Mr. M. Groenleer & prof. mr. dr. I. Sumner[1]

De 'eenvoudige' gemeenschap in het internationaal familierecht: Deel II – Toepasselijk recht

FJR 2023/61

In dit artikel staat de 'eenvoudige' gemeenschap binnen het internationaal familierecht centraal, meer specifiek de vraag welk recht van toepassing is op geschillen tussen ongehuwden of in koude uitsluiting gehuwden over hun gemeenschappelijke woning. Het antwoord op deze vraag hangt af van de aard van de vordering en de juridische grondslag daarvan. Deze bijdrage is het vervolg op de in 2021 verschenen bijdrage over de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in dergelijke gevallen.[2]

1. Inleiding[3]

1.1 *Aanleiding*

Als er iets niet eenvoudig is binnen het internationaal familierecht is dat wel de vraag hoe om te gaan met 'eenvoudige' gemeenschappen. De eenvoudige gemeenschap in internationaal verband is vreemd genoeg niet uitgekristalliseerd. Dat wekt verbazing aangezien een geschil tussen in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten over hun buitenlandse (vakantie)woning nu niet bepaald exotisch is. Datzelfde geldt voor geschillen tussen buitenlandse echtgenoten met een woning in Nederland. Ook samenwoners die op beider naam een woning aankopen hebben een eenvoudige gemeenschap. In al deze situaties rijst de vraag welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van geschillen over de gemeenschappelijke woning en welk recht hierop van toepassing is. In een drietal artikelen wordt het kader geschetst waarbinnen deze vragen moeten worden beantwoord, althans wordt daarmee een begin gemaakt, want het onderwerp van dit drieluik is te omvangrijk om een volledig beeld te kunnen geven. Het eerste deel van dit drieluik – over de internationale bevoegdheid – is al in 2021 in het *FJR* gepubliceerd (*FJR* 2021/70). Dit tweede luik – over het toepasselijk recht – vormt het vervolg hierop. In het derde luik zullen de gebruikersrechten en gebruikersvergoedingen centraal staan.

1.2 *Vertrekpunten*

De reikwijdte van dit drieluik wordt aan de hand van de volgende zes vertrekpunten afgebakend.

Ten eerste moet de zaak een internationaal element bevatten. Slechts als aan het internationaliteitsvereiste is voldaan, komt het internationaal privaatrecht in beeld, bijvoorbeeld wanneer een partij gewoon verblijf in het buitenland heeft of de desbetreffende woning in het buitenland is gelegen.

Ten tweede gaat dit drieluik slechts over gevallen waarin er geen sprake is van een huwelijksgoederenrechtelijke gemeenschap: gemeenschappen die niet zijn ontstaan op grond van een huwelijksvermogensrechtelijk stelsel. Dit kan op verschillende manieren het geval zijn, bijvoorbeeld als echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden elke huwelijksgoederengemeenschap hebben uitgesloten. Zij kunnen dan wel een eenvoudige gemeenschap van huis hebben. Daarnaast kan het ook voorkomen dat buitenlands recht van toepassing is op het huwelijksvermogensrecht en dat recht een uitsluiting van elke gemeenschap van goederen als wettelijk stelsel kent.[4] Dan is bij sluiting van het huwelijk geen huwelijksgoederenrechtelijke gemeenschap ontstaan. Ten slotte is geen sprake van een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap wanneer partijen ongehuwd samenwonen.

Ten derde wordt er in dit artikel van uitgegaan dat partijen een woning in gezamenlijke eigendom hebben. Omdat er geen sprake is van een huwelijksgoederenrechtelijke gemeenschap, vormt de woning een algemeen vermogensrechtelijke gemeenschap, te weten een eenvoudige gemeenschap. Dat kan bijvoorbeeld zijn: (1) de echtelijke woning, (2) de gezinswoning van ongehuwden en (3) een vakantiewoning of tweede huis, ongeacht de ligging binnen of buiten de EU.

Als vierde vertrekpunt heeft te gelden dat partijen noch een forumkeuze noch een rechtskeuze hebben uitgebracht ten aanzien van geschillen tussen hen over hun gemeenschappelijke woning.

Ten vijfde moet er sprake zijn van een geschil, waarbij het de wens is van in ieder geval één partij om dit geschil voor te leggen aan de Nederlandse rechter. In dit kader dient de Nederlandse rechter vast te stellen of hij internationaal

1 Mr. M. (Marjet) Groenleer is advocaat bij SCG Advocaten en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Amsterdam. Prof. mr. dr. I. (Ian) Sumner is rechterplaatsvervanger met een aanwijzing bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant en hoogleraar Familierecht en Internationaal Privaatrecht, Tilburg University. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

2 M. Groenleer & I. Sumner, 'De 'eenvoudige' gemeenschap in het internationaal familierecht: Deel I – Bevoegdheid', *FJR* 2021/70, p. 354-362.

3 Om de leesbaarheid van deze bijdrage te vergroten, is de inleiding van Deel I grotendeels in deze bijdrage overgenomen.

4 Een zeer ingewikkelde situatie rijst op het ogenblik dat het toepasselijk recht geen duidelijk onderscheid maakt tussen het huwelijksvermogensrecht enerzijds en het alimentatierecht anderzijds, zoals in veel *common law* landen het geval is. In Engeland & Wales ontstaat er geen wettelijk gemeenschap bij sluiting van het huwelijk, en hoewel de rechter een discretionaire bevoegdheid verkrijgt om vermogensbestanddelen anders te verdelen, ontstaat er ook bij echtscheiding geen wettelijk gemeenschap van goederen. Zie bijvoorbeeld I. Curry-Sumner, 'Geen alimentatie, maar wel *financial relief.* De eigenaardige Engelse blik op partneralimentatie', *REP* 2013/6, p. 243-246. Wel verkrijgt de Engelse rechter in het kader van de afwikkeling van het vermogen van echtgenoten een verregaande bevoegdheid om vermogensbestandsdelen tussen de echtgenoten te verschuiven.

bevoegd is om kennis te nemen van het geschil en zo ja, welk recht van toepassing is op dit geschil. Deze geschillen kunnen betrekking hebben op een reeks van uiteenlopende onderwerpen, zoals:
- Toedeling van de woning aan één van partijen.
- Verkoop van de woning.
- Geschillen over de gerechtigheid van hun deel in de waarde van de woning.
- Een partij dwingen om mee te werken aan de verkoop en levering van de woning.
- Gebruik van de woning.
- Betalen van de lasten van de woning.

Ten zesde kunnen bovengenoemde geschillen zich voordoen in verschillende procedures: een zelfstandige procedure, een kort geding, bij wege van nevenvoorziening in een echtscheidingsprocedure of bij wege van voorlopige voorziening.

1.3 *Type vorderingen*

Er zijn verschillende manieren om bovenstaande geschillen in categorieën in te delen. Deze indeling is van fundamenteel belang omdat deze de toepasselijke IPR-bron bepaalt. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen vier verschillende categorieën vorderingen.

De eerste categorie van vorderingen die onderscheiden kunnen worden betreft vorderingen die betrekking hebben op zakelijke rechten. In het Nederlands recht *de vordering tot verdeling van de woning* aldus dat deze moet worden toebedeeld aan één van partijen dan wel dat deze verkocht en geleverd moet worden aan een derde[5] (vordering A) of de reële executie van de woning (vordering B).[6] De tweede categorie omvat vorderingen die betrekking hebben op persoonlijke rechten. In het Nederlands recht de *vordering tot het gelasten van de wijze van verdeling van de woning* aldus dat deze moet worden toebedeeld aan één van de echtgenoten dan wel dat deze verkocht en geleverd moet worden aan een derde[7] (vordering C) of een veroordeling tot medewerking aan verkoop en levering (vordering D).[8] De derde categorie betreft vergoedingsrechten zowel bij gehuwden[9] (vordering E) als ongehuwden (vordering F).[10] De laatste categorie betreft gebruikersrechten en gebruikersvergoedingen, zowel ten aanzien van de echtelijke woning (vordering G) als een andere woning (vordering H).

1.4 *Structuur*

Vanwege de omvang van het onderwerp is, zoals hierboven uiteengezet, een splitsing in drie afzonderlijke bijdragen aangebracht. In de eerste en onderhavige bijdrage over respectievelijk internationale bevoegdheid en toepasselijk recht, komen alle vorderingen (vorderingen A tot en met F) behalve de gebruikersrechten (vorderingen G en H) aan bod. Onderhavige bijdrage betreft aldus het toepasselijk recht ten aanzien van de volgende vorderingen:

Categorie I: Zakelijke rechten

Vordering A: Vaststelling van de verdeling door de rechter zelf (waaronder vaststelling van de verdeling door verkoop en levering aan een derde).
Vordering B: Reële executie.

Categorie II: Persoonlijke rechten

Vordering C: Gelasten van de wijze van verdeling (waaronder toedeling c.q. verkoop en levering aan een derde).
Vordering D: Medewerking verlenen aan verkoop en levering aan een derde.

Categorie III: Vergoedingsrechten[11]

Vordering E: Op grond van het huwelijksvermogensrecht.
Vordering F: Niet op grond van het huwelijksvermogensrecht.

Net als in deel I[12] zal worden afgesloten met een conclusie en een aanzet tot een dialoog over dit bijzonder ingewikkelde vraagstuk dat tot op heden – onzes inziens ten onrechte – onderbelicht is gebleven.

2. Categorie I: Zakelijke rechten (Vorderingen A en B)

2.1 *Toepasselijke IPR-bron*

De eerste vraag die rijst is of er een internationaal instrument bestaat dat het toepasselijk recht aanwijst op vorderingen tussen (a) ongehuwden en (b) in koude uitsluiting gehuwden met als inzet een zakelijk recht op hun gemeenschappelijke woning: een recht dat ook werking heeft tegenover derden en niet enkel tussen partijen.

Een toetsing van de reikwijdte van de herschikte Brussel I Verordening (hierna Brussel I*bis*) is niet nodig – zoals dat in deel I[13] wel is gedaan – nu deze Verordening niet ingaat op de IPR-vraag naar het toepasselijk recht.[14] De Rome I Veror-

5 Zie artikel 3:185 BW.
6 Zie artikel 3:300 BW e.v.
7 Zie artikel 3:185 BW.
8 Zie artikel 3:178 BW. Dit onderscheid is in de eerste bijdrage van dit drieluik uitvoerig besproken, mede naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.
9 Zie artikel 1:87 BW en artikel 3:172 BW. Vergoedingsrechten bij gehuwden kunnen ook geregeld worden in huwelijkse voorwaarden.
10 Zie artikel 3:172 BW, artikel 6:10 BW, artikel 6:212 BW, artikel 6:201 BW, artikel 6:248 BW. Vergoedingsrechten bij ongehuwden kunnen ook geregeld worden in een samenlevingsovereenkomst.
11 Het onderscheid binnen categorie III is in dit deel door voortschrijdend inzicht iets anders dan in deel I, hetgeen hierna bij de bespreking van de vorderingen E en F wordt toegelicht.
12 Groenleer & Sumner 2021, p. 356.
13 *Ibid*.
14 De Europese wetgever heeft in het begin van de Europeanisering van het internationaal privaatrecht gekozen voor een tweedeling tussen instrumenten die betrekking hebben op het internationaal procesrecht (de "Brussel" instrumenten) en instrumenten die betrekking hebben op het toepasselijk recht (de "Rome" instrumenten). Met de invoering van de Insolventie Verordening is hier een einde aan gekomen. Sindsdien worden Verordeningen per kwalificatie ingevoerd, bijvoorbeeld de Alimentatie Verordening, de Huwelijksvermogensrecht Verordening (HVR-Vo), de Erfrecht Verordening etc.

dening (hierna Rome I) kent als materieel toepassingsgebied volgens artikel 1 lid 1 "verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken". Aangezien de vorderingen uit categorie A en B niet voortvloeien uit een overeenkomst kan het toepasselijk recht niet op grond van Rome I worden vastgesteld; de Verordening is immers materieel niet van toepassing op grond van artikel 1 lid 1. De Rome II Verordening (hierna Rome II) is hetzelfde lot beschoren. Deze Verordening is volgens artikel 1 alleen materieel van toepassing op "niet-contractuele verbintenissen in burgerlijke en handelszaken" en dat zijn de vorderingen A en B niet.

Een ander mogelijk Europees instrument is de Huwelijksvermogensrechtverordening (hierna HVR-Vo). Deze Verordening mist eveneens toepassing, nu de litigieuze vorderingen niet onder het materiële toepassingsgebied van deze Verordening vallen. Voor ongehuwde stellen is dit duidelijk; zij zijn immers niet gehuwd. Ten aanzien van geschillen tussen in koude uitsluiting gehuwden is dat minder evident. Aangezien geschillen over hun gemeenschappelijke woning niet kwalificeren als geschillen over het "huwelijksvermogensrechtstelsel" in de zin van artikel 3 HVR-Vo, vallen deze geschillen buiten het toepassingsgebied van de Verordening.[15] Met andere woorden: de woning is gemeenschappelijk op grond van het algemene vermogensrecht en niet op grond van het huwelijksvermogensrecht.[16] Om dezelfde reden zijn de internationale verdragen op het gebied van het huwelijksvermogensrecht (te weten het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905 (hierna HHV 1905) en het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 (hierna HVR 1978) niet van toepassing. De vorderingen A en B vallen immers niet onder de materiële reikwijdte van deze verdragen, te weten het "huwelijksvermogensrecht".[17]

Dit betekent dat er geen Europees of internationaal instrument is dat het toepasselijk recht op het goederenrechtelijk regime van de eenvoudige gemeenschap van woning aanwijst. Bij gebrek aan een supranationale bron is het Nederlandse commune IPR van toepassing.[18] De Nederlandse commune conflictregels zijn grotendeels neergelegd in Boek 10 BW.[19] Boek 10 BW bestaat uit 16 titels, waarvan Titel 10 het goederenrecht omvat. Artikel 10:127 BW bevat de verwijzingsregels voor het goederenrechtelijke regime op een zaak.

2.2 *Artikel 10:127 BW*

De inhoud van artikel 10:127 BW behoort waarschijnlijk zelfs voor de meest doorgewinterde internationale familierecht advocaat niet tot zijn of haar parate kennis. Dit artikel luidt (met uitzondering van lid 2 en 3 dat over schepen en luchtvaartuigen gaat) als volgt:

> 1. Behoudens voor zover in de leden 2 en 3 anders is bepaald, wordt het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt.
> […]
> 4. Het in de vorige leden bedoelde recht bepaalt in het bijzonder:
>   a. of een zaak roerend of onroerend is;
>   b. wat een bestanddeel van een zaak is;
>   c. of een zaak vatbaar is voor overdracht van de eigendom ervan of vestiging van een recht erop;
>   d. welke vereisten aan een overdracht of vestiging worden gesteld;
>   e. welke rechten op een zaak kunnen rusten en welke de aard en de inhoud van deze rechten zijn;
>   f. op welke wijze die rechten ontstaan, zich wijzigen, overgaan en tenietgaan en welke hun onderlinge verhouding is.
> 5. Voor de toepassing van het vorige lid is, wat betreft de verkrijging, de vestiging, de overgang, de wijziging of het tenietgaan van rechten op een zaak, bepalend het tijdstip waarop de daarvoor noodzakelijke rechtsfeiten geschieden.
> 6. De voorgaande leden zijn van overeenkomstige toepassing in het geval van overdracht en van vestiging van rechten op zakelijke rechten.

Artikel 10:127 lid 1 BW omvat de zogenaamde verwijzingsregel. De regel van lid 1 luidt dat de *lex rei sitae*, het recht van het land van ligging, het goederenrechtelijk regime met betrekking tot een zaak beheerst.[20] Artikel 10:127 lid 4 BW bepaalt (niet limitatief) de omvang van het verwijzingsstatuut, te weten ook de onderlinge rechten van partijen op de zaak.[21] Dit betekent dat als de litigieuze woning in Nederland is gelegen op grond van artikel 10:127 lid 1 BW Nederlands recht van toepassing is op de vorderingen A en B.

Aangezien de internationale bevoegdheid van de rechter op grond van artikel 24 Brussel I*bis* Verordening is gebaseerd op de *forum rei sitae*, leidt de conflictregel van artikel 10:127 lid 1 BW tot toepassing van eigen recht in de overgrote meerderheid van de gevallen. Met toepassing van artikel 24 Brussel I*bis* enerzijds voor wat de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter betreft en artikel 10:127 lid 1 BW anderzijds voor wat het toepasselijk recht betreft, wordt recht gedaan aan het zogenoemde *Gleichlauf* beginsel (met andere woorden eenheid tussen bevoegdheid en toepasselijk recht).[22]

15 Zie hiervoor Groenleer & Sumner 2021, p. 354-362.
16 I.S. Joppe, *Praktijkreeks Huwelijksvermogensrecht*, Maklu: Apeldoorn 2010, p. 45, en Asser/Vonken & Ibili, *Deel 10:II*, 2023, §231.
17 Artikel 1 lid 1 HVR 1978 en artikel 1 lid 1 HHV 1905.
18 Artikel 10:1 BW.
19 De verwijzingsregels uit het *Chelouche-van-Leer*-arrest (HR 10 december 1976) zijn niet van toepassing om dezelfde reden als op grond waarvan de internationale bronnen op het gebied van het huwelijksvermogensrecht niet van toepassing zijn.
20 F. Ibili, *Praktijkreeks Goederenrecht*, Maklu: Apeldoorn 2014, p. 24 en L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding in het Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2019, p. 309.
21 Artikel 10:127 lid 4 sub f BW.
22 Zie verder Asser/Vonken, *Deel 10:I*, 2023, §46 en 47.

Als de woning in het buitenland is gelegen zal doorgaans aan de Nederlandse rechter geen internationale bevoegdheid toekomen om van de vorderingen A en B kennis te nemen. In dat geval zal de rechtbank niet toekomen aan de vraag welk recht van toepassing is. Dat is alleen anders in de zeer uitzonderlijke gevallen zoals die zijn uitgewerkt in § 2.2 van Deel I van dit drieluik,[23] waarin de rechtbank *niet* de zogenaamde 'reflexwerking' aan artikel 24 Brussel I*bis* toekent.[24]In deze uitzonderlijke gevallen zou derhalve de Nederlandse rechter zich internationaal bevoegd kunnen verklaren om kennis te nemen van de vorderingen A en B, terwijl de litigieuze woning in het buitenland is gelegen. De Nederlandse rechter zal dan buitenlands recht, te weten de *lex rei sitae*, op deze vorderingen moeten toepassen ingevolge artikel 10:127 lid 1 BW.

Concreet brengt toepassing van artikel 10:127 lid 1 BW mee dat artikel 3:166 BW en 3:178 BW[25] van toepassing zijn op in Nederland gelegen woningen. Artikel 3:166 BW bepaalt dat de deelgenoten voor gelijke delen gerechtigd zijn in de eenvoudige gemeenschap die zij met elkaar hebben. Artikel 3:178 lid 1 BW bepaalt dat geen enkele deelgenoot geacht kan worden in een onverdeeldheid te blijven en dus te allen tijde verdeling van de eenvoudige gemeenschap kan vorderen. Deze beide artikelen gaan over de onderlinge verhoudingen van de rechten van partijen op hun gemeenschappelijke woning en vallen daarmee onder het bereik van artikel 10:127 lid 1 BW.[26] In dit verband is de conclusie van de A-G[27] bij de uitspraak van de Hoge Raad van 18 november 2011 interessant.[28]

> "Bovendien kan het middel geen doel treffen, omdat het bestreden oordeel van het hof juist is. In cassatie staat vast dat op grond van het toepasselijke Turkse huwelijksvermogensrecht tussen partijen vanaf de huwelijkssluiting in 1980 tot 1 januari 2002 geen huwelijksgoederengemeenschap bestond. Voorts staat in cassatie vast dat partijen de voormalige in Nederland gelegen echtelijke woning gezamenlijk in 1995 hebben gekocht. Uit dit een en ander vloeit voort dat de voormalige echtelijke woning geen deel uitmaakt van een huwelijksgoederengemeenschap tussen partijen en dat, nu de woning in Nederland is gelegen, het goederenrechtelijke regime met betrekking tot de woning krachtens de in art. 2 lid 1 van de Wet conflictenrecht goederenrecht (Wet van 25 februari 2008, *Stb.* 70) neergelegde lex rei sitae-regel wordt bepaald door het Nederlandse recht. Het hof heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat op de verdeling en verrekening van de overwaarde van de woning niet Turks huwelijksvermogensrecht, maar Nederlands goederenrecht van toepassing is."

In deze zaak was artikel 2 lid 1 Wet conflictenrecht goederenrecht van toepassing. Dat is de voorloper van artikel 10:127 BW. Artikel 2 lid 1 Wet conflictenrecht goederenrecht is ongewijzigd in Boek 10 BW overgenomen in artikel 10:127 BW. De rechtbank was gevraagd de in Nederland gelegen woning te verdelen. Ten aanzien van deze vordering was duidelijk de Nederlandse rechter bevoegd en diende Nederlands recht te worden toegepast.

In deze zaak was daarnaast een vordering ingediend met betrekking tot de verrekening van de overwaarde. Ook op deze vordering was op grond van artikel 10:127 lid 1 BW het Nederlands recht van toepassing. Verrekening van de overwaarde vloeit immers voort uit artikel 3:166 BW (vallend onder de reikwijdte van artikel 10:127 lid 1 BW, via lid 4 sub f). De toedeling van de woning en de verrekening van de overwaarde van de waarde zijn gekoppeld aan elkaar. Indien de rechter bijvoorbeeld de woning aan een echtgenoot toedeelt, waarbij deze veroordeeld wordt een overbedelingsuitkering van € 100.000,-- aan de andere echtgenoot te betalen omdat de (hypotheekvrije) woning € 200.000,-- waard is, dan is de juridische grondslag voor deze vermogensoverheveling gelegen in artikel 3:166 BW. Dat artikel bepaalt immers dat in dit geval de echtgenoten voor gelijke delen gerechtigd zijn in hun gemeenschappelijke woning.[29]

Eenzelfde lijn werd gevolgd door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de uitspraak van 16 april 2019.[30] In deze zaak heeft de vrouw gevorderd haar te machtigen om de gemeenschappelijke woning van haar en haar echtgenoot te verkopen en te leveren aan derden. De gemeenschappelijke woning vormt een 'eenvoudige gemeenschap' omdat partijen volgens Iraans huwelijksvermogensrecht in koude uitsluiting waren gehuwd en de woning wel op beider naam stond. Toewijzing van deze vordering van de vrouw werkt niet enkel tussen de vrouw en de man, maar ook richting derden. Daarom valt deze vordering onder categorie I; het betreft een zakelijk recht. Dit betekent dat de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is en dat het Nederlandse recht van toepassing is. Artikel 3:174 BW wordt weliswaar in de uitspraak niet expliciet genoemd als de juridische grondslag waar de vordering van de vrouw op berust, maar

23 Groenleer & Sumner 2021, p. 356.

24 Zie Groenleer & Sumner 2021, p. 354-362 en verder over deze materie L.M. van Bochove, 'De herschikte EEX-Vo en derde landen: het formele toepassingsgebied van de Verordening nader bezien', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2017, p. 1-10.

25 Dat geldt niet voor alle bepalingen van Titel 3.7 BW. Deze titel heeft een hybride karakter omdat niet alle bepalingen als goederenrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd. Elke artikel zal apart moeten worden gekwalificeerd binnen het IPR.

26 Niet alleen de regel die in lid 1 van artikel 3:178 BW besloten ligt, valt onder de scope van artikel 10:127 lid 1 BW, maar ook de mogelijkheid die lid 3 geeft om de rechter te vragen de eenvoudige gemeenschap voor 3 jaar onverdeeld te laten en de mogelijkheid die lid 5 geeft voor deelgenoten om af te spreken de eenvoudige gemeenschap voor een bepaalde periode (maximaal 5 jaar) onverdeeld te laten.

27 ECLI:NL:PHR:2011:BS1684.

28 ECLI:NL:HR:2011:BS1684. De Hoge Raad deed de zaak met gebruik van artikel 81 RO af.

29 In de situatie dat ook vergoedingsrechten een rol spelen, is het vaststellen van het toepasselijk recht wat ingewikkelder, hetgeen hierna bij de bespreking van de vorderingen E en F wordt toegelicht.

30 ECLI:NL:GHARL:2019:3419.

de machtiging die het hof aan haar geeft, vloeit wel uit deze bepaling voort.[31]

Een laatste uitspraak die in deze categorie bespreking verdient, is de uitspraak van Rechtbank Limburg van 12 mei 2021.[32] In deze zaak vragen beide echtgenoten toedeling van de in Nederland gelegen woning; inzet is derhalve een zakelijk recht (vordering A). De rechtbank overweegt dat nu partijen beiden verwijzen naar bepalingen uit het Nederlands recht, de rechtbank ervan uitgaat dat zij een rechtskeuze doen voor Nederlands recht en de verdeling van de eenvoudige gemeenschap van de in Nederland gelegen woning daarom wordt beheerst door Boek 3 BW, Titel 7, Afdeling 1. De rechtbank oordeelt in deze zaak dus niet dat Nederlands recht van toepassing is op grond van artikel 10:127 lid 1 BW, maar op grond van een rechtskeuze. Het aannemen van een (impliciete) rechtskeuze voor Nederlands recht is echter niet mogelijk.[33] Juist het gesloten stelsel van het Nederlandse goederenrecht heeft ertoe geleid dat de wetgever in Titel 10 van Boek 10 BW alleen in specifieke gevallen zeer beperkt rechtskeuzes toestaat. Hoewel het eindresultaat in deze uitspraak juist is, namelijk toepassing van het Nederlandse recht, is de weg daarnaartoe dogmatisch niet correct.

Uit het voorgaande volgt dat er eensgezindheid lijkt te bestaan over het toepasselijk recht op de vorderingen A en B die als inzet een zakelijk recht hebben. Op in Nederland gelegen onroerend goed is via artikel 10:127 lid 1 BW het Nederlandse goederenrecht van toepassing en dat leidt weer via artikel 10:127 lid 4 sub f BW tot toepassing van de artikelen 3:174 BW, 3:178 BW en 3:166 BW.[34]

2.3 *Voorbeelden*

In Deel I van dit drieluik[35] zijn verschillende casusposities als voorbeelden beschreven. Deze casussen zullen in deze bijdrage ook worden gebruikt, voor zover mogelijk.

Voorbeeld 1: Gehuwd met koude uitsluiting en woning in NL

Partijen zijn gehuwd. Zij wonen in Den Haag en bezitten allebei de Franse nationaliteit. Ze hebben samen een woning in Den Haag. Zij hebben Franse huwelijkse voorwaarden, met daarin een rechtskeuze voor Frans recht en een regimekeuze voor een volledige uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. De man verzoekt naast de echtscheiding bij wege van nevenvoorzieningen toedeling van de woning aan hem. De Nederlandse rechter is bevoegd van dit laatste verzoek kennis te nemen op grond van artikel 24 Brussel I*bis*. Stel dat er nog een tweede gezamenlijke woning in Frankrijk zou zijn, dan is de Nederlandse rechter niet bevoegd ten aanzien van die woning. Over die woning dient de Franse rechter zich te buigen. Op de vordering tot toedeling van de woning in Nederland zal het Nederlandse recht van toepassing zijn (art. 10:127 lid 1 BW); op de vordering ten aanzien van de Franse woning wordt het toepasselijk recht niet vastgesteld omdat de Nederlandse rechter hierover geen beslissing kan nemen.

Voorbeeld 2: Ongehuwd en woning in andere EU-lidstaat

Partijen wonen in Lissabon en bezitten allebei de Nederlandse nationaliteit. Ze zijn niet gehuwd. Ze hebben samen zowel een woning in Den Haag als in Lissabon. De man wenst toedeling van beide woningen aan hem. De Nederlandse rechter is bevoegd kennis te nemen van zijn vordering tot toedeling van de woning in Den Haag aan hem, maar niet van zijn vordering tot toedeling van de woning in Lissabon aan hem. Zelfs indien partijen het daarover eens zouden zijn, kan de Nederlandse rechter zich niet op deze grond (forumkeuze) bevoegd achten.[36] Evenmin kan de Nederlandse rechter bevoegdheid aannemen voor de woning in Lissabon, 'meeliftende' op zijn internationale bevoegdheid voor de woning in Den Haag. Een dergelijke afgeleide bevoegdheid kent Brussel I*bis* niet. De Nederlandse rechter zal op de vordering van de man tot toedeling van de in Nederland gelegen woning aan hem Nederlands recht toepassen (artikel 10:127 BW). De Nederlandse rechter zal niet toekomen aan de vraag naar het toepasselijk recht op de vordering tot toedeling van de woning in Lissabon aan de man, aangezien er geen internationale bevoegdheid is om kennis te nemen van die vordering.

Voorbeeld 3: Gehuwd met koude uitsluiting, woning buiten de EU

Partijen zijn getrouwd met huwelijkse voorwaarden met daarin een koude uitsluiting. Partijen wonen in Amsterdam, maar hebben een woning in Suriname. Partijen gaan uit elkaar. De man wenst toedeling van de woning aan hem. Aangezien de woning buiten de EU ligt, kan de Nederlandse rechter geen bevoegdheid aannemen op grond van artikel

31 Ten onrechte staat in de uitspraak vermeld dat de machtiging voortvloeit uit artikel 3:178 BW. Dat moet artikel 3:174 BW zijn. Uit artikel 3:178 BW volgt immers enkel dat de vrouw de rechter kan vragen de gemeenschappelijke woning te verdelen, maar niet dat zij gemachtigd kan worden om met uitsluiting van de man de verkoop en levering van de gemeenschappelijke woning te realiseren. Daar is artikel 3:174 BW voor geschreven (welke artikel onder de scope van artikel 10:127 BW valt).

32 ECLI:NL:RBLIM:2021:4072.

33 Dat deed ook Hof Den Haag in zijn uitspraak van 3 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2894: *"Aangezien de verdeling van een eenvoudige gemeenschap en de daarmee samenhangende vorderingen ter vrije dispositie van partijen staan en niet de goederenrechtelijke overgang van de onroerende zaken zelf betreft, zal het hof de (impliciete) rechtskeuze van partijen voor Nederlands recht respecteren."* De daarmee samenhangende vorderingen betroffen vergoedingsrechten en verrekeningen van de hypothecaire lasten. Dat zijn inderdaad vorderingen die ter vrije beschikking staan van partijen, maar de verdeling van de eenvoudige gemeenschap is dat niet. Dat is een goederenrechtelijke kwestie. Het lijkt er echter op dat niet de vaststelling van de verdeling van de eenvoudige gemeenschap is gevorderd, doch het gelasten van de wijze van verdeling. Dat laatste is geen goederenrechtelijke vordering. Verwezen zij naar voetnoot 31 van bijdrage I van dit drieluik waarin deze uitspraak wordt besproken in het kader van de bevoegdheidsvraag.

34 Ibili 2014, p. 24.

35 Groenleer & Sumner 2021, p. 357.

36 Een (stilzwijgende) forumkeuze in afwijking van artikel 24 Brussel I*bis* is namelijk niet mogelijk (artikel 25 lid 4 en 26 Brussel I bis Vo). Zie ook M. Groenleer, 'De forumkeuze in internationale echtscheidingen', *EB* 2019/2, § 3.2.

24 lid 1 Brussel I*bis*. Wel zou de Nederlandse rechter bevoegd zijn op grond van artikel 4 lid 1 Brussel I*bis*, omdat de vrouw woonplaats in Nederland heeft. De vraag is echter of er reflexwerking aan artikel 24 Brussel I*bis* dient te worden toegekend.[37] Zo ja, dan is de Nederlandse rechter onbevoegd. Zo nee, dan zou de Nederlandse rechter zich toch bevoegd kunnen verklaren op grond van artikel 4 Brussel I*bis*[38] nu de vrouw in Nederland woont. In dit geval zal de Nederlandse rechter toch het recht van Suriname moeten toepassen op grond van artikel 10:127 lid 1 BW; een rechtskeuze is niet mogelijk.

3. Categorie II: Persoonlijke rechten (Vorderingen C en D)

3.1 *Toepasselijke IPR-bron*

Ook hier rijst allereerst weer de vraag of er een internationaal instrument is, of bij gebreke daarvan een commune regel, welke het toepasselijk recht aanwijst op de vorderingen C en D (persoonlijke rechten). Om deze vraag te kunnen beantwoorden moeten deze vorderingen eerst worden gekwalificeerd. Dit betreft een wat lastigere exercitie – zoals uit het onderstaande zal blijken – dan die nodig was voor de onzes inziens vrij evidente kwalificatie van de in de vorige paragraaf besproken vorderingen A en B als zakelijke rechten.

Het uitgangspunt in het IPR is dat een concrete rechtsverhouding het object is van een verwijzingsregel; het is derhalve de rechtsverhouding die gekwalificeerd moet worden.[39] Wat is in het geval van de vorderingen van C en D de rechtsverhouding die ten grondslag ligt aan het geschil tussen partijen? Een verbintenis uit overeenkomst? Of is de rechtsverhouding toch gelegen in het goederenrecht? Geconstateerd kan worden dat de vorderingen C en D niet voortvloeien uit een overeenkomst nu er geen overeenkomst ten grondslag ligt aan deze vorderingen, zoals bijvoorbeeld de vordering om mee te werken aan de verkoop van de woning. Daardoor is aansluiting bij de kwalificatie "verbintenissen uit overeenkomst" niet mogelijk. Gebruik van Rome I is dus uitgesloten. Aansluiting bij de kwalificatie "niet-contractuele verbintenissen" is evenmin mogelijk, waardoor Rome II ook toepassing mist. Zowel in dit deel als in het vorige deel van dit drieluik[40] is al aangegeven dat deze vorderingen evenmin als huwelijksvermogensrechtelijk te kwalificeren zijn, om welke reden het HHV 1905, het HVR 1978 en de HVR-Vo niet van toepassing zijn. De vorderingen C en D zien niet op een zakelijk recht, maar op een persoonlijk recht. Dit onderscheid is door het Hof van Justitie van de Europese Unie duidelijk gemaakt in het kader van de afbakening van de reikwijdte van artikel 24 Brussel I*bis* Verordening.[41] In § 3.1 van Deel I van dit drieluik[42] is toegelicht waarom de vorderingen C en D niet als goederenrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd; de vorderingen C en D binden immers enkel partijen zelf, en niet ook derden. Nu de vorderingen niet goederenrechtelijk van aard zijn, kan geen gebruik worden gemaakt van Titel 10, Boek 10, BW.

Kortom, de vorderingen C en D zijn 'categorieloos', waardoor zij niet onder de reikwijdte van een bestaande verwijzingscategorie vallen, met als gevolg dat er geen supranationale bron of nationale bron van toepassing is om het toepasselijk recht op deze vorderingen aan te wijzen. Er is dus sprake van een categorie *sui generis*. Een ander voorbeeld daarvan binnen het familierecht is de bruidsgave of bruidsschat.[43] Nu sprake is van een categorie *sui generis*, rijst de vraag bij welke verwijzingscategorie de vorderingen C en D het beste aansluiten.

3.2 *Artikel 10:3 BW*[44]

Wanneer de Nederlandse rechter niet de verdeling van de eenvoudige gemeenschap van woning vaststelt (vordering A), maar de wijze van verdeling gelast (vordering C),[45] dan bepaalt hij hoe partijen hun gemeenschappelijke woning moeten gaan verdelen met de door de rechter bepaalde spelregels. De rechter stelt vast welke spelregels partijen in dit proces van verdeling in acht moeten nemen.[46] Onder de wijze van verdeling gelasten valt ook het befaamde 'spoorboekje' voor overname of toedeling van de woning.[47] Het spoorboekje geeft procedurele richtlijnen die partijen meekrijgen om hun gemeenschappelijke woning te verdelen. Het is feitelijk een stappenplan waarin de rechter de stappen uitwerkt die partijen moeten nemen om tot toedeling of verkoop van de woning te komen. Denk aan de wijze waarop de makelaar benoemd moet worden, de in acht te nemen termijnen, de vraag- en laatprijs etc. Het spoorboekje heeft een louter procesmatig karakter. Dat geldt ook voor de beslissing een deelgenoot te veroordelen tot medewerking aan verkoop en levering van de woning (vordering D). Wanneer de rechter niet zelf de verdeling vaststelt (vordering A), maar het proces voorschrijft dat partijen moeten volgen om tot verdeling te komen, zijn dat hoofdzakelijk beslissingen van procesmatige aard. Het lijkt onzes inziens daarom het meest zuiver om voor de vorderingen C en D

37 Zie verder Van Bochove 2017, p. 1-10.
38 Voor een vergelijkbare zaak waarin geen reflexwerking werd toegekend: Gerechtshof Den Haag 22 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3061.
39 Asser/Vonken, *Deel 10:I*, 2023, §384, p. 350.
40 Groenleer & Sumner 2021, p. 357-358.
41 Bijvoorbeeld HvJ EG 5 april 2001, ECLI:EU:C:2001:209, *NJ* 2002/418.
42 Groenleer & Sumner 2021, p. 357-358.
43 Zie bijvoorbeeld de uitgebreide behandeling hiervan door de Advocaat-Generaal, Parket Hoge Raad 27 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:958, § 2.12 en B.E. Reinhartz & K. Heinze-Briesemeister, *Invloed van islamitische rechtsfiguren in het civiele recht in Nederland*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Wolf Legal Publishers 2012, p. 25-64.
44 Analogische toepassing van de regels uit het goederenrecht zou onzes inziens niet wenselijk zijn, vooral gelet op de strikte scheidingslijn tussen zakelijk en persoonlijke rechten die mede door het Hof van Justitie van de EU wordt gemaakt. De persoonlijke rechten werken immers niet *erga omnes*, terwijl zakelijke rechten wel.
45 Artikel 3:185 BW.
46 Voor het verschil tussen de verdeling door de rechter en de wijze van verdeling gelasten, zie B. Breederveld, in: L. Coenraad e.a., *Compendium Echtscheiding*, Sdu: Den Haag 2019, p. 323 e.v.
47 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 28 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:128. De juridische basis voor die aanpak is gelegen in artikel 3:185 BW.

– welke een procesmatig karakter hebben – aan te sluiten bij de IPR-kwalificatie 'procesrecht'. Procesmatige handelingen schuren immers aan tegen procesrechtelijke handelingen. Het procesrecht heeft als doel het in goede banen leiden van een rechtelijke procedure. Het gelasten van de wijze van verdeling van een woning heeft als doel het in goede banen leiden van het verdelingsproces. In deze gedachtelijn zou analoge toepassing van de IPR-kwalificatie "procesrecht" passend zijn voor de vorderingen C en D.

Artikel 10:3 BW bepaalt dat Nederlands procesrecht altijd van toepassing is op Nederlandse rechterlijke procedures (*lex fori processus*).[48] Artikel 10:3 BW geeft aan dat de *wijze van procederen* ten overstaan van de Nederlandse rechtstoepasser wordt beheerst door het Nederlandse recht.[49] Zoals Vonken aangeeft:

> "De *lex-fori processus*-regel omvat onder meer de kwesties van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, het aanhangig maken van een geschil bij verzoekschrift of dagvaarding, de rechtsmiddelen en de termijnen (hun aanvang, duur en einde), de mededeling/betekening van stukken, de bewijsvergaring, de erkenning en de tenuitvoerlegging van vonnissen en akten, het beslagrecht en voor voorlopige maatregelen."[50]

De vorderingen C en D lijken op het eerste gezicht niet te vallen onder de werking van deze bepaling. De vorderingen hebben immers geen betrekking op *procesrechtelijke* vragen, maar hebben betrekking op *procesmatige* handelingen. Echter, gelet op de verschillende (niet passende) kwalificaties die hierboven de revue hebben gepasseerd, lijkt analoge toepassing van artikel 10:3 BW het meest recht te doen aan deze vorderingen. Deze lijn doortrekkende betekent dit dat wanneer de Nederlandse rechter in een voor hem aanhangige procedure een beslissing moet nemen op de vorderingen C en D, hij op grond van analoge toepassing van artikel 10:3 BW Nederlands recht zal moeten toepassen op deze vorderingen.

Als de gemeenschappelijke woning in Nederland is gelegen, is de Nederlandse rechter internationaal bevoegd om te beslissen over de vorderingen A en B, waarop hij Nederlands recht zal toepassen op grond van artikel 10:127 lid 1 BW, zoals hierboven is uitgewerkt. Als de Nederlandse rechter ook bevoegdheid toekomt om over de vorderingen C en D te beslissen, zal hij met analoge toepassing van artikel 10:3 BW Nederlands recht van toepassing verklaren op de vorderingen C en D en daarmee artikel 3:185 BW dat in Nederland de juridische grondslag is voor deze vorderingen. Een dergelijke redenering heeft als bijkomend voordeel dat op de verschillende vorderingen hetzelfde recht wordt toegepast: Nederlands recht op de in Nederland gelegen woning. Dat bevordert een consistente en coherente oplossing, en komt daarmee het proces en de rechtszekerheid ten goede.[51] Analoge toepassing van artikel 10:3 BW wordt om deze reden ook gelegitimeerd vanuit het beginsel van de rechtszekerheid. Indien de Nederlandse rechter geen bevoegdheid toekomt om te beslissen op de vorderingen C en D wordt ook niet toegekomen aan de vraag naar toepasselijk recht.

3.3 *Jurisprudentie*

In de hierboven aangehaalde uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 16 april 2019[52] bepaalt het hof – samengevat – dat de man moet meewerken aan bezichtigingen van de in Nederland gelegen gemeenschappelijke woning van partijen (nu hij er nog woont) en benoemt het hof de makelaar. Deze beslissingen vallen onder categorie II. Het hof besteedt geen overweging aan het toepasselijke recht op deze beslissingen, maar lijkt voort te borduren op toepassing van Nederlands recht op de machtiging ex artikel 10:127 lid 1 BW jo. 3:178 BW (eigenlijk 3:174 BW). Dat is niet juist. De veroordeling van de man mee te werken aan bezichtigingen heeft een procesmatig karakter. Via analoge toepassing van artikel 10:3 BW is Nederlands recht van toepassing op de daartoe strekkende vordering. Het resultaat is dus identiek, maar de weg naar ertoe anders.

In een vonnis van 23 juni 2021[53] past de Rechtbank Den Haag artikel 10:127 lid 1 BW toe in een geschil tussen twee Marokkaanse echtgenoten die buiten enige gemeenschap van goederen zijn gehuwd, maar wel een woning in Nederland in gemeenschappelijke eigendom hebben. De rechtbank overweegt dat niet relevant is welk huwelijksvermogensrecht van toepassing is en voorts:

> "In de dagvaarding is opgenomen dat partijen hun vermogensrechtelijke verhouding ten tijde van de huwelijkssluiting niet geregeld hebben door aan te wijzen aan welk recht deze is onderworpen. In die situatie is volgens de verwijzingsregels van Chelouche/Van Leer in beginsel het recht van toepassing van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten ten tijde van de huwelijkssluiting. Daarom is, zover partijen ten tijde van de huwelijkssluiting uitsluitend de Marokkaanse nationaliteit gemeenschappelijk hadden, in zoverre Marokkaans recht van toepassing. Naar Marokkaans huwelijksvermogensrecht ontstaat door het huwelijk als zodanig geen gemeenschappelijk huwelijksvermogen. De woning staat echter wel op naam van beide partijen en is als zodanig hun gemeenschappelijk eigendom (een eenvoudige gemeenschap). In die situatie gelden de verwijzingsregels van Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (BW), en moet

48 A.E. Oderkerk, 'Boek 10 BW (IPR): Titel 1. Algemene Bepalingen – art. 1 tot en met art. 9', *WPNR* 2010, 6826, p. 26. Zie verder over de discussie of deze bepalingen überhaupt in Boek 10 BW dienden opgenomen te worden, A.P.M.J. Vonken, 'Artt. 1-10 IPR-Schets: algemene bepalingen', *WPNR* 1993, 6103, p. 622.

49 Asser/Vonken, *Deel 10:I*, 2023, § 38, p. 40.

50 Asser/Vonken, *Deel 10:I*, 2023, § 38, p. 41.

51 Zie verder I. Sumner, *Coherentie en consistentie in het internationaal familierecht*, Oratie Tilburg University, november 2018. Samenvatting beschikbaar I. Sumner, 'Coherentie en consistentie in het internationaal familierecht', *FJR* 2018/70, p. 341.

52 ECLI:NL:GHARL:2019:3419.

53 ECLI:NL:RBDHA:2021:6652.

het gevorderde ingevolge artikel 10:127 BW naar Nederlands recht worden beoordeeld. Verwezen wordt naar de conclusie van A-G mr. Strikwerda bij Hoge Raad 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BS1684, *RvdW* 2011/1423."

Dit lijkt in lijn met hetgeen hierboven is uitgewerkt bij categorie I. Uit de uitspraak blijkt echter dat de vorderingen waarop de rechtbank beslist, vorderingen als bedoeld in categorie II zijn. Artikel 10:127 lid 1 BW is dus niet van toepassing. Juister was geweest om via analoge toepassing van artikel 10:3 BW tot toepassing van Nederlands recht te komen op de vorderingen C en D. In een zeer recent voorbeeld heeft de Rechtbank Rotterdam overwogen dat Nederlands recht van toepassing is op de verdeling van een huis omdat "Het pand ligt in Nederland en partijen woonden in de relevante periode, en wonen tot op heden, in Nederland. Bovendien ligt in de stellingname van partijen een rechtskeuze voor Nederlands recht besloten."[54] Als de hierboven voorgestelde redenering zou worden gevolgd dan zou een rechtskeuze geen invloed dienen te hebben op de vaststelling van het toepasselijk recht.

3.4 *Voorbeelden*

Voorbeeld 4: Ongehuwd en vordering om woning te verkopen

Partijen (ongehuwd), beiden Nederlands, woonachtig in Lissabon, hebben samen een woning in Den Haag en een woning in Lissabon. De man vordert bij de Nederlandse rechter de verkoop van de beide woningen te gelasten. De Nederlandse rechter is niet bevoegd kennis te nemen van de vordering, ook niet ten aanzien van de woning in Den Haag. Deze vordering (C) valt namelijk niet onder de reikwijdte van artikel 24 Brussel I*bis*. De hoofdregel van artikel 4 lid 1 Brussel I*bis* is van toepassing aangezien de vrouw woonplaats heeft in een EU-lidstaat. De vrouw is gedaagde en woont in Portugal, dus de Portugese rechter is de enige bevoegde rechter. De Nederlandse rechter zou eventueel bevoegd kunnen zijn op grond van artikel 26 Brussel *Ibis* als de vrouw verschijnt en de bevoegdheid niet betwist. Het Nederlandse recht zal dan van toepassing zijn op de vorderingen op basis van een analoge toepassing van artikel 10:3 BW.

Voorbeeld 5: Gehuwd en vordering tot verlenen van medewerking

Partijen zijn beiden Nederlands en gehuwd. De man is sinds kort woonachtig in Mexico en de vrouw in Italië. Zij hebben nog een onverdeelde vakantiewoning in Zwitserland. De man verzoekt de scheiding en wil een uitspraak die de vrouw dwingt om mee te werken aan verkoop en levering van deze woning aan een potentiële koper. De Nederlandse rechter is niet bevoegd om van dit laatste verzoek kennis te nemen, nu de vrouw niet in Nederland woont. De Italiaanse rechter is hiertoe bevoegd op grond van artikel 4 lid 1 Brussel I*bis*. Aangezien de Nederlandse rechter niet bevoegd is, komt de rechter niet toe aan het vaststellen van het toepasselijk recht.

Voorbeeld 6: Gehuwd en vordering tot verlenen van medewerking buiten EU

Partijen zijn getrouwd met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen en wonen samen in de Verenigde Staten. Ze bezitten beiden de Nederlandse nationaliteit en hebben vroeger in Nederland gewoond. Ze hebben een woning op beider naam in Rotterdam. De man wil dat de woning nu wordt verkocht, maar de vrouw werkt hier niet aan mee. De man procedeert voor de Nederlandse rechter. Brussel I*bis* is niet van toepassing omdat de vrouw, gedaagde, geen woonplaats binnen de EU heeft, en de vordering betrekking heeft op een persoonlijk recht en niet op een zakelijk recht. Alle andere internationale instrumenten missen toepassing. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter dient aan de hand van artikel 1-14 Rv te worden bepaald. De rechter dient zich onbevoegd te verklaren omdat er geen enkele bevoegdheidsgrondslag bestaat waarop de Nederlandse rechter zich bevoegd kan verklaren. In dit geval wordt niet toegekomen aan de vraag over het toepasselijk recht.

4. Categorie III: Vergoedingsrechten (Vorderingen E en F)

4.1 *Toepasselijke IPR-bron*

Welke IPR-bron moet worden gebruikt om het toepasselijk recht te bepalen op geschillen over "vergoedingsrechten"? Is er een internationaal instrument dat het toepasselijk recht aanwijst op dit type vorderingen, of bij gebreke daarvan een commune regel? Ter beantwoording van deze vragen moet onderscheid worden gemaakt tussen vergoedingsrechten welke zijn gebaseerd op het huwelijksvermogensrecht en vergoedingsrechten welke dat niet zijn. Dat is een iets ander onderscheid dan is gehanteerd in bijdrage I van dit drieluik,[55] te weten tussen gehuwden en ongehuwden. In onze eerste bijdrage werd een onderscheid gemaakt tussen vergoedingsrechten van gehuwden enerzijds en vergoedingsrechten van ongehuwden anderzijds. Bij nader inzien is dat onderscheid wellicht niet helemaal dekkend en kan beter worden gesproken van vergoedingsrechten die gebaseerd zijn op het huwelijksvermogensrecht en vergoedingsrechten die gebaseerd zijn op het algemene vermogensrecht.[56] Hoewel ongehuwde samenwoners nooit een vergoedingsrecht op basis van het huwelijksvermogensrecht kunnen inroepen, is dat andersom niet altijd uitgesloten. Vandaar het onderscheid dat in deze bijdrage gemaakt wordt tussen vergoedingsrechten gebaseerd op het huwelijksvermogensrecht enerzijds en vergoedingsrechten gebaseerd op het algemene vermogensrecht anderzijds.

54 Rechtbank Rotterdam 12 juli 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:6120, r.o. 5.3.

55 Groenleer & Sumner 2021, p. 359-360.

56 De wijziging van deze benaming van deze categorieën brengt geen inhoudelijke verandering teweeg voor de informatie uit de eerste bijdrage van dit drieluik.

Het toepasselijk recht op de vorderingen E dient te worden vastgesteld aan de hand van de daartoe aangewezen internationale en nationale IPR-bronnen op het gebied van het huwelijksvermogensrecht:[57] de HVR-Vo, het HVR 1978, het HHV 1905 en de commune verwijzingsregels van het *Chelouche-van Leer*-arrest, met of zonder de *Sabah*- exceptie.[58]

Het bepalen van het toepasselijk recht op de vorderingen F is gecompliceerder. Een vergoedingsrecht is namelijk een vordering van de ene partij/mede-eigenaar van een gemeenschappelijke woning op de andere partij/mede-eigenaar, omdat hij of zij meer heeft geïnvesteerd in de woning dan waartoe hij of zij conform de eigendomsverhouding is gehouden, bijvoorbeeld door meer in te leggen bij de aanschaf van de woning, een groter deel op de hypothecaire geldlening af te lossen of een groter deel van een verbouwing te financieren. Hoe moet een dergelijk vergoedingsrecht dat is gebaseerd op het algemene vermogensrecht in het IPR worden gekwalificeerd?[59]

Indien het vergoedingsrecht wordt gebaseerd op rechtsfiguren als ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling, biedt Rome II soelaas. Het vergoedingsrecht kwalificeert dan als een "niet-contractuele verbintenis", zodat Rome II materieel van toepassing is.[60] Indien het vergoedingsrecht wordt gebaseerd op een samenlevingsovereenkomst is Rome I van toepassing. Rome I kent immers als materieel toepassingsgebied "verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken". Daar valt een samenlevingsovereenkomst ook onder. Het toepasselijke recht op vergoedingsrechten gebaseerd op een samenlevingsovereenkomst, wordt dus bepaald door Rome I.[61]

Wat nu als partners niets hebben afgesproken in hun samenlevingscontract over eventuele vergoedingen en er ook geen sprake is van rechtsfiguren als onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking? In dat geval kan er geen gebruik worden gemaakt van Rome I en evenmin van Rome II. Denk hierbij aan rechtsgronden die in het Nederlandse materiële recht in zulke situaties kunnen worden ingeroepen: artikel 6:10 BW indien één van de partners meer van de hypotheek heeft afgelost dan de ander, artikel 3:172 BW indien één van de partners meer van de daaronder vallende kosten heeft voldaan dan de ander, artikel 6:248 BW indien één van de partners meent dat hem of haar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een vergoedingsrecht toekomt. De vraag rijst hoe dergelijke vorderingen dienen te worden gekwalificeerd. Hoe komt men eigenlijk tot toepassing van het Nederlandse recht en dus tot toepassing van deze artikelen? Hoe zou bijvoorbeeld een vordering zoals die uit hoofde van artikel 6:10 BW gekwalificeerd moeten worden binnen het IPR?

Voor zover de vorderingen niet onder de verwijzingscategorie van "niet-contractuele verbintenissen" of "contractuele verbintenissen" onder te brengen zijn, rijst de vraag waar zij dan wel onder kunnen worden gebracht. Zij kunnen niet onder de verwijzingscategorie "huwelijksvermogensrecht" gebracht worden nu deze vorderingen juist gebaseerd zijn op het algemene vermogensrecht. Verder is het duidelijk dat deze vorderingen geen zakelijke rechten betreffen, op grond waarvan een goederenrechtelijke kwalificatie evenmin mogelijk is. Andere in aanmerking komende verwijzingscategorieën zijn er niet. Wij kunnen derhalve niet anders concluderen dan dat deze vergoedingsrechten niet onder de reikwijdte van een bestaande IPR-verwijzingscategorie vallen, waardoor er geen bestaande IPR-bronnen (noch op internationaal noch op nationaal niveau) zijn die van toepassing zouden kunnen zijn op dergelijke vergoedingsrechten. Met andere woorden: deze vergoedingsrechten zijn 'categorieloos'. Dat doet de vraag rijzen bij welke verwijzingscategorie en daardoor bij welke verwijzingsregel deze vergoedingsrechten het beste kunnen aansluiten. In de volgende paragraaf zal getracht worden deze vraag te beantwoorden.

4.2 *Artikel 10:127 BW*

Basisgedachte binnen het conflictenrecht is om een rechtsverhouding onder te brengen bij het recht dat het nauwst is betrokken bij die rechtsverhouding.[62] Het criterium 'nauwste band' is derhalve in veel Europese verordeningen en internationale verdragen het uitgangspunt om het toepasselijk recht te bepalen.[63] Het zou in lijn met deze basisgedachte zijn om ook voor vergoedingsrechten buiten het huwelijksvermogensrecht aan te knopen bij het recht dat

57 ECLI:NL:RBROT:2021:7405. In deze zaak was het recht van Texas van toepassing op het huwelijksvermogensrecht en was de gemeenschappelijke woning van partijen in Texas gelegen. De juridische grondslag van de vordering van de man was gelegen in het huwelijksvermogensrecht en dus paste de rechtbank het recht van Nova Scotia toe op het vergoedingsrecht en niet zoals de man had gedaan het recht van Texas op grond van artikel 10:127 BW als *lex rei sitae*. De rechtbank overweegt namelijk: *"Op grond van artikel 10:127 BW wordt het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak beheerst door het recht van de staat op welk grondgebied de zaak zich bevindt. Tussen partijen bestaat geen geschil over een zakelijk recht op de woning in Texas. De eigendom van deze woning is tussen partijen niet in geschil. Tussen partijen is in geschil of de verkoopopbrengst van de woning die de man voor het huwelijk heeft verkocht, privé geld van de man betreft en of hij een vergoedingsrecht heeft omdat hij van die verkoopopbrengst USD 62.000,-- heeft aangewend ter aankoop van de woning in Texas. Deze vraag kan worden gekwalificeerd als een vraag op het gebied van het huwelijksvermogensrecht."*

58 Dit artikel zal verdere geen aandacht worden besteed aan deze categorie, aangezien er voldoende literatuur beschikbaar is over dit aparte onderwerp. Zie bijvoorbeeld M. ten Wolde, in: F. Ibili e.a. (red.), *Nederlands internationaal personen- en familierecht. Recht en Praktijk*, 3e druk, p. 99-155 en Asser/Vonken & Ibili, *Deel 10:II*, 2023, §219-378.

59 Het ontstaan van de "verbintenis" en de daarbij horende kwalificatie is in het Nederlandse interne recht tevens een onderwerp van discussie, zie verder Asser/Sieburgh, *Deel 6:I*, 2021, §52.

60 Formeel ook op grond van artikel 3 dat bepaalt dat Rome II een universeel toepassingsgebied kent.

61 Formeel ook op grond van artikel 2 dat bepaalt dat Rome I een universeel toepassingsgebied kent.

62 Als eerste door Von Savingy tot uitdrukking gebracht met *der Sitz des Rechtsverhältnisses*. Dit begrip is later door veel Europese stelsels overgenomen, waaronder *the most real connection, le principe de proximité, Prinzip der Stärksten Beziehung*. Zie verder Asser/Vonken, *Deel 10:I*, 2023, § 202-203, p. 187-188 met verdere verwijzingen.

63 Op deze regel bestaan vele uitzonderingen bijvoorbeeld op grond van het beschermingsbeginsel, het begunstigingsbeginsel en partijautonomie. Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 26-29.

het nauwst is verbonden met het vergoedingsrecht zelf. De vraag rijst derhalve met welk recht de hierboven genoemde niet binnen het IPR te kwalificeren vergoedingsrechten het nauwst zijn verbonden.[64]

Wij menen dat dit met de *lex rei sitae* is, het recht van het land van ligging van de gemeenschappelijke woning. De redenering van de partij die een beroep op het algemene vermogensrechtelijke vergoedingsrecht doet, is immers dat hij recht heeft op een groter deel van de (over)waarde van de woning op grond van investeringen die hij heeft gedaan in die woning. Weliswaar is een vergoedingsrecht geen zakelijk recht, maar wel een aanverwant recht dat betrekking heeft op de woning. Dat brengt ons ertoe aansluiting te zoeken bij een verwijzingscategorie van het goederenrecht, en dus bij de verwijzingsregel voor onroerende zaken, namelijk artikel 10:127 BW.

Niet alleen vinden wij via de weg van de nauwste betrokkenheid analoge toepassing van artikel 10:127 BW als IPR-bron passend. Ook via een andere weg leidt dit onzes inziens tot het meest redelijke en bevredigende resultaat. De verdeelsleutel die wordt toegepast op de verdeling van de (over)waarde van een gemeenschappelijke woning valt immers wel onder artikel 10:127 BW, meer specifiek onder lid 4 sub f, waarin is bepaald dat de onderlinge verhoudingen van de rechten van partijen op de woning onder het toepassingsgebied van artikel 10:127 BW vallen. Weliswaar gaat dit niet over de financiering van de woning op grond waarvan een verschillende gerechtigdheid zou kunnen bestaan, maar er zou toch wel een kunstmatig onderscheid ontstaan indien op geschillen omtrent vergoedingsrechten (als gevolg van een ongelijke financiering) een ander recht toepasselijk zou zijn dan op de verdeling van de (over)waarde (als gevolg van de eigendomsverhouding). In het geval dat in het hierboven genoemde cijfervoorbeeld de overnemende echtgenoot meent dat deze in plaats van € 100.000,--, slechts € 80.000,-- aan de andere echtgenoot hoeft te betalen om de woning toebedeeld te krijgen wegens een vergoedingsrecht op die andere echtgenoot van € 20.000,--, zou een uitkomst waarin het recht van land X van toepassing is op de verdeling van de waarde van de woning (€ 100.000,-- ieder) en het recht van land Y op het vergoedingsrecht van de man (ad € 20.000,--), wel buitengewoon ongelukkig zijn. Immers beiden maken onderdeel uit van de verdeelsleutel van de waarde van de woning en dus van het bedrag dat de overnemende echtgenoot uiteindelijk aan de andere echtgenoot is verschuldigd om de woning toebedeeld te krijgen. Het lijkt ons derhalve het meest in de rede te liggen artikel 10:127 BW analoog toe te passen op de vergoedingsrechten die binnen het IPR een *sui generis* vormen.

64 Een vergelijkbare oplossing is ook bedacht in artikel 10:51 BW ten aanzien van het toepasselijke recht op pensioenen. Dit onderwerp valt niet onder de materiële reikwijdte van het huwelijksvermogensrecht, maar op basis van de wettelijke regeling van artikel 10:51 BW is het toepasselijke recht op pensioenen gelijkgesteld aan het toepasselijke recht voor het huwelijksvermogensrecht.

4.3 *Jurisprudentie*

Rechtbank Den Haag oordeelde in haar uitspraak van 16 maart 2022 over verschillende geschilpunten tussen gewezen echtgenoten over hun gemeenschappelijke woning in Spanje.[65] Nadat de rechtbank vastgesteld heeft dat zij internationaal bevoegd is om van de verschillende vorderingen kennis te nemen overweegt zij ten aanzien van het toepasselijk recht: *"Ook geldt hierbij dat verzoeken ten aanzien van een vergoedingsvordering verbonden aan het specifieke vermogensbestanddeel moeten worden beoordeeld naar het recht waar dat goed is gelegen"*. De rechtbank maakt geen onderscheid tussen vorderingen E, die op het huwelijksvermogensrecht zijn gebaseerd en vorderingen F die op het algemene vermogensrecht zijn gebaseerd. Vergoedingsvorderingen die op het huwelijksvermogensrecht zijn gebaseerd moeten worden beoordeeld aan de hand van het toepasselijke huwelijksvermogensrecht en niet aan de hand van het recht waar de desbetreffende woning is gelegen. De rechtbank lijkt hier wel aansluiting te zoeken bij de hierboven uitgewerkte redenering dat om het toepasselijk recht op de vorderingen F te bepalen aansluiting moet worden gezocht – via analoge toepassing van artikel 10:127 BW – bij de *lex rei sitae*.

4.4 *Voorbeelden*

De voorbeelden uit deel I zijn aangepast.[66]

Voorbeeld 7: Gehuwd met vergoedingsrechten (1)

Partijen zijn getrouwd en hebben een woning in België. Zij hebben huwelijkse voorwaarden met een rechtskeuze voor Nederlands huwelijksvermogensrecht en een regimekeuze voor koude uitsluiting. De man heeft tijdens het huwelijk € 20.000,-- geïnvesteerd in de gemeenschappelijke woning. Die vraagt hij nu terug in de lopende echtscheidingsprocedure. Het verzoek van de man vindt zijn grondslag in het huwelijksvermogensrecht. De bevoegde Nederlandse rechter zal Nederlands huwelijksvermogensrecht toepassen en daarmee artikel 1:87 BW dat (mede) ziet op privé investeringen in een gemeenschappelijk goed.

Voorbeeld 8: Gehuwd met vergoedingsrechten (2)

Een Frans echtpaar heeft Franse huwelijkse voorwaarden met een rechtskeuze voor Frans huwelijksvermogensrecht en een regimekeuze voor koude uitsluiting. Ze wonen in Nederland alwaar zij een woning in gemeenschappelijke eigendom hebben. De man heeft tijdens het huwelijk € 100.000,-- meer geïnvesteerd in deze woning dan de vrouw. De woning wordt aan hem toebedeeld. Partijen verschillen van mening over de door de man aan de vrouw te betalen overbedelingsuitkering. Frans huwelijksvermogensrecht kent geen vergoedingsrechten binnen het huwelijk. De man bepleit – nu hij zich niet op artikel 1:87 BW kan beroepen omdat Nederlands huwelijksvermogensrecht niet

65 ECLI:NL:RBDHA:2022:2989. De rechtbank overweegt: "*Ook geldt hierbij dat verzoeken ten aanzien van een vergoedingsvordering verbonden aan het specifieke vermogensbestanddeel moeten worden beoordeeld naar het recht waar dat goed is gelegen*."

66 Groenleer & Sumner 2021, p. 360.

van toepassing is – dat hem een vergoedingsrecht toekomt op de vrouw op grond van artikel 3:172 BW. De juridische grondslag van de vordering van de man is gelegen in het algemene vermogensrecht. Deze vordering kan binnen het IPR niet gekwalificeerd worden en vormt een *sui generis*. Aansluiting moet worden gezocht bij de in artikel 10:127 BW neergelegde regel van de *lex rei sitae*. Dat betekent dat de bevoegde Nederlandse rechter Nederlands recht gaat toepassen (en dus artikel 3:172 BW) op de vaststelling van de overbedelingsuitkering die de man aan de vrouw is verschuldigd voor toedeling van de woning aan hem (rekening houdende met het vergoedingsrecht van hem op de vrouw).

Voorbeeld 9: Ongehuwd zonder samenlevingscontract

Partijen niet gehuwd en hebben geen samenlevingscontract. Ze hebben samen een vakantiewoning in Nederland. De vrouw woont in Nederland en de man in Luxemburg. De man vordert toedeling van de woning aan hem, bij de bepaling van de hoogte van de uitkoopsom die hij aan de vrouw is verschuldigd rekening houdende met zijn investering in de woning.

1) Die investering bestaat eruit dat de man een keuken van € 30.000,-- heeft gefinancierd met privé geld. Hij beroept zich op onverschuldigde betaling. De bevoegde Nederlandse rechter past op de vaststelling van de overbedelingsuitkering die de man aan de vrouw is verschuldigd Nederlands recht toe: op de verdeling van de (over)waarde op grond van artikel 10:127 BW (zodat hij tot toepassing van artikel 3:166 BW komt) en op het vergoedingsrecht van de man op grond van artikel 10 lid 3 Rome II (zodat hij tot toepassing van artikel 6:201 BW komt).
2) Die investering bestaat eruit dat de man alle aflossingen op de hypothecaire geldlening heeft voldaan. De bevoegde Nederlandse rechter past op de bepaling van de overbedelingsuitkering die de man aan de vrouw is verschuldigd Nederlands recht toe: op de verdeling van de (over)waarde op grond van artikel 10:127 BW (zodat hij tot toepassing van 3:166 BW komt) en op het vergoedingsrecht van de man op grond van analoge toepassing van artikel 10:127 BW (zodat hij tot toepassing van artikel 6:10 BW komt).

Voorbeeld 10: Ongehuwd met samenlevingscontract

Dezelfde casus maar nu hebben partijen een samenlevingscontract waar de man zijn vergoedingsrecht op baseert. De bevoegde Nederlandse rechter past op de bepaling van de overbedelingsuitkering die de man aan de vrouw is verschuldigd Nederlands recht toe: op de verdeling van de (over) waarde op grond van artikel 10:127 BW en op het vergoedingsrecht van de man op grond van artikel 4 lid 2 Rome I.

5. Discussie en conclusie

Het vaststellen van het toepasselijke recht op vorderingen die betrekking hebben op een eenvoudige gemeenschap is geen gemakkelijke taak. Hoewel de materie een veelal goederenrechtelijke 'smaak' heeft, zijn meerdere van deze vorderingen niet als goederenrechtelijk te kwalificeren. Een vordering om een echtgenoot te verplichten om medewerking te verlenen aan de verkoop van een woning, heeft uiteraard betrekking op een onroerende zaak, maar betreft geen zakelijk recht en kan dus niet rechtstreeks onder de verwijzingscategorie van het goederenrecht worden geplaatst. In deze bijdrage is getracht om de vastgestelde lacunes op te vullen, met voor de praktijk hanteerbare oplossingen, die bovendien vanuit een theoretische invalshoek te rechtvaardigen zijn. Zowel ten aanzien van de vorderingen die betrekking hebben op persoonlijke rechten als ten aanzien van vorderingsrechten die op het algemene vermogensrecht zijn gebaseerd, is aansluiting gezocht bij een verwante verwijzingscategorie: respectievelijk de verwijzingscategorie procesrecht (zie bijvoorbeeld artikel 10:3 BW) en de verwijzingscategorie goederenrecht (zie bijvoorbeeld artikel 10:127 BW).