

Het leerstuk van de openbare-orde-exceptie: de Rubik's cube van het internationaal privaatrecht?

Iraanse huwelijkse voorwaarden langs de lat van de Nederlandse openbare orde

Prof.dr. A.A.H. van Hoek & prof.dr. A.E. Oderkerk*

Hoge Raad 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1721 (*Iraanse huwelijkse voorwaarden*)

In dit arrest geeft de Hoge Raad nadere invulling aan de openbare-orde-exceptie in het Nederlandse conflictenrecht: Wanneer komt de toepassing van buitenlands recht op een fundamentele manier in strijd met onze rechtsorde en wat zijn daarvan de gevolgen? In deze annotatie gaan we niet alleen in op deze twee vragen (paragrafen 4-6), maar besteden we ook aandacht aan de context waarin deze vragen zijn gerezen, namelijk het huwelijksgoederenrecht/familievermogensrecht (paragrafen 2-3) en plaatsen we kritische kanttekeningen bij de effectiviteit van de openbare-orde-toets in het voorkomen dat toepassing van buitenlands recht tot maatschappelijk onacceptabele uitkomsten leidt (paragrafen 7-8).

1 De prejudiciële procedure

Bij tussenbeschikking in de zaak 200.273.775/01 en 200.274.979/01 van 3 februari 2021 heeft het gerechtshof Den Haag op de voet van art. 392 RV prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

De vrouw heeft schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

* De auteurs danken Ted de Boer voor zijn waardevolle opmerkingen en suggesties bij een eerdere versie van deze noot. Zijn noot bij dit arrest verscheen in april 2023 in *NJ* 2023/95.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot beantwoording van de aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vragen in de onder 2.8 en 2.10 van de conclusie aangegeven zin.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Deze zaak gaat over de vraag of de Nederlandse openbare orde (art. 10:6 BW) zich verzet tegen toepassing van naar vreemd recht rechtsgeldig overeengekomen bepalingen in huwelijkse voorwaarden en, zo ja, tot welke rechtsgevolgen dit leidt.

2.2 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten:

(i) De vrouw en de man zijn in 1989 in Teheran, Iran, voor de tweede keer met elkaar in het huwelijk getreden.

(ii) Ten tijde van de huwelijkssluiting hadden de vrouw en de man uitsluitend de Iraanse nationaliteit. Inmiddels hebben zij ook de Nederlandse nationaliteit.

(iii) Bij hun huwelijksakte zijn de vrouw en de man huwelijkse voorwaarden naar Iraans recht overeengekomen. Deze huwelijkse voorwaarden bevatten – volgens een in het geding gebrachte beëdigde vertaling van de huwelijksakte – onder meer de volgende bepaling:

“A – Met voltrekking van het huwelijk, stelde de vrouw als voorwaarde dat wanneer het verzoek tot de scheiding niet door haar is ingediend, en volgens de overweging van de rechtbank, de oorzaak van de scheiding niet door nakoming [de Hoge Raad leest: niet-nakoming] van de echtelijke verplichtingen door de vrouw of haar immoreel gedrag is, in dit geval is de man verplicht de helft van zijn aanwinst/bezittingen of van gelijke waarde die hij gedurende hun huwelijk met haar verdiend heeft kosteloos aan haar over te dragen.

(...)”

2.3 De vrouw verzoekt – kort gezegd en voor zover van belang voor de beantwoording van de prejudiciële vragen – echtscheiding en afwikkeling van de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk overeenkomstig haar voorstel.

2.4 De rechtbank heeft het verzoek tot echtscheiding toegewezen met toepassing van Nederlands recht. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat het Iraanse recht op het huwelijksvermogensregime van toepassing is en dat volgens Iraans recht sprake is van een stelsel van scheiding van goederen, zodat er in beginsel niets te verdelen valt.

2.5.1 In zijn eerste tussenbeschikking⁽ⁱⁱ⁾ heeft het hof als volgt overwogen.

In hoger beroep is niet in geschil dat het huwelijksvermogensregime van partijen wordt beheerst door Iraans recht en dat het Iraanse wettelijke stelsel een algehele scheiding van goederen inhoudt. Het staat partijen vrij bij huwelijksvoorwaarden – in beperkte mate – af te wijken van dit wettelijke stelsel. De vrouw en de man zijn bij huwelijksakte huwelijksvoorwaarden naar Iraans recht overeengekomen. (rov. 9)

De huwelijksvoorwaarden zijn wat de vorm betreft rechtsgeldig opgesteld, gedagtekend en door beide echtgenoten ondertekend. De huwelijksvoorwaarden houden onder meer de hiervoor in 2.2 onder (iii) bedoelde bepaling in. (rov. 10)

Op basis van de huwelijksvoorwaarden kan alleen de vrouw aanspraak maken op het vermogen van de man en kan de man geen enkele aanspraak maken op het vermogen van de vrouw. Uitgaande van het wettelijke stelsel van algehele scheiding naar Iraans recht, beogen de huwelijksvoorwaarden de vrouw onder bepaalde voorwaarden in het geval van echtscheiding recht te geven op de helft van het tijdens het huwelijk door de man opgebouwde vermogen. (rov. 11)

Partijen verschillen van mening over de huwelijksvermogensrechtelijke afwikkeling naar Iraans recht van het vermogen dat de man tijdens het huwelijk van partijen heeft opgebouwd. Volgens de vrouw heeft zij, als degene die de echtscheiding heeft verzocht, op grond van de huwelijksvoorwaarden geen recht op het huwelijksvermogen van de man, maar dient de desbetreffende bepaling van Iraans huwelijksvermogensrecht wegens strijd met de Nederlandse openbare orde buiten toepassing te blijven. De vrouw zou daarom recht hebben op de helft van het huwelijksvermogen van de man. Volgens de man geldt dat, wanneer de huwelijksvoorwaarden in strijd worden verklaard met de Nederlandse openbare orde, dit tot gevolg heeft dat de huwelijksvoorwaarden in hun geheel buiten toepassing dienen te blijven, zodat partijen terugvallen op het wettelijke stelsel van Iran van algehele scheiding van goederen. (rov. 12)

De Nederlandse rechter wordt met regelmaat gevraagd te oordelen over de in deze zaak centraal staande rechtsvragen, te weten (i) of de voorwaarde dat de vrouw slechts aanspraak kan maken op de helft van het huwelijksvermogen van de man indien de echtscheiding niet door haar is verzocht, in strijd is met de Nederlandse openbare orde als bedoeld in art. 10:6 BW, en (ii) tot welke gevolgen een bevestigende beantwoording van de onder (i) bedoelde vraag leidt. (rov. 13)

In de rechtspraak lopen de opvattingen over deze rechtsvragen uiteen. De vraag rijst of, in het licht van het wettelijke stelsel in Iran van algehele scheiding, de huwelijksvoorwaarde dat de vrouw alleen recht heeft op de helft van het huwelijksvermogen van de man als zij niet degene is geweest die de echtscheiding heeft verzocht, in strijd moet worden geacht met de harde kern van de Nederlandse rechtsorde. Daarvoor pleit dat de vrouw door voornoemde beperkende voorwaarde in de huwelijksvoorwaarden – om financiële redenen – beperkt kan worden in haar mogelijkheid om echtscheiding te vragen. Dit kan tot gevolg hebben dat de vrouw – om financiële redenen – gevangen blijft in een huwelijk. Daartegen pleit dat de partijautonomie in het internationaal huwelijksvermogensrecht in verregaande mate is aanvaard. De vrouw heeft vrijwillig voor deze huwelijksvoorwaarden getekend nadat zij over de inhoud daarvan is voorgelicht door de huwelijksambtenaar. Bovendien staat het de vrouw vrij om – bij de Nederlandse rechter – echtscheiding te vragen wanneer zij dat wenst; de huwelijksvoorwaarden ontnemen haar dat recht op zichzelf genomen niet. Voorts is van belang dat deze huwelijksvoorwaarden de vrouw recht geven op een deel van het huwelijksvermogen van de man, terwijl zij op grond van het wettelijke stelsel in Iran geen enkele aanspraak heeft op dat vermogen. De man kan op grond van de huwelijksvoorwaarden geen aanspraak maken op het huwelijksvermogen van de vrouw. (rov. 14)

2.5.2 In zijn tweede tussenbeschikking⁽ⁱⁱⁱ⁾ heeft het hof de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

- Verzet de Nederlandse openbare orde, zoals bedoeld in artikel 10:6 BW, zich tegen de toepassing van een clause uit de – naar Iraans recht rechtsgeldige – huwelijksvoorwaarden van de echtgenoten, waarin is bepaald dat de vrouw slechts aanspraak kan maken op de helft van het huwelijksvermogen van de man wanneer (i) de echtscheiding niet door haar is verzocht en (ii) de rechter niet heeft vastgesteld dat de echtscheiding het gevolg is van de weigering van de vrouw haar huwelijksverplichtingen na te komen of van immoreel gedrag van de vrouw?

- Voor het geval het antwoord op voormelde vraag bevestigend is, welke gevolgen heeft dat voor het huwelijksvermogensregime van partijen: gelden in dat geval de huwelijksvoorwaarden met uitzondering van het gewraakte onderdeel (waardoor de vrouw recht heeft op de helft van het huwelijksvermogen van de man, ongeacht wie om echtscheiding heeft verzocht en ongeacht de schuldvraag) of blijven de huwelijksvoorwaarden in hun geheel buiten toepassing (waardoor het wettelijke stelsel van algehele scheiding naar Iraans recht herleeft en de vrouw geen recht heeft op het huwelijksvermogen van de man, ook als de echtscheiding door de man is verzocht en de vrouw geen schuld heeft aan de echtscheiding)?

3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

Vraag 1: Kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde?

3.1 Art. 10:6 BW bepaalt dat vreemd recht niet wordt toegepast, voor zover de toepassing ervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.

3.2 In de wetsgeschiedenis van art. 10:6 BW is het volgende opgemerkt.⁽ⁱⁱⁱⁱ⁾

Bij het begrip openbare orde van art. 10:6 BW gaat het om gevallen waarin sprake is van strijd met fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde. Daarbij moet worden onderscheiden tussen de inhoud van het vreemde recht en de gevolgen waartoe toepassing van het vreemde recht in het concrete geval leidt.

Van vreemd recht dat naar zijn inhoud in strijd is met de openbare orde, is sprake in gevallen waarin de grenzen van wat naar Nederlandse opvattingen voor een wetgever behoorlijk en geoorloofd is, worden

overschreden. Dergelijk vreemd recht kan in Nederland niet worden toegepast, waarbij het niet ter zake doet of het desbetreffende geval enige verbondenheid met Nederland heeft.

Vreemd recht dat niet op zichzelf al naar zijn inhoud onaanvaardbaar is, kan toch buiten toepassing blijven indien toepassing zou leiden tot een gevolg dat naar Nederlandse opvattingen niet kan worden geduld. Bij deze toetsing spelen de omstandigheden van het geval, en met name de betrokkenheid van Nederland, een belangrijke rol. Naarmate de Nederlandse betrokkenheid groter is, zal eerder sprake (kunnen) zijn van strijd met de openbare orde.

3.3 Van de hiervoor in 3.2 bedoelde strijd met fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde kan onder meer sprake zijn indien het vreemde recht inbreuk maakt op een van de grondrechten die zijn verankerd in de Grondwet, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Tot die grondrechten behoren het recht op gelijke behandeling, het recht op toegang tot de rechter en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

3.4.1 Het bepaalde in art. 10:6 BW en hetgeen hiervoor in 3.2-3.3 is overwogen, is van toepassing indien het Nederlandse conflictenrecht het recht van een andere staat aanwijst. Daarbij is niet van belang of sprake is van geschreven of ongeschreven vreemd recht.

3.4.2 Het aan art. 10:6 BW ten grondslag liggende beginsel dat in de Nederlandse rechtsorde geen rechtsgevolg toekomt aan vreemd recht voor zover de toepassing daarvan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde, ligt ook ten grondslag aan de bepalingen van Boek 10 BW die inhouden dat aan een in het buitenland verrichte rechtshandeling erkenning wordt onthouden, indien deze erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde, te weten art. 10:32 BW (“huwelijk”), art. 10:62 BW (“geregistreerd partnerschap”) en art. 10:101 lid 2 BW in verbinding met art. 10:100 lid 1, onderdeel c, BW (“familierechtelijke betrekkingen”). Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat laatstgenoemde bepalingen moeten worden aangemerkt als bijzondere regels ten opzichte van art. 10:6 BW.^[iv]

3.4.3 Het past in het stelsel van Boek 10 BW en sluit aan bij de daarin geregelde gevallen – te weten art. 10:6 BW en de hiervoor in 3.4.2 genoemde bijzondere regels – om te aanvaarden dat de openbare orde ook kan meebrengen dat in Nederland rechtsgevolg wordt onthouden aan een rechtshandeling die door een partij of door partijen is verricht in overeenstemming met geschreven of ongeschreven vreemd recht en volgens dat vreemde recht rechtsgeldig is, voor zover het toekennen van rechtsgevolg aan die rechtshandeling tot een resultaat leidt dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.

3.5 Uit de vaststellingen van het hof (in de rov. 9-10 van zijn eerste tussenbeschikking) volgt dat de vrouw en de man een rechtshandeling hebben verricht – te weten het aangaan van huwelijkse voorwaarden – waarbij zij in overeenstemming met het op hun huwelijksvermogensregime toepasselijke Iraanse recht en op rechtsgeldige wijze zijn afgeweken van het Iraanse wettelijke stelsel en de hiervoor in 2.2 onder (iii) bedoelde bepaling zijn overeengekomen. Op grond van hetgeen hiervoor in 3.4.3 is overwogen, dient te worden onderzocht in hoeverre aan die bepaling in Nederland rechtsgevolg moet worden onthouden op de grond dat zij tot een resultaat leidt dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.

3.6.1 Een (naar het toepasselijke vreemde recht rechtsgeldig overeengekomen) bepaling in huwelijkse voorwaarden die een huwelijksvermogensrechtelijke aanspraak afhankelijk stelt van het antwoord op de vraag welke echtgenoot de echtscheiding heeft verzocht, kan

kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde in de hiervoor in 3.4.3 bedoelde zin. Een dergelijke bepaling maakt immers onderscheid tussen de echtgenoten in de fase voorafgaand aan de indiening van een verzoek tot echtscheiding en kan leiden tot een beperking van het recht op toegang tot de rechter van de desbetreffende echtgenoot. De vraag of dat onderscheid en die beperking tot een resultaat leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde in de hiervoor in 3.4.3 bedoelde zin, kan echter niet in algemene zin worden beantwoord, nu in dat verband mede betekenis toekomt aan de overige feiten en omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder de mate van betrokkenheid van Nederland bij dat geval.

3.6.2 Een (naar het toepasselijke vreemde recht rechtsgeldig overeengekomen) bepaling in huwelijkse voorwaarden die een huwelijksvermogensrechtelijke aanspraak van een van de echtgenoten afhankelijk stelt van het antwoord op de vraag of die echtgenoot – kort gezegd – schuld heeft aan de echtscheiding door te weigeren de huwelijkse verplichtingen na te komen of vanwege immoreel gedrag, kan eveneens kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde in de hiervoor in 3.4.3 bedoelde zin. Een dergelijke bepaling maakt immers onderscheid tussen de echtgenoten en kan leiden tot een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de desbetreffende echtgenoot. De vraag of dat onderscheid en die inbreuk tot een resultaat leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde in de hiervoor in 3.4.3 bedoelde zin, kan evenmin in algemene zin worden beantwoord, nu ook in dat verband mede betekenis toekomt aan de overige feiten en omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder de mate van betrokkenheid van Nederland bij dat geval.

3.7 Op grond van het vorenstaande moet de eerste prejudiciële vraag aldus worden beantwoord dat met inachtneming van de feiten en omstandigheden van het concrete geval, in het bijzonder de mate van betrokkenheid van Nederland bij dat geval, moet worden beoordeeld of bepalingen in huwelijkse voorwaarden als hiervoor in 3.6.1-3.6.2 bedoeld, kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde.

Vraag 2: Rechtsgevolgen van kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde

3.8 In de wetsgeschiedenis van art. 10:6 BW is opgemerkt dat in deze bepaling tot uitdrukking is gebracht dat het vreemde recht niet wordt toegepast voor zover toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.^[v] Dit betekent dat art. 10:6 BW geen integrale afwijzing van het vreemde recht beoogt, maar alleen die onderdelen van het vreemde recht treft die kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde.^[vi]

Het vorenstaande is van overeenkomstige toepassing indien – op de voet van hetgeen hiervoor in 3.4.3 is overwogen – wordt geoordeeld dat aan een in overeenstemming met het toepasselijke vreemde recht en volgens dat recht rechtsgeldig verrichte rechtshandeling in Nederland rechtsgevolg moet worden onthouden op de grond dat deze tot een resultaat leidt dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Dit betekent dat de toepassing van de openbare orde alleen die onderdelen van de rechtshandeling treft die leiden tot een resultaat dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde, en dat slechts die onderdelen buiten toepassing blijven.

3.9 In de prejudiciële procedure is niet de kwestie aan de orde gesteld of de huwelijkse voorwaarden, die enerzijds bepalen dat de vrouw aanspraak kan maken op de helft van het huwelijkse vermogen van de man, maar anderzijds de man geen aanspraak toekennen op de helft van het huwelijkse vermogen van de vrouw, op grond van die ongelijkheid als kennelijk onverenigbaar met de openbare orde zouden moeten worden aangemerkt, ook indien bepalingen in die huwelijkse voorwaarden als hiervoor in 3.6.1-3.6.2 bedoeld, op de daar genoemde gronden buiten toepassing blijven. Bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag is dan ook uitgangspunt dat de huwelijkse

voorwaarden – mits ontgaan van dergelijke met de openbare orde strijdige bepalingen – voor het overige niet kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde.

3.10 Nu vaststaat dat het huwelijksvermogensregime van de vrouw en de man wordt beheerst door het Iraanse recht (zie hiervoor in 3.5), moet aan de hand van dat recht worden bepaald in hoeverre de vrouw een huwelijksvermogensrechtelijke aanspraak kan ontlenen aan de huwelijksvoorwaarden in het geval dat bepalingen als hiervoor in 3.6.1-3.6.2 bedoeld, op de daar genoemde gronden buiten toepassing blijven.

3.11 Het vorenstaande brengt mee dat de tweede prejudiciële vraag aldus moet worden beantwoord dat het buiten toepassing blijven van bepalingen in huwelijksvoorwaarden als hiervoor in 3.6.1-3.6.2 bedoeld, op de grond dat zij leiden tot een resultaat dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde, op zichzelf niet tot gevolg heeft dat die huwelijksvoorwaarden ook voor het overige buiten toepassing blijven.

4 Beslissing

De Hoge Raad beantwoordt de vragen op de hiervoor in 3.7 en 3.11 weergegeven wijze.

[Voetnoten Hoge Raad]

- [i] Gerechtshof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2327.
- [ii] Gerechtshof Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:168.
- [iii] Vgl. MvT, Parl. Gesch. BW Boek 10 2014/II.8.3 (p. 96-97).
- [iv] Vgl. MvT, Parl. Gesch. BW Boek 10 2014/II.8.3 (p. 96).
- [v] MvT, Parl. Gesch. BW Boek 10 2014/II.8.3 (p. 98).
- [vi] Rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, Parl. Gesch. BW Boek 10 2014/II.8.2 (p. 95).⁷

Noot

1 Inleiding

Het internationaal privaatrecht is gebaseerd op de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels. Hoewel rechtssystemen van elkaar verschillen, streeft elk privaatrecht – zo is de gedachte – naar een rechtvaardige ordening van de onderlinge verhoudingen tussen burgers. Dit maakt de rechtssystemen tot op zekere hoogte uitwisselbaar. Het is deze principiële gelijkwaardigheid en uitwisselbaarheid die het mogelijk maakt dat Nederlandse rechters onder omstandigheden buitenlands recht toepassen en binnen de Nederlandse rechtsorde gevolg toekennen aan buitenlandse vonnissen en in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten en rechtshandelingen.

In de huidige pluriforme wereld kunnen rechtssystemen echter essentieel van elkaar verschillen. De opvattingen over wat een rechtvaardige ordening van private verhoudingen is, verschillen van land tot land en wijzigen

ook nog een keer in de tijd. Het is nog niet eens zo lang geleden dat in Nederland vrouwelijke ambtenaren werden ontslagen als ze in het huwelijk traden;¹ nu geldt de gelijkheid van man en vrouw als een kernwaarde van de Nederlandse rechtsorde. Het Iraanse recht, zoals in deze casus aan de orde, zit – als het gaat om de verhouding tussen mannen en vrouwen en de regels van het familierecht – wezenlijk anders in elkaar dan het (huidige) Nederlandse recht. Dat geeft spanning als een Nederlandse rechter op grond van de eigen regels van internationaal privaatrecht (hierna: IPR) Iraans recht moet toepassen. Hoeveel verschil tussen het Nederlandse recht en het Iraanse recht is nog acceptabel en wanneer zal een rechter het buitenlandse recht moeten afwijzen met een beroep op de openbare orde?

Het leerstuk van de openbare orde in het IPR vormt dus een soort noodrem (ook wel aangeduid als veiligheidsklep) die nodig is omdat de Nederlandse rechtsorde via het IPR in beginsel open staat voor buitenlandse rechtsordes – ook als die afwijken van de Nederlandse. Maar die openheid heeft een grens. Waar die grens ligt, is niet altijd makkelijk te bepalen. Artikel 10:6 BW geeft slechts aan dat vreemd recht niet wordt toegepast, voor zover de toepassing ervan kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Een nadere maatstaf bevat de bepaling niet. Dat is ook lastig, omdat de invulling van het openbare-ordebegrip (net als het nationale recht zelf) wisselt in tijd en plaats. De wetgever heeft daarom bewust voor deze open norm gekozen en zich in de memorie van toelichting ertoe beperkt deze aan de hand van voorbeelden enigszins te concretiseren. Maar niet alleen is (begrijpelijkerwijs) de inhoud van de ‘openbare orde’ niet vastgelegd, ook de manier waarop de openbare-orde-toets moet worden gehanteerd en wat er precies moet gebeuren als de toepassing van het buitenlandse recht in strijd wordt geacht met de openbare orde, is in de wet verder niet geregeld.

In de afgelopen jaren zijn er verschillende zaken aan Nederlandse rechters voorgelegd waarin Iraans familie(vermogens)recht een rol speelt. De lagere rechters oordeelden in die zaken verschillend over de vraag of onderdelen van dat recht in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde. Ook verschilden ze van mening over de opvulling van het gat dat ontstaat als een onderdeel van het buitenlandse recht wegens strijd met de openbare orde buiten beschouwing moet worden gelaten.² Dit was voor het hof Den Haag in 2021³ aanleiding om met gebruikmaking van de regeling in artikel 392 e.v. Rv prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. De in 2012 ingevoerde prejudiciële procedure uit ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering houdt in dat de lagere rechter, tijdens een procedure in eerste of tweede aanleg, de Hoge Raad om uitleg vraagt op een of meer specifieke punten. De bedoeling van de prejudiciële-vraag-procedure is om helderheid

1 Het arbeidsverbod voor gehuwde vrouwen in overheidsdienst is op 1 januari 1958 opgeheven (KB van 30 november 1957, *Stb.* 1957, nr. 527).

2 Zie r.o. 13 en 14 van het eerste tussenarrest van hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:

GHDHA:2020:2327, aangehaald door de Hoge Raad in r.o. 2.5.1. Zie voor een voorbeeld waarin niet alleen het Iraanse huwelijksvermogensrecht, maar ook het Iraanse recht inzake partneralimentatie in strijd met de openbare orde werd geacht:

hof Den Haag 11 mei 2011, ECLI:NL:GHDHA:2011:BQ5061.

3 Hof Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:168.

te scheppen in een reeks van vergelijkbare zaken.⁴ De uitspraak van de Hoge Raad is niet alleen bedoeld om een oplossing te bieden in dit concrete geschil, maar beoogt ook nadrukkelijk een bredere werking te hebben. We hebben dus te maken met een standaardarrest.

In deze noot gaan we in op de twee door het hof gestelde vragen. De openbare-orde-toets zelf komt aan bod in paragraaf 5, de gevolgen van het toepassen ervan worden besproken in paragraaf 6. Maar eerst zullen we iets vertellen over het IPR met betrekking tot huwelijksvermogensregimes en de verschillende materieelrechtelijke regelingen die op dit terrein zoal gelden en golden. Dit helpt niet alleen om het voorliggende probleem beter te begrijpen, maar maakt hopelijk ook duidelijk in welke mate de openbare orde een product is van een specifieke samenleving op een specifiek moment in de tijd.

2 Internationaal huwelijksvermogensrecht: toepasselijk recht

Op dit moment gelden in Nederland vier bronnen die, afhankelijk van de datum van de huwelijksluiting,⁵ regels bevatten die in internationale gevallen het toepasselijk recht aanwijzen op het huwelijksvermogensregime van (ex)echtgenoten.⁶ Deze bronnen zijn: het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905,⁷ het commune IPR (IPR-regels die voortvloeien uit nationale bron, in dit geval rechtspraak van de Hoge Raad: HR 10 december 1976 (*Chelouche / Van Leer*),⁸ het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978⁹ en de Europese Verordening Huwelijksvermogensstelsels.¹⁰ In de onderhavige casus was het huwelijk gesloten in 1989: als bron geldt dan de verwijzingsregeling zoals neergelegd in het *Chelouche / Van Leer*-arrest, die in dit geval verwijst naar Iraans recht.¹¹ De openbare-orde-exceptie waarop door de vrouw een beroep werd gedaan was die van artikel 10:6 BW, een bepaling die eveneens deel uitmaakt van het commune IPR (in dit geval Boek 10 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek waarin het nationale conflictenrecht

is gecodificeerd). Het is goed om in het vizier te houden dat als het huwelijksvermogensregime van partijen onder het temporeel toepassingsgebied van een van de andere bronnen was gevallen, we niet aan artikel 10:6 BW toegekomen waren. Zowel het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 als de verordening kennen namelijk een eigen openbare-orde-exceptie.¹²

3 Materieel huwelijksvermogensrecht in historisch en rechtsvergelijkend perspectief

Deze zaak heeft betrekking op het Iraanse huwelijksvermogensrecht. Uit de uitspraak en de conclusie van de A-G kan worden afgeleid, dat het Iraanse huwelijksvermogensrecht uitgaat van een algehele scheiding van goederen – een systeem dat in Nederland ‘koude uitsluiting’ wordt genoemd. Partijen kunnen in hun huwelijkse voorwaarden afwijken van dit regime en kunnen daarbij gebruikmaken van een door de Iraanse staat opgesteld standaardcontract. Of zij hun huwelijksvermogensregime ook naar eigen inzicht zouden kunnen inrichten dan wel ten minste het standaardcontract zouden kunnen aanpassen, was ten tijde van de uitspraak nog niet bekend, maar blijkt thans ruimer dan de A-G in zijn conclusie leek aan te nemen.¹³

Het onderhavige van overheidswege vastgestelde model huwelijkse voorwaarden geeft de vrouw bij ontbinding van het huwelijk onder omstandigheden recht op een deel van het vermogen van haar man. Van belang hier is dat de vrouw, om aanspraak te kunnen maken op deze verrekening, niet zelf de scheiding mag hebben aangevraagd en ook niet schuldig mag zijn aan de scheiding. Omgekeerd kan de man onder geen enkele omstandigheid aanspraak maken op het vermogen van de vrouw. Deze regeling wijkt op verschillende punten af van het Nederlandse recht. Tot 2018 kende het Nederlandse huwelijksvermogensrecht als wettelijk stelsel de algehele gemeenschap van goederen waarin echtgenoten juist (vrijwel) alle bezittingen gezamenlijk hadden.¹⁴ Sinds 2018 geldt voor echtgenoten

4 Nu het gaat om een verzoek om uitleg tijdens een lopende procedure (prejudicieel dus) lijkt de procedure op de prejudiciële procedure die we kennen uit het Europese recht. Ook moet het antwoord in beide soorten procedures voor de zaaksrechter nodig zijn om op de vordering of het verzoek te beslissen. Bij het HvJ EU geldt echter niet als eis dat een antwoord op de gestelde vraag ‘rechtstreeks van belang is: a. voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of b. voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet’. Je zou kunnen zeggen dat deze bredere relevantie bij het HvJ EU wordt voorondersteld.

5 Of in bepaalde gevallen van het moment van een rechtskeuze met betrekking tot het huwelijksvermogensregime: vgl. art. 69 lid 3 Verordening Huwelijksvermogensstelsels.

6 Zie omtrent het in Nederland geldende conflictenrecht inzake huwelijksvermogensrecht o.a. A.P.M.J. Vonken & F. Ibili (m.m.v. F.W.J.M. Schols), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*. 10.

Internationaal privaatrecht. II. Internationaal personen- en familierecht en erfrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2021/218-386; M.H. ten Wolde, ‘Huwelijk, persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten, huwelijksvermogensrecht’, in: F. Ibili e.a. (red.), *Nederlands internationaal personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 113-116.

7 Verdrag betreffende de wetsconflicten met betrekking tot de gevolgen van het huwelijk ten opzichte van de rechten en verplichtingen der echtgenoten in hun persoonlijke betrekkingen en ten opzichte van hun goederen, ‘s-Gravenhage 17 juli 1905 (Stb. 1912, 285).

8 HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AE1063, NJ 1977/275, m.nt. J.C. Schultsz (*Chelouche / Van Leer*).

9 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, ‘s-Gravenhage 14 maart 1978 (Trb. 1988, 130).

10 Verordening (EU) 2016/1103 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels (PbEU 2016, L 183/1).

11 Partijen hadden geen rechtskeuze gedaan, maar bezaten ten tijde van de huwelijksluiting wel een gemeenschappelijke nationaliteit (*in casu*: de Iraanse).

12 Vgl. respectievelijk art. 14 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 en art. 31 Verordening Huwelijksvermogensstelsels.

13 Uit het eindoordeel van hof Den Haag 5 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:602 en de noot van Th.M. de Boer bij het hier besproken arrest (HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1721, NJ 2023/95) blijkt dat naar Iraans recht partijen binnen bepaalde grenzen deze vrijheid hebben.

14 De algehele gemeenschap van goederen geldt in Nederland nu nog voor alle echtgenoten die voor 1 januari 2018 in het huwelijk zijn getreden en geen huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt. Zie art. 1:94 BW (oud). In tegenstelling tot de beperkte gemeenschap van goederen is de algehele gemeenschap van goederen een weinig voorkomend wettelijk regime. De enige andere rechtstelsels die een dergelijk wettelijk regime kennen zijn Zuid-Afrika en Suriname (vgl. respectievelijk art. 17 e.v. Matrimonial Property Act 88 of 1984 (Zuid-Afrika) en art. 1:168 e.v. Burgerlijk Wetboek (Suriname)).

die op of na 1 januari 2018 in het huwelijk zijn getreden een beperkte gemeenschap van goederen.¹⁵ De algehele scheiding van goederen zonder enige verrekening staat daar nog steeds ver vanaf. Het is echter in Nederland wel mogelijk om uitsluiting van iedere gemeenschap ('koude uitsluiting') overeen te komen bij huwelijkse voorwaarden. Op zich is een uitkomst waarbij iedere partij zijn of haar eigen vermogen houdt, dus niet in strijd met de Nederlandse openbare orde. Ook in andere Westerse rechtsstelsels is de uitsluiting van iedere gemeenschap als *keuzestelsel* algemeen geaccepteerd.¹⁶ Wel moet daarbij gezegd worden dat de meeste westerse rechtsstelsels als *wettelijk stelsel* (dus het regime dat geldt wanneer echtgenoten geen huwelijkse voorwaarden maken) een beperkte gemeenschap van goederen¹⁷ kennen dan wel een regime waarbij bij beëindiging van het huwelijk een bepaalde verdeling van het gezamenlijk opgebouwde vermogen plaatsvindt.¹⁸ De gedachte daarachter is dat – tenzij partijen om bepaalde redenen er bewust voor kiezen daarvan af te wijken – het rechtvaardig is dat gezien de lotsverbondenheid die het huwelijk meebrengt beide (ex-)echtgenoten gelijkelijk van het opgebouwde vermogen profiteren (dan wel gelijkelijk eventuele verliezen dragen). Dezelfde lotsverbondenheid en de – ook in Nederland thans nog veel voorkomende – huwelijksgelateerde vermindering van de verdien capaciteit van een van de ex-echtgenoten, brengen met zich dat veel stelsels ook regels kennen omtrent partneralimentatie, verevening van pensioenopbouw en voortgezet gebruik van de echtelijke woning.¹⁹ Komt het tot een echtscheiding, dan hangt de uiteindelijke financiële situatie van de ex-echtgenoten af van het geheel van deze regels.²⁰ Kortom, om een volledig beeld te krijgen van de financiële gevolgen van een echtscheiding en de rol die een bepaald wettelijk of door partijen gekozen huwelijksgoederenregime daarin speelt, moet dus eigenlijk ook worden meegenomen wat de regels omtrent partner-

alimentatie en pensioenverevening zijn. In islamitische stelsels kan hierbij (ook) de bruidsgave, een gift van de man aan zijn toekomstige echtgenote, een rol spelen.²¹ In het IPR wordt elk van deze aspecten echter afzonderlijk beoordeeld – en potentieel aan verschillende rechtsstelsels onderworpen.

Zoals hierboven al aangegeven bieden de meeste stelsels echtgenoten de mogelijkheid om door middel van het maken van huwelijkse voorwaarden of andere overeenkomsten af te wijken van wettelijke regelingen omtrent het huwelijksvermogen en/of alimentatie. Dit geldt zowel voor het materiële recht – de inhoud van de afspraken – als voor het IPR – het aanwijzen van het toepasselijk recht. De nationale rechtsstelsels en verschillende IPR-bronnen kennen partijen een zekere mate van autonomie toe. In Nederland is de autonomie met betrekking tot huwelijkse voorwaarden begrensd door enerzijds een strenge eis met betrekking tot de vorm (art. 1:115 lid 1 BW: 'Huwelijkse voorwaarden moeten op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan') en anderzijds een beperking met betrekking tot de inhoud (art. 1:121 lid 1 BW: de inhoud van de huwelijkse voorwaarden mag niet in strijd zijn 'met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde').²² De (ex-)echtgenoten mogen naar Nederlands recht ook onderling afspraken maken over partneralimentatie. Ook op dit terrein is de contractsvrijheid groot, maar niet onbeperkt.²³ Een voorbeeld van een beperking biedt artikel 1:400 BW. Recent is door de Hoge Raad bevestigd in een cassatieberoep in het belang der wet dat een overeenkomst waarbij wordt afgezien van partneralimentatie (een 'nihilbeding') alleen geldig is indien deze door de echtgenoten is aangegaan tijdens hun huwelijk met het oog op een voorgenomen echtscheiding. Dit betekent dat aanstaande echtgenoten een dergelijk beding niet in hun huwelijkse voorwaarden mogen opnemen.²⁴ De mate van vrijheid van (aanstaande)

15 Art. 1:94 BW.

16 Bijvoorbeeld Duitsland: *Gütertrennung*, Frankrijk: *séparation*, Italië: *separazione dei beni*.

17 Bijvoorbeeld Frankrijk, Italië, België, Luxemburg en de meeste regio's van Spanje.

18 Zie bijvoorbeeld Duitsland, waar als wettelijk systeem tijdens het huwelijk scheiding van vermogens geldt, en bij ontbinding van het huwelijk verrekening van de vermogenstoename die heeft plaatsgevonden tijdens het huwelijk plaatsvindt (art. 1363 e.v. BGB: de zogenaamde 'Zugewinn-gemeinschaft'). De Scandinavische rechtsstelsels (Zweden, Denemarken, Finland) kennen een systeem waarbij tijdens het huwelijk de vermogens gescheiden zijn, maar bij het einde van het huwelijk alsnog een gemeenschap ontstaat die bij helfte verdeeld moet worden: de zogenaamde 'uitgestelde gemeenschap'. Opgemerkt moet wel worden dat onder andere een aantal Spaanse regio's wel de uitsluiting van iedere gemeenschap als wettelijk stelsel kennen (o.a. Catalonië). Ook kent Portugal bijvoorbeeld als verplicht huwelijksvermogensregime de uitsluiting van iedere gemeenschap voor een persoon die ouder is dan zestig (art. 1720 Código civil: 'Regime imperativo da separação de bens').

19 In Nederland worden als twee grondslagen voor partneralimentatie 'voortdurende solidariteit en

huwelijksgerelateerde vermindering van de verdien capaciteit' genoemd. Zie N.D. Spalter, *Grondslagen van partneralimentatie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 28 e.v.; W.M. Schrama, M.V. Antokolskaia & G.C.A.M. Ruitenbergh (red.), *Familierecht. Een introductie*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 371 e.v.

20 De verwevenheid van de regeling van de financiële positie van de ex-echtgenoten komt het sterkst tot uitdrukking in het Engelse common-law-stelsel waar geldt dat het huwelijk geen invloed heeft op de vermogensrechtelijke situatie van de echtgenoten. Het Engelse recht kent noch een wettelijk stelsel noch andere stelsels van huwelijksvermogensrecht. Heel eenvoudig gezegd: bij een echtscheiding is het de taak van de Engelse rechter om een zo rechtvaardig mogelijke verdeling te maken waarbij hij rekening houdt met het geheel van omstandigheden (waaronder belang van eventuele kinderen). De rechter zal in beginsel zeker rekening houden met het privé-eigendom van beide echtgenoten, maar kan dit – indien nodig – ook negeren. Interessant is dat het Oostenrijkse recht een vergelijkbaar systeem lijkt te kennen. Zie 'Huwelingsvermogensstelsels. Oostenrijk', <https://e-justice.europa.eu/> 11 maart 2021.

21 Zie o.a. K. Heinze-Briesemeister & B. Reinhartz, *Invloed van islamitische rechtsfiguren in het civiele recht in Duitsland en Nederland. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012. Zie ook de noot van Th.M. de Boer onder hof Amsterdam-Leeuwarden 7 maart 2018 ECLI:NL:GHARL:2018:2188, *NJ* 2020/288 en zijn noot bij het onderhavige arrest, *NJ* 2023/95.

22 Op huwelijkse voorwaarden is ook de bepaling van art. 3:40 lid 1 BW toepasselijk. Zie voor twee nadere specifieke beperkingen lid 2 en 3 van art. 1:121 BW: 'Zij kunnen niet bepalen dat een hunner tot een groter aandeel in de schulden zal zijn gehouden, dan zijn aandeel in de goederen der gemeenschap belooft' (lid 2) en 'Zij kunnen niet afwijken van de rechten die uit het ouderlijk gezag voortspruiten, noch van de rechten die de wet aan een langstlevende echtgenoot toekent' (lid 3).

23 Zie ook: Schrama, Antokolskaia & Ruitenbergh 2021, p. 371 e.v.

24 Nuytinck had graag gezien dat deze beperking van de partijautonomie waarover al 43 jaar gediscussieerd wordt, zou zijn opgeheven. Zie A.J.M. Nuytinck, 'Voorhuwelijks nihilbeding inzake partneralimentatie blijft nietig' (noot bij HR 25 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1724), *AA* 2023, afl. 1, p. 42-46 (AA20230042).

echtgenoten met betrekking tot het aanwijzen van het toepasselijk recht op hun huwelijksvermogensregime of alimentatie hangt uiteraard af van de toepasselijke IPR-bron. Maar over het algemeen geldt dat op beide terreinen minimumeisen met betrekking tot de vorm van de rechtskeuze worden gesteld²⁵ en tevens beperkingen gelden met betrekking tot welke rechtsstelsels in aanmerking komen om te worden gekozen (meestal wordt een bepaalde band met partijen geëist).²⁶

Voor een goed begrip van de materieelrechtelijke regelingen, hun samenhang en gevolgen is het ook nodig om de maatschappelijke context van deze regels te kennen. Hoe een bepaald rechtsstelsel de financiële gevolgen van een huwelijk regelt en de mate van vrijheid die daarbij wordt toegekend aan de (ex-)echtgenoten vormt een weerspiegeling van de sociaal-economische situatie, de geldende normen en waarden en de rol van man en vrouw. Er is immers geen rechtsgebied dat zo nauw met de maatschappij is verbonden als het personen- en familie(vermogens)recht en daarom in sterke mate met maatschappelijke ontwikkelingen meebeweegt.²⁷ Zo is vermoedelijk in Nederland de algehele gemeenschap het eerst tot ontwikkeling gekomen in de steden, waar kooplieden vermogen opbouwden en aldus het roerende gedeelte van het vermogen van veel grotere betekenis werd dan op het platteland.²⁸ Op het platteland maakte het merendeel van de daar gelegen vaste goederen geen deel uit van de gemeenschap.²⁹ Dit om te verzekeren dat land en landgoed niet bij een scheiding of overlijden verdeeld zouden moeten worden. Ook nu ziet men in Nederland 'koude uitsluiting' vooral in agrarische sector.³⁰ Andere gevallen waarin 'koude uitsluiting' als goede optie wordt gezien, is wanneer echtgenoten op latere leeftijd in het huwelijk treden, met name wanneer er al kinderen zijn uit eerdere huwelijken en er door beiden eigen vermogen is opgebouwd.³¹ Interessant is dat in Portugal echtgenoten boven de zestig volgens de wet zelfs niet in gemeenschap van goederen mogen trouwen.³²

In de huidige Nederlandse maatschappij is gelijkheid van man en vrouw een belangrijke waarde en wordt er steeds meer van uitgegaan dat man en vrouw op gelijke wijze inkomsten kunnen en zouden moeten verdienen. Het is echter relatief kort geleden – we noemen in de inleiding al een voorbeeld – dat wel sprake was van ongelijkheid en dat de sporen hiervan in het familie(vermogens)recht achtereenvolgens zijn verdwe-

nen. Om nog enkele voorbeelden te noemen: de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de vrouw vond plaats in 1957 en de opheffing van de regels dat de man het hoofd der echtvereniging is in 1970. De regels dat bij verschil van mening over de plaats van samenwoning de stem van de man doorslaggevend is en dat de verplichting tot het verschaffen van huishoudgeld uitsluitend op de man rust, verdwenen pas in 1985 uit de wet.³³ Verder is pas zeer recent in Nederland het alimentatierecht grondig herzien waarbij onder andere de duur van alimentatie is beperkt.

De algehele scheiding van goederen (het wettelijk regime in Iran) wijkt dus wel af van het Nederlandse uitgangspunt, maar is op zich niet in strijd met de Nederlandse openbare orde. Wat zien we nu wanneer we met een Nederlandse bril naar de overeengekomen Iraanse huwelijksvoorwaarden zelf kijken? We zien in deze voorwaarden twee aspecten die afwijken van Nederlandse normen: de eenzijdigheid (immers alleen de vrouw had onder omstandigheden recht op een deel van het vermogen van de man) en de koppeling met het schuldbegrip (de vrouw mocht niet degene zijn die de echtscheiding zou verzoeken en zij mocht ook geen 'schuld' hebben aan de echtscheiding). Opvallend genoeg worden over het eerste aspect, de eenzijdigheid van de mogelijkheid van verrekking, geen prejudiciële vragen gesteld. Die richten zich uitsluitend op het tweede aspect: de in de clausule neerlegde voorwaarde dat de vrouw niet degene mocht zijn die de echtscheiding zou verzoeken en ook anderszins geen 'schuld' mocht hebben aan de echtscheiding. Ook voor dit laatste geldt dat vanuit historisch en rechtsvergelijkend perspectief 'schuld' in de context van echtscheiding en alimentatie allesbehalve uitzonderlijk is. Zo kende bijvoorbeeld het oude Belgische echtscheidingsrecht de regel dat de vrouw echtscheiding kan vorderen op grond van overspel van haar echtgenoot 'als hij zijn concubine in de echtelijke woning heeft doen verblijfhouden' (art. 230 Belgisch BW (oud)). Deze bepaling heeft gegolden tot eind 1974.³⁴ In Nederland bijvoorbeeld kon lange tijd (tot 1993) door de echtgenoot die niet van echt wilde scheiden een beroep worden gedaan op de 'schuld' van degene die een vordering of verzoek tot echtscheiding had ingediend.³⁵ Inmiddels is in Nederland het echtscheidingsrecht ontdaan van enig schuldvereiste. Op het terrein van het alimentatierecht is in de Nederlandse rechtspraak nog wel sprake van invloed van 'wangedrag' van een verzoekende

25 Vgl. art. 23 Verordening Huwelijksvermogensstelsels en art. 8 lid 2 Haags Alimentatieprotocol.

26 Vgl. art. 21 lid 1 Verordening Huwelijksvermogensstelsels en art. 8 lid 1 Haags Alimentatieprotocol.

27 Schrama, Antokolskaia & Ruitenbergh 2021, p. 23: 'De band tussen recht en maatschappij is in het personen- en familierecht direct. Als de maatschappij verandert, evolueert het familierecht mee.'

28 A.R. de Bruijn e.a., *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 4-5.

29 De Bruijn e.a. 2019, p. 4-5.

30 M.V. Antokolskaia e.a., *Koude uitsluiting. Mate-*

riële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten van de overheid om deze tegen te gaan, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011.

31 Zie ook De Bruijn e.a. 2019, p. 315-316 die zich afvragen of de kritiek die in Nederland op de koude uitsluiting is geuit niet te ongenueanceerd is. Ook sluiten zij niet uit dat in het licht van maatschappelijke ontwikkelingen als de toename van tweede en verdere huwelijken de koude uitsluiting in populariteit zal toenemen.

32 Art. 1720 Codice civil. Zie ook voetnoot 18.

33 Zie S.F.M. Wortmann & J. van Duijvendijk-Brand,

Compendium van het personen- en familierecht, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 71.

34 Wet 28 oktober 1974 tot wijziging van de artikelen 387, 388 en 389 van het Strafwetboek, van de artikelen 229 en 230 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 1269 van het Gerechtelijk Wetboek, BS 29 november 1974.

35 Vgl. art. 1:152 BW (oud): 'De vordering wordt afgewezen, indien de duurzame ontwrichting in overwegende mate te wijten is aan de echtgenoot die de vordering heeft ingesteld, en de andere echtgenoot deswege tegen de vordering verweer voert.'

ex-echtgenoot op zijn of haar recht op alimentatie.³⁶ In het huwelijksgoederenrecht heeft het schuldbegrip nooit een rol gespeeld.³⁷

Het is goed om al deze aspecten in het achterhoofd te houden bij de vraag of in dit geval de openbare-orde-exceptie zou moeten worden toegepast en wat van een dergelijke toepassing de gevolgen zouden moeten zijn.

4 De openbare orde – een containerbegrip

De ‘openbare orde’ is een begrip dat in veel rechtsgebieden voorkomt. Burgemeesters zijn op grond van artikel 172 Gemeentewet belast met de handhaving van de openbare orde. Daar verwijst het begrip naar orde en veiligheid in de openbare ruimte.³⁸ Dat openbare-orde-begrip is hier niet aan de orde. In veel andere rechtsgebieden verwijst de term naar regels, beginselen en waarden die voor het rechtssysteem en de samenleving van grote betekenis zijn.³⁹ Maar ook dat kan nog heel verschillende vormen aannemen. In het burgerlijk procesrecht zijn ‘regels van openbare orde’ regels die vanwege hun bijzondere belang door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast. De vraag of de rechter in een concreet geval eigenlijk wel internationaal bevoegd is, geldt bijvoorbeeld als een vraag van procedurele openbare orde. In het Europese recht kunnen lidstaten zich op de openbare orde beroepen als rechtvaardiging voor het belemmeren van het vrije verkeer in de Europese Unie. De openbare orde kan dus in de EU gebruikt worden om in uitzonderingsgevallen de import van goederen en diensten tegen te gaan. En ook het vrije verkeer van personen kan op die grond worden beperkt. Dat lijkt wel wat op het gebruik van de openbare orde in het IPR: daar kan met een beroep op de openbare orde in uitzonderlijke gevallen de ‘import’ van buitenlandse rechtsregels, rechtshandelingen en/of rechterlijke beslissingen worden tegengehouden. Hoewel het begrip in het vrij verkeer dus een vergelijkbare functie heeft als in het IPR, moet steeds in de specifieke context worden vastgesteld wat het begrip inhoudt, wanneer er precies een beroep op gedaan kan worden en wat daarvan dan precies de gevolgen zijn.⁴⁰

Het arrest van de Hoge Raad dat hier wordt besproken heeft betrekking op de openbare orde in het IPR en dan nog in het bijzonder in de context van het conflictenrecht.

In dit geval moest de Hoge Raad beoordelen of de naar Iraans recht overeengekomen huwelijksvoorwaarden (en dan specifiek een clausule over de verdeling van goederen bij echtscheiding) in strijd waren met de openbare orde zoals deze is vastgelegd in Boek 10 BW. Ook die context is relevant. Voor zover Europese verordeningen een voorbehoud van de openbare orde kennen, gaat het om een Europees begrip dat weliswaar sterk lijkt op het begrip uit het Nederlandse, *commune IPR*, maar toch op punten een andere invulling kan hebben. Het HvJ EU is in dat geval namelijk bevoegd om de grenzen van het begrip aan te geven, en zal daarbij de specifieke Europese context meewegen.⁴¹ Op die specifieke Europese aspecten wordt in deze noot verder niet ingegaan. Ook gaan we verder niet in op de openbare-orde-exceptie in de context van de erkenning van vonnissen.

5 Openbare orde en toepasselijk recht

Het wetsartikel dat door de Hoge Raad wordt uitgelegd is artikel 10:6 BW. Dit artikel maakt deel uit van de algemene bepalingen van IPR zoals deze in 2011⁴² bij wet zijn vastgesteld. In de toelichting op de bepaling is opgemerkt dat het bij de vraag of het bij het openbare-orde-begrip in het IPR gaat om fundamentele waarden en beginselen van de Nederlandse rechtsorde. Vaak gaat het dan om (schending van) fundamentele rechten, maar het begrip verwijst ook naar waarden en publieke belangen die in de Nederlandse rechtsorde van fundamenteel belang worden geacht. De openbare orde grijpt pas in als de kloof tussen het buitenlandse recht en de Nederlandse rechtsorde groot en onoverbrugbaar is. Niet elk verschil in uitkomst rechtvaardigt dus een beroep op de openbare orde.

In navolging van de wetgever en het merendeel van de doctrine maakt de Hoge Raad voor de openbare orde in de context van het conflictenrecht onderscheid tussen gevallen waarin alleen al de inhoud van het aangewezen buitenlandse recht in strijd is met de openbare orde (het ‘buitengrenscriterium’) en gevallen waarin toepassing van het buitenlandse recht in het concrete geval, mede gelet op de band van het geschil met Nederland, leidt tot een onaanvaardbare uitkomst (het ‘binnengrenscriterium’). Het buitengrenscriterium komt in beeld als de buitenlandse wetgever regels heeft opgesteld die in alle omstandighe-

³⁶ Er zijn gevallen waarin – op grond van dit ‘wangedrag’ zoals *stalking* of kwaadsprekerij – het onbillijk wordt geacht dat ten laste van de draagkrachtige ex-echtgenoot partneralimentatie wordt vastgesteld. Zie – ook voor meer voorbeelden waaronder regelmatig overspel in combinatie met liegen over vaderschap – N.D. Spalter, ‘Partneralimentatie’, in: Schrama, Antokolskaia & Ruitenbergh 2021, p. 367-394.

³⁷ Zeer uitzonderlijke gevallen daargelaten. Vgl. HR 7 december 1990, *NJ* 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten, waarin de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat op grond van redelijkheid en billijkheid een verpleger die zijn (veel) oudere vermogende echtgenote vijf weken na de huwelijksluiting van het leven beroofde, geen aanspraak kon maken op de goederen die van de kant van de vrouw in de huwelijksgemeenschap waren gevallen.

³⁸ Ook het openbare-orde-begrip in het vreemdelingenrecht verwijst vaak naar verstoringen van de openbare orde in de zin van veiligheid door bijvoorbeeld het plegen van misdrijven.

³⁹ Zie bijvoorbeeld de ook in de MvT bij art. 10:6 BW in deze context als voorbeeld aangehaalde bepalingen: art. 1:71a BW en art. 3:40 BW.

⁴⁰ A.A.H. van Hoek, ‘Openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht. De overeenkomsten en verschillen tussen internationaal privaatrecht en interne markt recht’, in: H. Verschuieren e.a. (red.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen, België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer: Kluwer 2009. Zie echter ook B.T.M. van der Wiel, ‘Maten van openbare orde’, *MvV* 2021, afl. 10, p. 323-334 die een uniforme benadering van het openbare-orde-begrip verdedigt.

⁴¹ Voor het openbare-orde-begrip in verdragen geldt eveneens dat bij de toepassing de supranationale context meegewogen moet worden. Volgens Vonken dient van de openbare orde-exceptie in een internationale regeling nog restrictiever dan in het communale IPR gebruik te worden gemaakt. Zie A.P.M.J. Vonken (m.m.v. F.W.J.M. Schols, X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/524.

⁴² De Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, een wet van 19 mei 2011 (*Stb.* 2011, 272), is op 1 januari 2012 in werking getreden ingevolge het koninklijk besluit van 28 juni 2011 (*Stb.* 340).

den indruisen tegen ons gevoel van behoorlijke wetgeving. De mate van verbondenheid met Nederland doet dan niet ter zake. Voorbeelden uit de memorie van toelichting zijn de burgerlijke dood en huwelijksverboden gebaseerd op ras.⁴³ Maar ook de regels omtrent eenzijdige verstoting (waarbij de man naar willekeur een einde kan maken aan een huwelijk) stuiten af op deze buitengrens.⁴⁴ En diezelfde buitengrens verhindert waarschijnlijk ook dat een Nederlandse rechter in een arbeidsconflict de werknemer dwingt om het werk te hervatten, iets dat in strijd wordt geacht met het verbod op dwangarbeid.⁴⁵ De band van de casus met Nederland is daarvoor verder zoals gezegd niet relevant.⁴⁶ Het buitengrenscriterium wordt daarom ook als een absoluut criterium beschouwd.

Het binnengrenscriterium richt zich niet op de inhoud van de rechtsregel in abstracto, maar op de gevolgen van toepassing daarvan in het concrete geval. En bij de beoordeling daarvan wordt ook gelet op de band van de casus met Nederland: hoe hechter die band, hoe eerder er sprake zal zijn van een onacceptabele uitkomst en dus een schending van de openbare orde. Dit laatste wordt wel het ‘effet attenué’ oftewel de glijdende schaal van de openbare orde genoemd. In dit geval is dus sprake van een relatief criterium.

In Europese verordeningen en in een aantal multilaterale verdragen zijn met artikel 10:6 BW vergelijkbare bepalingen met betrekking tot de openbare orde te vinden. Een tweeledige maatstaf waarbij eerst het absolute ‘buitengrenscriterium’ en vervolgens pas het relatieve ‘binnengrenscriterium’ wordt getoetst, ziet men niet als zodanig in buitenlandse literatuur met betrekking tot deze (supra- en internationale) openbare-orde-exceptions terug.⁴⁷ In de Nederlandse literatuur heeft Vonken kritiek geuit op het onderscheid tussen het buiten- en binnengrenscriterium.⁴⁸ Naar zijn mening is het onderscheid te dogmatisch en gekunsteld en is alleen het binnengrenscriterium relevant.

De hoogste Nederlandse rechter houdt echter vast aan de tweeledige maatstaf en het onderscheid tussen buitengrens en binnengrens. Dit blijkt niet alleen uit het onderhavige arrest, maar bijvoorbeeld ook uit de zaak die heeft geleid tot het *Marokkaanse echtscheiding*-arrest van de Hoge Raad uit 2001.⁴⁹ In dat geval werd een door de man bij de Nederlandse rechter verzochte ontbinding van een huwelijk naar Marokkaans recht geweigerd omdat het Marokkaanse echtscheidingsrecht een vanuit Nederlands perspectief ontoelaatbare ongelijkheid tussen man en vrouw bevat. Aanvankelijk oordeelde de lagere rechter dat

echtscheiding daarom niet mogelijk was. Dit vonnis werd door de Hoge Raad gecorrigeerd, omdat de rechter alsnog op basis van Nederlands recht het huwelijk had moeten ontbinden. Hieruit lijkt te volgen dat de toepassing van het Marokkaanse recht *in casu* niet tot onacceptabele uitkomsten leidde (zowel naar Marokkaans recht als naar Nederlands recht kon het huwelijk worden ontbonden), maar dat dit gegeven niet relevant was omdat al daarvoor op basis van het buitengrenscriterium het Marokkaanse recht buiten spel was gezet.

Wetgeving die een ongeoorloofd onderscheid maakt tussen man en vrouw stuit dus af op het buitengrenscriterium en komt niet in aanmerking voor toepassing door de Nederlandse rechter. In de hier besproken zaak was sprake van onderscheid tussen man en vrouw. Toch past de Hoge Raad in dit concrete geval het binnengrenscriterium toe. Hoe valt dat te verklaren? Allereerst is het lastig om te bepalen welk element in de casus nu precies strijd met de openbare orde oplevert. Het feit dat zonder huwelijksvoorwaarden sprake zou zijn van koude uitsluiting, lijkt niet in strijd met de openbare orde – en is overigens ook niet als een probleem aan de Hoge Raad voorgelegd. Het feit dat alleen de vrouw en niet ook de man onder omstandigheden recht heeft op verrekening, behelst een onderscheid tussen man en vrouw. De Hoge Raad noemt dit wel in r.o. 3.9, maar toetst dit aspect verder niet nu daarover in de procedure geen vraag is gesteld.⁵⁰ Het oordeel in r.o. 3.6.1 beperkt zich tot de voorwaarden dat de vrouw om aanspraak te kunnen maken op verrekening, de echtscheiding niet zelf mag hebben aangevraagd en dat zij ook niet schuldig mag zijn aan de echtscheiding.⁵¹ De eerste voorwaarde maakt onderscheid tussen de echtgenoten in de fase voorafgaand aan de indiening van een verzoek tot echtscheiding en kan leiden tot een beperking van het recht op toegang tot de rechter van de desbetreffende echtgenoot. De tweede voorwaarde kan bovendien leiden tot een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van die echtgenoot. Het gaat dus om zeer verscheiden fundamentele rechten (gelijkheid man en vrouw; toegang tot de rechter en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) waarbij de vraag of er in het concrete geval sprake is van een onaanvaardbare inbreuk op dat recht (met name in geval van de twee laatstgenoemde rechten) in hoge mate bepaald wordt door de omstandigheden van het geval. Een dergelijke afweging past meer bij het binnengrenscriterium dan bij het buitengrenscriterium.⁵²

43 *Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 14.

44 Vgl. HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4011, m.nt. Th.M. de Boer (*Marokkaanse echtscheiding*). Overigens worden in het buitenland verrichte verstotingen onder omstandigheden wel erkend in Nederland, zie art. 10:58 BW.

45 Zie art. 7:659 lid 2 BW. Zie hieromtrent M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 106 en A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 94-95.

46 Al zal er altijd een band zijn met Nederland als de Nederlandse rechter zich over een zaak uitlaat.

47 Zie o.a. P. Franzina, ‘Article 21 – Public Policy of the Forum’, in: U. Magnus, P. Mankowski (red.), *Rome I Regulation*, Keulen: Verlag Dr Otto Schmidt 2017, p. 820-836; M. Renner, ‘Article 21 Public Policy of the Forum’, in: G.P. Callies & M. Renner (red.), *Rome Regulations. Commentary*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2020, p. 437.

48 Asser/Vonken *10-I* 2018/494-495.

49 Zie voetnoot 44.

50 HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1721, r.o. 3.9.

51 Door te weigeren de huwelijkske plichten te vervullen of wegens immoreel gedrag.

52 Zie Asser/Vonken *10-I* 2018/495, die betoogt dat slechts in zeer exceptionele gevallen sprake zal zijn van een absoluut recht en in de meeste gevallen grondrechten een minder absoluut karakter hebben. Hij wijst er daarbij ook nog op dat grondrechten kunnen botsen en dat er dan in concrete gevallen sowieso aan de hand van de omstandigheden van het geval een weging zal moeten plaatsvinden.

Maar de belangrijkste reden dat de Hoge Raad hier het binnengrenscriterium hanteert, is te vinden in overwegingen waarin de Hoge Raad verwijst naar bijzondere bepalingen in Boek 10 die betrekking hebben op de erkenning van in het buitenland verrichte *rechtshandelingen*. In deze zaak is namelijk sprake van een rechtshandeling – het opstellen van huwelijkse voorwaarden – en het hof vraagt zich in zijn verwijzing af of *in casu* toepassing kan worden gegeven aan de in die rechtshandeling opgenomen bepalingen.⁵³ De Hoge Raad benadrukt deze parallelie in r.o. 3.4.3 (en opnieuw in r.o. 3.8). R.o. 3.4.3 luidt:

‘Het past in het stelsel van Boek 10 BW en sluit aan bij de daarin geregelde gevallen – te weten art. 10:6 BW en de hiervoor in 3.4.2 genoemde bijzondere regels – om te aanvaarden dat de openbare orde ook [cursivering AH/MO] kan meebrengen dat in Nederland rechtsgevolg wordt onthouden aan een rechtshandeling die door een partij of door partijen is verricht in overeenstemming met geschreven of ongeschreven vreemd recht en volgens dat vreemde recht rechtsgeldig is, voor zover het toekennen van rechtsgevolg aan die rechtshandeling tot een resultaat leidt dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.’

Het lijkt er dan ook op dat bij erkenning van rechtshandelingen slechts ruimte is voor een toets aan het binnengrenscriterium.⁵⁴ A-G Vlas had in dit geval juist gepleit voor toetsing aan het buitengrenscriterium. Naast het feit dat de A-G, anders dan de Hoge Raad, sterk de nadruk legt op het ongeoorloofde onderscheid tussen man en vrouw,⁵⁵ speelt daarbij waarschijnlijk ook een rol dat A-G Vlas het gewraakte onderscheid toeschrijft aan de Iraanse wetgever en niet zozeer aan de partijen die de huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen.⁵⁶ Het was volgens de A-G namelijk nog maar de vraag hoeveel vrijheid de echtelieden naar Iraans recht hebben bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Inmiddels heeft, zoals hierboven al opgemerkt, het hof Den Haag naar aanleiding van het rapport van het Internationaal Juridisch Instituut geconcludeerd dat deze vrijheid groter is dan werd aangenomen.⁵⁷

Het verschil in opvatting tussen de Hoge Raad en de A-G lijkt dus (in ieder geval deels) te kunnen worden verklaard door een verschil in gekozen perspectief: stuit erkenning van de rechtshandeling van de echtgenoten op de openbare orde of is het door de wetgever opgestelde model van huwelijkse voorwaarden daarmee in strijd?

6 Strijd met de openbare orde en wat dan?

In het besproken arrest geeft de Hoge Raad geen antwoord op de vraag of in het voorliggende geval *in concreto* sprake is van strijd met de openbare orde. Dit moest dus

door het hof Den Haag alsnog worden bepaald. Wel wordt een (beperkte) handreiking gegeven voor wat het hof zou moeten doen als het tot de conclusie zou komen dat de Nederlandse openbare orde geschonden is. Ook in dit deel van het arrest sluit de Hoge Raad aan bij de wetsgeschiedenis, dat bij strijd met de openbare orde het als toepasselijk aangewezen recht (de *lex causae*) niet in zijn geheel moet worden afgewezen maar dat de exceptie alleen die onderdelen moet treffen die in strijd zijn met de betreffende fundamentele waarde(n). De Hoge Raad verwijst hiervoor naar de tekst van artikel 10:6 BW waarin staat dat het vreemde recht niet wordt toegepast *voor zover* toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Verder stelt de Hoge Raad vast dat dit ook geldt nu sprake is van rechtshandeling en de vraag luidt of aan deze rechtshandeling rechtsgevolg moet worden onthouden wegens strijd met de openbare orde.

Echter, over welke stappen nu precies genomen moeten worden na vaststelling van strijd met de openbare orde laat de Hoge Raad zich niet uit. Het blijft dus de vraag in welke mate met het buitenlandse recht rekening moet worden blijven gehouden. Bij de benadering die onder andere door Vonken wordt onderschreven, kunnen de volgende stappen worden onderscheiden: wanneer het mogelijk is het aangewezen recht toe te passen zonder de regel die in strijd met de openbare orde is bevonden, is er geen leemte die opgevuld hoeft te worden en kan volstaan worden met het buiten toepassing laten van de regel. Is dit niet mogelijk, dan kan de terzijde gestelde regel worden aangepast of aangevuld. Als aanpassing of aanvulling niet mogelijk is, dan dient te worden onderzocht welk ander recht voor toepassing in aanmerking komt. Alleen wanneer dit geen goede oplossing biedt – aldus nog steeds volgens bovengenoemde benadering – dient teruggevallen te worden op de *lex fori* (het recht van de bevoegde rechter).⁵⁸ A-G Vlas geeft in zijn conclusie een eenvoudiger pad weer:

‘Is slechts één bepaling van vreemd recht in strijd met de Nederlandse openbare orde, dan ligt het voor de hand die ene bepaling buiten toepassing te laten en voor het overige het vreemde recht toe te passen. In dat laatste geval behoeft de lacune die ontstaat door het buiten toepassing laten van die ene buitenlandse rechtsregel niet te worden opgevuld. Wordt het vreemde recht in zijn geheel of een groot deel daarvan ter zijde geschoven wegens strijd met de openbare orde, dan vult de *lex fori* als “Ersatzrecht” de aldus ontstane lacune op.⁵⁹

Er zijn echter ook auteurs (waaronder Strikwerda) die menen dat nog veel sneller op (de waarden van) de *lex fori* kan en zou moeten worden teruggevallen.⁶⁰ Strikwerda voert hiervoor verschillende argumenten aan. Het eerste betreft

53 Hof Den Haag 3 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:168.

54 Dit past ook bij de door de HR aangehaalde bepalingen uit Boek 10, die bijvoorbeeld betrekking hebben op erkenning van een in het buitenland gesloten huwelijk tussen minderjarigen (art. 10:32 sub c BW) of de erkenning van een in het buitenland tot stand gekomen erkenning door een Nederlandse man die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn om het kind te erkennen (art. 10:101 lid 2 sub a BW). Een dergelijke zienswijze

zou ook het verschil kunnen verklaren tussen art. 10:58 BW en HR 9 november 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AD4011), in welke uitspraak de Hoge Raad verstoting in strijd met het buitengrenscriterium leek te achten. In laatstgenoemde zaak was immers sprake van de vraag of de Nederlandse rechter in Nederland een verstoting kon uitspreken terwijl het in art. 10:58 BW gaat om de erkenning van een door een man in een land dat de verstoting kent gedane verstoting.
55 Toetsing aan verbod op discriminatie is bij directe

discriminatie minder afhankelijk van de omstandigheden van het geval dan toetsing aan het recht op toegang tot de rechter.

56 Concl. A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2021:719, nr. 2.6. Zie ook P. Vlas, ‘Iraans huwelijksvermogensrecht en de openbare orde’, *FJR* 2022/56.

57 Zie hof Den Haag 5 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:602. Zie ook voetnoot 13.

58 Asser/Vonken *10-I* 2018/519-521; Renner 2020, p. 449-450.

59 Concl. A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2021:719, nr. 2.2.

een praktisch argument. Het opsporen van een vervangende c.q. aangepaste regel of regeling in de *lex causae*, als eerste stap om de lacune op te vullen, is overbodig nu door het buiten toepassing laten van de met de openbare orde strijdige elementen van het buitenlandse recht in feite een mengvorm van de *lex causae* en de *lex fori* wordt toegepast.⁶¹ Het tweede is een meer fundamenteel argument: het is zuiverder om te erkennen dat bij toepassing van de exceptie van de openbare orde de werking van de verwijzingsregel wordt verbroken en de *lex fori* op dat moment, omdat de verwijzing naar buitenlands recht doodloopt, 'haar heerschappij herneemt'.⁶² Met andere woorden de *lex fori* treedt niet in de plaats van het buitenlands recht, maar behoudt haar toepasselijkheid, omdat de onderliggende waarden van de rechtssystemen te veel uiteenlopen. Daarmee vervalt – volgens Strikwerda – ook de ratio en legitimatie voor de toepassing van buitenlands recht.⁶³

Terwijl uit de hierboven aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 2001 (*Marokkaanse echtscheiding*) een dergelijke opvatting kon worden – en ook door verschillende auteurs werd – afgeleid,⁶⁴ geeft de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad hier geen aanleiding toe. In tegendeel: de Hoge Raad lijkt nu juist te benadrukken dat artikel 10:6 BW geen integrale afwijzing van het buitenlandse recht beoogt en dat alleen die onderdelen die in strijd zijn met de openbare orde buiten toepassing moeten blijven. Dit brengt met zich dat de Hoge Raad het hof Den Haag een even eenvoudig als moeilijk uitvoerbaar antwoord heeft gegeven op de vraag wat te doen wanneer de litigieuze bepalingen van de huwelijkse voorwaarden in strijd zouden zijn met de Nederlandse openbare orde. De Hoge Raad antwoordt namelijk dat naar het toepasselijke Iraanse recht onderzocht moet worden wat het gevolg zou zijn van het buiten toepassing laten van de met de openbare orde in strijd zijnde bepalingen. De Hoge Raad merkt daarbij op dat – omdat het hof deze kwestie niet aan de orde heeft gesteld – hij tot uitgangspunt heeft genomen dat de huwelijkse voorwaarden, mits ontdaan van de met de openbare orde strijdige bepalingen, voor het overige niet in strijd zijn met de openbare orde (vgl. r.o. 3.9). Daarmee houdt de Hoge Raad het voor zichzelf betrekkelijk eenvoudig en ligt er nu een lastige taak bij de rechters in feitelijke instantie.⁶⁵ Dat het arrest onvoldoende duidelijkheid biedt, blijkt uit het feit dat er inmiddels op basis van het arrest verschillende uitspraken zijn gedaan: het verwijzende hof Den Haag kwam op 5 april 2023 tot de conclusie dat de huwelijksevoorwaarden in stand bleven, met uitzondering van de gewraakte voorwaarden voor verrekening. De vrouw

verkreeg daarmee recht op een deel van het vermogen van de man.⁶⁶ De rechtbank Den Haag kwam op 7 maart 2023 – op basis van dezelfde uitspraak van de Hoge Raad – tot de conclusie dat de huwelijkse voorwaarden in het concrete geval geen met de openbare orde strijdend resultaat opleverden. De vrouw had volgens de rechtbank dan ook geen recht op een deel van het vermogen van de man.⁶⁷ In een derde uitspraak waarin de man de echtscheiding had aangevraagd, werd de aanspraak van de vrouw op verdeling van het vermogen van de man toegewezen omdat de rechtbank gebondenheid van de man aan de voorwaarden niet in strijd met de openbare orde achtte.⁶⁸

7 Resultaat? De beperktheid van het denken in verwijzingscategorïën

Al met al kunnen we constateren dat de toepassing van de openbare-orde-exceptie met name in situaties als de onderhavige een enorm complex vraagstuk met vele facetten en lagen betreft, waarbij het niet altijd mee zal vallen om tot een juridisch correct oordeel te komen dat ook nog eens recht zal doen aan ons rechtsgevoel. Hierboven zijn al de verschillende lagen en facetten besproken. Zo zagen we dat we niet alleen te maken hebben met Iraans recht, maar ook met rechtsgeldig tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden. Dat er in het onderhavige geval sprake was van een echtpaar dat jaren geleden in Iran in het huwelijk is getreden en alleen de Iraanse nationaliteit bezat maar inmiddels al een lange periode in Nederland woont en de Nederlandse nationaliteit bezit. Dat de overeengekomen huwelijkse voorwaarden op verschillende onderdelen in strijd met de openbare orde zouden kunnen zijn, maar dat dit afhankelijk van welke van die onderdelen buiten toepassing wordt gelaten, tot verschillende uitkomsten kan leiden. Verder hebben we gezien dat de regeling van de financiële gevolgen van een echtscheiding een complex geheel van regels omvat: huwelijksvermogens-, alimentatie- en pensioenrecht en in dit geval ook nog de betaling van een bruidsschat. De wettelijke regelingen daarvan hangen sterk samen met de sociaal-economische situatie in een land en deze situatie en de regelingen kunnen in de loop van de tijd veranderen. Of een resultaat in een internationaal geval als dit strijdig is met ons rechtsgevoel, hangt daarmee af van een veelheid van factoren. Niet alleen het wettelijk huwelijksvermogensregime en eventuele contractuele afwijkingen daarvan, maar ook het alimentatierecht en door het recht aangebrachte belemmeringen om zelf voor inkomen te zorgen, kunnen een

60 X.E. Kramer, H.L.E. Verhagen & S. van Dongen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/948 en 1122; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 182; N. Peters, *IPR, Proces & Arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. Groningen), Rijksuniversiteit Groningen 2015, p. 190. Vaak wordt hierbij verwezen naar de hierboven besproken uitspraak van de Hoge Raad

van 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4011, *NJ* 2002/279, m.nt. Th.M. de Boer.

61 Zie in dit verband concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2001:AD4011, nr. 11; zie ook Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 182 en L. Strikwerda, 'De achterkant van het conflictenrecht', *FJR* 2022/55, § 5.1.

62 Zie noot 61.

63 Zie noot 61.

64 Zie voetnoot 60. Zie ook De Boer in zijn noot bij het betreffende arrest (HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4011, *NJ* 2002/279, m.nt.

Th.M. de Boer).

65 Het hof heeft daarvoor de hulp ingeschakeld van het Internationaal Juridisch Instituut in Den Haag.

66 Hof Den Haag 5 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:602. Zie in een vergelijkbare zaak ook hof Den Haag 5 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2153.

67 Rb. Den Haag 7 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2914.

68 Rb. Gelderland 16 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6484.

bepaald resultaat onacceptabel maken. Denk aan situaties dat een vrouw het land waar het gezin verblijft niet kan verlaten zonder haar kinderen achter te laten en in dat land geen kans heeft om zelf in haar onderhoud te voorzien. We zien nu dat het IPR dat met verwijzingscategorien werkt te gefragmenteerd is om deze werkelijkheid recht te doen. Immers, in gevallen zoals hier besproken richt de openbare-orde-exceptie zich op de toepasselijkheid van het Iraanse recht op de huwelijkse voorwaarden (verwijzingscategorie huwelijksvermogensrecht), maar kon niet worden meegenomen welk recht van toepassing is op een eventueel verzoek tot alimentatie. De rechter kan dus, door dit strikte denken in verwijzingscategorien, niet alle financiële gevolgen van de huwelijksontbinding mee laten wegen in zijn oordeel over de vraag of het eindresultaat wel of niet acceptabel is.

8 Afronding

Zoals in de inleiding aangegeven is deze uitspraak van Hoge Raad een echt standaardarrest. Het geeft op een groot aantal punten duidelijkheid. Zo bevestigt de Hoge Raad dat bij de toepassing van de openbare-orde-exceptie van artikel 10:6 BW een tweeledige maatstaf moet worden gehanteerd, namelijk eerst een absoluut 'buitengrens'- en vervolgens een relatief 'binnengrens'-criterium. Verder wordt duidelijk dat artikel 10:6 BW ook geldt met betrekking tot de erkenning van een in het buitenland verrichte rechtshandeling (ingeval geen sprake is van een specifiek op een bepaald type rechtshandeling toegesneden bepaling). En voorts dat in dat geval niet het buitengrens- maar het binnengrenscriterium moet worden toegepast. Bij de toepassing van het binnengrenscriterium worden – zo legt de Hoge Raad uit – 'overige feiten en omstandigheden van het concrete geval' meegewogen, met name de betrokkenheid van Nederland. Zoals te verwachten merkt de Hoge Raad grondrechten als gelijke behandeling, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en toegang tot de rechter aan als zodanig fundamenteel dat beperkingen daarop strijd met de openbare orde zouden kunnen opleveren. Verder lijkt de Hoge Raad in deze uitspraak niet te kiezen voor directe toepassing van de *lex fori* wanneer sprake is van de inzet van de openbare-orde-exceptie. Benadrukt wordt dat artikel 10:6 BW geen integrale afwijzing van het vreemde recht beoogt, maar alleen die onderdelen van het vreemde recht treft die kennelijk onverenigbaar zijn met de openbare orde. De Hoge Raad stelt dat dit beginsel ook geldt wanneer sprake is van een rechtshandeling en dat toepassing van de openbare orde alleen die onderdelen van de rechtshandeling treft die leiden tot een resultaat dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde, en dat slechts die onderdelen buiten toepassing blijven.⁶⁹

Echter, behalve dat de onderhavige uitspraak helderheid brengt, legt deze tegelijkertijd de complexiteit van de toepassing van de openbare-orde-exceptie in de context van het familievermogensrecht bloot. Kunnen we daarmee het leerstuk bestempelen als de Rubik's cube⁷⁰ van het IPR? Vormt de conflictenrechtelijke openbare orde een vergelijkbaar complexe uitdaging? Zeker niet in alle gevallen. Afhankelijk van de context is volkomen helder dat een bepaalde buitenlandse regel niet voor toepassing in aanmerking komt en wat het gevolg van niet-toepassing moet zijn. Wat maakt de toepassing van het leerstuk in deze casus wel tot een echte breinbreker? Hier helpt het beeld van de kubus met de verschillende lagen die om verschillende assen draaien en dat een bepaalde draai één aspect kan oplossen maar tegelijkertijd daarmee een ander aspect overhoophaalt. De lagen zijn: moeten we focussen op de rechtshandeling of de rechtsregel? En wanneer we focussen op de rechtshandeling: in hoeverre waren partijen daadwerkelijk vrij deze huwelijkse voorwaarden overeen te komen? En wanneer we focussen op de rechtsregel: welke onderdelen zijn problematisch: het discriminatoire karakter van de huwelijkse voorwaarden zelf en/of de clausules die daarin zijn opgenomen? Zijn deze discriminatoire ten opzichte van de vrouw en/of de man? En/of is het schuld-element problematisch? En zo ja: in hoeverre hangt dat weer samen met het discriminatoire karakter? Vooral ingewikkeld in deze zaak is de 'laag': wat nu als we besluiten dat (elementen van) de huwelijkse voorwaarden in strijd zijn met fundamentele waarden van het Nederlandse recht, welk gevolg kennen we dan toe aan het niet toepassen van (elementen) van de huwelijkse voorwaarden? Als we het uitgangspunt nemen dat zo beperkt mogelijk inbreuk gemaakt moet worden op het als toepasselijk aangewezen recht en zoveel mogelijk aangesloten moet worden bij de bedoeling van de buitenlandse wetgever, dan kunnen we daarin bescherming van de vrouw zien. Het lastige daarbij is dat daartoe ook de – in dit geval Iraanse – maatschappelijke context hoort, die nu juist niet overeenkomt met de Nederlandse maatschappelijke context waar deze partijen al sinds 1999⁷¹ deel van uitmaken. Ook lastig is in dat geval niet de 'laag' mee te nemen van het volledige beeld van de financiële gevolgen van het huwelijk. Naar Iraans recht heeft een echtgenote slechts recht op drie maanden alimentatie. In Nederland geldt nog steeds – ondanks de recent ingevoerde beperkingen – dat een ex-echtgenoot na een lang huwelijk onder omstandigheden recht heeft op alimentatie. Met andere woorden: zouden we daadwerkelijk recht willen doen aan Nederlandse fundamentele waarden, dan zou een veel breder perspectief mogelijk moeten zijn. ◀

69 HR 19 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1721, r.o. 3.8.

70 Rubik's cube is een puzzel in de vorm van een kubus en was in de jaren 80 van de vorige eeuw een

rage onder jongeren, omdat de uitdaging om de draaiende lagen van de kubus in de juiste positie te krijgen simpel leek, maar voor de gemiddelde persoon uiteindelijk vrijwel onmogelijk bleek.

71 Vervolg prejudiciële procedure hof Den Haag 6 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1288, r.o. 17.