

Internationaal familierecht anno 2013

DR. MR. I. CURRY-SUMNER

Anno 2013 zijn internationale aspecten moeilijk weg te denken uit het familierecht. Steeds meer families tonen internationale aspecten: het huwelijk is in het buitenland gesloten, partijen bezitten buitenlandse nationaliteiten of na een scheiding verhuist een van de partijen naar het buitenland. De redactie van *REP* heeft deze tendens erkend en heeft derhalve besloten om regelmatig aandacht te besteden aan deze internationale ontwikkelingen. Ieder jaar zal rond deze tijd een internationaal familierechtelijke kroniek in dit tijdschrift verschijnen. Normaal gesproken zal aandacht worden besteed aan de ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie met betrekking tot het internationaal familierecht. In deze eerste aflevering zal een ruimer bestek worden genomen dan het afgelopen jaar.

Hoewel 1 januari 2012 een belangrijke peildatum is voor het internationaal privaatrecht,¹ is deze peildatum voor het internationaal familierecht minder belangrijk, omdat vele aspecten inmiddels door internationale instrumenten worden geregeld die niet behoren tot de regels van Boek 10.² Vanuit deze gedachte is er daarom gekozen om een selectie van jurisprudentie te maken van de afgelopen twee jaar. Vanaf 2014 zal slechts aandacht worden geschonken aan de ontwikkelingen van het jaar daarvoor.

1. Huwelijk

Internationale aspecten beginnen vaak bij een in het buitenland gesloten huwelijk. Soms wordt dit vergeten in het kader van een in te dienen verzoek tot echtscheiding. Een duidelijk voorbeeld is de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 23 december 2011 waarin een man het hof heeft verzocht te oordelen over de rechtsgeldigheid van een in India gesloten huwelijk. Op 19 november 2010 had de Rechtbank 's-Hertogenbosch de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. De man was vervolgens in hoger beroep gegaan en verzocht het hof de vrouw niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek tot echtscheiding, omdat het huwelijk nooit rechtsgeldig is geweest. Hij gaf aan dat het Indiase huwelijk niet erkend kon worden in Nederland.

Het hof heeft terecht overwogen dat, alvorens te kunnen oordelen of de echtscheiding tussen partijen kan worden

uitgesproken, het eerst de vraag moest beantwoorden of er tussen partijen sprake was van een rechtsgeldig huwelijk volgens het Nederlandse IPR. Om dit vast te stellen, diende naar de voorwaarden van de Wet conflictenrecht huwelijk (Wch) te worden gekeken. Op grond van artikel 5 lid 1 Wch wordt een in het buitenland gesloten huwelijk in Nederland erkend indien het huwelijk, ingevolge het recht van de staat waar de huwelijksvoltrekking plaatsvond, rechtsgeldig is of nadien rechtsgeldig is geworden. Het hof was van oordeel dat op grond van het door partijen overgelegde *Marriage Certificate* is komen vast te staan dat partijen op 22 augustus 1998 in het huwelijk zijn getreden en niet op 11 januari 1999 zoals door de vrouw is gesteld. Voorts bleek dat op 22 augustus 1998 de man nog gehuwd was met een andere vrouw en dat dit huwelijk pas door echtscheiding is ontbonden op 12 oktober 1998 (datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking). Dit betekent dat, gelet op het bepaalde in artikel 5 onder i van *The Hindu Marriage Act 1995* de man op het moment van huwelijksluiting niet huwelijksbevoegd was, omdat hij op dat moment nog gehuwd was met een andere vrouw. Naar Indiaas recht is polygamie enkel voor moslims toegestaan, terwijl de man aangeeft boeddhist te zijn. Het hof kwam derhalve tot de conclusie dat het huwelijk tussen partijen niet voor erkenning in Nederland in aanmerking kwam, waardoor de vrouw in haar verzoek tot echtscheiding niet-ontvankelijk was.³

Hoewel deze zaak met toepassing van de Wch werd opgelost, zou een vergelijkbaar resultaat ook met

¹ Zijnde de datum van de inwerkingtreding van Boek 10 BW.

² Denk hierbij aan Brussel II-bis Verordening, Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, Haags Alimentatie Protocol 2007, Alimentatieverordening, Haags Adoptieverdrag 1993.

³ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 december 2011, LJN BU9726, *JPF* 2012/46.

toepassing van Boek 10 BW worden bereikt, namelijk op grond van artikel 10:31 BW. Artikel 10:31 BW is immers gelijklopend aan artikel 5 Wch.

2. Echtscheiding

2.1 Bevoegdheid in echtscheidingsverzoeken

In de meeste gevallen dient voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in echtscheidingsgevallen naar Brussel II-bis te worden gekeken.⁴ In de meeste gevallen levert de toepassing van deze Verordening geen problemen op. Vandaar dat uitspraken over Brussel II-bis zeldzaam zijn. Juist daarom verdienen twee uitspraken hier de aandacht.

Toepassingsgebieden van Brussel II-bis

In tegenstelling tot hetgeen door de Rechtbank Zutphen op 25 juli 2012 is aangevoerd, is de Brussel II-bis Verordening wel degelijk van toepassing in gevallen waarin er slechts één lidstaat bij het geschil betrokken is.⁵ Men moet in het

Anno 2013 zijn internationale aspecten moeilijk weg te denken uit het familierecht.

kader van de toepassing van de Brussel II-bis Verordening duidelijk onderscheid maken tussen het formele toepassingsgebied enerzijds en de bevoegdheidsregels anderzijds. Op grond van artikel 6 Brussel II-bis claimt de Verordening exclusieve werking te hebben indien de verweerder zijn of haar gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft of onderdaan is van een lidstaat. Hiervoor is niet vereist dat de verzoeker enige binding met een lidstaat heeft. Hoewel het formele toepassingsgebied door de uitspraak van het Hof van Justitie in *Sunderlind Lopez* is uitgebreid,⁶ was in de uitspraak van Rechtbank Zutphen aan het in artikel 6 gestelde formele toepassingsgebied al voldaan. *In casu* was Brussel II-bis wel degelijk van toepassing, omdat de verweerder (de man) zowel zijn gewone verblijfplaats in Nederland had, als de Nederlandse nationaliteit had. Het feit dat de verzoeker (de vrouw) in de Verenigde Staten woonachtig was, doet hier niets aan af.

Bevoegdheidsgronden

Nadat men heeft vastgesteld dat de Verordening van toepassing is (materieel, formeel en temporeel), dient men naar de bevoegdheidscheppende bepalingen in de artikelen

3, 4 en 5 te kijken om vast te stellen of de Nederlandse rechter bevoegd is in de onderhavige kwestie. Normaal gesproken levert dit geen problemen op, vandaar dat er weinig gevallen zijn waarin inhoudelijk wordt gediscussieerd over de betekenis van artikel 3 Brussel II-bis. Op 15 november 2011 is hieraan juist wel door Gerechtshof 's-Hertogenbosch aandacht besteed.⁷

Partijen waren in Nederland getrouwd, maar zijn vlak daarna naar Frankrijk verhuisd. Partijen hebben daar vervolgens een lange periode gewoond. Op 10 juli 2009 is de vrouw vanwege ernstige relationele problemen met een van de kinderen teruggekeerd naar Nederland. Daarvoor was de vrouw al vaker incidenteel teruggekeerd naar Nederland, maar nooit voor een aaneengesloten periode van zes maanden. Op 10 juli 2009 heeft de vrouw zich laten inschrijven in de gemeentelijke basisadministratie (GBA). De vrouw heeft op 20 augustus 2009 bij de Rechtbank Maastricht het verzoekschrift tot echtscheiding ingediend. De Rechtbank Maastricht heeft zich onbevoegd verklaard. De vrouw is in hoger beroep gegaan. Het hof diende derhalve de vraag te beantwoorden of de Nederlandse rechter rechtsmacht had om kennis te nemen van onder andere het verzoek tot echtscheiding.

Omdat de Brussel II-bis Verordening in dit geval van toepassing was, diende slechts aan de hand van de Verordening de rechtsmacht van de Nederlandse rechter te worden beoordeeld. De regels zijn gebaseerd op twee aanknopingspunten, namelijk de gewone verblijfplaats van partijen (artikel 3 lid 1 sub a) en de nationaliteit van partijen (artikel 3 lid 1 sub b). Het is derhalve essentieel dat men vaststelt waar partijen hun gewone verblijfplaats hebben en hebben gehad ten tijde van het indienen van het verzoek. Hoewel het arrest van Gerechtshof 's-Hertogenbosch zwijgt over de nationaliteit van partijen, dient aangenomen te worden dat partijen niet allebei de Nederlandse nationaliteiten hadden, anders was de Nederlandse rechter bevoegd op grond van artikel 3 lid 1 sub b Brussel II-bis.⁸ In dit geval kan de bevoegdheid van de rechter slechts op basis van de gewone verblijfplaats van partijen worden vastgesteld.

In casu hadden partijen voorafgaande aan de indiening van het verzoek hun gewone verblijfplaats in Frankrijk. De vrouw stond echter sinds 10 juli 2009 ingeschreven in de GBA in Nederland. In principe was de Franse rechter bevoegd op grond van artikel 3 lid 1 sub a, tweede gedachtestreepje (de laatste gewone verblijfplaats van partijen, en de man verblijft daar nog) en het derde gedachtestreepje (de verweerder heeft zijn gewone verblijfplaats in Frankrijk). Het eerste en het vierde gedachtestreepje leveren *in casu* geen bevoegdheid op (er is geen sprake van een gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van partijen [eerste gedachtestreepje] en er is ook geen sprake van een gemeenschappelijk verzoekschrift [vierde gedachtestreepje]).

4 Er wordt hier gesteld dat Brussel II-bis niet altijd dient te worden toegepast, omdat Brussel II-bis een beperkte formeel toepassingsgebied heeft, waardoor in sommige gevallen naar eigen commune IPP dient te worden gekeken (zie artikelen 6 en 7 Brussel II-bis en HvJ *Sunderlind Lopez*, C-68/07). Bovendien vallen bepaalde vragen niet onder het materiële toepassingsgebied van Brussel II-bis (bijvoorbeeld vragen rondom de ontbinding van een geregistreerd partnerschap of vorderingen inzake de geldigheid van een huwelijk).

5 Rechtbank Zutphen 25 juli 2012, LJN BX4080. Zie verder Vonken/Oderkerk, *Tekst en Commentaar Personen en Familierecht*, Kluwer: Deventer 2012, art. 6, aant. 2.

6 HvJ EG 29 november 2007, C68/07, NIPR 2008, nr. 2.

7 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 november 2011, LJN BU4882, JPF 2012/134, m.nt. ICS.

8 Navraag bij de verzoekende advocaat bevestigt deze aanname.

Kortom, er zou slechts gebruik kunnen worden gemaakt van het vijfde of zesde gedachtestreepje van artikel 3 lid 1 sub a. Maar wat is het verschil tussen deze twee bevoegdheidsgronden? Het verschil ligt besloten in de vraag of de verzoeker ook de nationaliteit bezit van het land van zijn of haar gewone verblijfplaats. Indien dit het geval is, wordt de periode, waarin hij of zij daar zijn of haar gewone verblijfplaats heeft, teruggebracht van één jaar tot zes maanden. Aangezien de vrouw *in casu* de Nederlandse nationaliteit bezit, hoeft zij slechts zes maanden gewone verblijfplaats in Nederland te hebben, wil zij een echtscheidingsverzoek in Nederland indienen (zesde gedachtestreepje). De bevoegdheid van de Nederlandse rechter hangt derhalve af van de vraag of de vrouw meer dan zes maanden haar gewone verblijfplaats in Nederland had.

Het hof heeft hier terecht aangegeven dat er sprake moet zijn van een inhoudelijke toets in plaats van een formeel criterium. De enkele inschrijving in de GBA is derhalve niet voldoende.⁹ Het hof geeft aan dat artikel 3 lid 1 sub a zesde gedachtestreepje een gekwalificeerd *forum actoris* is, of met andere woorden een bevoegdheidsgrond die gebaseerd is op de woonplaats van de verzoeker in plaats van de verweerder (*forum rei*). Omdat een dergelijk gekwalificeerd forum vrij ongebruikelijk is, vormt dit naar het oordeel van het hof 'een extra reden om zeer behoedzaam met artikel 3 lid 1 sub a zesde streepje om te springen' (r.o. 3.7.4).

Hiermee lijkt het hof te willen zeggen dat men een striktere interpretatie van het begrip 'gewone verblijfplaats' dient te hanteren. De vraag kan worden gesteld of het hof hiermee heeft willen zeggen dat men het begrip gewone verblijfplaats enger moet uitleggen in het kader van het vijfde en zesde gedachtestreepje, dan in de andere bepalingen. Mijns inziens zou een dergelijke interpretatie van deze beslissing niet voor de hand liggen. Het begrip gewone verblijfplaats dient autonoom te worden uitgelegd en wel op een dezelfde wijze voor alle bevoegdheidscheppende bepalingen. Er is al rekening gehouden met het gevaar van forumtoerisme dat door het hof is aangekaart door de bijkomende eis te stellen dat de verzoeker ook de nationaliteit van het forumland moet hebben, wil er gebruik kunnen worden gemaakt van de zesmaandentermijn bij het zesde gedachtestreepje.

2.2 Toepasselijk recht in echtscheidingszaken

Op 14 juni 2012 heeft het Gerechtshof Arnhem uitspraak gedaan in een echtscheidingszaak.¹⁰ Hierin werd de vraag gesteld welk recht van toepassing is op het echtscheidingsverzoek. Ondanks het feit dat de zaak in 2012 afgedaan werd, was de Wet conflictenrecht echtscheiding (Wce) nog van toepassing. Op grond van artikel 270 Overgangswet

wordt artikel 10:56 BW namelijk slechts toegepast op echtscheidingsverzoeken die zijn ingediend na 1 januari 2012. Hoewel het hof in deze zaak keurig de befaamde verwijzingsladder van artikel 1 Wce heeft toegepast, kan deze uitspraak worden gebruikt om het verschil met Boek 10 BW duidelijk te laten zien.

Wellicht de belangrijkste verandering door de invoering van Boek 10 BW voor de familierechtjurist, is dat de regels met betrekking tot de verwijzingsladder voor het bepalen van het toepasselijk recht op een echtscheiding veranderd zijn. De conflictregeling was voorheen te vinden in artikel 1 Wce en dit was sedert vele jaren een heftig punt van discussie. Velen hadden gemerkt dat de getrapte verwijzingsladder tot veel complicaties in de praktijk leidde, vooral met betrekking tot het vaststellen van de werkelijke maatschappelijke banden van partijen in het kader van de effectiviteits- c.q. realiteitstoets. Zoals in de onderhavige casus, hebben vier verschillende rechters zich gebogen over de vraag of partijen nauwer verbonden waren met Iran of Nederland.

In Boek 10 BW is afstand van deze verwijzingsladder genomen en een praktische hoofdregel daarvoor in de plaats gekomen. De vraag of, en zo ja op welke gronden, ontbinding van het huwelijk of scheiding van tafel en bed kan worden uitgesproken, wordt krachtens artikel 10:56 lid 1 bepaald door Nederlands recht. Dit betekent dat de Nederlandse rechter het Nederlandse interne recht zal toepassen ongeacht de gewone verblijfplaats of nationaliteit van de partijen.¹¹

De toepassing van het Nederlandse interne recht in *alle* gevallen kan echter ook op problemen stuiten. Juist voor sommige mensen kan de toepassing van Nederlands recht tot problemen leiden bij de erkenning van de echtscheiding

Op grond van artikel 270 Overgangswet wordt artikel 10:56 BW namelijk slechts toegepast op echtscheidingsverzoeken die zijn ingesteld na 1 januari 2012.

in het buitenland. Dit probleem speelt alleen in situaties wanneer er geen verordening- of verdragsregeling geldt inzake de erkenning van de echtscheiding. Met het oog op de mogelijke erkenningsproblemen, biedt artikel 10:56 lid 2 BW partijen de mogelijkheid om een gemeenschappelijk nationaal recht te kiezen en hierdoor de toepassing van de *lex fori* uit te sluiten. Hierbij vindt er noch een effectiviteits- toets noch een realiteitstoets plaats.¹²

9 In een tweetal uitspraken van het Hof van Justitie zijn de kaders van het Europese begrip 'gewone verblijfplaats' nader uiteengezet: HvJ EU 5 oktober 2010, zaak C-400/10 (*J.McB/L.E.*) en HvJ EU 22 december 2010, zaak C-497/10 (*Barbara Mercedi/Richard Chaffe*). Zie ook HR 17 juni 2011, LJN BQ4833.

10 Gerechtshof Arnhem 14 juni 2012, LJN BX2137, *JPF* 2012/132, m.nt. ICS.

11 F. Ibili, 'Boek 10 (IPR): echtscheiding (art. 10:54 t/m 59 BW)'; *WPNR* 2010 (6838), § 3.

12 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 43. Behalve in het kader van het vaststellen van de 'werkelijke band' in artikel 10:56 lid 2 sub b BW.

Maar zou het antwoord in de onderhavige casus anders zijn onder Boek 10 dan onder de Wce? Het antwoord is waarschijnlijk nee. Het verschil ligt echter in het feit dat de partijen geen keuze voor het Nederlands recht zouden hoeven maken. Nederlands recht zou automatisch van toepassing zijn, tenzij de partijen hiervan willen afwijken en zij een gemeenschappelijke nationaliteit bezitten.

2.3 *Erkenning van buitenlandse echtscheidingen*

Is het mogelijk een buitenlandse echtscheidingsbeschikking te erkennen? En zo ja, op welke manier geschiedt dit? Vier verschillende bronnen regelen deze vraag: de Brussel II-bis Verordening, het Luxemburgse Echtscheidingsverdrag 1967, het Haags Echtscheidingsverdrag 1970 en Afdeling 4, Titel 3, Boek 10 BW. De vraag rijst derhalve wanneer men welke bron dient toe te passen. Deze vraag is bij het Gerechtshof 's-Gravenhage op 11 januari 2012 aan de orde gekomen.¹³ In deze zaak waren partijen in 1999 in Turkije met elkaar gehuwd. Uit hun huwelijk zijn twee (nog minderjarige) kinderen geboren. Op 13 juni 2005 heeft de moeder bij de Rechtbank Rotterdam een verzoek

Kortom: na 18 juni 2011 wordt het Haags Alimentatie Protocol 2007 zowel voorlopig toegepast als retroactief toegepast.

tot echtscheiding ingediend. De moeder heeft onder meer verzocht te bepalen dat zij alleen met het ouderlijk gezag over de kinderen wordt belast. De vader heeft geen verweer gevoerd. Het verzoek van de moeder ter zake van het gezag is toegewezen. De vader is in hoger beroep gegaan. In hoger beroep is vast komen te staan dat op 16 mei 2005 de vader bij de rechtbank te Karaman, Turkije een verzoek tot echtscheiding heeft ingediend. Bij het vonnis van 2 december 2008 heeft de rechtbank te Karaman de echtscheiding uitgesproken en de 'voogdij' over de kinderen aan de moeder toegekend. Het Gerechtshof 's-Gravenhage overwoog dat de vader zijn verzoek tot echtscheiding eerder heeft ingediend dan de moeder. Daarom moet de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam worden vernietigd ten aanzien van de daarin tussen partijen uitgesproken echtscheiding.

Op zich niet een noemenswaardige uitspraak, afgezien van het feit dat het hof de Turkse echtscheiding heeft erkend op basis van artikel 10 Verdrag inzake de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband van 8 september 1967 (Luxemburgs Echtscheidingsverdrag 1967), waarbij zowel Nederland als Turkije partij zijn. Een verwijzing naar dit verdrag komt niet vaak voor. Dit komt, omdat het verdrag niet in de weg staat van de toepassing van internationale overeenkomsten of binnenlandse rechtsregels die gunstiger zijn voor de erkenning van buitenlandse beslissingen (artikel 13 van het verdrag). Aangezien dit

verdrag strengere eisen stelt ten aanzien van de erkenning van buitenlandse echtscheidingen dan het commune IPR, wordt dit verdrag nauwelijks toegepast met betrekking tot de erkenning van buitenlandse echtscheidingen in Nederland. Er wordt meestal gebruikgemaakt van artikel 10:57 BW waarin een minimale toetsing plaatsvindt met betrekking tot buiten Nederland tot stand gekomen echtscheidingen. Dit Verdrag is echter nog steeds van belang in Nederland wat betreft de erkenning van Nederlandse echtscheidingen in Turkije. Dezelfde redenering wordt ook gehanteerd met betrekking tot het Haags Echtscheidingsverdrag 1970 (zie artikel 17 van dat verdrag).

3. *Alimentatie 3.1 Bevoegdheid in alimentatiezaken*

Alimentatierecht is volop in beweging. De hevige debatten over de hervorming van het alimentatierecht zijn niet voorbehouden aan het materiële recht. Drie nieuwe instrumenten zijn inmiddels tot stand gekomen op het gebied van het internationale alimentatierecht. Hoewel hiervan in de uitspraak van Rechtbank Zutphen van 25 juli 2012 geen melding wordt gemaakt,¹⁴ had hier wel degelijk naar deze bronnen gekeken moeten worden. Het verzoekschrift *in casu* was namelijk op 25 november 2011 binnengekomen. Dit betekent dat met betrekking tot de vragen rondom de alimentatie, men naar de nieuwe regelgeving op dit terrein had moeten kijken. Wat betreft de bevoegdheid van de rechter dient men sinds 18 juni 2011 de regels van de Alimentatieverordening (nr. 4/2009) te raadplegen. Gelet op de universele werking van de Alimentatieverordening is het wel van belang dat men enkel gebruikmaakt van de Alimentatieverordening in bevoegdheidskwesties omtrent alimentatieverzoeken.¹⁵

3.2 *Toepasselijk recht in alimentatiezaken*

Toepassing van Haags Alimentatie Protocol 2007

Hoewel de Alimentatieverordening ook van toepassing is op het gebied van het toepasselijk recht (artikel 15 van de verordening), wordt slechts verwezen naar het Haags Alimentatie Protocol 2007 (HAP 2007). Het HAP 2007 bevat regels om het toepasselijk recht op alimentatieverzoeken vast te stellen. Het HAP 2007 is echter nog niet in werking getreden, omdat het aantal vereiste ratificaties nog niet is bereikt. Ondanks het feit dat het HAP 2007 nog niet in werking is getreden, worden de regels van het HAP 2007 vanaf 18 juni 2011 – de datum waarop de Europese Alimentatieverordening van toepassing wordt – voorlopig toegepast binnen de Europese Unie.¹⁶

Krachtens artikel 22 HAP 2007 is het protocol echter niet van toepassing op een alimentatie die in een protocol-

13 Gerechtshof 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV3130, *JPF* 2012/133, m.nt. ICS.

14 Rechtbank Zutphen 25 juli 2012, LJN BX4080.

15 Zie bijvoorbeeld in considerans 15 van de Verordening. Zie verder I. Curry-Sumner, *Tekst en Commentaar Personen- en Familierecht*, Kluwer: Deventer 2012.

16 Artikel 4, Besluit 2009/941/EG betreffende de sluiting door de Europese Gemeenschap van het Protocol van Den Haag van 23 november 2007 inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen.

sluitende staat wordt gevorderd met betrekking tot een periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van het protocol. Maar, in tegenstelling tot de oplossing van artikel 22 HAP 2007, heeft de Europese Unie ervoor gekozen om de regels van HAP 2007 ook van toepassing te verklaren op onderhoudsvorderingen voor een periode die *voorafgaat* aan de inwerkingtreding van het protocol.¹⁷

Kortom: na 18 juni 2011 wordt het HAP 2007 zowel voorlopig toegepast (ondanks het feit dat het nog niet in werking is getreden) als retroactief toegepast (ondanks de beperking die in artikel 22 HAP 2007 is opgenomen).

Vaststelling toepasselijk recht

Op 22 november 2011 heeft de Rechtbank 's-Gravenhage een interessante uitspraak gedaan in een internationale alimentatiezaak.¹⁸ Partijen (vrouw A en man B) hadden een zeer kortstondige affectieve relatie gehad. Uit vrouw A werd in het Verenigd Koninkrijk een kind geboren. De minderjarige verbleef samen met vrouw A in Engeland. Man B is in 2008 getrouwd met vrouw C en in 2010 is uit dit huwelijk een kind geboren. Man B betaalt sinds 1 januari 2011 een bedrag van € 550 per maand aan kinderalimentatie aan vrouw A voor hun gezamenlijk kind. Vrouw A heeft in oktober 2008 een verzoek via het LBIO ingediend tot vaststelling en betaling van alimentatie. Het LBIO heeft de zaak gesloten door het gebrek aan informatie van de kant van de vrouw. Medio 2010 heeft het LBIO de zaak heropend en hebben partijen getracht om alsnog tot een minnelijke regeling te komen. Het oorspronkelijk verzoek van de vrouw om £ 1.000 te ontvangen is ter zitting gematigd tot een bedrag van € 750 per maand.

De rechtbank stelde vast dat het Engels recht van toepassing was nu het kind zijn gewone verblijfplaats in het Verenigd Koninkrijk had. Op grond van het Engelse recht komt het te betalen bedrag op € 595 per maand. Gezien de omstandigheden van de zaak achtte de rechtbank het redelijk om het bedrag naar beneden bij te stellen tot een bedrag van € 550 per maand. Nu de man bovendien aangeboden had de kinderalimentatie te indexeren, daarbij de Nederlandse wetgeving volgende, en het LBIO daar geen bezwaar tegen heeft gemaakt, werd op grond van deze overeenstemming bepaald dat de kinderalimentatie ingevolge de Nederlandse wetgeving dient te worden geïndexeerd.

Op grond van zowel artikel 4 Haags Alimentatie Verdrag 1973 (HAV 1973) als artikel 3 HAP 2007 wordt het toepasselijk recht bepaald door de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde, maar beide instrumenten kennen wel uitzonderingen. Op grond van het HAV 1973 had de rechter ook nog eens naar artikel 15 moeten

kijken om vast te stellen of er geen sprake was van een situatie waarin het voorbehoud van toepassing is. Het voorbehoud van artikel 15 betekent dat ondanks het in artikel 4 aangewezen recht Nederlands recht dient te worden toegepast indien aan drie cumulatieve vereisten is voldaan: zowel de onderhoudsgerechtigde als de onderhoudsplichtige moeten de Nederlandse nationaliteit bezitten, en bovendien dient de onderhoudsplichtige in Nederland te wonen. Nu de casus zwijgt met betrekking tot de nationaliteit van partijen, is het niet mogelijk vast te stellen of eigenlijk Nederlands recht had moeten worden toegepast. De dwingende formulering van het voorbehoud laat eigenlijk geen vrijheid om toepassing van Nederlands recht terzijde te laten ten gunste van het stelsel dat door artikel 4 wordt aangewezen.

Het HAP 2007 kent een dergelijk voorbehoud niet, maar in tegenstelling tot het HAV 1973 kent het HAP 2007 expliciete regels met betrekking tot de mogelijkheid om een rechtskeuze te maken. Ten aanzien van kinderalimentatie is de mogelijkheid om een rechtskeuze te maken echter aanzienlijk beperkt door artikel 8 lid 3, waarbij de mogelijkheid om een algemene rechtskeuze te maken met betrekking tot kinderalimentatie uitgesloten is. Dit betekent dat de rechtskeuze in het kader van kinderalimentatie is beperkt tot een specifieke procedure en tot de *lex fori*. Ondanks deze bepaling lijkt het niet mogelijk om een rechtskeuze uit te brengen voor slechts één onderdeel van het alimentatiestatuu.

Ook op grond van het HAP 2007 lijkt het derhalve niet mogelijk om de hoogte van de onderhoudsbijdrage naar Engels recht te bepalen en de indexering op grond van Nederlands recht. Hoewel het HAP 2007 zwijgt over mogelijke *dépeçage* lijkt het mijns inziens onwenselijk om dergelijke constructies toe te laten in verband met rechtszekerheid en rechtseenheid.

Draagkracht en behoefte

Zowel artikel 11 lid 2 HAV 1973 als artikel 14 HAP 2007 verplichten de aangezochte autoriteiten rekening te houden met de draagkracht van de onderhoudsplichtige en de behoefte van de onderhoudsgerechtigde, ondanks het recht dat van toepassing is op grond van de verwijzingsregels. Wel dient te worden opgemerkt dat de verplichting om rekening te houden met de draagkracht van de onderhoudsplichtige en de behoefte van de onderhoudsgerechtigde onder het HAP 2007 losgekoppeld is van de openbare orde-exceptie. Dit betekent dat er steeds rekening mee dient te worden gehouden, ook al wordt er in het nationaal recht geen rekening mee gehouden. Voor Nederland brengt deze wijziging geen substantiële verandering met zich mee, dit vanwege het feit dat het Nederlandse alimentatierecht rekening houdt met draagkracht en behoefte. Er dient tevens te worden opgemerkt dat ook indirect rekening houden met de behoefte van de onderhoudsgerechtigde en de draagkracht van de onderhoudsplichtige voldoet aan de eisen van artikel 14 (net zoals in de onderhavige zaak). Dat men gebruikmaakt van administratieve forfaitaire

¹⁷ Artikel 5, Besluit 2009/941/EG betreffende de sluiting door de Europese Gemeenschap van het Protocol van Den Haag van 23 november 2007 inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen.

¹⁸ Rechtbank 's-Gravenhage 22 november 2011, LJN BU5751, *JPF* 2012/54, m.nt. ICS.

tabellen betekent derhalve niet per se dat artikel 14 wordt geschonden.¹⁹

Wettelijke indexering

Het toepasselijk recht op de wettelijke indexering van een onderhoudsbijdrage is een lastig vraagstuk binnen het internationaal familierecht. Onder het HAV 1973 werd geen antwoord gegeven op die vraag. Tot voor kort waren er verschillende opvattingen hierover. Strikwerda heeft eerder deze verschillende opvattingen helder uiteengezet.²⁰ Artikel 11 sub c HAP 2007 maakt hieraan een einde, want het is inmiddels duidelijk dat de wettelijke indexering van de te betalen onderhoudsbijdrage onder de werkingssfeer van het alimentatiestatuut valt en dus wordt beheerst door het aangewezen recht op grond van de verwijzingsregels van het HAP 2007. Met betrekking tot de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage – en vooral gelet op hetgeen hiervoor is gezegd met betrekking tot de reikwijdte van een rechtskeuze – zou dit betekenen dat de vragen rondom de wettelijke indexering wel naar Engels recht hadden moeten worden beantwoord.

3.3 Erkennen en tenuitvoerlegging van buitenlandse alimentatiebeschikkingen

Recentelijk heeft het Gerechtshof 's-Hertogenbosch uitspraak gedaan met betrekking tot een alimentatiebeslissing uit Portugal. Het hof heeft gesteld dat een uitspraak uit Portugal zonder exequatur in Nederland kon worden erkend en ten uitvoer gelegd op basis van artikel 17 lid 1 en 23 lid 1 Alimentatieverordening.²¹ Het probleem is echter dat de Portugese uitspraak dateert van voor inwer-

De inwerkingtreding van nieuwe instrumenten op vele terreinen maakt het werk van een familierecht-advocaat in deze toenemende internationale praktijk steeds moeilijker.

kingtreding van de Alimentatieverordening. Op grond van artikel 75 lid 2 sub a zijn in dit geval de afdelingen 2 en 3 van toepassing, omdat de beslissing in een lidstaat is gegeven 'voordat de verordening van toepassing wordt en waarvan vanaf dat tijdstip erkenning en uitvoerbaarverklaring wordt gevraagd'. In dit geval had exequatur wel moeten worden verleend op basis van de regels van de Alimentatieverordening. De exequatur procedure onder de Alimentatieverordening lijkt grotendeels op de procedure die voorheen gold voor alle alimentatiebeslissingen onder de Brussel I Verordening.²²

19 Gerechtshof 's-Gravenhage 9 maart 2011, LJN BQ2334, JPF 2012/133, m.nt. ICS. Zie verder Toelichtend Rapport Bonomi, nr. 182, te vinden op www.hchch.net.

20 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2010, 9e druk.

21 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, LJN BY1361.

22 Zie verder I. Curry-Sumner, *Tekst en Commentaar Personen- en Familierecht*, Kluwer: Deventer 2012, art. 23-38.

4. Gezag

4.1 Bevoegdheid in internationale gezagskwesties

In twee uitspraken is de vraag gerezen of de Nederlandse rechter bevoegd is terwijl een minderjarige onder toezicht is gesteld. In de ene zaak verklaart de rechter zich bevoegd,²³ terwijl in de andere zaak de rechter zich onbevoegd verklaart.²⁴ Wat is het verschil tussen de twee zaken?

Het antwoord op deze vraag ligt besloten in het gezag. Wie heeft het gezag over de minderjarige? In de zaak voor het Gerechtshof 's-Gravenhage was er slechts sprake van een ondertoezichtstelling. De moeder had nog het ouderlijk gezag over het kind. Op het moment dat zij naar België was vertrokken, had zij geen toestemming van Bureau Jeugdzorg nodig om te verhuizen, zij was namelijk onbeperkt in haar bevoegdheid om de woonplaats van het kind te bepalen. Het hof stelde derhalve vast dat de verhuizing niet kon worden aangemerkt als een ongeoorloofde overbrenging, omdat de ondertoezichtstelling geen gevolgen heeft gehad voor de bevoegdheid van de gezagsdragende ouder om de woonplaats van het kind te bepalen.

In de zaak voor de Rechtbank Breda beschikte Bureau Jeugdzorg ook over een machtiging tot uithuisplaatsing. De minderjarige verbleef dus in België op grond van de machtiging tot uithuisplaatsing. Door de machtiging tot uithuisplaatsing heeft Bureau Jeugdzorg namelijk de voogdij over het kind. De rechtbank stelde vast dat hoewel het kind dus feitelijk in België verbleef, het toekomstperspectief van de minderjarige in Nederland lag. Daarom kon in dat geval worden vastgesteld dat het kind zijn gewone verblijfplaats nog in Nederland had.

Kortom in het kader van de bepaling van de gewone verblijfplaats van een minderjarige die onder toezicht is gesteld, is het van belang om eerst vast te stellen wie de gezaghebbende ouder, ouders of instelling is of zijn. Vervolgens moet men vaststellen of aan die persoon of instelling de bevoegdheid toekomt om de gewone verblijfplaats van het kind te bepalen of te wijzigen.

4.2 Toepasselijk recht in gezagskwesties

In drie verschillende uitspraken is aandacht aan de reikwijdte van artikel 3 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (HKBV 1961) besteed. Deze uitspraken verdienen de aandacht, vooral gelet op de veranderingen die op dit gebied zijn aangebracht door het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (HKBV 1996).

Van rechtswege ontstane gezagsverhoudingen

Op basis van artikel 3 HKBV 1961 dient een gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de interne wet van de staat waarvan de minderjarige onderdaan is in alle

23 Rechtbank Breda 25 juni 2012, LJN BX6894, JPF 2012/145, m.nt. ICS.

24 Gerechtshof 's-Gravenhage 4 juli 2012, LJN BX2075, JPF 2012/144, m.nt. ICS.

verdragsstaten te worden erkend. Op 15 juni 2012 werd de Rechtbank 's-Hertogenbosch geconfronteerd met het geval waarin het van rechtswege ontstaan van het gezag op grond van het recht van de gewone verblijfplaats (Belgisch recht) is ontstaan, terwijl het recht van de nationaliteit (Nederlands recht) het gezag niet van rechtswege zou toekennen.²⁵ In dit geval zou strikte toepassing van artikel 3 leiden tot de situatie dat het gezag dat onder Belgisch recht ontstond niet langer in Nederland erkend zou worden.

Onder het HKBV 1996 zou dit resultaat veel makkelijker kunnen worden bereikt. Artikel 16 KBV 1996 neemt afstand van nationaliteit als aanknopingspunt. In plaats hiervan wordt aangeknoopt bij de gewone verblijfplaats van het kind. Het van rechtswege ontstaan van ouderlijke verantwoordelijkheid zonder tussenkomst van een rechterlijke of administratieve autoriteit wordt beheerst door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind. Bovendien blijft volgens artikel 16 lid 3 het op grond van het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind bestaande ouderlijke verantwoordelijkheid bestaan na verplaatsing van die gewone verblijfplaats naar een andere staat. Dit betekent dat in het geval van de Rechtbank 's-Hertogenbosch de van rechtswege ontstane ouderlijke verantwoordelijkheid volgens Belgisch recht in Nederland zou dienen te worden erkend op grond van artikel 16 lid 1 jo. lid 3 HKBV 1996.

Onderdanen met meervoudige nationaliteiten

Nationaliteit als aanknopingspunt leidt altijd tot problemen rondom personen die meerdere nationaliteiten bezitten. Een aantal uitspraken laten duidelijk zien dat er geen uniforme aanpak is op dit punt. Dient men de effectieve nationaliteit vast te stellen? Of juist niet?

Op 5 april 2011 kiest Gerechtshof Arnhem²⁶ voor de effectieve nationaliteit, terwijl Gerechtshof Amsterdam op 8 maart 2011 kiest voor cumulatieve toepassing van het recht van nationaliteit.²⁷ Mijns inziens dient hier echter een derde weg te worden bewandeld. Gelet op de aard en strekking van de bepaling, namelijk continuïteit van gezagsverhoudingen, dient de weg te worden gekozen die door de Rechtbank Amsterdam op 26 mei 2010 is gevolgd.²⁸ Indien op basis van een van de nationaliteiten van het kind een gezagsverhouding van rechtswege is ontstaan, dan dient deze verhouding te worden erkend door alle verdragstaten. In feite betekent dit het verlaten van een effectiviteitstoets. Dit is ook in lijn met eerdere jurisprudentie²⁹ en literatuur op dit gebied.³⁰

25 Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2012, LJN BW9299.

26 Gerechtshof Arnhem 5 april 2011, LJN BQ4092, *JPF* 2012/16.

27 Gerechtshof Amsterdam 8 maart 2011, LJN BU3801.

28 Rechtbank Amsterdam 26 mei 2010, LJN 4352, *JPF* 2010/155, m.nt. ICS.

29 Hof 's-Gravenhage 9 juli 2003, *NIPR* 2003, 242.

30 Schmidt/Vonken, *Tekst en Commentaar Personen- en Familierecht*, art. 3, HKBV 1961, aant. 3, zie echter anders F. Ibili, *Groene serie*, art. 3 HKBV

5. Conclusie

De jaren 2011 en 2012 werden vooral gekenmerkt door de veelheid aan nieuwe regelgeving. De inwerkingtreding van nieuwe instrumenten op vele terreinen maakt het werk van een familierechtadvocaat in deze toenemende internationale praktijk steeds moeilijker. Hoewel de meeste nieuwe instrumenten beogen het terrein van het IPR te simplificeren (bijvoorbeeld op het gebied van alimentatie) wordt de interactie tussen deze nieuwe instrumenten en bestaande instrumenten (alsmede toekomstige instrumenten) steeds ingewikkelder. Hopelijk kan dit jaarlijks terugkerende overzichtsartikel een belangrijke bijdrage leveren om de kennis op dit terrein op peil te houden.

Over de auteur

Dr. mr. Ian Curry-Sumner is freelance docent en onderzoeker, Voorts Juridische Diensten.