 september 1995 (C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*), *Jur.* 1995, p. I-2719, *NJ* 1997, 52 (ThMdB).

In een arrest van 2 maart 2001 heeft de Hoge Raad vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie over de uitleg van artikel 16 aanhef en onder 2 en artikel 24 EEX met betrekking tot vorderingen in kort geding betreffende de besluitvorming binnen een Franse vennootschap.<sup>11</sup>

(d) *Forumkeuze (art. 17 EEX)*

In antwoord op eerder door de Hoge Raad<sup>12</sup> geformuleerde vragen heeft het Hof eind 2000<sup>13</sup> artikel 17 EEX onder de loep genomen en uitleg gegeven aan de formele vereisten van in een cognossement opgenomen forumkeuzebedingen en de werking hiervan jegens derde-cognossementhouders. Deze complexe materie laten wij hier verder onbesproken.

(e) *Kort geding (art. 24 EEX)*<sup>14</sup>

In Cogenius/Schothorst<sup>15</sup> geeft de Hoge Raad toepassing aan de arresten van het Hof van Justitie inzake Van Uden/Deco-Line<sup>16</sup> en Mietz/Intership<sup>17</sup>. De in het EEX vervatte bevoegdheidsregeling is dwingend en uitputtend, waardoor de kortgedingrechter, nu het EEX van toepassing is, ambtshalve had moeten onderzoeken of hem bevoegdheid toekwam krachtens het EEX. Deze potentiële bevoegdheid kon slechts haar grond vinden in artikel 24 EEX, omdat partijen via een arbitraal beding eventuele uit hun bemiddelingsovereenkomst voortvloeiende geschillen aan de overheidsrechter hadden onttrokken. Volgens de Hoge Raad was de in het geding zijnde vordering tot betaling van een bepaald geldbedrag voortvloeiende uit die bemiddelingsovereenkomst aan te merken als een incasso-kort geding, wat volgens het Hof van Justitie geen voorlopige maatregel is in de zin van artikel 24 EEX, tenzij aan twee in bovengenoemde arresten van het Hof van Justitie geformuleerde criteria wordt voldaan.

(f) *Boedelbeschrijving (art. 672 Rv (oud))*

In een beschikking van 18 mei 2001<sup>18</sup> heeft de Hoge Raad beslist dat, bij gebreke van een Nederland bindende verdragsbepaling, met betrekking tot een verzoek een boedelbeschrijving te bevelen, de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid toekomt op grond van artikel 672 jo. 429c lid 14 en 15 Rv (oud), nu de erflater de Nederlandse nationaliteit had en de nalatenschap zich ten dele in Nederland bevond, ook al zou op de vereffening van de nalatenschap Spaans recht van toepassing zijn. Het bevel tot boedelbeschrijving is naar zijn aard universeel en niet beperkt tot de in Nederland gelegen boedelbestanddelen.

(g) *Conflictenrecht in hoger beroep en cassatie*

In de zaak Maatschap X/Overes q.q. besliste de Hoge Raad dat de appelrechter binnen het door de grieven ontsloten gebied ambtshalve het conflictenrecht en het daardoor aangewezen buitenlandse recht dient

toe te passen. De Hoge Raad zelf kan niet ambtshalve het conflictenrecht hanteren, tenzij hij het beroep in cassatie wenst te verwerpen wegens gebrek aan belang, hierin gelegen dat de bestreden beslissing toch juist is volgens het (door de appelrechter ten onrechte niet toegepaste) buitenlandse recht. Bij dit laatste geldt dan weer de beperkte toetsing in cassatie van de toepassing van buitenlands recht (art. 79 Wet RO (= (oud) art. 99 Wet RO)).<sup>19</sup>

### 3. Toepasselijk recht in vermogensrechtelijke zaken

#### 3.1. Regelgeving

Waar begin 2001 het wetsvoorstel conflictenrecht onrechtmatige daad geen prioriteit leek te genieten, is de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad<sup>20</sup>, zonder amendementen of wijzigingen, toch reeds op 1 juni 2001 in werking getreden.<sup>21</sup>

De Haagse Conferentie heeft in 2001 gestaag doorgevoerd aan een verdrag inzake het recht dat van toepassing is op zekerheidsrechten op effecten die in een giraal systeem zijn opgenomen. Over de verwijzingsregel – toepassing van het recht van de relevante intermediair bij wie de effectenrekening wordt aangehouden – is men het snel eens kunnen worden. Op de bijeenkomst van januari 2002 zijn echter nog tal van technische details besproken. Het definitieve verdrag zal vermoedelijk pas volgend jaar worden gesloten.<sup>22</sup>

Op het gebied van het overeenkomstenrecht<sup>23</sup> en het rechtspersonenrecht<sup>24</sup> deden zich geen vermeldenswaardige ontwikkelingen voor.

#### 3.2. Rechtspraak

##### (a) *Zakelijke zekerheidsrechten*

Eind 2001 besliste de Hoge Raad in de tweede cassatieprocedure tussen Sisal en NBC dat het voor de beantwoording van de vraag of een 'floating' dan wel 'fixed charge' op vorderingen, die rechtsgeldig is gevestigd naar Tanzaniaans recht, kan worden gelijkgesteld met een (stil) pandrecht op vorderingen naar Nederlands recht, niet aankomt op een overeenstemming in algemene zin, maar op een functionele gelijkstelling. In dit geval rees naar de vraag naar de gelijkstelling in het kader van de artikel 480-481 Rv (oud) en meende de Hoge Raad dat het Tanzaniaanse en het Nederlandse recht voldoende met elkaar overeenstemden, aangezien het bij beide erom gaat dat de kredietverschaffer een zekerheidsrecht krijgt op de bedrijfsmiddelen van de kredietnemer, zonder dat deze in de uitoefening van zijn bedrijf wordt belemmerd.<sup>25</sup>

##### (b) *Onrechtmatige daad*

In Kusters/Cool<sup>26</sup> besliste de Hoge Raad dat het Haags Verkeersongevallenverdrag 1971 naar zijn

10. HvJ EG 5 april 2001 (C-518/99, Gaillard/Chekill), *Jur.* 2001, p. I-2771, *NIPR* 2001, 201.  
11. HR 2 maart 2001 (Van der Plas/Guis), *RvdW* 2001, 65.  
12. HR 23 oktober 1998 (Coreck Maritime/Handelsveem), *NJ* 1998, 901.  
13. HvJ EG 9 november 2000 (C-387/98, Coreck Maritime/Handelsveem), *Jur.* 2000, p. I-9337, *NJ* 2001, 599 (PV).  
14. Zie, over voorlopige en bewarende maatregelen en ipr, X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden 2001).  
15. HR 9 februari 2001 (Cogenius/Schothorst), *NJ* 2001, 290 (PV).  
16. HvJ EG 17 november 1998 (C-391/95, Van Uden/Deco-Line), *Jur.*

1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 (PV).

17. HvJ EG 27 april 1999 (C-99/96, Mietz/Intership Yachting), *Jur.* 1999, p. I-2277, *NJ* 2001, 90 (PV).

18. HR 18 mei 2000, *RvdW* 2001, 105.

19. HR 23 februari 2001 (Maatschap X/Overes q.q.), *NJ* 2001, 431 (ThMdB en JBMV).

20. Wet van 11 april 2001, *Stb.* 190, houdende regeling van het conflictenrecht

met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad.

21. Zie, over onrechtmatige daad en ipr, J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad*, Praktijkreeks IPR, deel 16 (2001).

22. Zie, voor de laatste stand van zaken, de website van de Haagse Conferentie: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

23. Zie, over internationale koopovereenkomsten, R.I.V.F. Bertrams, *Koop*, Praktijkreeks IPR, deel 12

(2001).

24. Zie, over rechtspersonen en ipr, S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law: A European perspective* (2001).

25. HR 14 december 2001 (Sisal/NBC), *RvdW* 2002, 1. Zie tevens HR 23 april 1999 (NBC/Sisal), *NJ* 2000, 30 (HJS).

26. HR 23 november 2001 (Kusters/Cool), *RvdW* 2001, 190.

strekking niet van toepassing is op een ongeval waarbij een skiër uit een sleeplift valt en andere liftgebruikers verwondt. De gevolgnutzondering van het COVA-arrest<sup>27</sup>, die is gecodificeerd in artikel 3 van de in paragraaf 3.1 genoemde Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, moet aldus worden uitgelegd dat de *lex loci delicti* wordt vervangen door het 'woonlandrecht' indien de dader en de benadeelde, die niet per se zelf de procespartijen behoeven te zijn, maar tussen wie de aansprakelijkheidsvraag rijst, beide in dat land woonachtig zijn. Daarbij is irrelevant of er wellicht ook andere daders en benadeelden uit andere landen bij het ongeval betrokken zijn.

In *Diner/Igielko* was volgens de Hoge Raad niet voldaan aan de vereisten van de gevolgnutzondering en was er evenmin plaats voor accessoire aanknopning aan een andere rechtsverhouding tussen partijen. De *lex loci delicti* was volgens de Hoge Raad in Nederland gelegen, omdat de gestelde onrechtmatige daad bestond uit de weigering van de broers *Diner* toestemming te verlenen aan de ABN-AMRO te Amsterdam om onder haar berustende gelden en goederen aan de erven *Igielko* af te geven.<sup>28</sup>

#### (c) Agentuur

In de zaak *Ingmar/Eaton*<sup>29</sup> heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat de artikel 17 en 18 van de richtlijn inzake handelsagentuur<sup>30</sup>, die de handelsagent na de beëindiging van de agentuurovereenkomst onder bepaalde voorwaarden een financiële tegemoetkoming toekennen, een dwingend karakter kennen en moeten worden toegepast als de handelsagent zijn activiteiten in een lidstaat heeft verricht, ongeacht de in de agentuurovereenkomst gemaakte rechtskeuze voor het recht van een buiten de Europese Unie gelegen land. Volgens het Hof is het essentieel voor de communautaire rechtsorde dat een in een derde land gevestigde principaal door het maken van een rechtskeuze, niet aan bovengenoemde bepalingen, die vrijheid van vestiging binnen de interne markt beogen, kan ontkomen. Buiten de Europese Unie gevestigde principalen dienen voortaan dus rekening te houden met de bij de beëindiging van de agentuurovereenkomst bestaande rechten van handelsagenten die binnen de Europese markt opereren.

#### (d) Wegvervoer

Boek 8 BW kent een in beginsel dwingendrechtelijk regime voor het nationale wegvervoer, terwijl de CMR een dwingendrechtelijk regime voor het internationale wegvervoer bevat. De scheidslijn ligt echter genuanceerder. Volgens de Hoge Raad<sup>31</sup> hebben partijen de vrijheid om een rechtskeuze te doen voor het CMR-regime, ook al draagt hun overeenkomst geen internationaal karakter<sup>32</sup>. Daarbij geldt de beperking dat het eenvormige recht van de CMR de dwingende bepalingen uit boek 8 BW alleen verdringt als is voldaan aan de eisen gesteld in artikel 8:1102 lid BW.

## 4. Familierecht

### 4.1. Procesrecht

#### (a) Brussel II en de artikel 4 en 5 Rv

De in paragraaf 2.1 reeds genoemde verordening Brussel II vormt een sappig juridisch kluijfe, zo ondervond de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht bij het schrijven van haar advies over de aanpassing van (wat is geworden) artikel 4 Rv.<sup>33</sup> Alleen al het bepalen van het materieel en het formeel toepassingsgebied van Brussel II is bepaald geen sinecure. Materieel gaat het onder meer om de vraag of ook rechtsvorderingen en beslissingen betreffende geldigheid en nietigheid van huwelijken onder de reikwijdte van Brussel II vallen. Van groter belang

voor Nederland is de vraag of onder het begrip 'huwelijk' ook het geregistreerd partnerschap en het 'opengesteld huwelijk' kunnen dan wel moeten worden begrepen, en of onder 'ontbinding van een huwelijk' ook de omzetting van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap valt. Wat betreft het formeel toepassingsgebied van de rechtsmachtregels van Brussel II wordt in het advies van de Staatscommissie gesproken van een 'enge' en een 'ruime' visie, afhankelijk van het gegeven of men in artikel 7 Brussel II al dan niet de omschrijving van het formeel toepassingsgebied leest. Afhankelijk van de interpretatie van de materiele en de formele reikwijdte van Brussel II is er voor Nederland meer of minder behoefte aan een regeling van het commune recht.

Op advies van de Staatscommissie heeft de wetgever deze kwesties in het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aldus 'opgelost' dat artikel 4 Rv de bevoegdheidsregels van Brussel II van overeenkomstige toepassing verklaart op gevallen die niet door Brussel II worden bestreken. Vanuit Nederlands oogpunt maakt het op het vlak van de bevoegdheidsregeling inhoudelijk dus geen enkel verschil of Brussel II wel of niet toepasselijk is: de rechtsmacht dient steeds volgens de artikel 2, 5 en 6 Brussel II te worden bepaald, ook als deze verordening niet van toepassing is.

Met de zo-even genoemde gelijkstelling van de commune bevoegdheidsgronden aan die van Brussel II, heeft Nederland wel de mogelijkheid onbenut gelaten waarin artikel 8 Brussel II voorziet. Deze bepaling maakt het mogelijk dat de lidstaten – naast de bevoegdheidsgronden opgesomd in Brussel II – in hun commune recht bijkomende bevoegdheidsgronden opnemen, bijvoorbeeld forumkeuze, zij het dat deze 'residuele' bevoegdheidsgronden enkel zijn in te roepen onder de voorwaarden gesteld in de artikel 7 en 8 Brussel II.

Op de hiervoor beschreven gelijkschakeling van het commune recht en het communautaire recht wordt op twee punten inbreuk gemaakt. De *forum non conveniens*-exceptie kan door de Nederlandse rechter worden gehanteerd in de gevallen genoemd in artikel 4 lid 3 en artikel 5 Rv, waarbij het gaat om bepaalde procedures met betrekking tot kinderen die noch onder Brussel II noch onder enig verdrag vallen. Het *forum necessitatis* is in het leven geroepen ten behoeve van het geregistreerd partnerschap: in artikel 4 lid 4 Rv wordt Brussel II ook van toepassing verklaard op de ontbinding van een geregistreerd partnerschap, maar daaraan wordt toegevoegd dat de Nederlandse rechter steeds rechtsmacht heeft indien het geregistreerd partnerschap in Nederland is aangegaan.

Opmerkelijk is dat voor het opengestelde huwelijk (nog) niet in een *forum necessitatis* is voorzien. In haar recente advies over de ipr-aspecten van het opengestelde huwelijk pleit de Staatscommissie wel voor een dergelijk forum. Het advies bevat ook interessante suggesties over kwesties van toepasselijk recht bij de ontbinding van het opengestelde huwelijk.<sup>34</sup>

#### (b) Toekomstige regelgeving: Brussel III

De eerste familierechtelijke telg van de EG – Brussel II – poogt nog maar net trillend op eigen benen te staan en moet nog alle kinderziekten doorlopen, of de EG zet al een zasje op de wereld. Sinds kort ligt een voorstel voor een verordening 'Brussel III' ter tafel.<sup>35</sup> Hiermee wordt uitwerking gegeven aan het streefdoel van de EG om alle kinderen te scharen onder het soepele erkenningsregime van Brussel II: Brussel III voorziet in essentie in een uitbreiding van het toepassingsgebied van Brussel II.

Ook al zal de inwerkingtreding van Brussel III nog wel enige tijd op zich laten wachten en kunnen de

27. HR 19 november 1993 (COVA/BGL), *NJ* 1994, 622 (JCS en PVS).
28. HR 12 oktober 2001 (*Diner/Igielko*), *RvdW* 2001, 157.
29. HvJ EG 9 november 2000 (C-381/98, *Ingmar/Eaton*), *Jur.* 2000, p. I-9305, *NIPR* 2001, 29.
30. Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten, *Pb EG* 29 (1986) nr L 382, p. 1.
31. HR 5 januari 2001 (*Overbeek/Cigna*), *NJ* 2001, 391 (KFH).
32. Zie ook HR 26 mei 1989 (*Zerstegen-Van der Harst/Norfolk Line*), *NJ* 1992, 105 (JCS).
33. Advies van de Staatscommissie van 14 mei 2001. Zie voor de tekst: [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl).
34. Advies van de Staatscommissie van 7 januari 2002. Zie voor de tekst: [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl).
35. Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, *PbEG* 44 (2001) nr C 332, p. 269. Zie, voor toekomstige ontwikkelingen, het Ontwerp-programma van maatregelen voor de uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 (2001) nr C 12, p. 1.

komende tijd zeker nog aanpassingen worden doorgevoerd, toch is het voorstel mogelijk nu al van betekenis, met name bij de exegeze van Brussel II. Maar toch is het de vraag of Brussel III daadwerkelijk een en ander zal vereenvoudigen. Zo is er de kwestie van de verhouding van Brussel III ten opzichte van de Haagse Kinderbeschermingsverdragen, die belooft vrij complex te worden<sup>36</sup>. De problematiek van ordening en afstemming van bronnen speelt overigens niet alleen tussen producten die van verschillende wetgevers afkomstig zijn, maar ook tussen producten die van éénzelfde – Europese – wetgever afkomstig zijn. Met betrekking tot de verhouding tussen Brussel III en Brussel II lijkt de Europese Commissie in haar toelichting op Brussel III de behoeften van de ipr-beoefenaar te begrijpen:

‘Dit voorstel heeft ten doel het toepassingsgebied van Verordening nr 1347 [= Brussel II] uit te breiden. Om de rechtszekerheid te vergroten, wordt in dit artikel niettemin vastgesteld dat de bepalingen van deze verordening voorrang hebben boven de overeenkomstige bepalingen van Brussel II. Er zou moeten worden overwogen de bepalingen van deze verordening, de overeenkomstige bepalingen van Brussel II alsmede het Franse initiatief inzake het omgangsrecht samen te voegen, teneinde het rechters en deskundigen mogelijk te maken zich op een enkel instrument te baseren.’

Het in dit citaat genoemde Franse initiatief, waarnaar wij reeds in de vorige kroniek verwezen, beoogt de afschaffing van het exequatur inzake omgangsrecht<sup>37</sup>. Eind 2000 ondervond het stevige kritiek van Nederlandse zijde<sup>38</sup>.

## 4.2. Toepasselijk recht

### (a) Afstamming

Geheel in lijn met de Nederlandse traditie om kritiek te leveren op de initiatieven die in Brussel worden genomen om tot harmonisatie van het internationaal familierecht te komen, mogen wij de rest van de wereld, althans Europa, graag de Nederlandse aanpak voorhouden. Onder verwijzing naar de Europese Raad van Tampere en het ontwerp-programma van de Raad, merkt de Minister van Justitie in de kamerstukken inzake het voorstel van een Wet conflictenrecht afstamming<sup>39</sup> op:

‘Beslissingen inzake afstamming zijn niet als zodanig in het programma opgenomen. Voor zover thans bekend, is er geen concreet voornemen om het conflictenrecht inzake afstamming te harmoniseren. Het voorliggende voorstel voorziet, conform de rechtspraak van de Hoge Raad, in zeer ruime mogelijkheden voor erkenning van buitenlandse uitspraken inzake afstamming. Het is aldus geheel in overeenstemming met het streven om het internationale rechtsverkeer binnen Europa te vereenvoudigen. Ik zou zelfs durven stellen dat het een voorbeeld voor Europa kan zijn.’

Het wetsvoorstel ligt thans bij de Eerste Kamer en zal vermoedelijk in de loop van 2002 in werking treden.

In de uitspraken in eerste aanleg en hoger beroep, voorafgaand aan de uitspraak van de Hoge Raad van 13 juli 2001<sup>40</sup>, lijkt de rechter geneigd de ruime mogelijkheid tot erkenning, die ten grondslag ligt aan het hiervoor genoemde wetsvoorstel, te volgen en het wetsvoorstel aldus anticiperend toe te passen. Maar in casu kon dit de man niet bekoren: bij nader inzien bleek een wrange bijmaak te kleven aan de schijnbaar grote Nederlandse welwillendheid om hem als de juridische vader van zijn buitenhuwe-

lijkse kind te beschouwen, louter op basis van een vermelding in de Ghanese geboorteakte van het kind. Aan de man was de rechtsgeldigheid naar Nederlands recht van de in een Ghanese geboorteakte vastgestelde afstammingsband immers tegengeworpen, ter motivering van de weigering van de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand om een akte van erkenning op te maken. Door het op basis van soepele ipr-regels als rechtsgeldig beschouwen van de afstammingsband meenden rechtbank en hof nu precies te kunnen beletten dat de man, die inmiddels tot Nederlander was genaturaliseerd, alsnog in Nederland een erkenning zou kunnen bewerkstelligen die tot toekenning van de Nederlandse nationaliteit aan zijn kind zou leiden.

De Hoge Raad besliste dat naar Nederlands internationaal privaatrecht een in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekking tussen een vader en een kind ook in Nederland als zodanige familierechtelijke betrekking wordt erkend, en dat het oordeel van het hof in die zin juist was. Toch vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof: ‘s hofs oordeel dat het vaderschap van de vader en de afstamming van de zoon naar Ghanees recht vaststaan en dat tussen de vader en de zoon reeds een familierechtelijke band bestaat die gelijkwaardig is aan de familierechtelijke band die naar Nederlands recht door erkenning wordt gevestigd, wordt bij gebreke van nadere motivering onaanvaardbaar geacht.

De Hoge Raad liet zich niet uit over de klacht dat het hof ten onrechte voorbij zou zijn gegaan aan het belang van de zoon om naar Nederlands recht door een akte van erkenning de familierechtelijke betrekking met zijn vader vastgelegd te zien. Zo bekeken staan het hof waarnaar de Hoge Raad na vernietiging verwijst, mogelijk nog diverse perikelen van ipr- en nationaliteitsrechtelijke aard te wachten, waarbij eventueel de in Nederland reeds gehanteerde techniek van de ‘adoptie dubbel-op’ als inspiratiebron zal kunnen fungeren.<sup>41</sup>

Het is interessant in deze context nog te wijzen op een wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap die mogelijk medio 2002 in werking zal treden. In de herziene Rijkswet is artikel 4 geschrapt, tegen de achtergrond van bestrijding van ‘schijnerkenningen’. Een postnatale erkenning zal voortaan geen nationaliteitsgevolg van rechtswege hebben voor het kind van een Nederlandse man.<sup>42</sup> Zodoende zal de nationaliteitswetgeving zelf in de weg komen te staan aan een toekenning van rechtswege van het Nederlanderschap op basis van een erkenning. Daarbij is het overigens onverschillig of de erkenning al dan niet een schijnhandeling vormt.

Hier stuiten wij weer op de tendens die wij in vorige kronieken signaleerden en in diverse Europese landen waarneembaar is, te weten de tendens om de nationaliteits- en verblijfsrechtelijke gevolgen van familierelaties waarbij vreemdelingen zijn betrokken, in te perken en af te knotten, zulks uit vrees voor schijnrelaties en migratiestromen.

### (b) Het geregistreerd partnerschap en het opengestelde huwelijk

Noch bij de invoering van het geregistreerd partnerschap noch bij de openstelling van het huwelijk is de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving gekoppeld aan de totstandkoming van een systematische wettelijke regeling van de ipr-aspecten.

Wel liggen al sinds mei 1998 een advies en een wetsvoorstel van de Staatscommissie voor een aantal ipr-bepalingen inzake het geregistreerd partnerschap gereed. Maar het voorstel ligt nu nog steeds ten departemente. Hopelijk brengt de dynamiek van het opengestelde huwelijk schot in de zaak.

36. Zie ook Voorstel voor een beschikking van de Raad waarbij de lidstaten worden gemachtigd in het belang van de Europese Gemeenschap het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 te ondertekenen, document COM (2001) 680.

37. Inmiddels is de eerste versie aangepast. Zie document 11 692/01, JUSTCIV 112, d.d. 18 september 2001.

38. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 22 112, nr 173.

39. Nota n.a.v. Verslag II, *Kamerstukken II* 2001/02, 26 675, nr 6, p. 5.

40. HR 13 juli 2001, *RvdW* 2001, 132. Zie, over deze problematiek, A.V.M. Struycken, *'s lands wijs 's lands eer* (afscheidsschool KUN 2002).

41. Zie, over adoptie en ipr, Advies van de Staatscommissie van 16 oktober 2000. Zie voor de tekst: [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl).

42. Rijkswet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 618. De eerder vooropgestelde datum van inwerkingtreding, 1 januari 2002, is niet haalbaar gebleken. Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 25 891 (R 1609), nr 38.

Wat het opengestelde huwelijk betreft, werd op iprvlak door de Wet aanpassing wetgeving in verband met openstelling van het huwelijk en de invoering van adoptie door personen van hetzelfde geslacht, een wettechnische wijziging aangebracht in de Wet conflictenrecht huwelijk.<sup>43</sup> Tevens werd de Wet opening buitenlandse kinderen ter adoptie in fundamentele zin gewijzigd: in de definitie van (aspirant-)adoptiefouders werd 'echtgenoten' vervangen door 'echtgenoten van verschillend geslacht', hetgeen interlandelijke adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht woonachtig in Nederland onmogelijk maakt. In het recent uitgebrachte advies van de Staatscommissie over de ipr-aspecten van het opengestelde huwelijk wordt kritisch geopperd of deze laatste wijziging wel 'voldoende doordacht' was.<sup>44</sup> Zelf de deur dichtdoen is mogelijk discriminatoir, niet noodzakelijk en niet bijzonder doeltreffend of effectief, zo stelt de Staatscommissie, onder verwijzing naar legitieme manieren om het verbod te omzeilen. De Staatscommissie komt uiteindelijk tot het advies de wetgeving aan te passen.

### (c) Echtscheiding en verstoting

In de Nederlandse doctrine en rechtspraak heerste onenigheid over de vraag of de Marokkaanse khulverstoting onder het soepele regime van artikel 2 Wet conflictenrecht echtscheiding ('WCE') dan wel onder het rigide regime van artikel 3 WCE dient te worden beoordeeld. In een recente uitspraak van de Hoge Raad<sup>45</sup> had een bipatride<sup>46</sup> Marokkaans-Nederlandse man zijn Marokkaanse vrouw in Marokko via de Khul verstoten en verlangde hij vervolgens in Nederland erkenning van deze huwelijksontbinding. Nadat de ambtenaar van de burgerlijke stand had geweigerd in te gaan op dit verzoek, oordeelde de rechtbank dat de verstoting wel degelijk moest worden erkend, en wel op basis van artikel 2 WCE.

Tegen deze beslissing stelde advocaat-generaal Strikwerda cassatie in het belang der wet in. In zijn conclusie betoogt hij in essentie dat de khul-verstoting niet op grond van artikel 2, maar op grond van artikel 3 zou moeten worden beoordeeld. Cruciaal daarbij zou het gegeven zijn dat de khul-verstoting niet zou zijn tot stand gekomen, na rechtspleging in enige vorm, 'door de beslissing van een rechter of andere autoriteit'. De Hoge Raad volgde deze visie en leek aldus af te stevenen op een weigering van de erkenning. Immers, de vaststelling van de rechtbank dat de man een sterkere band had met Nederland dan met Marokko was in cassatie niet bestreden, zodat alles erop leek te wijzen dat de erkenning zou afstuiten op het vereiste van artikel 3 WCE dat de verstoting overeenstemt met 'de personele wet van de man'. Maar dan volgt een opmerkelijke tournure: de Hoge Raad meent dat geen recht zou worden gedaan aan de positie van de vrouw bij een verstoting indien in dit geval – waarbij wordt benadrukt dat de vrouw met de verstoting heeft ingestemd – enkel acht zou worden geslagen op de Nederlandse nationaliteit van de man. Gegeven het belang van de vrouw bij de erkenning van de huwelijksontbinding in Nederland, ziet de Hoge Raad geen plaats voor een effectiviteits-toets van de dubbele nationaliteit van de man en besluit hij tot erkenning in Nederland van de khul-scheiding.

In samenhang met de conclusie van de advocaat-generaal is de beslissing van de Hoge Raad minder verrassend dan zij wellicht lijkt. In de conclusie wordt enerzijds gehamerd op de discriminatie van de vrouw in het Marokkaanse echtscheidingsrecht, niet alleen in de klassieke talaq-verstoting, maar zelfs in de khul-verstoting waarbij in beginsel een huwelijksontbinding op verzoek van de vrouw plaatsvindt. Zulks verklaart de weerstand tegen erkenning van

deze verstotingen. Anderzijds stipt de conclusie aan dat de prijs van niet-erkenning zwaar is, omdat het erkenningsverbod leidt tot hinkende rechtsverhoudingen. De advocaat-generaal besluit met een oproep aan de wetgever om de erkenningsregeling van de artikelen 2 en 3 WCE aan te passen. De Hoge Raad ziet hier kennelijk een taak voor zichzelf weggelegd en poogt het streven naar internationale beslissingsharmonie te verenigen met het streven naar gelijke behandeling van man en vrouw: benadrukkend dat de vrouw had toegestemd in de verstoting overweegt de Hoge Raad dat het belang van de vrouw juist vraagt om internationale beslissingsharmonie, hetgeen dwingt tot erkenning van de verstoting.

In de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2001 staat het belang van de man centraal.<sup>47</sup> Deze casus betrof Marokkaanse echtgenoten die beiden in Nederland woonden. Na een eerdere mislukte poging tot echtscheiding in Nederland, verzocht de man opnieuw echtscheiding, primair met toepassing van Nederlands recht op grond van duurzame ontwijking, subsidiair met toepassing van Marokkaans recht via verstoting. Rechtbank en hof wezen zijn verzoek tot echtscheiding af met de redenering dat op grond van de WCE Marokkaans recht van toepassing is en dat de regeling van de verstoting (talaq) in strijd is met de openbare orde. Daarbij volgde men de visie van de vrouw, die niet wilde meewerken aan de ontbinding van het huwelijk en zich daarbij op het formele standpunt stelde dat een verstoting in strijd is met het Nederlandse recht.

De Hoge Raad vond in het cassatiemiddel voldoende grondslag om een uitweg te zoeken én te vinden. Volgens de Hoge Raad behoeft de omstandigheid dat het ingevolge de WCE toepasselijke Marokkaanse echtscheidingsrecht in strijd is met de openbare orde, niet zonder meer te leiden tot afwijzing van het verzoek tot echtscheiding. Hier is sprake van een lacune, veroorzaakt door de werking van de openbare orde, die opgevuld moet worden en wel met het Nederlandse recht, als het recht van de rechter voor wie het geding aanhangig is. Volgt echtscheiding, uitgesproken door de Hoge Raad zelf!

Beide uitspraken laten zien hoe momenteel wordt geworst met kwesties als niet-discriminatie van seksen en internationale beslissingsharmonie. Het is niet goed mogelijk om te voorspellen of de ontwikkelingen op Europees niveau tot nieuwe inzichten zullen leiden, omdat in Brussel nog talloze onduidelijkheden leven, bijvoorbeeld inzake de wenselijkheid van harmonisatie van het toepasselijke recht. Voorlopig blijft de Europese ipr-activiteit sterk gecentreerd op de procesrechtelijke dimensie.

## 5. Alle hens aan dek

Ipr-deskundigen kunnen een dagtaak besteden aan het 'orde scheppen in de chaos' door zich volledig te wijden aan het samenstellen van 'spoorboekjes', waarin de diverse ipr-regimes en regeltjes helder en schematisch worden geordend. Studenten en praktijkjuristen (en uitgevers) stellen dergelijke spoorboekjes zeer op prijs. Maar al deze tijd en aandacht voor de ontsluiting van het geldende recht dreigen helaas ten koste te gaan van het denken over de toekomst van het ipr. Dit denken over het toekomstige ipr en de rechtspolitieke keuzen die daarbij moeten worden gemaakt, moet echter wel doorgaan. Daarbij zijn het advies, de kritiek en de ervaring van velen nodig; van de ipr-deskundige én van de incidentele ipr-surfer uit het begin van onze kroniek. Beiden moeten de golven durven trotseren.

43. Wet van 8 maart 2001, Stb. 128.

44. Advies van de Staatscommissie van 7 januari 2002. Zie voor de tekst: [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl).

45. HR 13 juli 2001, RvdW 2001, 135.

46. In de herziene Rijkswet op het Nederlanderschap, supra noot 42, wordt meer ruimte geboden aan bipatridie. Zie tevens, over de kwestie van bipatridie, het voor Nederland op 1 juli 2001 in werking getreden Europees Nationaliteitsverdrag (waarover [www.legal.coe.int/nationality](http://www.legal.coe.int/nationality)) en Advies van de Staatscommissie van 12 april 1999. Zie voor de tekst van het Advies: [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl).

47. HR 9 november 2001, RvdW 2001, 174.