CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL S. ROZÈS VAN 27 JANUARI 1982 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De onderhavige zaak betreft een verzoek om een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad der Nederlanden in de zaak W. tegen H.

De feiten zijn de volgende.

I — De heer H., van Nederlandse nationaliteit en woonachtig in België, en zijn echtgenote (W.), eveneens van Nederlandse nationaliteit en woonachtig in België, zijn in een rechtsstrijd verwikkeld. In een — thans in Nederland aanhangige — procedure inzake het beheer door de man van het privé-vermogen van de vrouw, wil deze een door de man opgesteld codicil, dat thans in bezit is van haar advocaat te Rotterdam, als bewijs gebruiken.

Voorts hebben de echtgenoten in Nederland een echtscheidingsprocedure ingeleid.

In kort geding verzocht de man de president van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam om een voorlopige maatregel strekkende tot de afgifte van het codicil, om te vermijden dat dit door zijn echtgenote in rechte dan wel anderszins tegen hem zou worden gebruikt.

De vrouw bestreed de bevoegdheid van de rechter in kort geding en, subsidiair, de gegrondheid van het verzoek om een voorlopige maatregel.

De president van de Arrondissementsrechtsbank te Rotterdam verklaarde zich bevoegd doch wees de vordering van de man af.

De man ging van deze uitspraak in hoger beroep bij het Gerechtshof te Den Haag; de echtgenote stelde eveneens — incidenteel — hoger beroep in en betoogde dat de president van de Arrondissementsrechtbank zich ten onrechte bevoegd had verklaard.

Het Gerechtshof wees het incidenteel beroep af. In zijn uitspraak op het principaal beroep vernietigde het de uitspraak van de rechter in kort geding, waarbij het de afgifte van het codicil beval en de vrouw verbood dit document te gebruiken, op straffe van een dwangsom.

De echtelieden stelden tegen dit arrest beroep tot cassatie in, de vrouw ten principale en de man incidenteel.

Het beroep ten principale stelt opnieuw het probleem aan de orde van de bevoegdheid van de president van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam om kennis te nemen van het verzoek om een voorlopige maatregel, te weten het verbod om het codicil te gebruiken. Onder deze omstandigheden heeft de Hoge Raad der Nederlanden het Hof krachtens de artikelen 1 en 2 van het Protocol betreffende de uitlegging van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: het Executieverdrag) de volgende vragen voorgelegd:

„1. Betreft de in artikel 1, tweede lid, aanhef en onder 1 voorziene uitsluiting van de toepasselijkheid van het Executieverdrag op ‚testamenten en erfenissen' vorderingen in rechte ingesteld door de maker van een codicil dat zich onder een ander bevindt,

1 — Vertaald uit het Frans.

welke vorderingen strekken tot afgifte van het codicil, tot vernietiging van fotocopiën, afschriften en weergaven daarvan en tot het verkrijgen van een verbod enige fotocopie, afschrift of weergave van dat stuk te (doen) houden of gebruiken, een en ander teneinde te voorkomen dat de in het codicil voorkomende verklaringen tegen de maker van het codicil als bewijs zouden worden gebruikt in een rechtsgeschil dat geen betrekking heeft op een testament of erfenis?

2. Betreft de in artikel 1, tweede lid, aanhef en onder 1 voorziene uitsluiting van de toepasselijkheid van het Executieverdrag op ‚het huwelijksgoederenrecht' vorderingen als onder a) vermeld indien deze worden ingesteld om te voorkomen dat de in het codicil voorkomende verklaringen tegen de maker van het codicil als bewijs zouden worden gebruikt in een rechtsgeschil betreffende beweerd onbevoegd of onjuist beheer door de maker van het codicil van het privé-vermogen van zijn vrouw, indien dit beheer moet worden beschouwd als nauw samenhangende met de vermogensrechtelijke betrekkingen die rechtsstreeks uit de huwelijksband voortvloeien?

3. Omvat het begrip ‚voorlopige of bewarende maatregelen' als bedoeld in artikel 24 de in de achttiende afdeling van de dertiende titel van het eerste boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziene mogelijkheid om in kort geding een onverwijlde voorziening bij voorraad te vorderen? Speelt daarbij een rol dat de voorziening wordt gevorderd in verband met een andere in Nederland aanhangige procedure?

4. Moet onder het in de tweede zin van artikel 18 bedoelde geval dat de verschijning van de verweerder uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid van de rechter te betwisten, begrepen worden het geval dat de verweerder de bevoegdheid van de rechter betwist en tevens subsidiair, voor het geval de rechter zich bevoegd mocht achten, de vordering ten gronde bestrijdt?"

II — In burgerlijke en handelszaken in de zin van artikel 1 Executieverdrag zijn ingevolge de in artikel 2, eerste alinea, voorziene normale regeling de gerechten van de staat waar de verweerder woonplaats heeft, bevoegd; in casu is de echtgenote woonachtig in België.

Evenwel zijn het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen van het toepassingsgebied van het Executieverdrag uitgesloten (artikel 1, tweede alinea, sub 1). Volgens het Gerechtshof betekent dit dat de Nederlandse rechter in casu bevoegd is, daar de echtelieden — die weliswaar woonachtig zijn in België — beiden de Nederlandse nationaliteit bezitten en derhalve te verwachten is dat na het overlijden van de man zijn nalatenschap naar Nederlands recht zal vererven.

Er bestaat evenwel een dubbele uitzondering op deze uitsluiting.

Luidens artikel 18 Executieverdrag is „buiten de gevallen dat zijn bevoegdheid voortspruit uit andere bepalingen van dit

verdrag, ... de rechter van een verdragsluitende Staat, voor wie de verweerder verschijnt, bevoegd. Dit voorschrift is niet van toepassing indien de verschijning uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten, of indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 bij uitsluiting bevoegd is".

Voorts bepaalt artikel 24: „In de wetgeving van een verdragsluitende Staat voorziene voorlopige of bewarende maatregelen kunnen bij de rechterlijke autoriteiten van die Staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere verdragsluitende Staat krachtens dit verdrag bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen".

Volgens de Hoge Raad rijst de vraag of, indien een van deze bepalingen van toepassing is, de president van de Arrondissementsrechtbank dan bevoegd was kennis te nemen van de vordering in kort geding van de man.

Ik zou willen beginnen met een onderzoek van de laatste twee vragen.

1. Geschillen met betrekking tot het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen zijn formeel van het toepassingsgebied van het Executieverdrag *uitgesloten.* Artikel 24 verleent een verdragsluitende staat slechts bevoegdheid tot het treffen van voorlopige of bewarende maatregelen indien het *bodemgeschil,* hoewel vallende onder de bevoegdheid van de rechter van een andere verdragsluitende staat, een door het Excutieverdrag bestreken materie betreft. Dit artikel kan derhalve in geen geval worden ingeroepen om de bepaling van openbare orde van artikel 1 Executieverdrag te ontwijken.

In het arrest van 27 maart 1979 (zaak 143/78, de Cavel, Jurispr. 1979, blz. 1055) heeft het Hof verklaard dat het Executieverdrag rechtens geen grondslag biedt om, wat zijn materiële werkingssfeer betreft, tussen voorlopige en definitieve maatregelen te onderscheiden. Hieraan wordt niet afgedaan door artikel 24, daar dit met zoveel woorden ziet op het geval waarin in een verdragsluitende staat voorlopige maatregelen worden bevolen, terwijl het gerecht van een andere verdragsluitende staat *„krachtens dit Verdrag"* bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen. Dit artikel kan derhalve niet worden ingeroepen om voorlopige of bewarende maatregelen met betrekking tot materies die van het toepassingsgebied van het Verdrag zijn uitgesloten, daaronder te doen vallen.

2. Zelfs ingeval de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ingevolge artikel 1 Executieverdrag is uitgesloten, moet volgens de Hoge Raad worden onderzocht of die rechter desalniettemin bevoegd is op grond van de omstandigheid dat de echtgenote is verschenen en daarbij niet alleen de bevoegdheid van de president van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, maar ook, subsidiair, de vordering ten gronde heeft bestreden (artikel 18).

Deze vraag brengt twee antwoorden met zich.

In de eerste plaats en overeenkomstig hetgeen ik met betrekking tot artikel 24 heb opgemerkt kan, zelfs indien de verweerder verschijnt en die verschijning niet uitsluitend ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten, de voor een dergelijk geval in artikel 18 voorziene bevoegdheid er niet toe leiden dat het toepassingsgebied van het Executieverdrag

wordt uitgebreid tot een materie die daarvan ingevolge artikel 1 radicaal is uitgesloten. Artikel 18, tweede zin, bepaalt overigens dat „dit voorschrift ... niet van toepassing (is) ... indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 bij uitsluiting bevoegd is". En ook de in artikel 16 genoemde uitsluitende bevoegdheden hebben alleen betrekking op geschillen in burgerlijke en handelszaken.

In de tweede plaats sluit artikel 18, tweede zin, de bevoegdheid van de rechter van een verdragsluitende staat voor wie de verweerder verschijnt in de in artikel 18, eerste zin, bedoelde gevallen uit, indien de verweerder niet alleen de bevoegdheid maar ook de vordering ten gronde bestrijdt. In het arrest van 24 juni 1981 (zaak 150/80, Elefanten Schuh GmbH, Jurispr. 1981, blz. 1671) heeft het Hof immers geoordeeld dat de in artikel 18 gestelde bevoegdheidsregel zelfs niet van toepassing is indien de betwisting van de bevoegdheid niet ten principale geschiedt en niet voorafgaat aan elk verweer ten gronde; het is voldoende dat zij plaats vindt vóór het tijdstip van de stellingname die naar nationaal procesrecht als „het eerste voor de aangezochte rechter voorgedragen verweer" is te beschouwen. Sir Gordon Slynn drukte zich in zijn conclusie in deze zaak duidelijker uit door te verklaren dat „wanneer een verweerder middelen betreffende de zaak ten gronde aanvoert, dit niet noodzakelijk betekent dat hij de bevoegdheid erkent, mits deze middelen *subsidiair* zijn bedoeld ten opzichte van de primair opgeworpen exceptie van onbevoegdheid".

In het arrest van 22 oktober 1981 (zaak 27/81, Rohr, nog niet gepubliceerd) heeft het Hof verklaard dat artikel 18 „aldus moet worden uitgelegd, dat het de verweerder is toegestaan niet enkel de bevoegdheid te betwisten, doch tegelijkertijd ook, subsidiair, verweer ten gronde te voeren *zonder daardoor het recht te verliezen een exceptie van onbevoegdheid op te werpen*".

3. Het probleem waarvoor de nationale rechter zich gesteld ziet, is dan ook beperkt tot de vraag of het geschil tussen de beide echtelieden ten gronde betrekking heeft op een materie behorende tot het huwelijksgoederenrecht of erfenissen in ruime zin, dan wel tot „burgerlijke en handelszaken".

De eerste twee vragen zijn in zeer directe zin gesteld; het staat evenwel niet aan het Hof, in een procedure krachtens het Protocol betreffende de uitlegging van het Executieverdrag de vordering van de man te kwalificeren.

Om de verwijzende rechter te helpen zou ik alleen een punt willen beklemtonen dat uit voornoemd arrest-de Cavel naar voren komt.

Geschillen met betrekking tot bepaalde materies, te weten „de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen, zijn van het toepassingsgebied van het Executieverdrag uitgesloten op grond van de specifieke aard van die materies.

De voorlopige regeling van de vermogensrechtelijke betrekkingen der echtelieden tijdens een echtscheidingsgeding kan „niet worden losgemaakt van de vragen betreffende de staat der personen welke door het slaken van de huwelijksband en de afwikkeling van het huwelijksgoederenregime worden opgeworpen".

„De term ‚huwelijksgoederenrecht' omvat dan ook niet alleen de in sommige nationale wetgevingen bepaaldelijk en uitsluitend voor de goederen der echte-

lieden getroffen regelingen; hij betreft evenzeer alle vermogensrechtelijke relaties die rechtstreeks uit de huwelijksband — dan wel uit het slaken van de band — voortvloeien" (r.o. 7, blz. 1066).

Geschillen inzake het vermogen van echtelieden in een echtscheidingsgeding kunnen derhalve, al naar gelang het geval, nauw samenhangen met:

— hetzij vragen betreffende de staat van personen,

— hetzij vermogensrechtelijke relaties die rechtstreeks uit de huwelijksband of het slaken van die band voortvloeien,

— hetzij vermogensrechtelijke relaties tussen echtelieden die geenszins uit het huwelijk voortvloeien.

Slechts in het laatste geval is het Executieverdrag van toepassing.

Ik wil er hier op wijzen dat in casu het beheer door de man luidens de bewoordingen van de tweede vraag moet worden beschouwd „als nauw samenhangende met de vermogensrechtelijke betrekkingen die rechtstreeks uit de huwelijksband voortvloeien".

4. Voor zover het geschil tussen partijen betrekking heeft op testamenten of erfenissen, zou ik er slechts op willen wijzen dat de rechten tot staving waarvan de vrouw het door haar man opgestelde codicil als bewijs wil gebruiken nog niet bestaan, daar zij berusten op een toekomstige erfopvolging. Onder die omstandigheden kan een rechter in kort geding mijns inziens moeilijk een maatregel bevelen, ook al is deze van voorlopige of bewarende aard: de verzoeker in de hoofdzaak kan zich tegenover de verdediger slechts beroepen op een ontstane of te ontstane schuldvordering, indien deze op een bestaande rechtssituatie berust. De erfenis van de man is echter nog niet opengevallen.

Ik geef het Hof in overweging, de gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

1. Rechterlijke beslissingen waarbij krachtens artikel 24 Executieverdrag voorlopige of bewarende maatregelen worden bevolen, vallen onder het toepassingsgebied van dat Verdrag zoals in Artikel 1 daarvan omschreven, voor zover het geschil in samenhang waarmee die maatregelen worden gevorderd, betrekking heeft op vermogensrechtelijke relaties die niet uit de huwelijksband of het slaken van die band voortvloeien.

2. De in artikel 18 Executieverdrag gestelde bevoegdheidsregel is niet van toepassing indien, in een materie die onder het toepassingsgebied van het Verdrag valt, de verweerder verschijnt om de bevoegdheid te betwisten en tegelijkertijd, subsidiair, verweer ten gronde aanvoert.