

elijk duidelijk is wat rechtens is. bespreken zoals die op 29 januari 2019 behorende wetgeving is ingetrokken. Het is duidelijk dat er nog veel is waar de praktijk dringend wijzigingsgevolgen, is dit niet alleen in de notariële praktijk en de verhaalspraktijk in Nederland grondig over de praktijk behorende uitvoeringspraktijk wat meer houvast

De Europese huwelijksvermogensrechtverordening in de notariële praktijk. Waar moet de notaris op letten?

Mw. prof. mr. T. Mellema-Kranenburg*
Mw. mr. D. van den Hoonaard**

Inleiding

Steeds vaker zien we ten gevolge van de internationalisering van de samenleving huwelijken (en echtscheidingen) met grensoverschrijdende gevolgen. Onder grensoverschrijdende huwelijken verstaan wij huwelijken waarbij ten minste twee landen betrokken zijn. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de echtgenoten verschillende nationaliteiten hebben, zij (of een van hen) in een ander land wonen dan het land van hun nationaliteit, de vermogensbestanddelen zich op een andere plek bevinden dan het land van hun nationaliteit of een combinatie van deze omstandigheden. Tot op heden heeft ieder land zijn eigen regels van internationaal privaatrecht (IPR). Een juridisch geschil omtrent (de afwikkeling van) een internationaal huwelijk kan in Nederland tot een andere uitkomst leiden dan indien hetzelfde geschil aan een Spaanse rechter wordt voorgelegd.

De Europese huwelijksvermogensrechtverordening die per 29 januari 2019 van kracht wordt in 18 lidstaten¹ van de Europese Unie beoogt een ordenende werking aan te brengen ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht van grensoverschrijdende huwelijken, namelijk door rechtszekerheid te geven over de bevoegde rechter, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en akten, waardoor de gehuwden niet meer voor verrassende uitkomsten komen te staan.²

* Notaris bij Verhees Notarissen, Hoogleraar familievermogensrecht Universiteit Leiden.

** Kandidaat-notaris bij Verhees Notarissen. Dit artikel is eerder verschenen in WPNR (2018) 7216.

¹ De aangesloten lidstaten zijn: België, Bulgarije, Cyprus, Tsjechië, Duitsland, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Kroatië, Italië, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Slovenië, Finland en Zweden.

² Naast de Huwelijksvermogensrechtverordening is een aparte Partnerschapsverordening gemaakt, waarvan de inhoud in dit artikel niet wordt behandeld.

In de overige in deze bundel opgenomen bijdragen wordt op verschillende aspecten van deze Verordening inhoudelijk ingegaan. In deze bijdrage zullen wij ons vooral concentreren op de aspecten van de Verordening waar de notaris mee te maken krijgt.

Dat is in de eerste plaats de vraag welk recht van toepassing is op gesloten huwelijken met grensoverschrijdende aspecten. Deze vraag kan zich zowel vóór als tijdens het huwelijk voordoen. Daarnaast kan de vraag rijzen welk mogelijk toepasselijke recht wenselijk is. Voor welk toepasselijk recht kunnen echtparen zelf kiezen? Moet deze rechtskeuze altijd in een notariële akte gemaakt worden?

Een andere vraag is of het wenselijk is een forumkeuze te maken voor een bepaalde rechter voor het geval er tijdens het huwelijk problemen ontstaan.

Voorts zal aandacht worden besteed aan de situatie waarin een bepaald recht gekozen is, maar de betreffende juridische constructie in het buitenland niet bestaat.

In hoofdlijnen wordt aandacht besteed aan derdenbescherming en de mogelijkheid voor een lidstaat om een regel van nationale wetgeving als voorrangsregel aan te wijzen.

Ten slotte zal nog een enkel woord aan de fiscaliteit gewijd worden. Hoe pakken bijvoorbeeld bepaalde in Nederland zeer wenselijk geachte constructies, zoals bijvoorbeeld een finaal verrekenbeding, in een deelnemend land fiscaal uit?

Toepasselijk recht

Het Nederlandse IPR kent diverse rechtsbronnen om vast te stellen welk recht in een concreet geval van toepassing is op een grensoverschrijdend huwelijk, namelijk:

- het Haags Huwelijksgevolgenverdrag van 1905;
- de uitspraak van de Hoge Raad in Chelouche/Van Leer (10-12-1976);
- het Haags Huwelijksvermogensverdrag van 1978 (hierna te noemen: 'het Verdrag'/'HH1978') aangevuld met artikelen uit titel 3 van boek 10 BW;
- de Huwelijksvermogensrechtverordening (hierna te noemen: 'de HuwvermVo').

De datum van de huwelijksvoltrekking bepaalt in eerste instantie welke rechtsbron relevant is. Hierbij geldt dat 'oude' huwelijken (gesloten voor 29 januari 2019) onderworpen blijven aan 'oude' regels, tenzij de gehuwden op of na 29 januari 2019 een rechtskeuze uitbrengen.³

Wanneer onzekerheid bestaat over het toepasselijk recht, verdient het aanbeveling om een rechtskeuze uit te brengen voor het recht dat op grond van de Verordening gekozen kan worden.

³ Art. 69 lid 3 HuwvermVo.

Een voorbeeld

Anton, van Nederlandse nationaliteit, en Julia, van Italiaanse nationaliteit, zijn in 1985 in Rome gehuwd. Na jaren in Italië gewoond te hebben verhuizen zij naar Nederland waar zij een pizzeria beginnen. Zij hebben in Italië geen huwelijkse voorwaarden gemaakt. Hoewel de pizza's goed verkopen, wil Anton vanwege het ondernemersrisico er toch zeker van zijn dat het vermogen van Julia, dat zij bij het aangaan van het huwelijk had, niet aan verhaal van toekomstige schuldeisers bloot staat. Het Nederlandse wettelijke stelsel zou daar dus prima op aansluiten.

Welk recht is van toepassing op het huwelijksvermogensregime van Anton en Julia?

- Indien Anton en Julia geen rechtskeuze hebben uitgebracht, zou op grond van het Chelouche/Van Leer arrest moeten worden vastgesteld welk recht van toepassing is op hun huwelijk. Dat is in dit geval het Italiaanse recht, omdat Italië hun eerste duurzame verblijfplaats na de huwelijkssluiting was (trap 3, rechtskeuze noch gemeenschappelijk nationaliteit zijn aanwezig).
- Indien dit echtpaar op of na 29 januari 2019 gehuwd zou zijn en zij geen rechtskeuze zouden hebben uitgebracht, zou op grond van art. 26 HuwvermVo het toepasselijke recht, het recht zijn van het land:
 - a. waar de echtgenoten na de huwelijkssluiting hun eerste gewone gemeenschappelijke verblijfplaats hebben, of bij gebreke daarvan,
 - b. waarvan beide echtgenoten op het tijdstip van de huwelijkssluiting de nationaliteit bezitten, of bij gebreke daarvan,
 - c. waarmee de echtgenoten samen op het tijdstip van de huwelijkssluiting de nauwste band hebben, met inachtneming van de omstandigheden. Dat zou dus eveneens Italiaans recht zijn.
- Julia en Anton kunnen na 29 januari a.s. ook, met inachtneming van de regels van de Verordening, staande het huwelijk een rechtskeuze uitbrengen, waarover hierna meer.

Voor het recht dat door de Verordening wordt aangewezen als toepasselijk recht geldt het onveranderlijkheidsbeginsel. Dit is een afwijking van de huidige regeling. Het Verdrag kent immers een automatische wijziging van het toepasselijk recht indien er geen rechtskeuze is uitgebracht en het echtpaar bijvoorbeeld meer dan tien jaar hun gewone verblijfplaats heeft in een andere staat. Op deze wijze kan een zogeheten 'wagonstelsel' ontstaan.⁴ In lid 3 van art. 26 HuwvermVo staat onder a) dat bij wijze van uitzondering de bevoegde rechterlijke instantie op verzoek van één van de echtgenoten afwijkend van het in lid 1 sub a) vermelde kan beslissen, dat het recht van een andere staat op hun huwelijk van toepassing is, als de betreffende echtgenoot kan aantonen dat de echtgenoten in die andere staat hun laatste gemeenschappelijke verblijfplaats hadden gedurende een bedui-

⁴ Art. 7 lid 2 HH1978.

dend langere periode dan de onder lid 1 sub a bedoelde. Daarnaast moeten de echtgenoten 'zich hebben verlaten op het recht van die andere staat bij het regelen of plannen van hun vermogensrechtelijke betrekkingen'. Indien een van de echtgenoten de rechter met succes verzoekt om een ander recht dan het recht van de eerste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats toe te passen, wordt dit recht door de rechter toegepast vanaf de datum van huwelijkssluiting. Is de andere echtgenoot het daar niet mee eens en meent de rechter dat er toch voldoende gronden aanwezig zijn om dat andere huwelijksvermogensrecht toe te passen, dan wordt dat recht alleen van toepassing vanaf het moment dat de echtgenoten zich in dat andere land vestigden.⁵ Dit betekent dat er alsnog twee opvolgende huwelijksvermogensrecht stelsels op een huwelijk van toepassing kunnen zijn. Dit zo zijnde, verdient het aanbeveling dat Anton en Julia hun rechtskeuze expliciet maken.

De rechtskeuze nader beschouwd

Hetgeen in de Verordening is bepaald over de rechtskeuze, is zeer belangrijk voor de notariële praktijk. Indien partijen het recht dat op grond van de Verordening op hun huwelijksvermogensregime van toepassing is niet wenselijk achten of als onzekerheid over het toepasselijk recht bestaat, kunnen zij een rechtskeuze uitbrengen. De rechtskeuze dient expliciet te zijn overeengekomen. Het uitbrengen van een rechtskeuze creëert rechtszekerheid over het toepasselijke recht. Uitgangspunt daarbij is de eenheid van toepasselijk recht.⁶ Dat wil zeggen dat het huwelijksvermogensrecht dat van toepassing is, geldt voor alle onder dat stelsel vallende vermogensbestanddelen, ongeacht waar deze zich bevinden. De Verordening biedt, in tegenstelling tot het thans in Nederland geldende Verdrag, niet meer de mogelijkheid voor echtgenoten om voor onroerende zaken het recht van het land van ligging te kiezen.⁷

Een voorbeeld

Margot en Pieter zijn gehuwd naar Nederlands recht. Zij zijn eigenaar van een huisje in Frankrijk. Voor welk recht kunnen zij een rechtskeuze uitbrengen? Art. 22 lid 1 HuwvermVo luidt:

- '1. De echtgenoten of toekomstige echtgenoten kunnen overeenkomen om te bepalen welk recht op hun huwelijksvermogensstelsel van toepassing is of om hun keuze te wijzigen, mits het om het recht van de volgende staten gaat:
- a) Het recht van de staat waar, op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst, zich

⁵ C.A. Kraan m.m.v. S.H. Heijning en Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 402.

⁶ Art. 21 HuwvermVo.

⁷ Zie art. 3 en art. HH1978. In art. 22 HuwvermVo is deze mogelijkheid niet opgenomen.

1. sub a bedoelde. Daarnaast moeten de
het recht van die andere staat bij het rege-
htelijke betrekkingen.' Indien een van de
ekt om een ander recht dan het recht van
verblijfplaats toe te passen, wordt dit recht
nam van huwelijkssluiting. Is de andere
neent de rechter dat er toch voldoende
huwelijksvermogensrecht toe te passen,
ng vanaf het moment dat de echtgenoten
tekenet dat er alsnog twee opvolgende
huwelijk van toepassing kunnen zijn.
dat Anton en Julia hun rechtskeuze ex-

de rechtskeuze, is zeer belangrijk voor
dat op grond van de Verordening
ing is niet wenselijk achten of als
kunnen zij een rechtskeuze uit-
weengekomen. Het uitbrengen
het toepasselijke recht.

huwelijk recht.⁸ Dat wil zeggen dat
geldt voor alle onder dat
waar deze zich bevinden. De
Nederland geldende Verdrag,
voor onroerende zaken het

Zij zijn eigenaar van een

Art. 22 lid 1 Huwverm-

komen om te bepalen
of om hun keuze te

overeenkomst, zich

Haag: Boom

en

Sdu

de gewone verblijfplaats van een of beide echtgenoten of toekomstige echtgenoten bevindt, of

b) Het recht van een staat waarvan een van de echtgenoten of toekomstige echtgenoten op het tijdstip van de sluiting van de overeenkomst de nationaliteit heeft.⁹

Tot 29 januari 2019 hebben Margot in Pieter de mogelijkheid om, op grond van het thans geldende Verdrag aanvullend op de (Nederlandse) gemeenschap van goederen, een partiële rechtskeuze te maken voor het Franse recht betreffende de Franse woning. Zij kunnen, naast hun Nederlandse huwelijksvermogensregime, kiezen voor een beperkte Franse huwelijksgemeenschap van Frans onroerend goed, die kan worden gecombineerd met een '*clause d'attribution*' (=verblijvingsbeding). Deze keuze zorgt voor een eenvoudigere en goedkopere boedelafwikkeling in Frankrijk.⁸

Op grond van de Verordening kan er geen rechtskeuze meer worden gemaakt voor het recht van de eerste staat op welks grondgebied een van de echtgenoten na het huwelijk een nieuwe gewone verblijfplaats vestigt.⁹

De rechtskeuze kan op grond van de Verordening zowel voorafgaand als staande het huwelijk worden uitgebracht.¹⁰ Een rechtskeuze staande huwelijk heeft alleen gevolgen voor de toekomst.¹¹ De echtelieden kunnen er voor kiezen om de rechtskeuze met terugwerkende kracht uit te brengen. De wijziging met terugwerkende kracht is toegestaan, maar heeft geen invloed op rechten in het verleden verkregen door derden.¹²

Ook nu al is het in de Nederlandse notariële praktijk gebruikelijk in huwelijkse voorwaarden een rechtskeuze op te nemen. Dus dat uitgangspunt is op zich niet nieuw.

Volgens de Verordening is de rechtskeuze beperkt tot het recht van de staat waar, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst a) zich de gewone verblijfplaats van een of beide echtgenoten bevindt, of het recht van de staat waar, op het tijdstip van sluiting van de overeenkomst, b) een van de echtgenoten de nationaliteit heeft.

Een ruime keuze derhalve, veel ruimer dan die bij het opnemen van een rechtskeuze in het testament waar de nationaliteit van de erflater bepalend is als er een rechtskeuze gemaakt wordt.¹³

8 De tenaamstelling van het te Frankrijk gelegen onroerend goed moet nog wel in het Franse Kadaster geëffectueerd worden.

9 Deze mogelijkheid bestaat thans op grond van art. 3 lid 3 HH1978.

10 Art. 22 lid 1 HuwvermVo.

11 Art. 22 lid 2 HuwvermVo.

12 C.A. Kraan m.m.v. S.H. Heijning en Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 395 / 22 lid 3 HuwvermVo.

13 Art. 22 Erfrechtverordening.

Wel kan een echtpaar door het maken van een rechtskeuze het toepasselijk huwelijksvermogensrecht laten aansluiten op het erfrecht dat op ieders nalatenschap van toepassing is.

Een voorbeeld

Bernard en Françoise zijn voornemens met elkaar in het huwelijk te treden. Zij hebben respectievelijk de Nederlandse en de Franse nationaliteit. Zij wonen in Duitsland. Zij zijn voornemens enige tijd na het sluiten van het huwelijk naar België te verhuizen.

Voor welk recht kunnen zij kiezen op grond van de Verordening?

Zij hebben de mogelijkheid om voor het Nederlandse recht te kiezen, omdat Bernard de Nederlandse nationaliteit heeft. Zij kunnen echter ook voor het Franse recht kiezen, omdat Françoise de Franse nationaliteit heeft. Een andere mogelijkheid is dat zij voor het Duitse recht kiezen omdat zij daar beiden wonen. Op grond van de Verordening kunnen zij niet voor het Belgische recht kiezen.

Als zij geen rechtskeuze uitbrengen bepaalt art. 26 (onder a) HuwvermVo dat het recht van het land van hun eerste gemeenschappelijke verblijfplaats van toepassing is. Dat is in het geval van Bernard en Françoise in Duitsland, dus Duits recht is van toepassing.

Gesteld dat Bernard en Françoise ook geen gemeenschappelijke verblijfplaats hebben bij het begin van hun huwelijk, bijvoorbeeld omdat Françoise in Genève werkt. In dat geval is het recht van toepassing waarmee beide echtgenoten samen op het tijdstip van de huwelijksvoltrekking de nauwste banden hebben. Ook in dit geval is een rechtskeuze dus zeer aan te raden.

Formele geldigheid van de rechtskeuzeovereenkomst

In art. 23 HuwvermVo wordt bepaald aan welke formaliteiten een gemaakte rechtskeuze moet voldoen.

Uitgangspunt daarbij is een schriftelijke, gedagtekende en door beide echtgenoten ondertekende overeenkomst. Als schriftelijk wordt eveneens aangemerkt elke elektronische mededeling waardoor een overeenkomst duurzaam wordt vastgelegd. Dat zou dus betekenen dat een onderhands stuk volstaat of zelfs een email mits de rechtskeuze duurzaam wordt vastgelegd. Maar vervolgens wordt in het tweede lid bepaald dat indien huwelijksvoorwaarden, volgens het recht van de lidstaat waar de beide echtgenoten bij het maken van de huwelijksvoorwaarden hun gewone verblijfplaats hebben aan aanvullende vormvereisten zijn onderworpen, deze aanvullende vereisten ook op de rechtskeuze van toepassing zijn. Gezien het feit dat in Nederland voor het maken van huwelijksvoorwaarden het vereiste van een notariële akte geldt,¹⁴ geldt dus voor het maken van een rechtskeuze ook de notariële vorm.

¹⁴ Art. 1:115 BW.

Wanneer de echtgenoten bij het aangaan van de rechtskeuzeovereenkomst hun gewone verblijfplaats in verschillende landen hebben is de overeenkomst geldig indien zij aan de vereisten van een van deze lidstaten voldoet.¹⁵ In art. 23 lid 4 HuwvermVo wordt ten slotte nog bepaald dat wanneer een van de echtgenoten bij het aangaan van de rechtskeuzeovereenkomst zijn gewone verblijfplaats heeft in een lidstaat waar huwelijkse voorwaarden aan aanvullende vormvereisten zijn onderworpen, deze vereisten van toepassing zijn.

De conclusie is dat het altijd verstandig is de rechtskeuze in een notariële akte op te nemen.

In de eerste plaats omdat dan in de meeste gevallen de vormvoorschriften gewaarborgd zijn en in de tweede plaats omdat bij deze ingewikkelde materie een deskundige kan uitleggen wat rechtens is.

Een voorbeeld

Eva van Nederlandse nationaliteit en Guy van Belgische nationaliteit zijn al tien jaar getrouwd. Zij weten niet geheel zeker welk recht op hun huwelijksvermogensregime van toepassing is. Zij hebben geen huwelijkse voorwaarden gemaakt. Eva zou graag naar Nederlands recht getrouwd zijn, maar de algehele gemeenschap van goederen ging haar te ver. Nu sinds januari de beperkte gemeenschap van goederen het van rechtswege geldende recht is, willen zij een rechtskeuze uitbrengen voor het Nederlandse huwelijksvermogensrecht. Volgens art. 23 dienen zij deze rechtskeuze in een notariële akte vast te leggen.

Formele geldigheid van huwelijkse voorwaarden

Voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden gelden dezelfde vormvereisten als voor het maken van de rechtskeuze. Een en ander is uitgeschreven in art. 25 lid 2 *HuwvermVo*.

Een voorbeeld

Gulio, van Spaanse nationaliteit en de Nederlandse Ans willen huwelijkse voorwaarden maken en gaan naar de Nederlandse notaris. Zij wonen op dat moment in Spanje, maar zijn van plan zodra er kinderen komen naar Nederland te verhuizen. Ans wil mede daarom Nederlandse huwelijkse voorwaarden maken. Nagegaan dient te worden of er in Spanje aanvullende vormvoorschriften gelden.¹⁶

15 Art. 23 lid 3 HuwvermVo.

16 Art. 25 lid 3 HuwvermVo.

Sdu

Inschrijving in het huwelijksgoederenregister¹⁷

Het recht dat krachtens de Verordening op het huwelijksvermogensstelsel van toepassing is bepaalt onder meer de gevolgen van het huwelijksvermogensstelsel voor de rechtsbetrekkingen tussen een echtgenoot en een derde.¹⁸ Ingevolge de Verordening kan het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime niet aan derden worden tegengeworpen, tenzij de toepasselijkheid van dat recht aan een derde bekend is of zou moeten zijn.¹⁹ In het tweede lid van dit artikel is uitgeschreven wanneer de derde wordt geacht over deze kennis van het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht te beschikken. De derde wordt geacht over deze kennis te beschikken, indien dat het recht is van:

- a. de staat waarvan het recht toepasselijk is op de transactie tussen een echtgenoot en de derde;
- b. de staat waar de contracterende echtgenoot en de derde hun gewone verblijfplaats hebben, of
- c. in geval van een onroerendgoedtransactie, de staat waar het onroerend goed is gelegen.

Een derde wordt voorts geacht kennis van het op het huwelijk toepasselijke recht te hebben, indien is voldaan aan de toepasselijke voorschriften voor openbaarmaking of inschrijving van het vermogensstelsel volgens het recht van de staat zoals hierboven onder a-c genoemd. Art. 28 HuwvermVo formuleert ook regels ten aanzien van de vraag welk recht van toepassing is als het huwelijksvermogensstelsel niet aan de derde kan worden tegengeworpen.

Een derde te goeder trouw wordt beschermd. Deze goede trouw van een derde is te doorbreken door het toepasselijke recht in te schrijven in het huwelijksregister.²⁰ Omdat de Verordening niet regelt in welke gevallen registratie mogelijk is, dient dit door iedere lidstaat zelf te worden geregeld in uitvoeringswetgeving.

Aanpassing van zakelijke rechten

In art. 29 HuwvermVo wordt bepaald dat indien een persoon zich krachtens het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht op een zakelijk recht beroept dat het recht van de lidstaat waar het zakelijk recht wordt ingeroepen niet kent, dit zakelijke recht, indien nodig en voor zover mogelijk, in overeenstemming gebracht wordt met het meest gelijkwaardige zakelijk recht in die lidstaat *'met inachtneming van de doelstellingen en belangen die met dit zakelijke recht worden nagestreefd en der rechtsgevolgen die eraan zijn verbonden'*. Dat betekent

¹⁷ Zie voor een compleet overzicht van de derdenwerking in het IPR huwelijksvermogensrecht: S.H. Heijning, 'Derdenwerking in het ipr huwelijksvermogensrecht nu en straks', *WPNR* 2017/7153.

¹⁸ Art. 27 sub f HuwvermVo.

¹⁹ Art. 28 lid 1 HuwvermVo.

²⁰ C.A. Kraan m.m.v. S.H. Heijning en Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridisch p. 402.

Verordening op het huwelijksvermogensstelsel van neer de gevolgen van het huwelijksvermogensstelsel tussen een echtgenoot en een derde.¹⁸ Ingevolge de at van toepassing is op het huwelijksvermogensre- tegengeworpen, tenzij de toepasselijkheid van dat is of zou moeten zijn.¹⁹ In het tweede lid van dit eer de derde wordt geacht over deze kennis van het tsel toepasselijke recht te beschikken. De derde s te beschikken, indien dat het recht is van: toepasselijk is op de transactie tussen een echtge-

erende echtgenoot en de derde hun gewone ver- goedtransactie, de staat waar het onroerend goed

nt kennis van het op het huwelijk toepasselijke an aan de toepasselijke voorschriften voor open- het vermogensstelsel volgens het recht van de enoemd. Art. 28 HuwvermVo formuleert ook elk recht van toepassing is als het huwelijksver- an worden tegengeworpen.

scherm. Deze goede trouw van een derde is recht in te schrijven in het huwelijksregister.²⁰ welke gevallen registratie mogelijk is, dient en geregeld in uitvoeringswetgeving.

indien een persoon zich krachtens het zelijke recht op een zakelijk recht be- zakelijk recht wordt ingeroepen niet oor zover mogelijk, in overeenstem- aardige zakelijk recht in die lidstaat elangen die met dit zakelijke recht aan zijn verbonden'. Dat betekent

IPR huwelijksvermogensrecht: recht nu en straks, WPNR 2017/

vermogensrecht, Den Haag: Boom

Sdu

das dat wanneer op grond van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht bij- voorbeeld een vruchtgebruik met verteringsbevoegdheid (verbonden aan een in de huwelijks voorwaarden opgenomen beding) aan de orde is dat in het land waar het goed dat in vruchtgebruik gegeven is, ligt, gekeken moet worden welk wel in dat land bestaand recht het dichtst bij het vruchtgebruik met verterings- bevoegdheid gelegen is.

Een voorbeeld

Jan en Marie, beiden van Nederlandse nationaliteit hebben in gemeenschappe- lijke eigendom een vakantiehuis in de Dordogne. Zij zijn in de huwelijks voor- waarden overeengekomen dat de langstlevende van hen beiden het vruchtge- bruik van de woning verkrijgt met interingsbevoegdheid. In Frankrijk is de interingsbevoegdheid van het vruchtgebruik niet bekend. Op grond van art. 29 HuwvermVo moet het beding nu zo uitgelegd worden dat dit zoveel mogelijk binnen de grenzen van het Franse recht wordt uitgelegd. Dat zou vruchtgebruik kunnen zijn, maar ook eigendom. Om dergelijke dilemma's te voorkomen zou het dus beter zijn een recht dat afkomstig is van het recht dat het huwelijksver- mogensregime beheerst maar dat in het buitenland als zodanig bekend is (en daar dus een equivalent kent) te kiezen. Als dat niet gebeurt is, kan een eventue- el opgenomen considerans wellicht uitkomst bieden.

Forumkeuze

Op grond van art. 7 HuwvermVo kunnen partijen een forumkeuzeovereen- komst sluiten. Echtelieden kunnen overeenkomen dat het gerecht van de lid- staat van het recht dat van toepassing is op het huwelijk (op grond van art. 22 of 26 lid 1 onder a. en b., HuwvermVo), of de rechter van de lidstaat waar het hu- welijk is gesloten, bij uitsluiting bevoegd is om te beslissen in zaken die hun huwelijksvermogensstelsel betreffen.

Door het sluiten van een forumkeuzeovereenkomst kan voorkomen worden dat een gerecht van een lidstaat bevoegd is die in eerste instantie het huwelijk niet erkent. De Verordening is immers niet van toepassing op het bestaan, de geldig- heid of de erkenning van een huwelijk.²¹

Een voorbeeld

David, van Nederlandse nationaliteit, trouwt op 21 februari 2019 in Amsterdam met zijn grote liefde van Tsjechische nationaliteit: Jakub.

De twee heren gaan in Tsjechië wonen. Na een aantal jaren loopt het huwelijk tussen David en Jakub stuk.

Welke rechter is bevoegd over een geschil betreffende het huwelijk van David en Jakub te oordelen en is dit wenselijk?

²¹ Art. 1 lid 2 onder b HuwvermVo.

Sdu

83

In hoofdstuk 2 van de Verordening wordt voor diverse situaties bepaald welke rechter bevoegd is over een geschil te oordelen. Op grond van de in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen kan de rechter in Tsjechië bevoegd zijn. Tsjechië erkent het huwelijk tussen mensen van gelijk geslacht (nog) niet. De rechtbank in Tsjechië zou zich bij uitzondering onbevoegd kunnen verklaren.²² Om het juridische proces te vereenvoudigen zouden David en Jakub een forumkeuze kunnen uitbrengen. Deze forumkeuze kan zowel tijdens het huwelijk (in huwelijksvoorwaarden) als bij het einde van het huwelijk (in een echtscheidingsconvenant) worden opgenomen. De forumkeuzeovereenkomst wordt vastgelegd in een schriftelijk document dat gedagtekend en door de beide partijen ondertekend wordt.²³

Gezinsbeschermende bepaling en voorrangsregels

In de thans geldende IPR regels is opgenomen dat de vraag of een echtgenoot voor een bepaalde rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot nodig heeft, wordt beheerst door het recht van de staat waar de andere echtgenoot ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft.²⁴ Indien onder huidige recht het land van een andere lidstaat van toepassing is, blijft art. 1:88 BW van toepassing indien de niet handelende echtgenoot zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland tijdens het verrichten van de rechtshandeling. De Verordening wijkt van de huidige regels af. Het recht dat op grond van de Verordening van toepassing is, is immers ook van toepassing op de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van de echtgenoten.²⁵ Dit hoeft dus niet het recht van het land van de gewone verblijfplaats te zijn.

Art. 30 lid 1 HuwvermVo luidt:

'Niets in deze verordening beperkt de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de *lex fori*.'

In de toelichting op dit artikel is hierover het volgende opgenomen.

'De gerechten en andere bevoegde instanties van een lidstaat dienen in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid te hebben om uit overwegingen van algemeen belang, zoals de bescherming van de politieke, maatschappelijke of economische organisatie van een lidstaat, uitzonderingsbepalingen van bijzonder dwingend recht toe te passen. Onder "bepalingen van bijzonder dwingend recht" moeten dus voorschriften van dwingende aard, **zoals voorschriften ter bescherming van de gezinswoning**, worden verstaan. Deze uitzondering op de toepassing van het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht dient echter strikt te worden uitgelegd, zodat zij verenigbaar blijft met de algemene doelstelling van deze verordening.'²⁶

22 Art. 9 HuwvermVo.

23 Art. 7 lid 2 HuwvermVo.

24 Art. 10:40 en 10:41 BW.

25 Art. 27 onder d HuwvermVo.

26 Zie overweging 53 HuwvermVo.

Ordnungsregeln

... van de bepalingen van bijzon-

Sdu

Dit betekent dat voor alle huwelijken met grensoverschrijdende gevolgen gesloten op of na 29 januari 2019, geldt dat ongeacht welk recht er op grond van de Verordening van toepassing is, de niet-handelende echtgenoot die zich in de Nederlandse rechtssfeer bevindt, wordt beschermd tegen het handelen van zijn echtgenoot. Uiteraard dient de notaris er ook rekening mee te houden dat andere landen regels van nationale wetgeving als voorrangsregel kunnen aanwijzen. De rechter heeft voorts de bevoegdheid om de toepassing van het recht dat krachtens de Verordening van toepassing is achterwege te laten in geval van kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde van dat land.²⁸

Ook al lijken er vele mogelijkheden te bestaan tot een gewenste rechtskeuze komen onder de Verordening, die door de aangesloten landen gerespecteerd moet worden, er schuilen toch nog wel de nodige addertjes onder het gras. Evenals bij de Europese erfrechtverordening gaat het in de Verordening vooral om de civielrechtelijke en procesrechtelijke regels. Waar de Verordening begrijpelijkerwijs niet op ziet is de fiscaliteit.²⁹ En de fiscaliteit leidt bij de gemaakte keuze soms tot ongewenste gevolgen.

Een voorbeeld
Griet, van Belgische nationaliteit en Hans, van Nederlandse nationaliteit maken huwelijkse voorwaarden naar Nederlands recht. Zij kunnen deze rechtskeuze maken op grond van art. 22 HuwvermVo. Zij vestigen zich vervolgens in Antwerpen waar zij tot de dood van Hans blijven wonen. In de huwelijkse voorwaarden nemen zij een finaal verrekenbeding op. Gezien de rechtsgeldige rechtskeuze voor Nederlands recht moet dat beding in België geaccepteerd worden. De Belgische fiscus (Vlabel) accepteert dit finaal verrekenbeding niet in die zin dat hetgeen Griet op basis van het finaal verrekenbeding verkrijgt belast wordt met erfbelasting.³⁰
Ziehier een voorbeeld van de zorgvuldigheid waarmee een rechtskeuze moet worden gedaan. Wat in Nederland fiscaal een aantrekkelijke optie is, behoeft dat

28 Art. 31 HuwvermVo.

29 Art. 1 HuwvermVo.

29 Art. 1 Huwverm Vo.

30 Zie het Decreet van 8 december 2017, waarover K.M.L.L. van der Ven, *Tijdschrift Erfrecht* 2018/3.

In hoofdstuk 2 van de Verordening wordt voor diverse situaties bepaald welke rechter bevoegd is over een geschil te oordelen. Op grond van de in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen kan de rechter in Tsjechië bevoegd zijn. Tsjechië erkent het huwelijk tussen mensen van gelijk geslacht (nog) niet. De rechtbank in Tsjechië zou zich bij uitzondering onbevoegd kunnen verklaren.²² Om het juridische proces te vereenvoudigen zouden David en Jakub een forumkeuze kunnen uitbrengen. Deze forumkeuze kan zowel tijdens het huwelijk (in huwelijkse voorwaarden) als bij het einde van het huwelijk (in een echtscheidingsconvenant) worden opgenomen. De forumkeuzeovereenkomst wordt vastgelegd in een schriftelijk document dat gedagtekend en door de beide partijen ondertekend wordt.²³

Gezinsbeschermende bepaling en voorrangsregels

In de thans geldende IPR regels is opgenomen dat de vraag of een echtgenoot voor een bepaalde rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot nodig heeft, wordt beheerst door het recht van de staat waar de andere echtgenoot ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft.²⁴ Indien onder huidig recht het land van een andere lidstaat van toepassing is, blijft art. 1:88 BW van toepassing indien de niet handelende echtgenoot zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland tijdens het verrichten van de rechtshandeling. De Verordening wijkt van de huidige regels af. Het recht dat op grond van de Verordening van toepassing is, is immers ook van toepassing op de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van de echtgenoten.²⁵ Dit hoeft dus niet het recht van het land van de gewone verblijfplaats te zijn.

Art. 30 lid 1 HuwvermVo luidt:

'Niets in deze verordening beperkt de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de *lex fori*.'

In de toelichting op dit artikel is hierover het volgende opgenomen.

'De gerechten en andere bevoegde instanties van een lidstaat dienen in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid te hebben om uit overwegingen van algemeen belang, zoals de bescherming van de politieke, maatschappelijke of economische organisatie van een lidstaat, uitzonderingsbepalingen van bijzonder dwingend recht toe te passen. Onder "bepalingen van bijzonder dwingend recht" moeten dus voorschriften van dwingende aard, **zoals voorschriften ter bescherming van de gezinswoning**, worden verstaan. Deze uitzondering op de toepassing van het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht dient echter strikt te worden uitgelegd, zodat zij verenigbaar blijft met de algemene doelstelling van deze verordening.'²⁶

²² Art. 9 HuwvermVo.

²³ Art. 7 lid 2 HuwvermVo.

²⁴ Art. 10:40 en 10:41 BW.

²⁵ Art. 27 onder d HuwvermVo.

²⁶ Zie overweging 53 HuwvermVo.

in een ander aangesloten land, in casu België, helemaal niet te zijn. Vrijwel zeker - we gaan hier inhoudelijk verder niet op in - is de keuze voor het Belgische huwelijksvermogensrecht (waarmee een vergelijkbaar resultaat kan worden behaald) in dit geval fiscaal gunstiger.

Conclusie

Voor het Nederlandse notariaat is de Europese Huwelijksvermogensverordening een verbetering om cliënten met een internationaal leven een passende rechtskeuze te kunnen laten maken die aansluit bij hun wensen en zekerheid biedt dat deze ook in de aangesloten landen gerespecteerd wordt. Maar ook al is er een Verordening, de internationale huwelijksvoorwaarden dienen uiteraard te beginnen met een considerans, waarin de bedoeling van partijen wordt vastgelegd. In de Verordening gaan er een tweetal mogelijkheden verloren: de mogelijkheid om met een rechtskeuze te anticiperen op het recht van het land waar het echtpaar na de huwelijksluiting voornemens is te gaan wonen en de mogelijkheid om voor onroerend goed een partiele rechtskeuze uit te brengen. In de Verordening worden vele zaken geregeld. Bij het maken van internationale huwelijksvoorwaarden zal de notaris vooral te maken krijgen met het maken van een rechtskeuze en de vorm waarin dat dient te gebeuren. Daarnaast zal hij zich ervan dienen te vergewissen in hoeverre de inhoud van de huwelijksvoorwaarden in een andere lidstaat uitvoerbaar is, bijvoorbeeld in geval van toepasselijke zakelijke rechten. Voorts lijkt het ons ook belangrijk dat er in de huwelijksvoorwaarden binnen de grenzen van de verordening een forumkeuze wordt gemaakt. Daarnaast zal de notaris zich moeten vergewissen van de fiscale gevolgen van de gemaakte rechtskeuze in de andere landen waar het echtpaar vermogen heeft.

Maar ook als er geen huwelijksvoorwaarden zijn biedt de Europese huwelijksvermogensrecht verordening duidelijke handvatten voor de notaris welk recht van toepassing is op het huwelijk van zijn cliënten; hoewel er altijd moeilijke situaties zullen blijven die niet in een vakje van de verordening zijn te plaatsen.

8
4
1