

# VU Research Portal

## Onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 10:9 BW en het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978

Zilinsky, M.

### **published in**

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie  
2020

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Zilinsky, M. (2020). Onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 10:9 BW en het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 151(7281), 335-337. Article 7281.  
[https://opmaat.sdu.nl/book/SDU\\_SDU\\_GENERIC\\_g\\_IMPRWPNR\\_20200572812/g\\_IMPRWPNR\\_20200572812](https://opmaat.sdu.nl/book/SDU_SDU_GENERIC_g_IMPRWPNR_20200572812/g_IMPRWPNR_20200572812)

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## Onaanvaardbaarheidsexceptie van art. 10:9 BW en het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978

### 1. Conflictenrechtelijke kalender

Voor het vaststellen van het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime van echtgenoten is de datum van de huwelijksluiting van belang. Is een huwelijk gesloten in de periode tussen 23 augustus 1912 en 23 augustus 1977, dan kan het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905 van toepassing zijn. Indien deze datum tussen 1 september 1992 en 29 januari 2019 ligt, geldt het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978.<sup>1</sup> Voor de op of na 29 januari 2019 gesloten huwelijken geldt de Verordening Huwelijksvermogensstelsels.<sup>2</sup> Bij de huwelijken die gesloten zijn voor 1 september 1992 en die niet vallen onder het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905, wordt het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime bepaald aan de hand van het commune internationaal privaatrecht, bestaande uit de rechtspraak van de Hoge Raad en Boek 10 BW.<sup>3</sup>

### 2. Casus

In de zaak die tot de beschikking van de Hoge Raad van 17 januari 2020 heeft geleid, stond onder andere de vraag centraal of art. 10:9 BW (fait accompli-exceptie) kan worden toegepast indien het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime op grond van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 moet worden bepaald.<sup>4</sup> In casu zijn de man en de vrouw op 22 februari 2011 in Jordanië in het huwelijk getreden. De in Frankrijk wonende man bezit ten tijde van de huwelijksluiting de Nederlandse nationaliteit. De vrouw woont vanaf 1990 in Nederland en bezit de Jordaanse en de Nederlandse nationaliteit. Partijen vestigen na de huwelijksluiting geen gezamenlijk huwelijksdomicilie. Het huwelijk van partijen duurt niet lang. De man is op 4 maart 2012 een echtscheidingsprocedure in Jordanië gestart en de vrouw heeft zich op 26 maart 2012 met een verzoek tot echtscheiding c.a. tot de Nederlandse rechter gewend. De man heeft in de Nederlandse procedure een zelfstandig verzoek ingediend betreffende een verklaring voor recht dat het Jordaanse recht van toepassing is op het huwelijksvermogensregime van partijen en dat zij buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd zijn. De rechtbank Midden-Nederland heeft overwogen dat het huwelijksvermogensregime van partijen door het Nederlandse recht wordt beheerst. In het door de man ingestelde hoger beroep heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden voor recht verklaard dat Jordaanse soennitisch recht op het huwelijksvermogensregime van

partijen van toepassing is.<sup>5</sup> Aangezien partijen in 2011 getrouwd zijn, geldt het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 voor het bepalen van toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime van partijen. Bij gebreke van een geldige rechtskeuze en bij gebreke van een eerste huwelijksdomicilie geldt ingevolge art. 4 lid 2 sub 3 van het verdrag het gemeenschappelijke nationale recht van de echtelieden. Dit betekent dat in dit geval het Nederlandse recht van toepassing is. Het hof heeft echter het beroep van de man op art. 10:9 BW gehonoreerd en het Jordaanse soennitische recht van toepassing verklaard. Ingevolge art. 10:9 BW is het mogelijk dat de Nederlandse rechter een ander dan het door het Nederlands commune internationaal privaatrecht aangewezen recht op een rechtsverhouding toepast, indien dat andere recht door het internationaal privaatrecht van een ander betrokken land wordt aangewezen en de toepassing van het door het Nederlandse internationale privaatrecht aangewezen recht een onaanvaardbare schending van het tussen partijen levende gerechtvaardigde vertrouwen en van de rechtszekerheid zou opleveren. Het hof heeft vastgesteld dat ingevolge het Jordaanse internationale privaatrecht het Jordaanse soennitische recht geldt en dat de stelling van de man dat partijen van de toepasselijkheid van dat recht zijn uitgegaan, onvolgende heeft betwist.

1. *Trb.* 1988, 130. Dit verdrag geldt ook voor huwelijken die voor 1 september 1992 zijn gesloten, indien de echtgenoten het op hun huwelijksvermogensregime toepasselijke recht na deze datum hebben aangewezen (art. 21 lid 1).
2. *PbEU* 2016, L 183/1. Deze verordening is ook toepasselijk indien de echtgenoten na 29 januari 2019 het toepasselijke recht hebben aangewezen, ongeacht wanneer het huwelijk is gesloten (art. 69 lid 3). Zie meer over deze verordening het WPNR-themanummer Nieuw IPR-relatievermogensrecht, *WPNR* 2018/7216.
3. HR 10 december 1976, *NJ* 1977/275, m.nt. J.C. Schultsz (*Chelouche/Van Leer*).
4. HR 17 januari 2020, *ECLI:NL:HR:2020:70*, *NJ* 2020/52.
5. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:5638*.

### 3. De Hoge Raad

De Hoge Raad stelt in zijn beschikking vast dat het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime in de onderhavige casus door het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 moet worden bepaald. Wat betreft art. 10:9 BW, overweegt de Hoge Raad dat deze bepaling een bepaling van het *commune internationaal privaatrecht* is en derhalve slechts kan gelden voor zover het geval niet door een verordening of een verdrag wordt bestreken. Dit betekent dan ook dat art. 10:9 BW in casu toepassing mist. Gezien het gesloten stelsel van het genoemde verdrag moet het door dat verdrag aangewezen recht worden toegepast, zelfs al levert de toepassing van dat recht een onaanvaardbare schending van het bij partijen levende gerechtvaardigde vertrouwen en van de rechtszekerheid op. De Hoge Raad wijst erop dat in cassatie niet is geklaagd dat art. 10:9 BW *niet* van toepassing is, maar slechts over de wijze waarop het hof art. 10:9 BW heeft toegepast. Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden, omdat zij tot uitgangspunt nemen dát art. 10:9 BW van toepassing is, hetgeen echter niet het geval is. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

### 4. Nederlands recht of Jordaans soennitisch recht?

Anders dan de Hoge Raad was A-G Vlas van mening dat in de klachten dat het hof art. 10:9 BW onjuist heeft toegepast, de klacht besloten lag dat art. 10:9 BW niet van toepassing was.<sup>6</sup> Deze klacht slaagt volgens de A-G, nu art. 10:9 BW in dit geval niet geldt. Het toepasselijke recht dient immers niet aan de hand van het *commune internationaal privaatrecht* te worden bepaald, maar op grond van de bepalingen van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 dat geen ruimte laat voor de toepassing van art. 10:9 BW. Dit betekent dan ook dat de beschikking van het hof zou moeten worden vernietigd. De Hoge Raad oordeelt, evenals de A-G, dat art. 10:9 BW niet van toepassing is, maar gaat uit van een strikte lezing van het middel. Volgens de Hoge Raad wordt slechts geklaagd dat de toepasselijkheid van het verdrag ruimte laat voor de toepassing van art. 10:9 BW en over de wijze waarop het hof deze bepaling heeft toegepast.

De A-G gaat in zijn conclusie nader op de vraag in of het onder het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 mogelijk is om de materieelrechtelijke exceptie van de redelijkheid en billijkheid toe te passen.<sup>7</sup> Ingevolge deze exceptie wordt de uitkomst van het door het internationaal privaatrecht aangewezen toepasselijke recht gecorrigeerd met de redelijkheid en billijkheid, indien partijen tot uitgangspunt hebben genomen dat zij buiten algehele gemeenschap van

goederen waren getrouwd. In het onderhavige geval betekent dit dat deze exceptie van redelijkheid en billijkheid het toepasselijke Nederlandse recht niet opzij zet, maar de uitkomst van dit recht door de redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW) (materieelrechtelijk) aanpast. De A-G wijst er terecht op dat gezien het materieelrechtelijke karakter van deze exceptie niets in het verdrag zich tegen de toepassing daarvan verzet. In het onderhavige geval zou dit – bij een geslaagd beroep op deze exceptie – ertoe leiden dat het Nederlandse recht het huwelijksvermogensregime van partijen zou beheersen, maar de verdeling bij helfte achterwege zou kunnen blijven. Indien zou komen vast te staan dat partijen hebben geleefd als waren zij getrouwd naar Jordaans soennitisch recht, dan zou de verdeling van het eventuele huwelijksvermogen naar dat recht hebben kunnen plaatsvinden. De rechtbank heeft dit echter afgewezen, nu nog niet voldoende duidelijkheid bestond of de gemeenschap van goederen naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het hof komt aan de toepassing van deze exceptie niet toe, omdat het op basis van art. 10:9 BW – ten onrechte – het Jordaanse soennitische recht op het huwelijksvermogensregime van partijen van toepassing verklaart.

6. Conclusie van A-G Vlas van 27 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:857, punt 2.6.

7. Vgl. HR 19 maart 1993, NJ 1994/187, m.nt. J.C. Schultsz (Zimbabwe).

De man had in feitelijke instantie aangevoerd dat partijen een rechtskeuze voor het Jordaanse soennitische recht zijn overeengekomen. De rechtskeuze blijkt, aldus de man, uit het feit dat de vrouw tijdens de huwelijksvoltrekking heeft verklaard dat zij het huwelijk volgens de Koran en de Soenna accepteert en dat partijen een *mahr* (bruidsschat) zijn overeengekomen. Het hof wijst er terecht op dat hieruit geen rechtskeuze voor het Jordaanse soennitische recht kan worden afgeleid. Ingevolge art. 11 van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 moet een rechtskeuze uitdrukkelijk zijn overeengekomen dan wel ondubbelzinnig uit huwelijkse voorwaarden voortvloeien. Aan dit vereiste is echter niet voldaan, nu geen expliciete rechtskeuze voor het huwelijksvermogensregime in de huwelijksakte is opgenomen, noch partijen huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt. Dat partijen een *mahr* zijn overeengekomen, maakt dit niet anders. De *mahr* heeft een geheel eigen karakter.<sup>8</sup>

## 5. Tot slot

Ook een op het eerste blik eenvoudige zaak kan tot een onjuiste uitkomst leiden. Aan wie dit te wijten is, laat ik in het midden. Het verwerpen van het cassatieberoep doordat het middel beperkt wordt opgevat, brengt mee dat een onjuiste beschikking van het hof in stand blijft. Uit de casus volgt dat het huwelijksvermogensregime van partijen op grond van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 door het Nederlandse recht wordt beheerst. De redelijkheid en billijkheid van het Nederlandse recht kan – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – ertoe leiden dat de verdeling niet bij helfte conform het toentertijd geldende wettelijke stelsel van art. 1:94 e.v. BW (oud) zou plaatsvinden, maar op een andere wijze wanneer partijen het gerechtvaardigde vertrouwen hadden dat een ander stelsel dan Nederlands recht van toepassing was op hun huwelijksvermogensregime.

Mr. M. Zilinsky\*

8. Zie meer over de kwalificatie van een *mahr* conclusie A-G Vlas van 27 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:958 (punt 2.6 - 2.16). De Hoge Raad heeft deze zaak met art. 81 RO afgedaan (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2010, *RvdW* 2020/100).

\* Universitair docent internationaal privaatrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam, als adviseur verbonden aan een advocaten- en notarissenkantoor te Amsterdam en vaste medewerker van het WPNR.  
([m.zilinsky@vu.nl](mailto:m.zilinsky@vu.nl) / [m.zilinsky@houthoff.com](mailto:m.zilinsky@houthoff.com))