



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Europese oogkleppen: waarom 'Rome III' voor Nederland geen optie is

de Boer, T.

Published in:

Actuele ontwikkelingen in het familierecht: vijfde UCERF symposium

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. (2011). Europese oogkleppen: waarom 'Rome III' voor Nederland geen optie is. In K. Boele-Woelki (Ed.), Actuele ontwikkelingen in het familierecht: vijfde UCERF symposium (pp. 73-86). Nijmegen: Ars Aequi Libri.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Europese oogkleppen: waarom de Verordening Rome III voor Nederland geen optie is

Th.M. de Boer*

1. Achtergrond

Op 17 juli 2006 lanceerde de Europese Commissie een voorstel tot wijziging van de Verordening Brussel II-bis.¹ Onderwerp daarvan was de internationale echtscheiding. Als het aan de Commissie lag, zouden de bevoegdheidsregels van Brussel II-bis worden uitgebreid met een regeling van de forumkeuze ter zake van echtscheiding, maar bovendien zou er een nieuw hoofdstuk aan de verordening worden toegevoegd onder de titel ‘Toepasselijk recht in echtscheidingszaken en in zaken van scheiding van tafel en bed’. De in dit hoofdstuk opgenomen regeling stuitte op verzet van een aantal lidstaten, met name Zweden, Finland en Nederland.² De onderhandelingen werden medio 2008 gestaakt, nadat was gebleken dat tussen de lidstaten geen eenparigheid van stemmen kon worden bereikt.³ Kort daarna kreeg de Commissie van een aantal lidstaten het verzoek de Raad voor te stellen hen te machtigen ‘een nauwere samenwerking’ aan te gaan op het gebied van het toepasselijk recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed. De mogelijkheid daartoe ligt besloten in art. 20 EU-verdrag en is uitgewerkt in de artikelen 326 e.v. EU-Werkingsverdrag.⁴ De Raad verleende de gevraagde toestemming op 12 juli 2010⁵, en daarmee werd voor de eerste keer in de communautaire geschiedenis de weg vrij gemaakt voor een ‘Europa van twee snelheden’.⁶

Daarna ging het snel. Uitgangspunt voor de onderhandelingen tussen de samenwerkende lidstaten was een Commissievoorstel van 24 maart 2010, dat in zoverre afweek van het voorstel uit 2006 dat het niet langer voorzag in een wijziging van Brussel II-bis, maar uitsluitend regels met betrekking tot het toepasselijk recht bevatte.⁷ Onder het Spaanse en Belgische voorzitterschap werden daarin nog enkele

* Emeritus hoogleraar internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking UvA; lid van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht.

1. Voorstel van de Europese Commissie d.d. 17 juli 2006 voor een Verordening (EG) houdende wijziging van de Verordening (EG) nr. 2201/2003 (‘Brussel II-bis’) wat de bevoegdheid betreft en tot invoering van regels inzake het toepasselijk recht in huwelijkszaken, COM(2006) 399 def.

2. Het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken bevonden zich in de luxe positie dat zij de wijziging van Brussel II-bis konden afwijzen op grond van de bij het Verdrag van Amsterdam gesloten protocollen.

3. Vgl. art. 81 lid 3 EU-Werkingsverdrag: ‘in afwijking van lid 2, worden maatregelen betreffende het familierecht met grensoverschrijdende gevolgen vastgesteld door de Raad ... De Raad besluit met eenparigheid van stemmen, na raadpleging van het Europees Parlement.’ Vgl. art. 67 lid 5 EG-verdrag, zoals gewijzigd bij het Verdrag van Nice.

4. Zie ook: art. 11 EG-verdrag; art. 43-45 Verdrag van Amsterdam.

5. Besluit van de Raad d.d. 12 juli 2010, nr. 2010/405/EU, houdende machtiging om nauwere samenwerking aan te gaan op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed, *PbEU* 22 juli 2010, L189/12.

6. Het is in ieder geval voor het eerst dat Europese regelgeving niet zal gelden voor lidstaten die – anders dan het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken (*supra*, noot 2)– bij het Verdrag van Amsterdam geen voorbehoud hebben gemaakt ten aanzien van de communautarisering van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken.

7. COM(2010)105 def.

wijzigingen aangebracht⁸, waarvan de belangrijkste waarschijnlijk de regel is die Malta ontslaat van de verplichting een echtscheiding uit te spreken op grond van het door de verordening aangewezen recht.⁹ Op 20 december 2010 werd de tekst van de nieuwe verordening door de Raad vastgesteld. Zij zal met ingang van 21 juni 2012 gaan gelden voor de veertien lidstaten die tot nauwere samenwerking gemachtigd zijn.¹⁰ De andere dertien kunnen overigens op ieder moment besluiten alsnog tot het samenwerkingsverband toe te treden.¹¹

Of Nederland dat zal doen, valt te betwijfelen. Voordat de onderhandelingen over het nieuwe voorstel waren afgerond, heeft de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht op verzoek van de Minister van Justitie een advies uitgebracht over de gevolgen van Rome III voor de Nederlandse rechtspraktijk, waarin zij tot de conclusie kwam dat

‘de door de Commissie voorgestelde verwijzingsregels geen recht doen aan de in het Nederlandse conflictenrecht verankerde *favor divortii*. De Nederlandse rechter zou op grond van de verordening aanzienlijk vaker dan thans het geval is verplicht zijn tot toepassing van buitenlands echtscheidingsrecht dat minder geliberaliseerd is dan het Nederlandse.’

Nederlandse deelneming aan de nauwere samenwerking achtte de Staatscommissie dan ook ‘vooral nog niet geraden’.¹²

2. *De favor divortii in het Nederlandse conflictenrecht*

In de Wet conflictenrecht echtscheiding van 1981 is een verwijzingsregel opgenomen die teruggaat op een uitspraak van de Franse *Cour de Cassation* in de zaak *Rivière*.¹³ Uitgangspunt is de toepasselijkheid van het gemeenschappelijke nationale recht van de echtgenoten. Bij gebreke daarvan is het recht van hun gemeenschappelijke woonplaats toepasselijk. Hebben de echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit of woonplaats, dan wordt de echtscheiding beheerst door de *lex fori*. In 1977 heeft de Hoge Raad definitief gebroken met de zgn. *Boon-Schmidt*-leer, waarin uitsluitend de *lex fori* voor

8. JUSTCIV 106, JAI 464 d.d. 1 juni 2010, resp. JUSTCIV 162, JAI 770 d.d. 23 september 2010.

9. Art. 13: ‘De rechter van een deelnemende lidstaat waarvan het recht niet in echtscheiding voorziet of waar het huwelijk niet als geldig wordt beschouwd met het oog op een echtscheidingsprocedure, is krachtens deze verordening in geen dele verplicht een echtscheiding uit te spreken.’ In het Commissievoorstel d.d. 24 maart 2010 kwam deze bepaling niet voor. Zie ook *infra*, noot 35.

10. Zie de Preambule van Rome III, overweging 6: België, Bulgarije, Duitsland, Frankrijk, Hongarije, Italië, Letland, Luxemburg, Malta, Oostenrijk, Portugal, Roemenië, Slovenië en Spanje. Griekenland, dat zich had aangesloten bij het oorspronkelijke verzoek d.d. 28 juli 2008, heeft zich op 3 maart 2010 teruggetrokken.

11. Art. 328 lid 1 EU-Werkingsverdrag. Zie ook: Preambule Rome III, overweging 8: ‘De Commissie en de aan een nauwere samenwerking deelnemende lidstaten zien erop toe dat zoveel mogelijk lidstaten worden gestimuleerd deel te nemen.’

12. Advies d.d. 26 oktober 2010, www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/privatrecht/staatscommissie-ipr.

13. *Cour de Cassation* 17 april 1953, *Recueil Dalloz* 1953, 412.

toepassing in aanmerking kwam¹⁴, en zich uitgesproken voor het *Rivière*-stelsel.¹⁵ Wel liet de Hoge Raad ruimte voor een effectiviteitstoets en, twee jaar later, ook voor een realiteitstoets.¹⁶ Deze verfijningen zijn door de wetgever overgenomen¹⁷ en aangevuld met de mogelijkheid van een rechtskeuze voor Nederlands recht of voor het gemeenschappelijke nationale recht.

Op het eerste gezicht lijken deze regels – afgezien van rechtskeuze – strikt neutraal, in de beste traditie van het op feitelijk-geografische betrokkenheid gerichte Savigniaanse conflictenrecht. Niettemin wijzen de conflictregels van art. 1 WCE in de overgrote meerderheid van de gevallen Nederlands recht als toepasselijk aan. Dat valt enerzijds te verklaren uit de rekbaarheid van de effectiviteits- en realiteitstoets, anderzijds uit de relatie tussen bevoegdheid en toepasselijk recht. Om met het laatste te beginnen: ook vóór de inwerkingtreding van de Verordening Brussel II in 2001 en de invoering van titel 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in 2002 werd de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ter zake van huwelijksontbinding al bepaald door de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit van de echtgenoten of door het feit dat een van hen woonplaats in Nederland had.¹⁸ In het eerste geval was Nederlands recht toepasselijk als het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit, in het tweede als het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats of – als een van beide partijen in het buitenland woonde – als *lex fori*. Buitenlands recht kwam alleen voor toepassing in aanmerking als de echtgenoten – ongeacht hun woonplaats – een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit bezaten of als zij Nederlanders waren met een gemeenschappelijke gewone verblijfplaats in het buitenland en een verwaterde of niet-effectieve Nederlandse nationaliteit. Voor buitenlanders bood de realiteitstoets – en voor bipatriden ook de effectiviteitstoets – dan een gereede mogelijkheid om aan toepassing van het nationale recht te ontsnappen.

Ontegenzeggelijk speelde de in Nederland gehuldigde *favor divortii* hierbij een belangrijke rol: waar toepassing van buitenlands recht een hinderpaal voor de echtscheiding bleek te vormen, werd al snel aangenomen dat de effectieve nationaliteit van een bipatride echtgenoot een andere was dan die van zijn of haar partner of dat voor tenminste een van de echtgenoten een werkelijke maatschappelijke

14. HR 13 december 1907, *W.* 8636 (*Boon v. Schmidt*), waarin de echtscheiding werd beschouwd als ‘een zaak, die de openbare orde en goede zeden betreft’, op grond waarvan de geadeerde rechter ‘zich moet houden aan zijne eigen wet’.

15. HR 27 mei 1977, *NJ* 1977, 600, nt. J.C.S. (*X te Quissac, Frankrijk v. Y te Zellik, België*).

16. HR 9 februari 1979, *NJ* 1979, 546, nt. J.C.S.; *Ars Aequi* 1979, p. 268, nt. Jessurun d’Oliveira (*Portugese grondpilot*): ‘een uitzondering op de regel [van de nationaliteitsaanknopning, dB] dient te worden aangenomen, indien de band van de echtgenoten met het land van hun nationaliteit in aanzienlijke mate is verzwakt en er voor hen met Nederland een zodanige binding is ontstaan, dat hun eventuele echtscheiding geacht moet worden het meest met de rechtsorde van Nederland te zijn verbonden’.

17. Daarbij werd de realiteitstoets in zoverre verruimd, dat de nationaliteitsaanknopning al verlaten kan worden als voor *een* van beide echtgenoten een werkelijke maatschappelijke band met het nationaliteitsland kennelijk ontbreekt. De Hoge Raad (*supra*, noot 16) beperkte die mogelijkheid nog tot gevallen waarin de band met het nationaliteitsland voor *beide* echtgenoten was verzwakt.

18. Art. 814 (oud) Rv, zoals dat sinds 1 januari 1993 luidde: ‘Met betrekking tot echtscheiding en scheiding van tafel en bed en ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed komt aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toe, indien ten tijde van de indiening van het verzoekschrift (a) beide echtgenoten Nederlander zijn of (b) een der echtgenoten sedert twaalf maanden, of, indien hij Nederlander is, sedert zes maanden, woonplaats in Nederland heeft.’

band met het nationaliteitsland ontbrak. Omdat buitenlanders niet eerder bij de Nederlandse echtscheidingsrechter terecht konden dan nadat zij tenminste twaalf maanden in Nederland hadden gewoond¹⁹, waren de argumenten voor deze constructie meestal niet moeilijk te vinden.²⁰ Ging het om Nederlanders in het buitenland, dan werd de nationaliteit hooguit op aanknopingswaarde getoetst indien de echtscheiding ook op grond van het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats zou kunnen worden uitgesproken. In 1993 sprak de Werkgroep IPR van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak zich ‘met enige aarzeling’ uit voor aanvaarding van deze discrepantie in de toepassing van art. 1 lid 2 WCE, met het argument dat het onderscheid tussen buitenlanders in Nederland en Nederlanders in het buitenland zich laat verklaren uit de conflictenrechtelijke *favor divortii* die aan de WCE ten grondslag ligt.²¹

3. Art. 56 Boek 10 BW

In hetzelfde rapport deed de Werkgroep de aanbeveling de wet aan te passen aan de bevinding dat het samenspel tussen de bevoegdheidsregels van art. 814 (oud) Rv en de verwijzingsregels van art. 1 WCE ‘in de overgrote meerderheid van de gevallen’ leidt tot toepassing van Nederlands recht. Voorgesteld werd een regel die uitgaat van de toepasselijkheid van de *lex fori*, met als enige uitzondering de situatie waarin een der echtgenoten toepassing verlangt van het gemeenschappelijke nationale recht, mits voldaan wordt aan de eisen van art. 1 lid 2 WCE (rechtskeuze dan wel een werkelijke maatschappelijke band met het nationaliteitsland).

Mede op advies van de Staatscommissie²² heeft de wetgever deze aanbeveling uiteindelijk overgenomen in het wetsontwerp Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal Privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek²³:

Artikel 56

1. Of ontbinding van het huwelijk en de scheiding van tafel en bed kan worden uitgesproken en op welke gronden, wordt bepaald door het Nederlandse recht.
2. In afwijking van lid 1 wordt het recht van de staat van een gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten toegepast indien in het geding
 - (a) door de echtgenoten gezamenlijk een keuze voor dit recht is gedaan of een dergelijke keuze van een van de echtgenoten onweersproken is gebleven; of

19. *Supra*, noot 18.

20. Vgl. Th.M. de Boer, Internationale echtscheiding: het kennelijk ontbreken van een maatschappelijke band, *Ars Aequi* 1991, p. 252-260.

21. Werkgroep Internationaal Privaatrecht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Knelpunten bij de toepassing van artikel 1 Wet Conflictenrecht Echtscheiding, *Trema* 1993, p. 129-164, p. 146/147.

22. Advies van der Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht d.d. 28 maart 1995.

23. TK 2009-2010, 32137, nr. 2.

- (b) door een van de echtgenoten een keuze voor dit recht is gedaan en beide echtgenoten een werkelijke maatschappelijke band met het land van die gemeenschappelijke nationaliteit hebben.’

Toepassing van deze verwijzingsregel impliceert dat een bij de Nederlandse rechter ingediend echtscheidingsverzoek in een verwaarloosbaar klein aantal gevallen zal moeten worden afgewezen. Als partijen hebben gekozen voor toepassing van het recht van hun gemeenschappelijke nationaliteit, of als een dergelijke keuze niet door de wederpartij wordt weersproken, mogen we aannemen dat beide echtgenoten de scheiding willen en dat er echtscheidingsgronden zijn aangevoerd die naar dat recht toereikend zijn voor de verlangde scheiding. Alleen in de situatie van art. 56 lid 2 onder b zou de Nederlandse rechter zich genoodzaakt kunnen zien het verzoek af te wijzen – aangenomen dat de scheiding naar het gemeenschappelijke nationale echtscheidingsrecht niet mogelijk is op de gestelde gronden – als tenminste gebleken is dat beide echtgenoten nog altijd een werkelijke maatschappelijke band met hun nationaliteitsland hebben behouden. De factoren die daarbij in aanmerking worden genomen, zullen na invoering van art. 56 niet minder door de *favor divortii* worden gekleurd dan tot dusver gebruikelijk was. In de bestaande praktijk zal deze bepaling hoe dan ook geen verandering brengen: zij vormt slechts de herformulering van een regel die gebaseerd lijkt op het beginsel van de nauwste verbondenheid maar in werkelijkheid uitdrukking geeft aan onze voorkeur voor het (echtscheidingsvriendelijke) Nederlandse recht.

4. Rome III

Zou Nederland alsnog besluiten zich aan te sluiten bij de nauwere samenwerking op het terrein van het conflictenrecht ter zake van echtscheiding en scheiding van tafel en bed, dan zou buitenlands recht heel wat vaker voor toepassing in aanmerking komen, met alle (echtscheidingsonvriendelijke) gevolgen van dien. De Verordening Rome III staat immers niet in de sleutel van de *favor divortii* maar wil ‘situaties voorkomen waarin de ene echtgenoot de andere vóór tracht te zijn met het aanvragen van de echtscheiding om te bereiken dat de procedure wordt beheerst door het recht van een bepaald land, dat deze echtgenoot gunstiger acht voor de verdediging van zijn belangen’.²⁴ Rome III staat daarom in het teken van ‘rechtszekerheid, voorspelbaarheid en flexibiliteit’.²⁵ Daartoe voorziet de verordening enerzijds ‘in geharmoniseerde collisierregels, met een reeks opeenvolgende aanknopingspunten die gebaseerd zijn op het bestaan van een nauwe band tussen de echtgenoten en het betrokken rechtstelsel, om

24. Preambule Verordening Rome III, overweging 9. Als de ene partij de ander vóór wil zijn met het indienen van een echtscheidingsverzoek, dan wordt de scheiding kennelijk door beide echtgenoten gewild. Maar dan valt niet goed in te zien in welk opzicht het ene recht ‘gunstiger’ zou zijn voor de verzoeker dan het andere. Wellicht wordt hier bedoeld op de repercussies die de aanwijzing van het op de echtscheiding toepasselijke recht kan hebben voor bepaalde nevenverzoeken, met name het nevenverzoek betreffende de postdivortiële alimentatie. Volgens art. 8 Haags Alimentatieverdrag 1973 wordt het daarop toepasselijke recht immers aangewezen langs de weg van de accessoire aanknopingspunt. Dat zal overigens veranderen na inwerkingtreding van het Haags Protocol van 23 november 2007 inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, waarin het op de alimentatie toepasselijke recht niet langer gekoppeld wordt aan het recht dat de echtscheiding beheerst.

25. Preambule, overweging 9 en 29.

de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid te waarborgen'²⁶, anderzijds in 'een grotere autonomie [van partijen] door hen tot op zekere hoogte de mogelijkheid te bieden het recht te kiezen dat hun echtscheiding of scheiding van tafel en bed beheerst'.²⁷ Blijkens de toelichting van de Commissie²⁸ wordt met de invoering van een beperkte partijautonomie 'meer flexibiliteit' beoogd. Die term is enigszins verwarrend, omdat daarmee in andere verordeningen (met name Rome I en Rome II) wordt bedoeld op de mogelijkheid om af te wijken van het door de objectieve conflictregel voorgeschreven verwijzingsresultaat indien de casus *de facto* nauwer verbonden is met een ander land. Hier gaat het echter om de vrijheid van partijen om (binnen zekere grenzen) een ander dan het objectief toepasselijke recht te kiezen.

4.1. Rechtskeuze: art. 5

De keuzemogelijkheden van Rome III zijn ruimer dan die van art. 1 WCE of art. 56 (ontwerp) Boek 10 BW. Niet alleen kan er uit meer rechtsstelsels worden gekozen – naast de *lex fori* en het gemeenschappelijke nationale recht ook het recht van de (laatste) gemeenschappelijke gewone verblijfplaats en het recht van de nationaliteit van één der echtgenoten – maar ook kan de rechtskeuze al geruime tijd vóór de echtscheiding worden gedaan, zelfs al vóór de datum van de huwelijksluiting.²⁹ Tijdens de onderhandelingen over het oorspronkelijke Commissievoorstel heeft Nederland er herhaaldelijk op aangedrongen dat de keuzevrijheid in de tijd wordt beperkt tot een periode waarin de echtgenoten de gevolgen van hun keuze kunnen overzien, globaal vanaf zes tot twaalf maanden voorafgaande aan de indiening van het echtscheidingsverzoek tot en met de behandeling ter zitting. Tot dusver hebben de daartoe aangevoerde argumenten³⁰ in Brussel geen indruk gemaakt.

Afgezien daarvan had Nederland geen principiële bezwaar tegen een uitbreiding van het aantal keuzemogelijkheden, al zouden die niet allemaal even zinvol zijn als de geldigheidsduur van de rechtskeuze wordt beperkt. Een keuze voor het recht van het land waar de echtgenoten hun gewoon verblijf hebben, bijvoorbeeld, heeft weinig zin als die keuze wordt uitgebracht kort voor de indiening van het

26. Preambule, overweging 21.

27. Preambule, overweging 15.

28. Com(2010)105 def., § 2.2: 'Meer flexibiliteit door het invoeren van de partijautonomie: Het voorstel versoepelt het rechtskader door de echtgenoten tot op zekere hoogte de mogelijkheid te bieden een ander recht te kiezen'. Zie ook de Preambule Rome III, overweging 15: 'De mobiliteit van de burgers verhogen vereist enerzijds meer flexibiliteit en anderzijds grotere rechtszekerheid.'

29. Art. 5 lid 2 stelt geen andere eisen aan het tijdstip van de rechtskeuze dan dat de rechtskeuzeovereenkomst 'uiterlijk op het tijdstip waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt' gesloten moet zijn. In lid 3 – dat voor het eerst voorkwam in de gewijzigde versies van het voorstel d.d.1 juni 2010 en 23 september 2010 (*supra*, noot 8) – is daaraan toegevoegd dat de rechtskeuze ook ten processe mag worden uitgebracht mits de *lex fori* in die mogelijkheid voorziet. Een en ander betekent dat een in huwelijkse voorwaarden neergelegde rechtskeuze ter zake van een eventuele scheiding naar de maatstaven van Rome III geldig moet worden geacht. Zie ook: Preambule, overweging 19: 'Dergelijke bijkomende vormvoorschriften kunnen bijvoorbeeld bestaan in de eis dat de overeenkomst wordt opgenomen in een huwelijkscontract.'

30. Vgl. het advies van de Staatscommissie, *supra* noot 12, § 5. Zie ook: Katharina Boele-Woelki, The Proposal for Enhanced Cooperation in the Area of Cross-border Divorce (Rome III), www.europarl.europa.eu/webnp/cms/lang/en/pid/1501, onder 'other documents, expert papers.zip'.

verzoek, omdat dat recht dan op grond van art. 8 onder a of b Rome III ook zonder rechtskeuze toepasselijk zou zijn. Dat ligt natuurlijk anders als een dergelijke keuze al in het verleden is uitgebracht, en partijen daarna verhuisd zijn naar een ander land. Bijvoorbeeld: een Nederlands/Turks echtpaar is in Duitsland getrouwd en heeft in een *Ehevertrag* Duits recht aangewezen als het op een eventuele echtscheiding toepasselijke recht. Vervolgens verhuizen de echtgenoten van Duitsland naar Spanje, waar het huwelijk misloopt en een echtscheidingsprocedure wordt gestart. De Spaanse rechter zal dan op grond van art. 5 onder a het gekozen Duitse recht moeten toepassen. In dit voorbeeld hadden de echtgenoten het Duitse recht niet kunnen kiezen als een geldige rechtskeuze alleen kort voor of ten tijde van de echtscheidingsprocedure mag worden gedaan. De mogelijkheden van art. 5 zijn dan beperkt tot Spaans recht (als *lex fori* tevens het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats), Turks recht of Nederlands recht (als het nationale recht van een der echtgenoten).

In één opzicht is de partij-autonomie volgens Rome III beperkter dan die van het Nederlandse conflictenrecht. De verordening gaat uit van een door beide partijen onderschreven keuze. Dat blijkt niet alleen uit het vormvoorschrift van art. 7 lid 1 (schriftelijke, gedagtekende en door *beide* echtgenoten ondertekende overeenkomst), maar ook uit art. 5 lid 3 dat ‘de echtgenoten’ toestaat een rechtskeuze ten processe te doen, mits de *lex fori* in die mogelijkheid voorziet. Het Nederlandse echtscheidingsconflictenrecht acht ook een onweersproken rechtskeuze geldig, wat met name in procedures waarin de verweerder niet verschijnt een verschil zal opleveren met de rechtskeuzeregeling van Rome III.

4.2. Objectieve verwijzing: de aanknopingsladder van art. 8

Van groter belang, dunkt mij, zijn de verschillen tussen Rome III en het Nederlandse conflictenrecht als het gaat om de aanwijzing van het toepasselijk recht bij gebreke van rechtskeuze. In de verordening (art. 8) is een aanknopingsladder opgenomen bestaande uit vier treden, die achtereenvolgens verwijzen naar het recht van de staat (a) waar de echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben, (b) waar zij hun laatste gewone verblijfplaats hadden, mits een van de echtgenoten daar nog verblijft en er nog geen jaar verstreken is sinds de andere echtgenoot zich in een ander land heeft gevestigd, (c) waarvan beide echtgenoten de nationaliteit bezitten, of (d) waar de zaak aan de rechter wordt voorgelegd. De peildatum is steeds het tijdstip waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt.

Omdat de aanknopingsladder van Rome III berust op het beginsel van de nauwste verbondenheid³¹, terwijl de Nederlandse verwijzingsregels gebaseerd zijn op het begunstigingsbeginsel, valt te verwachten dat de toepassingsresultaten van de twee regelingen aanzienlijk van elkaar zullen verschillen. Het

31. Preambule, overweging 21: ‘Deze aanknopingspunten moeten zo worden gekozen dat de procedure betreffende echtscheiding of scheiding van tafel en bed wordt beheerst door een rechtsstelsel waarmee de echtgenoten een nauwe band hebben’. Een door de Commissie bedachte toevoeging – ‘en verwijzen in eerste instantie naar het recht van de gewone verblijfplaats van de echtgenoten’ – was al geschrapt in de ontwerpversies van 1 juni en 23 september 2010 (*supra*, noot 8).

bestek van deze bijdrage laat niet toe dat ik alle denkbare verschillen de revue laat passeren.³² Ik beperk mij daarom tot een paar hoofdzaken. Uitgangspunt daarbij is de gedachte dat dergelijke verschillen alleen relevant zijn als een van beide echtgenoten zich tegen een door de ander gewenste scheiding verzet, en dat daarvoor steun kan worden gevonden in een van de voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels. Als de gestelde echtscheidingsgrond in alle betrokken stelsels toereikend is, maakt het immers materieelrechtelijk niet uit welk recht de echtscheiding beheerst. Maakt de verweerder geen bezwaar tegen de scheiding als zodanig, dan valt ook niet te verwachten dat hij of zij zal aandringen op toepassing van het rechtsstelsel dat van alle betrokken stelsels de strengste eisen stelt. Een rechtskeuze ligt dan meer voor de hand.

4.2.1. *De eerste trede*

Primair verwijst art. 8 naar het recht van het land waar beide echtgenoten ten tijde van het aanhangig maken van de procedure hun gewone verblijfplaats hebben. Als partijen verschillende nationaliteiten bezitten, leidt toepassing van deze regel niet tot andere resultaten dan die van art. 1 lid 1 WCE of art. 56 Boek 10, want ook dan zal zich steeds een *Gleichlauf* van bevoegdheid en toepasselijk recht voordoen: de Nederlandse rechter is dan immers alleen bevoegd als de gewone verblijfplaats van (een van) de echtgenoten in Nederland ligt. Hebben partijen een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit, dan kan het resultaat in zoverre anders zijn, dat naar Nederlands conflictenrecht het domiciliaire recht wijkt voor het nationale recht indien ieder van beide partijen een werkelijke maatschappelijke band met het nationaliteitsland heeft behouden (art. 1 lid 1 jo. lid 2 WCE) en een van hen zich daar uitdrukkelijk op beroept (art. 56 lid 2 onder b), terwijl Rome III ook in dat geval naar het recht van de gewone verblijfplaats verwijst. Het verschil zal echter niet erg groot zijn, omdat in de Nederlandse praktijk al snel wordt aangenomen dat in dat geval een werkelijke maatschappelijke band ontbreekt.

Veel groter is het verschil dat zich voordoet indien beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezitten maar buiten Nederland wonen. In dat geval is de Nederlandse rechter bevoegd op grond van art. 3 lid 1 onder b Brussel II-bis en is volgens art. 1 lid 1 WCE en art. 56 Boek 10 Nederlands recht toepasselijk als het gemeenschappelijke nationale recht c.q. de *lex fori*, terwijl Rome III in dat geval verplicht tot toepassing van het recht van de buitenlandse gewone verblijfplaats. Het is dus heel goed mogelijk dat de echtscheiding van een buiten Nederland wonend Nederlands echtpaar op grond van de verordening beheerst wordt door een buitenlands recht dat veel zwaardere eisen stelt aan de huwelijksontbinding dan het Nederlandse recht. Voor de echtgenoot die wil scheiden zit er dan niets anders

32. Aan het advies van de Staatscommissie is een bijlage toegevoegd waarin de toepassingsresultaten van art. 8 onder b Rome III (destijds nog art. 4 onder b van het Commissievoorstel) in alle denkbare varianten worden vergeleken met die van art. 1 WCE en art. 56 Boek 10.

op dan te verhuizen naar een ander land en een jaar te wachten: Nederlands recht is dan van toepassing op grond van art. 8 onder c.

4.2.2. *De tweede trede*

In art. 8 onder b wordt verwezen naar het recht van de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de echtgenoten, een aanknopingsfactor die wij in Nederland nooit hebben gekend. De toepassingsresultaten van deze regel kunnen aanzienlijk verschillen van die van het (oude of nieuwe) Nederlandse conflictenrecht, met name als de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats in het buitenland ligt. De Nederlandse rechter is dan alleen bevoegd als beide echtgenoten Nederlander zijn of als een van hen naar Nederland is verhuisd. Volgens art. 1 lid 1 WCE en art. 56 Boek 10 zou in deze situatie Nederlands recht moeten worden toegepast als beide echtgenoten de Nederlandse nationaliteit bezitten of als zij van nationaliteit verschillen. Gaat het om echtgenoten met een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit (van wie er een inmiddels in Nederland woont, anders zou de Nederlandse recht niet bevoegd zijn), dan komt het gemeenschappelijke nationale recht alleen voor toepassing in aanmerking in het (uitzonderlijke) geval waarin aan de realiteitstoets wordt voldaan.

Volgens Rome III geldt in al deze gevallen het recht van de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, mits een van de echtgenoten nog in dat land woont en er minder dan een jaar verstreken is sinds het vertrek van de ander naar een ander land. Gelet op de bevoegdheidsvoorwaarden van Brussel II-bis kan aan die laatste voorwaarde alleen worden voldaan als (a) beide partijen de nationaliteit van de forumstaat bezitten, of (b) de verweerder in de forumstaat woont, in welk geval de bevoegdheid niet afhankelijk is van een bepaalde verblijfsduur, of (c) de verzoeker in de forumstaat woont en de nationaliteit van dat land bezit, in welk geval al na zes maanden een echtscheidingsprocedure kan worden gestart. Maar als de in de forumstaat wonende verzoeker een buitenlandse nationaliteit bezit, kan het echtscheidingsverzoek pas na verloop van een jaar worden ingediend en dan is de termijn van art. 8 onder b al verstreken. Bijvoorbeeld: een Ierse man is getrouwd met een Belgische vrouw; het echtpaar woont in Ierland. De vrouw verhuist naar Nederland en kan pas na een jaar een verzoek tot echtscheiding indienen bij de Nederlandse rechter. Ook als de man in Ierland is blijven wonen, mist art. 8 onder b in dit geval toepassing, omdat de Nederlandse rechter zich pas bevoegd mag verklaren als de vrouw een jaar in Nederland gewoond heeft en dan wordt niet langer voldaan aan de eis dat het gemeenschappelijk verblijf niet meer dan één jaar voor de indiening van het verzoek geëindigd mag zijn. Omdat ook een gemeenschappelijke nationaliteit ontbreekt, is op grond van art. 8 onder d Nederlands recht van toepassing als *lex fori*. Omgekeerd: als de man een echtscheiding wenst, dan kan hij daarom verzoeken zodra de vrouw zich in Nederland heeft gevestigd: in dit geval is de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet aan een bepaalde verblijfsduur gebonden. Toch zou hij er verstandig aan doen een jaar te wachten. Doet hij dat niet, dan moet op grond van Rome III het recht van de laat-

ste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats worden toegepast, en naar Iers recht is een echtscheiding pas mogelijk na een feitelijke scheiding van tenminste vier jaar.

4.2.3. *De derde trede*

Als de voorwaarden van art. 8 onder a en b niet zijn vervuld, verlangt Rome III toepassing van het gemeenschappelijke nationale recht. Men kan zich afvragen waarom deze verschijningsvorm van het beginsel van de nauwste verbondenheid niet hoger op de aanknopingsladder is geplaatst, zoals destijds door Nederland en Frankrijk is bepleit. Daar is in ieder geval veel voor te zeggen als onderdanen van dezelfde staat hun laatste gemeenschappelijke verblijfplaats hadden in een andere staat en een van hen is teruggekeerd naar het nationaliteitsland. Bijvoorbeeld: Nederlandse echtgenoten, woonachtig in Ierland, gaan uit elkaar; de man blijft in Ierland wonen, de vrouw keert terug naar Nederland en begint onmiddellijk na aankomst een echtscheidingsprocedure. Art. 8 onder b verlangt in dit geval toepassing van Iers recht, ook al lijkt dit echtpaar toch nauwere banden met Nederland te hebben dan met Ierland.

Een opvallend verschil tussen art. 8 onder c en de Nederlandse conflictregels blijkt uit het ontbreken van een realiteitstoets in Rome III. Weliswaar wordt de oplossing van het probleem van de bipatridie overgelaten aan het nationale recht³³, maar dit zegt niets over de vraag of de nationaliteit van ieder der echtgenoten, ook monopatriden, op aanknopingswaarde mag worden getoetst. Gezien de doelstelling van de verordening (bevordering van de rechtszekerheid en voorspelbaarheid) lijkt het niet waarschijnlijk dat de realiteitstoets tot het conflictenrechtelijk instrumentarium van Rome III mag worden gerekend. Als deze veronderstelling juist is, zullen de toepassingsresultaten van de verordening ook op dit punt aanzienlijk verschillen van de uitkomsten die in Nederland met toepassing van art. 1 WCE of art. 56 Boek 10 worden bereikt.

4.2.4. *De vierde trede*

Over art. 8 onder d kan ik kort zijn. In Rome III is de verwijzing naar de *lex fori* een restoplossing, terwijl het Nederlandse conflictenrecht toepassing van het eigen recht vooropstelt, hetzij *de facto* (art. 1 WCE), hetzij *de iure* (art. 56 Boek 10). In Nederland wordt buitenlands echtscheidingsrecht slechts in uitzonderingsgevallen toegepast, terwijl Rome III daartoe al verplicht als onderdanen van de forumstaat hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats in het buitenland hebben (art. 8 onder a), of als de echtgenoten, ongeacht hun nationaliteit, hun laatste gewone verblijfplaats in het buitenland hadden

33. Zie de preambule, overweging 22: 'In de gevallen waarin deze verordening nationaliteit als aanknopingspunt voor de toepassing van het recht van een bepaalde staat hanteert, is ten aanzien van meervoudige nationaliteit het nationale recht van toepassing, met dien verstande dat de algemene beginselen van de Europese Unie ten volle moeten worden geëerbiedigd'. Gelet op de beslissing van het Hof van Justitie in de zaak *Hadadi/Mesko* (HvJ EG 16 juli 2009, zaak C-168/08, *PbEU* 17 september 2009, C220, p. 11), moet echter worden aangenomen dat een effectiviteitstoets op gespannen voet staat met die beginselen.

(art. 8 onder b), of als zij een gemeenschappelijke buitenlandse nationaliteit bezitten (art. 8 onder c). Alleen al hieruit blijkt dat het regime van Rome III onverenigbaar is met de *favor divortii* die aan het Nederlandse echtscheidingsconflictenrecht ten grondslag ligt.³⁴

5. *Het fundamentele bezwaar tegen Rome III*

Dat brengt ons bij de kern van de zaak. Eenmaking van materieel recht is niet mogelijk als de deelnemende staten het niet eens kunnen worden over de belangen die in de beoogde regeling moeten worden verdisconteerd. Harmonisatie van familierecht in de EU is alleen mogelijk op terreinen waar tussen de lidstaten een zekere consensus bestaat omtrent de rechtspolitieke uitgangspunten. Een land dat de onverbreekelijkheid van de huwelijksband hoog in het vaandel heeft staan, zal niet gauw geneigd zijn een liberale regeling met betrekking tot de echtscheiding te accepteren. Omgekeerd zal een land waar het recht om te scheiden als grondrecht wordt beschouwd, geen uniforme regel aanvaarden die aan dat principe afbreuk doet.

Het is een misvatting te denken dat dergelijke afwegingen geen rol spelen in het internationaal privaatrecht. In de loop van de vorige eeuw heeft het conflictenrecht zijn Savigniaanse regelblindheid verloren, juist op terreinen waar het onderliggende materiële recht een uitgesproken sociale functie heeft. In regels die berusten op het beginsel van de ‘functionele aanknopingsfactor’ – tegenwoordig beter bekend als het beschermingsbeginsel – is de doelstelling van het materiële recht vertaald in een aanknopingsfactor die verwijst naar de woon- of werkomgeving van de te beschermen partij. Nog een stap verder gaan de conflictregels die een wenselijk geacht materieelrechtelijk resultaat willen bevorderen, hetzij door de rechtsaanwijzing te laten afhangen van de inhoud van de bij de casus betrokken rechtsstelsels, hetzij door primair te verwijzen naar de *lex fori*. De Nederlandse conflictregels ter zake van huwelijksontbinding zijn onmiskenbaar gericht op begunstiging van een echtscheiding *more Batavo*, en zijn derhalve niet blind voor het eindresultaat.

In Rome III is echter gekozen voor een volledig regelblinde aanwijzing van het objectief toepasselijke recht. Vanuit het perspectief van de Europese wetgever is dat begrijpelijk, omdat het ondenkbaar is dat binnen de EU, waar zeer uiteenlopend wordt gedacht over de (on)ontbindbaarheid van het huwelijk, overeenstemming wordt bereikt over een conflictenrechtelijke regeling waarin materieelrechtelijke waarde- en doelvoorstellungen zijn verdisconteerd. Een strikt neutrale, waardevrije aanpak is dan het enige alternatief. Voor sommige lidstaten is die benadering niet aanvaardbaar, omdat zij op grond van blinde verwijzing verplicht zouden worden buitenlandse echtscheidingsregels toe te passen die naar

34. *Contra*: N.A. Baarsma, *The Europeanisation of international family law, From Dutch to European law: an analysis on the basis of the choice of law on divorce and on the termination of registered partnerships*, diss. RUG, 2010, p. 209-211, die niet veel verschil ziet tussen Rome III en de in de WCE neergelegde regeling en er niet van overtuigd is dat ‘the European choice of law on divorce is less favourable than Article 56 of the Dutch Proposal on Private International Law’.

hun opvatting óf te streng óf juist niet streng genoeg zijn. Zij hebben dus geweigerd zich oogkleppen te laten voorbinden door de Europese wetgever. De conflictenrechtelijke doelstellingen van Rome III – beslissingsgelijkheid, tegengaan van een ‘rush to the court’, rechtszekerheid, voorspelbaarheid en ‘flexibiliteit’ – wegen voor deze lidstaten niet zwaar genoeg om de waarden en belangen die aan hun materiële recht ten grondslag liggen daaraan op te offeren.³⁵

6. Besluit

Het echec van de onderhandelingen over de eerste versie van Rome III bewijst dat het conflictenrecht niet volledig waarde vrij kan zijn. Dat was het al niet in de dagen van Von Savigny, die immers ook al inzag dat bepaalde belangen zich onttrekken aan het vrije spel van de blinde verwijzing³⁶, en dat is het al helemaal niet meer sinds de vermaatschappelijking van het i.p.r. in de tweede helft van de 20^e eeuw. Kennelijk is de ontbindbaarheid van het huwelijk binnen de EU een in rechtspolitiek opzicht nog altijd zwaar beladen onderwerp. Het viel te voorspellen dat materieelrechtelijk geïnspireerde conflictregels – of zij nu de ontbinding of de instandhouding van het huwelijk zouden begunstigen – voor een aantal lidstaten onaanvaardbaar zouden zijn. Maar ook het kleurloze alternatief van Rome III stuitte op onoverkomelijke bezwaren, juist omdat het voorstel te weinig rekening houdt met rechtspolitieke gezichtspunten.³⁷

Het is mijn stellige overtuiging dat er op sommige terreinen van het familierecht nog altijd zulke grote verschillen tussen de Europese lidstaten bestaan, dat harmonisatie of unificatie van het materiële recht geen haalbare zaak is. Ik denk daarbij met name aan het homohuwelijk, afstammingskwesies, de naam en, natuurlijk, de echtscheiding. Deze onderwerpen zijn zo cultureel of religieus beladen, dat de invoering van eenvormig recht op deze terreinen mij net zo ongewenst en onmogelijk lijkt als de invoering van één taal voor de hele Europese Unie. Voor het conflictenrecht is dat niet anders. Een waarde vrije aanpak van de verwijzing lost de ideologische tegenstellingen tussen de bij de casus de betrokken staten niet op, maar dwingt, zo leert de ervaring, tot een ‘creatief’ gebruik van het i.p.r.-instrumentarium ter vermindering van ongewenste verwijzingsresultaten. Dat is een forse stap terug in de

35. Merkwaardig genoeg wenste Malta, dat geen echtscheiding kent, wél mee te doen aan de nauwere samenwerking, waarschijnlijk omdat de andere deelnemers genoeg zouden nemen met een bepaling die speciaal voor Malta geschreven lijkt. Volgens art. 13 zijn lidstaten die geen echtscheiding kennen (dat is alleen Malta!) niet verplicht de echtscheiding uit te spreken op grond van het door de verordening aangewezen recht (*supra*, noot 9). In feite krijgt Malta hiermee toestemming de *lex fori* toe te passen, maar dan ter begunstiging van de instandhouding van het huwelijk. Op die manier zou ook Nederland aan de nauwere samenwerking kunnen deelnemen: daarvoor is alleen een bepaling nodig die de lidstaten toestaat buitenlands recht *niet* toe te passen als dat recht strengere eisen aan een echtscheiding stelt dan de *lex fori*.

36. Met name geldt dat voor ‘Gesetze von streng positiver, zwingender Natur, die eben wegen dieser Natur zu jener freien Behandlung, unabhängig von den Gränzen verschiedener Staaten, nicht geeignet sind’: Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 8. Band, Berlin 1849, p. 33.

37. Er zit wel enige rechtspolitiek in Rome III verwerkt. Zie met name art. 10: toepassing van de *lex fori* is toegestaan indien het als toepasselijk aangewezen buitenlandse recht niet voorziet in de mogelijkheid van echtscheiding of aan een van beide echtgenoten op grond van diens sekse geen gelijke toegang tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed verleent. Zie ook het ‘Malta-artikel’ (art. 13), *supra*, noot 9 en noot 35. Rechtspolitieke factoren bepalen uiteraard ook een beroep op de openbare orde-exceptie (art. 12).

geschiedenis van de conflictenrechtelijke methodologie, die bovendien niet zal leiden tot de door de EU gewenste *Entscheidungseinklang* tussen de lidstaten. Alleen al daarom zou Nederland zich tegen Rome III moeten blijven verzetten.