

Het leed van de circulerende Unieburger en het Europese begrip van de *favor divortii*

M.J. de Rooij*

Het Nederlands internationaal privaatrecht kent sinds lange tijd de *favor divortii*. Deze zomer heeft het Hof van Justitie EU (HvJEU) een uitspraak gegeven die praktisch relevant is voor de bevoegdheid over echtscheiding maar die ook illustreert hoe gekoesterde Nederlandse opvattingen langzaam ondersneeuwen in het Europese internationaal privaatrecht.

Begin juli 2023 heeft het HvJEU [6 juli 2023, *NIPR* 2023-634] uitleg gegeven aan een vraag van het Bundesgerichtshof over het zesde liggende streepje van artikel 3 lid 1 sub a Brussel II-bis (Vo. 2201/2003). Een bepaling die veelvuldig wordt toegepast in de Nederlandse praktijk. De criteria voor bevoegdheid van artikel 3 lid 1 sub a, ‘vijfde en zesde liggende streepje’ Brussel II-bis en die in het overigens identieke artikel 3 lid 1 sub a Brussel II-ter (Vo. 2019/1111) nu zijn genummerd ((v), (vi)) zijn om historische redenen zeer herkenbaar voor de Nederlandse rechtspraktijk. Zij refereren immers aan omstandigheden die min of meer ook voorkwamen in artikel 814 lid 1 onder a Rv (oud). Die bepaling kende tussen 1971 en 2001 rechtsmacht toe aan de Nederlandse rechter indien een van de echtgenoten sedert twaalf maanden, of, indien hij Nederlander was sedert zes maanden, woonplaats had in Nederland. Het was niet van belang of de echtgenoot verzoeker of belanghebbende was in de procedure. Voorts kende artikel 814 lid 1 onder b Rv rechtsmacht toe indien beide echtgenoten Nederlander waren. Zoals nu volgt uit artikel 3 lid 1 sub b Brussel II-bis/II-ter. Erg genderneutraal is het allemaal niet geformuleerd, maar zowel de oude Nederlandse als de huidige Europese regels hanteren consequent het mannelijk woordgeslacht.

Artikel 814 lid 1 Rv (oud) was onderdeel van de Wet herziening echtscheidingsrecht 1971, de wet die de duurzame ontwrichting invoerde in het Nederlandse recht. De versoepeling van het materiële echtscheidingsrecht zal veel mensen hebben geholpen in een tijd dat de samenleving nog anders was ingericht, de emancipatie aan het begin stond, het huwelijk nog een manier was om het ouderlijk huis te verlaten en weinig aandacht bestond voor twijfel over de seksuele geaardheid. De versoepeling heeft zich later ook doorgezet in het Nederlandse conflictenrecht waardoor, praktisch gesproken, in Nederland vrijwel altijd Nederlands recht wordt toegepast op een echtscheiding. Het Nederlandse conflictenrecht is altijd zijn eigen koers blijven varen en Nederland doet niet mee aan Rome III (Vo. 1259/2010) over het op echtscheiding toepasselijke recht.

Na 2001 is Brussel II-bis in de plaats getreden van artikel 814 lid 1 Rv. Waarschijnlijk heeft men lange tijd gemeend dat het praktische effect van de Europese bevoegdheidsregels niet fundamenteel anders was dan dat van het oude recht. Het lijkt erop dat het een jaar of 10 heeft

* Onderzoeker, T.M.C. Asser Instituut, Den Haag en redacteur van dit blad.

geduurd voordat de rechtspraak is gaan beseffen dat de Europese regels een andere insteek hebben. Op basis van de in dit tijdschrift opgenomen uitspraken lijkt het Hof's-Hertogenbosch [15 november 2011, *NIPR* 2012-16, r.o. 3.7.4] in 2011 als eerste Nederlandse rechter artikel 3 lid 1 sub a, zesde liggende streepje, Brussel II-bis, te hebben aangemerkt als *forum actoris*. Als ik het goed zie is eerst daarna ook het HvJEU gaan spreken over een *forum actoris* [13 oktober 2016, *NIPR* 2012-16; 25 november 2021, *NIPR* 2022-1; 10 februari 2022, *NIPR* 2022-2].

Juist die karakterisering als *forum actoris* is bepalend voor een recent antwoord op een prejudiciële vraag [*NIPR* 2023-634].¹ Volgens het HvJEU past een soepele uitleg niet bij het *forum actoris*. De verzoeker dient aan te tonen dat hij gedurende de gehele voor hem relevante periode van zes of twaalf maanden zijn gewone verblijfplaats in de lidstaat van het aangezochte gerecht heeft gehad. De doelstellingen van voorspelbaarheid en uniforme uitlegging en toepassing zouden niet kunnen worden bereikt indien de verzoeker enkel dient aan te tonen 'dat hij voor een min of meer korte tijd gedurende de periode van ten minste zes maanden onmiddellijk voorafgaand aan zijn verzoek om ontbinding van de huwelijksband zijn gewone verblijfplaats in de lidstaat van het aangezochte gerecht heeft gehad'. Die uitleg zou tot divergentie van beslissingen leiden.

De harde check op de continuïteit van de gewone verblijfplaats die het HvJEU vereist zal voor de Nederlandse praktijk consequenties hebben. In de lagere rechtspraak zijn overwegingen geslopen in de trant van 'de gewone verblijfplaats van de man is in Nederland en de man woont langer dan een jaar in Nederland' [zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 20 mei 2022, *NIPR* 2023-600, *NIPR* 2023-601]. Het zal er vooral om gaan dat de Nederlandse rechter duidelijk maakt dat en waarom hij ervan overtuigd is dat voorafgaand aan het verzoek de verzoeker gedurende zes of twaalf maanden in Nederland 'het permanente of gewone centrum van zijn belangen heeft gevestigd met de bedoeling daaraan een vast karakter te verlenen' [HvJEU 25 november 2021, *NIPR* 2022-1, punt 42]. Waarbij tevens geldt dat een echtgenoot niet gelijktijdig in meerdere lidstaten zijn gewone verblijfplaats kan hebben [*NIPR* 2022-1, punt 46]. Voor de vraag hoe de rechter tot die overtuiging kan komen zou men kunnen kijken naar de al genoemde uitspraak van het Hof's-Hertogenbosch uit 2011 [*NIPR* 2012-16, r.o. 3.7.6]. Het hof was beducht voor een soepele uitlegging en verlangde meer onderbouwing van de gewone verblijfplaats dan de inschrijving in de GBA.

Het gaat niet alleen om respect voor het uitgangspunt dat de regels van internationaal bevoegdheidsrecht van openbare orde zijn [HR 14 april 2017, *NIPR* 2017-199]. De vraagstelling van het Bundesgerichtshof, dat aandringt op een teleologische en restrictieve uitleg, het antwoord van het HvJEU en het gewicht dat opmerkingen van twee lidstaten (Portugal en Polen) kennelijk hebben gehad bij het formuleren van het antwoord, wekken de indruk dat men niet overal even gelukkig is met wat nu bekend staat als het *forum actoris* in scheidingszaken. Het Bundesgerichtshof zag in ieder geval gevaren voor de rechten van de verwerende partij. Ook de opmerkingen van de Poolse en de Portugese regering drongen erop aan dat de verzoeker dient aan te tonen dat hij gedurende de gehele minimumperiode gewone verblijfplaats heeft in de lidstaat van het aangezochte gerecht.

1 Zie over het arrest ook J. Meeusen, 'The applicant's (habitual) residence as a criterion of divorce jurisdiction under the Brussels IIa Regulation – Brief comment on the CJEU's BM judgment', op <https://gedip-egpil.eu/en/> en A. Wysocka-Bar, 'The Court of Justice on the Duration of the Habitual Residence of a Spouse for the Purposes of the Brussels II bis Regulation', 11 July 2023, op <https://eapil.org/>.

Veel geluiden die konden pleiten tegen een restrictieve uitleg heeft het HvJEU ook niet gehoord. De beslissing is genomen zonder conclusie A-G. In de procedure hebben de Poolse regering en de Europese Commissie nog wel erkend dat de tekst van de bepaling die verwijst naar een eenvoudige verblijfplaats niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de aanvrager moet aantonen dat hij gedurende de volledige periode van zes maanden onmiddellijk voorafgaand aan zijn verzoek gewone verblijfplaats heeft gehad in de lidstaat van de aangezochte rechter. Een dergelijke op de tekst gebaseerde interpretatie van de bepaling staat waarschijnlijk dichter bij de tot dusver in Nederland gehanteerde praktijk. Het hebben van 'een' gewone verblijfplaats in combinatie met een 'verblijfsduur' van zes of twaalf maanden is door de nu gegeven autonome uitleg van het HvJEU niet meer voldoende.²

Het is niet wenselijk dat een volgende evaluatie van de EU-wetgeving constateert dat het *forum actoris* in sommige lidstaten, en in ieder geval in Nederland, te soepel wordt gehanteerd. Dat kan weer leiden tot druk om het maar helemaal te schrappen omdat de dan resterende regels voldoende zijn in de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. In Nederland, artikel 814 lid 1 Rv (oud) laat dat zien, werd ooit gedacht dat de rechtsmacht na zes of twaalf maanden woonplaats in Nederland van een van de echtgenoten het belang van beide echtgenoten voldoende diende en dat het er niet toe deed welke echtgenoot echtscheiding verzocht. Brussel II-bis leverde vanuit de Nederlandse perceptie een bonus op voor de buitenlandse echtgenoot, omdat deze een verzoek kon indienen zodra de ander gewone verblijfplaats in Nederland had verkregen.

Echtgenoten die de Nederlandse opvattingen over echtscheiding onderschrijven doen er misschien goed aan na te gaan of zij 'voor het geval dat' een geldige rechtskeuze voor Nederlands recht kunnen maken die voldoet aan Rome III. In de jaren 70 had men waarschijnlijk gegniffeld bij de gedachte dat 'Rome' ooit iets zou betekenen voor de Europese echtscheiding. Toch zou een dergelijke rechtskeuze, hoe irrelevant in de Nederlandse context ook, de huwelijksontbinding in de 17 EU-lidstaten die deelnemen aan Rome III moeten vergemakkelijken wanneer de vluchtheuvel van de Nederlandse rechter voor echtgenoten of voor één van hen onbereikbaar is. Wanneer de rechtskeuze voor Nederlands recht effectief is dan zou dit betekenen dat in die lidstaten Nederlands recht wordt toegepast op 'de gronden van de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed' (overweging 10 Rome III).

Niet alleen als echtgenoot stuit de Unieburger die circuleert op problemen. In dit nummer besteden Van Hoek en Van Overbeeke [*NIPR* 2023-27] aandacht aan de positie van de Hongaarse vrachtwagenchauffeur die werkzaam was bij een Nederlandse transportonderneming. Die zaak is juridisch complex, heeft al een keer de Hoge Raad bereikt [23 november 2018, *NIPR* 2019-42] en is ook na een tweede arrest van de Hoge Raad [17 maart 2023, *NIPR* 2023-496] nog niet beëindigd. Van Hoek en Van Overbeeke achten de rechtspraak die er tot dusver ligt onder meer onbevredigend wanneer het gaat om het bepalen van de lidstaat waarmee de arbeidsovereenkomst een kennelijk nauwere band heeft.

De nauwe band komt in geheel andere context terug in een in deze uitgave opgenomen uitspraak van het Hof Den Haag [10 mei 2023, *NIPR* 2023-581]. Het hof moest beslissen over een onderwerp waarvoor geen geschreven regel bestaat, de bruidsschat, en vindt een oplossing op basis van artikel 10:8 BW. De man had de vrouw bij huwelijksluiting in Iran een bruidsschat van 500 gouden munten toegezegd, het echtpaar is later naar Nederland gekomen en echtge-

² Dergelijke formuleringen vindt men bij Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/173.

noten zijn Nederlander geworden. Hierdoor is de Nederlandse rechtsorde zo betrokken geraakt bij het geval dat het Iraanse recht buiten toepassing wordt gelaten. De financiële verzorging van de ex-echtgenoot wordt in Nederland volgens het hof voldoende geregeld door een aanspraak op partneralimentatie, waardoor de man haar geen gouden munten hoeft te betalen. Het hof betreft het niet in de overwegingen, maar Nederland kent bovendien de pensioenverevening, de verevening van een spreekwoordelijke pot met goud die er nog niet is bij de huwelijkssluiting en die kan zijn opgebouwd tijdens het huwelijk.

Vanleenhove [NIPR 2023-26] gaat in op het Haags Vonnissenverdrag 2019 en vergelijkt dit met de regeling van het Belgische internationaal privaatrecht. Zijn bijdrage is onderdeel van een serie in NIPR naar aanleiding van de inwerkingtreding van dit verdrag op 1 september 2023. Vanleenhove concludeert dat de verschillen tussen beide regelingen beperkt zijn wanneer het gaat om de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse uitspraken in België. Van groter belang voor Belgische partijen is vermoedelijk de mogelijkheid die het verdrag biedt om Belgische uitspraken te laten circuleren in andere verdragsstaten. In deze aflevering ook een bijdrage van Van Calster over het Haags Vonnissenverdrag die ingaat op het hanteren van de in Brussel I-bis (Vo. 1215/2012) geregelde exclusieve bevoegdheden jegens gedaagden met woonplaats buiten de EU [NIPR 2023-29].

Dit kader is te beperkt om aan andere uitspraken in deze aflevering bijzondere aandacht te geven. Als contrast van de *favor divoritii* is misschien interessant NIPR 2023-630 over een in 1979 gesloten Syrisch kinderhuwelijk en de *favor matrimonii* [Rb. Overijssel 28 juni 2023]. Naar ongeschreven internationaal privaatrecht kon het huwelijk niet worden erkend, hetgeen ertoe zou leiden dat ook niet kon worden voorzien in een ouderschapsregeling voor de kinderen van het echtpaar. De rechtbank vindt dat niet in het belang van de kinderen en ziet aanleiding om het huwelijk rechtsgeldig te verklaren.

Om in vakantiesfeer af te ronden: AG De la Tour van het HvJEU heeft in *Roompot Services* (zaak C-497/22) een conclusie genomen over huur van accommodatie op een vakantiepark in Nederland en de exclusieve bevoegdheid van artikel 24 sub 1 Brussel I-bis [NIPR 2023-636]. Zijns inziens valt de terbeschikkingstelling door een professionele reisorganisator van een woning in een vakantiepark voor kortstondig particulier gebruik (aan een Duitse particulier) niet onder die bepaling, omdat sprake is van een gemengde overeenkomst. Het antwoord van het HvJEU moet nog komen, maar de Rechtbank Zeeland-West-Brabant [26 juli 20023, NIPR 2023-629] nam voor een vergelijkbare overeenkomst met een Duitse particulier nog aan dat sprake is van een exclusieve bevoegdheid.