Universiteit
Leiden
The Netherlands

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

Schonewille, F.

Citation
Schonewille, F. (2012, February 14). *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. Maklu, Antwerpen. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/18483

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/18483

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

Initium sapientiae timor Dei
Laudatio eius manet in saeculum saeculi

Voor Pauline, Pien, Josephine en Eleonore

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 14 februari 2012
klokke 16.15 uur

door

Fred Schonewille

geboren te Assen

in 1969

Promotiecommissie:
Promotor: prof. mr. W.G. Huijgen

Overige leden: prof. C.S. Human (Universiteit van Stellenbosch, Zuid-Afrika)
prof. mr. T.J. Mellema-Kranenburg
prof. mr. M.J.A. van Mourik (Radboud Universiteit)
prof. mr. B.E. Reinhartz (Universiteit van Amsterdam)

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© 2012 Fred Schonewille | Maklu-Uitgevers, Apeldoorn/Antwerpen

ISBN 978-90-466-0492-2
D 2012/1997/11
NUR 822

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the authors.

Inhoudsopgave

1 Inleiding 1

2 Onderzoeksopzet en verantwoording 5
2.1 Synopsis 5
2.2 Relevantie van het onderzoek 6
2.3 Afbakening en verantwoording van het onderzoek 7
2.4 Probleemstelling 9
2.5 Opbouw van het boek 11

3 Het spanningsveld tussen contractvrijheid en solidariteit 15
3.1 Inleiding 15
3.2 Contractvrijheid 15
3.3 Bescherming van de zwakkere partij 20
3.4 Partijautonomie 22
3.5 Solidariteit 26
3.6 Grondrechten 28
3.7 Mededelingsplicht 29
3.8 Toetsingskader 32
3.9 Afsluiting 33

4 Contractvrijheid en solidariteit in het gemene huwelijksvermogensrecht 35
4.1 Inleiding 35
4.2 Toetsingskader 36
4.3 Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek 38
4.3.1 Inleiding 38
4.3.2 Aspecten van Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek 38
4.3.2.1 Wederzijdse zorg en bijstand 39
4.3.2.2 Kosten kinderen 41
4.3.2.3 Kosten van de huishouding 41
4.3.2.4 Handelingsonbevoegdheid en toestemming 43
4.3.2.5 Bestuur 49
4.3.2.6 Tussentijdse analyse 51
4.4 Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek 54
4.4.1. Inleiding 54
4.4.2 Aspecten van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek 57
4.4.2.1 Overeenkomen ter zake van onder uitsluitingsclausule verkregen goederen 58

4.4.2.2 Overeenkomen ter zake van bijzondere verknochtheid 64
4.4.2.3 Tussentijdse analyse 73
4.5 Huwelijksvermogensrecht versus het algemene vermogensrecht 75
4.6 Bescherming van derden 77
4.7 Afsluiting 79

5 Contractvrijheid, solidariteit en huwelijkse voorwaarden 81
5.1 Inleiding 81
5.2 Huwelijkse voorwaarden 82
5.2.1 Inleiding 82
5.2.2 De artikelen 121, 115 en 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek 83
5.2.3 Het begrip huwelijkse voorwaarden 87
5.2.4 Voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden 95
5.2.5 Andere artikelen uit Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek 99
5.3 Huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant 100
5.3.1 Inleiding 100
5.3.2 Contracteren omtrent echtscheiding 101
5.3.2.1 Inleiding 101
5.3.2.2 De ontbinding en verdeling van de huwelijksgemeenschap 102
5.3.2.3 De afwikkeling van verrekenbedingen 107
5.3.2.4 Partneralimentatie 108
5.3.2.5 Pensioenrechten 111
5.3.2.6 Tweede huwelijk met dezelfde echtgenoot 113
5.3.2.7 Analyse 114
5.3.3 De verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant 115
5.3.3.1 Inleiding 115
5.3.3.2 Het grensvlak tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant 116
5.4 Kan een echtscheiding bij voorbaat worden vormgegeven in premaritale huwelijkse voorwaarden? 123
5.4.1 Inleiding 123
5.4.2 Achtergrond en zin van premaritale echtscheidingsregelingen bij huwelijkse voorwaarden 124
5.4.3 Regelingen ter zake van echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden 125
5.4.4 De voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst 127
5.4.4.1 Wetsgeschiedenis 131
5.4.4.2 Opvattingen vóór HR 7 maart 1980 134
5.4.4.3 Lagere rechtspraak omtrent de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst 136
5.4.4.4 Beoordeling 138
5.4.4.5 Een considerans in huwelijkse voorwaarden 143

5.5 Tussentijdse analyse 144
5.6 Bescherming van derden 146
5.7 De tussenkomst van de notaris 148
5.7.1. Inleiding 148
5.7.2 Biedt de notariële tussenkomst bescherming? 151
5.7.3 Mediation en de preventieve toepassing daarvan 154
5.7.4 Bescherming van echtgenoten in het algemeen 156
5.7.5 De keerzijde van de notariële tussenkomst 157
5.8 Afsluiting 158

6 Een intermezzo:
de ontwikkelingen in de Duitse jurisprudentie ter zake van het spanningsveld tussen partijautonomie en solidariteit bij de beoordeling van *Eheverträgen* 161
6.1 Inleiding 161
6.2 Grondwettelijk kader 163
6.3 Korte schets van het Duitse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht 165
6.3.1 Het huwelijksgoederenrecht 165
6.3.2 Het nahuwelijkse onderhoudsrecht 167
6.3.3 De *Versorgungsausgleich* 168
6.3.4 *Eheverträgen* 169
6.4 Baanbrekende uitspraken *Bundesverfassungsgericht* 171
6.5 Richtinggevende uitspraak *Bundesgerichtshof* 11 februari 2004 174
6.6 *Blitzschlag?* Commentaar in de Duitse literatuur 178
6.7 From Status to Contract? 181
6.8 Aanvankelijke receptie in de lagere rechtspraak 183
6.9 Ehetypen 184
6.10 Latere kernuitspraken van het *Bundesgerichtshof* 187
6.11 De stand van zaken in de Duitse literatuur 196
6.12 Afsluiting 198

7 Het spanningsveld tussen contractvrijheid en solidariteit bij de beoordeling van huwelijkse voorwaarden in de Nederlandse jurisprudentie 201
7.1 Inleiding 201
7.2 De rechtsbeginselen partijautonomie, contractvrijheid en solidariteit 202
7.3 Wettelijk kader contractvrijheid 208
7.4 Huwelijkse voorwaarden en de rechter 210
7.4.1 Inleiding 210
7.4.2 De uitleg van een overeenkomst en de toetsing aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid 211
7.4.3 Uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad 214

7.4.3.1 Inleiding 214
7.4.3.2 Twee lijnen in de uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad 214
7.4.3.3 Huwelijk Las Vegas 222
7.4.4 Tussentijdse analyse 225
7.5 Rechtvaardigheid 228
7.6 Een alternatieve uitleg van huwelijkse voorwaarden 230
7.6.1 Inleiding 230
7.6.2 De externe en interne betekenis van huwelijkse voorwaarden 231
7.6.3 Rechtbank Leeuwarden versus Hof Leeuwarden 249
7.7 Afsluiting 254

8 Ouderschapsplan en huwelijkse voorwaarden 257
8.1 Inleiding 257
8.2 Het gezag van de ouders en het belang van het kind 258
8.3 Aanloop naar de Wet van 1 maart 2009 260
8.4 Ouderschapsplan en wettelijke normen 261
8.5 Norm van gelijkwaardig ouderschap 262
8.6 CEFL-normen ter zake van *Parental Responsibilities* 266
8.7 Ouderschapsplan als verplichting en latere wijziging daarvan 266
8.8 De positie van het kind 268
8.9 De rechten die voortvloeien uit het ouderlijk gezag 269
8.10 De verplichtingen die voortvloeien uit het ouderlijk gezag 271
8.11 Afspraken tussen ouders met gezamenlijk gezag 272
8.12 Jurisprudentie ouderlijk gezag 273
8.13 De juridische kwalificatie van het ouderschapsplan 274
8.14 Wat maakt een ouderschapsplan tot een goed ouderschapsplan? 276
8.15 Handhaving van afspraken tussen ouders met gezamenlijk gezag 279
8.16 Evaluatie 284
8.17 Het opnemen van een ouderschapsplan in huwelijkse voorwaarden 285
8.18 Afsluiting 287

9 Partijautonomie in een eigentijds relatievermogensrecht: het civiel partnerschap als wettelijk evenwicht 289
9.1 Inleiding 289
9.2 Recente wetgeving 290
9.2.1 Wetsvoorstel 28 867 290
9.2.2 Wetsvoorstel echtscheidingsnotaris 292
9.3 Een nieuw denkraam voor het huwelijksvermogensrecht 294
9.3.1 Inleiding 294

9.3.2 De relativering van het huwelijk 297
9.3.3 Ongehuwde samenwoners 299
9.3.4 Het civiel partnerschap: een wettelijk evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit 300
9.4 Proeve van het wetsvoorstel *civiel partnerschap* 302
9.4.1 Memorie van toelichting civiel partnerschap 309
9.4.1.1 Algemene toelichting 309
9.4.1.2 Beknopte artikelsgewijze toelichting 316
9.5 Afsluiting 329

10 Afsluiting onderzoek 331
10.1 Inleiding 331
10.2 Conclusies en beantwoording onderzoeksvragen 331
10.3 Aanbevelingen 343

Bijlage 345
Uitspraak *Bundesgerichtshof* 5 juli 2006 (BGH XII ZR 25/04)

Samenvatting 359

Zusammenfassung 365

Summary 371

Samevatting 377

Résumé 383

Lijst van verkort aangehaalde literatuur 389

Lijst van aangehaalde Nederlandse jurisprudentie 397

Lijst van in hoofdstuk 6 aangehaalde Duitse jurispudentie 399

Lijst van aangehaalde Kamerstukken 400

Trefwoordenregister 401

Curriculum vitae 419

1 Inleiding

De vraag of en in hoeverre aan de vermogensrechtelijke gevolgen van huwelijk en echtscheiding door echtgenoten zelf contractueel vorm kan worden gegeven heeft de laatste decennia aan relevantie gewonnen. Hieraan ligt met name het feit ten grondslag dat het huwelijk in de desbetreffende periode aan een sterke en voortdurende relativering onderhevig is geweest.

Deze relativering vindt haar oorzaak in belangrijke mate in het hoge en nog steeds stijgende aantal echtscheidingen en in het toenemende aantal paren dat permanent kiest voor de 'nieuwe burgerlijke staat'[1] die het ongehuwd samenwonen is geworden. Opmerkelijk genoeg heeft de sterke toename van het ongehuwd samenwonen tot op heden niet geresulteerd in wetgeving. Wel wordt met grote regelmaat over de noodzaak daartoe gedebatteerd.[2]

Ook de openstelling van het huwelijk voor mensen van gelijk geslacht speelt in dezen een rol.

Daarnaast hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die doen denken aan de huwelijkspraktijk in Las Vegas,[3] door mij samengevat als de banalisering van het huwelijk.

De – nauw bij deze relativering aansluitende –, vergaande liberalisering van het huwelijksvermogensrecht die vooral in het laatste decennium heeft plaatsgevonden, bracht onder meer mee dat de samenwoonverplichting voor echtgenoten werd geschrapt en dat de wettelijke bepaling die het plaatsvinden van schenkingen tussen echtgenoten verbood, verviel.

Al eerder sneefde het onveranderlijkheidsbeginsel en voorts wordt het zogenaamde eenheidsbeginsel steeds meer losgelaten.[4] Het voorlopige sluitstuk van deze ontwikkeling is geweest het ecarteren van het vereiste van rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden opgesteld, zoals opgenomen in het inmiddels door de Eerste Kamer aanvaarde wetsvoorstel 28 867 dat per 1 januari 2012 in werking zal treden.[5]

---

1 Vgl. J. Latten, 2005.

2 Vgl. bijvoorbeeld het recent verschenen onderzoeksrapport *Koude uitsluiting. Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*; M.V. Antokolskaia e.a. (red.), 2011.

3 Ik noem hier slechts de mogelijkheid die tegenwoordig in sommige gemeenten met een betaald voebalorganisatie bestaat om het burgerlijk huwelijk op de middenstip van het stadion te laten voltrekken, doch dit voorbeeld is eenvoudig aan te vullen met vele andere.

4 Vgl. Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 201-209.

5 *EK* 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205.

De laatstbedoelde ontwikkeling maakt het voor echtgenoten mogelijk om huwelijkse voorwaarden aan te gaan of te wijzigen op elk door hen gewenst moment.

Het voorgaande heeft naar mijn mening tot gevolg dat de nadruk sterker is komen te liggen op het huwelijk als *contract*. Het huwelijk als *instituut* heeft mitsdien aan overtuigingskracht ingeboet. Het is zelfs zo dat waar het betreft het huwelijksvermogensrecht het beeld van een oud huis in verval zich opdringt.

Ook het echtscheidingsrecht kan zich al vele jaren verheugen in de niet aflatende aandacht van de wetgever. Nadat het initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld[6] dat – naast het ouderschapsplan en nieuwe normen ter zake van ouderschap na echtscheiding –, tevens een administratieve echtscheiding wilde introduceren, in 2008 werd verworpen door de Eerste Kamer, trad per 1 maart 2009 de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding[7] in werking die niet voorzag in een administratieve echtscheiding maar wel het ouderschapsplan en de bedoelde normen van een wettelijke basis voorzag. Inmiddels hebben de Tweede Kamerleden Recourt (PvdA) en Van der Steur (VVD) een nieuw wetsvoorstel aangekondigd betreffende de administratieve echtscheiding.[8]

Opmerkelijk is overigens dat de aandacht van de wetgever zich in het algemeen meer lijkt te richten op de juridische gevolgen van de *beëindiging* van de huwelijkse relatie en veel minder op de juridische gevolgen van het *aangaan* van een huwelijk.

Tot slot kan uit een aantal recente uitspraken van de Hoge Raad worden afgeleid dat het moment waarop dit college zal komen tot een fundamentele behandeling van de vraag naar de grenzen van de contractvrijheid van echtgenoten waarschijnlijk niet ver weg meer is.[9]

Het betreft hier uitspraken die betrekking hebben op huwelijkse voorwaarden die veelal niet zijn nageleefd door de echtgenoten, waarmee ten tijde van de echtscheiding het spanningsveld wordt blootgelegd tussen contractvrijheid en solidariteit. Het is dan aan de rechter om tot een redelijk oordeel te komen, maar een beoordelingsinstrument dat daartoe gebruikt kan worden ontbreekt tot op heden.

In Duitsland is de vraag welke rol de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij het aangaan van een *Ehevertrag* door (aanstaande) echtgenoten spelen, al enkele jaren actueel. Recente uitspraken van het *Bundesverfas-*

6 *EK* 2005/06, 29 676, nrs. A-G.
7 Wet van 27 november 2008 (30 145), *Stb.* 2008, 500; in werking getreden op 1 maart 2009, *Stb*. 2009, 56.
8 Handelingen *II*, 2010/11, 31 714, 58-**8**-66 en -70.
9 De desbetreffende arresten komen uitvoerig aan bod in hoofdstuk 7.

sungsgericht en het *Bundesgerichtshof* hebben een kleine aardverschuiving teweeg gebracht in het denken hierover.[10]

Tijdens een in het najaar van 2004 door de universiteit van Regensburg georganiseerd symposium – *From Status to Contract? Die Bedeutung des Vertrages im Familienrecht* – bleek dat de respectieve uitspraken hebben geleid tot veel vragen die nog wachten op beantwoording. Inmiddels is meer duidelijkheid ontstaan. Met name is het interessant te bezien of en in hoeverre de desbetreffende ontwikkelingen in Duitsland relevant zijn voor Nederland.

De situatie in Nederland kan in het licht van het voorgaande derhalve worden gekenschetst als zijnde volop in beweging. Nadat ons land zijn progressieve gezicht had laten zien in de jaren voor en na de millenniumwisseling door respectievelijk de invoering van het geregistreerd partnerschap en de openstelling van het huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht, richt de aandacht van de wetgever zich, zoals betoogd, in de laatste jaren op vernieuwing van het huwelijksvermogensrecht en het echtscheidingsrecht.

Indien de geschetste ontwikkelingen in samenhang worden beschouwd, dringt de vraag zich op of de wetgever in dit tijdsgewricht nog wel een taak toekomt waar het betreft het stellen van regels voor juridische aspecten die samenhangen met het aangaan of beëindigen van het huwelijk. Of heeft de wetgever deze taak jùist?

Er dienen zich dan ook andere vragen aan.

Zouden alle rechten en plichten ter dispositie van de echtgenoten moeten staan of dient de wetgever al dan niet dwingendrechtelijk te interveniëren? En – als er een taak ligt voor de wetgever –, dient deze in dat geval een voorkeursstelsel te formuleren of te volstaan met het vastleggen van richtinggevende normen?

Welke rol hebben rechtshulpverleners als notarissen, advocaten en mediators bij de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant en is het wellicht wenselijk dat hun tussenkomst op een andere wijze gestalte krijgt dan thans het geval is?

Kan de rechter ingeval van echtscheiding volstaan met een marginale controle van het echtscheidingsconvenant en de daaraan ten grondslag liggende huwelijkse voorwaarden, dient deze integraal te toetsen of zou het wenselijk zijn dat rechterlijke interventie geheel achterwege blijft?

Veelal wordt uitgegaan van de perceptie dat binnen een huwelijk sprake is van een "sterkere" en een "zwakkere" partij. Is een dergelijke perceptie terecht?

Het stellen van de vraag of categorieën personen in algemene zin kunnen worden aangeduid als "zwakker" – welke vervolgens als zodanig bescher-

10 Deze ontwikkeling vormt het onderwerp van hoofdstuk 6.

ming verdienen – dan wel of bescherming zich kan beperken tot zekere personen in individuele gevallen, is in dit kader vervolgens relevant.

Een andere vraag is of wetgever en rechter überhaupt in de bres dienen te springen voor een daadwerkelijk bestaande zwakkere partner en – waar het de wetgever betreft – regels dienen te stellen teneinde deze te beschermen. Of doen wetgever en rechter er beter aan om de vermeende zwakkere partner zelf verantwoordelijkheid te geven en dient de wetgever zich voor het overige te beperken tot het formuleren van kaderstellende normen op bepaalde onderdelen?

Het gaat in dezen uiteindelijk om de rechtvaardiging van aan de contractvrijheid van echtgenoten gestelde of te stellen beperkingen en meer specifiek, om de beantwoording van de vraag hoe de contractvrijheid van echtgenoten zich verhoudt tot de solidariteit – of lotsverbondenheid – die besloten ligt in de bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk is.

De in het voorgaande geschetste ontwikkelingen en gestelde vragen komen in dit onderzoek uitvoerig of zijdelings aan de orde. Het onderzoek resulteert in een vernieuwend betoog, geschreven vanuit een oorspronkelijke invalshoek.

In dit onderzoek staat het huwelijk weliswaar centraal maar loopt het geregistreerd partnerschap op de achtergrond mee. Ook wordt aandacht geschonken aan de hiervoor genoemde 'nieuwe burgerlijke staat'; dit is met name het geval in hoofdstuk 9.

De gekozen titel maakt bij voorbaat duidelijk dat het onderzoek culmineert in een integrale visie op de verhouding tussen het rechtsbeginsel partijautonomie en het relatievermogensrecht.[11]

11 Het manuscript werd afgesloten per 1 september 2011; nadien opgetreden ontwikkelingen zijn incidenteel verwerkt.

2 Onderzoeksopzet en verantwoording

2.1 Synopsis

In dit onderzoek zet ik eerst uiteen wat naar mijn mening verstaan dient te worden onder de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit waarbij ik tot de gevolgtrekking kom dat beide rechtsbeginselen gezien zouden moeten worden als de samenstellende onderdelen van het overkoepelende rechtsbeginsel partijautonomie.[1]

Vervolgens onderzoek ik welke rol dit rechtsbeginsel speelt in het gemene huwelijksvermogensrecht en bespreek ik het daarna tegen de achtergrond van huwelijkse voorwaarden. Hierbij wordt de rode draad gevormd door de beantwoording van de vraag of het echtgenoten naar Nederlands recht thans geheel vrij staat om het door hen verkozen *Ehetyp* vorm te geven voorafgaand aan hun huwelijk.

In een intermezzo wordt de visie van de hoogste Duitse rechter op beide rechtsbeginselen uiteen gezet in het licht van de uitleg van *Eheverträge* ten tijde van de echtscheiding. Het primaire doel hiervan is enkele opmerkingen van rechtsvergelijkende aard te kunnen maken in het zevende hoofdstuk.

Hierna behandel ik de vraag of contractvrijheid en solidariteit rechtsbegrippen zijn die door de Hoge Raad worden toegepast bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden in echtscheidingszaken. Nadat het antwoord op deze vraag is gevonden, vertaal ik de Duitse wijze van beoordeling van huwelijkse voorwaarden naar de Nederlandse context, met het oogmerk de rechter een naar mijn oordeel goed bruikbaar instrument aan te reiken dat recht doet aan eisen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid.

Teneinde een volledig beeld te verwerven, bespreek ik daarna hoever de contractvrijheid reikt van ouders met gezamenlijk gezag over een minderjarig kind.

Nadat ik kort ben ingegaan op enkele wetsvoorstellen op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht vanuit het perspectief van partijautonomie, sluit ik af met een proeve van een concreet wetsvoorstel voor de invoering van het *civiel partnerschap* dat het huidige huwelijksvermogensrecht vervangt en ook openstaat voor ongehuwde en niet-geregistreerde samenwonende partners.

---

1 De argumenten voor deze nieuwe zienswijze komen uitvoerig aan de orde in hoofdstuk 3.

2.2 Relevantie van het onderzoek

Ter zake van het wetenschappelijk belang van het onderzoek kan worden opgemerkt dat dit in de eerste plaats is gelegen in het feit dat het een onderzoek betreft dat niet eerder is gedaan.

In de literatuur over het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht worden de rechtsbeginselen contractvrijheid en partijautonomie in de eerste plaats veelal niet van elkaar onderscheiden en daarnaast zijn contractvrijheid en solidariteit tot op heden nooit onderwerp geweest van onderzoek en een gestructureerde analyse op dit rechtsgebied.

Het is zelfs zo dat gesteld kan worden dat in de huidige literatuur op de genoemde rechtsterreinen beide beginselen veelal als vanzelfsprekendheden worden opgevoerd, mijns inziens ten onrechte.

De problemen die ontstaan met betrekking tot huwelijkse voorwaarden welke al dan niet zijn nageleefd ingeval van een echtscheiding, genieten steeds meer aandacht in rechtspraak, literatuur en wetgeving.

Tot op heden is echter nauwelijks onderzocht hoe zou kunnen worden gekomen tot een betere praktijk van huwelijkse voorwaarden, een beter wettelijk systeem en evenmin op welke wijze ten tijde van de echtscheiding in concrete gevallen tot een redelijke en tot op zekere hoogte voorspelbare uitkomst zou kunnen worden gekomen die rechtvaardig is gezien de bijzondere verhouding die het huwelijk is (solidariteit), zonder afbreuk te doen aan de rechtszekerheid (contractvrijheid).

Inventarisatie en analyse van de wijze waarop in het Duitse rechtsstelsel de partijautonomie van echtgenoten wordt geïnterpreteerd door de rechter, levert nieuwe informatie op over de wijze waarop naar Nederlands recht door de rechter invulling gegeven zou kunnen worden aan dit leerstuk. Recente jurisprudentie maakt immers duidelijk dat op dit terrein behoefte bestaat aan een dogmatisch uitgewerkt en praktisch toepasbaar beoordelingsinstrument.

Voorts is in wetenschappelijk opzicht van belang dat het onderzoek een – zij het kleine – bijdrage levert aan het toegankelijk maken van ontwikkelingen in de Duitse jurisprudentie voor de Nederlandse wetgever en voor wetenschappers en practici (notarissen, mediators en advocaten) in Nederland.

Maatschappelijk bezien is het onderzoek relevant omdat de onderzoeksresultaten directe betekenis hebben voor de rechtspraktijk en mogelijk ook kunnen hebben bij het maken van rechtspolitieke afwegingen door de wetgever, omdat de belangrijkste aanbeveling die ik naar aanleiding van het onderzoek geef een compleet wetsvoorstel betreft waarin een naar mijn oordeel ideaal evenwicht tot stand is gebracht tussen contractvrijheid en solidariteit.

Samengevat valt de nieuwswaarde[2] van het onderzoek in de volgende facetten uiteen:

1. De gekozen invalshoek is oorspronkelijk en maakt veel zaken in het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht minder vanzelfsprekend;
2. De rechter wordt een beoordelingsinstrument voor huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding aangereikt waarbij rechtvaardigheid en rechtszekerheid in evenwicht zijn en uitspraken op dit terrein in hoge mate voorspelbaar zouden kunnen worden;
3. De wetgever wordt een nieuw paradigma voorgehouden dat leidt tot een fundamenteel andere benadering van het relatievermogens- en (echt)scheidingsrecht, resulterend in een concreet wetsvoorstel voor de invoering van het *civiel partnerschap*;
4. Er wordt ten behoeve van de praktijk van de notaris, de mediator en de advocaat een eigentijdse visie op het opstellen van huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant geformuleerd die door de desbetreffende practici kan worden toegepast.

2.3 Afbakening en verantwoording van het onderzoek

Het onderzoek bevat een rechtsvergelijkende component waar het een belangrijk onderdeel daarvan betreft, doch richt zich voor het overige geheel op het Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.

In de eerste plaats wordt onderzocht hoe de rechtsbeginselen contractvrijheid, solidariteit en partijautonomie moeten worden opgevat en of deze beginselen door de wetgever zijn gehanteerd bij het opstellen van de geldende wetgeving op de genoemde rechtsgebieden.

Voorts worden de recente ontwikkelingen onderzocht op het gebied van toetsing door de rechter waar het betreft het spanningsveld tussen enerzijds het rechtsbeginsel contractvrijheid ingeval van (aanstaande) echtgenoten die huwelijkse voorwaarden sluiten en anderszijds het beginsel solidariteit tussen echtgenoten, in het bijzonder beschouwd vanuit het perspectief van de echtscheiding.

Met betrekking tot het Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht, wordt een uitvoerige analyse gemaakt van wetgeving, jurisprudentie en literatuur; daarnaast wordt een beperkte analyse gegeven van de Duitse jurisprudentie van het *Bundesgerichtshof* die handelt over de beoordeling door de Duitse rechter van *Eheverträgen*.

---

2 Ik ontleen deze term aan de dissertatie van H.E.B. Tijssen: *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2009.

Samengevat betreft dit onderzoek derhalve een beschrijving, analyse en interpretatie van de invloed van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.

Aan de hand van aan de wet, jurisprudentie en literatuur ontleende argumenten wordt betoogd dat van een systematische toepassing van beide rechtsbeginselen door wetgever, rechter en practicus geen sprake is en wordt bepleit dat hierin verandering aangebracht dient te worden.[3]

Geraadpleegde bronnen

Ter zake van de door mij gebruikte bronnen heb ik er bij de beantwoording van de vraag hoe de rechtsbeginselen contractvrijheid, solidariteit en partijautonomie moeten worden begrepen, voor gekozen om mij grotendeels te beperken tot het raadplegen van twee grote studies, te weten respectievelijk het door het Meijers Instituut van de Universiteit Leiden verrichte onderzoek naar contractvrijheid en het onderzoek dat door het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht is gedaan op het terrein van autonomie en solidariteit.

Bij de beschrijving, analyse en interpretatie van het positieve huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht heb ik alle bekende handboeken op deze rechtsgebieden geraadpleegd en daarnaast vrijwel alle publicaties in de wetenschappelijke tijdschriften – waaronder in de eerste plaats het *WPNR* – op deze terreinen uit de periode 2000-2010, welke laatste keuze mede voortvloeit uit het hierna genoemde feit dat de voor mijn onderzoek relevante jurisprudentie in dit decennium is verschenen.

Voor het hoofdstuk dat het Duitse recht tot onderwerp heeft, geldt dat ik mij bij het schrijven daarvan heb beperkt tot het raadplegen van de handboeken die aandacht schenken aan de baanbrekende ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie die door mij in dit hoofdstuk is beschreven en dat ik daarnaast vrijwel alle wetenschappelijke artikelen heb gebruikt die zijn gepubliceerd in *FamRZ* en het *NJW* en de desbetreffende ontwikkeling analyseren. Omdat deze ontwikkeling *de facto* haar oorsprong vindt in 2004, betreft mijn beschrijving, analyse en interpretatie van de Duitse literatuur vooral de periode 2004-2008.

Met betrekking tot de analyse van de jurisprudentie heb ik mij geconcentreerd op de uitspraken van de Hoge Raad, respectievelijk die van het *Bundesverfassungsgericht* en het *Bundesgerichtshof*, in de periode 2001-2010, welke keuze samenhangt met het feit dat alle voor mijn onderzoek met name rele-

3 De door mij gekozen methode volstaat mijns inziens ruimschoots voor het zoeken van verklaringen en het aandragen van verbeteringen in het kader van de door mij gestelde onderzoeksvragen. Niettemin zou empirisch onderzoek een meerwaarde kunnen hebben gehad omdat dit interessante inzichten zou hebben kunnen opleveren. Omdat te weinig empirisch te onderzoeken materiaal aanwezig was, heb ik er mede op grond van tijdgebrek van afgezien een dergelijk aanvullend onderzoek in het kader van deze dissertatie uit te voeren. Er bestaat bij mij echter wel het voornemen om dit onderzoek in de nabije toekomst alsnog op te zetten.

vante arresten van beide hoogste rechtscolleges in dit decennium zijn gewezen.[4]

Mijn keuze voor het Duitse recht is vanzelfsprekend ingegeven door de bedoelde bijzondere ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie van het *Bundesgerichtshof*; ik licht deze keuze nader toe in het desbetreffende hoofdstuk 6.

2.4 Probleemstelling

Het onderzoeksthema betreft de partijautonomie van (aanstaande) echtgenoten voorafgaand aan, tijdens en ten tijde van de beëindiging van het huwelijk en meer in het bijzonder de verhouding tussen contractvrijheid en solidariteit – de rechtsbeginselen die tezamen het beginsel partijautonomie vormgeven[5] – bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden.[6]

Het onderzoek richt zich primair op de beantwoording van de hoofdvraag of het geldend Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrechtrecht kan worden begrepen in termen van contractvrijheid en solidariteit.

Daarnaast wordt de vraag gesteld hoe kan worden gekomen tot een beter wettelijk systeem van huwelijksvermogensrecht, een betere rechtspraak inzake de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding en een betere praktijk ter zake van de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden, indien daarbij telkens het uitgangspunt zou zijn dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in evenwicht gebracht dienen te worden.

---

4 Ik heb mij tijdens het doen van het onderzoek terdege gerealiseerd dat bij de selectie en het bestuderen van de bronnen mijn achtergrond van family mediator, oud-notaris en oud-politicus van invloed zal zijn geweest en heb geprobeerd zoveel mogelijk van deze achtergrond los te komen, in welk streven ik waarschijnlijk slechts ten dele ben geslaagd.

5 Behoudens in hoofdstuk 3 spreek ik in de overige hoofdstukken vrijwel steeds over de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit. Het rechtsbeginsel partijautonomie wordt door mij in hoofdstuk 3 gedefinieerd als omvattende de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit en in de andere hoofdstukken alleen in deze definitie gebruikt; in hoofdstuk 6 wordt op enkele plaatsen het Duitse *(Privat)autonomie* als equivalent van contractvrijheid gebruikt.

6 Omdat deze in mijn visie sterk samenhangt met het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht, bespreek ik tevens de contractspositie van echtgenoten die als ouders gezamenlijk het gezag hebben over hun minderjarige kinderen.

Subvragen
Met de geformuleerde probleemstelling hangen zeven subvragen samen die door mij in de hoofdstukken 3 tot en met 9 worden beantwoord:

1. Hoe laten de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit zich definieren binnen het kader van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht?
2. Staat het echtgenoten vrij om – binnen het kader van het gemene huwelijksvermogensrecht van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – naar eigen inzicht afspraken te maken met betrekking tot de vermogensrechtelijke aspecten die kunnen worden onderscheiden bij het aangaan van hun huwelijk en zodoende vorm en inhoud te geven aan een door hen gewenst *Ehetyp*?
3. Staat het echtgenoten vrij om in huwelijkse voorwaarden vorm en inhoud te geven aan een door hen verkozen *Ehetyp* en hoe verhouden huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant zich tot elkaar, beschouwd vanuit het gezichtspunt van het maken van afspraken over de gevolgen van een echtscheiding?
4. Wat houdt het in de Duitse rechtspraak ontwikkelde beoordelingsinstrument voor *Eheverträgen* in en op welke wijze wordt hierin uitdrukking gegeven aan de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit?
5. Past de Hoge Raad de beginselen contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten toe ingeval van de uitleg van huwelijkse voorwaarden en zou het in de Duitse jurisprudentie ontwikkelde beoordelingsinstrument vertaald kunnen worden naar Nederlands recht, teneinde te kunnen worden aangewend door de Nederlandse rechter?
6. Spelen contractvrijheid en solidariteit een rol bij het maken van afspraken door echtgenoten in hun hoedanigheid van ouders belast met het gezamenlijk gezag over hun minderjarige kinderen?
7. Is in recente wetsvoorstellen een visie te ontwaren op de toepassing van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten? Hoe ziet een relatievermogensrechtelijk stelsel eruit dat een eigentijds evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit weerspiegelt?

Doelstellingen onderzoek
De eerste doelstelling van het onderzoek betreft de formulering van een eigentijds relatievermogensrecht dat recht doet aan de strekking van de beginselen van contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten.

Voorts is een doelstelling het definiëren van een instrument ten behoeve van toepassing door de rechter, dat kan dienen om een evenwicht te vinden tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding.

De laatste doelstelling is meer van praktische aard en betreft een beschrijving van de gewenste modernisering van de wijze waarop huwelijkse voorwaarden (en het echtscheidingsconvenant) in de praktijk tot stand komen.

2.5 Opbouw van het boek

Hoofdstuk 3 beschrijft een theoretisch kader ter zake van de begrippen contractvrijheid en solidariteit in het contractenrecht in het algemeen.

Ik definieer in dit hoofdstuk eerst het rechtsbeginsel contractvrijheid zoals dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse privaatrechtelijk stelsel naar door vrijwel alle schrijvers wordt gemeend en duid vervolgens de relatie tussen dit begrip en het beginsel van partijautonomie. Ik betoog hier dat contractvrijheid en solidariteit zich binnen het rechtsbeginsel partijautonomie als tegenpolen tot elkaar verhouden en dat daartussen een spanningsveld bestaat.

De verkregen inzichten worden tot slot vertaald naar de contractuele verhouding tussen echtgenoten op het terrein van het huwelijksvermogensrecht,[7] teneinde toetsingscriteria te kunnen formuleren waarop wordt teruggegrepen in de hoofdstukken 4 en 5.

Titel 6 en de Afdelingen 1 en 2 van Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevatten het standaard of *gemene* huwelijksvermogensrecht: het vermogensrecht dat van kracht wordt voor echtgenoten die voorafgaand aan hun huwelijk niet zelf regelingen hebben getroffen bij huwelijkse voorwaarden.

In hoofdstuk 4 bespreek ik de artikelen uit dit 'standaard' huwelijksvermogensrecht die in verband gebracht kunnen worden met aspecten van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten.

Door middel van het uitwerken van een viertal zwaartepunten, te weten de verzorgingsverplichting van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek die echtgenoten jegens elkaar hebben, de bepalingen van handelingsbevoegdheid en toestemming, het contracteren door echtgenoten met betrekking tot de goederen die door een van hen onder uitsluitingsclausule werden verkregen, alsmede het sluiten van overeenkomsten door echtgenoten ter zake van goederen welke kunnen worden aangemerkt als zijnde bijzonder verknocht aan een van hen, wordt diepgang aangebracht.

Kunnen echtgenoten binnen het gemene huwelijksvermogensrecht met elkaar contracteren, op welke wijze en in welke vorm kan contractvrijheid als uitvloeisel van de partijautonomie door hen worden uitgeoefend en hoe verhoudt deze zich tot het beginsel van solidariteit dat eveneens onderdeel uitmaakt van het beginsel partijautonomie?

In het vijfde hoofdstuk beschrijf ik eerst welke contractuele mogelijkheden echtgenoten hebben die het gemene huwelijksvermogensrecht niet wensen.

---

7 Ik hanteer in het bijzonder vanaf paragraaf 5.3.2.1 een ruime definitie van het huwelijksvermogensrecht dat daarin tevens het echtscheidingsrecht omvat en ik licht deze keuze nader toe in de desbetreffende paragraaf.

Het gaat hier derhalve met name om het opsporen van mogelijke blokkades die de wet opwerpt voor echtgenoten die de huwelijksgemeenschap van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door het opstellen van huwelijkse voorwaarden willen vervangen door een 'stelsel' of *Ehetyp* dat met toepassing van hun partijautonomie geheel door henzelf wordt vormgegeven, al dan niet met behulp van elementen uit het gemene vermogensrecht.

Een tweede zwaartepunt in dit hoofdstuk is de beantwoording van de vraag of echtgenoten hun echtscheiding desgewenst geheel kunnen regelen in huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan het huwelijk, bij wijze van *divorce estate planning*.

Ik spits de desbetreffende beantwoording in het bijzonder toe op de (on) mogelijkheid voor echtgenoten een overeenkomst te sluiten over het al dan niet verschuldigd zijn van partneralimentatie na een echtscheiding, die in rechte kan worden gehandhaafd.

Voorafgaand hieraan wordt een korte beschouwing gewijd aan de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant ex artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek –, in welk kader ik aan de hand van Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek tevens toets of de wet beperkingen stelt aan het vormgeven van de materieelrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding door echtgenoten die een echtscheidingsconvenant met elkaar sluiten.

In Duitsland wordt het huwelijk grondwettelijk beschermd, hetgeen tot op zekere hoogte een eigen dynamiek meebrengt.

Sedert de baanbrekende uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* in 2001 en het *Bundesgerichtshof* in 2004, is de contractvrijheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht een veel besproken thema geworden. De desbetreffende uitspraken hebben in Duitsland een kleine aardverschuiving veroorzaakt in het denken over *Eheverträgen*.

Vóór de bedoelde uitspraken werden deze overeenkomsten slechts in bepaalde uitzonderingsgevallen aan een nadere controle onderworpen door de Duitse civiele rechter. Thans wordt op grond van overwegingen van echtelijke solidariteit echter van de feitenrechter verlangd dat deze huwelijkse voorwaarden zorgvuldig toetst aan de hand van twee bestaande wetsartikelen waaraan door de hoogste Duitse rechter een nieuwe lading is gegeven en daarbij de eveneens door dit college geformuleerde *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* toe te passen. Met dit ontwikkelde beoordelingsinstrument wordt in Duitsland getracht een evenwicht te creëren tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid.

In hoofdstuk 6 breng ik de bedoelde uitspraken, alsmede enkele daarop volgende *Leitsatzentscheidungen* op dit terrein van het *Bundesgerichtshof* in kaart, waarbij toetsing en uitleg van de Duitse hoogste rechter van huwelijkse voorwaarden vooral worden bezien vanuit het perspectief van de verhouding tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit.

In het zevende hoofdstuk analyseer ik de ontwikkeling die zich de afgelopen jaren in de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft voorgedaan waar het betreft de beoordeling van huwelijkse voorwaarden in echtscheidingssituaties.

Vaak betreft het huwelijkse voorwaarden die door de echtgenoten niet zijn nageleefd omdat de inhoud ervan hun niet bekend was. Het is echter ook mogelijk dat zich omstandigheden hebben voorgedaan waarmee door de echtgenoten geen rekening is gehouden in hun huwelijkse voorwaarden en voorts is denkbaar dat zij bewust hebben besloten om in vermogensrechtelijke zin anders te gaan leven dan door hen in de huwelijkse voorwaarden is afgesproken. In elk geval gaat het steeds om huwelijkse voorwaarden die door een van de echtgenoten ter discussie worden gesteld.

De Hoge Raad lijkt met dit thema te worstelen en zoekt een oplossing in uitleg op grond van de zogenaamde *Haviltex*-normen en in de toepassing van de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid.

In het tweede gedeelte van dit hoofdstuk construeer ik bij wijze van passend alternatief voor de aanpak van de Hoge Raad, een Nederlands equivalent van het in de Duitse jurisprudentie ontwikkelde beoordelingsinstrument en pas ik dit toe op twee recente uitspraken van respectievelijk de Rechtbank Leeuwarden en het Hof Leeuwarden.

Ik verdedig tot slot dat de toepassing van de door mij voorgestane wijze van toetsing door de Nederlandse rechter, ertoe zou kunnen bijdragen dat een juist evenwicht ontstaat tussen enerzijds het honoreren door de rechter van de contractvrijheid van echtgenoten en anderzijds het doorklinken van de echtelijke solidariteit, waarmee rechtvaardigheid en rechtszekerheid zijn gediend.

Ouders van minderjarige kinderen die willen scheiden zijn sedert maart 2009 gehouden om een ouderschapsplan op te stellen.

In hoofdstuk 8 bespreek ik eerst deze vorm van contractdwang, alsmede de daarbij behorende rechtsnormen. Vervolgens komt de juridische duiding van het ouderschapsplan aan de orde.

Op het eerste gezicht lijkt het thema ouderschap een vreemde eend in de bijt van dit onderzoek te zijn dat zich immers primair richt op het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht. Bij nadere beschouwing bestaat er echter een sterke samenhang tussen de afspraken op vermogensrechtelijk gebied en de ouderschapsafspraken die echtgenoten maken.

Het kernpunt van dit hoofdstuk betreft de vraag naar de grenzen van de contractvrijheid van echtgenoten die ouders zijn van minderjarige kinderen, afgezet tegen de bijzondere solidariteit die zij jegens elkaar als ouders ten toon dienen te spreiden.

De verplichting om een ouderschapsplan op te stellen voorafgaande aan de echtscheiding wortelt in het oogmerk van de wetgever om ouders vroegtijdig na te laten denken over de invulling van hun ouderschap na de scheiding en daarover met elkaar goede afspraken te maken. De vraag is daarom relevant of het niet beter zou zijn om reeds in huwelijkse voorwaarden een (vorm van een) ouderschapsplan op te nemen om daardoor het nadenken en het maken van afspraken door ouders over hun ouderschap in een veel eerder stadium te stimuleren. Deze kwestie wordt tot besluit van dit hoofdstuk door mij behandeld.

Hoofdstuk 9 vangt aan met een korte schets van enkele wetsvoorstellen op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht die in het afgelopen decennium zijn ingediend bij de Tweede Kamer, bezien vanuit het gezichtspunt van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit.

Vervolgens beschrijf ik – op grond van de bevindingen in de voorgaande hoofdstukken – de noodzaak om te komen tot een nieuw huwelijksvermogensrecht, te weten een eigentijds systeem dat echtgenoten optimaal in staat stelt invulling te geven aan hun contractvrijheid zonder daarbij de vanzelfsprekende onderlinge solidariteit uit het oog te verliezen.

De gedachte is dat dit systeem een stelsel van regelgevende open normen betreft, aan de hand waarvan echtgenoten zelf keuzen kunnen (en moeten) maken. De desbetreffende normen zouden periodiek herijkt dienen te worden door de wetgever, teneinde er zorg voor te dragen dat deze veel dichter op de maatschappelijke ontwikkelingen aansluiten dan thans in het vigerende stelsel mogelijk is.

De noodzaak tot de bedoelde nieuwe wetgeving te komen sluit aan bij het gerezen inzicht dat het huidige wetgevingsproces op relatievermogensrechtelijk gebied achterhaald is.

Het verband met de hoofdstukken 3 tot en met 7 bestaat hierin dat uit jurisprudentie en de in de afgelopen jaren zeer moeizaam en traag verlopende wetgevingsprocessen duidelijk is geworden dat het steeds lastiger wordt om uiteenlopende typen relaties binnen hetzelfde wettelijk-technisch kader onder te brengen.

In dit hoofdstuk komt voorts kort de positie van ongehuwd (en niet-geregistreerd) samenlevende partners aan de orde. Voor samenlevers is waar het betreft het vermogensrecht thans wettelijk niets geregeld, doch in de Tweede Kamer gaan stemmen op om daarin verandering aan te brengen.

Ik verdedig dat het hiervoor bedoelde, door mij beschreven nieuwe huwelijksvermogensrecht ook toegankelijk moet zijn voor ongehuwde samenwoners en de kleine groep geregistreerd partners en dat dan gekozen dient te worden voor het relatieneutrale vermogensrechtelijk stelsel van het *civiel partnerschap*.

In het slothoofdstuk beantwoord ik de in dit hoofdstuk 2 gestelde centrale onderzoeksvraag en de daaruit voortvloeiende subvragen, trek ik conclusies en formuleer ik enkele aanbevelingen.[8]

8 In vrijwel alle hoofdstukken worden casus weergegeven; deze zijn ontleend aan mijn family mediationpraktijk.

3 Het spanningsveld tussen contractvrijheid en solidariteit

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het rechtsbeginsel contractvrijheid verkend en geduid zoals dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse privaatrechtelijk stelsel naar door vrijwel alle schrijvers wordt gemeend[1] en schets ik vervolgens de relatie tussen dit begrip en het rechtsbeginsel partijautonomie.

Voorts betoog ik dat contractvrijheid en het rechtsbeginsel solidariteit zich als tegenpolen tot elkaar verhouden en verwoord ik tot slot een zienswijze daarop die ik in dit onderzoek zal hanteren waar het de uit het huwelijk voortvloeiende rechtsverhouding tussen echtgenoten betreft, alsmede de contractuele relatie tussen echtgenoten in het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.[2]

3.2 Contractvrijheid

Contractvrijheid heeft als zodanig geen regeling gevonden in het Burgerlijk Wetboek maar leidt niettemin een onbetwist bestaan waaraan tot op zekere hoogte dogmatische kanten kunnen worden onderscheiden. De desbetreffende rechtsfiguur drijft op de getijden van de zee van het civiele recht en wordt in die hoedanigheid te pas maar soms ook te onpas aangehaald.

C.J.H. Jansen onderbouwt echter op overtuigende wijze de stelling dat de 19e eeuw niet de eeuw is geweest van de onbegrensde contractvrijheid waarvoor zij vaak wordt gehouden en waarschuwt tegen de vanzelfsprekendheid waarmee juristen bepaalde voorstellingen uit het verleden laten

---

1 Asser-Rutten, 1954, p. 28 en Kamphuisen, 1963, p. 124 vermelden met zoveel woorden dat contractvrijheid aan het wettelijk systeem ten grondslag ligt; deze gedachte is ook terug te vinden in de parlementaire geschiedenis (*Parlementaire Geschiedenis. Boek 6*, p. 919). Andere schrijvers die hiervan uitgaan zijn onder anderen: Nieuwenhuis, 1979, p. 63, Vranken, 2000, p. 146 e.v., Loth, 2009, p. 36, Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35; ik merk hierbij voor de goede orde op dat de definities van contractvrijheid die door deze schrijvers worden aangehangen verschillen en zij het begrip zich eveneens op verschillende wijzen laten verhouden tot het beginsel van partijautonomie. Anders: Nieskens-Isphording, 1991, p. 29.

2 Waar ik hierna en in de volgende hoofdstukken over contracterende echtgenoten spreek, heb ik in beginsel steeds het sluiten van huwelijkse voorwaarden of het aangaan van een echtscheidingsconvenant of vaststellingsovereenkomst door echtgenoten voor ogen.

voortleven, ook als deze onjuist blijken te zijn..[3] Hij brengt in herinnering dat het oude artikel 1374 dat luidde:

> Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.

een letterlijke vertaling betreft van artikel 1134 van de Code Civil, welk artikel is overgenomen uit het werk van Jean Domat[4] die het op zijn beurt had ontleend aan een fragment uit de Digesten.[5]

Dit uitgangspunt van *pacta sunt servanda* staat wat Jansen betreft tegenover een algemeen beginsel van 'gemeenschapsbelang' waaruit bijvoorbeeld het verbod van rechtsmisbruik, misbruik van positie of buitengewone benadeling voortvloeien en hij constateert vervolgens dat *de mate van contractsvrijheid in de loop van de geschiedenis een kwestie van meer of minder is geweest, niet van zwart of wit*.

Steeds vormde het samenspel van maatschappelijke omstandigheden, sociaal-politieke opvattingen, de visie op recht en moraal en de economische toestand – tezamen: het algemeen belang – zoals dat tot uitdrukking kwam in wetgeving en beoordelingen door rechters, een tegenwicht ten opzichte van het beginsel van contractvrijheid en bepaalde de uitkomst hiervan de mate van vrijheid die partijen zich konden veroorloven bij het aangaan van hun overeenkomst.[6]

Jansen schetst met betrekking tot de opvattingen van vooraanstaande schrijvers in de 19e eeuw een beeld dat verschuift van het aanvankelijk centraal stellen van de 'souvereine privaatrechtswil'[7] naar het steeds meer oog hebben voor contractvrijheid als 'voertuig van rechtsongelijkheid' en wijst in het bijzonder op de opvatting van Molengraaff die tegen het einde van de desbetreffende eeuw de rechter een belangrijke rol toedichtte in die gevallen waarin de *aequitas* het onderspit dreigde te delven ten opzichte van het dogma van de contractvrijheid.[8]

---

3 C.J.H. Jansen 2003, p. 148. Feenstra en Ashmann bespreken de historische wording van het begrip contractvrijheid diepgaand in hun boek *Contract, aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988. Ook Lokin en Jansen gaan hierop nader in: *Tussen droom en daad, de Nederlandse Juristenvereniging 1870-1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 89-113.

4 Het bedoelde werk van Domat betreft *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Parijs 1689, Liv. 1, tit. 1, sect. 2, no. 7.

5 D. 50, 17, 23: (…) *Nam hoc servitabur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit) (…)*: men zal vasthouden aan wat oorspronkelijk is overeengekomen (de overeenkomst heeft dit immers als regel gegeven).

6 C.J.H. Jansen, 2003, p. 134 en 135.

7 De term is van J.P. Moltzer.

8 C.J.H. Jansen, 2003, p. 140-146 en de hier door hem aangehaalde schrijvers, onder wie G. Diephuis, P. van Bemmelen, H.L. Drucker, C.W. Opzoomer, J.P. Moltzer, H.J. Hamaker, W. Modderman en S.J. Fockema Andreae.

Molengraaff betoogt in dit verband in 1895:

> Meer en meer wint de overtuiging veld, dat het dogma der contractsvrijheid, dat (…) wetgeving en wetenschap in deze eeuw geheel was gaan beheerschen, niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is opnieuw gaan inzien (…) dat het recht slechts dan een ars boni et aequi mag heeten, als het in overeenstemming is met ethische beginselen en tot doorvoering daarvan medewerkt. De contractsvrijheid mag niet leiden tot den economischen ondergang van een der partijen (…).[9]

Na de voorlaatste eeuwwisseling werd de contractvrijheid door de wetgever in zekere mate begrensd, onder andere door het invoeren van bepalingen van dwingend recht en vormvoorschriften.[10]

Rutten stelt dat de leer dat de overeenkomst partijen tot wet strekt 'die in zijn volle consequenties hard is als graniet' nooit zonder aanmerkelijke verzachtingen is toegepast[11] en benadert de kern van de zaak waar hij naar voren brengt:

> Men kan dan ook geen juist inzicht hebben in de ontwikkeling van het beginsel der contractsvrijheid en de uitbreidende en beperkende toepassing daarvan, zonder deze te stellen tegen de achtergrond van de maatschappelijke verhoudingen, de economische evolutie en de wijziging in de sociale opvattingen.[12]

Kamphuisen beschrijft in diens preadvies[13] contractvrijheid als de bevoegdheid overeenkomsten te sluiten, wanneer men wil, met wie men wil en met welke inhoud men wil:

> men kan dit nog wel nader uitwerken maar iets nieuws voegt men daardoor er niet aan toe.[14]

Jansen komt tot een rijker palet in zijn opsomming – onder verwijzing naar Mayer-Maly[15] – van de betekenissen die in de loop der tijd met contractvrijheid zijn verbonden: de vrijheid om al dan niet een overeenkomst aan te gaan, vormvrijheid, wilsovereenstemming als kern van de overeenkomst, de vrije keuze van de contractpartij, de vrijheid om de inhoud van de overeen-

---

9 W.L.P.A. Molengraaff, Oude en nieuwe woekerwetten, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 376.

10 C.J.H. Jansen, 2003, p. 147. Hartlief noemt de volgende wijzen van begrenzing van de contractvrijheid: dwingend recht, vormvoorschriften, bedenktijd en het opleggen van informatie- en waarschuwingsplichten; Hartlief, 1999 (B), p. 47. Houben wijst *contractdwang* aan als de meest vergaande beperking van de contractvrijheid omdat deze de vrijheid òf men zal contracteren beperkt; Houben, 2009, p. 325.

11 Asser-Rutten, 1954, p. 35.

12 Asser-Rutten, 1954, p. 36.

13 Preadvies uitgebracht aan de Vereniging tot het bevorderen van beoefening der Wetenschap onder de Katholieken in Nederland, Annalen van het Thymgenootschap Jrg. XLV, afl. 1, 1957.

14 Kamphuisen, 1963, p. 118.

15 Mayer-Maly, 1998, p. 855.

komst te bepalen en de afdwingbaarheid van iedere afspraak die partijen hebben gemaakt.[16]

Kamphuisen acht algehele contractvrijheid echter onmogelijk omdat de staat te allen tijde beperkingen heeft opgelegd ter wille van de redelijkheid en de zedelijkheid.

Hij komt vervolgens tot de conclusie dat het een kwestie is van lichter of donkerder grijs en niet van zwart of wit.[17]

Kamphuisen wijst voorts – in navolging van Rutten – op het scherpe verschil dat dient te worden gemaakt tussen de beginselen contractvrijheid en *consensualisme*[18] met welke laatste term door hem wordt gedoeld op het beginsel dat de enkele wilsovereenstemming voldoende is om een bindende overeenkomst tot stand te brengen. Door het verkort formuleren (*pacta sunt servanda*) van het oorspronkelijke adagium *pacta nuda sunt servanda* zijn beide beginselen vaak verward.

Rutten is echter van mening dat het maken van dit onderscheid weinig zinvol meer is omdat consensualisme naar geldend recht kan worden beschouwd als te zijn opgegaan in het beginsel van contractvrijheid waarop het niettemin een grote invloed heeft gehad.[19]

In de grote Leidse studie *Contractvrijheid*[20] die verscheen kort voorafgaand aan de laatste eeuwwisseling, wordt getracht het verschijnsel nader te duiden door dit vanuit verschillende perspectieven te 'vatten'.

In veel gevallen slagen de desbetreffende schrijvers erin om heldere contouren te schetsen vanuit het gekozen eigen gezichtspunt maar anderzijds dringt zich uit de verschillende bijdragen het beeld op van contractvrijheid als *Ding an sich*[21] dat zich nimmer in al zijn facetten tegelijkertijd toont aan de beschouwer. Mogelijk zou een poging om het begrip met literaire middelen te 'betrappen' hier soulaas bieden.[22]

---

16 C.J.H. Jansen, 2003, p. 134.

17 Kamphuisen, 1963, p. 140.

18 Kamphuisen, 1963, p. 118.

19 Asser-Rutten, 1954, p. 30.

20 Hartlief & Stolker, 1999. Ik heb ervoor gekozen om een eigentijds theoretisch kader vooral te ontlenen aan deze studie, alsmede aan de hierna genoemde studie *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* op grond van het feit dat beide vrijwel geheel aan het spanningsveld tussen de beginselen contractvrijheid (partijautonomie) en solidariteit zijn gewijd en geen andere moderne rechtswetenschappelijke literatuur beschikbaar is waarin dit thema op een vergelijkbare kwalitatief hoogstaande en omvattende wijze wordt besproken. Voor de goede orde merk ik op dat alleen in de als tweede genoemde studie het thema wordt gerelateerd aan de positie van echtgenoten, zij het in zeer beperkte zin en tevens vanuit rechtsvergelijkend perspectief. De studie *Contractvrijheid* bespreekt de contractuele verhouding tussen echtgenoten slechts zijdelings.

21 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781.

22 Vgl. Harry Mulisch, *Siegfried*, 2001, p. 22: *Als ik gelijk heb met mijn opvatting (…) dan moet het mogelijk zijn haar beter te begrijpen door haar in een totaal gefingeerde, extreme situatie te plaatsen en te zien hoe zij zich vervolgens gedraagt*.

Nieuwenhuis kenschetst contractvrijheid in zijn bijdrage aan de genoemde studie als *de vrijheid om zich door beloften te binden* en ziet het als een weerbarstig beginsel.[23] Hij noemt ook de in Boek 1, artikel 1 van het Burgerlijk Wetboek verdisconteerde algemene regel die de burger het recht op zelfontplooiing biedt. In het contractenrecht gaat het volgens hem dan om zelfontplooiing door middel van samenwerking met anderen, waarmee tevens de kern van het contractenrecht is gegeven.[24]

Ik onderschrijf deze opvatting van het begrip maar zou – in het kader van dit onderzoek – zelfontplooiing willen aanscherpen door het te vervangen door het Duitse *Selbstbestimmung*, omdat dit naar mijn mening duidelijker naar voren brengt dat – waar het echtgenoten betreft – contractvrijheid als een van de fundamenten van het recht mogelijk dient te maken dat de ene echtgenoot in de contractuele verhouding tot de andere echtgenoot in vrijheid tot zijn recht en uiteindelijk tot zijn bestemming kan komen.[25]

Mijns inziens vormt de bijzondere band die het huwelijk tussen de echtgenoten in het leven roept de rechtvaardiging voor deze aanscherping. Deze omvat immers meer aspecten van het leven dan de vermogensrechtelijke, hetgeen in andere contractuele relaties niet of in aanzienlijk mindere mate aan de orde is.

Het voorgaande betekent dat waar het gaat om echtgenoten, contractvrijheid verstaan dient te worden als 'de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot'. Ik heb hier derhalve geen absoluut opgevatte contractvrijheid voor ogen, maar een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de verantwoordelijkheid die elk van de echtgenoten voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid. Deze bijzondere verantwoordelijkheid vloeit voort uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk is en die lotsverbondenheid meebrengt.[26]

Hierbij sluit naadloos de notie van Nieuwenhuis aan dat ook contractvrijheid een waarde is die haar grondslag heeft in het recht van de persoon:[27] deze is van vitaal belang voor de ontplooiing van de eigen identiteit, die slechts kan wòrden ontplooid door gebruik te maken van de medewerking

23 Nieuwenhuis, 1999, p. 23.

24 Nieuwenhuis, 1999, p. 26.

25 Mak haalt, sprekend over partijautonomie, artikel 2 van de Duitse grondwet aan waar de vrijheid de eigen persoonlijkheid te ontwikkelen wordt gewaarborgd. Mak, 2003, p. 174.

26 Verbeke, 2009, p. 21.

27 Daarbij refererend aan HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699 waarin de Hoge Raad van opvatting is dat enkele zeer fundamentele (grond)rechten hun oorsprong vinden in het 'algemene persoonlijkheidsrecht'. Mak wijst op de *elaborate body of case law on personality rights* in Duitsland, die zich heeft ontwikkeld uit het *general right to personality* dat voortvloeit uit de artikelen 1 en 2 van het Duitse *Grundgesetz*. Mak, 2003, p. 179. Rutten zag contractvrijheid reeds als onderdeel uitmakend van de 'vrijheidsrechten van de mens'; Asser-Rutten, 1954, p. 39.

van anderen onder wie – bezien vanuit mijn perspectief – de andere echtgenoot de eerste plaats inneemt.[28]

3.3 Bescherming van de zwakkere partij

Hartlief beschouwt de bescherming van de zwakkere partij als een nieuw richtsnoer dat wetgever en rechter in toenemende mate volgen op vele terreinen van het recht en acht deze ontwikkeling potentieel bedreigend voor de contractvrijheid als fundament van ons contractenrecht.[29]

Hij stelt tegen deze achtergrond voor dat de verhouding tussen contractvrijheid en de bescherming van de zwakkere partij nader onderzoek verdient. De figuur van de echtgenoot ontbreekt echter in het door hem genoemde rijtje dat onder andere wel de consument, de arbeider, de huurder en de kleine ondernemer omvat als voorbeelden van zwakkere contractpartijen.[30]

Hondius relativeert de door Hartlief gevreesde bedreiging, aanvoerend dat het paradigma van de bescherming van de zwakkere partij niet de plaats van de contractvrijheid heeft ingenomen, doch een regel is die naast dit beginsel recht heeft op eenzelfde aanzien. Er zijn in zijn visie derhalve twee paradigma's die naast elkaar staan. Het contractenrecht dient naar zijn oordeel daarom twee meesters: de contractvrijheid en de bescherming van de zwakke partij.[31]

Lindenbergh ziet de in de positie of hoedanigheid van partijen niet steeds een bepalende voorwaarde voor het intreden van een bepaald gevolg maar deze vormt zijns inziens wel een bruikbaar gezichtspunt voor het antwoord op de vraag of hetgeen is overeengekomen in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.[32]

Hij past zijn opvatting ook toe op echtgenoten die met elkaar hebben gecontracteerd, in welk kader hij het voorbeeld noemt van huwelijkse voorwaarden waarin een zogenaamd vervalbeding is opgenomen: een bepaling die meebrengt dat een verrekenvordering met betrekking tot de in een kalenderjaar overgespaarde inkomsten niet meer geldend kan worden gemaakt na het verstrijken van een genoemde periode. Omdat de ervaring leert dat de desbetreffende verrekening tijdens het huwelijk meestal achter-

28 Nieuwenhuis, 1999, p. 31 en 32. Hij onderscheidt de ontplooiing van de eigen identiteit en het dragen van verantwoordelijkheid voor de wederpartij als de beide aspecten van het persoonsbegrip.

29 Ook Grosheide meent dat over de laatste honderd jaar een rechtsontwikkeling zichtbaar is waarin de rechtsbescherming voor de zwakkere partij steeds prominenter is geworden; Grosheide, 2009, p. 284.

30 Hartlief, 1999 (A), p. 1.

31 Hondius, 1999, p. 387 en 393. Hondius herhaalt zijn visie in 'Wet cliëntenrecht zorg zet eenheid van het privaatrecht op het spel', in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009/6, p. 226.

32 Lindenbergh, 1999, p. 408 e.v..

wege blijft, doet zich ingeval van echtscheiding de vraag voor of een vervalbeding gehandhaafd kan worden.

De Hoge Raad heeft in 1996 bepaald dat een beroep op een vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht indien een van de voormalige echtgenoten na de echtscheiding verrekening vordert, tenzij blijkt van omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen.[33] Lindenbergh wil hiermee duidelijk maken dat de echtgenoot in een dergelijke zaak – veelal de vrouw – geen bescherming verdient *omdat* zij vrouw is maar omdat een vervalbeding naar zijn aard zeer bezwarend is voor de niet-verdienende of niet-betaalde echtgenoot, welke hoedanigheid vrijwel in alle gevallen de vrouw aankleeft. Er is daarom geen behoefte aan aparte wettelijke bepalingen die de vrouw als echtgenoot beschermen maar de positie of hoedanigheid van echtgenoot-zonder eigeninkomsten kan een bruikbaar gezichtspunt bieden voor het antwoord op de vraag of een overeenkomst in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.[34]

Ik sluit mij graag bij de opvatting van Hondius aan zoals deze wordt genuanceerd door Lindenbergh, zij het dat ik 'bescherming van de zwakkere partij' zou willen vertalen door het bredere rechtsbeginsel *solidariteit*, daarmee vooruitlopend op de bespreking hierna van de Amsterdamse studie *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*.

Tevens meen ik dat beide beginselen begrepen dienen te worden als staande tegenover elkaar en niet naast elkaar. Het blijkt derhalve noodzakelijk te zijn om contractvrijheid in brede zin te onderscheiden van contractvrijheid in enge zin.[35] Solidariteit is zo beschouwd dan de tegenpool van contractvrijheid in enge zin en is verdisconteerd in contractvrijheid in brede zin.

Ik versta Loth ook zo waar deze verdedigt dat contractvrijheid en de bescherming van de zwakkere partij – bijvoorbeeld door het stellen van regels van dwingend recht – niet twee beginselen van overeenkomstenrecht vormen maar één omdat ook bepalingen van dwingend recht hun grond en legitimatie vinden in de zelfbeschikking van het individu.[36]

Contractvrijheid in enge zin en solidariteit zijn derhalve tegenpolen waartussen vrijwel steeds een spanningsveld bestaat. Ik acht deze visie zeer bruikbaar voor toepassing op de rechtsverhouding en de contractuele positie tussen echtgenoten: van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

---

33 HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, m.nt. WMK (*Rensing/Polak I)*.

34 Lindenbergh, 1999, p. 408-409 en 411.

35 Waar ik in het vervolg over contractvrijheid spreek, bedoel ik daarmee vrijwel steeds de contractvrijheid in enge zin.

36 Loth, 2009, p. 1, 38 en 57. Loth maakt voorts onderscheid tussen contractvrijheid in negatieve zin – waaronder hij de *vrijheid van* inmenging van buitenaf verstaat – en contractvrijheid in positieve zin die hij definieert als de *vrijheid tot* zelfbeschikking. (p. 37). Mij spreekt deze zienswijze niet aan omdat de contractvrijheid in positieve zin die in negatieve zin impliceert.

Mak verwoordt het voorgaande voor het contractenrecht in het algemeen als volgt:

> The picture of autonomy and solidarity as placed on a continuum, expressing different shades of intensity, confirms the double nature of the law: acting autonomously includes taking into account the interests of others, whereas acting with solidarity still acknowledges the existence of an autonomous sphere.[37]

Hiermee heb ik mijn eerdere zienswijze verder aangescherpt.

3.4 Partijautonomie

Het genoemde Amsterdamse onderzoeksverslag *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*[38] dat enkele jaren na de Leidse studie verscheen, lijkt contractvrijheid te beschouwen als een pijler van het privaatrecht die valt terug te voeren op de gedachte van partijautonomie en maakt daarmee een onderscheid tussen beide begrippen.

Ik acht deze nuancering zinvol omdat zij duidelijk maakt dat contractvrijheid een in de rechtspraktijk toepasbare vertaling betreft van een hogere rechtsfilosofische gedachte[39] die ook ten grondslag kan liggen aan andere vertalingen.[40]

Het thema van de verhouding tussen partijautonomie en contractvrijheid is ook door Vranken aangesneden in zijn bijdrage aan de bundel voor Nieskens-Isphording, waarin hij met haar in discussie gaat aan de hand van enkele door haar in haar dissertatie[41] betrokken stellingen.[42]

Vranken ziet met Nieskens-Isphording de partijautonomie als fundamenteler dan contractvrijheid omdat partijautonomie de onvervreemdbare vrijheid betreft om zelf te bepalen wat men wil en deze logischerwijs voorafgaat aan de daadwerkelijke uitvoering daarvan door het aangaan van een overeenkomst. Dit brengt volgens Vranken ook mee dat partijautonomie zich niet tot het overeenkomstenrecht beperkt maar zich uitstrekt over het gehele recht. Hij verschilt echter met Nieskens-Isphording van mening over het antwoord op de vraag of partijautonomie de eerste rechtvaardiging vormt van contractuele gebondenheid.

---

37 Mak, 2003, p. 174.

38 M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2003.

39 Ik zal in dit boek trachten om dit zuivere onderscheid tussen beide begrippen zoveel mogelijk te handhaven.

40 Andere vertalingen worden door Alkema genoemd: de vrijheden om eigendom te verwerven, volmachten te verlenen, rechtspersonen op te richten, vermogen te laten vererven en de vrijheid om persoonlijke relaties aan te gaan. Alkema, 1999, p. 33 e.v..

41 Nieskens-Isphording, 1991.

42 Vranken, 2000, p. 145.

Waar Nieskens-Isphording gebondenheid aan de overeenkomst in de eerste plaats terugvoert op de wil van partijen omdat anders in rechte niet tot juridische kwalificatie kan worden overgegaan van hetgeen door partijen is geschreven, gezegd of gedaan, meent Vranken dat dit niet het geval is. In zijn zienswijze bepaalt het recht of en hoe gebondenheid aan een overeenkomst ontstaat en is de wijze waarop bepaalde verklaringen en gedragingen rechtens dienen te worden gewaardeerd een kwalificatievraag, waartoe de relevante feiten, normen, beginselen, belangen en gezichtspunten worden geselecteerd en in hun onderlinge betrekking bepaald.

Mij in deze discussie mengend meen ik dat het verschil in zienswijze bepaald subtiel is te noemen en dat de zienswijze van Nieskens-Isphording in elk geval juist is waar het betreft echtgenoten die met elkaar overeenkomen binnen het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht. Ik merk in dit verband op – vooruitlopend op een uitvoeriger uitwerking van deze gedachte later in dit hoofdstuk en in de hoofdstukken 4 en 9 – dat het sluiten van een huwelijk waarvoor slechts het uitspreken van het woord 'ja' door man en vrouw volstaat als uitdrukking van hun autonome wil, tot gevolg heeft dat een geheel uitgewerkte rechtsbetrekking, de 'algehele' gemeenschap van goederen, aan hen deelachtig wordt.

Deze wettelijke gemeenschap van goederen kan in Vrankens opvatting van het recht als *discursieve* grootheid worden gezien, als het *altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging* of, in mijn woorden, als de uitdrukking van de huidige maatschappelijke opvattingen over wat een huwelijk rechtens met zich mee behoort te brengen in de standaardsituatie, derhalve als een rechtspolitieke keuze.[43]

Voorts is vanzelfsprekend een andere vraag gerechtvaardigd, namelijk of de echtgenoten de desbetreffende rechtsbetrekking daadwerkelijk (kennen en) hebben gewild.[44]

Echtgenoten die kiezen voor huwelijkse voorwaarden kunnen in de meest eenvoudige vorm daarvan hun wil tot uitdrukking brengen door af te zien van het desbetreffende wettelijke stelsel. De enkele zin 'De echtgenoten stellen vast dat tussen hen geen gemeenschap van goederen zal ontstaan.', volstaat daartoe en een nadere kwalificatie daarvan in rechte kan achterwege blijven omdat de door de echtgenoten neergelegde wilsovereenstemming juridisch volstrekt duidelijk is.

Bij Vranken komen partijautonomie, contractvrijheid, verklaarde wil en vertrouwen weer in beeld bij de rechtvaardiging van de gebondenheid aan overeenkomsten, doch alleen voor zover ze rechtens relevant worden geoordeeld.

---

43 De vraag of het denkbaar is dat het recht op dit punt toch *niet* de juiste weerslag vormt van de opvattingen die hierover thans leven in onze samenleving, behandel ik in hoofdstuk 9.

44 Op deze vraag kom ik terug in hoofdstuk 4.

Ik kies in dezen partij voor Nieskens-Isphording omdat de opvatting van Vranken over de wil van partijen bij mij het beeld van het intrappen van een open deur oproept, hoezeer ik overigens ook zijn opvatting van het recht als discursieve grootheid deel. Mijns inziens getuigt de formulering van De Beneditty in dezen van inzicht:

> Ongewild komen geen overeenkomsten tot stand (…). Maar de vraag was of de rechtsregels, welke de – derhalve gewilde – contractueele verhoudingen beheerschen, of dus de rechtsgevolgen, welke uit den consensus voortvloeien, óók afhankelijk zijn van der partijen wil. Tot nog toe was men geneigd deze vraag in beginsel en in het algemeen bevestigend te beantwoorden. Zal men thans op zijn minst niet moeten zeggen, dat het rechtseffect van de wilsovereenstemming slechts deels wordt geregeerd door den partijwil, maar anderdeels door de geldende rechtsnormen, en wel in een verhouding, waarvan het zwaartepunt zich allengs meer verlegt van eerstgenoemde naar laatstbedoelde bron?[45]

Voor contracterende echtgenoten geldt in elk geval dat het recht eerst aan het woord komt nadat zij hun wil hebben verklaard, wat niet wegneemt dat Vranken uiteraard het gelijk aan zijn zijde heeft waar het bijvoorbeeld de daaropvolgende kwalificatie in rechte betreft van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden die door de echtgenoten is gesloten maar door hen niet is nageleefd.

Of daarbij door de echtgenoten over en weer voldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de andere echtgenoot, is een vraag die bij de bedoelde kwalificatie dient te worden beantwoord.[46]

Vranken verbindt aan dit rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij de term 'zorgplicht', welk begrip mij zeer aanspreekt ter zake van de contractuele relatie tussen echtgenoten. Deze zorg voor elkaar is aan de orde in de precontractuele fase, maar ook tijdens de looptijd van de overeenkomst en – waar het echtgenoten betreft – zelfs daarna als sprake is van een alimentatieverhouding of ingeval van de uitoefening van het gezamenlijk gezag door ex-echtgenoten over hun minderjarige kinderen.

Vranken stelt voorts dat de omvang van de desbetreffende zorgplicht niet op voorhand is te bepalen maar dat verschillende omstandigheden hierbij een rol spelen, waaronder de hoedanigheid, de onderlinge verhouding en de deskundigheid van partijen, maar ook de aard van de overeenkomst en de wijze waarop deze tot stand is gekomen.

Deze factoren wijzen naar mijn oordeel op een in beginsel grote zorgplicht van echtgenoten voor elkaar. Ik werk dit standpunt verder uit in hoofdstuk 7.

In zijn afscheidsrede noemt ook Nieuwenhuis de term zorgplicht en stelt hij dat de meeste zorgplichten niet paternalistisch van aard zijn doch als *fra-*

45 De Beneditty, 1934, p. 435.
46 Vgl. Vranken, 2000, p. 151 e.v..

ternalistisch moeten worden gekarakteriseerd: *zij strekken ertoe de autonomie van de ander te optimaliseren*.[47]

Sieburgh wijst waar het de wil van partijen bij een overeenkomst betreft, terecht op het feit dat idealiter een overeenkomst in volledige vrijheid wordt gesloten door het samenvallen van twee overeenstemmende willen die in vrijheid zijn gevormd en geuit. Waarop zij niettemin direct laat volgen: *deze idylle doet zich in werkelijkheid echter zelden voor*.[48]

Nieskens-Isphording had in dit verband al eerder de verdergaande conclusie getrokken dat *nergens ooit sprake is geweest van een inhoudelijke gelijkheid van contractspartijen*.[49] Dat rechtens met dit – door mij ook voor contracterende echtgenoten onderschreven – feit, terdege rekening dient te worden gehouden is evident.

Hartkamp en Sieburgh achten partijautonomie een belangrijke voorwaarde voor partijen om zich over en weer te binden door het maken van afspraken en beschouwen contractvrijheid als een in het verlengde daarvan liggend zelfstandig beginsel dat meebrengt dat:

> men bij het effectueren van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen.[50]

Gebondenheid van partijen aan een overeenkomst berust echter niet alleen op partijautonomie en de daaruit voortvloeiende contractvrijheid maar vereist ook dat is voldaan aan het vertrouwensbeginsel:

> Op grond hiervan wordt degene die zijn vrijheid heeft aangewend door op een bepaalde wijze te handelen (en daarmee zijn wil te verklaren), verantwoordelijk gehouden voor verwachtingen die bij degene die deze verklaring ontvangt gerechtvaardigd zijn gewekt.[51]

In mijn visie ligt dit opgewekte vertrouwen zeer dicht bij de pool van het solidariteitsbeginsel.[52] Het vertrouwen dat de ene contractpartij bij de andere doet ontstaan – indien gerechtvaardigd –, impliceert immers verantwoordelijkheid van de eerstbedoelde voor de andere partij en de notie van verantwoordelijkheid vormt een kernpunt binnen het beginsel solidariteit.[53]

Hiermee ben ik op het punt gekomen dat ik mijn zienswijze verder kan nuanceren door te betogen dat partijautonomie niet alleen contractvrijheid inhoudt maar tegelijkertijd ook de plicht verantwoordelijkheid en zorg voor

---

47 Nieuwenhuis, 2009, p. 2256.
48 Sieburgh, 2004, p. 16.
49 Nieskens-Isphording, 1991, p. 29.
50 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.
51 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35 en 36.
52 Nieuwenhuis bespreekt de verhouding tussen partijautonomie en het vertrouwensbeginsel uitvoerig in zijn dissertatie; Nieuwenhuis, 1979.
53 Waar het beginsel van opgewekt vertrouwen in de context van contracterende echtgenoten relevant is, kom ik er in de volgende hoofdstukken op terug.

de wederpartij aan de dag te leggen: derhalve om solidair te zijn met de wederpartij, zonder daarbij het eigen belang uit het oog te verliezen.

Parijautonomie kan mitsdien gelijk worden gesteld aan contractvrijheid in brede zin zoals hiervoor in paragraaf 3.3 gedefinieerd.

3.5 Solidariteit

In het genoemde Amsterdamse onderzoek wordt de vraag opgeworpen of de autonomie in het privaatrecht door wetgeving en rechtspraak inmiddels al niet zover is teruggedrongen dat het juister zou zijn om te spreken over autonomie en solidariteit[54] als twee gelijkwaardige grondslagen van het privaatrecht en wordt voorts de verhouding tussen beide beginselen besproken, alsmede in welke mate elk van beide grondslagen doorwerkt op de verschillende terreinen van het privaatrecht.[55] Hiermee wordt de zienswijze van Hondius *de facto* overgenomen. Vermeldenswaard is in dit verband dat Huls verwijst naar de door Unger ontwikkelde deviationische rechtsleer waarin centraal staat dat in het recht tegenover elk beginsel een tegenbeginsel staat.[56] Hij is van mening dat door dit soort 'fundamentele contradicties' aan te nemen, tegenover het mogelijke verlies aan rechtszekerheid dat daarmee gepaard gaat een grotere maatschappelijke zeggingskracht staat.

Ik zou willen verdedigen dat deze leer niet voert tot de door Huls bedoelde fundamentele contradicties maar slechts tot paradoxen: het rechtssysteem bestaat in de werking van beide beginselparen tegelijkertijd en het spanningsveld dat daardoor ontstaat doet geen afbreuk aan het systeem maar is integendeel een essentieel onderdeel daarvan.

Veel dichterbij komt naar mijn oordeel dan ook de door Vranken geciteerde[57] Reuter die – evenals andere Duitse schrijvers – betoogt dat het onjuist is om contractvrijheid voorop te stellen en alles wat daarmee niet verenigbaar is als beperking of uitzondering aan te merken maar dat het veeleer de opgave is om:

---

54 Mak noemt in haar bijdrage aan de desbetreffende bundel de paren *liefde* vs. *vrijheid*, het *persoonlijkheidsbeginsel* vs. *gemeenschap* en *individualism* vs. *altruism*, daarbij het tweede paar ontlenend aan P. Scholten ('Rechtsbeginselen', in: *Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen Afdeeling Letterkunde Deel 80, Serie B*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1935, p. 273 e.v.) en het laatste paar aan D. Kennedy ('Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* 1976, p. 1713 e.v.). De desbetreffende paren kunnen tot op zekere hoogte als synoniemen van het paar autonomie vs. solidariteit worden gezien en verlenen daaraan nieuwe facetten die als uitdrukkingen van idealen het inzicht in de uiteindelijke betekenis ervan vergroten; Mak, 2003, p. 171 en 172.

55 Huls, 1999, p. 398 en 399.

56 R.M. Unger, 'The critical legal studies movement', 96 *Harvard Law Review* 1983, p. 563-675.

57 D. Reuter, *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?*, *AcP* 1989, p. 199-222; Vranken, 2000, p. 149.

> Kriterien und Verfahren für die Vertragsgerechtigkeit zu entwickeln, die herzustellen gerade deshalb nötig ist, weil es eine Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gibt.

Het begrip *Vertragsgerechtigkeit* is daarmee mijns inziens te beschouwen als synoniem voor partijautonomie zoals hiervoor door mij gedefinieerd als contractvrijheid in brede zin: contractvrijheid derhalve die de tegenpool daarvan, solidariteit, impliceert.[58]

Zoals hiervoor in paragraaf 3.3 door mij gesteld, is het opnieuw kwalificeren van het beginsel 'bescherming van de zwakkere partij' als solidariteit een verbetering, omdat deze leidt tot een objectivering van de tegenpool van de contractvrijheid en daarmee recht doet aan het feit dat de positie of hoedanigheid van een partij niet altijd tot voorspelbare gevolgen leidt, zoals ook door Lindenbergh wordt betoogd.[59]

Ik betrek in dit kader voorts de stelling dat het in bepaalde gevallen afhangt van het perspectief van de beschouwer of een partij kan worden aangemerkt als sterker dan wel zwakker dan de andere partij en dat soms zelfs kan worden verdedigd dat de partij die de sterkere lijkt te zijn in werkelijkheid de zwakkere is. Daarnaast kan sprake zijn van echtgenoten die ieder zowel de figuur van de sterkere als die van de zwakkere in zich verenigen, afhankelijk van het terrein waarop zij zich bevinden.

Casus

Echtgenoten zijn in de loop van een lang huwelijk geleidelijk uit elkaar gegroeid. De man is een in zichzelf gekeerde advocaat uit de *haute finance* die – nog maar kort met pensioen – zijn dagen thuis achter zijn laptop doorbrengt op zoek naar 'vertier buiten de deur' zoals zijn vrouw dat omschrijft. De vrouw is veel in het tweede, zeer comfortabele huis van het echtpaar op Texel en besluit op zeker moment dat het genoeg is geweest.

Tijdens de mediationgesprekken lijkt aanvankelijk sprake te zijn van een onevenwichtige machtsbalans. De man is veel aan het woord, legt sluitende berekeningen over, maakt een dominante indruk en heeft kennelijk alle troeven in handen. De vrouw is zwijgzaam en zegt dat ze niets van geldzaken weet.

Na vier gesprekken verandert het beeld en wordt duidelijk dat de vrouw een ragfijn psychologisch spel speelt: zij blijkt heel goed te weten hoe ze haar man daar moet krijgen waar ze hem wil hebben. Uiteindelijk komt een overeenkomst tot stand die zakelijk bezien nog wel evenwichtig is maar die waar het de daarin opgenomen lusten betreft, enigszins overhelt naar de zijde van de vrouw.

Een ander argument dat in dezen voor mij meeweegt is dat solidariteit de gedachte van *evenwicht* en – als het gaat om echtgenoten – lotsverbondenheid of hun *partnership*[60] tot uitdrukking brengt, waar het begrip 'bescherming van de zwakkere partij' veeleer de bevoogdende notie van *correctie* oproept.

---

58 Vranken noemt in dit verband ook de verschuiving van *procedural* naar *substantive fairness*; Vranken 2000, p. 149. Schoordijk breekt in het algemeen maar in het bijzonder waar het de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden betreft, een lans voor *substance above form*: ik bespreek zijn visie in hoofdstuk 7; Schoordijk, 2005, p. 166.

59 Lindenbergh, 1999, p. 406 e.v.

60 Deze term is van Schoordijk; Schoordijk, 2003.

3.6 Grondrechten

Hartlief wijst nog op een andere ontwikkeling die tornt aan de contractvrijheid en die mijns inziens nauwe samenhang met het voorgaande vertoont, te weten het feit dat *niet langer uitsluitend de 'klassieke' grenzen van dwingend recht, openbare orde en goede zeden* bepalen wat nog aanvaardbaar is maar dat in deze tijd ook dient te worden gerekend met grondrechten, het recht op gelijke behandeling en met Europees recht.[61]

Alkema beantwoordt de vraag of contractvrijheid überhaupt een grondrecht is en komt tot de conclusie dat bij de afweging door de rechter van belangen en rechtsbeginselen, de contractvrijheid als één van die beginselen lijkt te worden beschouwd maar wel stilzwijgend. Hij verklaart zich in zijn verkenning niet een voorstander te zijn van het codificeren van contractvrijheid als grondrecht, omdat een definitie lastig zou zijn en afgrenzing zou leiden tot een verlies aan souplesse.[62] Interessant in dit verband is dat de Duitse grondwet[63] in artikel 2, lid 1 bepaalt:

> Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

en daarnaast in artikel 6 stelt:

> Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

Vooruitlopend op hetgeen in hoofdstuk 6 wordt behandeld, merk ik hier reeds op dat het ene artikel de autonomie van het individu beschermt, ook die van de individuele echtgenoot, terwijl het andere zoals in het genoemde hoofdstuk wordt onderbouwd, de solidariteit die echtgenoten jegens elkaar aan de dag dienen te leggen, zowel tijdens het huwelijk als tot op zekere hoogte tijdens de periode na een echtscheiding, indirect vastlegt.

De Duitse rechter heeft in de interpretatie door het Duitse *Bundesverfasungsgericht* uitdrukkelijk de taak gekregen om ingeval van echtscheiding recht te doen aan beide grondwettelijke bepalingen en te beoordelen of in een concreet geval aan beide beginselen aandacht is besteed waar het betreft de inhoud van het *Ehevertrag* ten tijde van de huwelijkssluiting.

---

61 Hartlief, 1999 (A), p. 1 en 2.

62 Alkema, 1999, p. 45 en 46. De opvatting van Huls sluit hierbij aan: hij is van mening dat de rechter beter kan *finetunen* dan de wetgever, juist omdat burgers niet als categorie per definitie zwak of sterk zijn; Huls, 1999, p. 402.

63 Vgl. over de Duitse grondwet in het algemeen: Haverkort, 2009.

3.7 Mededelingsplicht

Nieuwenhuis beschrijft het *dubbele gelaat* van de contractvrijheid, in haar funderende hoedanigheid die haar in de morele orde van onze samenleving verankert, bestaande uit de vrijheid om verbintenissen aan te gaan èn de vrijheid om dit niet te doen.[64] Daarnaast kan aan contractvrijheid ook een coördinerend aspect worden onderscheiden waar het beginsel het ijkpunt vormt dat het mogelijk maakt om de graad van afwijking daarvan te bepalen in een concreet geval.[65]

Hij besteedt ook aandacht aan de rol die de mededelings- en onderzoeksplichten spelen op het terrein van contractvrijheid en stelt dat voor het antwoord op de vraag of op een onderhandelende partij al dan niet een mededelingsplicht rust, afhankelijk is van wat deze weet of behoort te weten over de dwaling van zijn wederpartij.

Bij contractvrijheid hoort weliswaar dat partijen elkaar zien als middel om het beoogde doel te bereiken maar:

> wie een ander beweegt tot het sluiten van een overeenkomst, wetend dat de ander dwaalt, berooft hem van zijn vrijheid.[66]

Naar mijn mening geldt het voorgaande *a fortiori* voor echtgenoten die zowel voorafgaand aan, als tijdens en – tot op zekere hoogte – ook ten tijde van de echtscheiding in een bijzondere verhouding tot elkaar staan waarin concrete rechtsgevolgen zijn ingebed in wat zou kunnen worden omschreven als een morele dimensie. Nieuwenhuis haalt in zijn beschouwing Castermans[67] aan die vindt dat zodra één van partijen meer kennis heeft dan de ander, er in beginsel een reden is om een mededelingsplicht aan te nemen, zij het dat een ongebreidelde mededelingsplicht ten koste zou gaan van het gerechtvaardigd eigenbelang van een contractpartner.

Het gaat derhalve steeds om het bereiken van het juiste evenwicht tussen enerzijds het idee dat contractpartners een gelijke positie dienen te hebben in hun onderhandeling en anderzijds de bescherming van het eigenbelang van ieder der partners.[68]

Indien echtgenoten met elkaar contracteren is in mijn oordeel snel sprake van een mededelingsplicht omdat dan – zoals eerder door mij aangevoerd –, een bijzondere rechtsverhouding aan de orde is. Het mogen profiteren van het opbouwen en vervolgens uitbaten van een voorsprong in kennis – hetgeen de kern van koophandel uitmaakt volgens Nieuwenhuis –, gaat

---

64 Hondius beschouwt de vrijheid om zelf te bepalen of men wil, met wie men wil en vooral ook met wie men niet wil contracteren, als een van de belangrijkste uitingen van de menselijke autonomie; Hondius, 2003, p. 387.

65 Nieuwenhuis, 1999, p. 24 en 25.

66 Nieuwenhuis, 1999, p. 31 en 32.

67 Castermans, 1992, p. 189 e.v..

68 Nieuwenhuis, 1999, p. 28.

voor echtgenoten dan ook niet op. Voor hen geldt in beginsel dat over en weer gesproken dient te worden om te voorkomen dat een verkeerde voorstelling van zaken het huwelijk uiteindelijk vergiftigt. Onnodig te zeggen dat deze door mij aangenomen plicht tot mededeling sterk samenhangt met het rechtsbeginsel solidariteit.[69]

Casus

Echtgenoten zijn in voor beiden tweede echt gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. Het eerdere overlijden van de vader van de man heeft meegebracht dat de man aanzienlijke schulden op papier heeft aan zijn kinderen, uit hoofde van een zogenaamd *ik-opa* testament.

Voorafgaand aan hun huwelijk hebben partijen een adviesgesprek gevoerd met een notaris over hun huwelijksgoederenregime. De desbetreffende notaris – die destijds ook de bedoelde *ik-opa* testamenten had opgemaakt voor de ouders van de man en die tevens de broer van de man is –, raadt partijen af om huwelijkse voorwaarden op te maken.

Gedurende het huwelijk zijn de bedoelde schulden met enige regelmaat de bron van twistgesprekken tussen de echtgenoten omdat de vrouw vreest dat haar kinderen uit haar eerste huwelijk hierdoor zullen worden benadeeld.

In een mediationtraject worden tussen de echtgenoten bindende afspraken gemaakt over de juridische aspecten, lijkt het wederzijdse vertrouwen te zijn hersteld en wordt tevens afgesproken om niet meer met elkaar te spreken over dit punt maar de blik op de toekomst te richten. Partijen slagen hierin niet, enerzijds omdat de vrouw niet van zich kan afzetten dat de man en diens broer in dezen kennelijk hebben samengespannen en anderzijds gezien het feit dat de man het zijn echtgenote ten zeerste kwalijk neemt dat zij zijn integriteit ter discussie stelt: zijn zwijgen over de bedoelde schulden was immers ingegeven door hetgeen zijn broer – die als notaris een gezags- en vertrouwenspositie binnen de familie genoot – hem hierover had geadviseerd.

In dit verband noem ik ook de uitspraak van de Hoge Raad die onder de naam *Zwijgzame bruid* bekendheid geniet.[70] Ik behandel dit arrest in hoofdstuk 5 maar merk hier reeds op dat naar mijn overtuiging de Hoge Raad in zijn beoordeling vooral oog lijkt te hebben gehad voor de pool contractvrijheid[71] in enge zin, daarbij de tegenpool solidariteit kennelijk geheel uit het oog verliezend.

De maatstaf wordt hier steeds gevormd door het criterium wat de echtgenoot op wie eventueel een mededelingsplicht rust, wist of behoorde te weten omtrent de dwaling van de andere partij. Het belang dat door een echtgenoot kan worden geschonden is, aldus Nieuwenhuis, het belang van de andere echtgenoot om niet door een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken betrokken te raken in een contract dat deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten.

---

69 In de woorden van Schoordijk gaat het om wat echtgenoten moeten willen, zo zij aan de persoon van de ander recht willen doen; Schoordijk, 2002, p. 200.

70 HR 8 oktober 2000, *LJN* AA7362; *NJ* 2004, 58 m.nt. WMK.

71 In deze casus was geen sprake van huwelijkse voorwaarden maar naar mijn mening hebben de begrippen contractvrijheid en solidariteit ook betekenis binnen het kader van het systeem van de wettelijke gemeenschap van goederen. Ik werk deze gedachte hierna uit in hoofdstuk 4.

Het gaat hier, zo betoogt Nieuwenhuis, om de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt is onvrij. Het recht van een partij bij een overeenkomst om uit de droom geholpen te worden prevaleert boven de onderzoeksplicht van de andere partij:[72]

> Wie weet dat de keuzevrijheid van zijn wederpartij is uitgeschakeld door een onjuiste voorstelling van zaken, is gehouden de voorwaarden voor die vrijheid te herstellen, door die ander naar behoren in te lichten.[73]

Nieuwenhuis ziet in het voorgaande zowel een aanscherping van wat hij het *Baris/Riezenkamp-altruïsme* noemt als het verlenen van een ruimere betekenis daaraan, omdat de strekking ervan niet beperkt is tot dwaling bij de totstandkoming van een overeenkomst, welke rechtsfiguur in het desbetreffende arrest[74] aan de orde was. K.J.O. Jansen is van mening dat het oordeel van de Hoge Raad in het door mij aangehaalde arrest de juistheid van deze zienswijze onderstreept waar het echtgenoten betreft, omdat niet goed valt in te zien dat de man op de handelswijze van de vrouw bedacht had kunnen of moeten zijn. Indien de Hoge Raad in diens arrest *Zwijgzame bruid* de ruimere strekking van het door Nieuwenhuis bedoelde altruïsme zou hebben onderkend, had de man vermoedelijk niet aan het kortste eind getrokken in deze casus.

Partijen die met elkaar contracteren moeten er derhalve steeds op toezien dat ook aan de zijde van de andere partij sprake is van contractvrijheid. Zoals voor vrijheid in het algemeen geldt, is ook ingeval van contractvrijheid aan de orde dat slechts sprake kan zijn van vrijheid van de een voor zover deze verenigbaar is met de vrijheid van de ander, hetgeen zeker ook opgeld doet voor echtgenoten in hun onderlinge verhouding.

---

72 Vranken ziet de *duty to inform* en overigens ook de *duty to cooperate* als uitwerkingen van redelijkheid en billijkheid; Vranken, 2000, p. 154.

73 Nieuwenhuis, 1999, p. 30-32. Nieuwenhuis verwijst tevens naar HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel) waarin de Hoge Raad bepaalt dat waar het gaat om het leerstuk van de dwaling de spreekplicht prevaleert.

74 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp). K.J.O. Jansen constateert dat het riskant is om blind te varen op de desbetreffende voorrangsregel *omdat een inhoudelijke rechtvaardiging voor het principiële overwicht van de mededelingsplicht ontbreekt*. Hij pleit ervoor om de regel op te vatten als dienend ter regulering van het processuele debat zodat een partij zich niet enkel onder verwijzing naar de onderzoeksplicht van de wederpartij kan verweren; K.J.O. Jansen, 2009, p. 350. Nieuwenhuis haalt een uitspraak van de Hoge Raad aan in een zaak die handelt om de verdeling van de boedel na echtscheiding, in welke casus de onderzoeksplicht van de man naar de wilsbekwaamheid van de vrouw centraal staat. De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de omvang van het voordeel dat voor de man is gelegen in de door de vrouw aangevochten verdeling een rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag welke onderzoeksplicht op de man rustte (HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699); Nieuwenhuis, 1999, p. 31.

Hartlief spreekt in dit verband van een paradoxale legitimatie: de beperking van de vrijheid omwille van de vrijheid.[75] Mij spreekt in dit verband de gedachte van Kamphuisen aan:

> De vrije mens kan beslissen of hij zich al dan niet zal binden maar heeft hij dit gedaan, dan vraagt juist die vrijheid dat hij zijn woord houdt. (…) Hierin ligt juist het gevaar van een al te sentimentele wetgever dat hij het verantwoordelijkheidsbesef vermindert, dat hij de neiging aanwakkert om onder het gegeven woord uit te komen, om (…) de mens te doen vergeten dat hij zijn vrijheid alleen waard is, indien hij vrijwillig aangegane verplichtingen honoreert.[76]

K.J.O. Jansen maakt een gevolgtrekking die hierbij aansluit waar hij betoogt dat in een bepaald tijdsgewricht de slinger doorslaat naar de contractvrijheid en in een andere periode naar de bescherming van de zwakkere partij, waarbij thans naar zijn mening thans sprake is van een te ver doorslaan van de slinger naar het laatstgenoemde beginsel met als gevolg dat de eigen verantwoordelijkheid van het individu te veel uit het oog wordt verloren.[77]

Van Schaick[78] vraagt zich af hoe vrij de rechtsorde haar rechtssubjecten laat in het sluiten van overeenkomsten van een willekeurige inhoud, een vraag die ook in dit onderzoek centraal staat waar het echtgenoten betreft. Hij geeft ook het antwoord waar hij concludeert dat deze vrijheid in belangrijke mate wordt bepaald door het tijdsbeeld en dat de opvattingen over contractvrijheid derhalve in de loop van de tijd veranderen.

3.8 Toetsingskader

Contractvrijheid in enge zin is het praktisch goed meetbare rechtsbeginsel dat wordt omsloten door het beginsel der partijautonomie en dat binnen partijautonomie – of contractvrijheid in brede zin –, tegenover het beginsel solidariteit is gepositioneerd.

Hartkamp en Sieburgh onderscheiden in concreto vijf aspecten van contractvrijheid (in enge zin):
- een partij is vrij om te beslissen of zij een overeenkomst aangaat;
- een partij is vrij om te beslissen met wie zij een overeenkomst aangaat;
- partijen zijn vrij de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen;
- partijen zijn vrij om de overeenkomst al dan niet aan een vorm te binden;
- partijen zijn vrij om hun overeenkomst aan de bepalingen van een gekozen wetgeving te onderwerpen.[79]

75 Hartlief, 1999 (B), p. 14.
76 Kamphuisen, 1963, p. 141.
77 K.J.O. Jansen, 2009, p. 350.
78 Van Schaick, 1994, p. 315.
79 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.

Ik voeg aan deze vijf toetsstenen het aspect van handhaafbaarheid van de overeenkomst toe, omdat niet uit het oog moet worden verloren – in de woorden van Stolker in zijn voorwoord op de hiervoor genoemde Leidse bundel –, dat de waarde van contractvrijheid uiteindelijk in belangrijke mate afhankelijk is van de vraag of en zo ja in hoeverre afspraken ook daadwerkelijk afspraken zijn die door de rechter worden gehandhaafd.[80]

Deze vijf[81] criteria bieden een praktisch toepasbaar toetsingskader dat ik in de hoofdstukken 4 en 5 zal gebruiken om te bepalen of en in welke mate sprake is van contractvrijheid in de bedoelde enge zin.

3.9 Afsluiting

In het voorgaande ben ik tot een zienswijze gekomen op de verhouding tussen de beginselen van contractvrijheid en solidariteit ten aanzien van echtgenoten in het algemeen en in het bijzonder waar het betreft echtgenoten die huwelijkse voorwaarden aangaan,[82] deze ontlenend aan de discussie die daarover is gevoerd tegen de achtergrond van het algemene overeenkomstenrecht.

De desbetreffende zienswijze acht ik eveneens toepasselijk op de andersoortige rechtsverhouding die de wet tussen echtgenoten doet ontstaan in de wettelijke gemeenschap van goederen.

Ik vat deze visie hier samen. Partijautonomie dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de ander heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk in het leven roept.

Deze definitie impliceert dat binnen het verband van de partijautonomie, contractvrijheid (in enge zin) in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit staat en tussen deze tegenpolen daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig is.

Met betrekking tot de contractuele positie tussen echtgenoten (of hun rechtsverhouding) als bedoeld, zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt, waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

---

80 Stolker, 1999, p. X.

81 Ik laat de mogelijkheid een rechtskeuze te doen verder buiten beschouwing.

82 Of een echtscheidingsconvenant dan wel een vaststellingsovereenkomst.

4 Contractvrijheid en solidariteit in het gemene huwelijksvermogensrecht

4.1 Inleiding

Titel 6 en de Afdelingen 1 en 2 van Titel 7[1] van Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevatten het *gemene* huwelijksvermogensrecht, het vermogensrecht dat automatisch van kracht wordt voor echtgenoten die voorafgaand aan hun huwelijk niet zelf regelingen hebben getroffen bij huwelijkse voorwaarden.

In dit hoofdstuk bespreek ik bepalingen uit dit gemene huwelijksvermogensrecht die in verband gebracht kunnen worden met (aspecten van) de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit. Gezien het feit echter dat solidariteit het fundament vormt van het gemene huwelijksvermogensrecht, wordt vooral gekeken naar de mogelijkheden die echtgenoten hebben hun contractvrijheid te gebruiken.

Door een viertal accenten te leggen wordt diepgang aangebracht. Het betreft hier de verzorgingsverplichting die echtgenoten jegens elkaar hebben van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, de beperkingen van handelingsbevoegdheid door het toestemmingsvereiste van artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, het contracteren door echtgenoten met betrekking tot de goederen die door een van hen onder de zogenaamde uitsluitingsclausule van artikel 94 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek werden verkregen en tot slot het sluiten van overeenkomsten door echtgenoten over goederen die kunnen worden aangemerkt als zijnde bijzonder verknocht aan een van hen, als bedoeld in artikel 94 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Ik onderzoek in dit hoofdstuk mitsdien of echtgenoten binnen het verband van het gemene huwelijksvermogensrecht, ruimte hebben om met elkaar te contracteren, op welke wijze en in welke vorm de desbetreffende contractvrijheid als uitvloeisel van het rechtsbeginsel partijautonomie kan worden uitgeoefend en hoe deze zich verhoudt tot het beginsel van solidariteit dat eveneens onderdeel uitmaakt van partijautonomie, zoals in het vorige hoofdstuk door mij is betoogd.

Gezien het feit dat in hoofdstuk 5 het thema huwelijkse voorwaarden uitvoerig zal worden besproken, stel ik mijzelf in dit hoofdstuk de vraag of echtgenoten ook langs de weg van de onderhandse (vaststellings)overeenkomst uitdrukking zouden kunnen geven aan hun contractvrijheid, derhalve zonder dat sprake is van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

---

1 Titel 7 vanaf Afdeling 3, alsmede de Titels 8 en 9 van Boek 1 en Titel 7 van Boek 3 Burgerlijk Wetboek worden aan de orde gesteld in hoofdstuk 5. Ik laat in dit onderzoek de scheiding van tafel en bed onbesproken.

Een kwestie die eveneens kort wordt behandeld is of het echtgenoten vrij staat om naar eigen keuze hun doel langs de weg van het huwelijksvermogensrecht, dan wel langs die van het algemene vermogensrecht te bereiken in die situaties waarin beide wegen voor hen openstaan.

Ter afsluiting worden enkele algemene opmerkingen gemaakt over de positie van de crediteuren van (een van) de echtgenoten.

4.2 Toetsingskader

In hoofdstuk 3 heb ik gesteld dat contractvrijheid in het bijzonder waar het echtgenoten betreft, verstaan dient te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder der echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in de beginselen van redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van de echtgenoten voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid. Deze bijzondere verantwoordelijkheid – of zorgplicht – vloeit voort uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk meebrengt.

Contractvrijheid staat binnen het overkoepelende rechtsbeginsel partijautonomie in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit en tussen deze tegenpolen is vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig.

Met betrekking tot de contractuele positie tussen echtgenoten of de rechtsverhouding tussen hen, zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning zich ontlaadt.

Voorts heb ik in het voorgaande hoofdstuk gesteld dat contractvrijheid een in praktisch opzicht goed meetbaar rechtsbeginsel is en dat *in concreto* vijf aspecten van contractvrijheid kunnen worden onderscheiden:

- een echtgenoot is vrij om te beslissen of hij een overeenkomst aangaat;
- een echtgenoot is vrij om te beslissen met wie hij een overeenkomst aangaat;
- het staat de echtgenoten vrij om de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen;
- de echtgenoten zijn vrij om de overeenkomst al dan niet aan een vorm te binden;
- een echtgenoot kan de gesloten overeenkomst in rechte handhaven.

Deze vijf aspecten kunnen worden vertaald in criteria en bieden dan een praktisch toepasbaar toetsingskader dat ik in dit hoofdstuk zal gebruiken om te bepalen of en in welke mate voor echtgenoten sprake is van contractvrijheid, die ik zoals uiteengezet, opvat als een beginsel dat voortvloeit uit het hogere rechtsbeginsel van de partijautonomie en wordt begrensd door solidariteit, het rechtsbeginsel van gelijke rang.

Waar het betreft de wijzen waarop de contractvrijheid van partijen – echtgenoten – wordt begrensd door de wetgever noemt Hartlief de volgende categorieën: dwingend recht, vormvoorschriften, bedenktijd en het opleggen van informatie- en waarschuwingsplichten.[2]

H.J. Snijders verdedigt een door mij op hoofdlijnen onderschreven graduele benadering van dwingend recht,[3] in plaats van de breed gedragen visie op dwingend en aanvullend recht als complementaire begrippen die elkaar wederzijds uitsluiten.[4] Vanuit een gradueel perspectief op dwingend recht kan worden onderscheiden tussen semidwingend recht[5], driekwart-dwingend recht[6] en wat ik zou omschrijven als hard dwingend recht, regels derhalve waarvan op geen enkele wijze kan worden afgeweken door de contractpartijen.

Onder semidwingend recht worden regels verstaan waarvan mag worden afgeweken bij schriftelijke overeenkomst of door het in acht nemen van andere gestelde vormen.[7] Ingeval de wet voorafgaande goedkeuring door de rechter eist gaat het volgens H.J. Snijders om meer dan slechts een vormvereiste. Ik zou menen dat hetzelfde opgaat voor de door de wet verplicht gestelde notariële akte, bijvoorbeeld ingeval van huwelijkse voorwaarden en werk deze gedachte later in hoofdstuk 5 verder uit.

In de graduele benadering van dwingend recht valt het stellen van vormvoorschriften door de wetgever onder het semidwingend recht en resteren mitsdien drie categorieën van begrenzing van contractvrijheid: (semi) dwingend recht, bedenktijd en het opleggen van informatie- en waarschuwingsplichten.[8]

---

2 Hartlief, 1999 (B), p. 47.

3 H.J. Snijders, 1999, p. 153. Snijders maakt in zijn beschouwing voorts onderscheid tussen bepalingen waarvan afwijking ten nadele van één van de partijen is uitgesloten en bepalingen waarvan afwijking ten nadele van beide partijen niet is toegestaan ('eenzijdig dwingend recht' tegenover 'meerzijdig dwingend recht'), tussen bepalingen waarvan afwijking na een bepaald tijdstip is toegestaan en bepalingen waarvan nooit mag worden afgeweken ('tijdelijk dwingend recht' tegenover 'definitief dwingend recht') en tussen dwingend recht dat tevens van openbare orde is en dwingend recht dat niet van openbare orde is ('super dwingend recht' tegenover 'normaal dwingend recht'). H.J. Snijders, 1999, resp. p. 162, 163 en 159-160.

4 Loth, 2009, p. 6.

5 De term is geïntroduceerd door Scholten in zijn bewerking van het *Algemeen Deel* van de Asserreeks uit 1931, p. 30.

6 Dit begrip is gemunt door Levenbach in diens *Het nieuwe burgerrechtelijke ontslagrecht, juridische beschouwingen*, Alphen aan de Rijn: 1954, p. 18.

7 Onder driekwart-dwingend recht vallen regels waarvan alleen mag worden afgeweken bij CAO; duidelijk moge zijn dat deze categorie buiten het bestek van dit boek valt. H.J. Snijders stelt dat indien sprake is van een 'lichte vormeis' wellicht gesproken kan worden van 'kwart-dwingend recht'; H.J. Snijders, 1999, p. 160 en 161.

8 Voor de goede orde merk ik op dat de *onbevoegdheid* van echtgenoten om een rechtshandeling aan te gaan ressorteert onder het harde dwingende recht. Vgl. in dit verband in algemene zin Nuytinck die echter niet het perspectief van contractvrijheid hanteert; Nuytinck, 1987.

4.3 Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

4.3.1 Inleiding

Reinhartz heeft als enige in de recente literatuur een beschouwing gewijd aan contractvrijheid binnen het kader van het huwelijksvermogensrecht, zij het dat zij deze slechts positioneert tegenover het beginsel van echtgenotenbescherming zoals dat tot uitdrukking komt in Titel 6 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[9]

Huijgen toont zich een voorstander van contractvrijheid voor echtgenoten in de discussie over de wenselijkheid een dwingendrechtelijke aanspraak in te voeren van de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot ingeval dezen zijn gehuwd in 'koude uitsluiting',[10] op welke discussie ik in hoofdstuk 9 kort terugkom. Andere schrijvers over het huwelijksvermogensrecht wijden niet of nauwelijks uit over dit beginsel maar nemen eenvoudigweg aan dat het als zodanig bestaat.[11]

4.3.2 Aspecten van Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

Titel 6 bevat algemene bepalingen die op elk huwelijk van toepassing zijn, ongeacht het huwelijksgoederenregime van de echtgenoten. De hierin verwoorde rechten en verplichtingen van echtgenoten zijn derhalve automatisch aan het huwelijk gekoppeld en lijken *ipso facto* derhalve niet aan (aanstaande) echtgenoten ter beschikking te staan teneinde daarover te contracteren.

De in deze titel opgenomen artikelen zien op de wederzijdse onderhoudsplicht van echtgenoten, de kosten van de huishouding en het bestuur over hun goederen en de titel bevat voorts een artikel dat een limitatieve opsomming geeft van rechtshandelingen waarvoor een echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot nodig heeft.

Ik bespreek sommige artikelen kort en andere meer uitvoerig, al naar gelang de relevantie van een specifiek artikel voor het thema van dit onderzoek.

---

9 Reinhartz, 2003, p. 215 e.v..

10 Huijgen, 2009 (B), p. 207 e.v..

11 Zie bijvoorbeeld Asser-De Boer, 2010, p. 349 die het begrip alleen in het opschrift van de paragraaf (403) hanteert, Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 473 en Luijten-Meijer, 2005, p. 220 die slechts spreken over de grootst mogelijke vrijheid die de wet in zich bergt waar het betreft het *aangaan* van huwelijkse voorwaarden en op p. 216 de visie naar voren brengen dat *men bij de bestaande contractvrijheid in de materie der huwelijksvoorwaarden eerder moet neigen naar een ruime dan naar een enge opvatting*. Kraan noemt het begrip niet maar stelt alleen dat echtgenoten tot op zekere hoogte de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk zelf kunnen regelen, en toont zich daarmee naar mijn mening te terughoudend; Kraan 2008, p. 157.

4.3.2.1 Wederzijdse zorg en bijstand

De in de tweede volzin van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen algemene norm die ertoe strekt dat echtgenoten elkaar het nodige dienen te verschaffen is zonder meer van dwingend recht en naar mijn oordeel tevens van openbare orde.[12] In de terminologie van H.J. Snijders is daarmee sprake van super dwingend recht.

Van Duijvendijk-Brand spreekt over een lotsverbondenheid die in het huwelijk dwingend aan de echtgenoten wordt opgelegd door de maatschappij en die tevens het enige onderscheid vormt met het concubinaat. Voorts beschouwt zij artikel 81 als een *geïnstitutionaliseerde zorgplicht* tussen echtgenoten.[13]

De desbetreffende norm is niet meer van toepassing nadat het huwelijk is ontbonden.[14]

Veelal wordt de bepaling becommentarieerd uitgaande van een geschil tussen echtgenoten over de strekking ervan en wordt gesteld dat uit de bepaling een algemene, wederkerige verplichting tot het verschaffen van levensonderhoud voortvloeit. Hierbij vormt de behoeftigheid van de echtgenoot die een bijdrage van de andere echtgenoot wenst niet het bepalende criterium en zijn de in Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek genoemde factoren niet doorslaggevend.

Daarnaast wordt erop gewezen dat het in de tweede volzin van het artikel gebezigde begrip 'het nodige', de rechter volledige armslag biedt om alle in het concrete geval relevante omstandigheden mee te wegen.[15]

Beschouwen wij de bepaling echter vanuit het gezichtspunt van contractvrijheid, dan zie ik in beginsel geen beletselen voor echtgenoten om desgewenst afspraken met elkaar te maken over de uitwerking van de desbetreffende norm in hun specifieke huwelijkse situatie, zolang zij daarbij het beginsel van solidariteit dat onmiskenbaar het karakter van deze norm bepaalt, in voldoende mate respecteren.

Dit brengt mee dat het naar mijn mening mogelijk is dat echtgenoten in een overeenkomst vastleggen wat door hen onder 'het nodige' wordt verstaan en welke beoordelingsmaatstaf door hen in dit verband wordt gehanteerd. Ook zouden echtgenoten kunnen afspreken op welke wijze de echtgenoot die op enig moment niet over het nodige zoals door de echtgenoten gedefinieerd, beschikt, wordt gecompenseerd door de andere echtgenoot.

---

12 Ik zie het begrip (strijd met) 'de openbare orde' in beginsel als tevens omvattend de (strijd met) de goede zeden maar wijs een zinvol onderscheid tussen beide begrippen in bepaalde gevallen niet bij voorbaat van de hand; vgl. Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 288 en 289.

13 Van Duijvendijk-Brand, 1990, p. 12.

14 Vgl. HR 4 december 1987 (*Bloemendaalse Horeca*), *NJ* 1988, 678, m.nt. EAAL.

15 Vgl. Asser-De Boer, 2010, p. 186 e.v..

Ik zou menen dat indien een dergelijke regeling op zorgvuldige en evenwichtige wijze is neergelegd in huwelijkse voorwaarden,[16] deze ook handhaafbaar zou moeten zijn in rechte aangezien het hier een invulling van de wettelijke norm betreft, indien althans recht wordt gedaan aan het solidariteitsbeginsel door de echtgenoten. Het behoeft daarbij geen betoog dat het evenwicht tussen partijautonomie en solidariteit hier dichtbij de pool van het laatstgenoemde rechtsbeginsel wordt gevonden.

Een dergelijke overeenkomst zou in zekere zin kunnen worden beschouwd als de huwelijkse tegenhanger van de alimentatieovereenkomst, die ten tijde van de echtscheiding wordt gesloten voor de situatie na de ontbinding van het huwelijk, zij het dat aan deze laatste door de wetgever geen beperkingen zijn gesteld waar het de inhoud daarvan betreft. Daardoor kan door echtgenoten zelfs worden overeengekomen dat in het geheel geen partneralimentatie zal worden betaald, in welk geval de door de wet tot uitdrukking gebrachte nahuwelijkse solidariteit tussen gewezen echtgenoten mitsdien door hen wordt geëcarteerd.

Voor echtgenoten die rekening wensen te houden met de statistisch bezien aanzienlijke kans op echtscheiding en daarom in vermogensrechtelijk opzicht een huwelijksvorm wensen waarin sprake is van meer zakelijke verhoudingen,[17] is het voorgaande van praktisch belang. Dergelijke echtgenoten kunnen het bijvoorbeeld relevant vinden om de verdiencapaciteit van ieder van hen tijdens het huwelijk te verzilveren of op peil te houden en op die wijze te anticiperen op de situatie na een eventuele echtscheiding waarin ieder van hen in staat moet zijn in het eigen levensonderhoud te voorzien. Betaling van partneralimentatie kan in dat geval dan achterwege blijven.

In dit voorbeeld kan de nahuwelijkse regeling in het verlengde liggen van de regeling die tijdens het huwelijk gold.

Bovenstaand scenario heeft in mijn visie aanmerkelijk aan belang gewonnen door de inwerkingtreding van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding op 1 maart 2009.[18] Deze wet stelt het opstellen van een ouderschapsplan voorafgaand aan de echtscheiding verplicht voor ouders die gezamenlijk het gezag voeren over hun minderjarige kinderen. In een dergelijk ouderschapsplan dient het recht van het kind op een gelijkwaardige opvoeding en verzorging door beide ouders na de scheiding tot uitdrukking te worden gebracht ex artikel 247, lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

---

16 De desbetreffende huwelijkse voorwaarden dienen zodanig opgesteld te worden dat deze een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek zijn en daarmee een bewijsovereenkomst waarin het leveren van tegenbewijs is uitgesloten. Ik ga in paragraaf 4.4.2.2 dieper in op de vaststellingsovereenkomst.

17 Vgl. mijn artikel *Methode en civielrechtelijke aspecten van Divorce Estate Planning* (Schonewille, 2008 (C)), waarin ik dit specifieke punt overigens niet bespreek.

18 Wet van 27 november 2008 (30 145), *Stb.* 2008, 500; in werking getreden op 1 maart 2009, *Stb*. 2009, 56.

Aan deze norm zal naar mijn inschatting door reflexwerking in toenemende mate betekenis toekomen tijdens en voorafgaand aan het huwelijk. Ik werk deze opvatting nader uit in hoofdstuk 8.[19]

De besproken norm uit de tweede volzin van artikel 81 hangt nauw samen met de in de eerste volzin van dit artikel verwoorde norm van morele aard en vormt daarvan de materiële uitwerking. Deze schrijft voor dat echtgenoten elkaar getrouwheid, hulp en bijstand zijn verschuldigd en geeft enig inzicht in het karakter van 'de levensverhouding zoals die door het huwelijk is geschapen',[20] waar een wettelijke definitie van het huwelijk ontbreekt.

Ik sluit mij aan bij De Boer die constateert dat de rechter zich diepgaand met de persoonlijke verhoudingen tussen de echtgenoten zou moeten inlaten indien hij zich een oordeel zou willen vormen over de betekenis van de nalatigheid en de omvang van de schade, indien een echtgenoot zich jegens de andere echtgenoot niet houdt aan de desbetreffende ideële verplichtingen.[21] Ik meen daarom dat eventuele door de echtgenoten gemaakte afspraken over de interpretatie van de desbetreffende normen in hun huwelijk hoogstens een natuurlijke verbintenis in het leven zouden kunnen roepen.

4.3.2.2 Kosten kinderen

Artikel 82 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat echtgenoten jegens elkaar verplicht zijn om de tot hun gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten daarvan te dragen.

Voor zover het minderjarige kinderen betreft over wie de echtgenoten gezamenlijk het gezag hebben, behandel ik deze punten in hoofdstuk 8.

4.3.2.3 Kosten van de huishouding

In artikel 84 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wordt een regeling gegeven betreffende het dragen en voldoen door de echtgenoten van de kosten van de huishouding. Deze bepaling kan worden beschouwd als een uitwerking van de in de tweede volzin van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek weergegeven norm.

Dat het hier regelend recht betreft blijkt uit het derde lid van dit artikel dat echtgenoten de mogelijkheid biedt om bij 'schriftelijke overeenkomst' afspraken te maken die afwijken van de standaardregeling die is opgenomen in de leden 1 en 2 van het artikel. Het staat echtgenoten mitsdien volkomen vrij om elke afspraak te maken die hun goeddunkt over wie van hen welke kosten van de huishouding draagt en voldoet, zolang zij daarmee althans niet in strijd komen met het bepaalde in de tweede volzin van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

---

19 Mogelijk moet de door ChristenUnie-Kamerlid Voordewind aangekondigde 'vaderschapswet' deels in dit licht worden begrepen. http://www.joelvoordewind.nl/k/news/view/367891.

20 Vgl. HR 28 september 1977, NJ 1978, 432 m.nt. EAAL.

21 Asser-De Boer, 2010, p. 182-183.

Het in het derde lid van het artikel opgenomen schriftelijkheidsvereiste is ingegeven door het feit dat de echtgenoten erbij bepaald dienen te worden dat zij van de wettelijke regels afwijken en voorts ter voorkoming van bewijsproblemen.[22]

Huijgen en Van Duijvendijk-Brand wijzen op de onduidelijkheid die is ontstaan door de opvatting van de staatsecretaris van Justitie dat indien na de inwerkingtreding van het aangepaste artikel 84 Boek 1 Burgerlijk Wetboek[23] echtgenoten ervoor kiezen om een van artikel 84 afwijkende regeling te treffen in huwelijkse voorwaarden, latere wijzigingen daarvan ook bij huwelijkse voorwaarden dienen plaats te vinden.[24] Teneinde de door hen geschetste praktische bezwaren die vanzelfsprekend aan deze opvatting kleven te voorkomen, nemen zij het standpunt in dat de interpretatie van de artikelen 84 lid 3 en 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ertoe leidt dat het wel mogelijk is dat echtgenoten die een van artikel 84 afwijkende regeling hebben opgenomen in hun huwelijkse voorwaarden, deze later bij de in artikel 84 lid 3 bedoelde onderhandse overeenkomst kunnen wijzigen.

Hiertoe voeren zij onder meer aan dat de opvatting van de staatssecretaris berust op een misverstand en voorts in strijd zou zijn met de ratio van de desbetreffende wetswijziging.[25] Ik kan mij geheel vinden in hun betoog.

Artikel 85 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat een wat mij betreft achterhaalde bepaling omtrent de hoofdelijke aansprakelijkheid van ieder der echtgenoten voor de kosten die in de gewone gang van de huishouding door hen worden gemaakt.

Het artikel zou bij de herziening van Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aanvankelijk ook worden geschrapt maar is tijdens de behandeling in de Tweede Kamer door een amendement behouden gebleven, zij het in ingekorte vorm.[26]

Gezien het feit dat deze bepaling een hoofdelijke aansprakelijkheid *ex lege* verwoordt, onttrekt zij zich op die grond aan de partijautonomie van echtgenoten, zij het naar mijn mening zonder oorzaak. Het is niet zo dat de bepaling begrepen dient te worden in het licht van de solidariteit die de bijzondere rechtsverhouding tussen echtgenoten die het huwelijk meebrengt vereist. Zij was in de tijd dat de man nog het hoofd der echtvereniging was en de vrouw handelingsonbekwaam, eenvoudigweg noodzakelijk om de vrouw feitelijk in staat te stellen verbintenissen aan te gaan in het kader van het voeren van de huishouding van alle dag.[27]

---

22 *TK* 1999/00, 27 084, A, p. 1 en *TK* 1999/00, 27 084, B, p. 1-2.
23 Op 22 juni 2001.
24 *TK* 1999/00, 27 084, nr. 5, p. 23.
25 Huijgen en Van Duijvendijk-Brand, 2002, p. 197 en 198.
26 Verstappen-Wortmann, 2003, p. 145 e.v..
27 Vgl. Asser-De Boer, 2010, p. 202 e.v..

Deze tijd ligt thans echter ver achter ons. Het is niettemin voorstelbaar dat ook in het huidige tijdsgewricht een crediteur zich in bepaalde gevallen met succes op de bepaling beroept.[28]

4.3.2.4 Handelingsonbevoegdheid en toestemming

De in artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zake van specifieke rechtshandelingen verwoorde handelingsonbevoegdheid van echtgenoten en de daaraan verbonden toestemmingsvereisten, vormen een op zichzelf staande categorie in het huwelijksvermogensrecht.

De ratio van de door artikel 88 begrensde handelingsbevoegdheid van echtgenoten is gelegen in de door de wetgever noodzakelijk geachte bescherming van ieder van de echtgenoten tegen gevaren die door de andere echtgenoot in het leven kunnen worden geroepen door het aangaan van een rechtshandeling als bijvoorbeeld de in lid 1 sub a. van artikel 88 bedoelde verkoop van de door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning.[29]

Beschouwd vanuit het door mij gehanteerde perspectief van de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit, zou het artikel daarom begrepen kunnen worden als een uitdrukking van het beginsel van solidariteit dat in het algemeen sterk doorklinkt in de bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk voor echtgenoten tot gevolg heeft.

In de wetsgeschiedenis komt deze gedachte echter niet met zoveel woorden naar voren maar haar geest kan vermoedelijk wel worden verondersteld aanwezig te zijn geweest. In het wetsontwerp van toenmalig minister van Justitie Donner wordt immers gerept van waarborgen die aan de vrouw moeten worden verleend tegen machtsmisbruik door de man als de exclusief tot het bestuur bevoegde echtgenoot en in die context wordt voorgesteld dat de man de medewerking van de vrouw zou behoeven met betrekking tot het aangaan van bepaalde rechtshandelingen.[30]

In de daaraan voorafgaand verschenen *Schets van een toekomstig huwelijksrecht*[31] waartoe opdracht was gegeven door het *Comité voor een gemeenschappelijke actie tot hervorming onzer huwelijkswetgeving*, werd de wens geuit dat de ene echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot zou behoeven voor het beschikken over de woning waarin het gezin woont, over het onroerend goed waarin een van de echtgenoten zijn beroep of bedrijf uitoefent, alsmede over de huisraad van de echtgenoten.[32]

---

28 Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 21 mei 2010, *LJN* BL2134.

29 Vgl. Luijten-Meijer, 2005, p. 39 en 40. Zij stellen naar mijn mening terecht dat minster van Justitie Van Oven tijdens de parlementaire behandeling van de voorloper van artikel 88 weliswaar 'gezinsbescherming' heeft genoemd als achtergrond van deze bepaling maar dat het artikel alleen ziet op de bescherming van ieder der echtgenoten jegens de andere echtgenoot.

30 Ontwerp-Donner tot herziening van het huwelijksgoederenrecht, 1930.

31 Deze publicatie werd geschreven door H. van Goudoever.

32 De Bruijn stelt in de eerste uitgave van zijn handboek *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht* dat men hier *in tegenstelling tot de vroegere feministische en politieke voorstellen* te doen had met een *zorgvuldig opgezette en uitgewerkte regeling*; De Bruijn, 1958, p. 37.

Deze gedachtelijn keert in gecodificeerde vorm terug in de op 1 januari 1957 ingevoerde Lex Van Oven die het huwelijksvermogensrecht ingrijpend verandert.

De desbetreffende wet bracht als belangrijkste wijziging de handelingsbekwaamheid van de gehuwde vrouw en introduceerde voorts de gelijke rechtspositie van man en vrouw ten aanzien van hun gemeenschappelijke vermogen.[33]

Bij wet van 23 april 1936 was artikel 162a in het huwelijksvermogensrecht opgenomen dat bepaalde dat het de man – ingeval van een gemeenschappelijke huishouding – niet was toegestaan om een overeenkomst van huurkoop aan te gaan met betrekking tot 'zaken die kennelijk de behoeften der huishouding betroffen', zonder schriftelijke toestemming van de vrouw of haar medewerking aan de rechtshandeling.[34]

In de Lex van Oven keerde deze bepaling als artikel 164 terug in een ruimere formulering, waar het voorschreef dat ingeval van een gemeenschappelijke huishouding de ene echtgenoot slechts met medewerking van de andere echtgenoot over kon gaan tot koop op afbetaling van zaken die kennelijk ten behoeve van de huishouding strekten.[35]

Daarnaast formuleerde de Lex Van Oven in artikel 164a drie categorieën rechtshandelingen waarvoor de ene echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoefde. Deze komen op hoofdlijnen overeen met de categorieën die worden genoemd in het eerste lid onder a. tot en met c. van het huidige artikel 88, Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De Bruijn stelt vast dat het hier gaat om 'een vóór 1 januari 1957 in ons recht volslagen onbekende beperking in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over eigen goed en, waar het de man betreft, over de goederen der gemeenschap'.[36]

Men kan er echter ook zijn verwondering over uitspreken dat, zoals hiervoor is gebleken, de invoering van een dergelijke bepaling pas in de eerste helft van de twintigste eeuw werd geopperd in de context van het afschaffen van de handelingsonbekwaamheid van de vrouw: daardoor heeft het er immers veeleer de schijn van dat de man bescherming behoefde tegen zijn handelingsbekwame echtgenote.[37]

Het had mijns inziens daarentegen voor de hand gelegen om juist de vrouw – waar het betreft de door artikel 164a bestreken rechtshandelingen –, al in een veel eerder stadium te beschermen tegen bepaalde rechtshandelingen van de man, daar deze het bestuur had over de goederen die tot de gemeenschap behoorden en tevens over de goederen van zijn echtgenote.

---

33 Wet van 14 juni 1956, *Stb.* 343.

34 De Bruijn, 1958, p. 66.

35 De Bruijn, 1958, p. 66 en 67.

36 De Bruijn, 1958, p. 68.

37 Kalis toont zich kort na de invoering van het artikel kritisch over de desbetreffende regeling en constateert tevens dat daaraan weinig aandacht is geschonken; Kalis, 1957, p. 528 en 529.

Zoals hiervoor is gebleken liet de toenmalige minister van Justitie zich ook reeds in die richting uit, derhalve buiten het verband van het handelingsbekwaam worden van de gehuwde vrouw en vormde het in 1936 ingevoerde artikel 162a ter zake van huurkoop van huishoudelijke artikelen al een eerste opmaat hiertoe.[38]

Indien men de problematiek van artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek beziet in het licht van contractvrijheid en solidariteit, moet de gevolgtrekking waarschijnlijk zijn dat het rechtsbeginsel van de solidariteit in het verband van dit artikel zeer zwaar weegt en er voor echtgenoten mitsdien in het geheel geen ruimte lijkt te resteren voor toepassing van het contrabeginsel van contractvrijheid. Een echtgenoot is volgens de wettekst eenvoudigweg niet bevoegd tot het aangaan van de genoemde rechtshandelingen en loopt het risico dat deze door de andere echtgenoot worden vernietigd op grond van het bepaalde in artikel 89 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, ingeval hij er toch voor kiest om het voorschrift te negeren.

Dit is echter juist op grond van de hiervoor weergegeven ratio van het artikel bevreemdend. Het zou naar mijn oordeel toch zo moeten zijn dat een echtgenoot in vrijheid moet kunnen besluiten dat hij er de voorkeur aan geeft van de aan hem door de wetgever toegekende bescherming af te zien?

De vraag dringt zich vervolgens op of de gewenste contractvrijheid binnen het kader van het artikel gevonden zou kunnen worden doordat echtgenoten elkaar bij voorbaat in algemene zin de bedoelde toestemming voor het verrichten van de desbetreffende rechtshandelingen zouden kunnen verlenen bij huwelijkse voorwaarden of door middel van een (in authentieke vorm) opgestelde volmacht. Het derde lid van het artikel verbiedt dit in elk geval niet waar het slechts een vormvoorschrift geeft door te verlangen dat de bedoelde toestemming schriftelijk moet worden verleend indien de wet voor het verrichten van de desbetreffende rechtshandeling een vorm voorschrijft.

Een verder strekkende vraag is dan of het echtgenoten is toegestaan om de werking van het artikel als zodanig uit te sluiten of daarover anderszins te contracteren? Helaas zijn deze vragen voor zover ik heb kunnen vaststel-

38 Illustratief is in dit verband dat het desbetreffende artikel 162a al snel bekendheid genoot als het *pantoffelheldartikel*, door welke benaming tot uitdrukking werd gebracht dat dit voorschrift als een brevet van onvermogen van de man werd ervaren. Nuytinck acht de benaming begrijpelijk, *gezien de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw en de overheersende positie van de man met betrekking tot het bestuur van zowel gemeenschapsgoederen als privégoederen van de vrouw*; Nuytinck, 1987, p. 118.

len tot op heden in de literatuur niet gesteld.[39] Ook de wetsgeschiedenis geeft hieromtrent met zoveel woorden geen uitsluitsel.

Reinhartz maakt in haar hiervoor genoemde opstel melding van het feit dat § 1365 BGB[40] – dat naar Duits recht een enigszins met artikel 88 vergelijkbare regeling bevat – slechts geldt indien tussen de echtgenoten de zogenaamde *Zugewinngemeinschaft* bestaat. Deze Duitse bepaling is mitsdien niet op alle huwelijken van toepassing. Voorts wijst Reinhartz erop dat de heersende leer in Duitsland aanneemt dat echtgenoten de werking van § 1365 BGB bij huwelijkse voorwaarden kunnen uitsluiten.[41]

Ik zou zelf een voorstander zijn van het toekennen van een dergelijke, met de situatie in Duitsland vergelijkbare, positie aan het beginsel van contractvrijheid binnen het verband van artikel 88.[42]

In de door mij in hoofdstuk 9 uitgewerkte proeve van een eigentijds relatievermogensrechtelijk stelsel, ontbreekt zelfs een equivalent van artikel 88 omdat voor mij doorslaggevend is dat het paternalistische karakter van de bepaling niet past bij moderne echtgenoten en er voorts ook andere bezwaren kunnen worden aangevoerd.[43]

---

39 Kalis lijkt op de door mij bedoelde algemene volmacht van de ene echtgenoot aan de andere te doelen waar hij spreekt over 'algemene machtigingen'; in het vervolg van zijn betoog acht hij deze echter moeilijk te rijmen met de bedoeling van de wetgever; voorts stelt hij in het door hem gegeven voorbeeld van de 'openbare hout- en grasverkoping' dat alsdan een 'algemene notariële machtiging' toch de enig begaanbare weg lijkt, daaraan de vraag toevoegend: *Wordt bij een algemene machtiging echter wel voldaan aan de bedoeling van de wetgever de echtgenoten tegen zichzelf en elkaar te beschermen?*; Kalis, 1957, p. 528 en 529. *WPNR*-redacteur J.C. van Oven reageert in zijn onderschrift bij het betoog van Kalis als volgt: *Een algemene machtiging dunkt ook mij geheel strijdig met de bedoeling van de wetgever: zij zou aan de strekking der bepaling, de gezinsbescherming, te zeer afbreuk doen. Echter, een vrouw kan haar toestemming geven, ook zonder haar man te vergezellen naar het notariskantoor*. In zijn latere reactie op het onderschrift van Van Oven stelt Kalis vast dat de artikelen 164a en 164b vrijwel zonder Memorie van Toelichting en verdere schriftelijke voorbereiding wet zijn geworden, daarover evenmin in de beide Kamers is gediscussieerd en deze ook in vroegere wetsontwerpen of artikelen niet worden genoemd in de ingevoerde vorm. Vervolgens merkt hij op: *De onderschriften van de redactie worden bij deze artikelen dus wel zeer belangrijk, ook al omdat (…) een der redacteuren vrijwel alleen verantwoordelijk is voor hun ontstaan*; Kalis, 1957, p. 52.

40 Bürgerliches Gesetzbuch.

41 Reinhartz 2003, p. 217 en 219.

42 In termen van de eerder genoemde door H.J. Snijders verdedigde graduele benadering, zou het dan gaan om semi-dwingend recht. Ik erken dat een dergelijke exegetische omslag naar Nederlands recht op dit moment niet voor de hand ligt, gezien de vigerende heersende leer ten aanzien van het leerstuk 'dwingend recht'.

43 Bij wijze van alternatieve regeling zou bijvoorbeeld voorstelbaar kunnen zijn dat echtgenoten die dat verkiezen – indien zij niet gezamenlijk eigenaar zijn van hun woonhuis-, de mogelijkheid krijgen om voor derden kenbaar in de openbare registers vast te leggen dat zij hebben afgesproken dat de echtgenoot die niet-eigenaar is toestemming dient te geven voor de verkoop van het woonhuis aan de echtgenoot-eigenaar. Een dergelijk alternatief biedt echtgenoten de keuze voor bescherming te kiezen en dringt hun deze niet op.

In de eerste plaats voorkomt het artikel slechts bepaalde rechtsgevolgen maar ziet het niet op risico's als het aangaan van geldleningen of het doen van beleggingen, welke beide rechtshandelingen toch vaak als bepaald riskant kunnen worden aangemerkt.[44]

Ook het feit dat voor partners die ongehuwd samenwonen een regeling als die van artikel 88 ontbreekt, terwijl dezen enerzijds in deze tijd in met die van echtgenoten volstrekt vergelijkbare omstandigheden verkeren en dit anderzijds niet tot noemenswaardige problemen lijkt te leiden, speelt voor mij een belangrijke rol.

Verder moet gewezen worden op de maatschappelijk onwenselijke rechtsongelijkheid die het artikel met zich kan brengen naar is gebleken in de *Legio Lease*-kwestie. In deze zaak konden echtgenoten die niet voor de zogenoemde Duisenberg-regeling hadden geopteerd uiteindelijk toch onder het voor hen zeer nadelige beleggingcontract met Dexia uit, door een beroep te doen op artikel 89 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, nadat de Hoge Raad had bepaald dat de desbetreffende leaseovereenkomst gekwalificeerd diende te worden als een overeenkomst van huurkoop waarvoor artikel 88 lid 1 sub d. de toestemming van de andere echtgenoot verlangt.[45] Gehuwden die wel hadden ingestemd met de Duisenberg-regeling en partners die ongehuwd samenwonen hadden deze mogelijkheid niet (meer).

In de jaren voorafgaand aan dit arrest was reeds een groot beslag gelegd op de kostbare tijd van rechtbanken die zich in verschillende zaken over dit probleem hadden moeten buigen. Hiermee is tevens gezegd dat de regeling niet eenvoudig is toe te passen: dit geldt niet alleen lid 1 sub d. want ook over de strekking en interpretatie van de bepalingen die in lid 1 sub a. en c. zijn opgenomen is veel geprocedeerd.[46] Dit feit leidt er ook toe dat de toepassing van artikel 88 in onder meer de notariële praktijk bewerkelijk is.[47]

Voor echtgenoten die een onderneming drijven, zijn de toestemmingsvereisten van artikel 88 lid 1 sub c. en lid 5 voorts hinderlijk in de uitoefening van het desbetreffende beroep of bedrijf.

Ook wijs ik er nog op dat tegenwoordig in de overgrote meerderheid van de gevallen de echtelijke woning eigendom is van beide echtgenoten, hetgeen het belang van artikel 88 lid 1 sub a. – het onderdeel van het artikel met de meeste betekenis – sterk relativeert.

---

44 Zie hierover ook Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 65 en Asser-De Boer, 2010, p. 215; De Boer stelt dat het in artikel 88 lid 1 gaat om rechtshandelingen waaraan naar het oordeel van de wetgever in het algemeen financiële risico's zijn verbonden en dat niet van belang is of dat in het concrete geval ook daadwerkelijk zo is. Mijns inziens kunnen bij deze gedachte bepaald vraagtekens worden gezet.

45 HR 31 maart 2008, *LJN* BC2837.

46 Nuytinck wijdt een fors deel van zijn dissertatie aan de vragen van technische aard die met betrekking tot de regeling zijn gesteld en behandelt daarin tevens een groot aantal uitspraken waarin deze worden beantwoord; Nuytinck, 1987, p. 117-174. Ook in de afgelopen decennia hebben aspecten van artikel 88 de rechters bezig gehouden: vele daarvan worden genoemd door De Boer; Asser-De Boer, 2010, p. 214-238.

47 Zie hierover Nuytinck, 1987, p. 148 e.v..

De goede bedoelingen die de wetgever in 1957 waarschijnlijk heeft gehad bij de introductie van voorschriften die de handelingsbevoegdheid beperken, overtuigen mij derhalve niet. In werkelijkheid is hier naar mijn oordeel eerder sprake van een ongewenste bevoogding van echtgenoten.

Ik meen dat ook voor artikel 88 geldt wat voor meer aspecten van het huwelijksvermogensrecht aan de orde is – bijvoorbeeld ook voor het hiervoor besproken artikel 85 Boek 1 Burgerlijk Wetboek –, te weten dat een bepaling in een bepaalde tijd op goede gronden is ingevoerd en daarna een eigen leven gaat leiden, waarbij de wetgever verzuimt om periodiek vast te stellen of de desbetreffende bepaling nog het doel dient waarvoor het ooit is ingevoerd of mogelijk een nieuw te formuleren zinvol doel kan dienen.

In plaats daarvan wordt het huwelijksvermogensrecht van tijd tot tijd min of meer willekeurig bijgesteld waarbij behoudende en sentimentele krachten in de Tweede Kamer een sterke invloed uitoefenen, zonder dat een fundamentele gedachtewisseling plaatsvindt.[48] Indien de wetgever zou menen dat een zekere mate van bevoogding van echtgenoten hoort bij het burgerrechtelijk huwelijk, dient in elk geval zorg te worden gedragen voor een eenvoudig geformuleerde en gemakkelijk toe te passen regeling. Een uitgangspunt dat overigens in het gehele huwelijksvermogensrecht gehandhaafd zou dienen te worden.

Het huidige artikel 88 levert veel discussie op over juridische *technicalities* en leidt tot wat ik oneigenlijk gebruik zou willen noemen. Ik doel daarmee op zaken als de genoemde *Legio Lease*-casus waarin het echtgenoten achteraf goed uitkomt om een beroep te doen op de artikelen 88 en 89, maar ook op zaken waarin beide artikelen een echtgenoot veel ruimte blijken te bieden voor *chicanes*.[49]

In het algemeen gesteld zou de vraag of en in welke mate het met artikel 88 beoogde doel ook daadwerkelijk wordt bereikt daarom nader onderzoek verdienen.

Intussen vrees ik dat ik de hiervoor door mij gestelde vragen niet van een bevestigend antwoord kan voorzien, omdat waarschijnlijk aangenomen moet worden dat de strekking van artikel 88 is dat de andere echtgenoot voor elke specifieke rechtshandeling die erdoor wordt bestreken, toestemming dient te geven en op die grond een eenmalige, algemeen gestelde en bij voorbaat gegeven toestemming niet volstaat. Anderzijds acht ik het ook niet volstrekt ondenkbaar dat een zeer uitvoerig geredigeerde clausule in huwelijkse voorwaarden waarin de echtgenoten elkaar over en weer bij voorbaat en zonder voorbehoud toestemming verlenen om de in artikel 88 opgesomde rechtshandelingen te verrichten, een rechterlijke toetsing kan doorstaan. In elk geval dient in dat geval aan de voorwaarde te worden voldaan dat de

48 Ik kom in hoofdstuk 9 nog op dit punt terug.

49 Een voorbeeld hiervan is HR 28 november 1975, *NJ* 1976, 466 welke uitspraak door Kraan wordt becommentarieerd; Kraan, 2008, p. 38 en 39.

desbetreffende rechtshandelingen daarin zeer specifiek zijn omschreven en in de considerans van de overeenkomst de daartoe leidende beweegredenen en bedoelingen van de echtgenoten omstandig zijn verwoord.

Een dergelijke clausule zou ten minste tot het oordeel moeten leiden dat een beroep op artikel 89 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door een echtgenoot onaanvaardbaar is op grond van redelijkheid en billijkheid: de echtgenoot van 2010 is immers een andere dan die van 1956.

4.3.2.5 Bestuur

Ter zake van het bestuur van de echtgenoten over hun goederen bepaalt artikel 90 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in het derde lid dat een echtgenoot het bestuur over de eigen goederen over kan laten aan de andere echtgenoot en dat in dat kader de bepalingen omtrent opdracht van overeenkomstige toepassing zijn als bedoeld in artikel 400 Boek 7 Burgerlijk Wetboek, zij het met inachtneming van de aard van de huwelijksverhouding en de aard der goederen.

De Boer wijst erop dat het overlaten van het bestuur over de eigen goederen door een echtgenoot aan de andere echtgenoot niet geïnterpreteerd mag worden als het afstaan van de eigen bestuursbevoegdheid. Ook is hieronder niet te verstaan het uitdrukkelijk overdragen van bestuursbevoegdheid met verlies van de eigen bestuursbevoegdheid, evenmin als het verlenen van een onherroepelijke volmacht tot bestuur.[50]

Naar mijn mening laat de tekst van artikel 97 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek toe dat echtgenoten er desgewenst ook voor kunnen kiezen om zich niet te conformeren aan de wettelijke bepalingen omtrent opdracht maar in plaats daarvan ertoe overgaan zelf een overeenkomst van opdracht op te stellen.

Artikel 400 lid 2 Boek 7 Burgerlijk Wetboek maakt duidelijk dat de wettelijke bepalingen van opdracht van regelend recht zijn. Ik versta Luijten en Meijer ook in deze zin, zij het dat zij slechts melding maken van de mogelijkheid om de aansprakelijkheid ex artikel 407 Boek 7 Burgerlijk Wetboek te wijzigen door een afwijkende contractuele regeling.[51] Zij achten het niet mogelijk dat de regeling van artikel 90 lid 3 zelf door de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden zou kunnen worden uitgesloten of vervangen door een andere regeling, op grond van de constatering dat de bepalingen in Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek van dwingend recht zijn, tenzij uitdrukkelijk anders blijkt. Wel zou echter zijn geoorloofd dat echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden een uitwerking van de regeling overeengekomen, bijvoorbeeld door met elkaar een periodieke rekening en verantwoording af te spreken.[52]

50 Asser-De Boer, 2010, p. 240.
51 Luijten-Meijer, 2005, p. 210.
52 Luijten-Meijer, 2005, p. 90.

Ook De Boer merkt op dat artikel 90 lid 3 van dwingend recht is, zonder hiervoor een nadere toelichting te geven.[53]

Waar het betreft het in beginsel dwingendrechtelijke karakter van Titel 6 levert de wetsgeschiedenis slechts een mondelinge toelichting op van de toenmalige minister van Justitie, Van Oven[54], die ook door Luijten en Meijer wordt genoemd.

Naar mijn oordeel is daarom de vraag gerechtvaardigd of dit argument niet te gemakkelijk wordt gebruikt. Ook wordt noch door de minister, noch door de schrijvers die zich van dit argument bedienen, duidelijk gemaakt in welke mate sprake is van dwingend recht. Zelf zou ik menen dat als al aangenomen zou moeten worden dat artikel 90 lid 3 dwingend recht is, ten hoogste sprake is van semidwingend recht zoals door H.J. Snijders bedoeld,[55] waarvan bij huwelijkse voorwaarden moet kunnen worden afgeweken al vermeldt de wettekst dit niet *expressis verbis*.

Indien met de bril van contractvrijheid naar de onderhavige bepaling wordt gekeken, zou zich er daarom niets tegen verzetten te aanvaarden dat echtgenoten omtrent het bestuur over hun goederen een eigen regeling kunnen treffen bij huwelijkse voorwaarden, vooropgezet dat zij daarbij in voldoende mate rekening houden met de aard van de huwelijksverhouding, of, anders gezegd, met het rechtsbeginsel solidariteit waarbij bijvoorbeeld het afleggen van periodieke verantwoording en in het algemeen een – ten opzichte van de reguliere opdrachtnemer – versterkte zorgplicht goed passen.

Aan het voorgaande komt mijns inziens echter weinig praktische betekenis toe indien mijn interpretatie van lid 3 van artikel 90 wordt gevolgd. Echtgenoten die het overlaten van het bestuur door een van hen aan de ander regelen in een overeenkomst van opdracht kunnen de desbetreffende overeenkomst immers naar eigen inzicht vormgeven, zolang zij daarbij de aard van de huwelijksverhouding – i.e. het beginsel van solidariteit – respecteren en tot uitdrukking brengen.[56]

Aan deze overeenkomst zou wel de vorm van huwelijkse voorwaarden moeten worden verbonden, met het oog op het bepaalde in artikel 92 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Indien echtgenoten niet voor deze vorm kiezen ontbreekt mitsdien externe werking.

Tevens kan naar voren worden gebracht dat de notariële tussenkomst – die het gestelde vormvereiste van huwelijkse voorwaarden meebrengt –, strekt tot bescherming van de belangen van de echtgenoten zelf, ook waar het betreft de onderhavige rechtshandeling.[57]

---

53 Asser-De Boer, 2010, p. 242.

54 Handelingen *II* 1956/57, nr. 2724.

55 Zie paragraaf 4.1..

56 Met Luijten en Meijer ben ik van mening dat de verwijzing in artikel 90 lid 3 naar de 'aard van de goederen' een overbodige complicatie vormt omdat de aard van de huwelijksverhouding deze categorie reeds omvat; Luijten-Meijer, 2005, p. 90.

57 Vgl. HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 534 (*Zweedse vrouw*). In hoofdstuk 5 kom ik echter tot de conclusie dat deze vermeende bescherming sterk dient te worden gerelativeerd.

Met betrekking tot de goederen die een bestanddeel vormen van de huwelijksgemeenschap, volsta ik hier met de constatering dat artikel 97 Boek 1 Burgerlijk Wetboek echtgenoten vrijlaat in het treffen van een eigen regeling ter zake van het bestuur over de goederen die behoren tot hun huwelijksgemeenschap, vooropgesteld dat deze bij huwelijkse voorwaarden wordt aangegaan.

Slechts ter zake van de op naam gestelde goederen die worden bedoeld in de derde volzin van het eerste lid van het artikel zou twijfel kunnen rijzen waar het betreft de beantwoording van de vraag of echtgenoten ook kunnen overeenkomen dat de echtgenoot aan wie het goed niet is geleverd, toch de bestuursbevoegde echtgenoot is. Luijten en Meijer stellen op grond van de wetsgeschiedenis echter vast dat de contractvrijheid van echtgenoten ex artikel 97 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zo ruim dient te worden geïnterpreteerd dat het:

> mede insluit afspraken omtrent alle goederen, (…), regelingen die privatief, collectief of cumulatief van aard zijn en ten slotte de gehele duur van de gemeenschap geldende of in tijd beperkte, onherroepelijke of eenzijdig herroepelijke overeenkomsten.[58]

Het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden is hier begrijpelijk, gezien de aard van deze rechtsfiguur en de daaruit voortvloeiende externe werking.

4.3.2.6 Tussentijdse analyse

Een korte analyse van het voorgaande leert dat echtgenoten die zelf de rechtsgevolgen van hun huwelijk zouden willen regelen in beginsel slechts stuiten op het bepaalde in de artikelen 88 en 89 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Met betrekking tot de hierin opgenomen regeling die inhoudt dat een echtgenoot voor de door het artikel genoemde rechtshandelingen toestemming van de andere echtgenoot nodig heeft, lijkt niet waarschijnlijk dat echtgenoten elkaar bij voorbaat de verlangde toestemming kunnen verlenen bij huwelijkse voorwaarden, doch ik acht dit evenmin geheel onmogelijk.

De algemene zorgplicht die voortvloeit uit artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek kan zoals door mij betoogd in paragraaf 4.3.2.1 naar mijn mening door echtgenoten worden ingevuld en uitgewerkt en zal derhalve niet snel als beletsel worden ervaren.

Afgezet tegen het in paragraaf 4.1 gegeven toetsmodel betekent dit dat echtgenoten die wensen af te wijken van het 'wettelijk huwelijkstype' zoals dat is neergelegd in Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, vrijwel steeds vrij zijn om te beslissen of zij met dat doel een overeenkomst met elkaar aangaan (criterium 1).

58 Luijten-Meijer, 2005, p. 161.

Uit de aard der zaak staat het een echtgenoot na diens partnerkeuze binnen het huwelijksvermogensrecht niet vrij om te beslissen met wie hij een overeenkomst aangaat (criterium 2). Echtgenoten kunnen zelf de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst bepalen (criterium 3), zij het dat zij daarbij in de gevallen van artikel 81 en 90 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, rekening dienen te houden met het rechtsbeginsel der solidariteit waaraan een bijzondere betekenis toekomt ter zake van de huwelijksverhouding.

Met betrekking tot de vrijheid van echtgenoten zelf de vorm van hun overeenkomst te bepalen (criterium 4) geldt de restrictie dat vaak voor huwelijkse voorwaarden zal (dienen te) worden gekozen in verband met de externe werking daarvan. Ook ligt de keuze voor huwelijkse voorwaarden in de rede omdat deze met extra waarborgen tot stand komen, in welk verband de wilscontrole en de *Belehrung* door de notaris kunnen worden genoemd.

Indien de overeenkomst die de echtgenoten met elkaar zijn aangegaan in de vorm van huwelijkse voorwaarden is opgemaakt, is de kans dat de overeenkomst in rechte kan worden gehandhaafd (criterium 5) vanzelfsprekend zeer groot, vooropgesteld dat deze zeer zorgvuldig is geredigeerd door de notaris en is toegesneden op de specifieke wensen van de desbetreffende echtgenoten.

De door De Boer verdedigde opvatting dat het huwelijk een *instelling* is, waaronder hij verstaat dat het *huwelijk een onderling samenhangend geheel van rechtsgevolgen behelst* die door de huwelijkssluiting intreden, hetgeen tot gevolg heeft dat (aanstaande) echtgenoten door het maken van bijzondere afspraken een of meer gevolgen van het huwelijk kunnen uitsluiten[59], overtuigt mij in het licht van vorenstaande analyse maar zeer ten dele.

De Boer toont zich ook niet consistent waar hij later in zijn beschouwing stelt:

> Toch sluit dit niet uit, dat de echtgenoten geldig in onderling overleg kunnen afwijken van wat de wet als essentiële elementen van het huwelijk beschouwt.

Hij relativeert vervolgens zijn eerdere visie op het huwelijk waar hij opmerkt:

> Het instellingskarakter van het huwelijk blijft derhalve steeds – zij het soms op de achtergrond – van betekenis.[60]

Naar ik in hoofdstuk 5 bepleit is het in de huidige tijd wenselijk om het huwelijk in *burgerrechtelijke zin* niet langer als een instelling te beschouwen maar als een (duur)contract waarin de rechtsbeginselen van contractvrijheid

59 Asser-De Boer, 2010, p. 124.
60 Asser-De Boer, 2010, p. 180.

en solidariteit voor elk individueel huwelijk met elkaar in evenwicht dienen te worden gebracht en waartoe een wettelijk richtinggevend kader van regelend recht opgesteld zou dienen te worden.[61] Deze opvatting zal ik in het bijzonder in hoofdstuk 9 van een uitvoerige onderbouwing voorzien.

Vooreerst meen ik te hebben aangetoond dat de wet maar in beperkte mate een set samenhangende rechtsgevolgen aan het huwelijk verbindt. De zogenaamde 'eerste tranche'[62] van het wetgevingstraject dat de Titels 6, 7 en 8 van Boek 1 zou moderniseren, is in dit licht bezien bepaald een gemiste kans geweest. De wetgever had deze gelegenheid naar mijn oordeel dienen aan te grijpen om een antwoord te geven op de vraag welke vermogensrechtelijke rechtsgevolgen – *if any* – een burgerlijk huwelijk in deze tijd dient te hebben.

Casus

Echtgenoten hebben twee jonge kinderen en zijn verzeild geraakt in een diepgaand verschil van mening.

De man wil niet meer met zijn echtgenote in één huis samenwonen wegens de naar zijn oordeel bij haar aanwezige combinatie van persoonlijkheidsstoornissen die het samenzijn verzieken. Voorts verzorgt hij naast zijn werk de kinderen en acht hij de aanwezigheid van hun moeder in hetzelfde huis ook in dit opzicht als uiterst verstorend. Daarnaast wil de man meer ruimte en vrijheid.

De vrouw laat weten dat zij in beginsel bereid is met alles in te stemmen mits uitdrukkelijk niet wordt afgekoerst op een formele echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Ook kan zij er goed mee leven dat zij de kinderen aanmerkelijk minder ziet, mede omdat zij stelt deze nooit gewild te hebben en zij erg veel waarde hecht aan haar carrière.

Nadat tijdens de mediation de verschillende belangen in kaart zijn gebracht en uitvoerig besproken, wordt ervoor gekozen huwelijkse voorwaarden op te stellen die zoveel mogelijk de rechtsgevolgen van een huwelijk uitsluiten.

---

61 Anders dan De Boer ben ik daarom van mening dat het er wel toe doet of 'men stelt dat het huwelijk een instelling dan wel iets anders, bijv. een contract of een relatie' is. De Boer verdedigt zijn instellingsvisie op het huwelijk door aan te voeren dat de rechtsgevolgen van een huwelijk – indien dit als overeenkomst zou worden beschouwd – veel omvangrijker en gedifferentieerder zijn dan normaliter het geval is bij een overeenkomst. Hij voert vervolgens aan dat ingeval van een huwelijks'overeenkomst' een opzeggingsmogelijkheid zou ontbreken, dat echtgenoten als ouders van de tijdens het huwelijk geboren kinderen een bijzondere positie hebben en dat hun onderlinge financiële verplichtingen niet bij voorbaat zijn vast te stellen en deze nimmer definitief vaststaan. Geen van deze voorbeelden overtuigt echter: echtgenoten kunnen een huwelijk *de facto* opzeggen door een echtscheiding te initiëren, ouders van minderjarige kinderen die niet zijn gehuwd en die gezamenlijk het gezag over hun kinderen hebben – hetgeen aan de orde is in de overgrote meerderheid van de gevallen –, staan in dezelfde juridische positie ten opzichte van hun kinderen en het laatste argument komt naar mijn mening beter tot zijn recht als argument voor het burgerrechtelijk huwelijk als contract. Asser-De Boer, 2010, p. 124 en 125.

62 Wijziging van de Titels 6 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners). Wetsvoorstel 27 084, Wet van 31 mei 2001, *Stb*. 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001.

4.4 Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

4.4.1. Inleiding

De vermogensrechtelijke rechtsverhouding van de wettelijke gemeenschap van goederen die de wet in de Afdelingen 1 en 2 van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek automatisch aan het huwelijk koppelt, zou vanuit het perspectief van de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit op het eerste gezicht kunnen worden beschouwd als zeer sterk leunend op het laatstgenoemde rechtsbeginsel, aangezien dit stelsel ertoe leidt dat echtgenoten hun vermogensrechtelijke lief en leed volledig met elkaar delen zolang het huwelijk duurt.[63]

Artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt immers in lid 1 dat de desbetreffende gemeenschap in beginsel alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de echtgenoten omvat en in lid 2 dat zij eveneens alle schulden van de echtgenoten insluit.

Niettemin bepaalt artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden af kunnen wijken van de regels der wettelijke gemeenschap, mits deze niet strijden met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. De enige restrictie die dit artikel in materieel opzicht voorts verbindt aan huwelijkse voorwaarden waarin van het wettelijk stelsel wordt afgeweken, is dat daarin niet kan worden bepaald dat het aandeel van de een echtgenoot in de schulden groter is dan diens aandeel in de goederen van de gemeenschap beloopt.[64]

Het staat echtgenoten derhalve vrij om artikel 93 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat van het ogenblik der voltrekking van het huwelijk tussen echtgenoten van rechtswege de wettelijke gemeenschap van goederen bestaat, bij huwelijkse voorwaarden vrijwel geheel buiten werking te stellen, waarmee in tweede instantie het speelveld lijkt toe te behoren aan het rechtsbeginsel contractvrijheid.

In het navolgende gebruik ik het begrip huwelijksgemeenschap waar ik doel op de wettelijke gemeenschap van goederen en hanteer ik daarvoor de definitie van Breederveld, die luidt:

> Het samenstel van goederen en schulden van de echtgenoten die op grond van de wet, als gevolg van het tussen hen gesloten huwelijk zonder afwijkende huwelijkse voorwaarden, daarvan deel uitmaken.[65]

63 Van Duijvendijk-Brand spreekt in deze context van de *lotsverbondenheid* die door de wettelijke gemeenschap in het leven wordt geroepen; Van Duijvendijk-Brand, 1990, p. 6.

64 Ik ga in hoofdstuk 5 dieper in op de betekenis van artikel 121.

65 Breederveld, 2008, p. 37.

De vraag dringt zich op of deze rechtsverhouding die door de wet wordt opgelegd aan echtgenoten die geen huwelijkse voorwaarden hebben opgemaakt, zou kunnen worden gezien als een contractuele gebondenheid die dan wellicht kan worden gekarakteriseerd als een gefixeerde vorm van 'wettelijke huwelijkse voorwaarden'?[66] Kent de desbetreffende rechtsverhouding trekken van een overeenkomst?

Geconstateerd kan in elk geval worden dat slechts de wilsverklaring die door aanstaande echtgenoten wordt afgelegd ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand rechtens relevant is en leidt tot het terstond automatisch in werking treden van het 'contract'. Hier dient echter meteen de kanttekening bij te worden geplaatst of de wilsovereenstemming tussen de aanstaande echtgenoten wel (mede) is gericht op het in werking doen treden van het onderhavige vermogensrechtelijke stelsel, met andere woorden: zeggen de echtgenoten ook ja tegen de huwelijksgemeenschap als de door hen gewenste huwelijksvermogensrechtelijke structuur?

Waarschijnlijk moet toch worden aangenomen dat de wilsovereenstemming tussen beide aanstaande echtgenoten vooral gericht is op de totstandkoming van het huwelijk. Afhankelijk van de taakopvatting en de kwaliteiten van de ambtenaar van de burgerlijke stand is in het voortraject in meer of mindere mate aandacht besteed aan de vermogensrechtelijke gevolgen.[67]

Hoefnagels stelt te wachten op de ambtenaar van de burgerlijke stand die het bruidspaar als volgt toespreekt:

> Ik wens u geluk met uw voornemen de belangrijkste relatie aan te gaan die het leven kent, de vriendschap ingesloten. Maar daarvoor sta ik niet hier. Ik ben een ambtenaar bij wie u een huwelijk met alle wettelijke gevolgen van dien kunt sluiten. U weet daar echter weinig van. U dwaalt ter zake van het onderwerp der overeenkomst. U dwaalt mogelijk ook in de aard van de persoon met wie u trouwt, maar deze dwaling zal de wet u niet aanrekenen; daar is de scheiding voor. Echter, uw vrije wil is door de affectstuwingen van uw verliefdheid, die ik overigens met vreugde observeer, gebrekkig, zo niet afwezig. Als ambtenaar kan ik dan ook niets voor u doen. Gaat heen. Hebt een mooie dag en een gelukkig leven! [68]

Idealiter zijn deze gevolgen uitvoerig met de aanstaande echtgenoten besproken en realiseren zij zich dat een 'ja' tegen het huwelijk, tevens een 'ja' impliceert tegen de huwelijksgemeenschap. In dat geval kan eerder worden gesteld dat in wezen sprake is van contractuele gebondenheid als door mij bedoeld.

---

66 Schoordijk breekt een lans voor het aanvaarden van de rechtspersoonlijkheid van de huwelijksgemeenschap maar wordt daarin meen ik niet gevolgd; Schoordijk, 1970, p. 39 e.v.. Breederveld benadrukt in zijn dissertatie dat de huwelijksgemeenschap als een afgescheiden vermogen moet worden gezien; Breederveld, 2008, p. 45 e.v..

67 Zelf ben ik twee maal in het huwelijk getreden en heb daarbij beide uitersten ervaren. In het eerste geval deed de wethouder die optrad als ambtenaar van de burgerlijke stand de benaming van diens hoofdfunctie eer aan door het letterlijk voorlezen voorafgaand aan het jawoord van alle relevante bepalingen uit de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek; in het tweede geval werd in het geheel geen aandacht besteedt aan het huwelijksvermogensrecht, ook niet ter gelegenheid van de 'ondertrouw'.

68 Hoefnagels, 2002, p. 73 en 74.

Besteedt de ambtenaar van de burgerlijke stand echter in het geheel geen aandacht aan de vermogensrechtelijke aspecten en zijn de aanstaande echtgenoten evenmin op andere wijze op de desbetreffende vermogensrechtelijke gevolgen gewezen,[69] dan is de door mij bedoelde contractuele gebondenheid moeilijker te verdedigen.[70]

Indien echtgenoten tijdens hun huwelijk huwelijkse voorwaarden opmaken waarin zij alsnog kiezen voor de huwelijksgemeenschap, is de door mij gestelde vraag aanmerkelijk eenvoudiger te beantwoorden. In dat geval wordt door hen immers een gewone overeenkomst aangegaan, zij het dat deze in notariële vorm wordt gegoten. De rechtshandeling heeft nu geen tweeledig doel, te weten het sluiten van een huwelijk èn het maken van een keuze voor een huwelijksgoederenregime. Deze wordt in dit geval uitsluitend opgesteld met het oogmerk om de huwelijksgemeenschap in te voeren ter vervanging van het tot dat moment geldende huwelijksgoederenrechtelijke stelsel.

Toegegeven dient weliswaar te worden dat, indien men dit zo wenst te zien, de echtgenoten bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk in zekere zin ook opnieuw het jawoord jegens elkaar uitspreken maar dit punt is juridisch irrelevant.[71]

Vooreerst volsta ik met vast te stellen dat het feit dat ingeval tijdens het huwelijk door echtgenoten wordt gekozen voor de huwelijksgemeenschap in alle opzichten sprake is van een contract, voor mij in beginsel een krachtig argument vormt voor een bevestigende beantwoording van de door mij hiervoor gestelde vraag.

Het zou immers moeilijk verdedigbaar zijn dat waar het vermogensrechtelijke rechtsgevolg in beide situaties precies hetzelfde is,[72] in het ene geval onomstreden is dat sprake is van contractuele gebondenheid en in het andere geval niet?

Voorts levert de vergelijking met het geregistreerd partnerschap eveneens een argument op dat pleit voor de bedoelde contractuele gebondenheid, gezien het feit dat dit alternatief voor het huwelijk algemeen wordt

69 Uit de in opdracht van het WODC door het Molengraaff Instituut verrichte evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, blijkt dat gehuwden in het algemeen niet goed op de hoogte zijn van de rechtsgevolgen van het huwelijk; Boele-Woelki e.a, 2007 (A), p. 224 e.v., p. 257 en p. 269.

70 Het aangaan van een huwelijk is immers beslist van een andere orde dan bijvoorbeeld het kopen van een vervoersbewijs bij de NS in welk laatste geval men ook gebonden is aan algemene voorwaarden die in de meeste gevallen niet bekend zijn bij de koper.

71 Ook kan, zoals door mij eerder betoogd, bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk sprake zijn van *divorce estate planning* in enge zin, in welk geval juist een spoedige discontinuering van het huwelijk wordt beoogd. Vgl. Schonewille, 2008 (C), p. 4.

72 Artikel 80b Boek 1 Burgerlijk Wetboek verklaart de Titels 6, 7 en 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing op het geregistreerd partnerschap.

beschouwd als een contract[73] en artikel 80b Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat onder meer Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing is op het geregistreerd partnerschap.

Het valt dan moeilijk in te zien dat het *burgerrechtelijke* huwelijk iets anders dan een contract zou zijn. Zelfs de stelling dat het huwelijk ten opzichte van het geregistreerd partnerschap een overeenkomst met een bepaalde daaraan door de wetgever toegedachte meerwaarde zou zijn, is mijns inziens uiteindelijk niet goed verdedigbaar.

Ik ga er in het navolgende, waar zinvol, dan ook van uit dat de huwelijksgemeenschap die partijen deelachtig wordt indien zij een huwelijk met elkaar sluiten, een impliciete overeenkomst voorstelt. In deze zienswijze kan met meer betekenis worden gesproken over de invloed van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit op dit gemene huwelijksvermogensrecht.

4.4.2 Aspecten van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

Echtgenoten kunnen op grond van artikel 122 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door middel van het sluiten van huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan de huwelijkssluiting, eenvoudig verhinderen dat Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek op hun huwelijk van toepassing wordt langs de weg van artikel 93 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Deze kwestie behoeft mitsdien geen nadere bespreking.

Bezien vanuit het perspectief van het rechtsbeginsel solidariteit is niettemin de vraag gerechtvaardigd of het wenselijk is dat het echtgenoten vrijstaat om elke vorm van inkomens- en vermogensdeling tijdens huwelijk uit te sluiten en daarmee het wettelijk stelsel geheel te ecarteren. In hoofdstuk 9 schets ik de posities die aangaande dit thema worden verdedigd en geef ik mijn eigen visie.

Ook bestaat duidelijkheid over de kwestie of echtgenoten desgewenst kunnen afwijken van hetgeen wordt voorgeschreven door Titel 7. De artikelen 121 en 122 Boek 1 Burgerlijk Wetboek spreken in dit verband duidelijke taal in bevestigende zin. Dit is zowel het geval waar het gaat om de mogelijkheid de reikwijdte van de wettelijke gemeenschap in te perken, als ter zake van het al dan niet in de gemeenschap vallen van pensioenrechten (artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek). Voorts geldt het voor de zogenoemde réprise- en récompenseregelingen van de artikelen 95 en 96 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en de bepalingen omtrent het bestuur over de gemeenschapsgoederen die zijn geformuleerd in de artikelen 97 en 98 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

---

73 Vgl. in dit verband bijvoorbeeld de uitspraak van minister van Justitie Donner tijdens een Algemeen overleg in de Tweede Kamer: *In de wet wordt momenteel onderscheid gemaakt tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap, omdat het laatste bij contract wordt aangegaan, en dus ook bij contract wordt ontbonden.*; *TK* 2002/03, 28 600 VI, nr. 123. Vervolgens weet de minister niet goed duidelijk te maken waarom het huwelijk niet bij overeenkomst ontbonden zou kunnen worden.

Ik ga in het navolgende daarom nader in op de mogelijkheden die echtgenoten die wel in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, hebben om met elkaar te contracteren binnen het verband van Titel 7, waarbij ik mij specifiek richt op overeenkomsten tussen echtgenoten ter zake van de door artikel 94 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek genoemde goederen 'ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen' – de zogenoemde uitsluitingsclausule – en voorts op de in artikel 94 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek genoemde 'goederen en schulden die aan een der echtgenoten op bijzondere wijze verknocht zijn'.

Ik onderzoek hierna met name de mogelijkheid die echtgenoten al dan niet hebben om met betrekking tot de beide genoemde rechtsfiguren een overeenkomst met elkaar te sluiten die niet een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is.[74]

4.4.2.1 Overeenkomen ter zake van onder uitsluitingsclausule verkregen goederen

Uit artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vloeit voort dat erflaters en schenkers kunnen bepalen dat vermogensbestanddelen die door hen worden nagelaten of geschonken niet zullen vallen in een huwelijksgemeenschap.

Hiertoe is niet noodzakelijk dat daadwerkelijk een huwelijksgemeenschap bestaat op het moment waarop een van beide genoemde rechtshandelingen wordt verricht omdat de desbetreffende bepaling meebrengt dat een dergelijk goed wordt uitgezonderd van de boedelmenging die krachtens artikel 94 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in werking treedt.[75]

Gezien het feit dat door de Hoge Raad is geoordeeld dat de wil van de erflater, respectievelijk de schenker prevaleert boven die van de echtgenoten,[76] lijkt het voor hen niet mogelijk om bij huwelijkse voorwaarden rechtsgeldig anders overeen te komen.[77]

Verstappen bekritiseert deze visie, daartoe aanvoerend dat een echtgenoot die een goed onder uitsluitingsclausule verkrijgt toch vrij is om daarover te beschikken zoals hem goeddunkt en hij het goed zelfs aan zijn echtgenoot zou kunnen schenken indien hij dat wenst, aangezien een uitsluitingsclausule niet mee kan brengen dat de bevoegdheid van de verkrijger tot vervreemding of bezwaring van het desbetreffende goed tevens wordt uitgesloten.[78]

74 In hoofdstuk 5 wordt het spanningsveld tussen contractvrijheid en solidariteit besproken vanuit het perspectief van huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant.

75 Breederveld, 2008, p. 50.

76 HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193 m.nl. EAAL.

77 Vgl. ook Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 255 en 256.

78 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 163 en 164. Verstappen toonde zich in diens dissertatie al eerder zeer kritisch met betrekking tot het dwingende karakter van de uitsluitingsclausule; Verstappen, 1996, p. 372 e.v..

De rechtbank Haarlem heeft in 2008 bevestigd dat een schenking als bedoeld mogelijk is.[79] Het betrof hier onder uitsluitingsclausule door de man van zijn ouders geërfde edelstenen die de vrouw tijdens het huwelijk met toestemming van de man in een ring had laten zetten.

De rechtbank voert hiertoe aan dat in de huwelijkse voorwaarden van partijen een dwingendrechtelijke bepaling is opgenomen met betrekking tot lijfsieraden. Deze worden geacht eigendom te zijn van de echtgenoot die een sieraad in gebruik heeft, zonder dat enig onderzoek naar de herkomst ervan nodig is. Dit is volgens de rechtbank anders wanneer het gaat om edelstenen die door de man zijn verkregen onder gelding van een uitsluitingsclausule. De rechtbank concludeert vervolgens dat uit zojuist door mij aangehaalde arrest van de Hoge Raad niet volgt dat:

> onder testamentaire uitsluiting door de ene echtgenoot geërfde goederen niet aan de andere echtgenoot geschonken zouden kunnen worden, net zo min als zulks aan schenking aan een derde in de weg kan staan.

Indien de man het bestaan van de uitsluitingsclausule ten aanzien van de door hem geërfde edelstenen kan bewijzen, staat daarmee weliswaar vast dat geen sprake is van een lijfsieraad als bedoeld in de huwelijkse voorwaarden van partijen maar nog niet dat deze eigendom van de man zijn, omdat sprake kan zijn van een schenking door de man aan de vrouw.[80]

Dat in deze casus geen sprake was van een huwelijksgemeenschap doet niet ter zake omdat dit het principiële punt onverlet laat.

Over de vraag of aan een schenking die de ene echtgenoot aan de andere doet een uitsluitingsclausule kan worden verbonden wordt door Meijer en Kraan gediscussieerd.[81] Het betreft hier echtgenoten die zijn gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen van wie de vrouw een piano aan de man schenkt en zij aan deze schenking een uitsluitingsclausule verbindt.

Kraan veronderstelt dat Meijer meent dat de desbetreffende piano daarmee privévermogen van de man is geworden. Zelf is hij daarentegen van oordeel dat het desbetreffende goed de huwelijksgemeenschap niet heeft verlaten omdat het niet mogelijk is om een uitsluitingsclausule te verbinden aan een schenking van de ene echtgenoot aan de andere terwijl zij in gemeen-

79 Rb. Haarlem 10 december 2008, *LJN* BH3142.

80 De rechtbank oordeelt in dit verband dat het aan de man is om bewijs aan te dragen voor diens stelling dat hij de edelstenen aan de vrouw in bewaring heeft gegeven.

81 Meijer, 2009, p. 311; Kraan, 2009, p. 7.

schap van goederen zijn gehuwd: dit zou in strijd zijn met het wettelijke systeem.[82]

Ik schaar mij in dit opzicht echter aan de zijde van Van der Burght die verdedigt dat het wezen van de schenkingsovereenkomst buiten en binnen de echtverbintenis dezelfde is. Het betreft in beide gevallen een overgang van vermogen om niet en uit vrijgevigheid. Terecht stelt Van der Burght vervolgens dat indien niet zou worden aangenomen dat het geschonken goed door de schenking privévermogen van de begiftigde echtgenoot wordt, een schenking tussen in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten in belangrijke mate 'een slag in de lucht' is.[83]

De afschaffing van het schenkingsverbod tussen echtgenoten in 2003 heeft naar mijn mening voorgaande argumentatie nog aan kracht doen winnen.[84]

Ik sluit mij in dezen verder aan bij de hiervoor besproken kritiek van Verstappen omdat de beschikkingsmogelijkheden die een verkrijgende echtgenoot ten dienste staan ten aanzien van een door hem onder uitsluitingsclausule verkregen goed, het zinloos maken om een bij huwelijkse voorwaarden getroffen regeling die stipuleert dat het goed wel een bestanddeel van de huwelijksgemeenschap vormt, als nietig aan te merken.[85]

Het volstaat naar mijn oordeel dat een erflater of schenker door het verbinden van de uitsluitingsclausule aan een krachtens erfrecht of schenking door een echtgenoot van hem verkregen goed zijn mening kenbaar kan maken en kan bewerkstelligen dat een aldus door een echtgenoot verkregen goed niet in een huwelijksgemeenschap kan vallen zonder dat de verkrijgende echtgenoot zich daarvan bewust is.

Niettemin is in de in 2002 in werking getreden Wet regels verrekenbedingen[86] de zienswijze van de Hoge Raad door de wetgever gecodificeerd ter zake van het verrekenbeding, waar artikel 134 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voorschrijft dat bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift kan worden bepaald dat geen verrekening van krachtens erfopvolging, making

---

82 Vgl. ook Kraan, 2008, p. 72 en Luijten-Meijer, 2005, p. 108 en 109 die van mening zijn dat indien een uitsluitingsclausule wel mogelijk zou zijn, de huwelijksgemeenschap eenvoudig zou kunnen worden uitgehold buiten huwelijkse voorwaarden om. Luijten en Meijer achten wel mogelijk dat ingeval van een schenking tussen in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten het geschonkene op zodanige wijze aan de persoon van de begiftigde echtgenoot is verknocht dat het op grond van artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek buiten de huwelijksgemeenschap valt. Huijgen schaart zich in dezen aan de zijde van Meijer, Kraan en Luijten maar gaat tevens uitvoerig in op schenkingen tussen echtgenoten die niet in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd en hij komt in dit verband tot de conclusie dat deze schenkingen in beginsel wel mogelijk zijn; Huijgen, 2006, p. 598 en 599.

83 Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 193 en 194.

84 Ik laat de positie van schuldeisers hier buiten beschouwing maar kom daarop kort terug in paragraaf 4.6.

85 In deze richting ook Huijgen, 2006, p. 598 en 599.

86 *Wet van 14 maart 2002 tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (regels verrekenbedingen)*, *Stb.* 2002, 152. Deze wet is op 1 september 2002 in werking getreden.

of gift verkregen vermogen en van de vruchten daarvan kan plaatsvinden, indien verrekening daarvan ingevolge huwelijkse voorwaarden zou behoren plaats te vinden.[87]

Dit betreft wat mij betreft opnieuw een voorbeeld van ondoordachte en niet-eigentijdse wetgeving.

Blokland bespreekt de vraag in hoeverre echtgenoten door het maken van huwelijkse voorwaarden de werking van een uitsluitingsclausule kunnen 'compenseren' en constateert dat echtgenoten ervoor kunnen kiezen om aan de zijde van de andere echtgenoot goederen die een gelijke waarde vertegenwoordigen als de waarde van de onder uitsluitingsclausule verkregen goederen buiten de huwelijksgemeenschap te houden bij huwelijkse voorwaarden, dan wel te onttrekken aan een daarin overeengekomen verrekenbeding.

Uiteraard is voor het optuigen van deze 'constructie' noodzakelijk dat de andere echtgenoot over dergelijke goederen kan beschikken.[88]

Dat deze aanpak tot een gefrustreerde erflater of schenker zou leiden zoals Blokland kennelijk aanneemt ontgaat mij aangezien diens wil immers zonder mankeren wordt uitgevoerd.

Twee recente uitspraken van respectievelijk de rechtbank 's-Gravenhage[89] en de rechtbank Utrecht[90] illustreren het feit dat indien onder uitsluitingsclausule verkregen goederen door de verkrijger niet adequaat worden geadministreerd, het niet op voorhand duidelijk is of al dan niet een vergoedingsrecht van de verkrijger ten laste van de huwelijksgemeenschap bestaat.

In de eerstgenoemde uitspraak werd door de rechtbank een *réprise* ex artikel 95 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aangenomen met als argument dat indien duidelijk is dat het verkregen goed – in casu een geërfde geldsom – niet in het privévermogen van de verkrijger is terechtgekomen, de vraag waaraan het geld is besteed niet behoeft te worden beantwoord omdat, als er geen erfenis was geweest, gemeenschapsgeld zou zijn aangewend dan wel een lening zou zijn afgesloten ter betaling van de kosten waaraan thans de erfenis is besteed.

In de andere uitspraak stelt de rechtbank dat als een onder uitsluitingsclausule verkregen geldbedrag in de gemeenschap is gevallen, er niet zonder meer een vergoedingsrecht ontstaat. De reden hiervan is dat in het algemeen gesteld kan worden dat een vergoedingsrecht niet vanzelfsprekend aan de orde is indien de echtgenoten wegens een ontvangen erfenis of schenking uitgaven doen die zij anders niet zouden hebben gedaan.

---

87 Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze bepaling als zijnde van dwingend recht beschouwd dient te worden; Verstappen-Wortmann, 2003, p.241.

88 P. Blokland in zijn beantwoording van een rechtsvraag, opgenomen in *ftV*, december 2005, p. 24 en 25.

89 Rb. Den Haag 30 juni 2009, *LJN* BK1147.

90 Rb. Utrecht 23 december 2009, *LJN* BK8081.

De eerste uitspraak is bezien binnen het systeem van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek waarschijnlijk te prefereren op grond van de magnetische werking van de huwelijksgemeenschap, doch de tweede is naar mijn oordeel overtuigender omdat deze blijk geeft van meer realiteitszin.

Beide uitspraken illustreren het feit dat aangenomen mag worden dat in de praktijk van alledag in veel gevallen op informele wijze onder uitsluitingsclausule verkregen goederen – vaak in de vorm van gelden – worden aangewend ten gunste van beide echtgenoten. Tijdens het huwelijk wordt dit vanzelfsprekend geacht of daarbij door de echtgenoten niet stilgestaan, doch indien het huwelijk eindigt door echtscheiding kijkt de echtgenoot die vermogen onder uitsluitingsclausule heeft verkregen hier met andere ogen naar, veelal nadat het punt is aangekaart door de alsdan ingeschakelde advocaat, notaris of mediator.

Zoals uit onderstaande casus blijkt komt de omgekeerde situatie in de praktijk ook voor.[91]

Casus

Tijdens een scheidingsmediation stelt de man dat de beide schenkingen en de erfenis ad in totaal € 200.000,=, die hij van zijn vader heeft ontvangen, door beide echtgenoten steeds zijn beschouwd als privévermogen van de man. De vrouw bevestigt deze lezing en voegt daaraan toe dat dit voor haar altijd vanzelf heeft gesproken.

De mediator constateert dat door de vader van de man geen uitsluitingsclausule werd opgenomen in diens testament en voorts dat een dergelijke bepaling door hem evenmin aan de schenkingen werd verbonden.

Het afschrift van de huwelijkse voorwaarden van de echtgenoten bevindt zich nog immer in de gesloten enveloppe waarin de instrumenterend notaris dit destijds heeft gedaan en wordt door de vrouw plechtig aan de mediator overhandigd. De mediator vertelt partijen dat hun huwelijkse voorwaarden een zogenaamd finaal verrekenbeding bevatten dat er niet in voorziet dat schenkingen en op grond van erfrecht verkregen goederen buiten de desbetreffende verrekening blijven.

In het daarop volgende gesprek laat de vrouw weten dat zij het door de man van diens vader verkregen vermogen toch in de verrekening wenst te betrekken waarop de man in woede ontsteekt en haar voor de voeten werpt dat zij zich immoreel opstelt.

Naast de hiervoor door Verstappen en Blokland genoemde mogelijkheden die echtgenoten tussen wie overeenstemming bestaat over de wenselijkheid de werking van een gemaakte uitsluitingsclausule te neutraliseren ten dienste staan, kunnen zij ook een andere weg bewandelen. Zo staat het hun eveneens vrij om, ingeval de verkrijging door een van hen onder uitsluitingsclausule gelden betreft of gelden door zaaksvervanging in de plaats zijn getreden van een onder uitsluitingsclausule verkregen goed, tijdens het huwelijk in een vaststellingsovereenkomst te bepalen dat deze gelden zijn aangewend ter bestrijding van de kosten van de huishouding of om een uitgave ten gunste van hen beiden te doen die normaliter niet binnen het bereik

91 De casus heeft betrekking op een finaal verrekenbeding dat ertoe strekt dat de echtgenoten met elkaar verrekenen alsof tussen hen rekenkundig een huwelijksgemeenschap bestond maar dit doet niet af aan de zeggingskracht van het voorbeeld.

van de echtgenoten zou hebben gelegen. Daarbij kunnen zij tevens bepalen dat een vergoeding ten laste van de gemeenschap en ten gunste van de verkrijgende echtgenoot, niet aan de orde is. Ook kan zo worden vastgelegd dat een réprise van de door de echtgenoten bijvoorbeeld aan een cruise bestede gelden juist wel dient plaats te vinden en kunnen daaraan desgewenst voorwaarden worden gesteld.

Op deze wijze worden stilzwijgend gemaakte afspraken geformaliseerd en wordt daarmee onenigheid hieromtrent ingeval van echtscheiding voorkomen. Ik realiseer mij dat een dergelijke aanpak een vergroting van het huwelijksvermogensrechtelijke bewustzijn van echtgenoten vergt. [92]

Ingeval van echtscheiding geldt het voorgaande onverkort. Ook kan op de aangegeven wijze duidelijkheid worden gecreëerd over een *vermeende* uitsluitingsclausule waarmee ik doel op een mondeling bij de gift door de schenker uitgesproken uitsluiting of een uitsluitingsclausule die bij de overboeking van een geschonken geldsom op het bankafschrift zou zijn vermeld, doch welk bankafschrift niet meer kan worden achterhaald.

Voorts acht ik – aansluitend bij de hiervoor door Blokland gegeven oplossing – zowel tijdens huwelijk als ingeval van echtscheiding, rechtsgeldig dat echtgenoten zoals in de hiervoor door mij omschreven casus, in een vaststellingsovereenkomst of een echtscheidingsconvenant[93] bepalen dat de erfrechtelijke verkrijging en de ontvangen schenkingen door hen niet bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap dan wel in de door de huwelijkse voorwaarden voorgeschreven alsof-verrekening zullen worden betrokken, op grond van een natuurlijke verbintenis daartoe. Deze verplichting van moraal en fatsoen wordt vervolgens in de vaststellingsovereenkomst of het echtscheidingsconvenant door de echtgenoten omgezet in een rechtens afdwingbare verplichting.

De wens daartoe kan bij echtgenoten bijvoorbeeld bestaan indien hetgeen krachtens erfrecht van het ene ouderpaar is ontvangen niet in de huwelijksgemeenschap valt dan wel bij de finale verrekening dient te worden betrokken op grond van een daaraan verbonden uitsluitingsclausule en de nalatenschappen van het andere ouderpaar wel, omdat door de laatstbedoelde erflaters geen uitsluitingsclausule werd toegevoegd.

Het omgekeerde, derhalve bij vaststellingsovereenkomst of echtscheidingsconvenant bepalen dat onder uitsluitingsclausule verkregen goederen desalniettemin betrokken zullen worden bij de verdeling van de huwelijks-

92 Driessen-Kleijn bepleit als ik haar goed versta een vergelijkbare aanpak als het gaat om verknochte goederen; Driessen-Kleijn, 'Verknochtheid van baten en schulden', *JBN*, 2007/5, p. 9.

93 Veelal zal een echtscheidingsconvenant tevens een vaststellingsovereenkomst zijn gezien het feit dat echtgenoten daarin definitieve regelingen met elkaar wensen te treffen die in een later stadium niet meer bij een rechter ter discussie kunnen worden gesteld. In deze zin Hof Den Haag 23 september 2008, *RFR* 2009/18; anders: Hof Amsterdam 11 oktober 2009, *LJN* BK7595.

gemeenschap, dan wel de finale verrekening, stuit zoals hiervoor is gebleken af op het oordeel hieromtrent van Hoge Raad en wetgever.

Uit het bepaalde in artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vloeit echter voort dat door echtgenoten in een overeenkomst die tussen hen bij geschrift is gesloten met het oog op een echtscheiding, kan worden bepaald dat zij geen gelijke aandelen in de ontbonden huwelijksgemeenschap hebben, hetgeen mij tot de gevolgtrekking voert dat echtgenoten die het met elkaar eens zijn praktisch bezien in elk geval op deze wijze het door hen nagestreefde doel kunnen bereiken.

Tot slot merk ik over een geval als dat van de man in de door mij omschreven casus voor de goede orde op dat deze de rechter zou kunnen verzoeken uit te spreken dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om een beroep te doen op de bepaling in de huwelijkse voorwaarden, voor zover deze ertoe leidt dat het vermogen aan zijn zijde dat afkomstig is van zijn vader, betrokken zou dienen te worden in de vermogensverrekening, gegeven de specifieke omstandigheden van het geval als door mij geschetst.

Het behoeft geen betoog dat de door de Hoge Raad opgeworpen drempel waarin de wetgever hem is gevolgd niet wortelt in het rechtsbeginsel solidariteit maar slechts lijkt te zijn ingegeven door de wens de alomvattendheid van de huwelijksgemeenschap te respecteren. Ook uit de door mij aangedragen voorbeelden blijkt dat indien solidariteit tussen echtgenoten in dezen doorslaggevend zou moeten zijn, eerder de aanvankelijke lijn van wetsvoorstel 28 867[94] gevolgd zou moeten worden die meebracht dat erfenissen en schenkingen niet in de huwelijksgemeenschap vallen.

4.4.2.2 Overeenkomen ter zake van bijzondere verknochtheid

Algemeen wordt aangenomen dat schulden die samenhangen met een goed dat onder uitsluitingsclausule is verkregen, in beginsel privéschulden vormen van de verkrijger, uit hoofde van het bepaalde in artikel 94 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[95] Dergelijke passiva worden aangemerkt als zijnde op bijzondere wijze verknocht aan de verkrijger, waarmee de wet een uitzondering in het leven heeft geroepen op de hoofdregel van artikel 94 lid 2 Boek 1

94 Vgl. Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 430.

95 Vgl. Luijten en Meijer die in dit verband verwijzen naar de wetgevingsgeschiedenis van artikel 94 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en een overzicht van literatuur en jurisprudentie geven; Luijten-Meijer 2005, p. 149 en 150. Vgl. verder Kraan die hiertoe ook artikel 125 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bij wijze van analogie opvoert. Kraan onderscheidt tussen successierechten welke over de onder uitsluitingsclausule verkregen vermogensbestanddelen zijn verschuldigd (privéschuld van de verkrijger), de onderhoudskosten van het desbetreffende verkregen goed (privéschuld van de verkrijger indien in de uitsluitingsclausule is bepaald dat ook de opbrengsten van de aldus verkregen vermogensbestanddelen privévermogen vormen van de verkrijger) en kosten van bijvoorbeeld een ingrijpende verbouwing van een onder uitsluitingsclausule verkregen registergoed (altijd een privéschuld van de verkrijger); Kraan, 2008, p. 97 en 98.

Burgerlijk Wetboek die stelt dat de huwelijksgemeenschap wat haar lasten betreft alle schulden van ieder der echtgenoten omvat.

Artikel 94 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ziet eveneens op goederen en biedt in dat opzicht derhalve een tweede grondslag voor het bestaan van privévermogen buiten de huwelijksgoederengemeenschap, naast de in artikel 94 lid 2 bedoelde uitsluitingsclausule.[96]

Reinhartz stelt dat niet het huwelijksvermogensrecht *an sich* maar regels die voortvloeien uit de wet of een contractuele regeling bepalen welke goederen op bijzondere wijze aan een echtgenoot verknocht zijn.[97]

Waar het contractuele regelingen betreft dient vanzelfsprekend in de eerste plaats te worden gedacht aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden waarin echtgenoten desverkiezend kunnen vastleggen dat zekere goederen en schulden aan een van hen op bijzondere wijze verknocht zijn. Hier zal echter aangenomen moeten worden dat echtgenoten er veelal de voorkeur aan zullen geven om in plaats daarvan te bepalen dat de desbetreffende goederen en schulden eenvoudigweg buiten de huwelijksgemeenschap zullen blijven, op grond van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Dezelfde redenering kan in beginsel opgeld doen indien sprake is van een echtscheidingsconvenant, zij het dat echtgenoten er dan eerder voor zullen kiezen om vast te leggen dat bepaalde goederen aan één van hen verknocht zijn omdat dit een eenvoudiger constructie is en de overeenkomst door hen wordt opgesteld in het kader van de beëindiging van hun huwelijk.

Uit een in 2009 in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie door redacteur Van Mourik besproken casus,[98] kan worden afgeleid dat zich ook overigens gevallen laten denken waarin de vraag zich opdringt of echtgenoten bij een onderhandse overeenkomst rechtsgeldig kunnen contracteren over verknochtheid.

Aangezien in deze casus naar mijn mening de kern van contractvrijheid tussen echtgenoten binnen het huwelijksvermogensrecht dicht wordt benaderd, ga ik in het navolgende wat dieper op de verschillende facetten daarvan in.

---

96 Opmerking verdient dat de wettekst vermeldt dat goederen en schulden die als zijnde bijzonder verknocht kunnen worden aangemerkt slechts in de huwelijksgemeenschap vallen *voor zover* de verknochtheid zich daar niet tegen verzet. Reinhartz zet de in dit verband denkbare situaties op en rij: het goed valt noch juridisch, noch economisch in de huwelijksgemeenschap (A); het goed valt juridisch buiten maar economisch in de gemeenschap (B); het goed valt in de huwelijksgemeenschap maar wordt bij een verdeling van de huwelijksgemeenschap zonder (C), respectievelijk onder (D) waardeverrekening toegedeeld aan de echtgenoot aan wie het bijzonder verknocht is en tot slot de situatie waarin een echtgenoot op grond van redelijkheid en billijkheid toedeling van het goed kan vorderen (E); Reinhartz; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 105 e.v..

97 Reinhartz; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 104.

98 Rechtsvragenrubriek *WPNR* 2009/6783, p. 89 en 90.

In de desbetreffende casus speelde het volgende. Een man en een vrouw treden met elkaar in het huwelijk zonder voorafgaand daaraan huwelijkse voorwaarden op te stellen. Beiden zijn eerder gehuwd geweest en hebben kinderen uit die echtverbintenis. De man heeft vermogen geërfd van zijn ouders: dezen hadden testamenten opgemaakt met daarin opgenomen een lastbevoordeling aan hun kleinkinderen, de kinderen van de man (een zogenaamd *opa/omabeding*), echter zonder aan de verkrijging door hun erfgenamen een uitsluitingsclausule te verbinden.

De vordering die de kinderen van de man uit hoofde van het testament op hem hadden verkregen bedroeg in totaal € 127.500,=, opeisbaar bij het overlijden van de man. De casus vermeldt dan: 'de man had die schuld ten tijde van het huwelijk niet paraat in gedachten'.

Nadat de vrouw van het bestaan van de desbetreffende schuld op de hoogte raakt, legt dit feit een zware hypotheek op de relatie omdat zij zich, na bij verschillende deskundigen advies te hebben ingewonnen, kennelijk realiseert dat zij ingeval van ontbinding van het huwelijk door echtscheiding of ingeval van het overlijden van de man met deze passiefpost zal worden geconfronteerd.[99]

Uiteindelijk wordt door de echtgenoten een onderhandse vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 900 e.v. Boek 7 Burgerlijk Wetboek gesloten waarin zij bepalen dat – in hun onderlinge verhouding – de onderhavige schuld op bijzondere wijze aan de man is verknocht en hij deze schuld in hun onderlinge verhouding voor zijn rekening neemt.[100] Een klein jaar nadien besluit het echtpaar alsnog tot echtscheiding.

De indiener van deze casus stelt de redactie de vraag of sprake is van een rechtsgeldige overeenkomst, welke vraag redacteur Van Mourik ontkennend beantwoordt, daartoe aanvoerend dat de objectieve aard van een goed

99 Denkbaar is dat de vrouw zich heeft gerealiseerd dat ingeval van een echtscheiding de desbetreffende schuld onderdeel uitmaakt van de wettelijke gemeenschap van goederen en uit dien hoofde bij de vermogensverdeling zal worden betrokken; ook kan zij zich bewust zijn geworden van de strekking van het bepaalde in artikel 102 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, te weten dat ieder van de echtgenoten draagplichtig wordt voor de helft van de onderhavige schuld; vgl. Luijten, 2007, p. 52. Voorts zou de vrouw tot het inzicht kunnen zijn gekomen dat zij – ingeval van het overlijden van de man – genoodzaakt zou zijn om de vorderingen van diens kinderen terstond aan hen uit te betalen, gezien het feit dat deze op dat moment opeisbaar zouden worden, hetgeen mogelijk de verkoop van het huis tot gevolg zou kunnen hebben (de casus vermeldt dat de vrouw haar eigen huis al verkocht had voor de huwelijkssluiting).

100 Aangenomen moet worden dat partijen niet voor huwelijkse voorwaarden hebben willen kiezen omdat het opmaken daarvan gezien het bepaalde in artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek tijdens huwelijk vooralsnog omslachtig is, hoge kosten meebrengt en er voorts de gerede mogelijkheid bestond dat de rechter zijn goedkeuring niet zou verlenen omdat de schuldeisers in casu objectief beschouwd benadeeld worden door de toerekening van de desbetreffende schuld alleen aan de man.

of schuld bepaalt of sprake is van bijzondere verknochtheid[101] en aan het subjectieve oordeel van de echtgenoten daarover geen betekenis toekomt.

Hij ziet op die grond geen ruimte voor een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek.[102]

Van Mourik is daarnaast kennelijk de mening toegedaan dat de in casu gesloten onderhandse overeenkomst 'derhalve' ook geen vaststellingsovereenkomst kàn zijn waar hij stelt dat een dergelijke overeenkomst materieel een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is en uit dien hoofde onderworpen is aan het door artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gestelde vormvereiste van de authentieke akte.[103] Hij komt in dezen mede tot zijn visie op grond van zijn aanname dat de onderhavige overeenkomst door de echtgenoten niet is gesloten met het oog op een aanstaande echtscheiding.

Meijer geeft in haar reactie op de bovenstaande beantwoording van de gestelde rechtsvragen blijk van een andere opvatting, naar mijn oordeel terecht constaterend dat de gesloten vaststellingsovereenkomst ertoe strekt dat de rechtsverhouding tussen de echtgenoten wordt *vastgesteld*, in dier voege dat de draagplicht van de genoemde schuld alleen bij de man wordt gelegd, in afwijking van de wettelijke regeling. Zij verbindt daaraan de conclusie dat niets er zich tegen verzet dat door echtgenoten de afspraak wordt gemaakt dat in hun onderlinge verhouding geldt dat de ene echtgenoot niet draagplichtig zal zijn voor een schuld waarvoor hij extern wel aansprakelijk kan zijn op grond van het bepaalde in artikel 102 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[104]

Meijer wijst voorts op het feit dat de in casu getroffen regeling een regeling *in concreto* betreft waar het ingeval van huwelijkse voorwaarden gaat om regelingen *in abstracto* en zij betoogt dat na de afschaffing van het schenkingsverbod tussen echtgenoten per 1 januari 2003 in beginsel iedere overeen-

---

101 Van Mourik kent bij de beantwoording van de onderhavige rechtsvraag ook gewicht toe aan het feit dat alleen de genoemde schuld door de echtgenoten als verknocht wordt aangemerkt en niet ook de woning welke door de man blijkbaar eveneens krachtens erfrecht van zijn ouders had verkregen. Ik zie het kennelijk veronderstelde verband tussen woning en schuld echter niet omdat het hier om op fiscale gronden gecreëerde schulden gaat, derhalve om een constructie binnen de familie uit overwegingen van *estate planning* en mitsdien niet om reële schulden. Ik wijs in dit verband op de gedachte dat de bijzondere verknochtheid een exponent is van de grenzen die gesteld kunnen worden aan de lotsverbondenheid die de wettelijke gemeenschap van goederen in het leven roept en die door Van Duijvendijk-Brand wordt uitgewerkt in haar dissertatie; Van Duijvendijk-Brand, 1990, p. 27 e.v..

102 Rechtsvragenrubriek *WPNR* 2009/6783, p. 90.

103 Ook indien aangenomen zou worden dat Van Mourik het gelijk aan zijn zijde heeft waar hij stelt dat de vorm van huwelijkse voorwaarden hier is voorgeschreven, kan hem echter worden tegengeworpen dat huwelijkse voorwaarden en vaststellingsovereenkomst elkaar niet uitsluiten. Omdat het ingeval van huwelijkse voorwaarden gaat om een vormvoorschrift en ingeval van een vaststellingsovereenkomst om een bijzondere overeenkomst, is heel goed mogelijk dat een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten in de vorm van huwelijkse voorwaarden, i.e. een notariële akte.

104 Meijer, 2009, p. 310.

komst *in concreto* tussen echtgenoten kan worden gesloten, zonder dat het vormvereiste van artikel 115 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aan de orde is.[105]

Waar Meijer opmerkt dat de overeenkomst in casu 'misschien niet' een vaststellingsovereenkomst was in de zin van artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek, verschil ik met haar van mening omdat in een situatie waarin tussen echtgenoten onenigheid bestaat over een *vermogensrechtelijke* kwestie – i.e. de juridische status van de beschreven schuld – het sluiten van een vaststellingsovereenkomst de enige wijze is om *in jure* definitief een streep onder het geschil te zetten.

De wet bepaalt immers in artikel 900 lid 1 Boek 7 Burgerlijk Wetboek dat partijen zich bij een vaststellingsovereenkomst jegens elkaar verbinden aan een vaststelling van hetgeen tussen hen rechtens geld 'ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil' daaromtrent.

Voorts maakt dit artikel duidelijk dat een vaststellingsovereenkomst ook bestemd is te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken en tevens kan uit het derde lid van artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek worden opgemaakt dat een vaststellingsovereenkomst steeds een bewijsovereenkomst is waarbij tegenbewijs is uitgesloten.[106]

Van Mourik lijkt in de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst een geobjectiveerd begrip van geschil of onzekerheid te lezen en verbindt daaraan de conclusie dat het derhalve dient te gaan om een geschil dat of een onzekerheid die *in redelijkheid* tussen partijen speelt of kan dreigen te ontstaan.[107]

Mij komt het daarentegen voor dat het feit dàt in een specifieke casus sprake is van onzekerheid of geschil tussen partijen (echtgenoten) doorslaggevend moet zijn, waarbij ik er de aandacht voor vraag dat uit de psychologische literatuur bekend is dat een conflict tussen partijen al aanwezig is indien een van hen ergernis ervaart of zich gehinderd voelt door de andere partij,[108] derhalve op een andere wijze en vaak in een eerder stadium dan een jurist wellicht geneigd zou zijn aan te nemen. De wetsgeschiedenis van artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek vermeldt dit ook *expressis verbis*.[109]

---

105 Meijer verwijst ter onderbouwing van haar stelling onder meer naar HR 27 januari 2006, *LJN* AU4790 waarin A.- G. Strikwerda in diens conclusie opmerkt dat *het de echtgenoten die buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd vrij staat bij overeenkomst af te spreken dat, indien de ene echtgenoot het verwerven van een goed door de andere echtgenoot financiert, wordt afgerekend als ware er sprake van medeeigendom (…).*'; Meijer, 2009, p. 310 en 311.

106 Artikel 900 lid 3 Boek 7 Burgerlijk Wetboek bepaalt hieromtrent: *Een bewijsovereenkomst staat met een vaststellingsovereenkomst gelijk voor zover zij een uitsluiting van tegenbewijs meebrengt.*

107 Van Mourik, 2009 (D), p. 707.

108 Zie o.a. M. Euwema en E. Giebels, *Conflictmanagement, analyse, diagnostiek en interventie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2006, p. 20.

109 Memorie van toelichting voorontwerp, p. 1135. Van Muijden merkt hieromtrent op: *Met betrekking tot de beëindiging of voorkoming van de onzekerheid of het geschil is het voldoende dat partijen feitelijk onzeker zijn of een geschil hebben, dan wel dit voor de toekomst vrezen. Objectieve onzekerheid is niet vereist. Wel is vereist dat de onzekerheid betrekking heeft op wat rechtens tussen partijen geldt.*; Van Muijden, 2007, p. 64.

Ik wijs er voorts op dat er überhaupt onzekerheid mogelijk is over hoe een rechterlijk oordeel omtrent de draagplicht van een schuld als de onderhavige uit zou vallen. Het recht, en met name het huwelijksvermogensrecht, is in de eerste plaats niet mathematisch van aard en voorts kan de toepassing van de rechtsbeginselen redelijkheid en billijkheid in beginsel altijd tot andere uitkomsten leiden in de bijzondere omstandigheden van het concrete geval.[110]

Zoals ook blijkt uit het onderhavige dispuut, zijn in rechte vaak verschillende visies verdedigbaar en kan mitsdien worden gesteld dat een in beginsel breed uitkomstenspectrum in veel gevallen aan de orde is en nietigheid derhalve niet bij voorbaat vast staat.[111]

Ik ben het niettemin met Van Mourik eens over de grens: deze ligt ook bij mij bij het 'uit de duim zuigen' van een conflict alsmede bij het langs deze weg doelbewust overtreden van fiscale regelgeving. Van beide situaties is in de onderhavige casus overigens overduidelijk geen sprake.

In de casus speelt bij de keuze voor de vaststellingsovereenkomst zeer waarschijnlijk ook een belangrijke rol dat de schuldeisers – de kinderen van de man, in hun toekomstige hoedanigheid van erfgenamen en daarmee van rechtsopvolgers onder algemene titel – gebonden zijn aan deze door hun vader gesloten overeenkomst.[112] In een bijzondere casus als de onderhavige kan zodoende toch gebondenheid van schuldeisers aan hetgeen door de echtgenoten is overeengekomen worden bereikt, ook al worden geen huwelijkse voorwaarden opgesteld en ontbeert de overeenkomst daardoor in algemene zin externe werking.[113]

---

110 Van Mourik wijst hier in zijn beantwoording van de vragen gesteld in de bedoelde rechtsvragenrubriek van het *WPNR* (p. 90) ook terloops op, waar hij opmerkt dat van belang is dat de overeenkomst in casu niet 'op een onbewaakt moment in de keuken tot stand is gekomen' maar met behulp van een mediator, welk feit een rol kan spelen indien vanuit het perspectief van redelijkheid en billijkheid zou worden geoordeeld.

111 In deze casus is m.i. voorstelbaar dat in de bedoelde afwegingen ook het door de man voldoen aan een natuurlijke verbintenis een rol zou kunnen spelen.

112 Een keuze voor een vaststellingsovereenkomst in de vorm van huwelijkse voorwaarden (i.e. een authentieke akte) zou bezien vanuit dit gezichtspunt geen voordelen hebben geboden en hebben geleid tot vertraging en een aanmerkelijke verhoging van kosten gezien de verplichte tussenkomst van notaris en rechter ex artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

113 Ik heb deze opinie ook in het onderhavige debat ingebracht, waarbij ik tevens heb geschreven dat uit de feiten in casu kan worden afgeleid dat ook daadwerkelijk de vaststellingsovereenkomst van artikel 900 Boek 7 Burgerlijk Wetboek moet zijn bedoeld en niet de 'vaststellingsovereenkomst' die in de context van mediation ook wel wordt gebruikt als overeenkomst waarmee de in de mediation behaalde resultaten worden vastgelegd; Schonewille, 2009 (C), p. 720.

Kraan mengt zich in het fiscaal tijdschrift Vermogen[114] in de onderhavige discussie en poneert daar de stelling dat blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het antwoord op de vraag of een goed of een schuld aan een van de echtgenoten is verknocht, afhangt van de aard van dat goed zoals deze aard mede door de opvattingen in het maatschappelijk verkeer worden bepaald.

Hij geeft weliswaar direct toe dat men aan de hand van dit criterium niet gemakkelijk kan vaststellen of van verknochtheid sprake is maar neemt desalniettemin als vanzelfsprekend aan dat het verknocht zijn van een goed niet afhangt van het oordeel van de echtgenoten, *maar van objectieve, zo nodig door de rechter vast te stellen feiten*.

Hier volg ik Kraan niet omdat uit de artikelen 121 en 122 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zonder twijfel voortvloeit dat echtgenoten af kunnen wijken van het in Titel 7 Burgerlijk Wetboek opgenomen regelend recht. Vermoedelijk redeneert Kraan vanuit de bestaande jurisprudentie over bijzondere verknochtheid en ziet hij daarbij over het hoofd dat daarin steeds echtgenoten acteren die het *niet* met elkaar eens zijn, in welk geval zij hun geschil aan de rechter kunnen voorleggen en de door hem bedoelde objectieve maatstaf inderdaad opgeld doet.

In tegenstelling tot hetgeen Kraan concludeert, ligt het mitsdien juist wèl in de macht van echtgenoten om vast te stellen dat een goed aan een van hen verknocht is en daarbij te bepalen welke gevolgen dit rechtsfeit meebrengt, aangezien van verschillende gradaties van verknochtheid sprake kan zijn, waarmee gezegd wil zijn dat het niet zo is dat bijzondere verknochtheid een absoluut rechtsgevolg in het leven roept, iets waarvan Kraan vreemd genoeg wel lijkt uit te gaan.

Hij betoogt voorts dat indien de echtgenoten hebben willen regelen dat de onderhavige schuld geen gemeenschapsschuld vormt of dat de draagplicht daarvan intern alleen bij de man berust, zij voor huwelijkse voorwaarden, respectievelijk een echtscheidingsconvenant waar het betreft de bedoelde draagplichtregeling, hadden moeten kiezen omdat naar zijn oordeel het voorschrift van huwelijkse voorwaarden aan de orde is indien een door echtgenoten gesloten overeenkomst een afwijking van de regels van de gemeenschap inhoudt.

Kraan wijst er in dit verband op dat de stelling dat huwelijkse voorwaarden een regeling *in abstracto* moeten inhouden, is verdedigd door Hidma in diens dissertatie[115] en vrijwel door niemand zou worden gedeeld. Wel acht hij overigens onderhandse overeenkomsten tussen echtgenoten mogelijk, maar alleen als deze afspraken bevatten die geen enkel gevolg hebben voor het tussen de echtgenoten vigerende huwelijksvermogensregime.[116]

---

114 Kraan, 2009, p. 5 en 6.

115 Hidma, 1986, p. 50. Dat dit van een onjuiste zienswijze getuigt, toon ik aan in paragraaf 5.2.

116 Kraan, 2009, p. 7.

Waar Kraan vervolgens nietigheid van de overeenkomst aanneemt, stel ik mij in de eerste plaats op het standpunt, mijn betoog hiervoor vervolgend, dat hier verdedigbaar is dat de onderhavige overeenkomst in rechte gekwalificeerd dient te worden als een echtscheidingsconvenant. Artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek spreekt immers over een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding van de gemeenschap (door echtscheiding). Weliswaar werd in de onderhavige zaak een snelle echtscheiding niet primair beoogd, doch alle feiten in samenhang in aanmerking nemend moet uit de casus worden afgeleid dat deze steeds een reële optie is geweest. Het is zelfs zo dat achteraf beoordeeld, gesteld zou kunnen worden dat de echtgenoten tegen beter weten in hebben gemeend een echtscheiding te kunnen bezweren.

De casus vermeldt in dit verband ook dat de echtscheiding tamelijk kort na de mediation is uitgesproken.

Voorts voer ik aan dat artikel 902 Boek 7 Burgerlijk Wetboek toestaat dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht. Anders dan Van Mourik,[117] lees ik deze bepaling zo dat partijen niet doelbewust dwingend recht kunnen omzeilen door te kiezen voor een vaststellingsovereenkomst maar dat wel wordt gesauveerd dat strijd met dwingend recht *voortvloeit* uit de gemaakte keuze, derhalve zonder dat deze daardoor werd ingegeven of het passeren van een specifieke dwingendrechtelijke bepaling een belangrijke overweging is geweest voor partijen.[118]

Broekema-Engelen toont zich in dezen nog stelliger waar zij tot de gevolgtrekking komt dat artikel 902 Boek 7 Burgerlijk Wetboek betrekking heeft op de vaststelling, in haar terminologie de rechtshandeling die noodzakelijk is om de in de vaststellingsovereenkomst door partijen neergelegde beslissing te effectueren. Voorts betoogt zij dat het begrip dwingend recht in artikel 902 Boek 7 Burgerlijk Wetboek ruim moet worden opgevat en dit ziet op elke geschreven of ongeschreven regel van dwingend recht.[119]

Tot slot geeft Kraan enkele voorbeelden van overeenkomsten tussen echtgenoten die naar zijn mening de vorm van huwelijkse voorwaarden behoeven.

Het eerste voorbeeld betreft het geval waarin tussen echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd onenigheid bestaat over het antwoord op de vraag of een goed wel of niet een privégoed van de vrouw is, waarbij het leveren van bewijs niet mogelijk is. Volgens Kraan kan in dit

---

117 Deze stelt als criterium dat 'eerst later blijkt dat strijd met dwingend recht bestaat'; Van Mourik, 2009 (D), p. 708.

118 In dat geval zou strijd met openbare orde of goede zeden moeten worden aangenomen en volgt nietigheid op die grond. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 april 1995 (*NJ* 1997, 570 m.nt. Brunner) overigens geoordeeld dat de intentie om van dwingend recht af te wijken niet zonder meer in strijd behoeft te zijn met de goede zeden of openbare orde.

119 Broekema-Engelen, 1999, p. 170-173. Haar artikel bevat tevens een helder overzicht van de parlementaire geschiedenis inzake de vaststellingsovereenkomst.

geval het sluiten van een vaststellingsovereenkomst geen soulaas bieden omdat indien een echtgenoot niet kan bewijzen dat een goed in zijn privévermogen valt, het automatisch tot de huwelijksgemeenschap behoort.[120]

Ik onderschrijf deze gedachtegang, behoudens voor het geval de echtgenoten hieromtrent een vaststellingsovereenkomst (i.e. een bewijsovereenkomst waarbij het leveren van tegenbewijs wordt uitgesloten) met elkaar sluiten. Deze impliceert immers dat tussen de echtgenoten vaststaat dàt het goed niet tot de huwelijksgemeenschap behoort *en* daartoe ook nooit heeft behoort,[121] waarmee de desbetreffende overeenkomst derhalve geen gevolg heeft voor de omvang van de huwelijksgemeenschap. En dit feit leidt ertoe dat deze overeenkomst *ipso facto* geen gevolgen heeft voor het geldende huwelijksvermogensregime van de echtgenoten.[122]

Het voorgaande en ook de overige door Kraan in diens bijdrage onder 7.2 en 7.3 opgevoerde voorbeelden,[123] doen bij mij de vraag rijzen of er uiteindelijk veel licht bestaat tussen de opvatting enerzijds dat huwelijkse voorwaarden regelingen *in abstracto* betreffen en daarnaast tussen echtgenoten ook onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten welke regelingen *in concreto* bevatten en de opvatting aan de andere kant dat een onderhandse overeenkomst tussen echtgenoten slechts mogelijk is indien deze geen gevolgen heeft voor het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten. Ik ga nader in op het wezen van huwelijkse voorwaarden in hoofdstuk 5 en beantwoord daar ook deze vraag.

Dat de vaststellingsovereenkomst *an sich* aan echtgenoten geen toverformule biedt zoals Kraan stelt[124] is uiteraard juist maar de rol die hij aan de onderhandse overeenkomst – die in veel gevallen een vaststellingsovereenkomst zal zijn, te weten daar waar echtgenoten een einde wensen te maken aan geschillen en onzekerheden –, toekent, is naar mijn oordeel veel te beperkt. Dit is zoals ik heb aangetoond rechtssystematisch niet nodig en daarenboven onwenselijk.

Wel acht ik de begeleiding door een deskundige derde bij het opstellen van de onderhandse overeenkomst in dit verband een relevant aandachtspunt, omdat de wijze waarop een overeenkomst tot stand is gekomen een

120 Kraan, 2009, p. 7 en 8.

121 Vegter stelt in dit verband in een artikel over interne verknochtheid van schulden (in echtscheidingssituaties) dat: *(…) als het, mede gelet op de huwelijksverhouding, niet redelijk is dat de ene echtgenoot met de gemeenschapsgoederen de gemeenschapsschulden van de andere echtgenoot draagt, deze schulden in elk geval naar hun intern aspect aan de andere echtgenoot verknocht zijn.;* Vegter, 1993, p. 753.

122 Van Muijden verduidelijkt het verschil tussen een gewone bewijsovereenkomst en een vaststellingsovereenkomst als volgt: *Als partijen een bewijsovereenkomst hebben gesloten en later tot de conclusie komen dat hun werkelijke rechtsverhouding afwijkt van wat zij overeenkwamen, moet de rechter met de werkelijke toestand rekening houden. Dit vormt het verschil tussen een vaststellingsovereenkomst en een bewijsovereenkomst*; Van Muijden, 2007, p. 64.

123 Kraan, 2009, p. 8.

124 Kraan, 2009, p. 8.

aspect is waaraan een zeker gewicht dient te worden toegekend bij de beantwoording van de vraag of deze handhaafbaar is.[125]

Niettegenstaande het feit dat de fiscale aspecten van de contractvrijheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht in het bestek van dit boek geen zelfstandig onderzoeksthema zijn, merk ik hier volledigheidshalve op dat een vaststellingsovereenkomst in beginsel ook fiscaal bindend is.[126]

De gevolgtrekking is derhalve dat voor in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten tot op zekere hoogte contractvrijheid bestaat als het gaat om het sluiten van een onderhandse (vaststellings)overeenkomst over het bijzonder verknochte karakter van goederen. Gesteld zou kunnen worden dat op deze wijze door hen in bepaalde gevallen het rechtsbeginsel der solidariteit dat de huwelijksgemeenschap domineert, kan worden ingeperkt.

4.4.2.3 Tussentijdse analyse

De rechtsverhouding van de huwelijksgemeenschap die de wet bij wijze van gemeen huwelijksvermogensrecht automatisch verbindt aan de huwelijkssluiting, kan worden gekarakteriseerd als een impliciete overeenkomst tussen de echtgenoten die sterk wordt ingekleurd door het rechtsbeginsel solidariteit.

Echtgenoten kunnen desalniettemin vrijwel zonder beperkingen uitdrukking geven aan hun contractvrijheid door voorafgaand aan het huwelijk of nadien, dit gemene huwelijksvermogensrecht geheel of gedeeltelijk buiten werking te stellen bij huwelijkse voorwaarden.

---

125 Kraan acht de bescherming van partijen die wordt beoogd door de tussenkomst van de notaris essentieel waar hij opmerkt dat *uit de in het WPNR gestelde rechtsvraag blijkt dat dit* (i.e. het vormvereiste van de notariële akte) *ook heel wenselijk is*. Mij lijkt deze opvatting echter te getuigen van een vertrouwen in het notariaat dat in veel gevallen misplaatst is, gezien bijvoorbeeld de vele procedures over (de uitleg van) huwelijkse voorwaarden. Tevens heb ik aangetoond er contractueel tussen echtgenoten meer mogelijk is dan Kraan denkt, hetgeen naar mijn mening niet bij voorbaat in goede handen is bij de conservatieve beroepsgroep die het notariaat ook is; Kraan, 2009, p. 9.

126 De Hoge Raad overwoog in zijn arrest d.d. 19 september 1990, *BNB* 1990/328 m.n. JPS: *In de regel is de inspecteur gebonden aan de uitlegging die de bij de uitvoering van een uiterste wilsbeschikking betrokken partijen aan een testament geven indien dit testament uitleg behoeft. Zulks is anders indien van een schijnhandeling sprake is.*; Verstraaten stelt naar aanleiding van deze uitspraak dat na de invoering van de wettelijke regeling ter zake van de vaststellingsovereenkomst in de artikelen 900 e.v. Boek 7 Burgerlijk Wetboek een overeenkomst zoals in de desbetreffende casus beoordeeld door de Hoge Raad, als een vaststellingsovereenkomst gekwalificeerd dient te worden. Ook kent Verstraaten aan het arrest een ruimere toepassing toe. Naar zijn oordeel is de hoofdregel mitsdien dat een vaststellingsovereenkomst tussen partijen door de fiscus gevolgd moet worden; Verstraaten, 1993, p. 871. B. Schols en Schoenmaker verwijzen in een recenter artikel naar een eerdere uitspraak van de Hoge Raad (HR 24 november 1982, *V-N* 1983, p. 961) en komen tot dezelfde gevolgtrekking waar het de fiscale handhaafbaarheid van de vaststellingsovereenkomst betreft; B. Schols en Schoenmaker, 2006, p. 6.

Ook binnen het verband van de huwelijksgemeenschap kunnen echtgenoten tot op zekere hoogte met elkaar contracteren bij onderhandse (vaststellings)overeenkomst. Waar het betreft de met name onderzochte mogelijkheden voor echtgenoten om een (vaststellings)overeenkomst aan te gaan met betrekking tot goederen die onder uitsluitingsclausule zijn verkregen en ter zake van goederen die aan een van beide echtgenoten verknocht zijn, is gebleken dat bij nadere beschouwing verschillende wegen openstaan, zij het dat het dan zaak is om voorzichtig te manoeuvreren.

Indien de criteria betreffende contractvrijheid uit het in paragraaf 4.1 weergegeven toetsingskader worden aangelegd, blijkt dat echtgenoten die wensen af te wijken van het gemene huwelijksvermogensrecht zoals dat in de huwelijksgemeenschap van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is vormgegeven, vrij zijn om daaromtrent een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden met elkaar aan te gaan die deze huwelijksgemeenschap geheel ecarteert of daarin wijzigingen aanbrengt. Daarnaast kunnen echtgenoten binnen het verband van het gemene huwelijksvermogensrecht door middel van het sluiten van een onderhandse (vaststellings)overeenkomst met elkaar contracteren, zij het met zekere beperkingen (criterium 1).

Waar het betreft criterium 2 zij hier herhaald dat het uit de aard der zaak een echtgenoot binnen het gemene huwelijksvermogensrecht alleen met zijn wederhelft een overeenkomst kan sluiten.

Echtgenoten kunnen zelf de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst bepalen (criterium 3), waarbij echter dient te worden aangetekend dat indien echtgenoten met elkaar contracteren binnen het verband van de huwelijksgemeenschap, het gebruik van de onderhandse (vaststellings)overeenkomst op de onderzochte terreinen vergt dat de juiste koers tussen Scylla en Charibdis dient te worden aangehouden zoals in paragraaf 4.4.2.2 is gebleken.

Als het gaat om criterium 4 dat de vrijheid van echtgenoten centraal stelt om zelf de vorm van hun overeenkomst te bepalen, geldt dat door hen in elk geval voor huwelijkse voorwaarden dient te worden gekozen indien zij in goederenrechtelijke zin wijzigingen wensen aan te brengen in de omvang van de huwelijksgemeenschap.

Het vijfde criterium betreft de handhaving van de door de echtgenoten gesloten overeenkomsten. Waar dezen door middel van huwelijkse voorwaarden het gemene huwelijksvermogensrecht geheel of gedeeltelijk ter zijde schuiven of daarin wijzigingen aanbrengen is zonder meer sprake van een volledige handhaafbaarheid van de desbetreffende overeenkomst. Ter zake van de onderhandse (vaststellings)overeenkomst kan dit niet met dezelfde stelligheid worden beweerd. Of deze gehandhaafd kan worden, hangt af van het antwoord op de vraag of de hiervoor bedoelde koers door de echtgenoten op de juiste wijze is bepaald.

4.5 Huwelijksvermogensrecht versus het algemene vermogensrecht

Huijgen bespreekt de vraag in hoeverre het echtgenoten vrij staat om onderling alle soorten rechtshandelingen aan te gaan en welke rol het huwelijksvermogensrecht in dezen toekomt. Heeft een echtgenoot dezelfde mate van contractvrijheid als de niet-gehuwde burger of dient deze eerst de wegen van het (dwingendrechtelijke) huwelijksvermogensrecht te bewandelen en pas van het algemene vermogensrecht gebruik te maken als is gebleken dat het huwelijksvermogensrecht in een concreet geval niet voorziet in een route?[127]

Een door hem gegeven voorbeeld betreft in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten van wie de ene echtgenoot een vermogensbestanddeel verkoopt en levert aan de andere: is dit een geldige rechtshandeling of had gekozen dienen te worden voor bestuursoverdracht ten aanzien van het desbetreffende vermogensbestanddeel bij huwelijkse voorwaarden staande huwelijk?

Huijgen doelt hier op een bestuursoverdracht ex artikel 97 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. In een dergelijk geval – dat zich derhalve afspeelt binnen de context van een huwelijksgemeenschap – is sprake van een eigendomsgerechtigdheid tot het vermogensbestanddeel uit het voorbeeld van iedere echtgenoot voor het geheel, onder respectering van het gelijke recht van de andere echtgenoot.[128] Hiermee is gezegd dat zolang de huwelijksgemeenschap bestaat, door de echtgenoten niet kan worden bewerkstelligd dat de eigendom van een gemeenschapsgoed van een van hen overgaat op de ander. Dit is gezien de aard van de huwelijksgemeenschap eenvoudigweg niet mogelijk.

In de context van de huwelijksgemeenschap is wel mogelijk dat de bevoegdheden die voortvloeien uit het zijn van eigenaar van een goed, door de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot worden overgedragen. door het instrument van de overdracht van het bestuur ex artikel 97 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Hiertegenover kan de andere echtgenoot desgewenst een tegenprestatie – de 'koopprijs' – betalen door het bestuur over een bepaalde geldsom over te dragen aan de andere echtgenoot.

In deze casus kan worden gesteld dat het alternatief dat een koopovereenkomst zou vormen waar het betreft de overdracht van het onderhavige vermogensbestanddeel door de ene echtgenoot aan de andere, gevolgd door levering daarvan, aantrekkelijker zou zijn omdat voor de bedoelde bestuurs-

127 Huijgen, 1998, p. 527.

128 Breederveld betoogt echter – in afwijking van de in de literatuur overheersende opinie – dat de huwelijksgemeenschap de echtgenoten over en weer geen deelgerechtigden maakt tot alle daartoe behorende goederen maar dat zij over en weer *toekomstige* deelgerechtigden zijn in de goederen die van de zijde van de andere echtgenoot in de huwelijksgemeenschap zijn gevallen; Breederveld, 2008, p. 54-57.

overdracht het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden geldt en bovendien kan worden gesteld dat een bestuursoverdracht nogal gekunsteld is.

In het geval waarin sprake is van onder huwelijkse voorwaarden gehuwde echtgenoten die hebben gekozen voor het uitsluiten van het tussen hen bestaan van elke vorm van huwelijksgemeenschap ligt de zaak duidelijker. Ook in die situatie is een overdracht van het bestuur over een vermogensbestanddeel van een echtgenoot mogelijk op grond van het bepaalde in artikel 90 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Waar in het eerste voorbeeld een overdracht van het bestuur over een gemeenschapsgoed door de ene echtgenoot aan de andere het maximaal haalbare bleek te zijn op grond van het wezen van de huwelijksgemeenschap, hebben echtgenoten tussen wie geen huwelijksgemeenschap bestaat daarentegen wel de keuze tussen beide hiervoor geduide wegen indien zij de eigendom van een vermogensbestanddeel van de een op de ander over willen doen gaan.

Geconstateerd moet vervolgens echter worden dat door te kiezen voor de huwelijksvermogensrechtelijke weg van de overdracht van het bestuur over het desbetreffende goed, niet hetzelfde wordt bereikt als door koop en levering.

Ingeval van een bestuursoverdracht is immers geen sprake van de overgang van de eigendom van het desbetreffende vermogensbestanddeel van de ene echtgenoot op de andere. Ook zou een tegenprestatie in de vorm van het overdragen van het bestuur over een geldsom in dit geval geforceerd aandoen.

Ik zou daarom menen dat ook in dit voorbeeld niet werkelijk sprake is van een dilemma. De keuze voor het sluiten van een koopovereenkomst gevolgd door levering van het verkochte goed is voor deze echtgenoten daarom uiteindelijk het enige reëel begaanbare pad.

Huijgen merkt naar aanleiding van een ander voorbeeld, te weten dat van de man-vrouw maatschap, in mijn ogen derhalve terecht op dat het bij de beantwoording van de door hem opgeworpen vraag, in de kern gaat om het doel dat door de echtgenoten wordt nagestreefd met de gewenste rechtshandeling, waarmee nauw samenhangt het daarmee te behalen resultaat.[129]

Nu geen expliciete verbodsbepalingen meer vigeren,[130] hebben naar mijn oordeel echtgenoten in beginsel de ruimte om te kiezen voor de weg van het huwelijksvermogensrecht, dan wel voor een alternatieve weg ontleend aan het algemene vermogensrecht. In die gevallen waarin het door de echtgenoten beoogde doel langs beide wegen kan worden bereikt, zou echter betoogd kunnen worden dat echtgenoten moeten kiezen voor de weg die het huwe-

129 Huijgen, 1998, p. 545 en 546.

130 De afschaffing van de desbetreffende, voorheen bestaande verbodsbepalingen wordt kort behandeld in hoofdstuk 9.

lijksvermogensrecht aanreikt, ook als het gaat om regelend huwelijksvermogensrecht, omdat doel en strekking daarvan dit meebrengen.[131] Gesteld zou kunnen worden dat hier in zekere zin het adagium *lex specialis derogat legi generali* aan de orde is.

Anders dan Huijgen meen ik daarom dat wellicht geen directe behoefte bestaat aan een structuur die behulpzaam kan zijn bij het beantwoorden van de vraag wanneer echtgenoten van het algemene vermogensrecht gebruik mogen maken. Echtgenoten mogen naar mijn mening deze weg bewandelen indien het huwelijksvermogensrechtelijk arsenaal redelijkerwijs niet toereikend geacht mag worden te zijn voor het bereiken van het door de echtgenoten gewenste doel.

4.6 Bescherming van derden

Op enkele plaatsen wordt in de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aandacht besteed aan de positie van derden. Niettegenstaande het feit dat dit onderwerp buiten het bestek valt van het door mij gekozen terrein van onderzoek, lijkt het mij volledigheidshalve gewenst om tot besluit van dit hoofdstuk enkele woorden aan dit thema te wijden.

In Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wordt door de artikelen 85 (en het daarmee samenhangende artikel 86), artikel 89 lid 2, alsmede door artikel 92 uitdrukking gegeven aan de bescherming van derden; in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek komt deze vooral tot uitdrukking in artikel 102.[132]

Hiervoor heb ik al betoogd dat artikel 85 als in deze tijd volstrekt achterhaald dient te worden beschouwd. Het bepaalde in de overige genoemde, aan Titel 6 ontleende artikelen moet worden begrepen in de context van het bepaalde in artikel 88, respectievelijk artikel 90 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en werk ik hier niet verder uit.[133]

Wel verdient het derde lid van artikel 92 aandacht, dat bepaalt dat de niet-opeisbaarheid van een vordering tot vergoeding tussen de echtgenoten die tijdens het huwelijk is ontstaan wegens vermogensverschuiving tussen

131 Huijgen gaat er op grond van de wetsgeschiedenis terecht van uit dat het huwelijksvermogensrecht tot op zekere hoogte publiekrechtelijke trekken heeft: in de eerste plaats daar waar het gaat om de bescherming van de belangen van derden, maar ook in het belang van de echtgenoten zelf; Huijgen, 1998, p. 545. Het aspect van derdenbescherming blijft in dit onderzoek grotendeels buiten beschouwing.

132 Ik kom kort terug op dit artikel in hoofdstuk 5.

133 Reinhartz gaat uitvoerig in op de gevolgen van een door echtgenoten gesloten bestuursovereenkomst voor schuldeisers; Reinhartz, 1997, p. 79 e.v..

de echtgenoten onderling of tussen een van de echtgenoten en een bestaande huwelijksgemeenschap, geen werking heeft jegens een schuldeiser.[134]

Vaak zal een dergelijke vergoedingsvordering in een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, dan wel in een vaststellingsovereenkomst worden vastgelegd. Indien echtgenoten echter wel voor opeisbaarheid kiezen, komt aan de desbetreffende vordering dezelfde status toe als aan een opeisbare vordering die een derde op een echtgenoot heeft.[135]

Echtgenoten die met elkaar contracteren zouden daardoor bewust of onbewust schuldeisers kunnen benadelen. Interessant is in dit verband de opvatting van Van der Burght ter zake van het gevaar van uitholling van de huwelijksgemeenschap door echtelieden die elkaar schenkingen doen. Van der Burght is van mening dat het desbetreffende risico voor derden niet méér valt te duchten:

> (…) dan de mogelijkheid dat de echtgenoten gezamenlijk aan de drank of aan het wegschenken van vermogen aan charitatieve instellingen ten onder gaan.

Crediteuren kunnen zich naar zijn oordeel beroepen op het bepaalde in artikel 45 Boek 3 Burgerlijk Wetboek.[136] Dit artikel bepaalt dat indien kan worden bewezen dat een schuldenaar *bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn*, een daardoor in zijn verhaal beperkte schuldeiser de nietigheid van de rechtshandeling kan inroepen.

Dat door schuldeisers een beroep op deze *actio Pauliana* gedaan kan worden in het geval van samenspannende echtgenoten is vrij algemeen de opvatting in de literatuur.[137]

In hoofdstuk 9 betoog ik dat het wenselijk zou zijn indien van het relatievermogensrecht geen bijzondere beschermingsregelingen ten behoeve van crediteuren deel zouden uitmaken.

---

134 Luijten en Meijer geven een overzicht van de vorderingen waarop het desbetreffende artikellid betrekking heeft: vorderingen die samenhangen met de réprises en récompenses van de artikelen 95 en 96 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, vorderingen die voortvloeien uit vermogensoverhevelingen tussen de privévermogens van de echtgenoten en vorderingen die voortkomen uit het tijdens huwelijk opmaken van huwelijkse voorwaarden waarbij de huwelijksgemeenschap wordt verdeeld; Luijten-Meijer, 2005, p. 91.

135 Reinhartz stelt vast dat in de moderne literatuur wordt aangenomen dat maritale vergoedingsrechten gewone vorderingen zijn; Reinhartz, 1997, p. 268.

136 Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 194.

137 Vgl. Reinhartz, 1997, p. 325 en Van Mourik, 2009 (C), p. 145.

4.7 Afsluiting

In dit hoofdstuk is gebleken is dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig de Nederlandse wetgever niet op directe wijze lijken te hebben geïnspireerd bij het opstellen van de regels die het gemene huwelijksvermogensrecht uitmaken en die zijn neergelegd in de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

In elk geval zijn beide beginselen in dit verband niet op een gestructureerde wijze tegen elkaar afgewogen, leidend tot een huwelijksvermogensrechtelijk stelsel waarin op een dergelijke grondslag duidelijke keuzen zijn gemaakt door de wetgever.

Voorts is naar voren gekomen dat beide rechtsbeginselen evenmin tot grootse en meeslepende discussies hebben geleid in de literatuur omtrent het huwelijksvermogensrecht. Contractvrijheid van echtgenoten kan zich in de aandacht van slechts enkele schrijvers verheugen en wordt dan veelal in meer algemene termen besproken.

Indien het gemene huwelijksvermogensrecht niettemin wordt bezien door de bril van beide genoemde rechtsbeginselen, kan enerzijds worden gesteld dat dit in hoge mate wordt gekleurd door het als tweede genoemde beginsel, doch dat het echtgenoten anderzijds vrij staat om ten volle gebruik te maken van hun zelfbeschikkingsrecht door de regels van de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zijde te stellen, dan wel deze aan te vullen, te wijzigen of – in bepaalde gevallen – invulling te geven en ze daarmee grotendeels aan te laten sluiten bij het door hen gewenste huwelijksverhouding.

5 Contractvrijheid, solidariteit en huwelijkse voorwaarden

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst bezien welke contractuele mogelijkheden echtgenoten[1] hebben die het gemene huwelijksvermogensrecht niet wensen.[2]

Aan de hand van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek worden mogelijke wettelijke belemmeringen in kaart gebracht voor (aanstaande) echtgenoten die door het opmaken van huwelijkse voorwaarden de huwelijksgemeenschap van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek willen vervangen door een 'stelsel' dat met toepassing van hun partijautonomie geheel door henzelf wordt vormgegeven, al dan niet mede geïnspireerd door het hoofdstelsel.

Een tweede zwaartepunt in dit hoofdstuk betreft de beantwoording van de vraag of aanstaande echtgenoten hun echtscheiding desgewenst geheel kunnen regelen in huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan het huwelijk, bij wijze van *divorce estate planning*. Ik stel hierbij de handhaafbare overeenkomst over het al dan niet verschuldigd zijn van partneralimentatie na een echtscheiding centraal.

Tevens ga ik uitvoerig in op de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant, in welk kader tevens wordt bezien of de wet echtgenoten die de materieelrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding zelf vorm willen geven in een echtscheidingsconvenant daarin geheel vrij laat.

Aan de hand van het in hoofdstuk 3 door mij ontwikkelde toetsmodel volgt een korte tussentijdse analyse ter zake van de wijze waarop de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit zich manifesteren op het terrein van huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant.

Na enkele opmerkingen te hebben gemaakt over de positie van schuldeisers, sluit ik af met het belichten van de rol van de notaris, wiens tussenkomst ingeval van huwelijkse voorwaarden thans dwingend wordt voorgeschreven en ingeval van het echtscheidingsconvenant niet.

---

1 Waar ik in dit hoofdstuk spreek over echtgenoten zijn daaronder vrijwel steeds ook aanstaande echtgenoten begrepen.

2 Uiteraard is het zo dat het gemene huwelijksvermogensrecht voor zover dit voortvloeit uit Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, ook voor deze echtgenoten geldt. Hetgeen in hoofdstuk 4 is gesteld waar het betreft het uitsluiten van of invulling geven aan de door Titel 6 aan het huwelijk verbonden rechten en verplichtingen, dient daarom hier te worden ingelezen.

5.2 Huwelijkse voorwaarden

5.2.1 Inleiding

Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat regels met betrekking tot *huwelijkse voorwaarden*, de daarin niet nader gedefinieerde overeenkomst die echtgenoten zowel voorafgaand aan als tijdens hun huwelijk kunnen sluiten, teneinde te bereiken dat de rechten en verplichtingen van Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en met name de vermogensrechtelijke gevolgen die Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aan het huwelijk verbindt, geheel of gedeeltelijk niet in werking treden.

De eerste Afdeling van Titel 8 doet bepaald rommelig aan. Naast het feit dat een openingsartikel met daarin een definitie van de overeenkomst van huwelijke voorwaarden ontbreekt, kan worden opgemerkt dat deze afdeling ook overigens wetssystematisch geen schoonheidsprijs verdient.

Zo zou het naar mijn mening logischer zijn indien in Afdeling 1 betreffende huwelijkse voorwaarden in het algemeen, de artikelen 116 en 120, lid 2 – die de bescherming van derden regelen –, alsmede artikel 118 – dat het geval van de onder curatele gestelde echtgenoot bestrijkt – Boek 1 Burgerlijk Wetboek waren geplaatst, volgend op de bepalingen ter zake van achtereenvolgens de vorm van huwelijkse voorwaarden en de wijze van totstandkoming daarvan voorafgaand aan, respectievelijk tijdens het huwelijk. Vervolgens zou één artikel het thema van de werkingsduur van huwelijkse voorwaarden kunnen behandelen dat nu in de artikelen 117 lid 2 en 120 is opgenomen.

In een tweede afdeling zou kunnen worden uiteengezet wat in huwelijkse voorwaarden kan worden geregeld – de huidige artikelen 121 en 122 – en in een Afdeling 3 zouden dan voorbeelden van huwelijkse voorwaarden kunnen worden uitgewerkt waarvoor echtgenoten kunnen kiezen, vooropgesteld dat men dergelijke voorbeelden wenselijk vindt.

Wat dit laatste punt aangaat, treft men thans in de artikelen 123 tot en met 127 als wettelijk voorbeeld de gemeenschap van vruchten en inkomsten aan, alsmede als variant daarop, in artikel 128 de gemeenschap van winst en verlies. Beide zijn vrijwel geheel in onbruik geraakt en zullen worden geschrapt per 1 januari 2012, de datum waarop wetsvoorstel 28 867[3] in werking treedt.

Ook het in 2002 in Afdeling 2 van Titel 8 gecodificeerde verrekenbeding kan in beginsel worden beschouwd als een voorbeeld in de hiervoor bedoelde zin. Dat deze afdeling wetstechnisch slecht in elkaar steekt en op onderdelen zelfs onbegrijpelijk is, is al betoogd door Zonnenberg,[4] bij wiens kritiek in dezen ik mij kortheidshalve aansluit.

3 *EK* 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205.
4 Zonnenberg, 2009, p. 143 e.v..

5.2.2 De artikelen 121, 115 en 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

Uit artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vloeit voort dat het echtgenoten vrij staat om bij huwelijkse voorwaarden die zij voorafgaand aan hun huwelijk sluiten, overeen te komen zoals zij dat wensen, mits geen strijd ontstaat met dwingende wetsbepalingen, goede zeden of openbare orde.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat artikel 122 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voorschrijft dat de bepalingen van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek van toepassing blijven, voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of door de aard van de bedingen die in de huwelijkse voorwaarden zijn opgenomen, is afgeweken. De regels die zien op de huwelijksgemeenschap dienen daardoor beschouwd te worden als aanvullend recht indien echtgenoten kiezen voor het opstellen van huwelijkse voorwaarden.

Nuytinck[5] meent dat de wetgever in het eerste lid van dit artikel een punt had kunnen zetten achter het woordje *gemeenschap* omdat de artikelen 59 J° 40 Boek 3 Burgerlijk Wetboek reeds voorzien in het overigens bepaalde.

Hoe dit ook zij, in elk geval is voor de hand liggend, zoals Luijten stelt,[6] dat huwelijkse voorwaarden niet met dwingende wetsbepalingen mogen conflicteren. Dat deze evenmin in strijd mogen zijn met de goede zeden of de openbare orde beantwoordt voorts aan een algemeen rechtsbeginsel.

In hoofdstuk 7 betoog ik dat aan het voorschrift dat huwelijkse voorwaarden niet strijdig mogen zijn met goede zeden en openbare orde een eigenstandige betekenis zou kunnen toekomen en het daarom zinvol is dat het desbetreffende uitgangspunt door de wetgever is geformuleerd en niet is volstaan met het teruggrijpen op het algemene voorschrift dat door Nuytinck wordt bedoeld.

Het tweede lid van artikel 121 bevat een vermogensrechtelijk voorschrift. Het staat echtgenoten op grond hiervan niet vrij om te bepalen dat een van hen tot een groter aandeel in de schulden zal zijn gehouden dan overeenstemt met zijn aandeel in de goederen van de gemeenschap.[7]

De ratio van deze inbreuk op de contracteervrijheid van echtgenoten is volgens Luijten gelegen in het grote risico dat anders zou bestaan op een 'voortdurende en oncontroleerbare verrijking' door de ene echtgenoot ten

---

5 Nuytinck, 2003, p. 38-39.

6 Luijten-Meijer, 2005, p. 217.

7 Het laatste lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat echtgenoten niet kunnen overeenkomen om af te wijken van de rechten die voortvloeien uit het ouderlijk gezag en van de rechten die de wet toekent aan de langstlevende echtgenoot. Van der Burght stelt dat het voorschrift overbodig is aangezien de regels omtrent het ouderlijk gezag niet ter discretie van de ouders staan en artikel 4 Boek 4 Burgerlijk Wetboek voorts reeds de mogelijkheden om de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot te beïnvloeden, beperkt; Van der Burght, 2002, p. 294. Het is de vraag of in zo algemene termen kan worden gesteld dat ouders niet met elkaar kunnen overeenkomen waar het betreft (de invulling van) hun ouderlijk gezag. Dit aspect wordt door mij nader besproken in hoofdstuk 8.

koste van de andere echtgenoot.[8] Het betreft hier een dwingende wetsbepaling die de zwakkere echtgenoot zou beschermen tegen het onberaden instemmen met het lijden van een voorzienbaar evident nadeel. In de parlementaire geschiedenis wordt in de toelichting op lid 2 echter tevens gesteld dat het voorschrift is ingegeven om te voorkomen dat een gemeenschap wordt gevormd waarop geen schulden verhaalbaar zijn.[9]

Waar het doel van het sluiten van huwelijkse voorwaarden veelal is het uitsluiten van elke vorm van huwelijksgemeenschap, spreekt het voorschrift niet erg tot de verbeelding, te meer daar zich zeer wel andere regelingen bij huwelijkse voorwaarden laten denken die een even voorzienbaar evident nadeel bij de 'zwakkere echtgenoot' meebrengen en waartegen wettelijke bepalingen geen bescherming bieden.

Betreffende de vorm schrijft artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zake van huwelijkse voorwaarden dwingend een notariële akte voor. Vastgesteld moet worden dat dit vormvereiste de contractvrijheid van echtgenoten in ruime zin beperkt, echter niet die in enge zin. Immers, het gestelde vormvereiste *an sich* verhindert partijen niet om af te spreken wat zij willen.

De vorm brengt naar mijn oordeel in de eerste plaats mee dat het sluiten van de overeenkomst door de echtgenoten niet overijld plaatsvindt en heeft derhalve een vertragend effect op de totstandkoming daarvan.[10]

Daarnaast wordt door de Hoge Raad aangenomen dat van de notariële tussenkomst ten opzichte van partijen in het algemeen een beschermende werking uitgaat, hetgeen in het bijzonder aan de orde is ingeval een echtgenoot misbruik zou kunnen maken van diens feitelijk overwicht en/of van juridische onkunde aan de zijde van de andere echtgenoot.[11]

De visie dat het voorschrift van de notariële akte mede strekt 'tot bescherming van partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaar-

8 Luijten-Meijer, 2005, p. 218. De auteurs brengen hier als hun opvatting naar voren dat tegen het bestaan van de onderhavige bepaling niet kan worden aangevoerd dat andere vormen van huwelijkse voorwaarden waarbij een verdeelsleutel wordt aanvaard die afwijkt van de wettelijke norm ook kunnen leiden tot een bevoordeling van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere. Deze visie wordt onderbouwd door de stelling dat *men – in deze gedachte – bezwaar (zou) moeten hebben tegen bijna elke regeling van huwelijksvoorwaarden, die de wettelijke gemeenschap uitsluit of beperkt*. Deze onderbouwing overtuigt niet omdat zij niet verklaart waarom het gerechtvaardigd is dat de wetgever deze constructie wel verbiedt en andere, die gelijkelijk voorzienbaar nadelig uit kunnen pakken voor een van de echtgenoten, niet.

9 Parlementaire Geschiedenis Boek 1, p. 356.

10 Ik laat hierbij buiten beschouwing dat vóórhuwelijkse huwelijkse voorwaarden op grond van het bepaalde in artikel 117, tweede lid Boek 1 BW niet kunnen worden gesloten onder tijdsbepaling en voorts dat – naar algemeen wordt aangenomen op basis van HR 21 januari 1944, *NJ* 1944/45, 120 (*Van de Water-Van Hemme*) – huwelijkse voorwaarden in het algemeen niet onder een opschortende of ontbindende voorwaarde mogen worden aangegaan; op dit laatste aspect kom ik terug in paragraaf 5.2.4.

11 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (*Groningse Huwelijksvoorwaarden)*.

den' werd later door dit rechtscollege bevestigd.[12] Dat hierop het nodige valt af te dingen betoog ik hierna in paragraaf 5.7, alsmede in hoofdstuk 7.[13]

Artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stelt voor huwelijkse voorwaarden die door de echtgenoten tijdens het huwelijk worden gesloten als extra totstandkomingvereiste thans nog de goedkeuring door de rechtbank.

Uit het tweede lid van dit artikel blijkt dat de rechtbank deze goedkeuring slechts geheel of gedeeltelijk aan de huwelijkse voorwaarden kan onthouden indien gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat of indien één of meer voorwaarden strijden met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. Voorheen voorzag de tekst van het artikel erin dat de rechtbank zijn goedkeuring aan de huwelijkse voorwaarden diende te onthouden indien een 'redelijke grond' voor wijziging ontbrak en werd geen melding gemaakt van dwingende wetsbepalingen, goede zeden of openbare orde als toetsingsgronden.[14]

Een onbezonnen besluit van de echtgenoten of van een van hen, dat niettemin door de notaris is vertaald in de huwelijkse voorwaarden, kan door de rechter dan ook slechts via de band van de in het slot van het tweede lid van het artikel genoemde drie categorieën worden geblokkeerd. Hierin zou dan mogelijk de meerwaarde gevonden kunnen worden van deze herhaling van hetgeen ook al wordt uitgedrukt door het tweede lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Van Mourik en Verstappen menen echter dat deze bepaling vooral de functie heeft om buiten twijfel te stellen dat de rechter ingeval door hem strijd met dwingende wetsbepalingen, goede zeden of openbare orde aanwezig wordt geacht, mag weigeren om zijn goedkeuring aan de huwelijkse voorwaarden te verlenen.[15]

Ik acht dit een weinig overtuigend argument omdat artikel 40 Boek 3 Burgerlijk Wetboek reeds geen ruimte laat voor twijfel op dit punt. Genoemde auteurs zijn echter tevens van mening dat de bedoelde criteria de rechter nog een zekere marginale beoordelingsvrijheid laten.[16]

In navolging van H.J. Snijders[17] denk ik dat, beschouwd in het licht van partijautonomie, het vereiste van rechterlijke goedkeuring van een overeenkomst in beginsel niet slechts mag worden beschouwd als *sec* een vormvereiste maar als meer dan dat, evenals de tussenkomst van de notaris dat is.

---

12 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (*Zweedse vrouw*).

13 De voorgeschreven notariële vorm is voorts van belang voor de rechtsbescherming van derden. Dit aspect bespreek ik kort in paragraaf 5.6.

14 De wetswijziging dateert van 22 juni 2001 (*Stb.* 2001, 275).

15 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 347.

16 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 352.

17 H.J. Snijders, 1999, p. 161.

Het vormvoorschrift van de notariële akte dat aan huwelijkse voorwaarden wordt gesteld, heeft automatisch de actieve inmenging in de totstandkoming van de overeenkomst van de notaris tot gevolg, die dient ter bescherming van schuldeisers maar, zoals wij zagen, ook is gericht op de bescherming van de echtgenoten zelf.

Hierbij aansluitend kan worden gesteld dat de door artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verlangde goedkeuring van de rechter leidt tot diens actieve betrokkenheid, waardoor het niveau van slechts een vormvoorschrift wordt overschreden.

Weliswaar richt deze betrokkenheid zich sedert de wetswijziging van 2001 vrijwel uitsluitend op de bescherming van schuldeisers, doch hiervan gaat naar mijn oordeel tevens een beperkende of zelfs remmende invloed uit op de vrijheid van echtgenoten naar eigen inzicht met elkaar te contracteren bij huwelijkse voorwaarden.

Ook na het schrappen bij de hiervoor vermelde wetswijziging van formaliteiten als de verplichte inschakeling van een advocaat, het oproepen van schuldeisers en de verplichte wachttijd van een jaar na de huwelijkssluiting, moet immers worden onderkend dat het vereiste van de rechterlijke goedkeuring waar het de contractvrijheid van echtgenoten betreft, nog een forse drempel intact heeft gelaten. Deze manifesteert zich in het aanleveren door de echtgenoten van een groot aantal documenten, hogere kosten en tijdsbeslag.[18]

De desbetreffende hindernis wordt niet gerechtvaardigd op grond van overwegingen van solidariteit, nu na de wetswijziging in 2001 voor de rechter op dit terrein vrijwel geen bewegingsruimte meer resteert zoals hiervoor bleek.

Van Mourik en Verstappen wijzen erop dat de omslachtige procedure en de kosten in de periode voorafgaand aan de desbetreffende wetswijziging, ertoe leidden dat huwelijkse voorwaarden die – in mijn woorden – niet van solidariteit getuigden, bleven voortbestaan. Hierbij doelen de auteurs met name op huwelijkse voorwaarden die een zogenaamde 'koude uitsluiting' impliceren.[19]

De gevolgtrekking moet derhalve zijn dat het goedkeuringsvoorschrift van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek als negatief dient te worden beoordeeld vanuit het perspectief van zowel contractvrijheid als dat van solidariteit.

Het eerder genoemde wetsvoorstel 28 867[20] dat per 1 januari 2012 in werking treedt voorziet erin dat het onderhavige voorschrift wordt geëcarteerd.

---

18 Ik beperk mij tot objectieve factoren maar het is goed voorstelbaar dat onbegrip en weerzin bij echtgenoten in dezen evenmin gunstig uitpakken.

19 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 346.

20 *EK* 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205.

De belangrijkste grond die hiertoe wordt aangevoerd is dat in dit wetsvoorstel een adequate regeling zou zijn getroffen ten behoeve van schuldeisers, waardoor de rechterlijke tussenkomst zijn belangrijkste functie verliest. Evenmin is thans nog een zinvolle taak weggelegd voor de rechter door preventief te toetsen of huwelijkse voorwaarden al dan niet strijdig zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. Op het laatstgenoemde terrein ligt de verantwoordelijkheid bij de notaris.[21]

Geconstateerd kan derhalve worden dat Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aan echtgenoten voorafgaand aan en tijdens hun huwelijk in het algemeen een vergaande vrijheid biedt om in vermogensrechtelijk opzicht met elkaar de afspraken te maken die zij verkiezen. Zij worden in materiële zin slechts beperkt door enkele voorschriften uit Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek[22], door het bepaalde in het tweede lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede – waar het betreft erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen –, door de wil van de erflater, respectievelijk de schenker.

5.2.3 Het begrip huwelijkse voorwaarden

Echtgenoten die voorafgaand aan of tijdens hun huwelijk hun goederenrechtelijke contractvrijheid ten volle wensen te gebruiken, stuiten op de daaraan in formele zin gestelde beperking die inhoudt dat de door hen te sluiten overeenkomst slechts geldig is indien zij in de vorm van huwelijkse voorwaarden wordt aangegaan.

Hiervoor is er door mij al op gewezen dat de wet geen definitie van huwelijkse voorwaarden bevat. Het enige dat daaromtrent uit Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek kan worden opgemaakt is dat huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte dienen te worden aangegaan (artikel 115) en dat echtgenoten alleen bij deze bijzondere overeenkomst kunnen afwijken van de regels van de huwelijksgemeenschap (artikel 121 lid 1).

De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden behoort naar mijn oordeel als volgt te worden gedefinieerd:

> de bijzondere overeenkomst bij notariële authentieke akte waarin (aanstaande) echtgenoten met inachtneming van enkele door de wet daaraan gestelde beperkingen, bepalingen dienen vast te leggen die afwijkingen *in abstracto* van de regels van de huwelijksgemeenschap bevatten, alsmede afwijkingen en uitwerkingen van de rechten en verplichtingen van echtgenoten ex Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en waarin zij tevens andere afspraken kunnen vastleggen.[23]

---

21 *TK* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 18-21.

22 Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 4.3.2.

23 Ik doe in hoofdstuk 9 een voorstel voor een definitie van 'huwelijkse voorwaarden' naar *wenselijk* recht.

De bedoelde beperkingen zijn die van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Betreffende de in mijn definitie genoemde andere afspraken kan onder meer worden gedacht aan contractuele afspraken omtrent het verrekenen van inkomen en vermogen, het concreet invulling geven door de echtgenoten aan hun gezamenlijk ouderlijk gezag[24] en aan afspraken met een feitelijk karakter die door de echtgenoten aan het door hen gekozen huwelijkstype worden verbonden.

Omdat het door de wetgever gestelde vormvoorschrift van de notariële akte naar mijn overtuiging slechts ziet op door echtgenoten gewenste bepalingen die *in abstracto*[25] afwijken van de goederenrechtelijke regels die door Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek worden gegeven ter zake van de huwelijksgemeenschap, kunnen de desbetreffende andere afspraken bij huwelijkse voorwaarden worden vastgelegd maar is dat niet noodzakelijk.

Voor echtgenoten die er – zoals door mij voorgestaan – voor kiezen om alle aspecten van het door hen gewenste huwelijksverhouding uitvoerig uit te werken, ligt het echter voor de hand om zowel de 'verplichte afspraken' als de andere afspraken in één overeenkomst vast te leggen en in alle gevallen waarin zij (tevens) wijzigingen *in abstracto* wensen door te voeren in de regels van de huwelijksgemeenschap, zal deze overeenkomst de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden dienen te zijn.[26]

De Boer maakt melding van het feit dat de term 'huwelijkse voorwaarden' van oudsher werd gebruikt in de zin van een huwelijkscontract, waarbij ook andere dan vermogensrechtelijke aangelegenheden konden worden geregeld.[27]

Waar hij vervolgens lijkt te stellen dat huwelijkse voorwaarden thans de betekenis hebben van 'contractuele bedingen omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk' is dat naar mijn oordeel juist waar het de bestaansreden van deze bijzondere overeenkomst betreft maar verschil ik met hem van mening indien hij hiermee een beperking ten opzichte van de door hem bedoelde vroegere situatie beoogt aan te brengen. Voor een dergelijke beperking bestaan geen goede gronden. Wel moet De Boer natuurlijk worden toegegeven dat in de notariële huwelijkse voorwaardenpraktijk van alledag in veruit de meeste gevallen de nadruk zal liggen op het treffen van vermogensrechtelijke regelingen, ook omdat de akte van huwelijkse voorwaarden door notarissen door deze bril wordt bezien.

---

24 Ik werk dit thema nader uit in hoofdstuk 8.

25 Kraan ziet slechts een geringe meerwaarde in het maken van onderscheid tussen regelingen *in abstracto* en regelingen *in concreto* waar het huwelijkse voorwaarden betreft; Kraan, 1995, p. 99. Vgl. ook Kraan, 2009, p. 7.

26 In hoofdstuk 9 verdedig ik de zienswijze dat het de voorkeur verdient dat vermogensrechtelijke regelingen in huwelijkse voorwaarden ingebed worden in andersoortige afspraken.

27 Asser-De Boer, 2010, p. 333.

Mijn definitie van huwelijkse voorwaarden brengt mee dat ik van oordeel ben dat regelingen betreffende de verrekening van inkomen en vermogen, strikt genomen niet bij huwelijkse voorwaarden behoeven te worden getroffen omdat het karakter daarvan niet goederenrechtelijk is.

Desalniettemin zal vastlegging daarvan in huwelijkse voorwaarden om verschillende redenen vaak wel de voorkeur verdienen.

In de eerste plaats kan in dit verband de gewoonte worden genoemd die wil dat indien echtgenoten ervoor kiezen om de regels van de huwelijksgemeenschap geheel of gedeeltelijk ter zijde te stellen, een door hen gewenste vervangende contractuele regeling vanzelfsprekend in dezelfde akte van huwelijkse voorwaarden wordt opgenomen. De notariële zorgplicht heeft deze handelwijze ook tot gevolg. Voorts laat zich moeilijk denken dat eerst bij huwelijkse voorwaarden – slechts – de huwelijksgemeenschap geheel of gedeeltelijk wordt geëcarteerd en de echtgenoten daarna overgaan tot het opmaken van een onderhandse overeenkomst ter zake van een verrekening van inkomen.

Ten tweede kan de inhoud van huwelijkse voorwaarden aan derden worden tegengeworpen op grond van het bepaalde in artikel 116 en artikel 120 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, vooropgesteld dat deze zijn gepubliceerd in het huwelijksgoederenregister. Ik ga er hierbij vanuit dat ook de 'andere bepalingen' uit de huwelijkse voorwaarden aan derden kunnen worden tegengeworpen indien dat zinvol is voor de echtgenoten, al is dit in wezen strijdig met de door mij uit Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek afgeleide, restrictieve definitie van huwelijkse voorwaarden.

Ten derde kan worden gesteld dat echtgenoten in beginsel bescherming genieten door de voorgeschreven tussenkomst van de notaris. Er vooreerst van uitgaande dat deze bescherming daadwerkelijk aan de orde is, wijs ik erop dat echtgenoten uiteraard vrijwillig mogen kiezen voor de vorm van de notariële authentieke akte teneinde daarin de 'andere bepalingen' vast te leggen, zonder dat daarmee echter sprake is van de verplichte bijzondere overeenkomst van huwelijkse voorwaarden zoals door mij gedefinieerd.

Het bepaalde in artikel 132 Boek 1 Burgerlijk Wetboek sluit naar mijn oordeel aan bij de hiervoor genoemde gewoonte om afspraken over het verrekenen van inkomen in huwelijkse voorwaarden vast te leggen en betreft in mijn ogen geen doelbewuste keuze van de wetgever[28] voor de vorm van

28 Verstappen en Wortmann, 2003, p. 231-233. Het bevreemdt dat Zonnenberg dit punt niet bespreekt in zijn dissertatie; Zonnenberg, 2009.

huwelijkse voorwaarden waar het gaat om het rechtsgeldig vastleggen van verrekenafspraken tussen echtgenoten.[29]

Niettemin aanvaard ik vooreerst dat naar huidig recht onder de in mijn definitie bedoelde afwijkingen ook de verrekenbedingen zullen moeten worden begrepen, zij het dat ik dit uitsluitend op de hiervoor genoemde praktische gronden doe.

Het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden geldt – zoals hiervoor gesteld – naar mijn opvatting slechts voor de door de echtgenoten *in abstracto* gemaakte afspraken die afwijken van de wettelijke regels voor de huwelijksgemeenschap. Dat dit het geval is kan *stricto sensu* wellicht niet rechtstreeks uit Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek worden afgeleid maar moet naar mijn mening worden aangenomen omdat ook het stelsel waarvan wordt afgeweken, de huwelijksgemeenschap, een regeling *in abstracto* betreft. Dat deze visie daarnaast ook met andere argumenten kan worden geschraagd, wordt door Hidma uiteengezet.[30]

De door mij verwoorde definitie ziet tevens op het contracteren door echtgenoten omtrent het bepaalde in Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. In hoofdstuk 4 heb ik verdedigd dat echtgenoten die hun huwelijk naar eigen inzicht willen inrichten, contractueel invulling kunnen geven aan de door artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gestelde norm en voorts dat zij wellicht kunnen overeenkomen met betrekking tot het voorschrift van artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en dat zij van het in artikel 90, lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalde kunnen afwijken, zij het dat daartoe in alle gevallen de weg van huwelijkse voorwaarden bewandeld dient te worden.

Dat in deze gevallen mijns inziens voor de vorm van huwelijkse voorwaarden zou moeten worden gekozen vloeit voort uit het feit dat het hier

29 Het artikel kan ook gelezen worden in die zin dat indien huwelijkse voorwaarden een verplichting tot verrekening van inkomsten of vermogen inhouden – hetgeen zoals de wetgever wist frequent voorkomt: het feit dat door de echtgenoten veelal geen uitvoering werd gegeven aan de desbetreffende verrekenbedingen vormde immers voor de wetgever de aanleiding om de huidige paragrafen 1, 2 en 3 van Afdeling 2, Titel 8 Burgerlijk Wetboek in te voeren –, de desbetreffende regels van toepassing zijn, tenzij deze bij (dezelfde) huwelijkse voorwaarden geheel of gedeeltelijk zijn uitgesloten of gemodificeerd. In huwelijkse voorwaarden met een verrekenbeding die dateren van vóór de invoering van de onderhavige Wet regels verrekenbedingen zal dit niet aan de orde zijn en vinden de wettelijke regels mitsdien toepassing op dat verrekenbeding. Dit is ook het oogmerk geweest van de wetgever die hoopte daarmee de stroom gerechtelijke procedures over niet-nagekomen verrekenbedingen in te kunnen dammen. In huwelijkse voorwaarden met een verrekenbeding die dateren van na de invoering van de onderhavige wet, hebben de echtgenoten zich uitgesproken over de wettelijke regeling en is deze mitsdien al dan niet van toepassing. Het voorgaande zou onverlet laten dat door echtgenoten ook rechtsgeldige verrekenbedingen ter zake van inkomen of vermogen kunnen worden overeengekomen in een schriftelijke overeenkomst, derhalve buiten het verband van huwelijkse voorwaarden.

30 Hidma, 1986, p. 42-50 en Hidma, 1994, p. 16-19.

gaat om rechtsgevolgen die – evenals de huwelijksgemeenschap – automatisch aan het sluiten van een huwelijk worden verbonden.[31]

Voor de goede orde plaats ik wel de kanttekening dat de in hoofdstuk 4 besproken, tamelijk recente aanpassing van het derde lid van artikel 84 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, waarbij het vormvoorschrift van de schriftelijke overeenkomst het voorheen geldende vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden heeft vervangen, een argument oplevert dat mijn opvatting in dezen relativeert. Ook het bepaalde in de artikelen 87 lid 4 (nieuw) en 96b (nieuw) Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat meebrengt dat echtgenoten 'bij overeenkomst' kunnen afwijken van de in deze artikelen vastgelegde regelingen omtrent vergoedingsrechten wijst in deze richting.[32]

Het voorgaande leidt er dan ook toe dat ik met Meijer van mening verschil over de beantwoording van de door haar gestelde vraag naar de geldigheid van de tussen echtgenoten mondeling of bij onderhandse overeenkomst gemaakte afspraak om de waardestijging van de woning die aan de man toebehoort en door hem is gefinancierd, te verrekenen.[33]

Meijer acht de desbetreffende afspraak niet rechtsgeldig omdat deze niet bij huwelijkse voorwaarden is aangegaan, terwijl door de echtgenoten van de tussen hen bestaande regeling wordt afgeweken en dit niet op de door hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden kan worden gebaseerd.

Ervan uitgaande dat Meijer huwelijkse voorwaarden voor ogen staan waarin een zogenaamde 'koude uitsluiting' is overeengekomen, is hier naar mijn oordeel echter geen sprake van een afwijking als door mij in mijn definitie bedoeld.

In de eerste plaats voer ik daartoe aan dat überhaupt niet wordt afgeweken omdat de afspraak die de echtgenoten maken geen goederenrechtelijk karakter kent en zij evenmin een verrekenbeding in hun huwelijkse voorwaarden hebben opgenomen.

In de tweede plaats betreft het hier een afspraak *in concreto* en is het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden op die grond reeds niet aan de orde.

Een uitvoerige bespreking van de verschillende posities die in de literatuur worden ingenomen waar het de definiëring van huwelijkse voorwaar-

---

31 Voor het door de echtgenoten afwijken van het bepaalde in artikel 90 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek kan voorts het in dezelfde lijn liggende argument worden aangevoerd dat het nauw met artikel 90 samenhangende artikel 97 Boek 1 Burgerlijk Wetboek eveneens de vorm van huwelijkse voorwaarden voorschrijft waar het afwijkende overeenkomsten betreft.

32 Uit de behandeling van wetsvoorstel 28 867 in de Tweede Kamer blijkt dat de minister hier merkwaardig genoeg niet kiest voor een *schriftelijke* overeenkomst. Ik besteed kort aandacht aan deze m.i. ongewenste ontwikkeling in paragraaf 9.2.1.

33 Meijer, 2008, p. 16.

den betreft[34] laat ik hier achterwege, omdat deze weinig toe zou voegen en de desbetreffende discussie weliswaar zijdelings verband houdt met mijn onderzoek maar niettemin buiten het bestek daarvan valt.

Voorts is de observatie van De Boer die erop neerkomt dat de gegeven (materiële) definities vaak gemodelleerd zijn naar het beeld van het door de desbetreffende auteur *gewenste* recht, in veel gevallen een rake.[35] Ik beperk mij daarom tot het plaatsen van enkele korte kanttekeningen.

De bedoelde definities vallen uiteen in twee groepen, te weten de formele en de materiële definities.

De aanhangers van de formele leer verdedigen de visie dat elke overeenkomst die tussen echtgenoten wordt aangegaan ter zake van hun huwelijk, waaraan de wet bepaalde eisen stelt voor de rechtsgeldigheid en de werking daarvan jegens derden, een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is.

Degenen die een materiële definitie hanteren – veruit de meeste schrijvers – hebben met elkaar gemeen dat de desbetreffende overeenkomst moet zien op de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk. Een voorbeeld hiervan vormt de begripsbepaling van Luijten en Meijer:

> De overeenkomst, gesloten tussen echtgenoten, waarbij zij de vermogensrechtelijke gevolgen die uit hun (voorgenomen) huwelijk voor hen beiden of één hunner (zullen) voortvloeien, regelen.

Waaraan zij toevoegen:

> Een overeenkomst is slechts dan als huwelijkse voorwaarden te beschouwen, als zij tot een (aanstaand) huwelijk in noodzakelijk verband staat en een aanstaand of nog voortgaand huwelijk veronderstelt. Buiten het begrip staan derhalve die overeenkomsten die wel tussen echtgenoten zijn gesloten, doch die ook tussen vreemden tot stand kunnen komen, daar zij de hoedanigheid van echtgenoten voor partijen niet noodzakelijk vereisen.[36]

---

34 Zonnenberg geeft een kort en tamelijk compleet overzicht van de desbetreffende definities, waarnaar ik kortheidshalve verwijs; Zonnenberg, 2009, p. 7-9. Ik voeg hieraan nog de recente definitie van Van Mourik toe die luidt als volgt: *Aan de orde is de* structurele *regeling van vermogensrechtelijke betrekkingen tussen echtgenoten, zoals het afwijken van de wettelijke regeling en het ongedaan maken van een eerder overeengekomen afwijking*.; Van Mourik, 2009 (B), p. 130. Hiermee komt Van Mourik naar mijn oordeel dicht bij mijn opvatting dat huwelijkse voorwaarden zien op vermogensrechtelijke regelingen *in abstracto*.

35 Asser-De Boer, 2010, p. 337 en 338. Ik zie onder ogen dat dit aspect ook waar het mijn definitie betreft door zal klinken.

36 Luijten en Meijer, 2005, p. 212. Er kan overigens een vraagteken worden geplaatst bij de opvatting van Luijten en Meijer dat *een regeling der vermogensrechtelijke gevolgen van het (voorgenomen) huwelijk door zich te refereren aan de wet of de reeds contractueel geldende regels toch in re vera in gelijke mate juridisch zinledig en irrelevant is als een uiterste wil, waarin wordt bepaald dat de nalatenschap ab intestato zal vererven*, omdat echtgenoten naar mijn oordeel daarmee duidelijk maken dat door hen *bewust* is gekozen voor de toepasselijkheid van de huwelijksgemeenschap, hetgeen ook juridisch betekenis kan hebben, bijvoorbeeld bij de uitleg van de desbetreffende huwelijkse voorwaarden. Ik meen dan ook dat aan dergelijke huwelijkse voorwaarden een zelfstandige rechtsbetekenis toekomt.

De Boer plaatst bij de diverse aangedragen materiële definities de terechte kanttekening dat deze een beperkt nut hebben. En omdat men deze definities tevens *kan uitbreiden of beperken al naar gelang men een ruimer dan wel enger begrip huwelijksvoorwaarden wenst te hanteren*, komen deze hem minder geschikt voor om als samenvatting te dienen van hetgeen de huidige wettelijke regeling als huwelijkse voorwaarden aanmerkt.[37]

Drion neemt een geheel eigen standpunt in waar hij stelt dat de functie van het begrip huwelijkse voorwaarden is:

> (...) verbanden te leggen tussen verschillende groepen van wetsvoorschriften en niet om een bepaald complex van feiten (…) als voorwaarde te stellen voor de toepasselijkheid van de bepalingen waarin het begrip wordt gebezigd.[38]

Mijn karakterisering van huwelijkse voorwaarden in dit discours is een materiële, omdat ik erken dat de wettelijke regeling een vermogensrechtelijke aanleiding kent, doch ik interpreteer deze restrictief en in abstracte zin. Aannemend dat hem ook een enge begripsbepaling voor ogen heeft gestaan, komt mijn definitie waar het de kern daarvan betreft dicht bij die van de Hoge Raad uit 2004 die kennelijk luidt:

> Een overeenkomst tussen echtgenoten (…) waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden.[39]

Daarnaast kunnen huwelijkse voorwaarden meer omvatten dan vermogensrechtelijke regelingen, zij het dat daarvoor niet het vormvoorschrift van de notariële akte geldt en dergelijke afspraken door de echtgenoten derhalve ook in onderhandse vorm zouden kunnen worden vastgelegd. Ik zou dit gedeelte van mijn definitie daarom strikt genomen weg kunnen laten maar doe dat niet omdat mijn visie op de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden een bredere is.

Ik zie huwelijkse voorwaarden als een *inclusieve* overeenkomst waarin de echtgenoten alle voor hen relevante afspraken vastleggen, derhalve die bedingen waarin wordt afgeweken van het bepaalde in Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, de bedingen – *in abstracto* maar ook *in concreto* – waarin wordt afgeweken van de wettelijke regelingen omtrent de huwelijksgemeenschap, alsmede alle andere juridisch relevante afspraken en eventuele feitelijke afspraken.

---

37 Asser-De Boer, 2010, p. 338.

38 Drion, 1965, p. 136.

39 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (*Contrair gedrag*). In deze zin ook Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 215.

Ik kom daarmee uit bij een eigentijdse versie van het door De Boer bedoelde oude *huwelijkscontract*.[40]

Alle juridische en feitelijke regelingen die in dergelijke huwelijkse voorwaarden zijn neergelegd, in onderlinge samenhang beschouwd, vormen de neerslag van het door de echtgenoten gewenste – of beter: nagestreefde – *Ehetyp* en in een eventuele uitleg van deze overeenkomst dienen ook alle daarin opgenomen regelingen te worden betrokken.[41]

In de recente literatuur heeft Schoordijk de vraag naar het rechtskarakter van huwelijkse voorwaarden opgeworpen. Deze brengen naar hij constateert mee:

> (...) dat zij echtgenoten handelingsonbevoegd maken en bijv. onder een regime van koude uitsluiting alleen een gang naar de notaris voor het maken van huwelijkse voorwaarden enige gemeenschappelijkheid kan opleveren.[42]

Hij vraagt zich in dit verband af of huwelijkse voorwaarden een statuscontract vormen en indien dat het geval mocht zijn, wat een statuscontract dan is?[43]

Nuytinck komt met betrekking tot het rechtskarakter van huwelijkse voorwaarden tot de gevolgtrekking dat deze overeenkomst 'soms wel, maar soms ook niet', afhankelijk van de inhoud, een obligatoire overeenkomst is:

> De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is immers een 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling'(…), zodat het algemene overeenkomstenrecht met uitzondering van de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing is op de huwelijkse voorwaarden. Concreet gaat het om de artikelen 6:213-260 (…).[44]

Van Mourik meent dat indien aanstaande echtgenoten een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aangaan waarin zij slechts bepalen dat de huwelijksgemeenschap niet in zal treden, het resultaat daarvan een overeenkomst is die niet tot het ontstaan van verbintenissen tussen hen leidt.[45] De desbetreffende overeenkomst is volgens Van Mourik daarmee terstond uit-

---

40 Daarmee is vanzelfsprekend ook gezegd dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tot een (aanstaand) huwelijk in betrekking staat.

41 Ik werk deze visie nader uit in hoofdstuk 9.

42 Ik vermoed dat Schoordijk hier bedoeld heeft te zeggen dat het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden de echtgenoten *de facto* kennelijk handelingsonbevoegd maakt omdat zij dit *de jure* uiteraard niet zijn.

43 Schoordijk, 2005, p. 166.

44 Nuytinck, 2003, p. 38. Nuytinck stelt in dit verband later de vraag of huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontbonden op grond van wanprestatie en formuleert tevens een aantal daarmee samenhangende wetssystematische vragen die alle nog beantwoording behoeven; Nuytinck, 2004, p. 476 en 477.

45 Van Mourik, 2009 (B), p. 131.

gewerkt en de rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten worden beheerst door het algemene vermogensrecht.

Ik deel deze visie niet omdat hierbij over het hoofd wordt gezien dat huwelijkse voorwaarden ook in dit geval een duurovereenkomst zijn[46] die tijdens het huwelijk kan worden gewijzigd. De bedoelde huwelijkse voorwaarden dienen naar mijn oordeel dan ook niet te worden beschouwd als een overeenkomst met een eenmalig resultaat in rechte maar als een overeenkomst met een *voortdurend* juridisch effect. Zolang de desbetreffende overeenkomst niet wordt gewijzigd houdt deze de huwelijksgemeenschap buiten de deur en is het gevolg daarvan dat het algemene vermogensrecht van toepassing is.

Met Huijgen ben ik in dezen van oordeel dat de juridische aard van huwelijkse voorwaarden niet eenduidig is, doch dat het hier een overeenkomst betreft met een *vaak uiterst samengesteld karakter*.[47] Hiermee wordt gedoeld op het feit dat naast goederenrechtelijke rechtshandelingen, ook obligatoire afspraken, bewijs- en vaststellingsovereenkomsten en verdelingen onderdeel uit plegen te maken van huwelijkse voorwaarden.

5.2.4 Voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden

Met betrekking tot de door respectievelijk artikel 117 en 120 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gestelde beperkingen ter zake van het tijdstip van het in werking treden van huwelijkse voorwaarden, valt op dat ingeval van voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden door artikel 117 wordt voorgeschreven dat deze te allen tijde beginnen te werken vanaf het tijdstip waarop het huwelijk wordt voltrokken, terwijl het eerste lid van artikel 120 bepaalt dat huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden opgesteld of gewijzigd, gaan werken vanaf de dag die volgt op de dag waarop de huwelijkse voorwaarden zijn verleden, *tenzij* de echtgenoten daarvoor in de akte een ander tijdstip hebben aangewezen.

Artikel 120 lid 1 biedt echtgenoten mitsdien de mogelijkheid om aan hun tijdens het huwelijk opgestelde of gewijzigde huwelijkse voorwaarden een opschortende tijdsbepaling toe te voegen.

Dat deze mogelijkheid door de wetgever niet wordt geboden aan aanstaande echtgenoten valt historisch te verklaren uit het voorheen geldende *eenheidsbeginsel*, dat wilde dat de echtgenoten tijdens het huwelijk geen wijziging konden aanbrengen in het goederenregime dat door hen bij huwelijkse voorwaarden was overeengekomen of in de huwelijksgemeenschap die door de wet aan hen deelachtig werd, noch door het maken van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk, noch door het opnemen van tijds-

46 Hiervoor kan ook als grammaticaal argument worden aangevoerd dat artikel 117 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek spreekt over 'beginnen te werken'.

47 Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 221-223.

bepalingen of – opschortende of ontbindende – voorwaarden in hun huwelijkse voorwaarden.

De lex Van Oven maakte het opstellen en wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk echter mogelijk en de wetswijziging in 1970 bracht mee dat in dergelijke huwelijkse voorwaarden een later tijdstip van inwerkingtreding daarvan aangewezen kon worden dan de dag volgend op die van het verlijden van de huwelijkse voorwaarden.[48]

In het licht van het bovenstaande valt naar mijn mening niet goed te verdedigen dat de wet in artikel 117 lid 2 aan aanstaande echtgenoten thans nog de mogelijkheid onthoudt om desgewenst een tijdsbepaling aan hun huwelijkse voorwaarden te verbinden. Dit klemt te meer nu het hun vrij staat om op elk moment na het sluiten van hun huwelijk alsnog (nieuwe) huwelijkse voorwaarden met een andere inhoud overeen te komen, waarbij redelijkerwijs niet te verwachten valt dat de thans nog bestaande rechterlijke goedkeuring ex artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek op dit punt roet in het eten zal gooien.[49]

De wet bevat geen bepalingen die uitsluitsel geven over de kwestie of echtgenoten in huwelijkse voorwaarden opschortende of ontbindende voorwaarden kunnen opnemen.

De Hoge Raad verschafte hieromtrent in een door hem in 1944 gewezen arrest echter duidelijkheid ten aanzien van voorwaardelijke *goederenrechtelijke* regelingen in huwelijkse voorwaarden door deze vraag ontkennend te beantwoorden, daarbij oordelend dat het gevolg van het toestaan van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden zou zijn dat:

> (…) bezwaarlijk gezegd kan worden dat het gekozen statuut in feite werking heeft van het oogenblik van voltrekking van het huwelijk, wanneer na die voltrekking niemand vermag te zeggen, welk statuut geldt.[50]

---

48 Luijten en Meijer geven een uitvoerig overzicht van deze ontwikkeling; Luijten en Meijer, 2005, p. 226-228.

49 Al zou uit Rb. Utrecht 5 april 2011, *LJN* BQ0234 anders afgeleid kunnen worden: deze rechtbank geeft aan de hiervoor geciteerde overweging uit het arrest uit 1944 – waarnaar de rechtbank verwijst – een nieuwe dimensie door in casu van belang te achten dat onzeker is *of en wanneer de gemeenschap van goederen in zal treden*. Naar mijn mening wordt de destijds door de Hoge Raad gegeven beoordeling door de rechtbank ten onrechte nog van belang geacht onder vigeur van het huidige recht en wordt daaraan bovendien een onwenselijke verruiming gegeven, nu er thans in het geheel geen onduidelijkheid kan bestaan over welk huwelijksgoederenregime op welk moment van kracht is zoals de rechtbank wel aanvoert (tenzij de door de instrumenterend notaris in casu gekozen ongelukkige formulering voor de rechtbank doorslaggevend is geweest). De rechtbank laat aldus de zwaarwegende belangen van de echtgenoten in casu bij het wijzigen van hun huwelijkse voorwaarden geheel wegvallen tegen mogelijke benadeling van eventuele schuldeisers. Het vervallen van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door het per 1 januari 2012 in werking treden van wetsvoorstel 28 867 biedt de onderhavige echtgenoten gelukkig een nieuwe kans.

50 HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, 120 (*Van de Water/Van Hemme*).

De redenering van de Hoge Raad stoelt vooral op overwegingen van derdenbescherming en valt voorts goed te begrijpen tegen de achtergrond van het destijds nog onverkort bestaande eenheidsbeginsel.

Mij lijkt het echter gerechtvaardigd, mede gezien de hiervoor weergegeven vergaande verwatering van het desbetreffende eenheidsbeginsel, om de vraag op tafel te leggen of het door mij geciteerde argument van de Hoge Raad nog steeds hout snijdt.

Het is immers goed mogelijk om ingeval de echtgenoten er bijvoorbeeld voor hebben gekozen om huwelijkse voorwaarden aan te gaan die slechts inhouden dat tussen hen de wettelijke huwelijksgemeenschap zal bestaan, onder de opschortende voorwaarde dat hun huwelijk 25 ononderbroken jaren zal duren, op elk moment na de huwelijkssluiting vast te stellen welk huwelijksgoederenregime van toepassing is. Zolang de dag waarop de gestelde voorwaarde wordt vervuld niet is aangebroken, geldt tussen de echtgenoten het algemene vermogensrecht en vanaf de bedoelde dag is tussen de echtgenoten de wettelijke huwelijksgemeenschap van kracht.[51]

Ook indien in deze casus zou worden gekozen voor een ontbindende voorwaarde in plaats van voor een opschortende voorwaarde, ontstaan geen problemen.

In dat geval zou in de huwelijkse voorwaarden een clausule dienen te worden opgenomen die bepaalt dat tussen de echtgenoten uitsluiting van elke gemeenschap van goederen bestaat, onder de ontbindende voorwaarde dat hun huwelijk ten minste 25 ononderbroken jaren zal duren. Aangezien de wet in artikel 38, lid 2 Boek 3 Burgerlijk Wetboek regelt dat aan de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht toekomt, is in dit geval eveneens op elk tijdstip tijdens het huwelijk duidelijk welk huwelijksgoederenregime aan de orde is.[52]

Nu het opstellen van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden niet door een wettelijke regeling met nietigheid wordt getroffen en mijns inziens in het geval van huwelijkse voorwaarden ook niet kan worden gesteld dat uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, pleit ik ervoor om het bepaalde in artikel 38, lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek te laten prevaleren boven de regel uit een arrest van de Hoge Raad dat inmiddels 66 jaar geleden is gewezen en derhalve te aanvaarden dat voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden rechtsgeldig kunnen worden aangegaan.

Andere argumenten die ik ter ondersteuning van mijn pleidooi nog zou willen aanvoeren zijn het feit dat ik in de literatuur geen overtuigende argumenten heb aangetroffen voor de nietigheid van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden en de praktijk dat aan het door echtgenoten veelvuldig in

51 Anders Vegter die zwaarder tilt aan derdenbescherming. Het door hem genoemde voorbeeld is dit licht bezien begrijpelijk; Vegter, 2010, p. 32.

52 Vgl. ook Kraan, 2008, p. 176.

huwelijkse voorwaarden opgenomen zogenaamde 'finale verrekenbeding',[53] vaak de – ontbindende – voorwaarde wordt verbonden dat hun huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden.

De Hoge Raad sanctioneert deze door mij bedoelde praktijk in het genoemde arrest uit 1944 door te oordelen dat de door hem tegen voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden in het algemeen aangevoerde bedenkingen niet bestaan tegen een verrekenbeding:

> (…) inhoudende dat tusschen partijen zal bestaan algeheele gemeenschap, doch dat na de ontbinding der gemeenschap door overlijden zal worden afgerekend alsof er gemeenschap van winst en verlies ware geweest, indien bij dat overlijden geen kind uit het huwelijk in leven zal zijn; dat zoodanig beding den zakenrechtelijken toestand van de vermogensdeelen der echtgenoten niet raakt, immers alleen tusschen hen een verbintenis tot een bepaalde wijze van verrekening in het leven roept welke zonder bezwaar aan een voorwaarde kan worden gebonden.

De beperking door de Hoge Raad van de contractvrijheid ter zake van het aangaan van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden berust na de hiervoor omschreven sterke relativering van het voorheen geldende eenheidsbeginsel, *de facto* nog slechts op het honoreren van de belangen van de eventuele crediteuren van de echtgenoten en is niet ingegeven door overwegingen die samenhangen met het rechtsbeginsel van solidariteit.

Ook Stollenwerck beantwoordt vanuit dit perspectief de vraag of echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan in het kader van *estate planning*, kunnen overeenkomen dat het bij het einde van hun huwelijk tussen hen bestaande huwelijksgoederenstelsel wordt bepaald door de wijze waarop hun huwelijk wordt ontbonden. Hij stelt in dit kader dat:

> (…) de rechterlijke goedkeuring en daarmee de door de wet gewenste bescherming van derden, in het bijzonder van crediteuren, tot een illusie zou verworden indien het aangaan van huwelijkse voorwaarden onder voorwaarde mogelijk zou zijn.[54]

Ik acht dit slechts een overtuigende redenering bezien vanuit het belang van een schuldeiser van een echtgenoot maar ben van mening dat de balans in de huidige tijd door zou moeten slaan naar het in dezen laten prevaleren van de contractvrijheid van echtgenoten.

Nu de goederenrechtelijke positie van de echtgenoten ingeval van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden op elk tijdstip gemakkelijk kan worden vastgesteld, is de desbetreffende beperking naar mijn oordeel achterhaald en vormt deze een onnodige blokkade voor echtgenoten die hun

---

53 Dit houdt meestal in dat tussen de echtgenoten aan het eind van hun huwelijk een zodanige vermogensverrekening plaats zal vinden die gelijk is aan de uitkomst die was gerealiseerd indien tussen hen de wettelijke huwelijksgemeenschap zou hebben bestaan.

54 Stollenwerck, 2005 (B), p. 28.

Ehetyp wensen vast te leggen in eigentijdse huwelijkse voorwaarden of deze uit overwegingen van *estate planning* naar eigen inzicht wensen in te richten en daarbij nuanceringen willen aanbrengen door gebruik te maken van voorwaardelijke bepalingen.

Dit is te meer het geval waar echtgenoten – na het per 1 januari 2012 in werking treden van het hiervoor genoemde wetsvoorstel 28 867 – tijdens hun huwelijk, telkens wanneer zij dat verkiezen, hun huwelijkse voorwaarden zullen kunnen wijzigen zonder dat nog een rechter in het belang van hun crediteuren diens goedkeuring aan de verlangde wijziging kan onthouden.

Ik ga in paragraaf 5.6 kort in op de positie van schuldeisers in relatie tot het thema van dit hoofdstuk en zal voorts in hoofdstuk 9 bepleiten dat derdenbescherming in het huwelijksvermogensrecht *an sich* in beginsel een gedateerde rechtsfiguur is en geëcarteerd dient te worden.

5.2.5 Andere artikelen uit Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

Indien de echtgenoten een verrekenbeding als bedoeld in Afdeling 3 van Titel 8 aangaan bij huwelijkse voorwaarden, zijn de in deze afdeling opgenomen artikelen van kracht, mits daarvan door de echtgenoten niet wordt afgeweken bij huwelijkse voorwaarden zoals door artikel 132, lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wordt gesteld, echter tenzij anders is bepaald. Hiermee wordt gedoeld op het feit dat in een verrassend groot aantal artikelen[55] in deze afdeling *expressis verbis* wordt bepaald dat daarvan niet kan worden afgeweken.

Het betreft hier in de eerste plaats artikel 138 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat handelt over de bevoegdheid die iedere echtgenoot ten opzichte van de andere heeft om jaarlijks 'een gespecificeerde, schriftelijke en ondertekende' opgave te verlangen van de te verrekenen inkomsten en van het te verrekenen vermogen.

Voorts gaat het om artikel 139 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat in het derde lid bepaalt dat van de beide andere leden niet kan worden afgeweken. De desbetreffende bepalingen geven regels voor onder andere het geval een echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, zijn goederen verspilt, weigert de in artikel 138 bedoelde opgave te verstrekken of een door artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestreken rechtshandeling heeft verricht zonder de vereiste toestemming daarvoor van de andere echtgenoot te hebben verkregen.

---

55 Omdat ik van mening ben dat de desbetreffende afdeling juist erg veel artikelen van dwingend recht bevat, kan ik niet goed plaatsen dat De Boer schrijft: 'Van *dwingend recht* zijn slechts (…).' en Luijten en Meijer zelfs vermelden: 'Op dit principe bestaat slechts een klein aantal uitzonderingen (…).'; Asser-De Boer, 2010, p. 403 en Luijten en Meijer, 2005, p. 324. Wellicht moeten deze auteurs zo worden verstaan dat zij met de door hen gekozen bewoordingen tot uitdrukking hebben willen brengen dat het dwingend recht in de onderhavige afdeling slechts betrekking heeft op procedurele aspecten.

Ook artikel 140 Boek 1 Burgerlijk Wetboek blijkt volgens de wettekst van dwingend recht te zijn.

Vervolgens wordt in het zesde lid van artikel 141 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dwingend geregeld dat een door het eerste lid van dit artikel bedoelde vordering tot verrekening niet eerder verjaart dan nadat ten minste drie jaren na de 'beëindiging' van het huwelijk zijn verstreken.

Het vierde lid van artikel 143 Boek 1 Burgerlijk Wetboek maakt verder duidelijk dat van de overige drie leden van het artikel niet kan worden afgeweken: het betreft hier enkele formaliteiten ter zake van het beschrijven van het te verrekenen vermogen ingeval van zogenaamde finale verrekenbedingen.

Tot slot bevat artikel 134 Boek 1 Burgerlijk dwingend recht. De erflater en de schenker kunnen bepalen dat geen verrekening plaatsvindt van het nagelaten of geschonken vermogen indien dat op grond van het in huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenbeding wel aan de orde zou zijn.

De genoemde dwingende wetsbepalingen uit deze afdeling hebben gemeen dat zij alle betrekking hebben op procedurele aspecten van de verrekening en niet zien op de materiële keuzen die echtgenoten ter zake van het verrekenbeding willen maken, uiteraard behoudens het bepaalde in artikel 134. Op deze grond laat ik een nadere bespreking van de onderhavige afdeling achterwege en merk ik slechts op dat de wetgever zich beoordeeld vanuit het perspectief van het rechtsbeginsel van contractvrijheid hier bepaald van zijn bevoogdende zijde heeft laten zien.

Ook is opmerkelijk dat voor de goederenrechtelijke pendanten van de artikelen 138 en 139 in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – respectievelijk de artikelen 98 en 109, 111 en 164 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – niet met zoveel woorden is bepaald dat van het daarin bepaalde niet mag worden afgeweken.

Aangenomen mag worden dat de bescherming van de ene echtgenoot jegens de andere – en daarmee *impliciter* het rechtsbeginsel solidariteit –, voor de wetgever in dezen zwaarder heeft gewogen.

Op de belangwekkende vraag of echtgenoten afdeling 3 van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek geheel terzijde zouden kunnen stellen bij huwelijkse voorwaarden kom ik in het navolgende nog terug.

5.3 Huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

5.3.1 Inleiding

In deze paragraaf breng ik eerst in het algemeen in kaart of de wet beperkingen stelt aan de contractvrijheid van echtgenoten die de gevolgen van hun echtscheiding wensen te regelen in een echtscheidingsconvenant als bedoeld in artikel 100 boek 1 Burgerlijk Wetboek. Ik bespreek in dat licht achtereen-

volgens de thema's ontbinding van de huwelijksgemeenschap, afwikkeling van verrekenbedingen, partneralimentatie en pensioenrechten.[56]

Vervolgens ga ik in op het begrip echtscheidingsconvenant en onderzoek ik de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant.

5.3.2 Contracteren omtrent echtscheiding

5.3.2.1 Inleiding

Binnen het door mij gekozen perspectief vat ik huwelijk en echtscheiding op als de twee uitersten van hetzelfde spectrum. De consequentie van deze opvatting is dat ik een grote samenhang aanwezig acht waar het betreft de vermogensrechtelijke gevolgen van huwelijk en echtscheiding; het maken van een scherp onderscheid tussen het huwelijksvermogensrecht en het (materiële) echtscheidingsrecht verdraagt zich hiermee niet.

In vergelijking met het huwelijk, is waar het echtscheiding betreft in aanzienlijk mindere mate sprake van een wettelijke 'statutaire' regeling die ziet op de juridische gevolgen daarvan.

In Afdeling 3 van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek staan enkele regels over de ontbinding van de in deze titel opgenomen huwelijksgemeenschap, waarbij sommige bepalingen uit het algemene vermogensrecht van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek nauw aansluiten.

Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek geeft waar het echtscheiding betreft algemene regels over inkomensverrekenbedingen waaraan door de echtgenoten tijdens hun huwelijk geen uitvoering is gegeven.

Tot slot bevat Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepalingen over de door de echtgenoten tijdens hun huwelijk opgebouwde pensioenvoorzieningen, alsmede over de uitkering tot levensonderhoud – hierna: partneralimentatie – die de ene echtgenoot na de echtscheiding mogelijk aan de andere echtgenoot dient te voldoen, welke laatstbedoelde regels worden aangevuld door de algemene regeling betreffende levensonderhoud in Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

---

56 Ik laat de echtscheidingsprocedure buiten beschouwing; wel komt in hoofdstuk 9 kort de administratieve echtscheiding aan de orde waarbij echtgenoten niet alleen ter zake van de materieelrechtelijke gevolgen van echtscheiding kunnen contracteren, maar tot op zekere hoogte ook waar het de echtscheiding zelf betreft en de rechter de echtscheiding niet uitspreekt. Nu naar huidig recht een administratieve echtscheiding niet mogelijk is, dienen de echtgenoten zich zowel ingeval van een echtscheiding waarmee beiden (uiteindelijk) instemmen als voor een door slechts één van de echtgenoten gewenste echtscheiding tot de rechter te wenden. In het eerste geval – de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek – kan worden gesteld dat de rechter die de echtscheiding uitspreekt daarbij tevens de door de echtgenoten hieromtrent gesloten overeenkomst bevestigt (en het ouderschapsplan dat daarvan onderdeel kan uitmaken controleert), waarbij hij veelal ook de materieelrechtelijke afspraken zoals door de echtgenoten opgenomen in een (onderhands) echtscheidingsconvenant onderdeel maakt van zijn beschikking.

Houben stelt vast dat ingeval van echtscheiding aan geen enkel aspect van contractvrijheid wordt voldaan en er daardoor sprake is van *contractdwang*:[57] echtgenoten dienen met *elkaar* te contracteren over de materieelrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding en kunnen geen van beiden een andere contractpartner aanwijzen. Ook zullen zij in alle gevallen afspraken moeten maken over de hiervoor genoemde thema's: het huwelijksvermogensrecht (in enge zin), partneralimentatie en pensioenrechten.[58]

Voor de echtgenoten die ten tijde van hun echtscheiding gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kinderen, komt daar nog de verplichting bij om een ouderschapsplan op te stellen.[59]

5.3.2.2 De ontbinding en verdeling van de huwelijksgemeenschap

Artikel 149 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt in lid 1 onder c. dat het huwelijk eindigt door echtscheiding; artikel 99 Boek 1 Burgerlijk Wetboek maakt onder letter a. duidelijk dat de huwelijksgemeenschap van rechtswege wordt ontbonden door het eindigen van het huwelijk.

Beide artikelen in samenhang gelezen leiden derhalve tot de conclusie dat de huwelijksgemeenschap door echtscheiding wordt ontbonden, en wel op het door artikel 163 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalde tijdstip, te weten dat van het inschrijven van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand.[60]

Artikel 189, lid 2 Boek 3 Burgerlijk Wetboek stelt vervolgens dat de ontbonden huwelijksgemeenschap een bijzondere gemeenschap is, waarop de gehele Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek van toepassing is, voor zover daarvan in Afdeling 2 van deze titel niet wordt afgeweken.

De eerste afwijking betreft de beschikkingsbevoegdheid van ieder van de gewezen echtgenoten over het eigen aandeel in een tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorend goed. Artikel 190 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat daarvoor de toestemming van de andere deelgenoot is vereist. Wel kan ieder der deelgenoten op een dergelijk aandeel autonoom

57 Houben, 2009, p. 326; zij ziet echter over het hoofd dat echtgenoten wel zelf de vorm van de door hen te sluiten overeenkomst kunnen kiezen.

58 Ik laat hierbij buiten beschouwing dat echtgenoten ervoor kunnen kiezen om geen overeenkomst ter zake van de materieelrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding te sluiten en het vaststellen van de desbetreffende gevolgen – in conflictueuze gevallen – aan de rechter over te laten, dan wel om hen moverende redenen niet tot verdeling of verrekening over te gaan en mitsdien waar het betreft vermogen en inkomen *de facto* hun huwelijk voort te zetten. Wel dienen de laatstbedoelde echtgenoten een ouderschapsplan op te stellen indien zij daarvoor kwalificeren omdat het ontbreken daarvan het uitspreken van de echtscheiding kan tegenhouden (vgl. hoofdstuk 8). Indien de hier bedoelde echtgenoten geen afspraken maken over de door hen tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten zijn daarop voorts automatisch de Pensioenwet 2007 en de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van toepassing.

59 Ik bespreek dit onderwerp in hoofdstuk 8.

60 Per 1 januari 2012 wordt het moment van ontbinding van de huwelijksgemeenschap het tijdstip waarop het verzoekschrift tot echtscheiding wordt ingediend bij de rechtbank: artikel 99 lid 1 letter b. Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw).

een recht van pand of hypotheek vestigen, op grond van het tweede lid van dit artikel.

Artikel 191 Boek 3 Burgerlijk Wetboek brengt mee dat een ex-echtgenoot wel over zijn aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap als zodanig kan beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit.

Ingeval de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden door echtscheiding ligt het mijns inziens voor de hand om de hoofdregel van deze bepaling en de uitzondering daarop om te draaien. De huwelijksband is dan weliswaar geslaakt maar deze werkt tot op zekere hoogte nog door en daar hangt een grote terughoudendheid ter zake van de desbetreffende beschikkingsbevoegdheid mee samen.[61]

In artikel 194 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek wordt tot slot voorgeschreven dat ieder van de deelgenoten een boedelbeschrijving kan vorderen voorafgaand aan de verdeling en – in het tweede lid – dat een deelgenoot die opzettelijk een tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in dit goed verbeurt aan de andere deelgenoot.

Alvorens kort de in Afdeling 1 van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek opgenomen artikelen te bespreken, dienen de artikelen 100 en 101 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – die beide zien op de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap – aan de orde te komen.

Het eerstgenoemde artikel stelt de norm met betrekking tot de deelgerechtigdheid tot de ontbonden huwelijksgemeenschap: ieder der gewezen echtgenoten heeft een gelijk aandeel daarin, tenzij door hen anders is bepaald in huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen hen in geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding van de huwelijksgemeenschap i.e.: het echtscheidingsconvenant. Artikel 166 lid 2 Boek 3 Burgerlijk Wetboek sluit hierbij aan.[62]

Uit enkele uitspraken van de Hoge Raad komt naar voren dat een door een van beide echtgenoten gevorderde verdeling anders dan bij helfte, uit hoofde van redelijkheid en billijkheid slechts bij hoge uitzondering kan worden toegewezen.[63]

---

61 Perrick is daarentegen van mening dat ingeval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap door de beëindiging van het huwelijk door echtscheiding, de rechtsverhouding zich hier in beginsel niet tegen verzet, echter zonder daarvoor argumenten te geven; Asser-Perrick, 2007, p. 72.

62 Nuytinck merkt terecht op dat artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek als *huwelijksvermogensrechtelijke lex specialis* voorrang heeft; Nuytinck, 2003, p. 37.

63 Vgl. HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593 m.nt. EAAL (*De vermoorde bruid*), HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 58 m.nt. WMK (*Zwijgzame bruid*) en HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (*Zweedse vrouw)*. Recent bepaalde de rechtbank Den Haag in een echtscheidingszaak dat de schulden die voort waren gevloeid uit een – door hem aan de vrouw verzwegen – voorhuwelijks faillissement van de man weliswaar in de huwelijksgemeenschap vielen, doch dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor rekening van de man dienden te blijven, zonder verrekening daarvan met de vrouw; Rb. Den Haag 28 april 2011, *LJN* BQ6115.

Indien tussen echtgenoten echter overeenstemming bestaat over een verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap die ertoe leidt dat aan de ene gewezen echtgenoot een groter aandeel daarin wordt toegekend dan aan de andere, bevinden zij zich in het domein dat wordt beheerst door het rechtsbeginsel van partijautonomie en staat het hun in dat kader vrij om elk percentage overeen te komen dat naar hun oordeel in hun specifieke situatie redelijk en billijk is.[64]

Artikel 196 Boek 3 Burgerlijk Wetboek bepaalt in het vierde lid nog dat indien het gaat om de waarde van een of meer aan een echtgenoot toegedeelde goederen of schulden, echtgenoten kunnen overeenkomen dat de benadeelde echtgenoot deze toedeling te zijnen bate of schade heeft aanvaard. Hiermee wordt vernietiging van de desbetreffende verdeling op grond van dwaling in de waarde van een goed of schuld uitgesloten.[65]

Casus

Echtgenoten bespreken tijdens een scheidingsmediation de wenselijkheid dat de vrouw tezamen met de kinderen in de echtelijke woning blijft wonen. De man heeft de echtscheiding gewild, de vrouw niet en toont zich aangeslagen. Er is sprake van een aanzienlijke overwaarde die tijdens het huwelijk is ontstaan.

De afwegingen die door hen tegen deze achtergrond worden gemaakt zijn de constatering van het feit dat de vrouw gedeeltelijk arbeidsongeschikt is en het zich niet laat aanzien dat zij binnen een afzienbare periode in staat zal zijn zelf een volwaardig inkomen te verdienen op grond waarvan zij de kosten van bewoning van het huis geheel zelf kan dragen, de omstandigheid dat een van beide kinderen een autistische stoornis heeft die meebrengt dat het voor hem van groot belang is dat hij – naast met het feit van de echtscheiding – niet ook wordt geconfronteerd met een verhuizing naar een andere buurt en de overstap naar een andere school, de aanwezigheid van een sociaal netwerk in de huidige buurt, het feit dat de man graag wil dat zijn vrouw en kinderen in een fatsoenlijke buurt kunnen blijven wonen en de situatie dat de man de eerstkomende jaren een zelfstandige woonunit kan betrekken op het erf van zijn ouders, waardoor hij zeer lage woonkosten heeft.

De man stelt na het maken van enkele berekeningen voor dat de huwelijksgemeenschap zodanig wordt verdeeld dat de vrouw daarvan het twee/derde gedeelte ontvangt en hij het één/derde gedeelte, met welk voorstel de vrouw instemt.

Artikel 101 Boek 1 Burgerlijk Wetboek geeft nog een bijzondere regel voor enkele gemeenschapgoederen waarvan kan worden aangenomen dat deze aan een gewezen echtgenoot verknocht zijn. Het gaat hier om kleding en 'kleinodiën' die ten gebruike van een echtgenoot strekken, de papieren en gedenkstukken die tot diens familie behoren, alsmede om zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen.

De desbetreffende ex-echtgenoot heeft het recht om deze uit de ontbonden huwelijksgemeenschap over te nemen tegen de geschatte prijs, derhalve

64 In de praktijk wordt vaak nog gedacht dat een ongelijke verdeling door de fiscus snel als een schenking wordt aangemerkt. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1 ligt dit m.i. echter meestal anders omdat veel sneller de aanwezigheid van een natuurlijke verbintenis mag worden aangenomen.

65 Artikel 196 lid 4 mag m.i. echter niet als een algemene toverformule worden gezien en is onder meer niet bruikbaar ingeval van een zogenaamde 'blinde scheiding'; Van Mourik en Verstappen, 2006, p. 255.

een recht van koop en niet van toedeling al is in dezen het verschil tussen beide rechtsfiguren in de praktijk verwaarloosbaar.

Aangezien de tot op heden in deze paragraaf besproken bepalingen alle van regelend recht zijn, staat het echtgenoten vrij hieromtrent met elkaar te contracteren indien zij dat wensen en daarover overeenstemming bereiken. De desbetreffende bepalingen kunnen in mijn visie worden gezien als stoelend op het rechtsbeginsel van solidariteit maar deze wordt door de wetgever niet afgedwongen.

Ook de eerste Afdeling van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk wetboek bevat voornamelijk normen van aanvullend recht die in de verhouding tussen gewezen echtgenoten kunnen worden beschouwd als voortvloeiend uit de tussen hen bestaande postmaritale solidariteit, echter zonder in de weg te staan aan hun contractvrijheid.

Artikel 166 lid 3 Boek 3 Burgerlijk Wetboek brengt dit ook tot uitdrukking waar het stelt dat op de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten artikel 2 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing is.

Het bedoelde artikel schrijft in het tweede lid voor dat geen beroep kan worden gedaan op een tussen de deelgenoten krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Omdat het in dit onderzoek niet gaat om deelgenoten in het algemeen maar om gewezen echtgenoten voor wie een nahuwelijkse solidariteit geldt, neem ik aan dat de beginselen van redelijkheid en billijkheid – die hier vrijwel steeds als synoniem van het rechtsbeginsel solidariteit kunnen worden opgevat, – daardoor eerder tot correctie zullen moeten leiden dan wanneer het gaat om deelgenoten tussen wie niet een dergelijke bijzondere band heeft bestaan.

Ik volsta tegen deze achtergrond met het bespreken van enkele hoofdpunten uit deze titel.[66]

Artikel 168 Boek 3 Burgerlijk Wetboek maakt in het eerste lid duidelijk dat het uitgangspunt van de wetgever is geweest dat deelgenoten het genot, gebruik en beheer van hun gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst regelen. Voor gewezen echtgenoten geldt dat indien zij een dergelijke overeenkomst achterwege hebben gelaten, zij ieder bevoegd zijn tot het gebruik van een goed dat tot de gemeenschap behoort, voor zover dit met het gebruik daarvan door de andere echtgenoot te verenigen is.

Aangenomen moet wel worden dat de echtgenoot die volgens de bestuursregels uit de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet het bestuur had over het desbetreffende goed, terughoudendheid aan de dag dient te leggen waar het betreft het gebruik van een goed. Door de echtscheiding is

66 Wegens het geringe belang voor het thema van dit hoofdstuk laat ik de procedurele regels uit Afdeling 1 Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek onbesproken.

immers een eind gekomen aan het huwelijk dat op grond van artikel 90 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek de bevoegdheid tot genot en gebruik met zich bracht van een goed dat onder bestuur stond van de andere echtgenoot 'overeenkomstig de huwelijksverhouding'.

Het voorgaande neemt niet weg dat in artikel 170 Boek 3 Burgerlijk Wetboek als hoofdregel wordt gegeven dat de voormalige echtelieden het beheer over de ontbonden huwelijksgemeenschap tezamen voeren, tenzij zij dit anders hebben geregeld in de door artikel 168 Boek 3 Burgerlijk Wetboek bedoelde overeenkomst.

Opbrengsten die voortvloeien uit de ontbonden huwelijksgemeenschap komen op grond van artikel 172 Boek 3 Burgerlijk Wetboek in gelijke delen toe aan beide ex-echtgenoten en dezen dienen in dezelfde verhouding bij te dragen in de uitgaven die samenhangen met de desbetreffende bijzondere gemeenschap, wederom tenzij zij anders zijn overeengekomen.

De artikelen 178 en 183 uit de onderhavige afdeling zijn van dwingend recht.

Het eerstgenoemde artikel geeft als norm dat een deelgenoot te allen tijde de verdeling van een gemeenschappelijk goed kan vorderen, tenzij uit de aard van de gemeenschap anders voortvloeit. Wel wordt in grote mate tegemoet gekomen aan de contractvrijheid van gewezen echtgenoten waar het vijfde lid van artikel 178 Boek 3 Burgerlijk Wetboek hun de bevoegdheid geeft om een of meer malen bij overeenkomst de bevoegdheid verdeling te vorderen uit te sluiten, echter telkens voor ten hoogste vijf jaren.

Artikel 183 Boek 3 Burgerlijk Wetboek stelt dat een verdeling vormvrij kan geschieden, tenzij een gewezen echtgenoot niet het vrije beheer over zijn goederen heeft, in welk geval een notariële akte is voorgeschreven.[67]

Tot besluit van deze paragraaf zij nog vermeld dat artikel 164 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de echtgenoot die de huwelijksgemeenschap na de aanvang van het 'geding' of binnen een periode van zes maanden voorafgaand daaraan, benadeelt doordat hij lichtvaardig schulden heeft gemaakt, goederen der gemeenschap heeft verspild of rechtshandelingen als bedoeld in artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek heeft verricht zonder de daar verlangde toestemming van de andere echtgenoot, gehouden is om de aangerichte schade aan de gemeenschap te vergoeden. Aangenomen moet worden dat de echtgenoten bij echtscheidingsconvenant kunnen vaststellen dat de bedoelde benadeling niet heeft plaatsgevonden en dat indien mocht blijken dat toch sprake is geweest van een dergelijke benadeling, de echtgenoten over en weer afstand doen van hun actie, al moet de vraag gesteld worden of het maken van een dergelijke afspraak aanbevelenswaardig is.[68]

---

67 De bepalingen in Afdeling 3 van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op alle verdelingen en niet alleen op de verdeling van bijzondere gemeenschappen als de ontbonden huwelijksgemeenschap.

68 Gezien het feit dat het hier om een procedurele bepaling gaat, laat ik verdere bespreking daarvan achterwege.

5.3.2.3 De afwikkeling van verrekenbedingen

Afdeling 2 van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is hiervoor reeds aan de orde geweest in het kader van het contracteren door echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden, voorafgaand aan of tijdens het huwelijk.

De bepalingen in de desbetreffende afdeling zijn waar het betreft de materieelrechtelijke aspecten daarvan van regelend recht en beogen te voorzien in een regeling die duidelijkheid schept indien echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden een verrekenbeding hebben opgenomen dat door hen tijdens het huwelijk echter niet is uitgevoerd. In dergelijke situaties vormen deze regels derhalve het uitgangspunt ingeval van een echtscheiding.[69]

De regeling komt er in de kern op neer dat een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding uit hoofde van het bepaalde in artikel 141 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wordt getransformeerd tot een finaal verrekenbeding *sui generis* waaraan door het derde lid van het artikel het bewijsvermoeden wordt gekoppeld dat het gehele bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen door de echtgenoten dient te worden verrekend.

Op grond van het bepaalde in artikel 135 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zijn de echtgenoten tot dit vermogen ieder voor een gelijk gedeelte gerechtigd[70] en in het eerste lid van artikel 137 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is opgetekend dat de verrekening in geld geschiedt.

Artikel 132 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stipuleert in de tweede volzin dat vermogen dat door erfopvolging, making of gift wordt verkregen niet onder het door de echtgenoten te verrekenen vermogen valt, evenmin als de vruchten daarvan. Artikel 134 Boek 1 Burgerlijk Wetboek maakt duidelijk dat het echtgenoten niet vrij staat om – in afwijking hiervan – het desbetreffende vermogen tot te verrekenen vermogen te bestempelen indien daaraan door een erflater of een schenker een uitsluitingsclausule is verbonden zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen.

Voorts kan een echtgenoot bewijs leveren voor het door hem ingenomen standpunt dat een goed niet tot het te verrekenen vermogen behoort op

---

69 De Wet regels verrekenbedingen dient naar mijn oordeel te worden beschouwd als zijnde gelegenheidswetgeving van slechte kwaliteit. Verkieslijker ware geweest om het wettelijk deelgenootschap te behouden in de door Kraan beschreven verbeterde variant daarvan; Kraan, 2008, p. 273-278. Waar diens stelsel overtuigt door eenvoud, begrijpelijkheid en logische samenhang, is het tegenovergestelde het geval voor Afdeling 2 van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. De beoordeling van in huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenbedingen had overgelaten kunnen worden aan de rechtspraak zoals voorheen; na de invoering van de onderhavige wet is gebleken dat deze de stroom rechtspraak over het verrekenbeding ook niet heeft kunnen stoppen.

70 De rechtbank Breda heeft eind 2009 echter uitgemaakt dat een echtgenote die de hand heeft gehad in het overlijden van haar wederhelft geen aanspraak kan maken op de helft van het te verrekenen vermogen die voortvloeide uit een (in casu enkelvoudig) finaal verrekenbeding; Rb. Breda 25 november 2009, *LJN* BK4490; *NJ* 2010, 220. De rechtbank Utrecht kwam in 2007 in een vergelijkbare casus daarentegen tot de gevolgtrekking dat het finaal verrekenbeding zijn werking behield ondanks de moord; Rb. Utrecht 11 juli 2007, *LJN* BA9662.

grond van het feit dat het niet is gefinancierd met inkomsten die of vermogen dat tijdens het huwelijk is verkregen ex artikel 133 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De afdeling bevat tot slot enkele procedurele regels met betrekking tot de uitvoering van in huwelijkse voorwaarden opgenomen finale verrekenbedingen.

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat echtgenoten ten tijde van de echtscheiding in hun echtscheidingsconvenant op eigen wijze invulling kunnen geven aan een al dan niet gedeeltelijk door hen niet uitgevoerd verrekenbeding dat onderdeel uitmaakt van hun huwelijkse voorwaarden en over de uitvoering daarvan kunnen overeenkomen zoals zij dat wensen, behoudens enkele regels van procedurele aard die op hoofdlijnen zijn besproken in paragraaf 5.2.5. De enige werkelijke beperking van hun contractvrijheid wordt verwoord door artikel 134, Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De vraag rijst wat rechtens is indien echtgenoten de toepasselijkheid van de gehele onderhavige afdeling uitsluiten bij huwelijkse voorwaarden en een uitvoerige door hen zelf ontworpen regeling ter zake van het verrekenen van inkomen tijdens het huwelijk overeenkomen, welke regeling ook voorziet in equivalenten van de hiervoor omschreven procedurele bepalingen.

Strikt genomen zou in dat geval geoordeeld dienen te worden dat de bedoelde equivalenten nietig zijn en dat in plaats daarvan steeds de wettelijke bepaling ingelezen dient te worden, aangezien de wettekst in de desbetreffende gevallen telkens luidt dat niet kan worden afgeweken van de onderhavige bepaling. Tegengeworpen zou echter kunnen worden dat uit de parlementaire geschiedenis naar voren komt dat de afdeling een regelend karakter kent en de uitzonderingen betreffende een jaarlijkse opgave van de (te verrekenen) inkomsten van artikel 138 lid 2, de betalingstermijn van artikel 140 lid 1 en de verjaringstermijn van artikel 131 lid 6 in het geheel van een verrekenbeding als betrekkelijke bijzaken kunnen worden beschouwd waaromtrent echtgenoten ook afwijkende afspraken zouden moeten kunnen maken indien tussen hen sprake is van *informed consent*. Dwingend recht is hier naar mijn mening dan ook een vorm van *overkill*.[71]

5.3.2.4 Partneralimentatie

Omdat ik in paragraaf 5.4.4 dieper in ga op het thema partneralimentatie in het kader van de beantwoording van de vraag of aanstaande echtgenoten reeds bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden een overeenkomst kunnen sluiten omtrent partneralimentatie, bespreek ik de ter zake geldende wettelijke regeling hier op beknopte wijze.

---

71 De bepaling van artikel 139 Boek 1 Burgerlijk Wetboek betreffende de opheffing van de verrekenverplichting dient te worden gezien als een equivalent van artikel 103 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en het dwingendrechtelijk karakter ervan kent daarom een andere achtergrond.

De kernbepaling met betrekking tot de door de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot mogelijk verschuldigde nahuwelijkse uitkering tot levensonderhoud is artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat echtgenoten voorafgaand aan of na de beschikking tot echtscheiding een overeenkomst kunnen sluiten waarin zij vastleggen of, en zo ja tot welk bedrag de ene echtgenoot jegens de andere zal zijn gehouden tot een uitkering in diens levensonderhoud. Tevens kunnen de echtgenoten daarin een termijn overeenkomen.

Artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stelt daarnaast in het eerste lid dat de echtgenoten in de door artikel 158 bedoelde overeenkomst – schriftelijk – kunnen bepalen dat deze niet bij rechterlijke uitspraak zal kunnen worden gewijzigd op grond van een wijziging van omstandigheden.

Dit beding vervalt op grond van lid 2 van artikel 159 indien de overeenkomst is aangegaan voorafgaand aan de indiening van het verzoek tot echtscheiding, tenzij het verzoekschrift binnen drie maanden 'na de overeenkomst' is ingediend. Niettemin kan op grond van het derde lid van artikel 159 een echtgenoot de rechter verzoeken een zodanig beding te wijzigen op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het verzoek mag worden gehouden.

Artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt voorts dat een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 158 en 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet in de weg staat aan het zogenaamde 'bijstandsverhaal' door de gemeente op grond van paragraaf 6.5 van de Wet werk en bijstand.

Tot slot stelt artikel 160 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat een verplichting van de ene echtgenoot jegens de andere om partneralimentatie te verschaffen eindigt wanneer de ontvangende echtgenoot opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat, dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd.

Indien de echtgenoten niet tot overeenstemming kunnen komen over het thema partneralimentatie, kan ieder van hen de rechter adiëren uit hoofde van artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Dit artikel geeft ook het eerste door de rechter te hanteren criterium dat in samenhang met de nadere criteria die door artikel 397 Boek 1 Burgerlijk Wetboek worden genoemd, dient te worden gelezen. Tezamen worden deze artikelen als 'wettelijke maatstaven' betiteld, die ook relevant kunnen zijn voor echtgenoten die een overeenkomst als bedoeld in artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek met elkaar hebben gesloten.[72]

Het desbetreffende criterium houdt in dat de verzoekende echtgenoot niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, noch zich deze in redelijkheid kan verwerven (criterium van behoeftigheid). De beide in artikel 397, eerste lid Boek 1 Burgerlijk Wetboek genoemde criteria zijn respec-

72 Ik ga in paragraaf 5.4.4 nader in op het begrip 'wettelijke maatstaven'.

tievelijk de behoefte van de ontvanger en anderzijds de draagkracht van de verstrekker van partneralimentatie.

Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat – aansluitend bij artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – enkele regels van procedurele aard, waarvan met name van belang zijn artikel 399 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat de rechter een matigingsrecht geeft op grond van gedragingen van de alimentatiegerechtigde, artikel 400 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat de prioriteit van kinderalimentatie boven andere onderhoudsverplichtingen vastlegt en artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat overeenkomsten waarin van het bij het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, nietig verklaart.

Artikel 401 lid 1, eerste volzin Boek 1 Burgerlijk Wetboek verleent de rechter de bevoegdheid om de door de echtgenoten gesloten overeenkomst over partneralimentatie te wijzigen of in te trekken, wanneer deze nadien door wijziging van omstandigheden ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen. De tweede volzin van dit lid bepaalt echter dat het desbetreffende verzoek niet van toepassing is op een door de echtgenoten in hun overeenkomst vastgelegde termijn. Deze kan op grond van het tweede lid van artikel 401 desverzocht slechts door de rechter worden gewijzigd ingeval van zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat ongewijzigde handhaving van de overeengekomen termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de verzoeker kan worden gevergd.

Wel bepaalt het derde lid van artikel 401 dat de echtgenoten kunnen overeenkomen dat de eerste volzin van het eerste lid ook toepassing vindt op de door hen overeengekomen termijn.

Artikel 401 lid 5 maakt duidelijk dat de door de echtgenoten gesloten overeenkomst ter zake van partneralimentatie desverlangd ook door de rechter kan worden gewijzigd of ingetrokken indien deze is aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven.

Tot slot legt artikel 402a Boek 1 Burgerlijk Wetboek een indexering van de overeengekomen partneralimentatie op aan de gewezen echtgenoten, tenzij ervoor hebben gekozen om deze bij overeenkomst geheel of voor een bepaalde periode uit te sluiten.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het echtgenoten tijdens hun huwelijk of na echtscheiding vrij staat om bij echtscheidingsconvenant zelf te bepalen of en zo ja, gedurende welke periode, door de ene aan de andere echtgenote een uitkering zal worden gedaan uit hoofde van levensonderhoud.[73]

73 In paragraaf 5.4.4 bespreek ik in hoeverre aanstaande echtgenoten voorafgaand aan hun huwelijk bindende afspraken kunnen maken over het al dan niet verschuldigd zijn van nahuwelijkse partneralimentatie. Hetgeen daar wordt opgemerkt in het verband van huwelijkse voorwaarden geldt in beginsel ook voor een voorhuwelijkse onderhandse overeenkomst.

Indien zij daarbij de 'wettelijke maatstaven' uitsluiten (hetgeen mogelijk is op grond van het bepaalde in artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek)[74] en in plaats daarvan uitgaan van eigen criteria, resteren als door de wet gestelde restricties slechts het vormvoorschrift van artikel 159 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, de tijdsbepaling van artikel 159 lid 2 en het bepaalde in artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek en kan in hoogst uitzonderlijke situaties de rechter voorts door een van de echtgenoten worden verzocht om de overeenkomst betreffende partneralimentatie aan te passen ex artikel 159 lid 3 en artikel 401 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Tevens kunnen de echtgenoten niet bij overeenkomst afwijken van de in het eerste lid van artikel 400 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven prioriteringsregel, die nauw aansluit bij het bepaalde in artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[75]

Dat echtgenoten wel kunnen afwijken van de wettelijke bepaling dat de alimentatieplicht eindigt ingeval de alimentatiegerechtigde opnieuw in het huwelijk treedt of gaat samenwonen als ware zij gehuwd is bevestigd door de Hoge Raad.[76]

Het behoeft naar mijn mening geen betoog dat de afspraken die echtgenoten in hun echtscheidingsconvenant hebben gemaakt ter zake van het verstrekken van partneralimentatie, worden voorafgegaan door een duidelijke considerans waarin zij helder uiteenzetten wat hun waar het dit thema betreft voor ogen heeft gestaan en waarin zij de overwegingen vastleggen die tot de desbetreffende afspraken hebben geleid.

5.3.2.5 Pensioenrechten

In Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek schrijft artikel 155 voor dat indien een echtgenoot gedurende het huwelijk pensioenaanspraken heeft opgebouwd, de andere echtgenoot recht heeft op pensioenverevening krachtens de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, tenzij de echtgenoten de toepasselijkheid van deze wet hebben uitgesloten op de wijze die in de desbetreffende wet is voorzien.[77]

Artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek sluit hierbij aan waar het bepaalt dat pensioenrechten waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van toepassing is, alsmede de met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet in de huwelijksgemeenschap vallen.

---

74 Vgl. HR 15 november 1974, NJ 1976, 122 m.nt. EAAL. Zie hieromtrent ook De Boer die spreekt over *de vergaande vrijheid, door de wet aan de echtgenoten verleend*; Asser-De Boer, 2010, p. 536.

75 Naar huidig recht moet voorts worden aangenomen dat het niet mogelijk is om af te zien van uitkeringen tijdens de duur van het echtscheidingsgeding; vgl. HR 19 april 1974, *NJ* 1975, 237 m.nt EAAL.

76 HR 22 juli 1981, *NJ* 1982, 12 m.nt. EAAL.

77 Ik laat het bepaalde in artikel 153 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zake van het zogenaamde pensioenverweer buiten beschouwing.

De wetgever heeft derhalve voorzien in een eigen regime voor pensioenrechten dat van toepassing is ongeacht het huwelijksgoederenstelsel dat tussen de echtgenoten geldt. Dit regime houdt in dat een echtgenoot op grond van het tweede lid van artikel 2 in samenhang gelezen met artikel 3 lid 1 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, recht heeft op de helft van het ouderdomspensioen dat door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk is opgebouwd.

De genoemde wet (hierna: WVPS) is niet dwingendrechtelijk van karakter[78] en biedt echtgenoten in artikel 2 lid 1 WVPS dan ook de mogelijkheid om bij huwelijkse voorwaarden of bij een 'bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding', de toepasselijkheid van de WVPS uit te sluiten.

Voorts stelt de WVPS een uitgewerkt alternatief ter beschikking aan de echtgenoten voor de hiervoor weergegeven hoofdvorm van verevening, te weten de zogenaamde *conversie*, die in artikel 6 wordt uitgewerkt.

Conversie leidt ertoe dat er zelfstandige ouderdomspensioenrechten ontstaan in plaats van de afhankelijke rechten die door verevening worden gecreëerd. Het staat echtgenoten vrij voor deze variant te kiezen; doen zij dit niet dan geldt de zojuist besproken hoofdregel. Beter ware het mijns inziens echter dat de WVPS echtgenoten dwingt tot een actieve keuze voor alleen verevening, conversie, een eigen invulling of het geheel uitsluiten van pensioendeling.[79]

Daarnaast bepaalt artikel 4 WVPS dat het de echtgenoten vrij staat om bij huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant in afwijking van het bepaalde in artikel 3 lid 1, een ander percentage vast te stellen en de periode waarop de verevening betrekking heeft te wijzigen, in afwijking van de huwelijkse periode die in hetzelfde artikellid onder letter a. wordt genoemd.

Omtrent de verhouding tussen uitsluiting van de WVPS en het bepaalde in artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan in de literatuur verschillende opinies.

Bollen-Vandenboorn neemt zonder meer aan dat indien de werking van de WVPS wordt uitgesloten door echtgenoten tussen wie de huwelijksgemeenschap van kracht is, *de toepassing van de bijzondere regeling wordt uitgesloten en het pensioen vanaf dat moment in de huwelijksgemeenschap valt*.[80]

Bod betoogt daarentegen – m.i. terecht – dat artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ook ingeval van uitsluiting van de WVPS door de echtgenoten zijn zelfstandige werking behoudt. In zijn visie zijn op grond van het bepaalde in het vierde lid van artikel 94, de pensioenrechten onttrokken aan

78 Vgl. Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 193.

79 Vgl. het onderzoeksrapport *10 Jaar Wet pensioenverevening bij scheiding* (Competence Centre for Pension Research van de Universiteit van Tilburg, 2005) waarin onder meer wordt aanbevolen om in deze wet aan conversie een positie toe te kennen die gelijkwaardig is aan de huidige standaardverevening. Over dit rapport: Dietvorst, 2007.

80 Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 193.

de huwelijksgemeenschap, ongeacht het huwelijksgoederenregime dat opgeld doet.[81]

Mij spreekt de opvatting van Bod aan omdat deze wetssystematisch zuiver is. Niettemin moet worden erkend dat de uitvoerige onderbouwing van haar standpunt door Bollen-Vandenboorn overtuigend is.[82]

Zekerheidhalve doen echtgenoten er daarom goed aan om, ingeval zij de WVPS uitsluiten, tevens uitdrukkelijk in hun huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant op te nemen welke regeling zij wensen te treffen ten aanzien van de door (een van) hen opgebouwde pensioenrechten.[83]

Geconcludeerd kan worden dat de WVPS een toonbeeld is van wetgeving die contractvrijheid sterk benadrukt maar tegelijkertijd uitdrukking geeft aan het rechtsbeginsel solidariteit door maatschappelijk gedragen normen te verwoorden waarvan (aanstaande) echtgenoten echter desgewenst kunnen afwijken. De bedoelde norm is ingeval van de WVPS dat de ouderdomspensioenrechten die tijdens het huwelijk worden opgebouwd door ieder van de echtgenoten, voor gelijke delen toekomen aan beide echtgenoten.[84]

Het recht op het zogenaamde 'bijzonder nabestaandenpensioen' wordt geregeld in artikel 57 van de Pensioenwet 2007.

Dit artikel bepaalt in lid 1 dat indien de partnerrelatie van een deelnemer eindigt door scheiding, de gewezen partner van de deelnemer een zodanige aanspraak op partnerpensioen verkrijgt als de deelnemer ten behoeve van die gewezen partner zou hebben behouden indien op het tijdstip van scheiding zijn deelneming zou zijn geëindigd.

In het vierde lid van dit artikel wordt echtgenoten vervolgens de mogelijkheid geboden om bij 'voorwaarden in verband met de partnerrelatie' of een schriftelijk gesloten overeenkomst met betrekking tot de scheiding, anders overeen te komen. Wel geldt dan de voorwaarde dat de pensioenuitvoerder met hetgeen wordt overeengekomen in dient te stemmen.

5.3.2.6 Tweede huwelijk met dezelfde echtgenoot

Artikel 166 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat ingeval echtgenoten na echtscheiding voor de tweede keer met elkaar in het huwelijk treden, alle gevolgen van het eerste huwelijk van rechtswege herleven alsof geen echtscheiding had plaatsgevonden.

---

81 Bod, 1995, p. 894.

82 Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 195-197.

83 Ik merk voor de goede orde op dat pensioenrechten waarop de WVPS geen betrekking heeft, een bestanddeel van de huwelijksgemeenschap vormen waarop de door de Hoge Raad in het arrest *Boon-Van Loon* (HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503 m.nt. EAAL en WHH) geformuleerde regels toegepast dienen te worden; zo ook Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 188.

84 Het door mij in hoofdstuk 9 uitgewerkte wetsvoorstel is waar het dit facet betreft dan ook mede-geïnspireerd door de WVPS.

Indien echtgenoten dit gevolg willen verhinderen, dienen zij voorafgaand aan hun tweede huwelijk huwelijkse voorwaarden op te stellen, zij het dat daartoe op de voet van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek de goedkeuring van de rechter is vereist, zo stipuleert de laatste volzin van artikel 166.

Bij de inwerkingtreding per 1 januari 2012 van het genoemde wetsvoorstel 28 867 vervalt artikel 119 en daarmee ook de desbetreffende laatste volzin van artikel 166. Deze wetswijziging brengt mitsdien het schrappen van een naar mijn oordeel onnodige inperking van de partijautonomie van echtgenoten die opnieuw met elkaar in het huwelijk treden, mee.

Dit neemt niet weg dat het mijn voorkeur zou hebben gehad indien artikel 166 zelf zou zijn geëcarteerd door het bedoelde wetsvoorstel omdat het in zeker opzicht een belemmering vormt van de contractvrijheid van echtgenoten die met elkaar hertrouwen, zonder dat daaraan overwegingen van solidariteit ten grondslag liggen, aangezien de bepaling wortelt in derdenbescherming.[85]

5.3.2.7 Analyse

Het voorgaande evaluerend, kan worden vastgesteld dat echtgenoten bij het regelen van hun echtscheiding weinig inbreuken op hun contractvrijheid behoeven te dulden. Het leeuwendeel van de alsdan relevante wetsbepalingen is van regelend recht en een ander gedeelte bevat procedurele voorschriften die in veel gevallen niet of slechts ten dele van belang zijn.

Echtgenoten die willen scheiden staan derhalve weinig tot geen obstakels in de weg bij het maken van afspraken in een echtscheidingsconvenant (in enge zin: zie hierna) over de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap, de uitleg en uitvoering van een in huwelijkse voorwaarden opgenomen inkomensverrekenbeding, de door ieder van hen opgebouwde pensioenrechten en partneralimentatie.[86]

Zo kunnen zij bijvoorbeeld overeenkomen om hun te ontbinden huwelijksgemeenschap te verdelen in dier voege dat de man daarvan twintig procent ontvangt en de vrouw tachtig procent, kunnen zij een door hen in hun huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenovereenkomst buiten werking stellen of daaraan een andere inhoud toekennen, staat het hun vrij om alsnog een verrekenbeding overeen te komen ingeval zij bij huwelijkse voorwaarden een zogenaamde *koude uitsluiting* overeen waren gekomen[87] en kunnen zij de toepasselijkheid van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding alsnog buiten werking stellen.

Aangenomen moet worden dat echtgenoten geen beperkte huwelijksgemeenschap kunnen overeenkomen bij echtscheidingsconvenant die concreet door hen benoemde vermogensbestanddelen omvat. Op het eerste gezicht

85 Vgl. Asser-De Boer, 2010, p. 554.

86 Eventuele bestaande fiscale knelpunten laat ik buiten beschouwing.

87 Dat een inkomensverrekenbeding ook in een echtscheidingsconvenant kan worden opgenomen blijkt uit het – in hoofdstuk 7 uitvoerig door mij besproken – arrest HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399, overweging 4.2 (*Contrair gedrag).*

lijkt het dan niet te gaan om een goederenrechtelijke regeling *in abstracto* die in huwelijkse voorwaarden dient te worden opgenomen,[88] zodat – consequent geredeneerd – de desbetreffende regeling opgenomen zou kunnen worden in een echtscheidingsconvenant.[89] Het wezen van de huwelijksgemeenschap houdt echter in dat de omvang daarvan strikt genomen pas vaststaat bij de ontbinding daarvan en daarom moet de onderhavige beperkte huwelijksgemeenschap toch een abstract karakter worden toegedicht.[90]

Praktisch bezien ligt hier echter geen groot probleem omdat in het echtscheidingsconvenant immers voor een obligatoire oplossing kan worden gekozen die erin bestaat dat tussen de echtgenoten wordt afgerekend alsof tussen hen de bedoelde beperkte huwelijksgemeenschap bestond.[91]

Wat tot slot opvalt is dat de wettelijke bepalingen die een rol spelen ingeval van echtscheiding op een tamelijk onoverzichtelijke wijze zijn verspreid over verschillende titels, waarbij de wetsartikelen die betrekking hebben op partneralimentatie de kroon spannen.

Het zou dan ook aanbeveling verdienen om hierin meer lijn aan te brengen en te komen tot een eenduidige regeling in één titel, hetgeen de transparantie sterk zou bevorderen.[92]

5.3.3 De verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

5.3.3.1 Inleiding

Na in de voorgaande paragraaf een inventarisatie te hebben gemaakt van de mate waarin echtgenoten ten tijde van hun echtscheiding gebruik kunnen maken van hun contractvrijheid bij het regelen van de materieelrechtelijke gevolgen van de scheiding door het sluiten van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – het echtscheidingsconvenant –, wil ik in deze paragraaf stil staan bij respectievelijk het karakter van de desbetreffende overeenkomst en de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant.

---

88 Ook Kraan acht een dergelijke figuur niet mogelijk; Kraan, 1995 p. 99. Hidma sluit zich in dezen bij hem aan; Hidma, 1995, p. 296.

89 Voor de goede orde merk ik op dat dit naar mijn oordeel geen strijd zou opleveren met artikel 122 Boek 1 Burgerlijk Wetboek omdat huwelijkse voorwaarden alleen als vormvoorschrift gelden voor regelingen die *in abstracto* afwijken van het bepaalde in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Vgl. ook HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 341 waarin de Hoge Raad goederenrechtelijke werking lijkt te willen verlenen aan een echtscheidingsconvenant in enge zin.

90 Vgl. ook HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 544. In tegenstelling tot Kraan (Kraan 1995, p. 99) maak ik geen terminologisch onderscheid tussen '*in abstracto*' en 'abstract karakter'. In beide gevallen betreft het regelingen die in wezen abstract zijn en niet gericht op een concreet doel zoals bijvoorbeeld een bepaalde echtscheiding of het benoemen van een bepaald verknocht goed zoals door mij besproken in paragraaf 4.4.2.2.

91 Deze oplossing biedt in economische zin soulaas maar voorkomt fiscaal beschouwd niet dat overdrachtsbelasting wordt geheven ingeval het om een registergoed zou handelen.

92 In hoofdstuk 9 geef ik hiervan een proeve.

5.3.3.2 Het grensvlak tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

Het echtscheidingsconvenant heeft een onomstreden plaats gekregen in het huwelijksvermogensrecht door het arrest van de Hoge Raad d.d. 26 januari 1979 (*Stamproy-Lelystad*).[93] Hierin overweegt dit rechtscollege:

> Uit artikel 155 van Boek 1 BW blijkt dat de wetgever bij de regeling van de echtscheiding in de Wet herziening echtscheidingsrecht er, overeenkomstig een reeds jaren bestaande praktijk, van is uitgegaan dat echtgenoten met het oog op een door hen voorgenomen echtscheiding hun vermogensrechtelijke betrekkingen kunnen regelen, zonder dat een dergelijke regeling aan een bepaalde vorm is gebonden.

Vervolgens verwerpt het de zienswijze van het hof dat in tweede instantie had bepaald dat:

> (...) het beding in deze overeenkomst krachtens hetwelk wordt afgeweken van de verdeling bij helften van de goederengemeenschap de overeenkomst stempelt tot een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, die bij gebreke van de daarvoor voorgeschreven vormvereisten krachteloos is.

In zijn conclusie bij het arrest stelt A.-G. Ten Kate:

> (…) het enkele feit dat een beding in een echtscheidingsconvenant is opgenomen, behoeft niet mee te brengen dat het beding naar zijn aard geen regeling van huwelijkse voorwaarden zou kunnen zijn. Dit hangt mede af van wat men onder "echtscheidingsconvenant" verstaat.

Ten Kate geeft verderop in zijn betoog eerst zijn definitie van huwelijkse voorwaarden als:

> (…) elk vóór of tijdens het huwelijk overeengekomen verblijvingsbeding of toescheidingsbeding (…), aangezien daarbij in abstracto een regeling wordt gegeven omtrent de afwikkeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap in afwijking van de in art. 100 aangegeven breukdelen (…)

en betoogt daarna:

> Ook indien bij ongelijke verdeling van de tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen de ander bij een overeenkomst als vorenbedoeld een tegenvordering in geld krijgt toegedeeld is hier een beschikken, dat zeer ingrijpend kan zijn, in afwijking van de in art. 100 in abstracto bepaalde verdelingsbreuk betr. deze goederen.

Dit vormt voor Ten Kate de reden voor zijn oordeel dat *ook zodanige bij voorbaat in abstracto getroffen regeling* in beginsel dient te worden vastgelegd in huwelijkse voorwaarden. Deze redenering kan ik niet goed volgen omdat in een dergelijke situatie toch geen sprake is van een afspraak *in abstracto*, doch van een door de echtgenoten *in concreto* getroffen regeling die daarom niet in huwelijkse voorwaarden zou behoeven te worden opgenomen.

93 HR 26 januari 1979, *NJ* 1980, 19 m.nt. EAAL.

De A.-G. redeneert voorts dat voor echtgenoten in hun keuze voor een goederenrechtelijk regime, de wijze waarop dit stelsel uitwerkt aan het einde van het huwelijk van belang kan zijn, en hij merkt in dit verband op:

> Dat er eens een einde komt, staat vast. Onzeker is alleen welke oorzaak het einde zal hebben en wanneer dit zal vallen. In dit licht is het begrijpelijk dat bedingen die een afwijkende regeling geven van het normale afwikkelingsgevolg aan het einde van het gekozen regiem, dus met name ook van art. 100 lid 1 Boek 1 BW, tot de huwelijksvoorwaarden worden gerekend.

Dit is een juiste observatie indien er van uit wordt gegaan dat Ten Kate hier doelt op bedingen *in abstracto*, hetgeen ik aanneem omdat hij verderop concludeert:

> Terecht schijnt mij dan ook dat zodanige regeling, die niet op een gegeven beëindiging is gericht en daardoor is geconcretiseerd, slechts rechtsgeldig in huwelijkse voorwaarden kan worden getroffen.

Hierbij sluit ook logisch aan zijn onderstaande zienswijze met betrekking tot het echtscheidingsconvenant:

> Anders is de situatie echter, indien pp. met het oog op een door hen als onafwendbaar geziene scheiding onderling de totstandkoming daarvan en de gevolgen daarvan in de concreet gegeven toestand regelen. Dit is de overeenkomst die naar mijn mening de benaming echtscheidingsconvenant verdient. (…) Ze was in het oude recht in art. 292 ten aanzien van de scheiding van tafel en bed en ze is in het nieuwe recht over de gehele linie in de artt. 155-159 Boek 1 BW erkend. Deze overeenkomst hangt van de voorwaarde af, dat de voorziene scheiding inderdaad volgt. Zouden pp. zich alsnog verzoenen of zou de scheiding op een andere omstandigheid afstuiten, dan zal deze overeenkomst – gebed als ze is in de concrete situatie – in het algemeen haar kracht verliezen. De overeenkomst beoogt immers geen stramien voor welke scheiding dan ook te scheppen. Ze mist het naar aard meer abstracte karakter van huwelijkse voorwaarden, waarin niet bij voorbaat kan worden voorzien welke goederen er straks bij het einde zullen zijn en hoe de financiële positie van de echtgenoten zich dan zal hebben ontwikkeld.

Doorredenerend stelt Ten Kate dat de echtgenoten in hun echtscheidingsconvenant in beginsel uit zullen gaan van de gevolgen die het voor hen vigerende huwelijksvermogensrechtelijke regime heeft. Desalniettemin staat het hun vrij om de desbetreffende afwikkeling te regelen zoals zij dat willen, omdat het convenant uitsluitend werking heeft na de voorziene ontbinding van de huwelijksgemeenschap:

> Daarmee stellen zij art. 100 lid 1 Boek 1 BW niet buiten werking. Dat artikel dwingt pp. niet tot metterdaadse deling bij helfte, ook nadat de scheiding van hun huwelijk een feit is. Het geeft pp. alleen daar recht op.

Aangezien het in dezen derhalve niet gaat om een regeling *in abstracto* ter zake van een afwijking van de regels van de huwelijksgemeenschap, is het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden niet aan de orde en volstaat een onderhandse overeenkomst, in welke gedachtegang ik mij volledig kan vinden.

Ten Kate rondt zijn betoog af met onderstaande vaststelling:

> Nu dit een en ander in ieder geval het geval is na scheiding of ontbinding van het huwelijk, valt niet in te zien, waarom dit anders zou zijn ten aanzien van een concrete afwikkeling van de gevolgen bij voorbaat, getroffen juist met het oog op deze scheiding of ontbinding van het huwelijk.

Dit betreft een voorwaardelijk echtscheidingsconvenant waarin de – opschortende – voorwaarde ziet op de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, een constructie die noodzakelijk is op grond van het bepaalde in artikel 99 lid 1 sub a Boek 1 Burgerlijk Wetboek en waartegen geen bezwaar bestaat.

Luijten stelt zich – evenals Lubbers – de vraag wat de Hoge Raad heeft bedoeld: behoefde de overeenkomst in casu in diens visie niet te voldoen aan het vormvereiste van de authentieke akte omdat het materieel beschouwd niet als zodanig wordt gekwalificeerd of betreft het hier een uitzondering op de hoofdregel?

Waar hij omtrent de beantwoording daarvan nog aarzelde in zijn annotatie bij het arrest, komt Luijten later terecht tot de overtuiging dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat *het convenant vormvrij is juist omdat het materieel geen huwelijksvoorwaarden is*.[94]

Mijns inziens geeft de uitspraak op dit cruciale punt echter volledige duidelijkheid ten gunste van de eerstgenoemde mogelijkheid indien ook de uitvoerige conclusie van de A.-G. er bij wordt betrokken, waaruit door mij hiervoor is geciteerd en behoeft een nadere exegese derhalve niet plaats te vinden.

Het arrest heeft geleid tot een wijziging van de tekst van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Daaraan werd toegevoegd dat echtgenoten ook bij een overeenkomst die tussen hen bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden, kunnen bepalen dat zij geen gelijk aandeel hebben in de ontbonden huwelijksgemeenschap maar door hen zelf vastgestelde aandelen.

Het betreft hier wat ik zou willen definiëren als het echtscheidingsconvenant in *enge zin*: een echtscheidingsconvenant dat concrete afspraken bevat omtrent de gevolgen van een reële, aanstaande echtscheiding.[95]

---

94 Luijten, 1986 (A), p. 92, alsmede in diens annotatie bij het onderwerpelijke arrest. Lubbers is van mening dat de Hoge Raad zich noch onomwonden voor het een uitspreekt, noch voor het ander en houdt het er op dat wel de vraag is beantwoord of een convenant vormvrij is, doch de Hoge Raad daarvoor een motivering heeft gebruikt die geen blijk geeft van het innemen van een standpunt ter zake van de uiteenlopende beschrijvingen van het begrip huwelijkse voorwaarden, mijns inziens derhalve ten onrechte; Lubbers, 1979, p. 400.

95 Onder echtscheidingsconvenant in ruime zin zou verstaan kunnen worden: elke onderhandse overeenkomst die regelingen ter zake van de gevolgen van een eventuele echtscheiding bevat, voor welke regelingen niet het vormvereiste van huwelijkse voorwaarden geldt.

Enerzijds zou naar mijn oordeel kunnen worden gesteld dat de desbetreffende wijziging – gezien de bovenstaande definitie van het echtscheidingsconvenant – overbodig is omdat het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden überhaupt niet van toepassing is op een overeenkomst *in concreto*, anderzijds is het wenselijk dat hiermee vaststaat dat het om een *schriftelijke* overeenkomst dient te gaan.[96]

Voorts maakt de huidige redactie van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek duidelijk dat het een overeenkomst betreft die is gesloten 'met het oog op de *aanstaande* ontbinding der gemeenschap' door echtscheiding.

Dit restrictieve vereiste beperkt de contractvrijheid van echtgenoten op onnodige wijze. Immers, nu duidelijk is dat het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden slechts ziet op regelingen *in abstracto* die van de ten aanzien van de huwelijksgemeenschap door de wet gestelde regels afwijken, zou niets zich ertegen verzetten dat echtgenoten in een veel eerder stadium van hun huwelijk of zelfs voorafgaand daaraan een overeenkomst *in concreto* met elkaar sluiten ter zake van een eventuele echtscheiding, al beogen zij die op dat moment vanzelfsprekend nog niet.[97] Ik zou een daartoe strekkende wetswijziging dan ook willen bepleiten.

Ik haal in dit verband De Boer[98] aan die stelt dat een echtscheidingsconvenant in beginsel ook geldig kan worden gesloten vóór het huwelijk, mits de inhoud ervan geen afbreuk doet aan 'dwingende elementen van het huwelijk'.[99]

Ondanks mijn principiële pleidooi voor het schrappen van het woordje 'aanstaande' uit de huidige tekst van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, ben ik van mening dat voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden zijn te prefereren boven de meest vergaande variant die dan mogelijk zou zijn, te weten een voorhuwelijks echtscheidingsconvenant, omdat huwelijkse voorwaarden in elk geval in een professionele context tot stand komen.[100]

Voorts acht ik de samenhang tussen de regelingen die zien op echtscheiding en de huwelijkse regelingen cruciaal en komt een voorhuwelijks echtscheidingsconvenant *sec* mij overigens voor een gekunstelde figuur te zijn.

---

96 Tekstueel bezien zou het de voorkeur hebben verdiend indien het gedeelte van de tekst dat stelt: 'anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden' had geluid: 'door het eindigen van het huwelijk door echtscheiding'.

97 Wel zou gesteld kunnen worden dat het niet goed denkbaar is om regelingen *in concreto* te treffen indien geen sprake is van een reële echtscheiding: in deze zienswijze zou 'aanstaande' het concrete karakter van de in het echtscheidingsconvenant opgenomen regelingen accentueren. Ik acht een dergelijke uitleg echter niet bevredigend.

98 Asser-De Boer, 2010, p. 482. Vgl. voorts: Meijer, 2008, p. 19 en tevens HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 341 m.nt. WMK.

99 Het is niet duidelijk of De Boer hier doelt op het onderscheid tussen afspraken *in concreto* versus afspraken *in abstracto*.

100 Dit neemt overigens mijn in paragraaf 5.7 weergegeven kritiek op de functie van de notariële tussenkomst niet weg. In hoofdstuk 9 bepleit ik een wettelijk stelsel dat onder meer inhoudt dat ook ter zake van het opstellen van een scheidingsconvenant de tussenkomst van een deskundige is vereist.

Gezien de huidige wettekst dienen echtgenoten echter vooreerst hun toevlucht te nemen tot huwelijkse voorwaarden indien zij voorafgaande aan of tijdens hun huwelijk *in abstracto* of *in concreto* regelingen wensen te treffen ter zake van een eventuele echtscheiding die een afwijking van de regels van de huwelijksgemeenschap meebrengen.

Een afwijking van de regeling die het aandeel van ieder der echtgenoten in de ontbonden huwelijksgemeenschap bepaalt spreekt hierbij het meest tot de verbeelding maar het betreft uiteraard ook andere denkbare afwijkingen van het bepaalde in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Zodra echtgenoten echter daadwerkelijk een echtscheiding beogen, kunnen zij overstappen op het onderhandse, schriftelijke echtscheidingsconvenant – in enge zin – indien zij concrete regelingen met elkaar willen treffen ten aanzien van de desbetreffende voorgenomen ontbinding van hun huwelijksgemeenschap.

In deze specifieke context vervalt het vormvereiste van huwelijkse voorwaarden ten aanzien van die bedingen waarvoor dit vormvoorschrift buiten deze context wel aan de orde is.

Ook artikel 159 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat in dit opzicht een obstakel in de vorm van een wettelijke vervaltermijn. Deze brengt mee dat een door de echtgenoten in hun partneralimentatieovereenkomst ex artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen beding, inhoudende dat de bedoelde overeenkomst niet bij rechterlijke uitspraak gewijzigd zal kunnen worden op grond van een wijziging van omstandigheden, vervalt indien deze is aangegaan 'vóór de indiening van het verzoek tot echtscheiding', tenzij dit binnen drie maanden 'na de overeenkomst' is ingediend.

Deze hindernis van dwingend recht is ongetwijfeld ingegeven door overwegingen van postmaritale solidariteit, welk beginsel ook aan de onderhoudsregeling *an sich* ten grondslag ligt.[101]

Uiteraard moet erkend worden dat voor deze overwegingen ook iets te zeggen valt. Anderzijds is de vraag gerechtvaardigd of de wetgever niet kan volstaan met het bepaalde in het derde lid van artikel 159 dat de rechter – ook ingeval van een geldig beding – de mogelijkheid biedt om de desbetreffende partneralimentatieovereenkomst te wijzigen 'op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding mag worden gehouden.'

Ik zou deze vraag bevestigend willen beantwoorden, zij het dat ik de woorden 'zo ingrijpende' in dat geval uit de geciteerde passage zou willen schrappen.

Hierdoor zou worden bereikt dat de in mijn opvatting duidelijke afbakening van huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant in stand blijft, de contractvrijheid van partijen wordt gewaarborgd en toch voldoen-

101 Hidma toont mijn inziens overtuigend aan dat dit obstakel kan worden omzeild; Hidma, 1979 (B), p. 556 en 557. Ik ga in paragraaf 5.4.4.2 nader op de door hem gevonden oplossing in.

de ruimte overblijft voor een correctie door de rechter uit hoofde van het rechtsbeginsel van solidariteit.

Het voorgaande betekent beslist niet dat ik van mening zou zijn dat de huidige constellatie verdedigbaar is, waarbij echtgenoten die de gevolgen van hun huwelijk *in abstracto* willen regelen zich voor huwelijkse voorwaarden tot een notaris moeten wenden teneinde diens veronderstelde bescherming te genieten en – ingeval van het aangaan of wijzigen daarvan tijdens het huwelijk –, tot 1 januari 2012 daarnaast ook de rechter dienen in te schakelen, terwijl echtgenoten die hun echtscheiding bij onderhandse overeenkomst willen regelen het daarbij zonder bescherming zouden kunnen stellen.[102]

Het vormvrije echtscheidingsconvenant mag oude papieren hebben in de visie van de Hoge Raad maar dat argument maakt dit fenomeen naar mijn oordeel niet tot een wenselijke rechtsfiguur die in de huidige tijd gehandhaafd kan blijven, ook niet nu bij de hiervoor besproken aanpassing van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek het schriftelijkheidsvereiste wettelijk is vastgelegd waar het betreft een gewenste afwijking van de verdeling van de huwelijksgemeenschap bij helfte.[103] [104]

Luijten bespreekt mede naar aanleiding van dit arrest de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant[105] en constateert dat tussen beide rechtsfiguren in de rechtspraktijk 'een grotere samenhang blijkt te bestaan dan men op het eerste gezicht zou vermoeden':

> Enerzijds hebben jonge mensen, die een huwelijk aangaan, thans voldoende realiteitszin om een mislukking mogelijk te achten en wensen daaromtrent reeds afspraken te maken. Anderzijds overwegen echtgenoten, die besloten hebben hun huwelijk te doen ontbinden, of zij via huwelijksvoorwaarden nog wijzigingen kunnen aanbrengen in hun goederenstelsel, die tot een goede echtscheidingsregeling zouden kunnen bijdragen.[106]

---

102 Verdedigd zou wellicht kunnen worden dat door de voorgeschreven rol van de advocaat in een echtscheidingsprocedure indirect toch sprake is van de tussenkomst van een gekwalificeerd jurist bij het opstellen van het echtscheidingsconvenant. Gezien het feit echter dat de overgrote meerderheid van de advocaten geen bijzondere kwalificaties heeft op het terrein van het echtscheidingsrecht, acht ik dit argument weinig overtuigend.

103 Luijten brengt artikel 292 Boek 1 Burgerlijk Wetboek uit het voorafgaand aan de invoering van de Wet herziening echtscheidingsrecht van 6 mei 1971 (*Stb.* 290, in werking getreden op 1 oktober 1971) geldende echtscheidingsrecht in herinnering dat luidde: *Alvorens scheiding van tafel en bed te vragen, zijn de echtgenooten verpligt, bij eene authentieke akte, alle de voorwaarden dier scheiding te regelen, zoo wel te hunnen opzigte als ten aanzien van de uitoefening van de ouderlijke magt en de verzorging en opvoeding hunner kinderen*. Indien echtgenoten deze tussenstap maakten, konden zij vervolgens vijf jaar later echtscheiding vorderen. Hiermee wordt duidelijk dat notariële tussenkomst – zij het via de omweg van de scheiding van tafel en bed – voorheen was voorgeschreven ter zake van het 'echtscheidingsconvenant'; Luijten, 1986 (B), p. 254. Tevens blijkt hieruit dat het ouderschapsplan oude papieren heeft.

104 Ik kom terug op dit punt in paragraaf 5.7.2.

105 Luijten, 1986 (A) en 1986 (B).

106 Luijten, 1986 (A), p. 83.

Voorts bestaat er geen strenge scheiding in tijdsorde meer. Huwelijkse voorwaarden kunnen ook tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd en het echtscheidingsconvenant kan voorafgaand aan de echtscheidingsprocedure worden gesloten. Luijten stelt dan:

> Bij analyse blijken de raakpunten en mogelijke overlappingen (…) daar te liggen waar 1. partijen nog tegenover elkaar staan als echtgenoten, en 2. hun onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen regelen, anders dan alleen op het terrein van het levensonderhoud.[107]

Dit is een moeilijk begaanbaar gebied waarop echter houvast wordt gevonden door het maken van onderscheid tussen regelingen die *in abstracto* afwijken van de voor de huwelijksgemeenschap gestelde regels enerzijds en regelingen *in concreto* die zien op echtscheiding.

De eerstgenoemde categorie regelingen dient noodzakelijk in huwelijkse voorwaarden te worden neergelegd, de tweede categorie regelingen mag in huwelijkse voorwaarden worden opgenomen maar kan ook in een schriftelijk echtscheidingsconvenant worden vastgelegd.[108]

Uiteindelijk betreft het echtscheidingsconvenant in enge zin derhalve een uitzondering op het voorschrift van huwelijkse voorwaarden. Waar anders aan dit vormvoorschrift had dienen te worden voldaan, kan dit ingeval van een concreet beoogde echtscheiding opzij worden gezet.[109]

In de meer recente literatuur wordt veelal volstaan met een verwijzing naar het in deze paragraaf door mij besproken arrest en de hier tevens door mij behandelde literatuur.[110]

Casus

Een echtpaar – ouders van twee jonge kinderen – besluit na enkele mediationgesprekken dat zij niet willen scheiden maar eigenlijk ook niet gehuwd willen blijven.

De achtergrond hiervan is de grote ergernis die in de voorafgaande jaren bij de vrouw is gerezen over de karakterloosheid aan de zijde van haar man. Deze stopt weinig energie in de door hem gedreven onderneming waardoor deze steeds op de rand van faillissement balanceert maar is ook niet bereid om een baan in loondienst te gaan zoeken. Financieel wordt hij tot deze levenswijze in staat gesteld door toelagen van zijn ouders. De vrouw vindt echter dat een man van 43 voor zichzelf dient te zorgen.

---

107 Luijten, 1986 (A), p. 91.

108 De vraag of concrete regelingen die zien op echtscheiding ook bij huwelijkse voorwaarden kunnen worden overeengekomen, wordt besproken in paragraaf 5.4.

109 Ik beantwoord hiermee de door mij in hoofdstuk 4 gestelde vraag of er uiteindelijk veel licht bestaat tussen de opvatting aan de ene kant dat huwelijkse voorwaarden regelingen *in abstracto* betreffen – en derhalve tussen echtgenoten ook onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten die regelingen *in concreto* bevatten – en het oordeel aan de andere zijde dat een onderhandse overeenkomst tussen echtgenoten slechts mogelijk is indien deze geen gevolgen heeft voor het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten, in ontkennende zin.

110 Vgl. Asser-De Boer, 2010, p. 481 en 482 en Van Mourik, 2009 (C), p. 100 die het standpunt inneemt dat doorslaggevend zou zijn dat het echtscheidingsconvenant in het zicht van echtscheiding wordt aangegaan.

Omdat voor beide echtgenoten de zorg voor het veilig en evenwichtig opgroeien van hun kinderen voorop staat, de vrouw uit hoofde van haar geloofsovertuiging echtscheiding in beginsel afwijst en de man niet wil scheiden omdat hij van zijn vrouw houdt, wordt afgesproken dat de man de echtelijke woning blijft bewonen en de vrouw een ruim appartement in dezelfde buurt zal betrekken, daartoe in staat gesteld door haar schoonouders.

Bij huwelijkse voorwaarden wordt de huwelijksgemeenschap ontbonden en – bij dezelfde notariële akte – worden tevens de echtelijke woning en de aandelen in de besloten vennootschap aan de man toegedeeld.

Bij onderhandse vaststellingsovereenkomst wordt een ouderschapsplan overeengekomen en wordt de verdeling van de overige bestanddelen van de ontbonden huwelijksgemeenschap vastgelegd. Tevens wordt in deze overeenkomst opgenomen dat deze geldt als echtscheidingsconvenant ingeval tussen de echtgenoten toch een scheiding wordt uitgesproken binnen twee jaar na de ondertekening ervan.

5.4 Kan een echtscheiding bij voorbaat worden vormgegeven in premaritale huwelijkse voorwaarden?

5.4.1 Inleiding

Zoals hiervoor is gebleken, kunnen echtgenoten die hun echtscheiding *in concreto* wensen te regelen, hieraan naar geldend recht noch voorafgaand aan, noch in een vroegtijdig stadium van hun huwelijk in volle omvang gevolg geven bij echtscheidingsconvenant. De reden hiervoor betreft artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat stelt dat het dan om een *aanstaande* echtscheiding dient te gaan.

Ingeval zij regelingen *in abstracto* wensen te treffen die een afwijking impliceren van de voor de huwelijksgemeenschap in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven bepalingen, zullen zij steeds zijn aangewezen op het opstellen van huwelijkse voorwaarden.

In deze paragraaf wordt daarom onderzocht of aanstaande echtgenoten hun echtscheiding desgewenst in alle opzichten bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden zouden kunnen regelen bij wijze van *divorce estate planning*.[111]

De vraag naar de (on)mogelijkheid voor echtgenoten om een overeenkomst te sluiten over het al dan niet verschuldigd zijn van partneralimentatie na een echtscheiding die gehandhaafd kan worden, staat hierbij centraal.

In het voorgaande is eveneens vastgesteld dat huwelijkse voorwaarden zowel regelingen *in abstracto*, als regelingen *in concreto* kunnen bevatten en dat deze zowel openstaan voor regelingen van vermogensrechtelijke aard als voor andere bepalingen.

Tegen deze achtergrond maak ik in het navolgende geen onderscheid tussen abstracte en concrete regelingen en evenmin tussen vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke bepalingen.

111 Dit begrip is voor het eerst gebezigd door Van der Burght; Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 310.

5.4.2 *Achtergrond en zin van premaritale echtscheidingsregelingen bij huwelijkse voorwaarden*

Echtgenoten worden meer en meer *streetwise* en realiseren zich dat ondanks alle goede intenties, een groot aantal huwelijken schipbreuk leidt ruim vóór het tijdstip waarop de ene echtgenoot de andere ontvalt door overlijden.

De wens óók de (vermogensrechtelijke) gevolgen van een onverhoopte echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden te regelen voorafgaande aan de huwelijkssluiting, is derhalve begrijpelijk:

> Sharon en Paul zien hun toekomst nuchter tegemoet. Ze trouwen op huwelijkse voorwaarden, met clausules over hun pensioen en eventuele alimentatie. Ook houden ze hun eigen bankrekening, naast een gezamenlijke rekening.
> Gaan ze er diep in hun hart vanuit dat het misgaat? "Absoluut niet", zegt Paul. "Ik ben alleen nogal territoriaal ingesteld en wil gewoon dat alles zakelijk wordt geregeld. Wees realistisch, de helft van de stellen haalt het niet samen."
> Sharon: "ik werk bij een advocatenkantoor en heb het vaak genoeg zien misgaan. Liever samen overleggen nu je het nog goed kan vinden met elkaar, dan straks met problemen zitten als je uit elkaar bent.[112]

Huwelijkse voorwaarden kunnen slechts worden aangegaan in noodzakelijke relatie tot een aanstaand of een voortgaand huwelijk aldus Luijten.[113] Ik zou hieraan echter willen toevoegen: of tot een *aflopend* huwelijk, aangezien de wet voor huwelijkse voorwaarden geen restrictie bevat zoals voor het echtscheidingsconvenant vastgelegd in artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en er zich ook overigens niets tegen verzet te aanvaarden dat (aanstaande) echtgenoten hun echtscheiding bij (premaritale) huwelijkse voorwaarden vormgeven.

Van der Burght stelt in dit verband geen overwegende bezwaren te zien tegen:

> (...) het in zeer ruime mate aan de (aanstaande) echtgenoten toekennen van de bevoegdheid de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk in alle facetten te regelen.[114]

Daarnaast is door mij hiervoor al betoogd dat het huwelijkvermogensrecht en het echtscheidingsrecht nauw met elkaar zijn verbonden en deze in mijn visie in elkaar overlopen.

---

112 NRC *Next*, woensdag 11 april 2007, p. 35.

113 Luijten, 1986 (A), p. 91.

114 Pitlo-Van der Burght/Doek, p. 309. Ook Van Mourik en Verstappen achten het treffen van echtscheidingsregelingen bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden in het algemeen mogelijk; Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 473. Voorts bepaalt de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding in artikel 4 en 5 dat bij huwelijkse voorwaarden kan worden afgeweken van het bepaalde in de desbetreffende wet.

5.4.3 Regelingen ter zake van echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden

De door Luijten destijds gesignaleerde ontwikkeling[115] waarbij echtgenoten in het zicht van de echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden de wettelijke gemeenschap van goederen of een beperkte huwelijksgemeenschap invoeren teneinde de gewenste vermogensverdeling bij echtscheiding te verwezenlijken en ook fiscaal te optimaliseren, zou beschouwd kunnen worden als de opmaat voor *divorce estate planning* in enge zin. In dat geval liggen aan het civielrechtelijk handelen van de echtgenoten voornamelijk fiscale en financiele motieven ten grondslag die zijn verbonden met een concrete echtscheiding.[116]

In het kader van dit onderzoek is echter *divorce estate planning* in brede zin aan de orde, waaronder ik versta het zoveel mogelijk reeds bij voorbaat in goede banen leiden van de vermogensrechtelijke en andere juridisch relevante gevolgen van een eventuele echtscheiding.[117]

Het oogmerk is dan niet zozeer het behalen van fiscaal of ander financieel voordeel maar de nadruk ligt op het treffen van regelingen die recht doen aan de belangen van beide echtgenoten ingeval van echtscheiding, met welke getroffen regelingen zij – in taakstellende zin – in meer of mindere mate ook rekening kunnen houden tijdens hun huwelijk.

Uiteraard kan een beperkte huwelijksgemeenschap niet alleen in het zicht van de echtscheiding worden overeengekomen bij huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan maar is ook heel gebruikelijk dat deze bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden in het leven wordt geroepen.[118]

Zoals in paragraaf 5.2.4 besproken, heeft ook de praktijk van het overeenkomen van een zogenaamd finaal verrekenbeding onder de opschortende voorwaarde van echtscheiding al oude papieren en wordt deze door de Hoge Raad onderschreven.

Voorts is hetgeen hiervoor is opgemerkt over het treffen van regelingen omtrent pensioenrechten in een echtscheidingsconvenant, ook van toepassing ingeval van huwelijkse voorwaarden.

Tevens kunnen echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden overeenkomen dat tussen hen geen enkele vorm van huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap zal bestaan en dat geen verrekening van inkomen en vermo-

---

115 Luijten, 1986 (A), p. 93 en 94

116 De bedoelde rechtshandeling dient formeel nog beschouwd te worden als een regeling *in abstracto* gezien het karakter van de huwelijksgemeenschap. De omvang hiervan staat immers eerst vast op het moment dat deze wordt ontbonden. Vgl. o.a. HR 28 januari 1959, *NJ* 1959, 171. Desalniettemin zal een dergelijke regeling door de echtgenoten uiteraard bedoeld zijn als een concrete regeling waarmee door hen beoogd wordt om een geformuleerde doelstelling betreffende de verdeling van het vermogen bij de voorgenomen echtscheiding te realiseren.

117 Vgl. Schonewille, 2008 (C).

118 Vgl. bijvoorbeeld Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 310.

gen plaats zal vinden, noch tijdens het huwelijk, noch ten tijde van de ontbinding daarvan.[119] Deze zogenaamde *koude uitsluiting* komt kort aan de orde in hoofdstuk 7.

Ook bestaat er geen bezwaar als het gaat om het treffen van voorhuwelijkse regelingen over meer procedurele afspraken voor het geval van echtscheiding zoals bijvoorbeeld omtrent de voortzetting van de bewoning van de echtelijke woning.

Dat in huwelijkse voorwaarden ook familierechtelijke aspecten kunnen worden geregeld wordt door mij betoogd en onderbouwd in hoofdstuk 8.

Bovenstaande korte inventarisatie maakt duidelijk dat door aanstaande echtgenoten reeds voorafgaand aan het huwelijk in alle facetten van een echtscheiding naar eigen inzicht kan worden voorzien. De enige uitzondering hierop betreft het maken van sluitende afspraken over aanspraken op levensonderhoud na echtscheiding, welke opvatting in de literatuur althans veel wordt aangetroffen. Ik weerspreek deze opvatting echter in de volgende paragraaf.

Casus

Een samenwonend paar kiest ervoor om toch in het huwelijk te treden en wenst hun huwelijkse voorwaarden in *premarital mediation* tot stand te brengen.

De man heeft enkele jaren geleden de gevolgen van een echtscheiding in mediation geregeld en bewaart daaraan relatief goede herinneringen.

De vrouw vindt het erg belangrijk om een aantal constructieve gesprekken te voeren over de vormgeving van het huwelijk omdat zij enerzijds ooit aan den lijve heeft ervaren wat het betekent om te vertrouwen op de redelijkheid van een partner en dat vertrouwen beschaamd te zien ten tijde van de scheiding. Anderzijds is haar partner tamelijk bemiddeld en zij in het geheel niet en wil zij er geen misverstanden over laten ontstaan dat zij niet op zijn geld uit is maar desalniettemin een goede regeling wil voor het geval het huwelijk door echtscheiding eindigt.

Beiden beschouwen een echtscheiding als een reëel risico des levens dat ook hun relatie kan treffen en zij willen daarom in hun huwelijkse voorwaarden concrete afspraken maken over de financiële gevolgen die in dat geval aan de orde zijn.

In huwelijkse voorwaarden wordt – voorafgegaan door een uitvoerige considerans – onder meer bepaald dat elke huwelijksgemeenschap behoudens die van de echtelijke woning wordt uitgesloten. Voorts wordt overeengekomen dat het inkomen van de man € 100.000,= netto per jaar wordt geacht te zijn, waarmee de kosten van de huishouding zullen worden betaald, alsmede de aanvullende pensioenopbouw van de vrouw.

Het jaarlijks van het inkomen resterende bedrag valt in gelijke delen toe aan elk van beide echtgenoten. Verder ontvangt de vrouw een nettobedrag ad € 750,= per maand uit de overige inkomsten van de man die verder buiten beschouwing blijven, evenals het eigen inkomen van de vrouw.

In een kort ouderschapsplan worden de zorg- en opvoedingstaken met betrekking tot het kind uit het eerste huwelijk van de man en het gezamenlijke kind van de partners verdeeld, waarbij uitdrukkelijk rekening wordt gehouden met een relatief kleine rol daarin van de man en een relatief grote van de vrouw.

119 Vgl. Van Mourik, 2009 (C), p. 119 e.v..

Voor het geval van echtscheiding wordt aan het voorgaande toegevoegd dat de vrouw dan het recht op toedeling heeft van de echtelijke woning en zij het aandeel van de man in de overwaarde daarvan schuldig kan blijven. Verder wordt voor dat geval elke vorm van vermogensverrekening alsmede van verevening, verrekening of verdeling van pensioenrechten tussen de echtgenoten uitgesloten, evenals de toepasselijkheid van de wettelijke maatstaven ter zake van partneralimentatie. Voorts zal de man dan, naast de kinderalimentatie, de kosten van bewoning van het huis voor zijn rekening nemen bij wijze van partneralimentatie en ook een bedrag ad € 1.000,= bruto per maand aan de vrouw voldoen voor een periode van zes jaren, ook als zij hertrouwt of gaat samenwonen.[120]

Tot slot wordt vastgelegd dat het ouderschapsplan één keer per jaar zal worden besproken en aangepast, waartoe de family mediator de echtgenoten zal uitnodigen en dat het ten tijde van de echtscheiding vigerende ouderschapsplan het ouderschapsplan zal zijn dat wordt bedoeld in artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

5.4.4 De voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst[121]

Nahuwelijkse onderhoudsverplichtingen kunnen ontstaan op grond van het in artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalde; daarbij dienen de artikelen 158 tot en met 160, alsmede 397, 400 en 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek mede in aanmerking te worden genomen.[122]

De Nederlandse wetgever lijkt op het eerste gezicht een enigszins ambiguë houding in te nemen ten aanzien van de wijze waarop de uitkering tot levensonderhoud die de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot verstrekt na de ontbinding van het huwelijk, dient te worden vastgesteld.

De volgorde van de wetsartikelen die dit onderwerp behandelen wekt de indruk dat, waar het betreft de toekenning van partneralimentatie, de rechterlijke tussenkomst van artikel 157 geboden is. Echter, direct aansluitend maakt artikel 158 duidelijk dat echtgenoten ter zake een overeenkomst met elkaar kunnen sluiten.

Dorn stelt dat recht op alimentatie door partijen die gehuwd zijn geweest zelf kan worden vastgesteld, in onderling overleg, maar dat zij dit ook aan de rechter kunnen overlaten.[123]

Aannemelijk is dat dit inderdaad de juiste volgorde is en dat de wetgever niet heeft beoogd om de contractvrijheid van (gewezen) echtgenoten op dit punt terug te dringen door de gerechtelijke procedure voorop te stellen.

---

120 Uiteraard worden alle bedragen jaarlijks geïndexeerd met het inflatiepercentage.

121 De inhoud van deze paragraaf is grotendeels ontleend aan mijn artikel *De voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst revisited. Of: het belang van het opnemen van een considerans in huwelijkse voorwaarden*; Schonewille, 2007 (A).

122 De wetsartikelen van Afdeling 2, Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zijn bij een wetswijziging vernummerd: in dit artikel wordt de huidige nummering aangehouden, derhalve ook waar de desbetreffende artikelen voorheen een ander nummer hadden en zij in dit historisch perspectief worden besproken.

123 Dorn, 2005, p. 276.

Ook Vlaardingerbroek maakt melding van het uitgangspunt dat echtgenoten vrij zijn de financiële gevolgen van hun scheiding zelf te regelen en daartoe een alimentatieovereenkomst te sluiten.[124]

Beoordeeld vanuit het perspectief van contractvrijheid zou vervolgens de vraag kunnen worden gesteld of de wetgever dan wellicht een zeker ontmoedigingsbeleid heeft willen voeren op dit terrein. Dit blijkt echter niet het geval te zijn. De memorie van toelichting van destijds vermeldt op dit punt:

> Aldus is het alimentatierecht losgemaakt van de formele procespositie van partijen en is er meer ruimte voor de rechter om naar billijkheid te beslissen, indien partijen niet in onderling overleg een regeling treffen.[125]

Resteert derhalve te constateren dat artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zowel de rechtsgrond voor de verplichting van echtgenoten om – indien aan de gestelde normen is voldaan – nahuwelijkse alimentatie te betalen omvat, àls de bedoelde voorwaarden zelf,[126] àls één van de beide wijzen waarop de desbetreffende verplichting kan worden gematerialiseerd. Dit valt te betreuren. Wetssystematisch bezien hadden hier bepaald helderder keuzen gemaakt kunnen worden.

Van Mourik wijst op het dwingende karakter van de onderhoudsplicht van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, dat in zijn opvatting logischerwijs doorklinkt in de in artikel 157 geformuleerde posthuwelijkse solidariteit omdat, ware dit anders, deze tijdens het huwelijk bestaande onderhoudsplicht sterk zou worden gerelativeerd.[127] Het voert echter te ver om te spreken van afdwingen zoals schrijver in dit verband doet. Van een absoluut *Gij zult alimentatie betalen* is immers geen sprake. Zoals eerder is gebleken, kan in het algemeen ook worden gesteld dat dwingend recht een diffuus begrip is.[128]

Weliswaar bevat de tekst van artikel 158 beperkende elementen, doch dwingend recht is – anders dan als echo van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, in welke echo uiteraard ook het rechtsbeginsel van solidariteit doorklinkt – in het geheel niet aan de orde.

---

124 Vlaardingerbroek, 2004, p. 141. Voorts wijst De Boer op de vergaande vrijheid die de wetgever hier aan de echtgenoten heeft verleend; Asser-De Boer, 2010, p. 536

125 *TK* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 13. Langemeijer schijnt echter een andere opvatting toegedaan te zijn in zijn conclusie bij HR 12 oktober 1973, *NJ* 1974, 271, stellende: *(…) nu toch de taak om te beoordelen wat in het individuele geval redelijk is (...) primair aan de rechter is toevertrouwd (…).*

126 Opgemerkt moet in dit verband worden dat ook ingeval van (gewezen) echtgenoten normen ontleend worden aan in Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen bepalingen, zoals bijvoorbeeld aan artikel 397 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat *draagkracht* als norm noemt, een norm die niet staat vermeld in artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

127 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 671.

128 H.J. Snijders, 1999, p. 153 e.v..

Bepaald wordt immers dat echtgenoten vóór of na de beschikking tot echtscheiding bij overeenkomst kunnen bepalen of, en zo ja tot welk bedrag, na de echtscheiding de één tegenover de ander tot een uitkering tot diens levensonderhoud zal zijn gehouden.

In de eerste plaats wordt hiermee duidelijk gemaakt dat het aangaan van de bedoelde overeenkomst in elk geval gedurende de gehele duur van het huwelijk mogelijk is, alsook nog na de beschikking tot echtscheiding. De tekst lijkt door het gebruik van de term 'echtgenoten' echter grenzen te stellen waar dit begrip het aangaan van voorhuwelijkse overeenkomsten ter zake van alimentatie, alsmede van overeenkomsten die worden gesloten na de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking, uitsluit.[129]

Wat betreft de eerste categorie wordt thans op grond van twee uitspraken van de Hoge Raad[130] veelal aangenomen dat het voorafgaand aan de huwelijkssluiting slechts mogelijk is om een nahuwelijkse onderhoudsverplichting overeen te komen die gelijk is aan of hoger dan de wettelijke alimentatie.[131]

Andersluidende afspraken zijn in deze visie nietig wegens strijd met het in de *lex generalis* – artikel 400, lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek –, bepaalde, dat overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, verbiedt. De Hoge Raad overweegt in zijn genoemde arrest uit 1980 daaromtrent:

> Bij het maken van de in art. 158 vervatte uitzondering hebben aan de wetgever uitsluitend voor ogen gestaan overeenkomsten door echtelieden tijdens hun huwelijk aangegaan met het oog op een voorgenomen echtscheiding. Dat vloeit niet alleen voort uit de bewoordingen van het artikel (…). Het blijkt tevens uit het bepaalde in het tweede lid van art. 159 Boek 1, met welk artikel volgens de MvT art. 158 nauw verband houdt.

De Boer voert in dit verband aan dat toelating van een overeenkomst waarbij reeds vóór het huwelijk iedere alimentatieplicht wordt uitgesloten, een ander huwelijkstype zou introduceren waarover de wetgever zich zou dienen uit te spreken, gezien de verstrekkende implicaties.[132]

Ik meen dat deze opvatting weinig overtuigend is. Het komt mij voor dat de wetgever alleen een taak zou hebben indien een wezenskenmerk van het huwelijk geëcarteerd wordt, zoals bijvoorbeeld aan de orde is geweest ten aanzien van het schrappen van de samenwoonverplichting van echtgenoten in 2001.[133]

---

129 Van der Burght meent wat betreft de tweede categorie echter dat ex-echtgenoten na inschrijving van de echtscheidingsbeschikking zonder meer een overeenkomst als bedoeld in artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek met elkaar kunnen aangaan; Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 308.

130 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363 m.nt. EAAL en HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352.

131 Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 309; in deze zin eveneens de daar aangehaalde auteurs.

132 Asser-De Boer, 2010, p. 537.

133 De Boer lijkt zich elders ook in deze zin uit te spreken: Asser-De Boer, 2010, p. 179 en 180.

Van ecartering van het principe van de nahuwelijkse zorgplicht is naar mijn oordeel in het geheel geen sprake indien echtgenoten in de gelegenheid zouden zijn om deze voorafgaande aan hun huwelijk uit te sluiten dan wel naar eigen inzicht te modelleren. Het principe blijft dan immers overeind als uitgangspunt van regelend recht.[134]

Bovenstaande zienswijze van de Hoge Raad leidt in de eerste plaats tot de vraag wat onder het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud dient te worden verstaan, nu de wet ter zake van nahuwelijkse alimentatie slechts impliciet een norm stelt en daarmee geen duidelijkheid verschaft omtrent hetgeen daadwerkelijk verschuldigd is door de ene ex-echtgenoot aan de andere.

Wortmann is van oordeel dat met deze wettelijke maatstaven, voor zover betrekking hebbend op de uitkering tussen (gewezen) echtgenoten, gedoeld wordt op de grotendeels door de jurisprudentie – op basis van de artikelen 81, 84 en 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – ontwikkelde regels.[135] Die lijn volgend, zou aangenomen moeten worden dat dan in praktisch opzicht mag worden aangesloten bij de (uitkomst van de) door de Werkgroep Alimentatie-

134 Ik laat het bepaalde in artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek buiten beschouwing omdat ik deze bepaling zie als een *Fremdkörper* die zich buiten het door de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bestreken gebied bevindt. Gesteld kan worden dat het artikel uitdrukking geeft aan de gedachte dat de financiële gevolgen van een echtscheiding niet op de algemene middelen mogen worden afgewenteld, nu deze ook bij de gewezen partner kunnen worden gelegd indien deze tenminste voldoende draagkracht heeft. Het artikel legt daarmee echtgenoten een vorm van solidariteit jegens de maatschappij op. Een andere visie hierop is naar mijn mening zeer wel verdedigbaar. In deze zienswijze zou na echtscheiding sprake zijn van een *clean break* die ertoe leidt dat beide gewezen echtgenoten na het verbreken van de huwelijksrelatie met een schone lei kunnen beginnen. Indien een ingezetene na echtscheiding met te weinig middelen van bestaan achterblijft, kan deze een beroep doen op de geldende sociale voorzieningen. In dit verband is relevant dat een onderhoudsverplichting ingeval van gewezen echtgenoten die tevens ouders van minderjarige kinderen zijn, de ouderrelatie tussen de desbetreffende ex-echtgenoten sterk onder druk pleegt te zetten, deze in zeer veel gevallen als onrechtvaardig wordt ervaren door de betalende partij omdat bijvoorbeeld de ontvangende partij de echtscheiding heeft veroorzaakt of gewild en ook omdat er soms aan de zijde van de ontvangende partij een afhankelijkheid ontstaat die onwenselijk is omdat deze het op eigen benen staan niet bevordert. Ik merk hier nog op dat de huidige Wet werk en bijstand de uitkeringsgerechtigde prikkelt om snel zelf in het eigen levensonderhoud te voorzien. Voorts wijs ik erop dat voor ongehuwd samenwonende partners na scheiding geen belemmering bestaat om een beroep te doen op een bijstandsuitkering, waardoor thans *de facto* gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Ook vormt de bepaling een hindernis in die gevallen waarin de echtgenoten een finale regeling willen treffen door een partneralimentatieverplichting af te kopen en deze afkoop te betrekken bij de overigens door hen te treffen financiële afspraken. In hoofdstuk 9 verdedig ik bij wijze van middenweg een vorm waarin tussen gewezen partners alleen een kortdurende verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud ontstaat na scheiding ingeval – kort gezegd – het gekozen of geleefde *Ehetyp* daartoe aanleiding geeft.

135 Wortmann en Van Duijvendijk-Brand, 2009, p. 259.

normen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak aanbevolen wijze van berekening, die op de bedoelde jurisprudentie is gebaseerd.[136]

Van Mourik wijst op de onhanteerbaarheid van de desbetreffende maatstaven in de periode voorafgaande aan de huwelijkssluiting, daarbij vermoedelijk in gedachten houdend dat deze gewoonlijk huwelijksgerelateerd worden toegepast.[137]

Hetzelfde argument van onhanteerbaarheid heeft mijns inziens echter ook te gelden gedurende de gehele huwelijkse periode, zij het dat het aan kracht inboet naarmate de beëindiging van het huwelijk dichter in het verschiet ligt. Waar de wettelijke normen onhanteerbaar zijn (vlak) voorafgaande aan de huwelijkssluiting, zullen zij dat immers *ipso facto* evenzeer zijn kort daarna alsmede op latere tijdstippen tijdens het huwelijk.

5.4.4.1 Wetsgeschiedenis

Artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is neutraal geformuleerd waar het echtgenoten de vrijheid biedt overeen te komen of, en zo ja tot welk bedrag nahuwelijkse alimentatie zal worden betaald.

Niettemin maakt de wetsgeschiedenis duidelijk dat de bepaling met name ook is bedoeld om een zogenaamd nihilbeding mogelijk te maken, zulks in lijn met het voordien geldende recht.[138] Hieronder wordt verstaan een overeenkomst waarbij de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot afziet van nahuwelijkse alimentatie.

Ook in de beide hiervoor aangehaalde door de Hoge Raad gewezen arresten was sprake van een nihilbeding. Dit gegeven doet vervolgens de vraag rijzen of de hiervoor behandelde bezwaren ook standhouden ingeval de door de echtgenoten gesloten overeenkomst een andere strekking heeft.

Het genoemde bezwaar van De Boer moet uitdrukkelijk tegen de achtergrond van het nihilbeding worden verstaan. Van Mourik maakt – evenmin als andere schrijvers – het bedoelde onderscheid met zoveel woorden. Het wordt uit de context desalniettemin duidelijk dat hun commentaar vooral het voorhuwelijks aangaan van een nihilbeding door echtgenoten betreft.

Interessant is in dit kader nog de kanttekening van Vranken. Deze merkt in zijn conclusie bij het genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1996 op dat:

> (…) zich in casu niet de situatie voordoet dat het overeengekomen nihilbeding beantwoordt aan de wettelijke maatstaven. In dat geval zou (…) het beding wèl geldig zijn geweest.

Ik breng hier ook in herinnering dat artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek het afzien van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud bedreigt met nietigheid.

---

136 De zogenaamde *Tremanormen*.

137 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 474.

138 Minister Polak merkt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel hierover op: *Ook moet worden bedacht dat de uitsluiting van de onderhoudsplicht, afgezien van de vorm van de regeling van het ontwerp, niets nieuws bevat*; (…)'. *TK* 1970/71, 10 213, nr. 6, p. 12.

Nu de wet slechts bepaalt dat nahuwelijkse alimentatie in beginsel is verschuldigd, zou ook kunnen worden geconcludeerd dat dit artikel uitsluitend betrekking kan hebben op het zogenaamde nihilbeding, derhalve een clausule waarin door de ene echtgenoot afstand wordt gedaan van het recht op nahuwelijkse alimentatie als zodanig.

De vraag rijst nu of de contractvrijheid van echtgenoten op het terrein van de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst zou moeten worden verruimd.

Van der Burght[139] stelt in dit verband dat de rechter in dat geval altijd nog kan ingrijpen uit hoofde van het bepaalde in de artikel 2, 248 en 258 Boek 6 Burgerlijk Wetboek:

> Immers, tussen de echtelieden gelden niet alleen de overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (…). Bij de vaststelling van de inhoud van de rechtsverhouding op het moment van de echtscheiding moet men mee overwegen het feit dat partijen destijds van oordeel waren, dat tussen hen geen (of een lagere) posthuwelijkse verzorgingsplicht behoorde te bestaan en dat gegeven afzetten tegen de inmiddels ontstane omstandigheden: art. 159. Deze rechterlijke toetsing kan leiden tot een vaststelling van de inhoud van de huwelijksvoorwaarden, die afwijkt van de letterlijke tekst (…).

Van der Burght bepleit derhalve in wezen vernietigbaarheid in plaats van nietigheid. Naar mijn mening vereist dit een op zich verdedigbare ruimere interpretatie van de uitzondering die artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vormt op het bepaalde in artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, die tot stand komt door onder het in artikel 158 gebezigde begrip 'echtgenoten' ook 'aanstaande echtgenoten' te verstaan.

De Hoge Raad bevestigde echter laatstelijk in 1996 dat zijn uitspraak uit 1980 nog niet aan actualiteit had ingeboet, overwegend dat daartoe geen reden zou bestaan.[140] Dit brengt vermoedelijk mee dat de hiervoor geciteerde centrale overweging uit dat arrest onverminderd toepassing vindt in de opvatting van de Hoge Raad. Zeker is echter dit niet omdat een gelijkluidende overweging ontbreekt en er wordt volstaan met een verwijzing naar het eerdere arrest.

Nu sedert het verschijnen van het laatstgenoemde arrest inmiddels ruim vijftien jaren zijn verstreken, zal derhalve een nieuwe uitspraak moeten worden afgewacht. De besproken geharnaste stellingname van de Hoge Raad lijkt echter weinig ruimte te bieden aan een ommezwaai op dit terrein, met name ook omdat de motivering is gegrond op een grammaticale en wetshis-

---

139 Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 309.

140 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352. A-G Vranken werpt in zijn conclusie (onder nr. 7) licht op dit standpunt door te stellen dat de in het desbetreffende arrest gehanteerde argumenten nog steeds gelden en niet door veranderingen of ontwikkelingen elders zijn aangetast; hij voert voorts aan dat degenen die aanvankelijk een ander standpunt innamen dit later evenmin hebben herhaald. De A-G sluit echter niet uit dat de discussie over dit thema opnieuw zal oplaaien en toont zich hierin profetisch.

torische uitleg van de wettekst. Uiteraard dient de vraag te worden gesteld of die onderbouwing gerechtvaardigd is.

De memorie van toelichting maakt waar het betreft de wetsgeschiedenis van artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een aantal zaken duidelijk.

In de eerste plaats betreft dit het feit dat de wetgever heeft beoogd om met het stelsel van artikel 157 en 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te bepalen dat ook een nihilbeding geldig kan worden aangegaan. Vervolgens wordt met zoveel woorden gesteld dat het adagium *pacta sunt servanda* in dit opzicht het uitgangspunt vormt.

De wetgever heeft willen bewerkstelligen dat de destijds bestaande bevoegdheid van de rechter om in elke tussen partijen gemaakte alimentatieafspraak in te grijpen wegens gewijzigde omstandigheden, zou worden beperkt:

> De voorgestelde regeling strekt tot grotere bescherming van de economisch zwakste, tot alimentatie gerechtigde partij, maar zij voorkomt tevens dat de tot alimentatie verplichte partij slachtoffer wordt van het vermeerderen van de eisen van de wederpartij.[141]

Verder wordt melding gemaakt van een aantal veiligheidskleppen dat in artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is ingebouwd: het vereiste dat het beding van onvatbaarheid voor wijziging schriftelijk moet worden aangegaan, alsmede de voor uitzonderlijke gevallen opgenomen wijzigingsmogelijkheid door de rechter van artikel 159 lid 3.

Lid 2 van artikel 159 stelt daarnaast dat het niet-wijzigingsbeding dat is overeengekomen voorafgaand aan het indienen van het verzoek tot echtscheiding, vervalt, indien dit verzoek niet binnen drie maanden volgend op het maken van het beding is ingediend.

Naar mijn oordeel heeft de wetgever destijds primair de contractvrijheid van echtgenoten willen vergroten en heeft deze alleen ingeval partijen een beding van niet-wijziging aan hun alimentatieovereenkomst wensen te koppelen, enkele beperkingen gesteld.

Uit de genoemde regeling van artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zou voorts kunnen worden afgeleid dat de sanctie van het vervallen van het niet-wijzigingsbeding uitsluitend geldt voor een niet-wijzigingsbeding dat is aangegaan in een concrete echtscheidingssituatie, en dus niet voor niet-wijzigingsbedingen die door de echtgenoten op andere momenten zijn gemaakt.

Resteert het punt van de grammatica. De wetsgeschiedenis laat zich er niet over uit of doelbewust is gekozen voor de term 'echtgenoten' en geeft derhalve geen aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag of deze term 'aanstaande echtgenoten' uitsluit. In dit verband moet er op worden

141 *TK* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 24.

gewezen dat de wet in het algemeen niet consequent is waar het betreft het maken van het desbetreffende onderscheid.[142]

Het feit dat de Hoge Raad in diens arrest van 1996 slechts verwijst naar de eigen uitspraak uit 1980, zou hem mitsdien een ontsnappingsmogelijkheid kunnen bieden teneinde alsnog te komen tot een uitleg die recht doet aan de toenmalige bedoelingen van de wetgever.

5.4.4.2 Opvattingen vóór HR 7 maart 1980

Het is interessant om kennis te nemen van opvattingen die in de literatuur naar voren zijn gebracht over de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst voordat de Hoge Raad in 1980 zich uitliet over de vraag of deze geldig is.

In 1978 vond een discussie plaats tussen Hidma en De Jong die de kern van de onderhavige problematiek raakt.[143]

Hidma verdedigt in diens genoemde bijdragen de stelling dat partijen voorafgaande aan hun huwelijk kunnen vastleggen dat er na de echtscheiding geen sprake zal zijn van enige vorm van alimentatie, daartoe aanvoerend dat noch de woorden van de wet, noch de goede zeden daaraan in de weg staan. Tevens constateert hij dat uit de door artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aan het niet-wijzigingsbeding verbonden geldigheidstermijn van drie maanden, *a contrario* kan worden afgeleid dat er mitsdien aan de alimentatieovereenkomst zelf geen beperkingen waren gesteld door de wetgever.

Het gevaar dat het eerste en het vijfde lid van artikel 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek op zouden kunnen leveren voor de door de echtgenoten gesloten (voorhuwelijkse) alimentatieovereenkomst is, zo leidt Hidma af uit een arrest van de Hoge Raad,[144] niet aanwezig indien de echtgenoten de wettelijke maatstaven niet tot richtsnoer hebben willen nemen: afwijking of grove miskenning daarvan is dan überhaupt niet aan de orde.

Hidma stelt voorts dat het derde lid van artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek evenmin een rol speelt naar de letter van de tekst beoordeeld. Echtgenoten die bewust afwijken van de wettelijke maatstaven hebben immers geen niet-wijzigingsbeding nodig om aan de werking van het eerste en vijfde lid van artikel 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te ontkomen. Anderzijds acht hij de gelijkenis met de algemene imprévisionregeling echter te groot om in het geheel geen betekenis toe te kennen aan het derde lid van artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De Jong bestrijdt de visie van Hidma, daartoe de bijzondere aard van de alimentatieverhouding aanvoerend. Zij meent voorts dat het criterium 'wettelijke maatstaven' in het kader van de door partijen gesloten alimentatieovereenkomst in het geheel niet is te handhaven omdat de wetgever partijen immers bewust de vrijheid heeft toegekend zelf de uitkering vast te stellen.

142 Zie hiervoor de conclusie van A-G Franx bij het arrest uit 1980.
143 Hidma, 1979 (A), p. 170-172; De Jong, 1979, p. 552-555; Hidma, 1979 (B), p. 556-557.
144 HR 15 november 1974, *NJ* 1976, 122

De Jong treft evenmin beletselen aan in wettekst en wetsgeschiedenis die aan een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst in de weg staan, maar ziet door de drie maandentermijn van artikel 159 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek anderzijds geen mogelijkheden om daaraan een niet-wijzigingsbeding toe te voegen dat stand houdt.

Zij komt vervolgens tot de conclusie dat daardoor de hoofdregel van artikel 401 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek van toepassing zal zijn op de door partijen gesloten alimentatieovereenkomst en is van oordeel dat de door Hidma aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1974 – die aan het vijfde lid van artikel 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een zeer beperkte werking toekent –, niet mag worden uitgebreid tot het eerste lid van dit artikel.

De Jong stelt zich met andere woorden op het standpunt dat alleen wanneer partijen in hun concrete situatie welbewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven – het geval waarop artikel 401 lid 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek doelt –, de rechter niet tot aanpassing van de desbetreffende (voorhuwelijkse) overeenkomst kan overgaan indien die situatie zich tijdens het huwelijk niet heeft gewijzigd. Dit is in haar visie niet anders indien partijen in hun overeenkomst een aantal omstandigheden als zijnde door hen voorzien opvoeren zoals voorgesteld door Hidma.

Het debat overziend kan worden gesteld dat Hidma en De Jong uiteindelijk slechts van mening verschillen over het antwoord op de vraag of ook artikel 401, lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door de echtgenoten opzij kan worden gezet. Hidma is ten aanzien van dit laatste punt overtuigender in zijn argumentatie. Hij maakt daarin duidelijk dat indien een overeenkomst bij het aangaan daarvan niet voldoet aan de wettelijke maatstaven omdat partijen daarvan bewust zijn afgeweken – hetgeen wordt gesanctioneerd door de Hoge Raad in genoemd arrest –, deze overeenkomst later niet alsnog zal gaan voldoen aan de wettelijke maatstaven. Dit impliceert vanzelfsprekend dat de rechter de wettelijke maatstaven dan evenmin als toetsingsmaatstaf kan aanleggen.

Minkenhof[145] markeert in haar beschouwing over het destijds nieuwe echtscheidingsrecht drie interessante punten.

De eerste is dat de invoering van dit nieuwe echtscheidingsrecht ertoe heeft geleid dat er in veel mindere mate sprake is van een sterkste partij bij de echtscheiding, waardoor het stellen en doorzetten van onredelijke eisen eveneens veel minder vaak zal voorkomen.

In de tweede plaats meent zij dat een rechter niet snel hetgeen door partijen is overeengekomen opzij zal kunnen zetten op grond van artikel 159, derde lid Boek 1 Burgerlijk Wetboek, als blijkt dat de ingrijpende wijziging van omstandigheden door partijen is voorzien, dit ondanks het feit dat volgens haar dit artikel niet spreekt over onvoorziene omstandigheden; indien

145 Minkenhof, 1971, p. 97.

partijen wel hadden kunnen voorzien maar dat niet hebben gedaan, kan de rechter wel tot wijziging overgaan.[146]

Tot slot merkt ook zij op dat er eigenlijk geen wettelijke maatstaven zijn die zien op het onderhoud tussen echtgenoten en gewezen echtgenoten:

> (...) Natuurlijk gelden de maatstaven van artikel 397 ook voor echtgenoten en gewezen echtgenoten, alleen gelden daarnaast ook andere factoren en daaronder dan ook dat de echtgenoten vrij zijn de uitkering zelf vast te stellen. Dat is ook een "maatstaf van de wet". Er zal alleen duidelijk moeten blijken dat de echtgenoten welbewust die uitkering lager of hoger dan normaal hebben vastgesteld.[147]

5.4.4.3 Lagere rechtspraak omtrent de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst

In de lagere rechtspraak springt een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in het oog.[148]

Omdat naar mijn mening niet uitgesloten moet worden dat met deze uitspraak een nieuwe koers is ingezet, is een meer gedetailleerde bespreking van deze beschikking geboden.

De casus betreft de echtscheiding van een echtpaar, gehuwd in 1996, dat in hun voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking opgemaakte huwelijkse voorwaarden een artikel had opgenomen dat onder meer bepaalt:

> (…) Voorts verklaren partijen te zijn overeengekomen dat in geval hun huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden, geen van hen jegens de ander aanspraak zal maken op alimentatie.

Nadat de rechtbank heeft geconcludeerd dat aan de vrouw moet worden toegegeven dat het stelsel van de wet, neergelegd in artikel 400 tweede lid juncto 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek leidt tot nietigheid van de geciteerde bepaling – daarbij met zoveel woorden refererend aan de beide hiervoor besproken uitspraken van de Hoge Raad waarin deze zienswijze is neergelegd –, overweegt zij vervolgens echter:

> De bijzondere omstandigheden van het geval kunnen evenwel meebrengen dat een beroep op deze nietigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De rechtbank laat een nadere motivering van haar visie achterwege met betrekking tot de wetsartikelen waarop deze is gebaseerd. Aangenomen moet daarom worden dat het bepaalde in het tweede lid van artikel 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek ten grondslag ligt aan de desbetreffende beschikking.

De rechtbank blijkt derhalve van oordeel te zijn dat ook een vermeend dwingendrechtelijke wetsbepaling kan worden *overruled* indien is voldaan aan de door artikel 248 lid 2 gestelde criteria.

---

146 Minkenhof, 1971, p. 72. Deze laatste interpretatie wordt overigens door Hidma bestreden, stellende dat indien partijen hadden *kunnen* voorzien, dan niet aan de orde kan zijn dat een van hen later naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan het beding mag worden gehouden; Hidma, 1979 (A), p. 172.

147 Minkenhof, 1971, p. 72 e.v..

148 Rb. Zwolle-Lelystad 20 juli 2005, *RFR* 2006, 46.

Hartkamp bevestigt dat het artikel deze strekking kan hebben, voor de motivering van zijn zienswijze verwijzend naar enkele arresten van de Hoge Raad, waarin echter wel hoge eisen worden gesteld aan de desbetreffende derogatie.[149]

Vervolgens somt de rechtbank een grote hoeveelheid relevante bijzondere omstandigheden op: het feit dat partijen gedurende zeven jaren voorafgaand aan hun huwelijk hebben samengewoond, het leeftijdsverschil – de man was ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden 57, de vrouw 46 –, de omstandigheid dat beide partijen eerder gehuwd waren geweest en ieder van hen kinderen uit het eigen eerdere huwelijk had, de man langjarige – en ten tijde van de echtscheiding nog steeds bestaande – alimentatieverplichtingen had jegens zijn eerste echtgenote (waarover bovendien enkele voor de man emotioneel belastende procedures waren gevoerd), partijen de geciteerde bepaling wensten te handhaven in hun huwelijkse voorwaarden ondanks het feit dat de (kandidaat-)notaris die bij de totstandkoming van de akte was betrokken (schriftelijk) had laten weten niet te kunnen garanderen dat de rechter deze in het voorkomende geval zou aanvaarden, beide partijen zowel in de voorhuwelijkse periode als tijdens het huwelijk (vrijwel) full time hebben gewerkt op grond waarvan de rechtbank aanneemt dat de huwelijkse situatie als zodanig geen aanmerkelijke invloed heeft gehad op de verdiencapaciteit van de vrouw, de arbeidsongeschiktheid van de vrouw is ontstaan door RSI, rug- en knieklachten, ten aanzien waarvan niet aannemelijk is gemaakt dat deze verband houden met haar zorgtaken voor de man tijdens het huwelijk en tot slot het gegeven dat de man ten tijde van de gevraagde beschikking 66 was en de vrouw 56.

De rechtbank overweegt dan:

> Deze omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, brengen de rechtbank tot de conclusie dat partijen destijds kennelijk uitdrukkelijk hebben beoogd uiting te geven aan hun wens om zowel tijdens als na het huwelijk geen financiële afhankelijkheid jegens elkaar te scheppen, alsmede dat de vrouw zich ten tijde van het ondertekenen van de akte huwelijkvoorwaarden volledig bewust was van deze strekking.[150]

Vervolgens wordt het accent gelegd:

> Mede gezien de verander(en)de maatschappelijke opvattingen over de financiële zelfstandigheid van (ex-) partners, met name ook wanneer – zoals in casu – geen sprake is van zorgverplichtingen jegens (jonge) kinderen, is deze wens ook niet zeer bijzonder of opmerkelijk te noemen.

149 Vgl. Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 352 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

150 Dat de rechtbank in deze zaak met name oog voor de man lijkt te hebben, blijkt voorts wanneer zij tevens overweegt dat juist de concrete ervaringen van de man met de tegengestelde situatie jegens zijn eerste echtgenote, de in het geding zijnde bepaling uit de huwelijkse voorwaarden zeer *invoelbaar* maken.

Het lijdt naar mijn oordeel geen twijfel dat de rechtbank er de voorkeur aan zou hebben gegeven te komen tot een meer principiële uitspraak, gezien de bepaald uitvoerige motivering van haar beschikking, doch zich – kennelijk onbekend met het feit dat De Hoge Raad de echtscheidingswet van 1971 op dit punt verkeerd heeft uitgelegd –, daarin gedwarsboomd zag door diens op dit terrein vigerende jurisprudentie.

Een andere uitspraak inzake een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst die kort vermelding verdient, is gedaan door de rechtbank Den Haag[151]

In deze zaak ging het om naar Duits recht gesloten (voorhuwelijkse) huwelijkse voorwaarden waarin de echtgenoten hadden bepaald dat ingeval van echtscheiding en wederkerig *den gegenseitigen und vollständigen Verzicht auf die Gewährung nachehelichen Unterhalts, auch für den fall der Not* tussen hen zou gelden.

De rechtbank concludeert – na ampele overwegingen omtrent de internationaal-privaatrechtelijke aspecten –, dat naar Duits recht voorafgaand aan het huwelijk rechtsgeldig afstand kan worden gedaan van het recht op partneralimentatie, zodat het beroep van de man op de desbetreffende clausule leidt tot het verlies van de vrouw van het recht op partneralimentatie.

De rechtbank betrekt in haar beschouwingen de mogelijkheid dat de door partijen ter zake gesloten overeenkomst in strijd is met de goede zeden, alsmede de mogelijkheid dat een beroep van de man op het nihilbeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, maar komt op procesrechtelijke gronden helaas niet toe aan een afweging op deze punten omdat de man onweersproken stelt dat in het Duitse familierecht groot belang wordt gehecht aan de contractvrijheid van partijen, die – naar hij aanvoert – wordt gewaarborgd door artikel 6 lid 1 van de Duitse grondwet.[152]

5.4.4.4 Beoordeling

Vanzelfsprekend dient niet op lichtvaardige wijze te worden omgesprongen met het opzij zetten van een – in de visie van de Hoge Raad in 1996 – uit de wet voortvloeiende nietigheid, op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Niettemin behoeft de omstandigheid dat een wezenskenmerk van het huwelijk in het geding zou zijn, hier naar mijn mening als zodanig niet in de weg te staan aan toepassing van de artikelen 2, lid 2 en 248 Boek 6, lid 2 Burgerlijk Wetboek.

---

151 Rb. Den Haag 21 augustus 2006, *LJN* AY8308.

152 Dat de man vermoedelijk wel op de hoogte was met de recente *relativering* van de vergaande contractvrijheid van echtgenoten door het *Bundesverfassungsgericht* en het *Bundesgerichtshof*, blijkt uit het feit dat deze in zijn verweerschrift kennelijk uitvoerig heeft betoogd dat in casu de huwelijkse voorwaarden niet het resultaat zijn geweest van de *overheersing door de ene echtgenoot van de andere echtgenoot* (omdat de vrouw een universitaire graad heeft en in het verleden een vaste dienstbetrekking heeft gehad), waarmee een centrale rechtsoverweging van het *BVerfG* wordt geciteerd. Zie over de desbetreffende ontwikkeling in Duitsland zeer uitvoerig hoofdstuk 6.

Ik herhaal daartoe dat van het schrappen van het principe van de nahuwelijkse zorgplicht immers geen sprake is indien echtgenoten in de gelegenheid zouden zijn om deze voorafgaande aan hun huwelijk uit te sluiten dan wel naar eigen inzicht te modelleren.

Een ondersteunend argument wordt in dezen gevormd door de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Deze wet stelt voorop dat tijdens het huwelijk opgebouwd pensioen gelijkelijk toekomt aan beide echtgenoten maar laat hen vrij om dit uitgangspunt voorafgaand aan hun huwelijk opzij te zetten. Naar mijn oordeel liggen partneralimentatie en pensioen in elkaars verlengde en valt niet goed te begrijpen waarom het ene thema zich niet zou lenen voor premaritale afwijkende afspraken en het andere wel.

Hartkamp[153] stelt dat bij het oordeel over de vraag of het beroep op de wettelijke (nietigheids)bepaling onaanvaardbaar is, de aard van de bepaling dient te worden meegewogen, waarbij met name gedacht moet worden aan de aard van het belang dat de dwingendrechtelijke regel beoogt te beschermen.

Indien nu wordt aangenomen dat het tweede lid van artikel 400 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in de eerste plaats het belang dient dat ieder der echtgenoten heeft om een uitkering tot levensonderhoud te ontvangen als daartoe behoefte bestaat (hierin klinkt het rechtsbeginsel van de solidariteit door), moet ook worden aanvaard dat de rechter niet zeer terughoudend behoeft te zijn in het niet-honoreren van een beroep van een echtgenoot op artikel 400, lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, in het geval de echtgenoten bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden welbewust geheel of gedeeltelijk hebben afgezien van partneralimentatie.

Dit is te meer het geval nu voor de rechter het bewandelen van een meer koninklijke weg vooreerst – zoals ik heb aangetoond: ten onrechte – lijkt te zijn afgesloten door de Hoge Raad.

Ik wijs in dit verband nog op de verplichte tussenkomst van de notaris ingeval van het aangaan van huwelijkse voorwaarden, die uitdrukkelijk mede strekt tot bescherming van de partijen bij de akte.[154] Indien partijen na *belehrt* te zijn door de notaris, er welbewust voor kiezen zich niet te storen aan het bepaalde in artikel 400, tweede lid, behoeft een rechter mijns inziens derhalve aanmerkelijk minder terughoudend te zijn in het toepassen van artikel 248, tweede lid Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

Als een beroep op de nietigheid van hetgeen voorafgaande aan het huwelijk werd overeengekomen van de hand wordt gewezen, speelt nog de vraag of wat is afgesproken daarmee dan rechtsgeldig is.[155]

Zoals ook duidelijk naar voren komt in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, zou een echtgenoot kunnen stellen dat de prehuwelijkse alimentatieovereenkomst strijdt met de goede zeden of

153 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 354.

154 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (*Zweedse vrouw*).

155 Ik laat hierbij de (mogelijk bestaande) rechtsfiguur 'het niet geldend kunnen maken van een aanspraak' buiten beschouwing. Vgl. HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 (*Breezand/Veere*) en Bartels, 2004, p. 78 e.v..

de openbare orde, alsmede dat sprake is geweest van misbruik van omstandigheden of een ander wilsgebrek.[156]

Het eerste wordt, meen ik, door niemand meer verdedigd en of sprake is van het tweede dient in elk afzonderlijk geval te worden beoordeeld, waarbij echter terughoudendheid op zijn plaats is.[157]

Tot slot dient een rechter vanzelfsprekend te beoordelen of de alimentatieregeling ook rechtsgevolgen heeft die voortvloeien uit onder meer de eisen van redelijkheid en billijkheid: artikel 248 lid 1 Boek 6 lid 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede of onvoorziene omstandigheden moeten leiden tot aanpassingen van de overeenkomst: artikel 258 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

De zorgvuldige motivering van de rechtbank Zwolle-Lelystad zou derhalve gemaakt moeten worden in deze context – zoals naar Duits recht wordt geïllustreerd door de aangehaalde uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage – en geeft dan een goed inzicht in de wijze waarop aan een dergelijke afweging gestalte zou kunnen worden gegeven, uitgaande van de partijautonomie van partijen.

Het geheel overziend kan in de eerste plaats worden vastgesteld dat de wetgever eind jaren zestig van de vorige eeuw heeft beoogd de contractvrijheid van partijen ter zake van het sluiten van alimentatieovereenkomsten aanmerkelijk te vergroten. Dit rechtsbeginsel is door de wetgever voorop gesteld en er werden slechts enkele veiligheidsmechanismen aangebracht voor het geval partijen – opererend *binnen* de wettelijke maatstaven – tevens een niet-wijzigingsbeding wilden aangaan.

In de literatuur uit de periode na de invoering van de nieuwe echtscheidingswetgeving en vóór het eerste arrest van de Hoge Raad, wordt de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst mogelijk geacht omdat de opzet van de wetgever wordt begrepen. Men wijst het grammaticale argument in dat licht beschouwd van de hand.

Ten tweede is duidelijk dat de Hoge Raad kennelijk moeite heeft gehad met de bedoelde vernieuwing – zoals overigens voorspeld door Minkenhof[158] – en tegen die achtergrond is overgegaan tot een op grammaticale exegese en – onjuist geïnterpreteerde – overwegingen van de wetgever gegronde wetsuitleg. Dit was mede mogelijk omdat de wetgever zich niet duidelijk over het fenomeen voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst heeft uitgelaten en de destijds geconcipieerde wetteksten evenmin uitblinken ter zake van systematiek en heldere verwoording van bedoelingen. Als voorbeeld van dit laatste kan het begrip wettelijke maatstaven worden genoemd dat

156 Het betreft hier respectievelijk de artikelen 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en de artikelen 40 en 44 Boek 3 Burgerlijk Wetboek.

157 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 541 e.v.. In paragraaf 7.6 ken ik aan het goede zedencriterium van artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek echter een nieuwe lading toe waardoor het onder omstandigheden ook de toetssteen kan worden voor in huwelijkse voorwaarden opgenomen alimentatieclausules.

158 Minkenhof, 1971, p. 97.

algemeen als van niet-dwingendrechtelijke aard en voorts als niet-hanteerbaar wordt beschouwd.

Ook het feit dat de focus in de beide Hoge Raaduitspraken sterk was gericht op het nihilbeding heeft deze gang van zaken in de hand gewerkt. Duidelijk is op dit moment dat de Hoge Raad zich diep in de eigen wets- en tekstuitleg lijkt te hebben ingegraven. Diens arrest uit 1996 biedt echter een achterdeur waarlangs dit college – naar valt te hopen – in de eerste zaak die zich op dit terrein aandient weet te ontsnappen.[159]

Een derde punt betreft de uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad. Deze beschrijft de route die thans in elk geval begaanbaar is, mits de notaris zijn werk goed heeft gedaan. Indien de notaris het op dit punt heeft laten afweten toont de bedoelde uitspraak echter dat de rechter heel ver kan komen waar het een reconstructie van de bedoelingen van de (aanstaande) echtgenoten betreft.

Voorts dient te worden vastgesteld dat met de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht begin jaren zeventig, de goede zeden inzake (voorhuwelijks) contracteren over alimentatie geen belangrijke rol meer spelen.

Waar de Hoge Raad in 1996 oordeelde dat zijn arrest uit 1980 nog niet achterhaald was, is zonneklaar dat de rechtbank Zwolle-Lelystad – terecht – van mening is dat dit in 2005 zonder enige twijfel wel het geval is.

De ook in mijn oordeel achterhaalde visie van de Hoge Raad waarvan nu, ruim vijftien jaren later, niet duidelijk is of deze door hem nog steeds wordt gehuldigd, remt nieuwe ontwikkelingen af, te weten allerlei genuanceerde en op de specifieke situatie toegespitste maatwerkregelingen.[160] Het niet-wijzigingsbeding vormt hiervan (slechts) één van de facetten.

Ik vraag volledigheidshalve aandacht voor het feit dat een onaantastbaar niet-wijzigingsbeding ook heel goed ter bescherming van de vrouw kan uitpakken. Indien de echtgenoten een alimentatie zijn overeengekomen en daaraan een niet-wijzigingsbeding hebben gekoppeld, brengt dit voor de vrouw immers de zekerheid mee dat een wijziging van omstandigheden aan de zijde van de man niet zal leiden tot een verlaging van het na een eventuele echtscheiding aan haar uit te keren alimentatiebedrag.

---

159 Hiermee doel ik op de verwijzing zonder verdere onderbouwing naar het genoemde eerdere arrest uit 1980. De Hoge Raad zou daarom indien hem een nieuw geval wordt voorgelegd eenvoudigweg kunnen stellen dat de inmiddels gewijzigde maatschappelijke opvattingen (in 2011) een koerswijziging in dezen rechtvaardigen.

160 Bruinsma stelt dat juristen tegen de Hoge Raad aankijken 'alsof het een orakel is' en relativeert daarmee naar mijn mening terecht het gewicht dat door hen wordt toegekend aan arresten van de Hoge Raad; deze situatie verklaart mogelijk ook dat advocaten een grote terughoudendheid aan de dag leggen om te procederen over kwesties als de onderhavige en voorts dat notarissen cliënten die in voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden afspraken over nahuwelijkse partneralimentatie wensen op te nemen, daarin sterk ontmoedigen. Daarnaast blijkt uit de hier besproken uitspraak van de Rechtbank Zwolle dat lagere rechters evenmin hun vingers willen branden door een andere – in het onderhavige geval mijns inziens juiste – koers te kiezen; F. Bruinsma in *Mr.* 2010/2, p. 18 e.v..

Het rechtsbeginsel solidariteit kan mitsdien ook – of wellicht: juist – goed tot zijn recht komen indien men de onaantastbare totstandkoming van een niet-wijzigingsbeding aanneemt.

Het is voorts opmerkelijk dat aanstaande echtgenoten desgewenst alle aspecten van een eventuele echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden kunnen regelen, met uitzondering echter van het aspect partneralimentatie. Dit zou tot de in mijn ogen ongerijmde situatie voeren dat aanstaande echtgenoten wel rechtsgeldig elke vorm van vermogensverdeling en – verrekening, alsmede van pensioendeling kunnen uitsluiten, doch dat het hun niet vrij staat om zonder beperkingen bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden een regeling omtrent nahuwelijkse partneralimentatie te treffen.[161]

Ik meen dat een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst zich principieel in niets onderscheidt van de andere in paragraaf 5.3 genoemde afspraken met betrekking tot echtscheiding die door aanstaande echtgenoten zonder problemen voorafgaand aan het huwelijk kunnen worden gemaakt en daarom is een dergelijke afwijkende benadering derhalve niet gerechtvaardigd.

Tegen deze achtergrond kan ik mij geheel vinden in de woorden van Hidma die *Pudels Kern* reeds in 1979 aldus verwoordt:

> Wanneer een aanstaand echtpaar van mening is dat 'hun' huwelijk niet moet impliceren dat een (economische) afhankelijkheid van de een van de ander en hun huwelijksbeleving het betalen van alimentatie na een eventuele echtscheiding 'verbiedt', is het naar mijn mening een 'redelijke wens' van partijen dat zij de uit deze huwelijksbeleving voortvloeiende spelregels middels een vóórhuwelijkse overeenkomst binnen het burgerlijk recht willen brengen om aan de ware aard van 'hun' huwelijk – ook juridisch – gestalte te geven![162]

Het komt er – in mijn woorden – derhalve op aan dat echtgenoten in vrijheid een *Ehetyp* moeten kunnen nastreven en vormgeven dat geheel aan hun wensen voldoet, daarbij niet belemmerd door een bevoogdende wetgever.[163] De zorgplicht die de wetgever in dezen wel heeft is zodanige omstandigheden te scheppen dat bij beide echtgenoten sprake is van *informed consent* ten tijde van de ondertekening van de huwelijkse voorwaarden.

De *Commission on European Family Law* stelt in 2004 in *Principle* 2.10 (1) in meer algemene bewoordingen hetzelfde voor:

> Spouses should be permitted to make an agreement about maintenance after divorce. The agreement may concern the extent, performance, duration and termination of the maintenance obligation and the possible renouncement of the claim to maintenance.[164]

---

161 Zoals eerder gesteld, laat ik het bepaalde in artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek onbesproken. Ik merk hier echter volledigheidshalve wel op dat dit artikel ook betrekking heeft op voorhuwelijks gemaakte afspraken over partneralimentatie en daarmee geen argument levert contra het toestaan van dergelijke overeenkomsten.

162 Hidma, 1979 (A), p. 172.

163 Ook Reijnen pleit hiervoor; Reijnen, 2010, p. 927.

164 Boele-Woelki e.a., 2004, p. 133. In het commentaar op het desbetreffende Principle 2.10 wordt duidelijk gemaakt dat het ook ziet op de *voorhuwelijkse* alimentatieovereenkomst.

Tot slot moet helaas worden geconstateerd dat de wetgever ook op het terrein van de alimentatiewetgeving bepaald geen proactieve houding inneemt.[165] Zoals ook elders in het familierecht, hobbelt deze ver achter de maatschappelijke ontwikkelingen aan, waar mijns inziens juist actuele, richtinggevende wetgeving gewenst zou zijn en ook mag worden verlangd.[166]

5.4.4.5 Een considerans in huwelijkse voorwaarden

Vooruitlopend op een bespreking van de positie van de notaris in het algemeen hierna in paragraaf 5.7, is duidelijk dat de handelswijze van de notaris uit de hiervoor geschetste casus van de rechtbank Zwolle-Lelystad geen navolging verdient.

De desbetreffende alimentatieclausule was dermate kort en onduidelijk geformuleerd dat de rechter uiteindelijk het werk mocht opknappen. Voorts mag een notaris uiteraard niet bij voorbaat rekenen op een rechter die daartoe bereid is.

Een notaris dient naar mijn oordeel daarentegen in een uitvoerige – en in het geheel van de huwelijkse voorwaarden consistent geformuleerde – considerans duidelijk te maken wat partijen voor ogen staat wanneer zij afspraken wensen te maken ter zake van nahuwelijkse alimentatie en van welke bijzondere omstandigheden in hun concrete casus sprake is. De uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad biedt in dezen voldoende inspiratie.

De notaris moet er tevens zorg voor dragen dat partijen zich volledig bewust zijn van hetgeen zij op dit punt overeenkomen en hiervan op heldere wijze melding te maken in de bedoelde considerans.

Een en ander is op gelijke wijze aan de orde ingeval van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd, al dan niet met het oog op een voorgenomen echtscheiding.

Ingeval een niet-wijzigingsbeding wordt toegevoegd, dient de notaris met partijen uitvoerig stil te staan bij voorzienbare en denkbare toekomstige ontwikkelingen of ingrijpende wijzigingen van de omstandigheden en vervolgens in de huwelijkse voorwaarden duidelijk te maken of deze al dan niet, in welke mate en afhankelijk van het vervuld raken van welke voorwaarden, aanleiding zullen zijn voor het wijzigen van hetgeen door partijen is overeengekomen.

---

165 De door Huijgen tegen de achtergrond van het thema partneralimentatie gesignaleerde maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen decennia die ertoe hebben geleid dat *ook de gehuwde vrouw meer zelfstandig is geworden en dat de autonomie van het individu voorop staat*, zouden naar mijn mening de wetgever toch in beweging moeten brengen; Huijgen, 2009 (B), p. 205.

166 De hoofdgedachte van de reeds tien jaren geleden ingevoerde Wet verevening pensioenrechten bij scheiding is een goed voorbeeld van moderne wetgeving op het terrein van het familierecht. Deze wet verwoordt een heldere wettelijke norm van regelend recht en laat het aan partijen over om deze over te nemen, te modificeren of uit te sluiten. Eerder heb ik in dit verband de suggestie geopperd over te gaan tot *Wikiwetgeving*, als een onorthodoxe manier om de huidige werkwijze te hervormen; Schonewille, 2006 (B), p. 27 e.v..

Kortom: een genuanceerd niet-wijzigingsbeding dat is ingebed in overwegingen, is heel goed denkbaar en in veel gevallen wenselijk. De notaris dient tot slot niet te vergeten te vermelden dat partijen zich realiseren dat ze – in hun voorhuwelijkse staat – veelal slechts *in abstracto* kunnen denken en praten over toekomstige ontwikkelingen tijdens het huwelijk maar dat zij hun geformuleerde opvattingen ter zake niettemin als taakstellend aanvaarden. De echtgenoten zullen zich daarvan dan bij tijdens hun huwelijk te maken keuzen eerder rekenschap geven en zelf voorzien in de consequenties daarvan.

Dit is naar mijn mening een overtuigender werkwijze dan de aanpak die voortvloeit uit de visie dat iemand pas weet wat een afspraak betekent als hij de gevolgen daarvan aan den lijve ondervindt. De implicatie hiervan is immers dat iemand kennelijk pas gaat nadenken als de echtscheiding naakt.

Mij lijkt het veeleer wenselijk dat echtgenoten reeds voor het huwelijk gedachten hierover vormen en daarnaar gaan leven, gezien het grote risico op echtscheiding. De notaris behoort deze gedachtevorming te stimuleren.

Natuurlijk kan een notaris echtgenoten geen volstrekte zekerheid bieden over de houdbaarheid van de door hen voorafgaand aan het huwelijk gemaakte afspraken omtrent partneralimentatie. Daartoe is helaas het wachten op een nieuwe uitspraak van de Hoge Raad of ingrijpen door de wetgever.

Wel mag in redelijkheid ten minste worden verwacht dat in gevallen waarin de nahuwelijkse situatie vrijwel gelijk is aan de voorhuwelijkse, er een zeer grote kans bestaat dat de rechter de contractvrijheid van partijen zal eerbiedigen, ook ingeval zij voorafgaande aan hun huwelijk afspraken maken.

Dit is bijvoorbeeld aan de orde indien er tijdens het huwelijk geen kinderen zijn geboren, ingeval van een kortdurend huwelijk en wanneer de financiële situatie door het huwelijk weinig is veranderd. Het rechtsbeginsel solidariteit vraagt in deze gevallen naar mijn oordeel niet dat tot correctie van de gemaakte afspraken wordt overgegaan. Voorts mag zeker niet uitgesloten worden geacht dat meer mogelijk is.

Zelf beschouw ik de opvatting van de Hoge Raad als ten principale onjuist en in dit tijdsgewricht zonder enige twijfel als achterhaald.

De grensverleggende familienotaris die een bijdrage aan de rechtsontwikkeling wil leveren, ziet de daartoe vooreerst te bewandelen weg beschreven door Hidma. Het bewandelen daarvan vereist echter de nodige omzichtigheid.

5.5 Tussentijdse analyse

Toepassing van de in paragraaf 4.1 door mij ontwikkelde criteria waaraan getoetst kan worden ter bepaling van de verhouding tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij het door (aanstaande) echtgenoten contracteren omtrent hun huwelijk en echtscheiding, levert een tamelijk duidelijk beeld op.

In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat contractvrijheid prevaleert. Echtgenoten kunnen in hoge mate een eigen *Ehetyp* vormgeven bij huwelijkse voorwaarden en er staan hun evenmin veel obstakels in de weg indien zij hun echtscheiding wensen te regelen, ook niet ingeval zij dat voorafgaand aan hun huwelijk wensen te doen (criterium 1).

In het geval echtgenoten een voorwaardelijke goederenrechtelijke regeling of een voorhuwelijks beding omtrent nahuwelijkse partneralimentatie willen opnemen in huwelijkse voorwaarden dient extra zorgvuldigheid te worden betracht waar het betreft handelswijze en redactie. Daarnaast kunnen echtgenoten niet bepalen dat een van hen tot een groter aandeel in de schulden is gerechtigd dan diens aandeel in de goederen bedraagt ex artikel 121 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Waar het betreft criterium 2 zij hier herhaald dat (aanstaande) echtgenoten *ipso facto* slechts met elkaar kunnen contracteren ter zake van de (vermogensrechtelijke) gevolgen van hun huwelijk en echtscheiding.

Echtgenoten kunnen voorts zelf de inhoud, werking en voorwaarden van hun huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant tot op grote hoogte bepalen (criterium 3). Met betrekking tot criterium 4 dat de vrijheid van echtgenoten centraal stelt om zelf de vorm van hun overeenkomst te bepalen, geldt dat door hen in elk geval voor huwelijkse voorwaarden dient te worden gekozen indien zij wensen af te wijken van de bepalingen uit Titel 6 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede van de bepalingen van Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek, zij het in dat geval slechts indien het om afwijkingen *in abstracto* gaat.

Op grond van een door de wetgever gemaakte keuze daartoe, dient door echtgenoten veiligheidshalve eveneens de vorm van huwelijkse voorwaarden in acht te worden genomen ingeval zij een regeling over de verrekening van hun inkomens wensen te treffen.

Een echtscheidingsconvenant in enge zin dient in schriftelijke vorm te worden aangegaan en kent de beperking dat dit door echtgenoten slechts tijdens het huwelijk met het oog op een aanstaande echtscheiding kan worden gesloten.

Ten aanzien van het vijfde criterium betreffende de mogelijkheid de door de echtgenoten gesloten huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant te handhaven, merk ik in het algemeen op dat beide overeenkomsten aan uitleg conform de zogenaamde Haviltexcriteria zijn onderworpen.[167] Het is mitsdien niet zo dat de grammaticale interpretatie de doorslag geeft. Dit thema zal door mij uitvoeriger worden besproken in hoofdstuk 7.

Voorts vloeit uit het voorgaande voort dat naar huidig recht niet bij voorbaat vaststaat dat een door de echtgenoten voor of tijdens het huwelijk getroffen regeling over partneralimentatie in alle gevallen stand zal houden bij de rechter en dat is evenmin het geval waar het een door de echtgenoten aan een goederenrechtelijke regeling in hun huwelijkse voorwaarden verbonden voorwaarde betreft.

---

167 Vgl. HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 en HR 5 maart 2004, *NJ* 2005, 494.

5.6 Bescherming van derden

Onder verwijzing naar hetgeen ik al over derdenbescherming heb geschreven in paragraaf 4.6 en vooruitlopend op mijn pleidooi voor het ecarteren van de speciale positie van de schuldeiser van een echtgenoot, maak ik hier slechts enkele opmerkingen over de bescherming van de crediteuren van echtgenoten die huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen.

In het kader van het thans nog in artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen voorschrift dat huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan rechterlijke goedkeuring behoeven, heeft zich in de rechtspraak de gewoonte ontwikkeld om – ingeval echtgenoten overgaan van de huwelijksgemeenschap naar een ander stelsel –, aan de desbetreffende goedkeuring de voorwaarde te verbinden dat in de huwelijkse voorwaarden een zogenaamde *Dozy*-clausule of hoofdelijkheidsbeding wordt opgenomen.[168]

Deze clausule houdt in dat de echtgenoten zich ieder hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de gemeenschap en kan worden gekwalificeerd als een derdenbeding in de zin van artikel 253 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.[169]

Het is merkwaardig dat opname van het beding in huwelijkse voorwaarden tot gevolg heeft dat – indien echtgenoten ervoor kiezen om gedurende het huwelijk de huwelijksgemeenschap te ontbinden –, een echtgenoot hoofdelijk aansprakelijk wordt voor het geheel van de schulden die door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk zijn gemaakt, terwijl ingeval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap door echtscheiding, de desbetreffende hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van het bepaalde in artikel 102 Boek 1 Burgerlijk Wetboek beperkt blijft tot de helft van de schulden die de andere echtgenoot tijdens het huwelijk is aangegaan.[170]

Voorts brengt deze door rechters aan het verlenen van hun goedkeuring gestelde voorwaarde mee dat echtgenoten worden beknot in het uitoefenen van hun contractvrijheid, terwijl daarvoor geen rechtvaardiging bestaat uit hoofde van het rechtsbeginsel solidariteit.

Van Mourik en Verstappen wijzen er daarom naar mijn oordeel terecht op dat een standaardmatige opname van het onderhavige beding in de meeste gevallen veel verder gaat dan nodig is op grond van het bepaalde in artikel 119 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[171]

---

168 Vgl. Luijten en Meijer, 2005, p. 365.

169 Zie ook Kraan, 2008, p. 168.

170 Twee recente uitspraken betreffende de reikwijdte van de Dozy-clausule zijn Rb. Amsterdam 25 november 2009, *LJN* BL5240 en Rb. Leeuwarden 17 maart 2010, *LJN* BL9768. In de eerste casus werd de vrouw uit hoofde van het beding ook aansprakelijk geacht te zijn voor belastingschulden van vennootschappen waarvoor de man zich in het verleden borg had gesteld in diens hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder. In de tweede zaak bleek een vordering van de faillissementscurator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ook onder het bereik van de clausule te kunnen worden gebracht.

171 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 353.

In een geval waarin het hof opname van een Dozy-clausule in de huwelijkse voorwaarden wenste met het argument dat – kort gezegd – voor bestaande schuldeisers niet alleen van belang is dat zij niet door de wijze van verdeling van de huwelijksgemeenschap in hun verhaalsmogelijkheden worden beperkt, maar tevens dat toekomstig inkomen of vermogen niet aan hun verhaal wordt onttrokken, maakt de Hoge Raad korte metten met de wildgroei op dit terrein:

> In een dergelijk geval wordt in beginsel reeds in de bescherming van de schuldeisers van de gemeenschap voorzien door art. 1:102. Dit artikel is hier van toepassing (…). Het artikel heeft tot gevolg dat na de ontbinding ieder van de echtgenoten aansprakelijk is voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was en dat hij voor de overige gemeenschapsschulden voor de helft aansprakelijk is.
> Met dit wettelijk stelsel zou het niet stroken om in het kader van art. 1:119 aan de schuldeisers een verder gaande bescherming te geven door onder het in lid 3 van die bepaling bedoelde gevaar voor benadeling mede te begrijpen het aan elke opheffing van de gemeenschap verbonden gevolg dat aan schuldeisers van die gemeenschap het voordeel wordt onthouden van de mogelijkheid van verhaal op de goederen die zonder die opheffing in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen.[172]

Nu het hiervoor genoemde en in hoofdstuk 9 nog nader te bespreken wetsvoorstel betreffende de zogenaamde derde tranche van het huwelijksvermogensrecht per 1 januari 2012 in werking zal treden, wordt artikel 102 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aangepast in dier voege dat een echtgenoot ingeval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap hoofdelijk met de andere echtgenoot verbonden is voor de door de laatstgenoemde echtgenoot gemaakte schulden, met dien verstande echter dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen de eerstgenoemde echtgenoot uit hoofde van de verdeling van de huwelijksgemeenschap heeft verkregen.[173]

Deze aanpassing brengt naar mijn mening weliswaar een duidelijke verbetering ten opzichte van de huidige regeling, bezien vanuit het perspectief van de contractvrijheid van echtgenoten, doch gaat nog niet ver genoeg.

Het is voorts niet ongebruikelijk dat in een in huwelijkse voorwaarden opgenomen inkomensverrekenbeding wordt bepaald dat een daaruit voortvloeiende vordering van de ene op de andere echtgenoot niet opeisbaar is ingeval de echtgenoot-crediteur failliet gaat, terwijl anderzijds daarin voor het omgekeerde geval – de echtgenoot-debiteur geraakt in een faillissement –, niet een vergelijkbare bepaling wordt opgenomen, met als gevolg dat de echtgenootcrediteur in dat geval wel een bestaande verrekenvordering te gelde kan maken.

---

172 HR 21 februari 1997, *NJ* 1998, 205 m.nt. WMK (*Witlofkwekers)*.

173 *EK* 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205; artikel 102 (nieuw). In de memorie van toelichting op artikel 102 (nieuw) wordt over de Dozy-clausule opgemerkt: *Waar dergelijke clausules geen beperking kennen ten aanzien van het bedrag waarvoor of de goederen waarop verhaal kan worden genomen, gaan zij verder dan passend is en kunnen zij beter achterwege blijven.*; *TK* 2002/03, 28 867, nr. 3, p. 20.

Van Mourik beschrijft deze – vanuit het oogpunt van contractvrijheid in relatie tot de positie van een schuldeiser van een echtgenoot –, interessante kwestie en komt tot de gevolgtrekking dat het eerste gedeelte van de hiervoor omschreven clausule als Paulianeus dient te worden aangemerkt omdat deze *er enkel en alleen op gericht is de crediteuren van de verrekengerechtigde echtgenoot een loer te draaien*.[174]

Ik zou echter menen dat het tussen echtgenoten vigerende rechtsbeginsel van solidariteit meebrengt dat echtgenoten moeten kunnen bepalen dat dit zwaarder weegt dan het belang van schuldeisers, indien op het moment waarop het verrekenbeding rechtskracht krijgt tenminste geen sprake is van een dreigend faillissement.

Casus

Echtgenoten die zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden die elke huwelijksgemeenschap en elke inkomensverrekening uitsluiten ('koude uitsluiting'), kiezen voor mediation teneinde hun echtscheiding te regelen.

De man heeft aan diens eerste huwelijk een schuld van € 25.000,= overgehouden die door de echtgenoten tijdens het huwelijk is afgelost door het aangaan van een consumptief krediet waarvoor zij ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn. Beide echtgenoten verdienen een modaal inkomen.

Ten tijde van de echtscheiding is op het bedoelde krediet nog niet afgelost en verwachten de echtgenoten bovendien te blijven zitten met een restschuld van € 40.000,= na de verkoop van de echtelijke woning die tussen hen een eenvoudige gemeenschap vormt.

Tussen de echtgenoten is verder *in confesso* dat door hen is afgesproken dat de man de schuld van € 25.000,= geheel dient te dragen en te voldoen.

De bank is niet bereid de vrouw uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid te ontslaan en het blijkt voor de man evenmin mogelijk om een nieuwe lening af te sluiten, teneinde daarmee het bedoelde consumptief krediet af te lossen en zodoende te bewerkstelligen dat de vrouw daarvoor niet meer aansprakelijk is.

De man ziet geen andere oplossing voor zijn deplorabele financiële situatie dan het aanvragen van een schuldsaneringsregeling. Indien deze wordt uitgesproken zou het gevolg daarvan hoogstwaarschijnlijk zijn dat de vrouw uiteindelijk een groot gedeelte van de aflossing van het bedoelde krediet voor haar rekening dient te nemen, daartoe aangesproken door de bank. De man stelt na de schuldsaneringsperiode met een schone lei te kunnen beginnen en derhalve ook niet meer gebonden te zijn aan de met de vrouw gemaakte afspraak. De mediation eindigt in een patstelling.

5.7 De tussenkomst van de notaris

5.7.1. Inleiding[175]

In zijn eerder door mij aangehaalde arrest *Zweedse vrouw*[176] beslist de Hoge Raad dat de door artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven nota-

174 Van Mourik, 2009 (C), p. 143-146.

175 Deze paragraaf is deels ontleend aan mijn artikel *Gelukkig Getrouwd! Mediation voorafgaand aan het huwelijk*; Schonewille, 2010.

176 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524.

riële tussenkomst, óók geldt voor een voorovereenkomst die strekt tot het tot stand brengen van huwelijkse voorwaarden, op grond van het bepaalde in artikel 226 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de desbetreffende notariële tussenkomst die voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden is voorgeschreven:

> (...) immers mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.

Wat onder de door de Hoge Raad bedoelde 'bescherming' moet worden verstaan, kan worden afgeleid uit het eerdere arrest dat bekendheid geniet onder de naam *Groningse huwelijksvoorwaarden*, waarin wordt overwogen:

> Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van vergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.

Waarna de kernoverweging volgt, die luidt:

> De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (…) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.[177]

Deze overweging keert in enigszins andere bewoordingen terug in een later arrest (*Zeeuwse notaris*) waarin de Hoge Raad onder meer stelt:

> In de hiervoor (…) geschetste gedachtegang van het hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin A. in strijd met het vertrouwen dat B. in hem als echtgenoot (…) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten.[178]

De desbetreffende bescherming, die naar mijn mening ook als *zorgplicht* van de notaris kan worden gekwalificeerd, is mitsdien tweeledig. Enerzijds heeft deze betrekking op het verstrekken van juridische voorlichting door de notaris aan de echtgenoten, dat het bereiken van de situatie van *informed consent* tot doel heeft en anderzijds dient de notaris te voorkomen dat de ene

---

177 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL. Inmiddels is deze overweging deels gecodificeerd in artikel 43 Wet op het notarisambt dat luidt: *(…) Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen of één hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien.(…).*

178 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*).

echtgenoot de andere overstemt, hetgeen immers zou leiden tot een akte van huwelijkse voorwaarden die door de overstemde echtgenoot in meer of mindere mate met een innerlijk voorbehoud zou worden ondertekend.[179]

Hidma brengt in herinnering dat het vereiste van de notariële akte voor huwelijkse voorwaarden bij de invoering daarvan mede werd ingegeven door het voorheen geldende onveranderlijkheidsbeginsel dat ik hiervoor heb behandeld.

Het desbetreffende vormvoorschrift bracht de garantie dat de huwelijkse voorwaarden daadwerkelijk voorafgaand aan het huwelijk waren aangegaan.[180] Onnodig te constateren dat dit argument naar huidig recht geen hout meer snijdt, nu ook de wachttijd van één jaar die gold tussen de huwelijkssluiting en het moment waarop tijdens het huwelijk huwelijkse voorwaarden konden worden aangegaan, al geruime tijd is geschrapt.

Met de woorden van De Bruijn resteren dan nog als punten die pleiten voor de notariële tussenkomst dat de notariële akte een degelijke regeling garandeert en zij partijen het grote gewicht van de handeling inscherpt,[181] bij welke veronderstelde voordelen naar mijn oordeel ten minste vraagtekens moeten worden geplaatst.

Het arrest *Zweedse vrouw* maakt tevens duidelijk dat echtgenoten die van elkaar willen scheiden, daartoe eenvoudigweg een gewone schriftelijke overeenkomst met elkaar kunnen sluiten, dus zonder verplichte inschakeling van een notaris of het in acht nemen van andere vormvoorschriften.

Geconstateerd kan derhalve worden dat – zoals hiervoor reeds besproken – voor een echtscheidingsconvenant merkwaardig genoeg geen vormvoorschriften gelden,[182] terwijl deze voor huwelijkse voorwaarden juist streng worden gehandhaafd door de Hoge Raad.

De onderhavige uitspraak van de Hoge Raad geeft aanleiding tot enkele vragen die betrekking hebben op de rol van de notaris; ik bespreek deze vragen hierna.

---

179 Luijten stelde reeds in 1986 – derhalve vóór het arrest *Groningse huwelijkse voorwaarden* – met betrekking tot huwelijkse voorwaarden: *De notaris draagt hier een grote verantwoordelijkheid. Op zijn advies vertrouwt men op dit gebied doorgaans blindelings.*; Luijten, 1986 (A), p. 86.

180 Hidma, 1986, p. 91. In een later artikel benadrukt Hidma de verantwoordelijkheid van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden in het algemeen en in het bijzonder vanuit het oogpunt van het verrekenbeding; Hidma, 1993, p. 473 e.v..

181 De Bruijn, 1958, p. 407.

182 Waar voorheen het echtscheidingsconvenant in vrijwel alle gevallen door een advocaat weer opgesteld is dat heden ten dage niet meer het geval en kan mitsdien niet worden gesteld dat er in dit opzicht sprake is van een informeel vorm'voorschrift'.

5.7.2 Biedt de notariële tussenkomst bescherming?

De eerste vraag die in dit verband opkomt is of echtgenoten in een echtscheiding het dan wellicht goed kunnen stellen zonder notariële bescherming, in tegenstelling tot twee mensen die met elkaar gaan huwen.

Deze vraag laat zich eenvoudig ontkennend beantwoorden: echtgenoten die gaan scheiden hebben in veruit de meeste gevallen juist veel baat bij deskundige begeleiding, aangezien zij zich voor de taak gesteld zien om in een periode van emotionele ontwrichting, conflict en uiteenlopende belangen een juridisch tamelijk ingewikkelde overeenkomst – het echtscheidingsconvenant – met elkaar te sluiten.

Per 1 maart 2009 is daarnaast voor echtgenoten die willen scheiden de verplichting ingevoerd om voorafgaand daaraan een ouderschapsplan op te stellen.[183] Inmiddels gaan in de Tweede Kamer stemmen op om echtgenoten te verplichten om tevens een *partneralimentatieplan*[184] op te stellen, hetgeen logisch zou zijn, gezien de nauwe samenhang tussen de thema's ouderschap en partneralimentatie.[185]

Dit betekent mijns inziens dat er bij echtscheiding juist steeds meer behoefte zal zijn aan deskundige begeleiding, welke begeleiding vanzelfsprekend bescherming zou behoren te impliceren.

De tweede vraag is of de notaris eigenlijk wel de bescherming biedt aan (aanstaande) echtgenoten die huwelijkse voorwaarden willen opmaken.

Dat notarissen ook op het beperkte terrein waarop door hen thans voorlichting en advies wordt gegeven als het gaat om huwelijkse voorwaarden – dat van het huwelijksgoederenrecht –, in veel gevallen toch niet presteren als mag worden verwacht, kan worden afgeleid uit de vele procedures die over huwelijkse voorwaarden worden gevoerd ten tijde van de echtscheiding. Schoordijk merkt hieromtrent op:

> Wat de notaris doet, is lang niet meer welgedaan – zo wordt beseft. Huwelijksvoorwaarden vormen te lang reeds een verre van rustig bezit (…).[186]

Breederveld legt ook de vinger op deze zere plak waar hij zich afvraagt of huwelijkse voorwaarden wel het exclusieve domein van notarissen zouden moeten zijn en in dat licht wijst op het feit dat *notarissen veelal hebben volstaan met het 'plakken en knippen' uit bestaande modellen*.[187]

---

183 Vgl. artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
184 Motie De Wit (SP), *TK* 2008/09, 31 575, nr. 9.
185 Schonewille, 2008 (B), p. 46-51.
186 Schoordijk, 2001, p. 616 en 617.
187 B. Breederveld, 'Huwelijkse voorwaarden exclusief terrein notaris?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2009/5, editorial.

Van Mourik gaat in elk geval waar het betreft toonhoogte nog een forse stap verder:

> Het notariaat is er tot op heden niet in geslaagd om een rechtvaardige overeenkomst van huwelijkse voorwaarden te ontwikkelen die over een breed front kan worden ingezet en rekening houdt met wijziging van omstandigheden.
> Integendeel! Talrijk zijn de voorbeelden waaruit blijkt dat het notariaat er weinig van heeft gebakken gedurende de afgelopen veertig jaren.
> Koude uitsluitingen, vervalbedingen, verrekenbedingen die verwijzen naar het fiscale inkomensbegrip en achterhaalde, duistere teksten bepalen het beeld.
> Ongeïnteresseerdheid en belabberde voorlichting, in combinatie met de onmogelijkheid van de overeenkomst, doen verlangen naar rechters die ruim baan geven aan redelijkheid en billijkheid.[188]

Ook Kocken komt na empirisch onderzoek tot een toch wel alarmerende conclusie:

> Ongelijkheid werd bij voorbaat geacht het sterkst te zijn bij het maken van huwelijksvoorwaarden en samenlevingsovereenkomsten. Men thematiseerde daar de ongelijkheid in de traditionele man-vrouw verhouding. In een flink aantal van die gevallen kwam men aan de bestrijding van die ongelijkheid echter niet toe omdat men om andere redenen adviezen gaf die de traditionele verhouding juist bevestigden.[189]

Gezien de tarieven die op sommige internetsites[190] voor het opstellen van huwelijkse voorwaarden worden gevraagd, lijkt voorts in elk geval bij een deel van het notariaat een belangrijk element te ontbreken om tot evenwichtige huwelijkse voorwaarden te komen, te weten de ambitie om van huwelijkse voorwaarden een *premium product* te maken en mitsdien de ambitie om (aanstaande) echtgenoten op een eigentijdse en voor hen aansprekende manier begeleiding te bieden bij het vormgeven van hun huwelijk, waarbij de door de Hoge Raad bedoelde bescherming een groot gewicht in de schaal legt. De in 1999 in het notariaat ingevoerde marktwerking lijkt op dit terrein op het eerste gezicht een averechts effect te hebben gehad.

De derde vraag die ik zou willen opwerpen is of ook anderen dan de notaris deskundige begeleiding – en daarmee bescherming – zouden kunnen bieden aan echtgenoten bij het maken van huwelijkse voorwaarden?

In de eerste plaats kan hierbij worden gedacht aan de advocaat die veel echtscheidingen begeleidt omdat deze immers in de afgelopen decennia een grote ervaring heeft opgedaan bij het interpreteren en uitvoeren van huwelijkse voorwaarden, getuige de in de desbetreffende periode sterk toegenomen hoeveelheid jurisprudentie op dit terrein. Breederveld merkt in dit verband op:

---

188 Van Mourik, 2009 (B), p. 135.
189 Kocken, 1997, p. 198.
190 Vgl. bijvoorbeeld www.degoedkoopstenotaris.nl.

> Wat maakt huwelijkse voorwaarden als overeenkomst nu zo bijzonder dat in afwijking van de andere overeenkomsten in het familierecht, zoals een samenlevingscontract, echtscheidingsconvenant of verdelingsovereenkomst een notariële akte vereist is?
> Daarvoor zijn nauwelijks argumenten aanwezig. Het feit dat de echtgenoten bij overeenkomst afwijken van het hoofdstelsel acht ik daarvoor onvoldoende.
> De huwelijkse voorwaarden als exclusief domein van de notaris, bij uitstek de deskundige, is niet langer te rechtvaardigen, indien we tegelijkertijd moeten vaststellen dat het notariaat het kennelijk op dit punt zo heeft laten afweten. Daartegenover heeft de familierechtadvocaat zich de afgelopen decennia zeer bekwaamd in het opstellen van familierechtelijke overeenkomsten. Hij is daardoor inmiddels beter of evengoed in staat 'maatwerk' te leveren aan de (aanstaande) echtgenoten en hen op de gevolgen te wijzen van de huwelijkse voorwaarden en voor de echtgenoten een deugdelijke overeenkomst op te stellen waarin de gevolgen van deze keuze verder worden geregeld.[191]

Maar ook komt wat mij betreft de *family mediator* hier in beeld: de ervaren mediator die zich heeft toegelegd het toepassen van de mediationmethode bij echtscheiding maar ook bij het opstellen van ouderschapsplannen, de afwikkeling van nalatenschappen en de overdracht van het familiebedrijf door de ene aan de andere generatie.

Deze family mediator is naar mijn oordeel tevens zeer goed in staat om (aanstaande) echtgenoten bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden te begeleiden en heeft – evenals de echtscheidingsadvocaat – het voordeel dat daarbij veelal een grote ervaring in het interpreteren en afwikkelen van huwelijkse voorwaarden kan worden ingebracht.

Aanstaande echtgenoten die thans kiezen voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden worden op het terrein van het huwelijksvermogensrecht voorgelicht door de notaris. Niet mag worden verwacht dat in een dergelijk gesprek de onderlinge communicatie van de partners, de relationele aspecten van het huwelijk of hun mogelijk toekomstige ouderschap aan de orde worden gesteld.

Vaker zal door de notaris een eventuele echtscheiding met de aanstaande echtgenoten worden besproken maar op dit terrein lijkt nog een zekere terughoudendheid aan de dag te worden gelegd.

Het voorgaande heeft uiteraard geen betrekking op de notaris die tevens gekwalificeerd family mediator is en ook ingeval van het opstellen van huwelijkse voorwaarden als zodanig – en derhalve niet primair als notaris – optreedt.

In deze context rijst voorts de interessante vraag hoe het door een advocaat of mediator opgestelde echtscheidingsconvenant dat eveneens door hem of haar is gelegaliseerd, zich verhoudt tot een akte van de notaris.

Zoals in paragraaf 4.4.2.2 al is aangehaald, wijst Van Mourik er op dat het van belang kan zijn dat een onderhandse overeenkomst *niet op een onbewaakt moment in de keuken tot stand is gekomen maar met behulp van een mediator.*

---

191 B. Breederveld, 'Huwelijkse voorwaarden exclusief terrein notaris?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2009/5, editorial.

Mocht blijken dat een door een advocaat of mediator[192] opgestelde – en gelegaliseerde – overeenkomst waar het de bewijskracht daarvan betreft, in de visie van de rechter dicht aanschurkt tegen een notariële akte, dan zou verdedigd kunnen worden dat huwelijkse voorwaarden ook zeer wel in deze met zekere waarborgen omklede onderhandse vorm zouden kunnen worden opgemaakt.

In dat geval zou niet alleen de bescherming door de notaris moeten worden gerelativeerd maar tot op zekere hoogte ook de bewijskracht van de notariële akte.[193]

5.7.3 Mediation en de preventieve toepassing daarvan

Mediation is een methode van bemiddeling in conflicten waarbij een neutrale deskundige – de mediator – de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale overeenkomst te komen.[194]

In mediation gaat het er derhalve om dat partijen worden aangemoedigd om de (werkelijke) belangen die ten grondslag liggen aan de door hen ingenomen standpunten op te sporen en daarover op een gestructureerde wijze met elkaar te communiceren en *integratief* te onderhandelen, onder leiding van een neutrale derde, de mediator.

Dit heeft tot gevolg dat mediation een gefaseerde aanpak kent waarin sprake is van achtereenvolgens een relationele fase, een zakelijke fase en een juridische fase. In de eerste fase wordt de relatie tussen partijen onderzocht en besproken en worden zoveel mogelijk aspecten van het conflict in kaart gebracht. In de tweede fase wordt onderhandeld en in de laatste fase worden de bereikte resultaten en gemaakte afspraken juridisch vertaald en vastgelegd in een overeenkomst.

In de gegeven definitie heeft mediation in het afgelopen decennium een hoge vlucht genomen en vinden mediations plaats op het terrein van echtscheidingen, tussen ouders in gezags- en omgangskwesties, in conflicten tussen werkgever en werknemer, tussen overheid en burger, binnen maatschappen, waar het betreft de afwikkeling van nalatenschappen en in zakelijke geschillen.[195] Steeds is echter sprake van een conflict of geschil dat zich heeft geopenbaard en vaak al in meer of mindere mate is geëscaleerd.

Naar mijn mening verzet zich er echter niets tegen om mediation zoals hiervoor geduid in *preventieve* zin toe te passen, te weten daar waar partijen een langdurige relatie met elkaar aangaan, ten minste deels tegenstrijdige verwachtingen, zienswijzen en belangen van partijen mogen worden veron-

192 Het is in dezen uiteraard wel relevant dat de mediator jurist is.

193 Dat deze gedachte niet zomaar uit de lucht is gegrepen, bewijst ook de aanstaande introductie in Frankrijk van een "advocatenakte"; vgl. *Notariaat*, 2010/3, p. 35.

194 Brenninkmeijer, 2009, p. 6.

195 Vgl. M. Guiaux e.a., *Mediation Monitor 2005-2008*, WODC, Ministerie van Justitie, Cahier 2009-9.

dersteld en juridische aspecten vaak een rol spelen, welke aspecten bij partijen niet of gebrekkig bekend zijn. In een dergelijke situatie is het noodzakelijk dat partijen effectief met elkaar kunnen communiceren en de beschikking hebben over vaardigheden en technieken om in een tijdig stadium mogelijk conflicterende verwachtingen, zienswijzen en belangen te detecteren en te benoemen en dat zij uiteindelijk in staat zijn om deze met elkaar te verzoenen.

Een huwelijksrelatie draagt alle hiervoor genoemde facetten in zich en leent zich naar mijn oordeel daarom bij uitstek voor de toepassing van *premarital* mediation, derhalve mediation voorafgaand aan de sluiting van het huwelijk die de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden tot doel heeft.

In het algemeen gesteld zal de mediator in een mediation als door mij bedoeld met de aanstaande echtgenoten bespreken welk *Ehetyp* hun voor ogen staat, welke verwachtingen zij van het huwelijk hebben en welke concrete afspraken zij in dat verband met elkaar zouden wensen te maken.

Zo zou door de aanstaande echtgenoten bewust kunnen worden gekozen voor een klassiek kostwinnershuwelijk met duidelijk afgebakende taken maar ligt het in deze tijd meer voor de hand dat een huwelijksvorm wordt geprefereerd waarin beide echtgenoten de zorg voor eventuele kinderen, werk buitenshuis en huishoudelijke taken op een voor hen gelijkwaardige en evenwichtige wijze verdelen.

Elk huwelijkstype kent consequenties en deze dienen te worden geïnventariseerd en geverifieerd, waarna *in concreto* de taken kunnen worden geformuleerd die iedere echtgenoot op zich zal moeten nemen. Tijdens dit proces analyseert de mediator de communicatie tussen de partners, draagt hij er indien nodig zorg voor dat partijen zich van hun communicatiepatronen bewust worden en kan hij hun communicatietechnieken en – vaardigheden aanreiken en hen daarin trainen.

Ook worden moeilijke punten bespreekbaar gemaakt, zoals bijvoorbeeld een ontbrekende kinderwens bij de ene echtgenoot, terwijl deze bij de andere echtgenoot sterk aanwezig is. Hierdoor wordt voorkomen dat deze punten tijdens het huwelijk uitgroeien tot grote proporties.

Vervolgens komen de vermogensrechtelijke en financiële aspecten aan de orde, zowel ter zake van de huwelijkse periode als waar het een eventuele echtscheiding betreft.

Het perspectief van echtscheiding is een belangrijk thema dat bespreking behoeft omdat gesteld kan worden dat de echtscheiding in zekere zin de lakmoesproef vormt van het huwelijksvermogensrecht. Voorts is de kans dat het huwelijk in een echtscheiding eindigt statistisch beschouwd zodanig groot[196] dat het tot de verantwoordelijkheid van de family mediator behoort om dit thema in de veilige setting van een mediation bespreekbaar te maken, net als andere confronterende onderwerpen zoals faillissement, overlijden en arbeidsongeschiktheid.

196 Vgl. *Bevolkingstrends*, Statistisch kwartaalblad van het CBS over de demografie van Nederland, Jaargang 59 – 1e kwartaal 2011, p. 11 en 12.

Partijen kunnen desgewenst zover gaan om alle facetten van hun echtscheiding bij voorbaat te regelen in hun huwelijkse voorwaarden, zoals hiervoor reeds door mij behandeld.

5.7.4 Bescherming van echtgenoten in het algemeen

De vierde door mij geformuleerde vraag luidt of het niet zo zou moeten zijn dat alle paren die in het huwelijk willen treden, kunnen profiteren van de bescherming door een deskundige notaris, advocaat of family mediator die op eigentijdse wijze vorm geeft aan deze bescherming?[197]

Het al eerder door mij genoemde arrest *Zwijgzame bruid* geeft een voorbeeld van een conflict op het terrein van het huwelijksvermogensrecht dat was ontstaan doordat de aanstaande echtgenoten voorafgaand aan hun huwelijk niet waren geïnformeerd over de juridische consequenties daarvan.[198]

In deze casus had de vrouw voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking een aanzienlijk deel van haar spaargeld opgenomen en 'afgedragen aan haar moeder', terwijl de man een 'niet met hypotheek belaste woning' ten huwelijk aanbracht. Partijen waren gehuwd in gemeenschap van goederen en de man stelde in de echtscheidingsprocedure dat het weggesluisde spaargeld van de vrouw ook bij de verdeling van de desbetreffende gemeenschap betrokken diende te worden, omdat anders geen rechtvaardige uitkomst zou worden gerealiseerd.

Waar het Hof in hoger beroep had vastgesteld dat het geld door de vrouw uitsluitend op grond van het huwelijk aan haar moeder was gegeven en dit in strijd met redelijkheid en billijkheid achtte, oordeelt de Hoge Raad:

> (…) de niet-gehoudenheid van de vrouw tot afgifte kort vóór het huwelijk van het tot haar vermogen behorende spaartegoed aan haar moeder en de reden van die afdracht, vormen evenwel op zichzelf dan wel in samenhang met de omstandigheid dat het onbelaste woonhuis van de man in de gemeenschap zou vallen beschouwd, onvoldoende grondslag voor een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting van de vrouw om vóór het huwelijk aan de man mededeling te doen van de plaatsgevonden hebbende vermindering van haar vermogen en van de reden van de vermindering als door het Hof aangenomen.

Indien deze partijen tijdig zouden zijn voorgelicht over de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk, was dit conflict vermoedelijk niet ontstaan.

Een ander voorbeeld betreft de reeds in paragraaf 4.4.2.1 besproken nalatenschappen en schenkingen die voorafgaand aan of tijdens het huwelijk worden verkregen door de echtgenoten. Heeft de erflater of schenker daaraan de uitsluitingsclausule van artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verbonden, dan valt een nalatenschap of schenking niet in de huwelijkgemeenschap.

---

197 Deze kwestie is – beschouwd vanuit het perspectief van contractvrijheid – ook aan de orde gekomen in paragraaf 4.4.

198 HR 8 oktober 2000, *NJ* 2004, 58 m.nt. WMK; *LJN* AA7362.

Ontbreekt een dergelijke clausule echter, dan vormt de desbetreffende verkrijging wel een bestanddeel van de gemeenschap.

Omdat het uiteraard voorkomt dat de ouders van de ene echtgenoot wel een uitsluitingsclausule opstellen en de ouders van de andere echtgenoot niet en de Hoge Raad heeft bepaald dat echtgenoten de wil van een erflater of schenker in dit opzicht niet kunnen *overrulen*,[199] mag het niet zo zijn dat aanstaande echtgenoten hierover in het ongewisse blijven.

De wettelijke gemeenschap van goederen pakt bij echtscheiding – maar ook tijdens het huwelijk – beslist niet altijd redelijk uit en is ook zeker niet in alle gevallen wat partijen hadden gewild, waren zij daarover voorgelicht en *belehrt*; het is derhalve zaak dat alle aanstaande echtgenoten goed worden geïnformeerd over de *ins and outs* van het huwelijksvermogensrecht en zij er tevens op worden gewezen dat hun partijautonomie in dezen prevaleert.

Casus

In het eerste gesprek van een *premarital* mediation vertellen de man en de vrouw – beiden hoogopgeleid – dat zij ieder een eerder huwelijk achter de rug hebben waarin sprake was van de wettelijke gemeenschap van goederen.

Op grond van hun ervaringen met dit stelsel tijdens hun respectieve echtscheidingsprocedures staat het voor hen vast dat zij beslist huwelijkse voorwaarden willen maken waarin elke vorm van huwelijksgemeenschap wordt uitgesloten.

De vrouw is evenals haar gewezen echtgenoot architect en dreef samen met hem een goedlopend architectenbureau waarvan de man de administratie voor zijn rekening nam. In de echtscheidingsprocedure is zij er achtergekomen dat haar man gedurende vele jaren van hun huwelijk stelselmatig gelden aan de onderneming heeft onttrokken.

Haar advocaat heeft haar verteld dat het door de werking van de wettelijke gemeenschap van goederen niet mogelijk is om te eisen dat de desbetreffende onttrekkingen worden toegedeeld aan haar ex-echtgenoot. Zij leidt door deze gang van zaken een zeer groot vermogensrechtelijk nadeel.

De man had voorafgaand aan diens huwelijk juist zijn woning verkocht en daarop een winst van Fl. 300.000,= geboekt. Zijn advocaat heeft hem duidelijk gemaakt dat hij dit bedrag niet terug kan nemen uit de gemeenschap alvorens deze gelijkelijk wordt verdeeld.

De man acht deze gang van zaken zeer onrechtvaardig nu zijn ex-echtgenote een studieschuld ten huwelijk heeft aangebracht en de echtscheiding door haar is geforceerd.

5.7.5 De keerzijde van de notariële tussenkomst

Zoals hiervoor al besproken, heeft het vormvoorschrift van de notariële akte ingeval van huwelijkse voorwaarden automatisch de actieve inmenging in de totstandkoming van de overeenkomst van de notaris tot gevolg. Deze heeft de bescherming van de echtgenoten ten doel maar kan naar mijn mening – evenals de betrokkenheid van de rechter ingeval van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk – ook een beperkende of zelfs remmende invloed uitoefenen op de vrijheid van echtgenoten naar eigen inzicht met elkaar te contracteren bij huwelijkse voorwaarden.

199 HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193 m.nl. EAAL.

Betoogd zou kunnen worden dat de met de notariële bemoeienis gepaard gaande effecten, te weten het modelmatig werken van veel notarissen,[200] de *Belehrung*, alsmede de door Kocken gesignaleerde vooringenomenheid van de notaris, in zekere mate bemoeilijken of zelfs verhinderen dat door (aanstaande) echtgenoten wordt gecontracteerd vanuit hun partijautonomie.

De aan de notariële tussenkomst verbonden kosten maken voorts dat in een onbekend aantal gevallen door in beginsel in huwelijkse voorwaarden geïnteresseerde aanstaande echtgenoten, überhaupt van contracteren wordt afgezien.

Pleysier heeft ook oog voor deze keerzijde van het onderhavige vormvoorschrift waar hij zich afvraagt of *verplichte notariële interventie bij meerzijdige rechtshandelingen een beperking inhoudt van (…) 'de contractvrijheid'* en hij beantwoordt deze vraag in beginsel bevestigend.[201]

Uiteraard gelden de hier aangehaalde bezwaren tot op zekere hoogte ook ingeval de tussenkomst van een advocaat of een family mediator zou zijn voorgeschreven.[202]

5.8 Afsluiting

Evenals in het vorige hoofdstuk, is hier opnieuw gebleken dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig voor de Nederlandse wetgever geen leidraden zijn geweest bij het opstellen van de regels die het contractuele huwelijksvermogensrecht uitmaken, welke regels voornamelijk zijn neergelegd in Titels 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Evenmin zijn de beide rechtsbeginselen tot wasdom gekomen in de literatuur over dit onderwerp.

Hartkamp brengt naar voren dat het beginsel van partijautonomie op ieder van de bij een overeenkomst betrokken partijen van toepassing is, waardoor de totstandkoming van de overeenkomst – van huwelijkse voorwaarden – het resultaat is van de aanwending van de wederzijdse mogelijkheid zichzelf te ontplooien.[203]

Het contractuele huwelijksvermogensrecht wordt weliswaar sterk gekleurd door contractvrijheid maar het is zeer de vraag of (aanstaande)

200 Kocken concludeert dat *(…) het optreden van de notarieel juristen in de meeste gevallen niet als onpartijdig kan worden gekwalificeerd. De inventarisatie was vaak te beperkt om de verhoudingen tussen de cliënten onderling en anderen in te schatten. De explicatie was vaak nogal kort en routinematig. De distantie was te groot als men eigen morele oordelen en rol liet spelen en de distantie ontbrak in de zaken waarin men zich uitsluitend de belangen van de eigen cliënt aantrok.*; Kocken, 1997, p. 198.

201 Pleysier, 1999, p. 452 en 459.

202 Zo werken advocaten die bij de Vereniging voor Famillierecht Advocaten en Scheidingsmediators (vFAS) zijn aangesloten met een door de desbetreffende vereniging ontwikkeld model voor een echtscheidingsconvenant.

203 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.

echtgenoten daardoor worden gestimuleerd om tot zelfontplooiing of *Selbstbestimmung* te komen.

Het is daarnaast bepaald twijfelachtig of het contractuele stelsel partijautonomie als inclusief rechtsbeginsel bevordert, daar noties van solidariteit grotendeels ontbreken.

Het opstellen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden voorafgaand of tijdens het huwelijk heeft immers tot gevolg dat de door de wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven goederenrechtelijke rechtsverhouding – waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze de solidariteit tussen echtgenoten belichaamt – niet tot stand komt, respectievelijk wordt doorbroken. Dit is een direct effect van het rechtsbeginsel contractvrijheid en de hier tegenover staande solidariteit tussen echtgenoten speelt daarbij in Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol.[204] Wel kan dit anders liggen indien de (aanstaande) echtgenoten ervoor kiezen om een beperkte huwelijksgemeenschap op te nemen in hun huwelijkse voorwaarden.

De wet prikkelt (aanstaande) echtgenoten derhalve niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren om tot *Selbstbestimmung* voor ieder van hen te komen. Het is daarom aan de door de wetgever voorgeschreven notaris om te bewerkstelligen dat huwelijkse voorwaarden tussen (aanstaande) echtgenoten worden gerealiseerd op basis van *informed consent*, waarbij de echtgenoten zich ten volle rekenschap geven van de gevolgen op lange termijn van hetgeen door hen wordt vastgelegd en zij in staat worden gesteld om het door hen gewenste en bij hen passende *Ehetyp* vorm te geven, in welk proces de spanning tussen contractvrijheid en solidariteit voortdurend aanwezig is.

Of diens tussenkomst dit effect echter heeft, dient te worden betwijfeld, om welke reden ik heb verdedigd dat de family mediator over betere kaarten beschikt om adequate bescherming te kunnen bieden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Deze speelt thans al veelvuldig een belangrijke – beschermende – rol bij het opstellen van een echtscheidingsconvenant.

Echtgenoten behoeven naar mijn oordeel voorts niet slechts bescherming bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden maar evenzeer bij het aangaan van een echtscheidingsconvenant.

Niet gebleken is verder dat het in dit hoofdstuk besproken onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant waar het gaat om het regelen van een echtscheiding voorafgaand aan of tijdens het huwelijk, op enigerlei wijze verdedigd zou kunnen worden met argumenten

204 De meest vergaande vorm hiervan, de zogenaamde 'koude uitsluiting' komt in hoofdstuk 7 alsmede in hoofdstuk 9 kort aan de orde, waarbij ik in hoofdstuk 9 ook de vraag stel of het rechtsbeginsel van solidariteit in bepaalde gevallen mee zou kunnen brengen dat dergelijke huwelijkse voorwaarden nietig worden verklaard.

die voortvloeien uit het rechtsbeginsel solidariteit. Ook de opvatting in de literatuur dat voorafgaand aan het huwelijk in huwelijkse voorwaarden geen rechtsgeldige regelingen kunnen worden getroffen over partneralimentatie kan niet goed op deze wijze worden verdedigd. De bedoelde opvatting is door mij overigens bestreden in dit hoofdstuk.

Het is zelfs zo dat in het algemeen kan worden vastgesteld dat de belemmeringen die in Titel 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan waar het de contractvrijheid van (aanstaande) echtgenoten betreft, niet worden ingegeven door solidariteitsoverwegingen, waar dit rechtsbeginsel in mijn visie juist de enige rechtvaardiging hiervoor vormt.

6 Een intermezzo: de ontwikkelingen in de Duitse jurisprudentie ter zake van het spanningsveld tussen partijautonomie en solidariteit bij de beoordeling van *Eheverträgen*

6.1 Inleiding

In Duitsland is de partijautonomie van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht een veel besproken thema geworden sinds de geruchtmakende uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht*[1] in 2001[2] en het *Bundesgerichtshof* [3] in 2004.[4]

De desbetreffende uitspraken hebben tot gevolg gehad dat in Duitsland sprake is geweest van een verschuiving van het perspectief in het denken over *Eheverträge* ingeval van echtscheiding.[5]

Waar deze overeenkomsten voorheen sporadisch aan een nadere controle werden onderworpen door de Duitse civiele rechter, wordt thans van de feitenrechter verlangd dat deze huwelijkse voorwaarden in echtscheidingszaken steeds toetst met behulp van het door het *Bundesgerichtshof* ontwikkelde toetsingsinstrument en de daaraan gekoppelde criteria.

Na een schets van het Duitse grondwettelijk kader en het vigerende huwelijksvermogensrecht, breng ik de bedoelde uitspraken, alsmede enkele daarop volgende *Leitsatzentscheidungen* op dit terrein van het *Bundesgerichtshof* in kaart, waarin toetsing en uitleg door de Duitse hoogste rechter van huwelijkse voorwaarden vooral worden bezien vanuit het perspectief van de verhouding tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij echtgenoten.

Ik belicht de onderhavige Duitse jurisprudentie tevens kort vanuit het gezichtspunt van de Duitse commentatoren, waarbij ik in het bijzonder aandacht besteed aan de aanvankelijk door de Duitse schrijvers gemaakte ana-

---

1 Hierna: BVerfG.
2 BVerfG 6 februari 2001, 1 BvR 12/92; *NJW* 2001, 957 en BVerfG 29 maart 2001, 1 BvR 1766/92; *NJW* 2001, 2248.
3 Hierna: BGH.
4 BGH 11 februari 2004, XII ZR 265/02; *NJW* 2004, 930.
5 Ik gebruik hierna de begrippen *Ehevertrag* en huwelijkse voorwaarden als synoniemen.

lyses ter zake van de implicaties van de uitspraken voor de Duitse rechtspraktijk.[6]

Het in deze jurisprudentie ontwikkelde nieuwe beoordelingskader voor huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding – waarvan de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* deel uitmaakt – interpreteert bestaande paragrafen uit het BGB opnieuw en getuigt van een doordachte, dogmatisch verantwoorde en systematische werkwijze. Ik vat deze tot slot samen.[7]

In de eerste plaats behoren de Nederlandse en Duitse rechtsstelsels tot dezelfde rechtsfamilies.[8] Daarnaast is de structuur van de Duitse samenleving in algemene zin goed vergelijkbaar met de Nederlandse,[9] waardoor de kans sterk vergroot wordt dat een door dit rechtsstelsel gevonden oplossing voor een bepaald juridisch probleem zich laat vertalen naar de Nederlandse context. Voorts kan naar mijn oordeel de stelling worden verdedigd dat de Duitse rechtspraak met betrekking tot de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding, in beginsel een met de Nederlandse rechtspraak vergelijkbare ontwikkelingsgraad kent, zij het dat men in Duitsland sedert 2004 tot een aanpak is gekomen die veel systematischer is en deze daardoor voor Nederland tot inspiratie en voorbeeld zou kunnen strekken.[10] De argumenten die de desbetreffende stelling schragen blijken uit dit hoofdstuk. Tot slot bestaat in Duitsland evenals in Nederland een Latijns notariaat.

De bovenstaande feiten rechtvaardigen dat in rechtsvergelijkend opzicht door mij de blik op Duitsland wordt gericht.

---

6 Naast de literatuur die ik in dit hoofdstuk verkort aanhaal, is door mij de volgende literatuur geraadpleegd: Thiele/Rehme, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht (§§ 1363-1563 (Eheliches Güterrecht)*, Berlin: Sellier-De Gruyter, 2007; A. Sanders, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*; *Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen,* Bielefeld: Gieseking, 2008; D. Schwab en M.-M. Hahne, *Familienrecht im Brennpunkt*, Bielefeld: Gieseking, 2004; L. Bergschneider, *Verträge in Familiensachen*, Bielefeld: Gieseking 2006; S.U. Gilfrich, *Schiedsverfahren im Scheidungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007; E. Wiemer, *Inhaltskontrolle von Eheverträgen*, Bielefeld: Gieseking, 2007; G. Brambring, *Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten*, München, C.H. Beck, 2008 en G. Langenfeld, 'Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen – Zur Fallgruppenbildung in der Kautelarjurisprudenz', *FamRZ* 1987/9.

7 Enkele paragrafen in dit hoofdstuk zijn in bewerkte vorm overgenomen uit mijn artikel *Pech für Gretchen, oder nicht? Contractsvrijheid tussen (ex-)echtgenoten in Duitsland*; Schonewille, 2005 (A).

8 Oderkerk, 1999, p. 52-54.

9 Vgl. waar het betreft dit criterium: De Boer, 1992, p. 46 en 47; vgl. ook P.J.P. Tak en J.P.S. Fiselier *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002 waarin de onderzoekers tot de conclusie komen dat Nederland en de Duitse deelstaat Nordrhein-Westfalen redelijk vergelijkbaar zijn.

10 Oderkerk, 1999, p. 50.

6.2 Grondwettelijk kader

Artikel 6 lid 1 van de Duitse *Grundgesetz* (GG) brengt kernachtig tot uitdrukking dat aan het huwelijk een bijzondere bescherming toekomt en luidt als volgt:

> Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.[11]

Deze bepaling vormde voor het BVerfG het aanknopingspunt om te komen tot de hierna door mij uitvoerig besproken uitspraken,[12] welke op hun beurt de aanzet hebben gegeven tot de belangwekkende jurisprudentie over de uitleg van huwelijkse voorwaarden door het BGH.[13]

Daarnaast brengt de in Duitsland eveneens grondwettelijk gewaarborgde contractvrijheid mee dat het echtgenoten vrij staat in beginsel zelf hun vermogensrechtelijke verhoudingen vorm te geven door het sluiten van een *Ehevertrag*, welke overeenkomst vergelijkbaar is met de Nederlandse overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

Deze *Vertragsfreiheit* wordt impliciet tot uitdrukking gebracht in artikel 2, lid 1 GG dat voor zover hier van belang luidt:

> Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (…).

De contractvrijheid wordt aldus beschermd als voortkomend uit de algemene handelingsvrijheid die is vastgelegd in artikel 2 GG in termen van persoonlijke zelfontplooiing.[14]

Dat de grondwet in Duitsland een bijzondere status heeft, wordt gesteld door Haverkort die in dit verband betoogt dat deze in hoge mate de Duitse geschiedenis reflecteert. Dit heeft onder meer tot gevolg dat het wezen van een grondrecht niet kan worden gewijzigd.[15] Voorts zijn de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende machten wettelijk gebonden aan de grondrech-

---

11 Vgl. Schrama die stelt dat een belangrijk aspect van dit artikel is om het *Freiheitsrecht* van burgers ten opzichte van de staat te waarborgen om al dan niet een huwelijk aan te gaan zonder onnodige door de staat opgeworpen belemmeringen; Schrama, 2004, p. 287.

12 Duitsland kent een Constitutioneel Hof, het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), dat de bevoegdheid heeft in hoogste instantie formele wetten te toetsen aan de Grondwet. De hoogste civiele Duitse rechter is het *Bundesgerichtshof* (BGH). Beide instituten zijn gevestigd in Karlsruhe. Het BGH beoordeelt uitspraken van de *Oberlandesgerichte* (OLG). Een OLG is de hoogste rechterlijke instantie in een Duitse deelstaat.

13 Ik constateer volledigheidshalve dat in de Nederlandse wetgeving een tegenhanger van dit artikel ontbreekt. Schoordijk breekt niettemin een lans voor het laten doorwerken van de grondrechten in de jurisprudentie op het terrein van het huwelijksvermogensrecht; Schoordijk, 2002, p. 200.

14 Vgl. Rauscher, 2008, p. 257 die in dit verband spreekt over de *Privatautonomie* die door artikel 2 GG wordt gewaarborgd.

15 Artikel 19, lid 2 GG: *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*.

ten en kan iedere burger een klacht indienen bij het BVerfG, indien hij van mening is dat een grondrecht te zijnen opzichte is geschonden.[16]

Smits wijst op de vrees die onder meer in Duitsland bestaat voor een 'opslurping' van het privaatrecht door grondrechten maar ziet in de leer van de indirecte doorwerking van grondrechten een goed wapen daartegen en wijst in dit kader voorts op de in Duitsland gehanteerde praktijk van de *verfassungskonforme Auslegung*:

> (…) waar dat mogelijk is dienen grondrechten niet het bestaande recht opzij te zetten maar moet het bestaande recht in het licht van de Grondwet worden uitgelegd.

Daarnaast voert hij aan dat het BVerfG ook de 'geschilpuntcentrische subsidiariteit' aanvaard lijkt te hebben, welke meebrengt dat het constitutionele hof niet de afweging door het BGH overdoet, in welk kader hij een overweging van het BVerfG citeert die ik hier herhaal:

> Die Schwelle eines Verfassungsverstoßes, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist erst erreicht, wenn die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts (…) beruhen (…). [17]

Zuck vraagt zich af hoe de grondwettelijke bescherming van het huwelijk in Duitsland moet worden begrepen *im Wandel des Zeitgeistes* en komt tot de gevolgtrekking dat waar de tekst van artikel 6 GG sinds het van kracht worden van de huidige Duitse grondwet zestig jaren geleden niet is gewijzigd, het wel zo is dat de invulling van het huwelijksbegrip is meegebogen met de veranderende tijden.

In dit licht constateert hij:

> Der Schutz der Ehe in Art. 6 I GG erstreckt sich danach nicht nur auf die bestehende Ehe, sondern auch auf die Folgewirkungen einer geschiedenen Ehe.[18]

In zijn slotbeschouwing memoreert Zuck de lange weg die het huwelijksbegrip – dat oorspronkelijk sterk gekleurd werd door natuurrechtelijke voorstellingen over de zedelijke ordening –, tussen 1949 en 2009 heeft afgelegd om uiteindelijk te zijn veranderd in een *(…) mehr und mehr zu einer unter Opportunitätsgesichtspunkten jederzeit auflösbaren Zweckgemeinschaft (…)*[19] en geeft hij een overzicht van de tussenhaltes:

---

16 Haverkort, 2009, p. 1277 e.v..

17 Smits, 2003, p. 24 en 25; de aangehaalde passage is afkomstig uit BVerfGE 18, 85; *NJW* 1964, 1713 (*Verfassungsrecht*) en is in latere uitspraken herhaald door het BVerfG.

18 Zuck, 2009, p. 1454.

19 Zuck, 2009, p. 1449.

> Er reicht von einem Ehebegriff, der die Geschlechtsgemeinschaft zwischen Mann und Frau nur in der Ehe erlaubte und dort empfängnisgeleitet zu verwirklichen war, bis zu freien Beziehungen zwischen Mann und Frau, die, das entsprechende Einverständnis vorausgesetzt, sogar das Polygamieverbot haben leerlaufen lassen. Ehebruch wird zwar meist noch missbilligt, wie aber die Promiskuität von Prominenten zeigt, vielfach auch verständnisvoll toleriert. Ein Ehehindernis ist Ehebruch nicht mehr, auch kein Straftatbestand. Die Scheidung ist inzwischen zu einem Pendant der Ehe geworden. Die dauerhafte Verbindung gleichgeschlechtlicher Partner, früher im Einzelfall strafbar, ist legalisiert. Die Familie hat ausgedient. Über die Rollenverteilung in der Ehe entscheiden die Ehegatten selbst.[20]

Schwab ziet het huwelijk als een *rechtlich verfasste Paarbeziehung* waarvan de kern wordt verwoord door het eerste lid van § 1353 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB):

> Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.

De desbetreffende echtelijke solidariteit is zijns inziens meer in het bijzonder tot uitdrukking gebracht in het huwelijksgoederenrecht, alsmede in de wettelijke bepalingen die zien op het verstrekken van levensonderhoud.[21]

Rauscher spreekt van de constante factor die is gelegen in de ervaring van de *vielfältigen Ungleichheiten der Biologie, der Emotionen, der Sozialkompetenz* tussen mannen en vrouwen, welke het bestaan van het huwelijk buiten twijfel stelt en die uitstijgt boven alle veranderingen in het beeld van het huwelijk in maatschappij en wetgeving.[22]

Coester-Waltjen legt de nadruk op het ordenende karakter van het burgerlijk huwelijk, maar stelt tevens dat het huwelijk zich ook denken laat zonder dat er een betrekking tot een rechtssysteem bestaat.[23]

6.3 Korte schets van het Duitse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht

6.3.1 Het huwelijksgoederenrecht

Het BGB onderscheidt drie grondvormen van huwelijksvermogensrecht.

Het stelsel dat op grond van de wet van kracht wordt indien echtgenoten niet een afwijkende regeling treffen is de *Zugewinngemeinschaft*, uitgewerkt in de paragrafen 1363 tot en met 1390 BGB. Deze voorziet bij het einde van het huwelijk in een deling van de vermogenstoename die tijdens het

---

20 Zuck, 2009, p. 1453

21 De passage over de echtelijke verantwoordelijkheid is eerst in 1998 ingevoegd; Schwab, 2009, p. 54.

22 Rauscher, 2008, p. 1. Rauscher wijst daarnaast op de *Emotionalisierung* van het huwelijk die zich heeft voltrokken vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw.

23 Coester-Waltjen, 2006, p. 23.

huwelijk is ontstaan.[24] De desbetreffende deling – de *(Zugewinn-)Ausgleich*, leidend tot een *Ausgleichsanspruch* van de ene echtgenoot jegens de andere –, is obligatoir van karakter (§ 1363 lid 2 en § 1378 BGB)[25] en er is derhalve geen sprake van een uitgestelde gemeenschap zoals bijvoorbeeld het Zweedse recht die kent.

Tijdens het huwelijk worden twee privévermogens onderscheiden over elk waarvan mitsdien de man, respectievelijk de vrouw het bestuur voert,[26] zij het dat de paragrafen 1365 tot en met 1369 BGB enkele bevoegdheidsbeperkingen bevatten ter bescherming van de andere echtgenoot. De beide privévermogens omvatten de goederen die door de desbetreffende echtgenoot ten huwelijk worden aangebracht, alsmede de goederen die deze tijdens het huwelijk verwerft.

Gütertrennung, respectievelijk *Gütergemeinschaft* zijn de twee keuzestelsels – *Wahlgüterstände* – waarvoor de wet een modelregeling bevat die door de echtgenoten kan worden overgenomen in hun huwelijkse voorwaarden maar waarvan zij ook kunnen afwijken.[27]

De eerstgenoemde vorm leidt tot een vrijwel volledige scheiding van vermogens van de beide echtgenoten. Ieder van de echtgenoten is binnen dit stelsel zonder beperkingen zelfstandig bestuursbevoegd en zelf aansprakelijk voor de schulden die worden aangegaan.

Het BGB wijdt slechts § 1414 aan dit 'stelsel', welke paragraaf niet meer bepaalt dan dat *Gütertrennung* intreedt indien het wettelijk stelsel door de echtgenoten wordt uitgesloten bij huwelijkse voorwaarden en *sich nicht aus dem Ehevertrag etwas anderes ergibt*.[28]

Gütergemeinschaft (§ 1416 e.v. BGB) is een gemeenschap van goederen die enige gelijkenis vertoont met het Nederlandse stelsel van de wettelijke gemeenschap van goederen doch die wordt aangegaan bij huwelijkse voorwaarden. Alle goederen die ten tijde van het sluiten van het huwelijk aanwezig zijn, alsmede de goederen die tijdens het huwelijk worden verworven, vormen tezamen het *Gesamtgut*. Daarnaast worden onderscheiden het *Sondergut* van §1417 lid 1 BGB – i.e. een goed dat niet kan worden overgedragen door middel van een rechtshandeling (*Rechtsgeschäft*) – en de goederen die door de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden van de huwelijksgemeen-

24 Schwab stelt dat de vermogensaanwas die tijdens het huwelijk binnen de wettelijke *Güterstand* van de *Zugewinngemeinschaft* plaatsvindt, wordt beschouwd als door de echtgenoten *gleichermaßen verdient*; Schwab, 2009, p. 106.

25 Daarnaast voorziet § 1371 BGB in een groter erfdeel ter uitvoering van de *Zugewinnausgleich* ingeval het huwelijk eindigt door overlijden.

26 Indien echtgenoten een vermogensbestanddeel gezamenlijk verwerven is sprake van een *Bruchteilgemeinschaft* uit hoofde van de paragrafen 741-758 BGB.

27 Zie hiervoor nader onder § 6.3.4.

28 Voorts is *Gütertrennung* aldus het tweede lid van de genoemde paragraaf aan de orde indien de echtgenoten de *Ausgleich des Zugewinns* uitsluiten, dan wel de *Gütergemeinschaft* opheffen.

schap zijn uitgesloten, dan wel door een echtgenoot zijn verkregen krachtens erfrecht of schenking (*Vorbehaltsgut*, § 1418 BGB).[29]

6.3.2 Het nahuwelijkse onderhoudsrecht

Het Duitse echtscheidingsrecht kent regelingen op het gebied van (nahuwelijkse) onderhoudsverplichtingen in de §§ 1569-1586 BGB.

De uitkeringen tot levensonderhoud waarop de ene echtgenoot na de ontbinding van het huwelijk jegens de andere aanspraak zou kunnen maken worden onderscheiden in zes categorieën, te weten respectievelijk: de verzorging van gezamenlijke kinderen door de eerstbedoelde echtgenoot (*Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes)*, ouderdom (*Unterhalt wegen Alters*) of ziekte en gebrek van deze echtgenoot (*Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen)*, onderhoud omdat de desbetreffende echtgenoot er niet of slechts gedeeltelijk in slaagt om zich voldoende inkomen te verwerven door een door § 1574 BGB verlangde *Angemessene Erwerbstätigkeit* uit te oefenen (*Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt*), de bedoelde echtgenoot een studie wenst af te ronden die wegens het huwelijk niet werd aangevangen of afgebroken (*Ausbildung, Fortbildung* of *Umschulung*) en tot slot de *Generalklausel* van § 1576 BGB die erin voorziet dat deze echtgenoot andere gronden kan aanvoeren die betaling van alimentatie redelijk doen zijn (*Unterhalt aus Billigkeitsgründen)*.[30]

Niettemin staat het in § 1569, eerste volzin BGB verwoorde beginsel voorop dat elk van de echtgenoten na de echtscheiding zelf in het eigen levensonderhoud dient te voorzien (*Grundsatz der Eigenverantwortung*). Slechts indien een echtgenoot *dazu außerstande* is, ontstaat mogelijk een onderhoudsaanspraak binnen het gesloten wettelijke systeem van de §§ 1570-1576 BGB.

Schwab vat de kern van het recht op nahuwelijks levensonderhoud samen:

> Mit der Eheschließung haben Mann und Frau ihre Schicksale im Vertrauen auf weitergehende Solidarität aneinander gebunden. Misslingt der gemeinsame Lebensplan, so ist das Einstehen füreinander (§ 1353 I 2) nicht gegenstandslos, sondern oft gerade jetzt herausgefordert. Das Gesetz gewährt daher einem geschiedenen Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen einen Unterhaltsanspruch gegen seinen früheren Partner.[31]

Per 1 januari 2008 is in Duitsland een wet in werking getreden die fundamentele wijzigingen heeft aangebracht in het onderhoudsrecht.[32]

Een belangrijke onderdeel van de desbetreffende wet is de toevoeging van § 1578b aan het alimentatierecht, dat bepaalt dat de volgens de genoem-

---

29 Vgl. ook Boele-Woelki e.a., 2000, p. 47 en 48 en tevens Boele Woelki e.a, 2009, p. 252, p. 273 en 274.

30 Vgl. Boele-Woelki e.a., 2003, p. 93.

31 Schwab, 2009, p. 177.

32 *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* van 21 december 2007 (*UÄndG*).

de paragrafen vastgestelde onderhoudsaanspraak gematigd of in tijd beperkt wordt indien deze onbillijk uitpakt. De tweede volzin van deze paragraaf stelt dat daarbij in het bijzonder van belang is:

> (…) inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben.[33]

Het Duitse systeem spreekt – wat mij betreft: in tegenstelling tot het Nederlandse – aan door de duidelijke en inzichtgevende structuur daarvan.

Voorts springt in het oog dat de nahuwelijkse solidariteit daarin op uiterst genuanceerde wijze tot uitdrukking komt. Telkens wordt de invloed die de wijze waarop het huwelijk door de echtgenoten is vormgegeven en geleefd als maatgevend in aanmerking genomen en wordt op deze wijze het juiste evenwicht gezocht. Tevens valt toe te juichen dat het voorgaande op heldere wijze in de wettekst zelf is verwoord.

6.3.3 De Versorgungsausgleich

Het Duitse recht kent voorts de zogenaamde *Versorgungsausgleich* die echtgenoten in beginsel verplicht om de door hen tijdens hun huwelijk opgebouwde rechten en aanspraken met betrekking tot pensioen en arbeidsongeschiktheid (*Invalidität*) te verrekenen – de *Ausgleich* –, ten tijde van de echtscheiding. De desbetreffende verrekening kan worden beschouwd als liggend in het verlengde van de hiervoor besproken *Zugewinnausgleich* maar § 2 lid 4 van de hierna genoemde *VersAusglG* maakt duidelijk dat de regeling op zichzelf staat en maakt duidelijk dat geen *Ausgleich* in goederenrechtelijke zin plaatsvindt.

Schwab stelt dat aan deze figuur het beginsel ten grondslag ligt dat:

> (…) die von einem Ehegatten während der Ehe gewonnenen Versorgungspositionen vom anderen mitverdient sind.

Hij wijst er voorts op dat dit beginsel teruggevoerd kan worden op de artikelen 3 en 6 van de Duitse grondwet zoals ook blijkt uit een hierna door mij te bespreken uitspraak van het BVerfG.[34] [35]

---

33 Deze paragraaf dient te worden gelezen als een grondslag voor begrenzing in hoogte of tijd van een onderhoudsaanspraak die billijk is op grond van het daadwerkelijk door de echtgenoten geleefde huwelijk. De hierop volgende paragraaf 1579 BGB voorziet in een algemene *Härteklausel* die ertoe kan leiden dat een onderhoudsaanspraak niet wordt toegekend of wat betreft hoogte daarvan of in tijd wordt beperkt *wegen grober Unbilligkeit*.

34 *FamRZ* 2006, 1000.

35 Schwab, 2009, p. 216.

Tot 1 september 2009 was de regeling met betrekking tot de *Versorgungsausgleich* opgenomen in § 1587 – 1587p BGB. Per de genoemde datum trad echter een wet[36] in werking waarin de desbetreffende materie opnieuw werd verwoord, welke wet geen onderdeel vormt van het BGB. Artikel 2, lid 1 van deze wet regelt welke aanspraken onder de werking ervan vallen:

> Anrechte im Sinne dieses Gesetzes sind im In- oder Ausland bestehende Anwartschaften auf Versorgungen und Ansprüche auf laufende Versorgungen, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge.

Aanspraken die tot stand zijn gebracht zonder dat deze gerelateerd kunnen worden aan arbeid of vermogen van een echtgenoot blijven buiten beschouwing bij de toepassing van de hiervoor bedoelde verrekening die ook deel uitmaakt van de nieuwe wet (§ 2, lid 2 *VersAusglG*). Tevens is voorzien in een bepaling die correcties door de rechter mogelijk maakt op grond van billijkheidsoverwegingen (§ 27 *VersAusglG*).

De technische aspecten van de *Versorgungsausgleich* zijn in het kader van dit onderzoek minder relevant en ik laat deze daarom verder onbesproken.

6.3.4 Eheverträgen

§ 1408 lid 1 BGB bepaalt dat het echtgenoten vrij staat om bij *Ehevertrag* de goederenrechtelijke regelingen te treffen die zij verkiezen. Deze contractvrijheid wordt waar het de vorm betreft beperkt door §1410 BGB dat voor huwelijkse voorwaarden het vormvereiste van de notariële akte stelt bij het verlijden waarvan beide echtgenoten aanwezig dienen te zijn.

Indien de echtgenoten wensen dat hun huwelijkse voorwaarden werking hebben jegens derden dan dienen zij deze in te schrijven in het *Güterrechtsregister*: § 1412 BGB.

In plaats van het wettelijk stelsel van de *Zugewinngemeinschaft* kunnen de echtgenoten een van de hiervoor door mij besproken *Wahlgüterstande* als hun huwelijksgoederenstelsel aanwijzen. Indien zij de *Gütergemeinschaft* verkiezen, bepaalt § 1415 dat in dat geval de daarvoor in de wet opgenomen wettelijke voorschriften gelden.

Schwab relativeert de in de Duitse literatuur verdedigde opvatting dat sprake zou zijn van *Typenzwang* met het argument dat aldus een onnodige beperking zou worden gesteld aan de *Gestaltungsmöglichkeiten* van echtgenoten.[37] Met *Typenzwang* wordt bedoeld dat echtgenoten gebonden zouden

---

36 *Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs* d.d. 3 april 2009; BGBL. I 700 (*VersAusglG).*

37 Schwab, 2009, p. 109; Schwab acht de algemeen geldende dwingende *Rechtsformen des bürgerlichen Vermögensrechts* waarvan ook bij huwelijkse voorwaarden niet kan worden afgeweken, voldoende.

zijn aan de drie wettelijke stelsels en zij mitsdien niet rechtsgeldig een nieuw stelsel noch een mengvorm van de wettelijke stelsels kunnen overeenkomen en zij evenmin een van de wettelijke stelsels *in einer ihrem Wesen widersprechenden Weise* kunnen aanpassen.[38]

Ook Rauscher stelt dat echtgenoten:

> (…) jedoch nicht auf diese drei Typen von Güterstanden beschränkt sind; sie können im Rahmen der als Grundsatz bestehenden Vertragsfreiheit (§ 1408 Abs 1) auch andere Güterstandsmodelle vereinbaren oder die drei vorgegebenen Modelle modifizieren. Sie müssen dies allerdings durch Einzelvereinbarung tun (…).[39]

Aangenomen moet derhalve worden dat het echtgenoten naar heersende leer is toegestaan om de drie besproken stelsels – i.e. praktisch bezien slechts de *Zugewinnausgleich* en de *Gütergemeinschaft* – aan te vullen en af te wijken van onderdelen daarvan die niet dwingendrechtelijk van aard zijn.[40]

Ook is het naar Duits recht mogelijk om voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden aan te gaan of deze aan een tijdsbepaling te verbinden.[41]

Paragraaf 1409 BGB beperkt echtgenoten tot op zekere hoogte in hun autonomie door het voorschrift dat het hun niet is toegestaan in hun huwelijkse voorwaarden slechts een keuze voor niet meer bestaand recht of buitenlands recht te maken.

Echtgenoten kunnen bij huwelijkse voorwaarden ook afspraken maken omtrent de hiervoor besproken nahuwelijkse onderhoudsverplichtingen (§ 1585 c S. 1 BGB). Het tweede lid van deze paragraaf stelt een notariële *Beurkundung* als vormvereiste indien de desbetreffende overeenkomst wordt gesloten door de echtgenoten voordat hun echtscheiding formeel tot stand is gekomen, derhalve ook ingeval door hen een overeenkomst *in abstracto* wordt gesloten, gericht op een mogelijk in de toekomst plaatsvindende echtscheiding. Schwab wijst er op dat uit de desbetreffende paragraaf ook wordt afgeleid dat het ontstaan van nahuwelijkse onderhoudsverplichtingen door de echtgenoten bij *Ehevertrag* kan worden uitgesloten.[42]

Het is echter zo dat de Duitse rechter een actieve controlerende rol speelt ter zake van de door echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken, in het kader van de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* die door mij hierna nog wordt besproken.

De *VersAusglG* heeft de mogelijkheden voor echtgenoten om te contracteren over de *Versorgungsausgleich* verruimd.

---

38 Vgl. in deze zin ook Boele-Woelki e.a., 2000, p. 37.

39 Rauscher, 2008, p. 243; vgl. ook p. 252 en 253.

40 Vgl. ook Schwab, 2009, p. 108 en Rauscher, 2008, p. 253. In de regelingen van de *Zugewinngemeinschaft* en de *Gütergemeinschaft* wordt op enkele punten ook met zoveel woorden melding gemaakt van de mogelijkheid af te wijken bij huwelijkse voorwaarden; vgl. bijv. § 1418 lid 1 ter zake van de *Vorbehaltsgüter*.

41 Boele-Woelki e.a., 2000, p. 37; Erman BGB, 2008, p. 534.

42 Schwab, 2009, p. 214.

Waar § 1408 lid 2 BGB voorheen bepaalde dat het uitsluiten bij huwelijkse voorwaarden van de desbetreffende regeling *unwirksam* was indien dit binnen één jaar na het aangaan van het huwelijk plaatsvond, *nimmt das Reformgesetz von 2009 zur Privatautonomie eine völlig andere Haltung ein* zoals Schwab dit kernachtig stelt.[43]

In de*VersAusglG* is in § 8 lid 1 slechts vastgelegd dat een overeenkomst over de *Versorgungsausgleich* bestand dient te zijn tegen de *Inhaltskontrolle* en *Ausübungskontrolle* zoals ontwikkeld door het BVerfG en het BGH binnen het verband van de hiervoor genoemde en hierna door mij gedetailleerd behandelde *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts.*[44] De bedoelde overeenkomst kan zowel voorafgaand aan, als na de echtscheiding worden gesloten.

Wel moet ingeval van een overeenkomst met betrekking tot de *Versorgungsausgleich* die onderdeel uitmaakt van huwelijkse voorwaarden, vanzelfsprekend de daarvoor ex § 1410 BGB voorgeschreven vorm van de notariële akte in acht worden genomen, zoals ten overvloede wordt gesteld door § 7 lid 3 *VersAusglG*.[45] Paragraaf 7 van deze wet bepaalt met zoveel woorden dat de echtgenoten de *Versorgungsausgleich* geheel of gedeeltelijk buiten toepassing kunnen verklaren en in § 6 van de desbetreffende wet wordt echtgenoten de mogelijkheid aangereikt overeen te komen om de aanspraken waar de *VersAusglG* op ziet, onderdeel te laten uitmaken van door hen met betrekking tot hun overige vermogensbestanddelen getroffen regelingen en daarmee de bijzondere bepalingen van de *VersAusglG* buiten werking te stellen.

Ook kunnen echtgenoten er desgewenst voor kiezen de wettelijke regeling naar eigen inzicht aan te passen.

Ingeval echtgenoten die bij huwelijkse voorwaarden *Gütertrennung* zijn overeenkomen de *Versorgungsausgleich* eveneens willen uitsluiten, dienen zij dit uitdrukkelijk te doen.[46]

6.4 Baanbrekende uitspraken *Bundesverfassungsgericht*

De eerste van de beide in paragraaf 6.1 reeds genoemde uitspraken van het BVerfG dateert van 6 februari 2001.

In deze zaak was sprake van een voorhuwelijks *Ehevertrag* dat, naar de vrouw stelde, onder druk van de man tot stand was gekomen. De vrouw had in de desbetreffende huwelijkse voorwaarden afgezien van haar recht op nahuwelijkse alimentatie en voorts de man ontheven van een gedeelte van diens onderhoudsverplichtingen jegens het kind van wie zij op het moment van het sluiten van de overeenkomst zwanger was.

---

43 Schwab, 2009, p. 225.

44 Vgl. ook § 6 *VersAusglG*.

45 Ook ingeval door de echtgenoten wordt gekozen voor een aparte overeenkomst is een notariële *Beurkundung* veelal vereist; vgl. § 7 lid 2 *VersAusglG*.

46 Schwab, 2009, p. 99.

In casu betrof het een 26-jarige vrouw met weinig opleiding, een gering inkomen en een kind uit een eerdere relatie. Omdat de vrouw spoedig na de echtscheiding waarop de uitspraak van het BVerfG betrekking had opnieuw in het huwelijk trad, was in de procedure slechts de kinderalimentatie aan de orde.

Het OLG Stuttgart had zich eerder in de procedure op het standpunt gesteld dat de *Eheschließungsfreiheit* verhindert dat inhoudelijke toetsing plaats kan vinden van hetgeen de echtgenoten zijn overeengekomen.

De casus in de tweede uitspraak van het BVerfG de dato 29 maart 2001, handelde over een *Ehevertrag* dat eveneens, naar de vrouw aanvoerde, onder sterke druk van de man tot stand was gekomen voorafgaand aan de huwelijkssluiting.

De vrouw had reeds de zorg voor een gehandicapt kind uit een eerdere verhouding en werd zwanger van haar aanstaande echtgenoot. De man in casu genoot een ruim inkomen, de vrouw had wegens de zorg voor haar gehandicapte kind in het geheel geen inkomen.

In de huwelijkse voorwaarden werd *Gütertrennung* overeengekomen, werd daarnaast de *Versorgungsausgleich* uitgesloten en zag de vrouw af van haar recht op alimentatie na echtscheiding.

Ter gelegenheid van de echtscheiding eiste de vrouw echter uitvoering van de *Versorgungsausgleich*, toekenning van partneralimentatie, alsmede toepassing van de *Zugewinnausgleich*.

Het OLG Zweibrücken had haar eisen in eerste instantie afgewezen met als argument dat het *Ehevertrag* niet *sittenwidrig* was.

Het BVerfG stelt in zijn eerstgenoemde uitspraak uitdrukkelijk vast dat het grondrecht van de *Eheschließungsfreiheit* en de daaruit afgeleide partijautonomie – *Ehevertragsfreiheit* –[47] onverminderd het uitgangspunt vormen bij de beoordeling van deze casus. Het Constitutionele Hof voegt er echter direct een belangrijke nuancering aan toe waar het opmerkt dat het desbetreffende grondrecht in gelijke mate voor beide echtgenoten geldt. De inhoud van een *Ehevertrag* mag daarom niet het resultaat zijn van de overheersing door de ene echtgenoot van de andere echtgenoot; is dit wel het geval dan kan worden gesproken van misbruik van de vrijheid om te contracteren zoals men wil. In dit kader overweegt het BVerfG:

> Der Staat hat infolgedessen der Freiheit der Ehegatten, mit Hilfe von Verträgen die ehelichen Beziehungen und wechselseitigen Rechte und Pflichten zu gestalten, dort Grenzen zu setzen, wo jene nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. (…) Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt nicht die Freiheit zu unbegrenzter Ehevertragsgestaltung und insbesondere nicht eine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung.

47 Brambring, 2005, p. 19.

Voorts noemt het BVerfG als tweede zelfstandig toetsingscriterium het *Kindeswohl* [48] en merkt in dit verband op dat aan de vrijheid van echtgenoten om naar eigen inzicht met elkaar een overeenkomst te sluiten over kinderalimentatie grenzen moeten worden gesteld omdat het belang van het kind wordt beschermd door artikel 6 lid 2 GG.[49]

Het welzijn van het kind speelt overigens ook indirect – via de moeder – een rol. De omstandigheid dat in de beide casus waarover het BVerfG zich kort na elkaar een oordeel diende te vormen, de vrouw zwanger was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst die voor haar nadelig uitpakte, vormt namelijk een zeer belangrijk aspect zoals blijkt uit de volgende overweging uit de tweede uitspraak van het BVerfG:

> Ist ein Ehevertrag vor der Ehe und im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet es auch Art. 6 Abs. 4 GG,[50] die Schwangere davor zu schützen, dass sie durch ihre Situation zu Vereinbarungen gedrängt wird, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen.[51]

Het BVerfG construeert de doorwerking in het civiele recht van de door hem gehanteerde grondwettelijke beginselen door te stipuleren dat de civiele rechter bij zijn toetsing de *Generalklauseln* van § 138 en § 242 BGB[52] op een bijzondere wijze zal moeten aanwenden.

---

48 Schwab pleit voor *eine weitgehende Privatautonomie der Eltern, verbunden mit einem ‚Aber'* op dit terrein. Hij stelt dat aan de civiele rechter slechts daar een taak toekomt waar de ouders falen in het in goed onderling overleg maken van adequate en op de belangen van het kind gerichte afspraken met betrekking tot de vormgeving van het (gezamenlijke) ouderschap na de echtscheiding; Schwab, 2005, p. 35-38 (het citaat is afkomstig uit de voordracht van Schwab tijdens het in paragraaf 6.7 genoemde symposium in Regensburg in 2004 die ten grondslag ligt aan zijn bijdrage aan de desbetreffende congresbundel).

49 Aan deze – overigens zeer belangrijke – maatstaf wordt door mij in het vervolg slechts een enkele keer gerefereerd, omdat in dit onderzoek voor de invalshoek van contractvrijheid en solidariteit tussen echtgenoten is gekozen.

50 Art. 6 lid 4 GG luidt*: Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft*.

51 Het BVerfG maakt in de de onderhavige uitspraak in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk dat het OLG Zweibrücken een scheve schaats heeft gereden door het feit dat de vrouw zwanger was niet rechtstreeks bij zijn afwegingen te betrekken.

52 Bergschneider spreekt in dit verband van het feit dat door het BVerfG op deze wijze het *Verfassungsrecht über das Zivilrecht gestülpt wird*. Hij doelt daarmee op het enigszins geforceerde karakter dat de civielrechtelijke toetsing – die aldus in de kern van de zaak eigenlijk een grondwettelijke blijft – hierdoor verkrijgt en is van mening dat het op deze wijze naar de achtergrond dringen van het civiele recht leidt tot een aantasting van de rechtszekerheid; Bergschneider, 2004, p. 1759.

De eerstgenoemde wetsbepaling betreft de zogenaamde *Wirksamkeitskontrolle*,[53] de tweede de *Ausübungskontrolle*.[54]

De *Wirksamkeitskontrolle* heeft betrekking op de omstandigheden die bestonden ten tijde van het sluiten van het contract (een beoordeling *ex tunc* derhalve): komt de rechter tot de conclusie dat sprake is van *Unwirksamkeit*, dan is daarmee de overeenkomst nietig.

De *Ausübungskontrolle* ziet ook op de toestand zoals die zich voordeed bij de totstandkoming van de overeenkomst, maar de beoordeling vindt in dat geval plaats in het licht van de ten tijde van de echtscheiding voorliggende situatie van de echtgenoten (derhalve een toetsing *ex nunc*). De vraag die centraal staat in deze toetsing is of een echtgenoot een beroep mag doen op (een bepaling van) het *Ehevertrag*. Indien daartoe naar zijn oordeel aanleiding bestaat zal de rechter bij de *Ausübungskontrolle* tot aanpassing van de overeenkomst kunnen overgaan.

Hiermee wordt duidelijk dat de *Ausübungskontrolle* plaatsvindt in het spanningsveld dat bestaat tussen de feiten waarmee idealiter rekening had moeten worden gehouden bij het opstellen van de huwelijkse voorwaarden vóór of tijdens het huwelijk en de ontwikkelingen die zich sedertdien tot aan het tijdstip van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding hebben voorgedaan, welke ontwikkelingen in de meeste gevallen niet hebben geleid tot aanpassing van de desbetreffende overeenkomst door de echtgenoten.[55]

6.5 Richtinggevende uitspraak *Bundesgerichtshof* 11 februari 2004

Op 11 februari 2004 volgde de eerste uitspraak van het BGH waarin de beide uitspraken van het BVerfG waren verdisconteerd. Het betrof hier een zaak waarin het OLG München op 1 oktober 2002 uitspraak had gedaan.

In deze casus hadden de echtgenoten enkele jaren na de huwelijkssluiting alsnog besloten tot het opmaken van een *Ehevertrag*. Op dat moment hadden zij al een kind en was het tweede op komst. De man genoot een hoog inkomen. De vrouw had een brede academische opleiding genoten en bekleedde vóór het huwelijk een daarbij passende functie. Zij was op aandringen van de man gestopt met het schrijven van haar proefschrift.

---

53 De tekst van § 138 lid 1 BGB luidt: *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.* Het tweede lid van deze paragraaf werkt deze hoofdregel verder uit*: Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.* Centraal staat in deze toetsing derhalve het begrip *Sittenwidrigkeit*.

54 Paragraaf 242 BGB luidt: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*.

55 De *Wirksamkeitskontrolle* en *Ausübungskontrolle* hebben door de uitspraken van het BVerfG derhalve een nieuwe lading gekregen waar het betreft de contractvrijheid van echtgenoten bij *Eheverträgen* en *Scheidungsvereinbarungen*.

Ook in deze huwelijkse voorwaarden was *Gütertrennung* overeengekomen door de echtgenoten, evenals het afzien van de tot dan toe van kracht zijnde *Zugewinnausgleich*, was de *Versorgungsausgleich* uitgesloten (waartegenover voor de vrouw een kapitaalverzekering werd afgesloten) en was overeengekomen dat de vrouw afzag van alimentatie na een eventuele echtscheiding.

Na de beide uitspraken van het Constitutionele Hof – die zich ondanks de schok die zij voor velen teweegbrachten, naar mijn mening niettemin laten karakteriseren als genuanceerd –, kwam de uitspraak van het OLG München waarover het BGH zich in hoogste instantie diende te buigen, in zijn radicaliteit zeer onverwacht.

De hoogste rechter van de deelstaat Beieren concludeert namelijk in de hem voorgelegde casus tot *Unwirksamkeit* van het gehele *Ehevertrag* omdat de vrouw zich bij het sluiten van de overeenkomst in een onderhandelingspositie had bevonden die ongelijk was aan die van de man en zij voorts onredelijk eenzijdig werd benadeeld door de inhoud van de huwelijkse voorwaarden.

Het OLG legt overigens niet uit of het tot deze gevolgtrekking komt omdat sprake was van nietigheid op grond van § 138 of § 242 BGB. Evenmin wordt de vraag beantwoord of afwijkingen in huwelijkse voorwaarden van het positieve Duitse huwelijksgoederen- en echtscheidingsrecht überhaupt nog toegestaan zijn.

Deze uitspraak leidde derhalve tot grote verwarring in vooral de notariële rechtspraktijk.[56] Het wekt dan ook geen verbazing dat de zienswijze van het BGH[57] met grote belangstelling tegemoet werd gezien.[58]

Het BGH haalt direct de angel uit het oordeel van het OLG München waar het – in navolging van het BVerfG – de nadruk legt op het grondbeginsel van de contractvrijheid en stelt tegen deze achtergrond vast dat het echtgenoten in beginsel vrij staat om de wettelijke regels met betrekking tot de *Zugewinnausgleich*, de *Versorgungsausgleich* en de *nacheheliche Unterhalt* uit te sluiten, omdat de wet ter zake van deze onderwerpen niet voorziet in minimumvoorzieningen.

Niet toegestaan is echter, zo vervolgt het BGH, dat echtgenoten de bescherming die deze regels beogen te bieden naar eigen goeddunken geheel illusoir maken. Dit zou het geval zijn indien:

---

56 Rakete-Dombek memoreert dat van alle zijden de vraag werd gesteld*: 'Was geht noch?'*; Rakete-Dombek, 2004, p. 1274.

57 De casus werd aan het BGH voorgelegd *wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache*.

58 Tot welke hoogten de publieke interesse in de opvattingen ter zake van het BGH was gestegen, wordt duidelijk door het gegeven dat de server van de hoogste Duitse civiele rechter op de dag dat uitspraak zou worden gedaan het aantal bezoekers niet aankon en uitviel. De beslissing had een aanzienlijke tijd op zich laten wachten en werd tevens tot twee maal toe uitgesteld.

> (…) dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.

Het BGH vat vervolgens, na in navolging van het BVerfG te hebben geconstateerd dat artikel 6 GG echtgenoten het recht geeft om, met inachtneming van de verantwoordelijkheden die voor hen voortvloeien uit huwelijks – en familiebanden, in vrijheid vorm te geven aan hun onderlinge betrekkingen, zowel tijdens als na het huwelijk, de hiervoor geciteerde kernoverweging van het BVerfG kernachtig samen, alvorens deze te herhalen:

> Verfassungsrechtlich geschützt sei allerdings nur eine Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stünden.

Leidt dit toetsingskader nu in de opvatting van het BGH tot algemene regels met behulp van welke voor elk afzonderlijk geval kan worden vastgesteld of de door de desbetreffende echtgenoten gesloten overeenkomst *unwirksam* is ex § 138 BGB dan wel een beroep op een in de overeenkomst getroffen regeling strijdig is met de voorschriften van § 242 BGB? Dit blijkt niet het geval te zijn:

> (…) erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens.

Bij wijze van voorbeeld van een casus waarin vrijwel steeds correctie door de rechter van de door de echtelieden gesloten overeenkomst plaats zal moeten vinden, noemt het BGH het geval van de niet-gehuwde vrouw die zich voor de keuze gesteld ziet om of haar kind alléén op te moeten voeden of door het sluiten van een huwelijk met de vader deze bij de opvoeding van en de zorg voor het kind te betrekken, waarbij zij – indien zij kiest voor de tweede mogelijkheid – (noodgedwongen) instemt met huwelijkse voorwaarden die voor haar zeer nadelig zijn.

Uiteindelijk komt het BGH tot een zekere concretisering van zijn overwegingen met de volgende richtlijn:

> Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei (bij de afweging in het kader van de door het BGH bedoelde Gesamtschau, FS) um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Als behorende tot dit kerngebied[59] van het echtscheidingsrecht onderscheidt het BGH achtereenvolgens – in een rangorde – de wettelijke regelingen met betrekking tot:

---

59 Het begrip *Kernbereich* (*des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems*) is afkomstig van Dauner-Lieb (*AcP* 200 (2001), 295, 319 f.).

1. *Betreuungsunterhalt* (§ 1570 BGB);
2. *Unterhalt* op grond van ouderdom en ziekte (§ 1571 en 1572 BGB), alsmede de *Versorgungsausgleich*;
3. *Unterhalt* op grond van bij de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot niet in voldoende mate bestaande verdiencapaciteit (§ 1573 BGB);
4. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt ziektekosten- en pensioenvoorzieningen te treffen (§ 1578 BGB);
5. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt om een opleiding te volgen en zijn verdiencapaciteit te vergroten (§§ 1573 en 1575 BGB).

Uitdrukkelijk bepaalt het BGH voorts dat de *Zugewinnausgleich* zich buiten het bedoelde kerngebied van de regelgeving ter zake van de echtscheidingsgevolgen bevindt,[60] waarmee is gezegd dat echtgenoten waar het de *Zugewinnausgleich* betreft in beginsel volledige contractvrijheid hebben.

Tot slot komt het BGH toe aan een nadere invulling van de wijze waarop de *Wirksamkeitskontrolle*, respectievelijk de *Ausübungskontrolle* van huwelijkse voorwaarden uit hoofde van § 138, respectievelijk § 242 BGB zouden moeten worden uitgevoerd.[61]

Zoals gezegd ziet de eerstgenoemde toetsing uitsluitend op het geheel van de afspraken die de echtgenoten ten tijde van het sluiten van de overeenkomst daarin hebben vastgelegd en dient deze zeer restrictief plaats te vinden. Er kan slechts sprake zijn van *Sittenwidrigkeit* indien bepalingen uit het kerngebied geheel of in aanzienlijke mate buiten werking worden gesteld zonder dat de hierdoor benadeelde echtgenoot daarvoor wordt gecompenseerd of dit wordt gerechtvaardigd door tussen de echtgenoten bestaande bijzondere verhoudingen.

Wordt door de rechter vastgesteld dat sprake is van nietigheid, dan treden de wettelijke regelingen in de plaats van de overeenkomst.[62] Indien de desbetreffende beoordeling niet leidt tot nietigheid van de huwelijkse voorwaarden – hetgeen aan de orde zal zijn in de meeste gevallen, gezien het restrictieve karakter ervan –, dan dient de rechter de tweede stap te zetten en over te gaan tot de *Ausübungskontrolle*, in het kader van welke toetsing hij

60 Haußleiter en Schiebel zijn van mening dat het BGH zich behelpt met het *Postulat von der Existenz eines Kernbereichs des Scheidungsfolgenrechts*; Haußleiter en Schiebel, 2004, p. 7 e.v..

61 Het BVerfG had zich zoals hiervoor opgemerkt beperkt tot de richtlijn dat de civiele rechter deze algemene bepalingen toe dient te passen bij zijn toetsing.

62 Ook bestaat de mogelijkheid van *Teilnichtigkeit*. Brambring merkt op dat het antwoord op de vraag of *Unwirksamkeit* van een bepaling uit een overeenkomst de consequentie heeft dat de gehele overeenkomst nietig is, omstreden is en voert aan dat de uitspraak van het BGH ter zake twee passages bevat die elkaar tegen lijken te spreken. Hij maakt de gevolgtrekking dat *der Senat (…) zumindest nicht zwingend von einer Gesamtnichtigkeit aller Vereinbarungen nach § 139 ausgeht, sondern nur dann, wenn auch die weiteren, an sich wirksamen ehevertraglichen Vereinbarungen bei einer Gesamtbetrachtung offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung führen, die die Unwirksamkeit des Ehevertrags ingesamt fordert*; Brambring, 2005, p. 30-34. Vgl. ook Brambring, 2007, p. 870.

nagaat of er bezwaren bestaan tegen de tenuitvoerlegging van hetgeen door de echtgenoten werd overeengekomen. Ingeval de rechter tot de conclusie komt dat dit het geval is, kan hij niet teruggrijpen op wettelijke regelingen, doch ziet hij zich gesteld voor een *Vertragsgestaltungsaufgabe*.[63] [64]

Reeds werd melding gemaakt van het feit dat deze toetsing vereist dat hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen door de echtgenoten, óók houdbaar is in het licht van de actuele onderlinge verhoudingen ten tijde van de echtscheiding. Indien de bevindingen van de rechter op dit punt ontkennend luiden, is sprake van misbruik van recht [65] als een echtgenoot zich er op beroept dat hij er op mocht vertrouwen dat de desbetreffende afspraken onverkort uitgevoerd zouden worden.

De rechter dient in een dergelijk geval de rechtsgevolgen zodanig vast te stellen dat op afgewogen wijze rekenschap wordt gegeven van de alsdan bestaande gerechtvaardigde belangen van beide partijen.

Het BGH komt in casu tot het besluit dat geen sprake is van *Unwirksamkeit* maar sluit niet uit dat in het kader van de *Ausübungskontrolle* vast komt te staan dat de man zich niet mag beroepen op het afzien van partneralimentatie door de vrouw en verwijst de zaak derhalve voor verdere afdoening terug naar het OLG München.

6.6 *Blitzschlag?* Commentaar in de Duitse literatuur

De beide uitspraken van het BVerfG werden in de Duitse literatuur in het algemeen geduid als een *Blitzschlag*.[66] Reden hiervoor is de breuk die werd ervaren ten opzichte van de door de rechtsprekende colleges voorheen ruim geïnterpreteerde *Eheschließungsfreiheit*.

Bergschneider[67] betoogt echter dat degenen die de rechtspraak van het BVerfG door de jaren heen wat nauwkeuriger hebben gevolgd, minder werden verrast door de desbetreffende uitspraken. Hij voert daartoe aan dat door het BVerfG op andere terreinen van het recht immers al eerder uitspraken waren gedaan aangaande ongelijke verhoudingen tussen partijen bij een

63 Brambring, 2005, p. 22. Bergschneider spreekt in dit verband het vermoeden uit dat de zogenaamde *Salvatorische Klausel* – een clausule in een overeenkomst die beoogt te bewerkstelligen dat deze geldig blijft indien een of meer onderdelen daarvan geheel of ten dele als nietig wordt of worden aangemerkt – in de toekomst meer gewicht zal verkrijgen, mits doordacht geformuleerd, omdat de rechter zich door een dergelijke clausule zal laten leiden bij de uitoefening van de desbetreffende taak; Bergschneider, 2004, p. 1764.

64 Zie voor de verhouding tussen beide toetsingen ter zake van *Unterhaltsvereinbarungen* na de invoering van de *Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts* van 21 december 2007: C. Münch, 'Unterhaltsvereinbarungen nach der Reform', *FamRZ*, 2009/3, p. 171-179.

65 In termen van het Duitse civiele recht: *unzulässige Rechtsausübung*.

66 De vergelijking is van Prantl (*SZ* v. 11 februari 2004) en wordt door andere schrijvers veel geciteerd om het onverwachte van de uitspraken te benadrukken.

67 Bergschneider, 2004, p. 1757 e.v.. Vgl. ook Hofer, 2005, p. 13-14.

overeenkomst en dat het BVerfG in zijn beide onderhavige uitspraken uitdrukkelijk aansluit bij deze jurisprudentie, door de daar ontwikkelde rechtsregels nu toe te passen op huwelijkse voorwaarden en overeenkomsten die worden gemaakt met het oog op de ontbinding van het huwelijk.[68] Niettemin toont hij begrip voor het feit dat de door het BVerfG ingezette lijn bij practici tot veel opschudding heeft geleid.[69]

Bergschneider wijst voorts op de filosofisch-ideologische achtergrond waartegen de beide genoemde uitspraken van het BVerfG begrepen moeten worden.[70] Kennis van deze achtergrond is gewenst omdat deze vaak noodzakelijk is bij het duiden van praktische problemen die zijn ontstaan. Om dit uitgangspunt van het BVerfG inzichtelijk te maken, citeert hij uit de eerste uitspraak:

> (…) gilt auch für Eheverträge, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner es zur Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragsparteien aus Art. 2 I GG Aufgabe der Gerichte ist, durch vertragliche Inhaltskontrolle und ggf. durch Korrektur mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.[71]

Het levert mijns inziens inderdaad een interessant perspectief op indien het desbetreffende citaat wordt beschouwd als een overweging in het licht waarvan de uitspraak (mede) begrepen moet worden.

Rakete-Dombek[72] vermoedt dat het BGH grote moeite heeft gehad om op basis van de beide uitspraken van het BVerfG op zodanige wijze tot zijn oordeel te komen dat op waardige wijze afstand werd genomen van de eigen constante – en daardoor gevestigde – leer en daarbij niettemin geen gezichtsverlies zou worden geleden. Brambring[73] brengt de oude rechtspraak van het BGH in herinnering. Deze laat zich samenvatten door het

---

68 Ook Rakete-Dombek wijst er op dat er vóór de uitspraken van het BVerfG veel kritiek was op de zeer terughoudende opstelling van het BGH waar het betreft de controle van *Eheverträgen* en *Scheidungsvereinbarungen*. Zij stelt*: Dass die uneingeschränkte Vertragsfreiheit im Bereich der Eheverträge fallen würde, war klar; die Rechtsprechung des BGH, die dagegen stand, war wohl weiter nicht aufrechtzuhalten*; Rakete-Dombek, 2004, p. 1273.

69 Gezien het feit dat de beide uitspraken bepaald nieuw waren in *ihrer umfassenden und dramatischen Darstellung und in ihrer Radikalität.*

70 Bergschneider haalt de navolgende passage van Jürgen Habermas aan (uit diens *Faktizität und Geltung)*: *Die Existenzberechtigung des Staates liegt nicht primär im Schutz gleicher subjektiver Rechte, sondern in der Gewährleistung eines inklusiven Meinungs- und Willensbildungsprozesses, worin sich freie und gleiche Bürger darüber verständigen, welche Ziele und Normen im gemeinsamen Interesse aller liegen* (...) en plaatst deze opvatting in het kader van het rechtsverkeer tussen burgers; Bergschneider, 2004, p. 1757.

71 Bergschneider stelt dat dit citaat duidelijk maakt dat de opvatting van Habermas ook toepasbaar is op het tot stand komen van familierechtelijke overeenkomsten en dat het BVerfG zich daar blijkens deze passage rekenschap van geeft; Bergschneider, 2004, p. 1757.

72 Rakete-Dombek, 2004, p. 1274 e.v.

73 Brambring, 2005, p. 19.

niet toestaan van een *Wirksamkeitskontrolle* door het BGH, uitgaande van de redenering dat een man er ook voor kan kiezen om zijn zwangere partner niet te huwen en aldus waar het betreft de (financiële) zorg voor het kind tot niet meer gehouden is dan de wet aan een niet-gehuwde vader oplegt.

Indien een vrouw instemt met een huwelijk waarbij contractueel wordt vastgelegd dat de wettelijke regels met betrekking tot de situatie na een eventuele echtscheiding worden uitgesloten, kan daarom niet worden gesteld dat sprake is van een af te keuren misbruik door de man van zijn positie ten opzichte van de vrouw: hij had haar immers ook niet kunnen huwen.[74]

Wel voerde het BGH ook voorheen een *Ausübungskontrolle* uit maar alleen wanneer sprake was van een beroep van de man op bepalingen uit de door de echtgenoten gesloten overeenkomst die in tegenspraak waren met de gerechtvaardigde belangen van de *kinderen* van de echtgenoten. Het eigenstandige belang dat de vrouw zou kunnen hebben waar het haar eigen positie na echtscheiding betrof speelde in de afwegingen van het BGH destijds geen rol.

Brambring verwelkomt het duidelijke onderscheid dat door het BGH wordt gemaakt tussen de toetsing op grond van § 138 en § 242 BGB, waarmee de hoogste Duitse civiele rechter naar zijn oordeel op overtuigende wijze een nadere uitwerking geeft van de algemene richtlijn die door het BVerfG is gegeven.[75]

Interessant is tevens de observatie van Brambring dat het BGH het bestaan van een *Halbteilungsgrundsatz* niet aanvaardt door uit te spreken dat het geldende recht *(…) einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten (…)* niet kent.

Bergschneider[76] wijst er op dat uit het feit dat het BGH het huwelijksvermogensrecht niet onder het *Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts* brengt, niet moet worden afgeleid dat er een vrijbrief bestaat voor echtgenoten op dit terrein, aangezien de rechterlijke toetsing hier zwaar kan leunen op de wat hij noemt, *subjektive Seite*.[77]

---

74 Brambring doelt hier met name op twee uitspraken uit 1996 (*FamRZ* 1996, 1536 en *FamRZ* 1997, 156).

75 Rakete-Dombek spreekt in dit verband echter van het naar haar mening al langer bestaande *Doppelmodell* waaraan het BGH ook na de uitspraken van het BVerfG vast blijft houden en verwijst ter onderbouwing hiervan naar enkele uitspraken uit het vorige decennium; Rakete-Dombek, 2004, p. 1275.

76 Bergschneider, 2004, p. 1762 e.v..

77 Onder dit begrip brengt Bergschneider factoren als *strukturelle Unterlegenheit*, *einseitige Dominanz* en *formelle Vorkehrungen* welke in de toetsingsfase een rol kunnen spelen. Hij stelt deze subjectieve sfeer tegenover de *objektive Seite* waarvoor geldt dat in de toetsingsfase de vergelijking centraal staat tussen de situatie die bestaat tussen een huwelijk gesloten zonder huwelijkse voorwaarden, respectievelijk echtscheiding zonder convenant en de situatie waarin wel een overeenkomst is gesloten door de echtgenoten. Vgl. ook Bergschneider, 2008, p. 3-6.

Hij meent voorts dat een door de echtgenoten overeengekomen *Totalverzicht*[78] weliswaar niet onmogelijk is geworden in algemene zin maar dat in vele gevallen door de rechter zal worden geconcludeerd dat dan sprake is van *Sittenwidrigkeit*.

Rakete-Dombek[79] denkt dat het BGH een rol ziet weggelegd voor het *Schuldprinzip* als beginsel waarmee de rechter rekening dient te houden in zijn afwegingen in het kader van de *Ausübungskontrolle*. Zij stelt dat volgens het BGH een echtgenoot die tijdens het huwelijk een inbreuk heeft gemaakt op de echtelijke solidariteit, zelf geen beroep meer kan doen op nahuwelijkse solidariteit tussen de echtgenoten en voert aan dat dit element weliswaar in het individuele geval tot een rechtvaardige uitkomst kan leiden maar ten koste gaat van de rechtszekerheid in het algemeen. Zij vraagt zich voorts af of het BGH niet wat meer duidelijkheid had kunnen verschaffen door het geven van concreet houvast: speelt zwangerschap een overheersende rol of zijn ook andere aanknopingspunten denkbaar? Zij beticht het BGH er van niet voldoende te hebben geluisterd naar het BVerfG:

> Der BGH zieht sich auf vage Äußerungen und bekannte Wertungen zurück. Die das Urteil stützende These von der fiktiven Gleichwertigkeit, die den Ausführungen des BVerfG von der gleichen Teilhabe und dem dort betonten 'Halbteilungsgrundsatz' nicht ausreichend Rechnung tragen dürfte, könnte zu einer nochmaligen Beschäftigung des BVerfG führen.

6.7 From Status to Contract?[80]

Hofer geeft kort na het verschijnen van de in paragraaf 6.5 besproken uitspraak van het BGH van 2004 een historische beschouwing over het huwelijk.

In haar mijns inziens terechte observatie beweegt het individu zich in de moderne samenleving steeds meer van familieverbanden – de *patria potestas* – vandaan, eenvoudigweg omdat hij daarvan niet meer afhankelijk is. Tegen deze achtergrond dient te worden onderzocht of status, i.e. de institutionele ordening die onafhankelijk is van de wil van echtgenoten[81], vervangen zou moeten worden door een *interindividuelles Eheverständnis*[82] waarin echtgeno-

78 Niet te verwarren met de Nederlandse 'koude uitsluiting': een *Totalverzicht* heeft niet slechts betrekking op het goederenrecht maar sluit ook de toepasselijkheid van de regels betreffende de *Zugewinn*, de *nacheheliche Unterhalt* en de *Versorgungsausgleich* uit.

79 Rakete-Dombek, 2004, p. 1275 e.v.

80 Het betreft hier de titel van een door mij bezocht rechtsvergelijkend symposium aan de Universiteit van Regensburg dat werd georganiseerd naar aanleiding van de uitspraak van het BGH d.d. 11 februari 2004 en in het najaar van 2004 plaatsvond.

81 Vgl. ook Coester-Waltjen, 2006, p. 9-11.

82 Voor de achtergrond van dit begrip zij verwezen naar noot 11 in het artikel van Hofer.

ten zelf vorm geven aan hun huwelijk door middel van het sluiten van een contract.[83]

Hofer wijst er bij wijze van korte historische duiding op dat het dragende principe van individuele vrijheid in gelijkheid, door Gottlieb Planck ten grondslag werd gelegd aan zijn voorstel betreffende het familierecht ten behoeve van een ontwerp voor een Burgerlijk Wetboek in 1880. Weliswaar werd destijds door sommigen gevreesd voor het gevaar dat de ene echtgenoot de andere zou beïnvloeden, doch de desbetreffende wetgevingscommissie achtte de *Geschäftsfähigkeit* van echtgenoten zodanig aanwezig dat ieder van beide echtgenoten in staat zou zijn om voor zichzelf te handelen en zelfstandig verantwoordelijkheid te dragen en was dientengevolge de mening toegedaan dat aan *Bevormundung* in dezen geen behoefte bestond.

Het BGB – dat in 1900 verscheen –, legt dan ook doelbewust het beginsel van autonomie in het familierecht vast. In 1976 werd de huwelijkswetgeving aangepast met het oogmerk de *Gleichberechtigung* van echtgenoten in de wetgeving te introduceren. De contractvrijheid werd door de Duitse wetgever hierbij bepaald niet ingeperkt: uitdrukkelijk werd namelijk vastgelegd dat echtgenoten de *Versorgungsausgleich* kunnen uitsluiten en overeenkomsten kunnen aangaan met betrekking tot te betalen alimentatie na echtscheiding.

In het laatste decennium van de vorige eeuw werd kritiek geleverd op de vanzelfsprekendheid van het prerogatief van de contractvrijheid in het familierecht, zich uitend in de vraagstelling of dit principe van de partijautonomie in het familierecht wel ongewijzigd gehandhaafd zou moeten blijven. De context hiervan was een samenleving die steeds vaker werd geconfronteerd met de negatieve gevolgen van echtscheiding voor de vrouw die niet goed verzorgd achterbleef.[84]

In deze kritiek zijn twee lijnen te ontwaren. De woordvoerders van de ene lijn betogen dat het mogelijk moet zijn om zekere personen in individuele gevallen te beschermen. De verdedigers van de andere lijn gaan verder: zij vinden dat bepaalde groepen als zodanig beschermd zouden moeten worden. In het eerste geval blijft naar de mening van Hofer de partijautonomie overeind, in het tweede niet.[85]

Hofer besluit haar historisch overzicht met op te merken dat het er uiteindelijk om gaat welk principieel concept wordt aangehangen: *From Status to Contract?* of *From Contract tot Status?* waarbij onder status dan een *Schutzstatus* moet worden verstaan.[86]

---

83 Hofer, 2005, p. 2 en 3. Hofer verdedigt ook de stelling dat een *Ehevertrag* dat tijdens de loop van het huwelijk niet wordt aangepast zich ontwikkelt tot een keurslijf waarop het adagium *summa ius summa iniuria* toepassing kan vinden. Zeker nu in de rechtspraak duidelijk een andere koers is gekozen, is het daarom de taak van de notaris om mogelijke ontwikkelingen in het leven van echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden te incorporeren.

84 Hofer, 2005, p. 3-13.

85 Hofer, 2005, p. 14 en 15.

86 Hofer, 2005, p. 16.

6.8 Aanvankelijke receptie in de lagere rechtspraak

Uiteraard rijst de vraag hoe de *Oberlandesgerichte* de uitspraak van het BGH van 11 februari 2004 aanvankelijk in hun beslissingen lieten doorklinken.

Het OLG Celle[87] stelt op 25 februari 2004, derhalve zeer kort na de uitspraak van het BGH, dat deze ook van toepassing is op *Scheidungsvereinbarungen*.

In de desbetreffende casus vecht de vrouw de *Gütertrennung* aan alsook de wijze waarop in het echtscheidingsconvenant is vormgegeven aan de *Zugewinnausgleich*, welke zij als *sittenwidrig* aanmerkt.

Nadat het OLG heeft opgemerkt dat de kwestie zich bevindt buiten de – hiervoor door mij geduide – *Kernbereichslehre*, stelt het vast dat onder zeer strenge voorwaarden niettemin sprake kan zijn van rechtsmisbruik wanneer een echtgenoot vasthoudt aan de overeengekomen *Gütertrennung*. Voor een toetsing van subjectieve factoren is op dit terrein echter geen ruimte indien toetsing van objectieve factoren niet leidt tot de gevolgtrekking dat hetgeen is overeengekomen strijdt met § 138, respectievelijk § 242 BGB.

Hetzelfde OLG Celle[88] oordeelt enige tijd later dat sprake is van *Unwirksamkeit* waar de echtgenoten zijn overeengekomen dat afgezien wordt van aanspraken op partneralimentatie en de *Versorgungsausgleich* wordt uitgesloten, maar ziet opnieuw geen aanleiding om de eveneens overeengekomen *Gütertrennung* ongedaan te maken.

Beide uitspraken zijn derhalve in overeenstemming met de door het BGH geformuleerde criteria.

Het OLG Karlsruhe[89] beslist kort daarop echter in andere zin, in een geval waarin de echtgenoten een beperking hadden vastgelegd met betrekking tot wederzijdse aanspraken op bijdragen in levensonderhoud ingeval van echtscheiding. Het betrof in casu afspraken ten aanzien van categorieën onderhoudsbijdragen die door het BGH buiten de *Kernbereichslehre* zijn gehouden

Het OLG komt in het kader van de *Ausübungskontrolle* tot de gevolgtrekking dat een correctie van hetgeen de echtgenoten waren overeengekomen geëigend is en stelt de partneralimentatie vast op een hoger bedrag. Het OLG onderbouwt zijn beslissing door vast te stellen dat het inkomen van de man zich op buitengewone wijze heeft ontwikkeld en dat voorts de veronderstelling van de echtgenoten ten tijde van de sluiting van het huwelijk dat de vrouw een baan zou hebben naast de verzorging en opvoeding van de kinderen onjuist is geweest: overwegingen van billijkheid brengen dan mee

87 *FamRZ* 2004, p. 1202.
88 *FamRZ* 2004, p. 1489.
89 *DNotI-Report* 2004, p. 146.

dat het niet terecht zou zijn om de vrouw de gevolgen te laten dragen voor de destijds gemaakte keuze voor een *Hausfrauenehe*.[90]

Het OLG Oldenburg[91] accepteert *Unwirksamkeit* van een *Ehevertrag* inhoudende een uitsluiting van de *Zugewinnausgleich* omdat de (zwangere) bruid pas korte tijd vóór het sluiten van het huwelijk met de desbetreffende overeenkomst wordt geconfronteerd.

Het OLG Koblenz[92] is de mening toegedaan dat geen sprake kan zijn van benadeling van de ene echtgenoot door de andere indien de vermeend benadeelde echtgenoot werd bijgestaan door een advocaat bij het sluiten van de overeenkomst.[93]

Het OLG München[94] tot slot laat na om te komen tot een *Gesamtwürdigung* in het kader van de *Wirksamkeitskontrolle* en wordt daarvoor door het BGH op de vingers getikt. Voorts besluit dit OLG dat een *Ausübungskontrolle* in het gegeven geval evenmin geïndiceerd is en wordt het ook op dit punt terechtgewezen door het BGH.

Het BGH maakt tevens van de gelegenheid gebruik om nog eens uitvoerig uiteen te zetten welke stappen tegen welke achtergrond de *Tatrichter* achtereenvolgens dient te zetten in gevallen waarin een door echtgenoten gesloten overeenkomst door een van hen wordt betwist.

Hahne[95] waarschuwt voor te hoge verwachtingen waar het betreft de uitspraak van het BGH (van 11 februari 2004) en merkt op dat rechtszekerheid op dit terrein eerst dan ontstaat wanneer het BGH zich heeft kunnen uitspreken over een voldoende aantal zaken. Tot die tijd is sprake van een zich ontwikkelend rechtersrecht.

6.9 Ehetypen

Bergschneider meent dat de door BVerfG en BGH gekozen lijn meebrengt dat in de notariële praktijk bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden of van een echtscheidingsconvenant sterk overwogen moet worden om in de overeenkomst een *Präambel* (considerans) op te nemen waarin uitdrukkelijk worden opgenomen:

---

90 Brambring stelde zich in diens bijdrage aan het hiervoor genoemde symposium naar aanleiding van deze uitspraak de vraag of de sceptici nu wellicht gelijk krijgen in hun oordeel dat de BGH-uitspraak *die Schleusen zu einer richterlichen Billigkeitskontrolle* geopend heeft. Vgl. ook Brambring, 2005, p. 23 waar hij stelt dat onder meer deze uitspraak twijfel doet rijzen over het antwoord op de vraag of de lagere rechtspraak op dit punt wel de noodzakelijke terughoudendheid aan de dag zal leggen.

91 *FamRZ* 2004, p. 545.

92 *FamRZ* 2004, p. 205.

93 De uitspraken van het OLG Oldenburg en het OLG Koblenz dateren van 2003.

94 *MDR* 4/2005.

95 Hahne zat de XIIe *Senat* van het BGH voor die de uitspraak van 11 februari 2004 heeft gedaan. Zij sprak – voorafgaand aan de desbetreffende uitspraak – ter gelegenheid van de jaarvergadering van de *Rheinische Notarverein* op 8 november 2003.

> (…) die Überlegungen und Planungen der Ehegatten und die Gründe für die konkrete Gestaltung.[96]

Haußleiter en Schiebel sluiten hierbij aan door te stellen dat:

> (…) die genaue Erfassung der Motivlage und die Ermittlung der Wünsche und Vorstellungen hinsichtlich des angestrebten Ehetypus (…).[97]

in huwelijkse voorwaarden van zeer groot belang is.

Rakete-Dombek[98] spreekt in deze context van *einem gesetzlichen Leitbild* waarmee zij doelt op het naar haar mening in de wet vastgelegde model van de *Einverdienerehe*, welk model gepaard gaat met een stelsel van wettelijke regels en van welk model en de daarbij behorende regels echtgenoten kunnen afwijken, daartoe in staat gesteld door het beginsel contractvrijheid.

Ook het BGH gaat uit van dit *gesetzlichee Leitbild* waar het in een uitspraak overweegt:

> (…) Diese Regelungen legen als gesetzliches Leitbild eine Ehe zugrunde, in der nur ein Ehegatte ein Erwerbseinkommen erzielt, während der andere unter Aufgabe eigener Erwerbstätigkeit die Familienarbeit übernimmt. Indessen können sich wegen der weitgehenden Autonomie der Ehegatten, ihr Verhältnis einvernehmlich zu gestalten, hiervon Abweichungen in mehrfacher Hinsicht ergeben. Die Ehegatten können, auch wenn die Ehe dem gesetzlichen Leitbild entspricht, den wirtschaftlichen Wert von Erwerbseinkünften und Familienarbeit unterschiedlich gewichten. Sie können aber auch die Ehe, abweichend vom gesetzlichen Leitbild, so ausgestalten, dass sich von vornherein für keinen von ihnen berufliche Nachteile ergeben, etwa in einer Doppelverdienerehe, in der die Kinder durch Dritte betreut werden. Korrespondierend zur Autonomie der Ehegatten bei der Ausgestaltung ihrer Lebensverhältnisse unterliegen die Scheidungsfolgen daher grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten.[99]

Naast dit *Ehetyp* – dat ook bekendheid geniet onder de benaming *Hausfrauenehe* – worden in Duitsland andere huwelijkstypen onderscheiden.

Het betreft in een onderverdeling door Langenfeld onder meer de *Doppelverdienerehe junger Eheleute mit Kinderwunsch*, de *Doppelverdienerehe junger Eheleute ohne Kinderwunsch*, de *junge Ehe mit befristeten Ausschlüssen,* de *Ehe des begüterten Erben*, de *Rentnerehe*, de *Unternehmerehe* in verschillende verschijningsvormen, de *Diskrepanzehe* – waaronder wordt verstaan een huwelijk waarbij tussen de echtgenoten grote verschillen bestaan in leeftijd en/of vermogen –, de *Wiederverheiratung älterer Eheleute* en de *Ehe verschuldeter Ehegatten*, in welke situatie een van beide aanstaande echtgenoten schulden

96 Bergschneider, 2008, p. 78 en eerder in *FamRZ* 2004, 601, 608. Vgl. ook Brambring, 2005, p. 25.

97 Haußleiter en Schiebel, 2004, p. 7.

98 Rakete-Dombek, 2004, p. 1275.

99 BGH XII ZR 296/01, 25 mei 2005, p. 14. Voor deze uitspraak en de hierna door mij geciteerde uitspraken geldt dat de genoemde paginanummers zijn ontleend aan de uitspraken in de opmaak daarvan op de website van het BGH.

heeft. Ook kan worden gedacht aan het type huwelijk waarbij de vrouw een generatiegenoot is van de kinderen van de man uit diens eerste huwelijk, het type huwelijk dat volgt op een periode van samenwoning van de partners en het huwelijkstype waarbij een van de echtgenoten afkomstig is uit het buitenland.[100]

De relevantie van de desbetreffende *Fallgruppenbildung*[101] is gelegen in het feit dat de instrumenterend notaris aldus in elk afzonderlijk geval aan de hand van tot op grote hoogte objectiveerbare criteria tot op maat gesneden huwelijkse voorwaarden kan komen die hij ontleent aan het desbetreffende *Typus, dem man wertend zuordnet*.[102] Het eigen waardensysteem, andere persoonlijke opvattingen en ingesleten werkwijzen van de notaris geven daarbij mitsdien niet de doorslag.

Evenmin gaat het in dan om een dogmatisch begrip van huwelijkse voorwaarden *unter dem man subsumiert*.[103]

Langenveld acht dit de juiste werkwijze in de zogenaamde *Kautelarjurisprudenz*,[104] – waarmee in Duitsland wordt gedoeld op dat gedeelte van de rechtswetenschap dat zich met *Vertragsgestaltung* bezig houdt – en stelt dat zijn opvatting ter zake *zum kautelarjuristischen Allgemeingut* is geworden sedert de ontwikkeling van deze *Lehre von der Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen* door hem sedert 1984.[105]

De desbetreffende werkwijze heeft tevens als een in het oog springend voordeel voorts dat zij niet statisch is en nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen daarin derhalve gemakkelijk kunnen worden verdisconteerd.

In het concrete geval stelt de Duitse notaris de aanstaande echtgenoten een aantal gerichte vragen op grond waarvan hij het huwelijk zoals dezen dit schilderen aan een *Ehetyp* koppelt. Vervolgens neemt hij met cliënten de (actuele) krachtlijnen daarvan door die kunnen zijn vervat in een bij het desbetreffende *Ehetyp* passend model, waarbij voor de notaris de vuistregel geldt dat naarmate een huwelijkstype meer afwijkt van de wettelijke regeling – die gedefinieerd kan worden als het *Ehetyp von der Einverdienerehe* – des te meer aandacht besteed dient te worden aan het formuleren van de afwijkende regelingen in de huwelijkse voorwaarden.[106]

---

100 Langenfeld, 2005, p. 349 e.v..

101 Dit begrip ziet op de onderverdeling van de verschillende verschijningsvormen van – in dit geval – het huwelijk in categorieën.

102 Langenfeld, 2005, p. 1.

103 Langenfeld, 2005, p. 1.

104 Daarnaast wordt het begrip *Dezisionsjurisprudenz* gebruikt voor uitspraken van rechters.

105 Langenfeld, 2005, p. 1; Vgl. Ook *DNotZ-Sonderheft* 1985, 167, 168. Langenfeld stelt recent: *Der den Grundsätzen der Gestaltung nach Ehetypen entsprechende Ehevertrag hält der richterlichen Inhaltskontrolle stand, auch wenn er erhebliche Einschränkungen des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts enthält.*; Langenfeld, 2011, p. 970.

106 Langenfeld, 2005, p. 2-6.

Bedacht dient daarbij vanzelfsprekend te worden dat in vrijwel elke specifieke huwelijkssituatie bijzonderheden een rol spelen die door dienen te klinken in de uiteindelijke huwelijkse voorwaarden. Het op een huwelijkstype toegesneden model voor huwelijkse voorwaarden zal daarom slechts als doordacht uitgangspunt kunnen dienen dat bijgesteld wordt indien de maatschappelijke ontwikkelingen of opvattingen daartoe aanleiding geven en leent zich er niet voor om als keurslijf te worden gebruikt.

Niettemin kent elk *Ehetyp* in beginsel een vaste set beginselen, waarbij de door de echtgenoten in een specifiek geval in huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken nauw aan zullen sluiten. Het werken met huwelijkstypen bewerkstelligt dat meer rechtszekerheid wordt gecreëerd bij het sluiten van de desbetreffende overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

6.10 Latere kernuitspraken van het *Bundesgerichtshof*

Op 6 oktober 2004 verschenen als eerste in een rij van een kleine 20 uitspraken,[107] twee besluiten waarin het BGH zich in beide gevallen uitspreekt over de *Wirksamkeit* van *Eheverträgen* waarin door de echtgenoten een *Versorgungsausgleich* is opgenomen.[108]

Deze eerste zaak betreft echtgenoten die zijn gehuwd in 1977 met twee tijdens het huwelijk geboren kinderen. De vrouw neemt het initiatief tot de echtscheiding die in 2001 een feit wordt.

Bij huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk waren gesloten was door de echtgenoten *Gütertrennung* vastgelegd en hadden partijen voorts over en weer afgezien van de *Versorgungsausgleich*.

In deze zaak constateert het BGH dat de vrouw ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden *versicherungspflichtig beschäftigt* was en mitsdien in de gelegenheid was om voor zichzelf *Versorgungsanwartschaften* op te bouwen en dat bij partijen toentertijd niet het concrete voornemen bestond hierin verandering aan te brengen, ook niet voor het geval er kinderen geboren zouden worden, op welke grond de huwelijkse voorwaarden stand houden beoordeeld in het licht van de *Wirksamkeitskontrolle*.

---

107 In dit hoofdstuk zijn enkele van deze uitspraken van het BHG verwerkt. Omdat mij met dit hoofdstuk uitsluitend voor ogen staat om de Duitse paradigmaverschuiving op het terrein van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding te beschrijven en te analyseren, alsmede om iets te laten zien van de wijze waarop deze ontwikkeling in de rechtspraak en in het notariaat in Duitsland doorklinkt, is afgezien van een bespreking van alle desbetreffende uitspraken van het BGH. Bergschneider geeft een vrij volledig overzicht van deze jurisprudentie tot 2009; Bergschneider, 2008.

108 BGH XII ZB 57/03 en BGH XII ZB 110/99. De uitspraken zijn behandeld in *FamRZ* 2005, p. 185, respectievelijk *FamRZ* 2005, p. 26.

Ter zake van de *Ausübungskontrolle* dient de feitenrechter aldus het BHB vervolgens te toetsen of en in hoeverre

> (...) ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (§ 242 BGB).[109]

Hierbij verschuift het perspectief van het moment waarop de desbetreffende huwelijkse voorwaarden werden ondertekend naar het *Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft*. Beslissend is in dit kader het antwoord op de vraag of

> (...) sich (…) aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine (…) unzumutbare Lastenverteilung ergibt.

Daarvan kan in bijzonder sprake zijn:

> (...) wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht.

Het BGH vergelijkt ten tijde van de echtscheiding derhalve de aan de huwelijkse voorwaarden *zugrundegelegten Lebensumstände* met de *tatsächliche Lebenssituation* bij de echtscheiding en komt daarbij tot de conclusie dat het OLG terecht de geboorte van de kinderen van partijen en de *mit deren Betreuung einhergehende eingeschränkte Erwerbstätigkeit* van de vrouw doorslaggevend heeft doen zijn in zijn in het licht van de *Ausübungskontrolle* gemaakte afweging, welke tot de beslissing heeft geleid dat de man zich niet op het desbetreffende beding mag beroepen.

Het BGH voegt daar nog aan toe dat dit eveneens speelt:

> (...) wenn die Parteien, (…), keine kinderlose Ehe geplant, sondern bei ihrer Abrede über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs beabsichtigt haben, die Betreuung von Kindern mit der Berufstätigkeit beider Ehegatten zu verbinden, sie diese Vorstellung später nicht verwirklicht haben.

De daarop volgende overweging legt een direct verband met de door het BGH in de uitspraak van februari 2004 geformuleerde rangorde:

> Allerdings lässt nicht jede Abweichung der späteren tatsächlichen Lebensverhältnisse von der ursprünglich zugrundegelegten Lebensplanung es als unzumutbar erscheinen, am ehevertraglichen Ausschluss von Scheidungsfolgen festzuhalten. Die Frage, ob eine einseitige Lastenverteilung nach Treu und Glauben hinnehmbar ist, kann vielmehr nur unter Berücksichtigung der Rangordnung der Scheidungsfolgen beantwortet werden: je höherrangig die vertraglich ausgeschlossene und nunmehr dennoch geltend gemachte Schei-

109 BGH XII ZB 57/03, p. 7.

> dungsfolge ist, um so schwerwiegender müssen die Gründe sein, die – unter Berücksichtigung des inzwischen einvernehmlich verwirklichten tatsächlichen Ehezuschnitts – für ihren Ausschluss sprechen.[110]

De *Versorgungsausgleich* neemt in deze rangorde een tweede plaats in en wordt door het BGH gekarakteriseerd als enerzijds verwant aan de *Zugewinnausgleich* – als *gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen* – en anderzijds als *Altersunterhalt* waarop vooruit wordt gelopen en dient derhalve op grond van dezelfde criteria te worden getoetst als het geheel of gedeeltelijk afzien van *Unterhalt*.

Door de wet wordt aan *Unterhalt wegen Alters* door de wet een bijzondere betekenis toegekend als expressie van huwelijkse solidariteit en volgens het BGH geldt hetzelfde voor de *Versorgungsausgleich*, hetgeen tot de gevolgtrekking voert dat een *wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs* alleen geen stand houdt ingeval van toetsing aan § 242 BGB als deze ertoe leidt dat een echtgenoot op grond van *einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände* niet beschikt over een oudedagsvoorziening die voldoende is en dit gegeven botst met het voorschrift van de echtelijke solidariteit.

Dit laatste is bijvoorbeeld het geval indien een echtgenoot zich tijdens het huwelijk met instemming van de andere echtgenoot heeft gewijd aan de verzorging en opvoeding van de gezamenlijke kinderen en daardoor heeft afgezien van een dienstbetrekking die tot opbouw van pensioenrechten zou hebben geleid. In het desbetreffende nadeel dat hierdoor voor de verzorgende echtgenoot onstaat, wordt door de wet voorzien in de figuur van de *Versorgungsausgleich* die dan ook niet zonder compensatie voor de benadeelde echtgenoot terzijde kan worden geschoven in een geval als het onderhavige *wenn die Ehe scheitert*.[111]

Tot slot spreekt het BGH zich uit over de wijze waarop tot rechterlijke aanpassing van de door de echtgenoten op dit punt gemaakte afspraken dient te worden gekomen:

> Dies hatten die Ehegatten allerdings in der Erwartung vereinbart, dass die Ehefrau durch ihre weitere Berufstätigkeit eine ihrer Ausbildung und ihrer Tätigkeit entsprechende angemessene Altersversorgung erwerben würde. Wenn sich diese Erwartung nicht verwirklicht hat, besteht jedenfalls Anlass, die insoweit entstandenen Versorgungsdefizite bei der Ehefrau auszugleichen. Maßstab für den Ausgleich der ehebedingten Nachteile ist dabei grundsätzlich diejenige Versorgung, die der berechtigte Ehegatte bei Weiterführung seiner beruflichen Tätigkeit voraussichtlich hätte erzielen können. Daher sind die fiktiven, im Wege einer Prognose festgestellten Versorgungsanrechte des berechtigten Ehegatten zugrunde zu legen. Dabei sind – je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles – verschiedene Berechnungswege denkbar (…).[112]

110 BGH XII ZB 57/03, p. 8.
111 BGH XII ZB 57/03, p. 9.
112 BGH XII ZB 57/03, p. 10; het BGH werkt vervolgens verschillende scenario's op dit gebied uit.

In de tweede zaak gaat het om een echtpaar dat in 1977 in het huwelijk is getreden. Uit het huwelijk zijn eveneens twee kinderen geboren. In 1998 wordt de echtscheiding uitgesproken op verzoek van de man.

In 1986 waren de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden *Gütertrennung* overeengeomen en hadden zij tevens de *Versorgungsausgleich* uitgesloten.

In lijn met de hiervoor besproken uitspraak van dezelfde datum, formuleert het BGH de volgende kernoverweging:

> (...) die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die Vereinbarung der Ehegatten über die Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.[113]

Ook de gevolgtrekking die het BGH hieraan verbindt komt, zoals te verwachten, overeen met die uit de eerste uitspraak.

Omdat in de uitspraak van februari 2004 door het BGH bijzondere betekenis wordt toegekend aan *Unterhalt wegen Alters* als *Ausdruck ehelicher Solidarität* en daaraan binnen de *Kernbereichslehre* mitsdien ook een hoge rang is toegekend, is de uitsluiting van de *Versorgungsausgleich* in huwelijkse voorwaarden onderworpen aan zowel de W*irksamkeitskontrolle* als de *Ausübungskontrolle*, waarbij aldus het BGH, het *maßgebende Kriterium für beide Kontrollschritte* wordt gegeven door het antwoord op de vraag of en in hoeverre het uitsluiten van de *Versorgungsausgleich* zich verdraagt met het voorschrift van echtelijke *Solidarität*.

De feitenrechter dient in dit licht zowel *ex tunc* – in het kader van de *Wirksamkeitskontrolle* – als *ex nunc* – waar het de *Ausübungskontrolle* betreft – te toetsen en wel in samenhang met de overige in de huwelijkse voorwaarden getroffen regelingen. De desbetreffende toetsing dient te worden gedaan in de vorm van een:

> Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwekke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen.

113 BGH XII ZB 110/99, p. 4 en 5.

Indien dan blijkt dat op het moment van de ondertekening van de huwelijkse voorwaarden al sprake was van een (contractueel gecreëerde) *Versorgungssituation* die dient te worden beschouwd als een *gravierende Verletzung* van de gedachte van echtelijke solidariteit die de basis vormt van de *Versorgungsausgleich*, moet worden geoordeeld dat de door de echtgenoten getroffen regeling geen stand houdt in het licht van § 138 lid 1 BGB:

> Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn ein Ehegatte sich einvernehmlich der Betreuung der gemeinsamen Kinder widmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdichtet sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der jedenfalls nicht ohne Kompensation einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert.

Het BGH stelt tot slot vast dat het OLG München een dergelijke *umfassende Gesamtwürdigung* niet heeft uitgevoerd. Ware dat anders geweest, dan hadden de volgende aspecten meegewogen dienen te worden: de aard en omvang van de door de echtgenoten tijdens het huwelijk verworven *Versorgungsanrechte*, de vermogensrechtelijke positie van elk der echtgenoten ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden en voorts in:

> (...) welchem Umfang die Ehefrau, die nach ihrem Vortrag bereits seit ihrer Eheschließung an einer ihre Erwerbsfähigkeit mindernden Rückenerkrankung leidet, im Scheidungsfall ihre eigene Altersversorgung durch künftige versicherungspflichtige Tätigkeit voraussichtlich weiter ausbauen kann. Soweit der Ehefrau im Ehevertrag für den Scheidungsfall eine Entschädigung zugesagt ist, wäre der Frage nachzugehen, ob diese Entschädigung als Gegenleistung für die von der Ehefrau für den Scheidungsfall zugesagte Übertragung ihres Miteigentums am gemeinsamen Hausgrundstück auf den Ehemann anzusehen oder als (teilweiser) Ausgleich für ihren Verzicht auf eine eigene versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit während der Ehe zu verstehen ist (…)

In het laatstbedoelde geval dient de rechter te onderzoeken welke omvang de *Versorgungsanrechte* die de vrouw met de bedoelde schadevergoeding zou kunnen verwerven, zouden kunnen hebben. Hiermee maakt het BGH duidelijk dat alle omstandigheden van het specifieke geval van belang zijn en door de rechter moeten worden onderzocht en geduid in het geheel van de door de echtgenoten gemaakte afspraken zoals die naar voren komen uit de huwelijkse voorwaarden.

In de onderhavige casus is naar het oordeel van het BGH tevens van belang het antwoord op de vraag welke subjectieve aspecten de vrouw ertoe hebben gebracht om verscheidene jaren na de huwelijkssluiting en de geboorte van de kinderen in te stemmen met de huwelijkse voorwaarden en in het bijzonder met de daarin opgenomen uitsluiting van de *Versorgungsausgleich.*

Naar mijn mening betreft dit de vraag die in deze zaak uiteindelijk de meest relevante is. Maar het feitencomplex zoals door het BGH aangehaald geeft hierover helaas geen uitsluitsel.

Zo blijkt de vrouw in eerdere instantie enerzijds aangevoerd te hebben dat haar echtgenoot haar geslagen heeft met als doel *sie zum Notar zu schleppen* maar dient haar pleidooi volgens het BGH anderzijds niet zo te worden verstaan dat de vrouw daadwerkelijk *zum Notar geschleppt oder unlauter gezwungen worden sei*.[114]

Het BGH lijkt in casu door te willen laten klinken dat hij niet goed voor zich ziet dat de door hem bedoelde *Gesamtwürdigung* door het OLG München – waarnaar de zaak wordt terugverwezen – tot een andere uitkomst zal leiden dan dat dit gerechtshof tot de conclusie komt dat de uitsluiting van de *Versorgungsausgleich* in de huwelijkse voorwaarden als *sittenwidrig* dient te worden bestempeld.[115]

Mocht dat echter niet het geval zijn dan dient de rechter in het kader van de *Ausübungskontrolle* te toetsen of en in hoeverre een echtgenoot de hem door de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden toegekende *Rechtsmacht* misbruikt wanneer deze zich er ingeval van echtscheiding op beroept dat de uitsluiting van de *Versorgungsausgleich* geldig is, beoordeeld naar de maatstaven van § 242 BGB.

Bij de desbetreffende toetsing zijn niet slechts de omstandigheden ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden van belang doch is veeleer de uitleg van de huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding beslissend.

De maatstaf van § 242 BGB brengt mee dat *ein wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs* in de meeste gevallen niet kan worden gehandhaafd indien sprake is van een *grundlegende Veränderung der gemeinsamen Lebensumstände* en de desbetreffende uitsluiting impliceert dat een echtgenoot niet over een toereikende *Altersversorgung* beschikt.

In de nadien verschenen *Leitsatzentscheidungen* van het BGH op dit terrein[116] is vooral sprake van het doorzetten van de in beide besproken uitspraken uitgezette lijn en zijn zoals viel te verwachten voorts nadere nuanceringen en verduidelijkingen aangebracht.

114 BGH XII ZB 110/99, p. 8.

115 BGH XII ZB 110/99, p. 8.

116 Ik noem hier de volgende uitspraken: BGH XII ZR 238/03, 12 januari 2005; BGH XII ZR 296/01, 25 mei 2005; BGH XII ZR 221/02, 25 mei 2005; BGH XII ZB 250/03, 17 mei 2006; BGH XII ZR 25/04, 5 juli 2006; BGH XII ZR 144/04, 25 oktober 2006; BGH XII ZR 119/04, 22 november 2006; BGH XII ZR 165/04, 28 februari 2007; BGH XII ZR 130/04, 28 maart 2007; BGH XII ZR 96/05, 17 oktober 2007 en BGH XII ZR 132/05, 28 november 2007.

Zo wordt in de uitspraak van 12 januari 2005[117] met betrekking tot het *Ehetyp* van het voor beide echtgenoten tweede huwelijk zonder dat nog rekening behoeft te worden met wederzijdse kinderen, duidelijk gemaakt dat ook dan de dubbele toetsing zoals hiervoor uitvoerig uiteengezet plaats dient te vinden.

In een zaak[118] waarin de vrouw ten tijde van het sluiten van de premaritale huwelijkse voorwaarden zwanger was[119] onderschrijft het BGH het oordeel van het OLG dat in casu de omstandigheid dat de vrouw ten tijde van het sluiten van de huwelijke voorwaarden zwanger was *an sich* nog niet tot gevolg heeft dat deze als *sittenwidrig* dienen te worden aangemerkt maar een indicatie vormt van een ongelijke onderhandelingspositie.

Niettemin is het in het algemeen gesproken wel mogelijk dat dit feit een zelfstandige grond vormt voor nietigheid van huwelijkse voorwaarden. In de desbetreffende zaak had de vrouw aangevoerd dat:

> (...) sie auf Grund der Schwangerschaft Wert darauf gelegt habe, dass das erwartete Kind ehelich geboren werde. Der Antragsteller habe sich jedoch geweigert, sie ohne Ehevertrag zu heiraten. Die Eheschließung habe sich dadurch mehrfach verzögert. Nur unter Zurückstellung erheblicher Bedenken habe sie den notariellen Vertrag schließlich zwei Tage vor der Eheschließung unterzeichnet.

Het BGH toont zich op grond van de feiten in deze casus echter niet gevoelig voor deze stellingname en laat de huwelijkse voorwaarden van deze echtgenoten in stand.

In deze uitspraak verduidelijkt het BGH tevens het eigen standpunt ter zake van de gevolgen voor de huwelijkse voorwaarden indien de rechter na de bekende dubbele toetsing van oordeel is dat de door de echtgenoten gemaakte afspraken niet kunnen worden gehandhaafd. Alsdan is geen sprake van nietigheid van de huwelijkse voorwaarden maar dient de rechter:

> (...) diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2004, aaO 604 ff. m.w.N.).[120]

Opmerkelijk is dat het BGH op deze plaats verwijst naar het – hiervoor op hoofdlijnen door mij besproken – commentaar in de literatuur op de uitspraak van 11 februari 2004 en daarover opmerkt dat deze kritiek *jedoch dem Senat keinen Anlass geben, von seiner Rechtsprechung abzugehen.* Vervolgens gaat

117 BGH XII ZR 238/03. Deze beslissing wordt besproken in *FamRZ* 2005, p. 691 en 692.
118 BGH XII ZR 296/01.
119 Vgl. ook BGH XII ZR 25/04 en BGH XII ZR 165/04 waarin het BGH op dit punt tot vergelijkbare conclusies komt.
120 BGH XII ZR 296/01, p. 11.

het BGH over tot het rechtzetten van misvattingen die uit de desbetreffende literatuur blijken.[121] [122] [123]

In de tweede beslissing van het BGH op 25 mei 2005 [124] komt de vraag aan de orde of in casu sprake is van het uitsluiten van wettelijke scheidingsgevolgen met een hoge rangorde binnen de *Kernbereichslehre* waarvoor voldoende zwaarwegende gronden aanwezig zijn.

Het BGH constateert dat het *Betreuungsunterhalt* onderdeel uitmaakt van de *Kernbereichslehre* en dat deze daarbinnen een hoge rang is toebedeeld, zowel waar het betreft het daarin begrepen *Elementarunterhalt* als waar het gaat om de onderdelen daarvan die de desbetreffende ouder beogen te beschermen tegen de risico's van ziekte en ouderdom. Vervolgens benadrukt het BGH het wezenlijke doel van de wettelijke regelingen omtrent de gevolgen van echtscheiding, te weten het aan beide echtgenoten toerekenen van de *ehebedingte Nachteile*.

Omdat het *Betreuungsunterhalt* niet slechts aan een van de ouders wordt toegekend *nur um seiner selbst* maar ook omwille van de kinderen, *deren Betreuung dem Elternteil durch den Unterhalt ermöglicht werden soll*, is het *Betreuungsunterhalt* een typerend voorbeeld van de *Ausgleich ehebedingter Nachteile*: de verzorging en opvoeding van de gezamenlijke kinderen is *die gemeinsame Aufgabe der Ehegatten* en ingeval deze taak nog slechts door één van de echtgenoten-ouders wordt waargenomen dient deze economisch bezien zo uit te pakken dat voor de desbetreffende ouder geen nadelen ontstaan ingeval van echtscheiding.

Het BGH besluit zijn overwegingen in deze zaak met een interessante algemene observatie:

---

121 BGH XII ZR 296/01, p. 12.

122 Verder kan uit deze uitspraak nog worden afgeleid dat huwelijkse voorwaarden niet slechts *sittenwidrig* zijn wegens het feit dat de echtgenoten de *Betreuungsunterhalt* op een andere wijze dan op de wettelijk voorgeschreven manier vorm hebben gegeven.

123 Vanuit het gezichtspunt van rechtssystematiek moet worden opgemerkt dat het BGH in deze uitspraak er tevens op wijst dat: *auf Eheverträge, soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung, die die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben, abweicht, auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt: § 313 BGB) Anwendung finden. Dabei kann allerdings ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht schon deswegen angenommen werden, weil ein Vertragspartner ein erheblich höheres Einkommen als der andere erzielt. Dies gilt um so weniger, als Eheverträge, die gesetzliche Scheidungsfolgen abbedingen, üblicherweise gerade im Hinblick auf solche bestehenden oder sich künftig ergebenden Unterschiede in den wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossen werden. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt daher allenfalls in Betracht, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrages ausnahmsweise eine bestimmte Relation ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch künftig gewiss angesehen und ihre Vereinbarung darauf abgestellt haben* (…). BGH XII ZR 296/01, p. 14.

124 BGH XII ZR 221/02.

> Mit einem wechselseitigen ehevertraglichen Unterhaltsverzicht geben die Eheleute regelmäßig zu erkennen, dass sie keine Teilhabe an dem vom jeweils anderen Ehegatten erwirtschafteten Erfolg beanspruchen wollen; jeder Ehegatte soll vielmehr – auch im Falle der Scheidung – das Einkommen behalten, das ihm aufgrund seiner eigenen beruflichen Qualifikation und Tüchtigkeit zufließt. (…) diesem mit dem Ehevertrag verfolgten Anliegen ist bei der Vertragsanpassung jedenfalls insoweit weiterhin Rechnung zu tragen, als die veränderten Umstände dem nicht entgegenstehen.[125]

Toegepast op de onderhavige casus kan worden gesteld dat partijen met hun algemene *Unterhaltsverzicht* tot uitdrukking hebben willen brengen dat ieder van de echtgenoten zorg dient te dragen voor zichzelf en zij na hun huwelijk geen *wechselseitige Einkommenspartizipation* en de daaruit voortvloeiende nivelering van hun inkomens hebben gewenst.

Omdat partijen echter in hun verwachting van het huwelijk tevens hadden verdisconteerd dat zij ieder een inkomen zouden blijven verdienen dat paste bij hun opleiding en zij daarmee ieder tevens pensioenrechten zouden opbouwen en deze verwachting deels niet is gerealiseerd doordat de vrouw de zorg voor de kinderen op zich heeft genomen, bestaat er in dezen aanleiding om een op deze grond achtergebleven pensioenopbouw aan de zijde van de vrouw te compenseren.

In diens uitspraak van 28 februari 2007[126] overweegt het BGH dat de *Ausübungskontrolle* er niet toe kan leiden dat voor een echtgenoot die door *wirksame* huwelijkse voorwaarden is benadeeld door de toepassing van de *Ausübungskontrolle* een beter resultaat ontstaat dan aan de orde zou zijn geweest zonder dat sprake was geweest van de desbetreffende 'risico's', waarbij ook het resultaat van een hypothetische *Fortsetzung seines vorehelichen Berufswegs* een vergelijkingsmaatstaf is.

Met 'risico's' doelt het BGH de risico's met betrekking tot zijn beroepsmatige *Fortkommen* die een echtgenoot omwille van de gemeenschappelijke *Lebensplanung* op zich heeft genomen, welke zich ten nadele van de desbetreffende echtgenoot kunnen realiseren ingeval van echtscheiding, op grond van feitelijke afwijkingen die zich tijdens de loop van het huwelijk hebben gerealiseerd van de *Lebenssituation* die de echtgenoten zich bij het aangaan van de huwelijkse voorwaarden hadden voorgesteld. Het BGH acht het niet acceptabel dat het *Risiko des Fehlschlagens eines gemeinsamen Lebensplanes einseitig nur einen Partner belastet*.

Waar het dit laatste punt betreft dient volgens het BGH ook te worden bedacht dat de nadelen ten aanzien van de "Berufsbiographie" van de vrouw niet op haar tweede echtgenoot kunnen worden afgewenteld: zij had in haar eerste huwelijk ook een kind gekregen en was daarna in deeltijd gaan werken.

125 BGH XII ZR 221/02, p. 11.
126 BGH XII ZR 165/04.

Hiermee wordt door het BGH de desbetreffende afweging zuiver gehouden en krijgt de tweede echtgenoot niet de rekening gepresenteerd van de negatieve inkomensconsequenties voor de vrouw van de door haar met haar eerste echtgenoot gemaakte keuzen.

Ter afsluiting van deze paragraaf verwijs ik naar de uitspraak van het BGH van 5 juli 2006[127] die als Bijlage is opgenomen.

Deze beslissing is heel mooi opgebouwd en geeft een duidelijk inzicht in de nieuwe Duitse praktijk op het gebied van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden door de rechter.

6.11 De stand van zaken in de Duitse literatuur

In de Duitse literatuur wordt de in dit hoofdstuk door mij beschreven ontwikkeling over het algemeen met instemming besproken.

Schwab acht de kern van de desbetreffende aanpak van het BGH – door hem als een *regelrechtes System der gerichtlichen Kontrolle* bestempeld –, gelegen in de toetsing of een in huwelijkse voorwaarden opgenomen afspraak meebrengt dat een *durch die ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung* ontstaat.

Het niet-gerechtvaardigd zijn van bepaalde door echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken wordt ingegeven door de (grondwettelijke) bescherming die de Duitse wet aan het huwelijk verleent, die tot uitdrukking wordt gebracht in de wettelijke regeling betreffende de rechtsgevolgen van het huwelijk en die door echtgenoten niet *beliebig unterlaufen* kan worden. Voor de vaststelling hiervan is in elk individueel geval bepalend of de vereiste *Gesamtschau* tot de gevolgtreking leidt dat het onvermogen van een echtgenoot om na de scheiding in het eigen onderhoud te voorzien is veroorzaakt door de wijze waarop aan de echtelijke *Lebensverhältnisse* vorm is gegeven.

Hij concludeert tevens dat *fast keine Regelung absolut unstatthaft* is maar dat een *gleitende Wertung* plaatsvindt:

> Je unmittelbarer der Vertrag in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift, desto schwerer wiegen die Belastungen des benachteiligten Partners.[128]

Coester-Waltjen verklaart zich – naar mijn oordeel terecht – niet overtuigd door de opvatting van het BGH dat de *Zugewinnausgleich* zich buiten het *Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts* bevindt:

127 BGH XII ZR 25/04, 5 juli 2006. De uitspraak is besproken in *FamRZ* 2006, 1359 ff.

128 Schwab, 2009, p. 214 en 215.

> Sollte nicht gerade auch die Möglichkeit der Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten (…) zum Kern der Scheidungsfolgen gerechnet werden (…). Zu bedenken ist dabei auch, dass eine Kapitalsumme – besser als Unterhaltszahlungen – die nacheheliche Selbstständigkeit fördern kann.[129]

Rauscher is van mening dat het feit dat in de zienswijze van het BGH *der am geplanten Ehetyp orientierten Gestaltung* wezenlijke betekenis toekomt, dient te worden toegejuicht omdat:

> (...) sie die Ehe davor bewahrt, zum Instrument der Umverteilung vor dem Hintergrund unterschiedlicher Fähigkeiten und beruflicher Fortune zu werden.[130]

Wel wijst hij er op dat het positieve recht ter zake van de rechtsgevolgen van echtscheiding niet voor alle huwelijkstypen kan dienen als *Maßstab eines Schutzzwecks* omdat dit slechts betrekking heeft op één huwelijkstype.[131]

Waar het betreft het karakter van de *Ausübungskontrolle* stelt Brambring dat het daarbij niet om een billijkheidstoetsing als zodanig gaat maar het hier handelt om een zo terughoudend mogelijke beoordeling, waarbij de rechter zich rekenschap dient te geven van het feit dat het BGH geen *unverzichtbaren Mindesgehalt an Scheidungsfolgen* erkent en daarnaast de partijautonomie van echtgenoten voorop heeft gesteld. [132] Wel zijn de maatstaven van *Treu und Glauben* daarbij de dogmatische ankerpunten.[133]

Bergschneider prijst het BGH omdat deze niet casuïstisch te werk is gegaan na de beide uitspraken van het BVerfG welke een breuk met de daarvoor gangbare rechtspraak inluidden maar in plaats daarvan een structuur heeft ontwikkeld die de (notariële) praktijk wezenlijk meer houvast biedt:

> Die Kernbereichslehre zum Unterhalt und zum Versorgungsausgleich insgesamt und die Abstufung der einzelnen Tatbestände sowie die Einordnung des Güterrechts gestatten bis zu einem hohen Grad die Unterscheidung zwischen kontrollfesten und nicht kontrollfestenVerträgen.

Deze structuur leidt – zij het tot op zekere hoogte – tot rechtszekerheid omdat thans reeds tamelijk accuraat vooraf een inschatting kan worden gemaakt van de gevolgen van een toetsing door de rechter van zowel bestaande huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding als – in preventieve zin – van huwelijkse voorwaarden die worden aangegaan door aanstaande echtgenoten.[134]

---

129 Coester-Waltjen, 2006, p. 238.
130 Rauscher, 2008, p. 259; Rauscher geeft tevens een helder overzicht van de heersende leer die gold voorafgaand aan de eerste uitspraak van het BVerfG in 2001 (p. 254-256).
131 Rauscher, 2008, p. 256.
132 Brambring, 2005, p. 22 en 23.
133 Erman BGB, 2008, p. 428.
134 Deels anders: Brambring, 2005, p. 24.

En naarmate in toekomstige uitspraken van het BHG en de *Oberlandesgerichte* de door het BGH ontwikkelde leer verder wordt ingevuld op detailniveau, kan de desbetreffende evaluatie steeds preciezer zijn.

Bergschneider stelt tegen deze achtergrond vast dat ten opzichte van de voorheen gevolgde werkwijze weliswaar enigszins aan rechtszekerheid is ingeboet maar aan rechtvaardigheid is gewonnen, bij welke observatie ik mij aansluit.[135]

6.12 Afsluiting

De *Wirksamkeitskontrolle* en *Ausübungskontrolle* hebben door de uitspraken van het BVerfG en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie van het BGH een nieuwe lading gekregen waar het betreft de toetsing van huwelijkse voorwaarden. Ook heeft het BGH beide beoordelingen duidelijk van elkaar onderscheiden.

De *Wirksamkeitskontrolle* voert de feitenrechter naar de beantwoording van de vraag of hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen wegens strijd met de goede zeden mogelijk geheel of gedeeltelijk niet kan worden gehandhaafd – derhalve nietig is – en vervangen dient te worden door de wettelijke regelingen. Deze toetsing vindt *ex tunc* plaats, wat betekent dat de toekomstige huwelijkse ontwikkelingen hierbij buiten beschouwing blijven.

Bij de *Ausübungskontrolle* verschuift het perspectief naar de echtscheiding en worden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehanteerd, zij het binnen de door het BGH gestelde kaders; in deze toetsing kan wat er tijdens het huwelijk is voorgevallen wel relevant zijn. In beide gevallen speelt de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* een rol.[136]

Enerzijds leidt de door het BGH gekozen interpretatie van de door het BVerfG aan hem gegeven opdracht en het daaruit voortvloeiende toetsingssysteem tot een zekere beperking van de contractvrijheid van echtgenoten, anderzijds wordt het primaat van hun partijautonomie erdoor bevestigd.

Het BGH opteert er in deze zienswijze niet voor om bepaalde soorten afspraken per definitie nietig te verklaren of een bepaalde situatie (bijvoorbeeld een voorhuwelijkse zwangerschap) altijd doorslaggevend te laten zijn[137] maar kiest voor een genuanceerde tweevoudige toetsing waarop door aanstaande echtgenoten kan worden geanticipeerd bij het sluiten van de huwelijkse voorwaarden. In de eerste plaats kan dit door het toevoegen aan hun huwelijkse voorwaarden van een uitvoerige, zorgvuldig opgestelde considerans. Hierin dienen overwegingen met betrekking tot de concrete situatie

135 Bergschneider, 2008, p. 109. Vgl. in dit verband ook het door Bergschneider opgestelde *Prüfungsschema zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen* (p. 111-115).

136 Zo ook Brambring, 2005, p. 21.

137 Vgl. Hofer, 2005, p. 14 en 15.

van de aanstaande echtgenoten ten tijde van het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden opgenomen.[138]

Ten tweede kan de instrumenterend notaris de aanstaande echtgenoten begeleiden bij een *antizipierte Ausübungskontrolle*, waarmee wordt gedoeld op het in de huwelijkse voorwaarden anticiperen op *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*. De eerste zorg van de Duitse notaris is echter te voorkomen dat huwelijkse voorwaarden worden gesloten die *unwirksam* zijn. Hierbij komt de notaris een actieve rol toe waarin hij dient te onderzoeken of de door de aanstaande echtgenoten gewenste regeling die afwijkt van de wettelijk vastgelegde standaardgevolgen van echtscheiding, leidt tot een evident eenzijdige lastenverdeling die niet van de desbetreffende echtgenoot kan worden gevergd. De notaris kan hier mitsdien niet volstaan met de gebruikelijke *Belehrung*.[139] [140]

Het BGH heeft niet gekozen voor een beoordeling door de bril van het in § 313 BGB vastgelegde leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, mogelijk omdat ingeval van het huwelijk onzekerheid en ontwikkelingen eenvoudigweg als een gegeven moeten worden beschouwd.[141]

Het voorgaande overziend, toont de Duitse jurisprudentie op het terrein van het omgaan met huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding een naar mijn oordeel zeer interessante ontwikkeling die weliswaar is verbonden met een grondwettelijke bepaling maar toch ook geheel los daarvan kan worden gezien.

Het is immers zeer goed verdedigbaar dat aan de *Wirksamkeitskontrolle*, respectievelijk de *Ausübungskontrolle* de in dit hoofdstuk besproken invulling kan worden gegeven, zonder dat deze gefundeerd is in een grondwettelijke bepaling. Artikel 6 GG is mitsdien niet een *condicio sine qua non* voor de door het BVerfG en – in navolging daarvan – het BGH gekozen weg, maar moet denk ik veeleer worden begrepen als een extra aansporing tot een zorgvuldige beoordeling door de rechter van huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding dan wel als de bevestiging van de noodzaak daartoe.

---

138 Hierbij kan worden gedacht aan de vermelding van het al dan niet aanwezig zijn van (gezamenlijke) kinderen, van de verhouding tussen de vermogens van beiden, aan een omschrijving van de door ieder van hen genoten opleiding, hun beroepsmatige activiteiten, inkomens en verdiencapaciteiten, alsmede van het type huwelijk dat zij voor zich zien en de keuzen die zij in dat verband naar verwachting zullen maken zoals bijvoorbeeld het al dan niet krijgen van kinderen en de gevolgen die dat heeft voor het verwerven van inkomsten door (een van) hen beiden.

139 Brambring, 2005, p. 25 en 26.

140 Vgl. ook M. Brauer, 'Pflichten des Notars bei der Beurkundung einer Scheidungsfolgenvereinbarung im Hinblick auf die bevorstehende Ehescheidung', *FPR* 2007/6, p. 257-260.

141 Vgl. Coester-Waltjen, 2006, p. 238. Het BGH heeft de toepassing van § 313 BGB ingeval van huwelijkse voorwaarden wel mogelijk geacht, vgl. BGH XII ZR 296/01, 25 mei 2005 (zie ook hiervoor onder 6.10).

In het volgende hoofdstuk verdedig ik de stelling dat de beschreven ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie zonder veel problemen overgenomen zou kunnen worden door de Hoge Raad. Daarmee zou mijns inziens een vanuit het perspectief van contractvrijheid en solidariteit bevredigende oplossing worden gevonden voor het actuele probleem van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden waarvoor Nederlandse rechters zich steeds vaker gesteld zien.

7 Het spanningsveld tussen contractvrijheid en solidariteit bij de beoordeling van huwelijkse voorwaarden in de Nederlandse jurisprudentie

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk analyseer ik eerst de jurisprudentie van de Hoge Raad waar het betreft de beoordeling[1] van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding, waarbij ik mij de vraag stel of de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit daarin een rol spelen. Voorafgaand daaraan vat ik de hoofdlijnen samen van hetgeen ik ter zake van de desbetreffende rechtsbeginselen heb betoogd in de hoofdstukken 3 en 5.

Indien echtgenoten hun huwelijkse voorwaarden tijdens hun huwelijk niet hebben uitgevoerd, wordt de achtergrond hiervan veelal gevormd door het feit dat de inhoud van hun huwelijkse voorwaarden de echtgenoten niet bekend was.

Tevens is mogelijk dat zij anders zijn gaan leven dan voorgeschreven door hun huwelijkse voorwaarden terwijl daarover tussen hen stilzwijgende overeenstemming bestond. Ook kunnen zich gedurende het huwelijk ontwikkelingen hebben voorgedaan die door de echtgenoten niet waren verdisconteerd in hun huwelijkse voorwaarden en die voor hen evenmin aanleiding hebben gevormd om deze tussentijds te wijzigen.

Tot slot is denkbaar dat de echtgenoten bewust hebben besloten om in vermogensrechtelijke zin anders te gaan leven dan door hen bij huwelijkse voorwaarden was afgesproken, zonder echter over te gaan tot het opstellen van nieuwe huwelijkse voorwaarden.[2]

Steeds vormt echtscheiding de lakmoesproef waarbij de rechter de huwelijkse voorwaarden beoordeelt indien partijen er niet in slagen om in gezamenlijk overleg tot overeenstemming te komen.

De Hoge Raad lijkt met het onderhavige thema te worstelen – gevolgd door de lagere rechterlijke colleges – en zoekt een oplossing in uitleg op grond van de *Haviltex*-normen en in de daarbij aansluitende toetsing aan de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid.

---

1 Ik hanteer de term *beoordeling* als overkoepelende term voor zowel de uitleg, als de toetsing aan de maatstaf van redelijkheid en billijkheid van de huwelijkse voorwaarden door de rechter.

2 Uiteraard is ook mogelijk dat ingeval van echtscheiding door een echtgenoot een beroep op dwaling of een ander wilsgebrek wordt gedaan. Deze situaties vallen echter buiten mijn onderzoek en laat ik om die reden onbesproken.

Ik betoog echter dat het mogelijk en noodzakelijk is om een andere weg in te slaan door rechtszekerheid niet als een absolute grootheid voor te stellen en parallel daaraan een groter gewicht toe te kennen aan een rechtvaardige uitkomst van uitleg en toetsing van huwelijkse voorwaarden.

Ik verdedig vervolgens de stelling dat de constructie van een nieuw beoordelingsinstrument, ertoe zou kunnen bijdragen dat een juist evenwicht ontstaat tussen het honoreren van de contractvrijheid van echtgenoten enerzijds en het doorklinken van de echtelijke solidariteit anderzijds. Hierdoor zou een inzichtelijke werkwijze worden gecreëerd die door een hoge mate van voorspelbaarheid bovendien de rechtszekerheid zou bevorderen en tevens de (notariële) rechtspraktijk zou veranderen.

In dit kader bespreek ik kort hoe de Nederlandse jurisprudentie zich op hoofdlijnen tot de door mij in hoofdstuk 6 beschreven Duitse jurisprudentie verhoudt en stel ik een Nederlands equivalent voor van het in het vorige hoofdstuk beschreven beoordelingsinstrument van de Duitse rechter.

Afsluitend pas ik mijn benadering toe op een concrete casus die recent is beoordeeld door achtereenvolgens de Rechtbank Leeuwarden en het Hof Leeuwarden.

7.2 De rechtsbeginselen partijautonomie, contractvrijheid en solidariteit

Alvorens te kunnen beoordelen of de Hoge Raad en de lagere rechterlijke colleges in hun uitspraken over de werking van huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding[3] op al dan niet gestructureerde wijze de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit toepassen, lijkt het zinvol om hetgeen ik met betrekking tot de desbetreffende rechtsbeginselen in hoofdstuk 3 uiteen heb gezet hier kort in herinnering te roepen.

In de eerste plaats is van belang dat ik in het desbetreffende hoofdstuk heb verdedigd dat het vaak gebezigde begrip contractvrijheid (in enge zin) beschouwd dient te worden als een rechtsbeginsel dat voortvloeit uit het meeromvattende rechtsbeginsel partijautonomie. Beide figuren worden in de literatuur niet steeds duidelijk van elkaar onderscheiden.

Partijautonomie wordt door mij gedefinieerd als contractvrijheid in brede zin, i.e. als omvattend de contractvrijheid in enge zin, alsmede het rechtsbeginsel solidariteit.

---

3 Dat huwelijkse voorwaarden door rechters steeds worden beoordeeld naar aanleiding van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding is verklaarbaar: indien er tijdens het huwelijk bij de echtgenoten al de behoefte mocht ontstaan aan uitleg over hetgeen bij huwelijkse voorwaarden is overeengekomen of daaromtrent tussen hen een verschil van inzicht bestaat, zijn de huwelijksband en de gemeenschappelijke belangen immers meestentijds (nog) sterk, respectievelijk groot genoeg om een notaris of mediator in te schakelen en komt de rechter niet in beeld.

Volgens Nieuwenhuis gaat het in het contractenrecht om zelfontplooiing door middel van samenwerking met anderen, waarmee tevens de kern van het contractenrecht is gegeven.[4]

Ik heb deze opvatting onderschreven maar heb daarbij zelfontplooiing aangescherpt door het te vervangen door het Duitse *Selbstbestimmung* omdat daardoor in elk geval voor de contractuele verhouding tussen echtgenoten naar mijn oordeel veel beter naar voren komt dat partijautonomie als een van de fundamenten van het recht mogelijk dient te maken dat de ene echtgenoot in de contractuele verhouding tot de andere echtgenoot in vrijheid tot zijn recht en uiteindelijk tot zijn bestemming kan komen, waarbij ik ervan uitga dat een echtgenoot een grote invloed heeft op zijn of haar levensbestemming.

Juist omdat het huwelijk een zeer bepalende factor kan zijn bij het kiezen van en vormgeven aan de levensbestemming, is partijautonomie een essentiële factor bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden die – opgevat in de betekenis die ik daaraan in hoofdstuk 5 heb gegeven – de weerslag vormen van de door de echtgenoten ieder voor zich en vervolgens gezamenlijk gekozen levenskoers.[5]

De bijzondere band die het huwelijk tussen de echtgenoten in het leven roept vormt naar mijn oordeel dan ook de rechtvaardiging voor deze aanscherping. Deze band omvat immers aanmerkelijk meer aspecten van het leven dan uitsluitend de vermogensrechtelijke, hetgeen in andere contractuele relaties niet of in aanzienlijk mindere mate aan de orde is.

Dit betekent dat waar het gaat om echtgenoten, partijautonomie bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden verstaan dienen te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot.

Ik zie in het licht van het voorgaande partijautonomie derhalve als de in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de verantwoordelijkheid die elk van de echtgenoten voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk is.[6] Deze verantwoordelijkheid beschouw ik als rechtstreeks samenhangend met de lots-

4 Nieuwenhuis, 1999, p. 26.

5 Hierbij sluit naadloos de opvatting van Nieuwenhuis aan dat ook contractvrijheid een waarde is die haar grondslag heeft in het recht van de persoon. Deze vrijheid is van vitaal belang voor de ontplooiing van de eigen identiteit, die slechts kan wòrden ontplooid door gebruik te maken van de medewerking van anderen onder wie – bezien vanuit mijn perspectief – de andere echtgenoot de eerste plaats inneemt. Nieuwenhuis onderscheidt de ontplooiing van de eigen identiteit en het dragen van verantwoordelijkheid voor de wederpartij als de beide aspecten van het persoonsbegrip; Nieuwenhuis, 1999, p. 31 en 32.

6 Verbeke, 2009, p. 21.

verbondenheid die het huwelijk inhoudt en daardoor derhalve met het rechtsbeginsel solidariteit.

Vervolgens is de vraag aan de orde of het contractenrecht wellicht een bijzondere bescherming dient te geven aan de zwakkere partij.

Evenals Lindenbergh ben ik van opvatting dat de positie of hoedanigheid van partijen niet steeds een bepalende voorwaarde voor het intreden van een bepaald gevolg zijn. Deze kunnen desalniettemin wel een bruikbaar gezichtspunt opleveren voor het antwoord op de vraag of hetgeen is overeengekomen in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.[7]

Lindenbergh past zijn visie ook toe op echtgenoten die met elkaar hebben gecontracteerd en betoogt naar aanleiding van een concrete casuspositie dat een echtgenoot – veelal de vrouw als de klassiek 'zwakkere' echtgenoot – geen bescherming verdient *omdat* zij vrouw is maar omdat de vrouw tot in de huidige tijd veelal de niet-verdienende of niet-betaalde echtgenoot is.

Ik heb vervolgens 'bescherming van de zwakkere partij' vertaald door *solidariteit*. Een argument dat voor mij hierin meeweegt is dat het begrip solidariteit de gedachte van *evenwicht* tot uitdrukking brengt, waar het begrip 'bescherming van de zwakkere partij' veeleer de notie van *correctie* oproept. Solidariteit beschouw ik als een rechtsbeginsel dat – binnen het overkoepelende beginsel partijautonomie – de tegenpool vormt van de contractvrijheid. Tussen beide polen bestaat in mijn opvatting vrijwel steeds een spanningsveld.

Ik acht deze visie zeer bruikbaar voor toepassing op de rechtsverhouding tussen, en de contractuele positie van echtgenoten. Van geval tot geval zal vervolgens moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

Mak kenschetst het voorgaande voor het contractenrecht in het algemeen als de *double nature of the law* waarmee zij doelt op het feit dat autonoom handelen in rechte betekent dat daarin de belangen van de wederpartij zijn verdisconteerd en dat – andersom geredeneerd – primair handelen in rechte vanuit solidariteit ook het bestaan van contractvrijheid erkent en veronderstelt.[8]

De gebondenheid aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden dient in de eerste plaats te worden teruggevoerd op de wil van partijen zoals deze naar voren komt in hun bedoelingen, omdat anders in rechte überhaupt niet tot juridische kwalificatie kan worden overgegaan van hetgeen door partijen is geschreven, gezegd of gedaan.

7 Lindenbergh, 1999, p. 408 e.v..
8 Mak, 2003, p. 174.

Met Vranken meen ik dat het recht vervolgens bepaalt of gebondenheid aan de desbetreffende overeenkomst is ontstaan en dat de wijze waarop de verklaringen en gedragingen van echtgenoten rechtens dienen te worden gewaardeerd, een kwalificatievraag is, waartoe de relevante feiten, normen, beginselen, belangen en gezichtspunten worden geselecteerd en in hun onderlinge betrekkingen bepaald.[9]

Of door ieder van de echtgenoten bij het aangaan van de huwelijkse voorwaarden voldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de andere echtgenoot is een vraag die bij de bedoelde kwalificatie dient te worden beantwoord.[10]

Vranken verbindt aan dit rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij de term *zorgplicht*,[11] welk begrip mij zeer aanspreekt ter zake van de contractuele relatie tussen echtgenoten. Deze zorg voor elkaar betreft de actieve zijde van het rechtsbeginsel solidariteit en is mijns inziens niet alleen aan de orde in de precontractuele fase, maar ook tijdens de duur van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en zelfs daarna als sprake is van een alimentatieverhouding of ingeval van de uitoefening van het gezamenlijk gezag door ex-echtgenoten over hun minderjarige kinderen.

De omvang van de desbetreffende zorgplicht is niet op voorhand te bepalen omdat verschillende omstandigheden hierbij een rol spelen, waaronder de hoedanigheid, de onderlinge verhouding en de deskundigheid van partijen maar ook de aard van de overeenkomst en de wijze waarop deze tot stand is gekomen. Deze factoren wijzen naar mijn oordeel in elk geval op een in beginsel grote zorgplicht van echtgenoten jegens elkaar.[12]

Naar mijn oordeel is vervolgens de essentie van de tussenkomst van de notaris die de huwelijkse voorwaarden verlijdt, het optimaal tot uitdrukking laten komen van de desbetreffende zorgplichten van de echtgenoten jegens elkaar. In tweede instantie is deze specifiek gericht op het doen ontstaan van *informed consent* tussen de echtgenoten, waarbij de notaris zich ingeval van

---

9 De in hoofdstuk 3 door mij aangehaalde opvatting van De Beneditty sluit hierbij nauw aan: *Zal men thans op zijn minst niet moeten zeggen, dat het rechtseffect van de wilsovereenstemming slechts deels wordt geregeerd door den partijwil, maar anderdeels door de geldende rechtsnormen, en wel in een verhouding, waarvan het zwaartepunt zich allengs meer verlegt van eerstgenoemde naar laatstbedoelde bron?*; De Beneditty, 1934, p. 435.

10 Zie Vranken, 2000, p. 151 e.v..

11 Breedveld-De Voogd bespreekt de zorgplicht als nieuwe open norm naar aanleiding van de dissertatie van T.F.E. Tjong Tin Tai (Zorgplichten en zorgethiek, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2006); Breedveld-De Voogd, 2010, p. 68-71.

12 In zijn afscheidsrede noemt ook Nieuwenhuis de term zorgplicht en stelt hij dat de meeste zorgplichten niet paternalistisch van aard zijn doch 'fraternalistisch': *zij strekken ertoe de autonomie van de ander te optimaliseren*; Nieuwenhuis, 2009, p. 2256. Met fraternalistisch kan vanzelfsprekend sororistisch gelijk worden gesteld. Vertaald naar huwelijkse voorwaarden treden de (aanstaande) echtgenoten derhalve als goede broer, respectievelijk goede zuster jegens elkaar op.

door hem geconstateerde ongelijkwaardigheid van partijen, *compenserend partijdig* op dient te stellen.[13]

In hoofdstuk 5 heb ik mij kritisch opgesteld ten aanzien van de tussenkomst van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden, met name waar het betreft het door de Hoge Raad veronderstelde beschermende effect van diens tussenkomst ter zake van de belangen en de positie van elk van de echtgenoten.

Breedveld-De Voogd beziet de zorgplicht van de notaris bij transacties in het onroerendgoedverkeer en stelt in dit verband eerst de vraag of de zorg van de notaris zich ook dient te richten op de achterliggende belangen die partijen bij de rechtshandeling hebben. Zij koppelt hieraan dan de vraag of – indien de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord – het uitbreiden van de notariële zorgplicht van de rechtshandeling naar de achterliggende belangen van de contractpartijen niet strijdig is met de contractvrijheid van partijen en het autonomiebeginsel waaruit deze vrijheid voortvloeit.[14]

De tweede vraag wordt door haar mijns inziens terecht beantwoord met de stelling dat het omgekeerde veeleer het geval is. Tot de behartiging van de belangen van de bij de rechtshandeling betrokken partijen behoort juist het bevorderen van hun autonomie in de zin van het gestalte geven aan het eigenbelang door een contractspartij, op basis van de juiste informatie.

In mijn visie bevindt het vertrouwensbeginsel zich in het verlengde van het rechtsbeginsel solidariteit. Het vertrouwen dat de ene contractpartij bij de andere opwekt – indien gerechtvaardigd – impliceert immers verantwoordelijkheid van de eerstbedoelde voor de andere partij en verantwoordelijkheid maakt onderdeel uit van (de invloedsfeer van) het beginsel van de solidariteit.

Ik heb in hoofdstuk 3 verdedigd dat het voorgaande niet voert tot fundamentele contradicties[15] maar slechts tot paradoxen: het rechtssysteem bestaat in de werking van beide beginselparen tegelijkertijd en het spanningsveld dat daardoor ontstaat doet geen afbreuk aan het systeem maar is integendeel een essentieel onderdeel daarvan.

Uiteindelijk gaat het dan niet om contractvrijheid maar om *contractgerechtigheid*[16], welk begrip mijns inziens is te beschouwen als synoniem voor partijautonomie of contractvrijheid in brede zin: contractvrijheid derhalve waarin de tegenpool daarvan, solidariteit, is verdisconteerd.[17]

Indien echtgenoten met elkaar contracteren door huwelijkse voorwaarden op te stellen is naar mijn oordeel snel sprake van een mededelingsplicht omdat zoals eerder door mij aangevoerd dan sprake is van een bijzondere

13 Vgl. Kolkman, 2010, p. 129-130.
14 Breedveld-De Voogd, 2010, p. 68-71.
15 Deze term is van Huls; Huls, 1999. p. 398 en 399.
16 *Vertragsgerechtigkeit*; dit begrip is gebezigd door Reuter, vgl. paragraaf 3.5.
17 Vranken noemt in dit verband ook de verschuiving van *procedural* naar *substantive fairness;* Vranken 2000, p. 149

rechtsverhouding. Het opbouwen en vervolgens uitbaten van een voorsprong in kennis gaat voor hen dan ook niet op. Voor echtgenoten geldt in beginsel dat gesproken dient te worden om te voorkomen dat een verkeerde voorstelling van zaken het huwelijk uiteindelijk vergiftigt.

Het belang dat door een echtgenoot kan worden geschonden is – in de woorden van Nieuwenhuis – het belang van de andere echtgenoot om niet door een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken betrokken te raken in een contract dat deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten. Het gaat hier, zo betoogt Nieuwenhuis, om de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt is onvrij. Het recht van een echtgenoot bij het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden om uit de droom geholpen te worden door de andere echtgenoot en – aanvullend – door de notaris, prevaleert boven de onderzoeksplicht van de andere echtgenoot.[18]

Het rechtsbeginsel solidariteit dat de contractuele relatie tussen echtgenoten sterk inkleurt, brengt mee dat echtgenoten die met elkaar contracteren er steeds op toe moeten zien dat ook aan de zijde van de andere echtgenoot sprake is van contractvrijheid. Zoals voor vrijheid in het algemeen geldt, is ook ingeval van contractvrijheid aan de orde dat slechts sprake kan zijn van vrijheid van de een voor zover deze verenigbaar is met de vrijheid van de ander, hetgeen in hoge mate opgeld doet voor echtgenoten in hun onderlinge verhouding. Hartlief spreekt in dit verband van een paradoxale legitimatie: de beperking van de vrijheid omwille van de vrijheid.[19]

Ik vat het voorgaande kort samen. Het rechtsbeginsel partijautonomie dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de contractpartijen door samenwerking met de andere partij. Partijautonomie omvat mitsdien contractvrijheid èn solidariteit.[20]

Ingeval van huwelijkse voorwaarden moet partijautonomie worden gedefinieerd als de in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk is.

Deze zienswijze impliceert dat contractvrijheid in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit staat en tussen deze tegenpolen is daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig. Met betrekking tot de contractuele positie tussen echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden zal van geval

18 Vranken ziet de *duty to inform* en overigens ook de *duty to cooperate* als uitwerkingen van redelijkheid en billijkheid; Vranken, 2000, p. 154.

19 Hartlief, 1999 (B), p. 14.

20 Partijautonomie valt samen met contractvrijheid in brede zin.

tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

7.3 Wettelijk kader contractvrijheid

De contractvrijheid van echtgenoten dient zoals in hoofdstuk 3 is gebleken te worden verstaan als de in het rechtsbeginsel van partijautonomie ingebedde vrijheid om overeenkomsten van een willekeurige inhoud te sluiten.

Van Schaick constateert dat deze vrijheid in belangrijke mate wordt bepaald door het tijdsbeeld en dat de opvattingen over contractvrijheid – waaronder ook die van echtgenoten –, derhalve in de loop van de tijd veranderen.

In hoofdstuk 5 heb ik uitvoerig stilgestaan bij de contractvrijheid van echtgenoten en ik schets hierna kort de hoofdlijnen van hetgeen daar naar voren is gekomen, teneinde ook in meer technische zin het speelveld van de rechter te verduidelijken.

Uit artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vloeit voor het huidige huwelijksvermogensrecht het beginsel voort dat het echtgenoten vrij staat om bij huwelijkse voorwaarden die zij sluiten, overeen te komen zoals zij dat wensen, mits geen strijd ontstaat met dwingende wetsbepalingen, openbare orde of goede zeden.

Nuijtinck[21] meent dat de wetgever in het eerste lid van dit artikel een punt had kunnen zetten achter het woordje *gemeenschap* omdat de artikelen 59 Jº 40 Boek 3 Burgerlijk Wetboek reeds voorzien in het overigens bepaalde. Hierna betoog ik echter dat aan het bepaalde in artikel 121 lid 1 een eigenstandige betekenis zou kunnen worden toegekend ingeval van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding.

Het tweede lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat een vermogensrechtelijk voorschrift. Het staat echtgenoten niet vrij om te bepalen dat een van hen tot een groter aandeel in de schulden zal zijn gehouden dan overeenstemt met zijn aandeel in de goederen van de gemeenschap.[22] De ratio van deze inbreuk op de contracteervrijheid van echtgenoten is volgens Luijten gelegen in het grote risico dat anders zou bestaan op een voort-

21 Nuytinck, 2003, p. 38-39.

22 Het laatste lid van artikel 121 bepaalt dat echtgenoten niet kunnen overeenkomen om af te wijken van de rechten die voortvloeien uit het ouderlijk gezag en van de rechten die de wet toekent aan de langstlevende echtgenoot. Van der Burght stelt dat het voorschrift overbodig is aangezien de regels omtrent het ouderlijk gezag niet ter discretie van de ouders staan en artikel 4 Boek 4 Burgerlijk Wetboek voorts reeds de mogelijkheden om de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot beperkt Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 294. Het is de vraag of in zo algemene termen kan worden gesteld dat ouders niet met elkaar kunnen overeenkomen waar het betreft (de invulling van) het ouderlijk gezag. Ik behandel dit thema uitvoerig in hoofdstuk 8.

durende en oncontroleerbare verrijking door de ene echtgenoot ten koste van de andere echtgenoot.[23] Het betreft hier een dwingende wetsbepaling die de zwakkere echtgenoot zou beschermen tegen het onberaden instemmen met het lijden van een voorzienbaar evident nadeel. In de parlementaire geschiedenis wordt in de toelichting op lid 2 echter tevens gesteld dat het voorschrift is ingegeven om te voorkomen dat een gemeenschap wordt gevormd waarop geen schulden verhaalbaar zijn.[24]

Andere specifieke onderwerpen van vermogensrechtelijke aard waarover echtgenoten mogelijk met elkaar willen overeenkomen zijn de uitkeringen wegens levensonderhoud, bedoeld in de artikelen 157 en verder Boek 1 Burgerlijk Wetboek en de opgebouwde pensioenrechten ex artikel 155 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Waar het betreft de vorm schrijft artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voor huwelijkse voorwaarden dwingend een notariële akte voor. Zoals in hoofdstuk 5 al door mij is aangevoerd, moet vastgesteld worden dat dit vormvereiste de contractvrijheid van echtgenoten in formele zin beperkt maar geen inhoudelijke drempel opwerpt. Immers, het gestelde vormvereiste *an sich* verhindert partijen niet om af te spreken wat zij willen.

De voorgeschreven vorm brengt voor de partijen bij de overeenkomst in elk geval mee dat het sluiten van de overeenkomst niet overijld plaatsvindt en heeft derhalve een vertragend effect op de totstandkoming van de overeenkomst.[25] Het vormvoorschrift strekt tevens tot bescherming van de echtgenoten zoals ik reeds in hoofdstuk 5 heb besproken en het speelt voorts een rol bij de rechtsbescherming van derden; dit laatste aspect blijft in deze beschouwing echter onbesproken.

---

23 Luijten en Meijer vinden dat tegen het bestaan van de onderhavige bepaling niet kan worden aangevoerd dat andere vormen van huwelijkse voorwaarden waarbij een verdeelsleutel wordt aanvaard die afwijkt van de wettelijke ook kunnen leiden tot een bevoordeling van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere. Zij onderbouwen hun opvatting door de stelling dat *men – in deze gedachte – bezwaar (zou) moeten hebben tegen bijna elke regeling van huwelijksvoorwaarden, die de wettelijke gemeenschap uitsluit of beperkt.*; Luijten-Meijer, 2005, p. 218. Deze onderbouwing overtuigt mij niet omdat zij niet verklaart waarom het gerechtvaardigd is dat de wetgever deze constructie wel verbiedt en andere, die op vergelijkbare wijze voorzienbaar nadelig uit kunnen pakken voor een van de echtgenoten, niet. Het zou mijns inziens dan ook te verkiezen zijn dat de desbetreffende bepaling wordt geschrapt.

24 Parlementaire Geschiedenis Boek 1, p. 356.

25 Ik laat hierbij het buiten beschouwing dat vóórhuwelijkse huwelijkse voorwaarden op grond van het bepaalde in artikel 117, tweede lid Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet kunnen worden gesloten onder tijdsbepaling en voorts dat – naar algemeen wordt aangenomen op basis van HR 21 januari 1944, NJ 1944/45, 120 (*Van de Water-Van Hemme*) – huwelijkse voorwaarden in het algemeen niet onder een opschortende of ontbindende voorwaarde mogen worden aangegaan. In paragraaf 5.2.4 heb ik op de desbetreffende zienswijzen kritiek gegeven.

Artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stelt tot 1 januari 2012 voor huwelijkse voorwaarden die door de echtgenoten tijdens het huwelijk worden gesloten als extra totstandkomingsvereiste de goedkeuring door de rechtbank. Uit het tweede lid van dit artikel blijkt dat de rechtbank deze goedkeuring slechts geheel of gedeeltelijk aan de huwelijkse voorwaarden kan onthouden indien gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat of indien één of meer voorwaarden strijden met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

Een mogelijk onbezonnen besluit van een echtgenoot kan door de rechtbank dan ook slechts via de band van de laatstgenoemde drie categorieën worden gesauveerd. In deze mogelijkheid zou de meerwaarde gevonden kunnen worden van deze herhaling van hetgeen ook al wordt uitgedrukt door het tweede lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[26]

Geconstateerd kan derhalve worden dat voor echtgenoten bij de aanvang van hun huwelijk een vergaande vrijheid bestaat om in vermogensrechtelijk opzicht met elkaar de afspraken te maken die zij verkiezen. Zij worden in materiële zin slechts beperkt door enkele dwingende wetsbepalingen die in de praktijk nauwelijks beletselen opwerpen naar ik heb aangetoond in hoofdstuk 5.[27]

7.4 Huwelijkse voorwaarden en de rechter

7.4.1 Inleiding

Zoals uit de in de afgelopen decennia sterk toegenomen hoeveelheid jurisprudentie[28] over de uitleg van huwelijkse voorwaarden kan worden afgeleid, leggen echtgenoten voorafgaand aan de ondertekening daarvan, alsmede tijdens hun huwelijk in het algemeen weinig tot geen belangstelling aan de dag voor hun huwelijkse voorwaarden en de gevolgen die de daarin opgenomen bepalingen voor hen hebben.[29] Indien er bij het aangaan van de overeenkomst wel betrokkenheid is, zakt deze daarna kennelijk weg.

---

26 Voorheen voorzag het artikel erin dat de rechtbank zijn goedkeuring aan de huwelijkse voorwaarden diende te onthouden indien een redelijke grond voor wijziging ontbrak en werd geen melding gemaakt van dwingende wetsbepalingen, goede zeden of openbare orde als toetsingsgronden. Nu wetsvoorstel 28 867 door de Eerste Kamer is aanvaard, zal de regeling van artikel 119 komen te vervallen.

27 Vgl. met name onder 5.2.2.

28 Hierbij springt met name het sterk toegenomen aantal uitspraken in het oog dat ziet op uitleg van het Amsterdams verrekenbeding. Vgl. in dit verband ook Van Duijvendijk-Brand die stelt dat de laksheid van echtgenoten een rijke jurisprudentie heeft opgeleverd over niet-nageleefde periodieke verrekenbedingen; Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 388.

29 Ik stel in dit hoofdstuk huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk zijn aangegaan door de (aanstaande) echtgenoten centraal maar het meeste van hetgeen wordt gesteld gaat ook op voor huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk door de echtgenoten zijn opgesteld of gewijzigd.

Dit leidt er in deze gevallen logischerwijs toe dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk ook niet hebben gehandeld naar hetgeen door hen in de huwelijkse voorwaarden was afgesproken. Het gevolg hiervan is veelal dat op het moment waarop een echtscheiding aan de orde komt, de ingeschakelde advocaat, mediator of notaris de scheidende echtgenoten moet vertellen hoe zij tijdens hun huwelijk hadden moeten handelen op grond van hun huwelijkse voorwaarden en deze voor de opgave staat hun een idee te geven van de consequenties van het niet-handelen conform de gemaakte afspraken. Het zal immers zelden zo zijn dat echtgenoten hun huwelijkse voorwaarden hebben nageleefd zonder dat de inhoud daarvan hun bekend was.

Indien sprake is van een open rechtsnorm, er ter zake van een bepaald huwelijksvermogensrechtelijk thema dat in de huwelijkse voorwaarden naar voren komt meer opvattingen bestaan in de literatuur of als de waarschijnlijke gevolgen van hetgeen de huwelijkse voorwaarden vermelden voor een echtgenoot nadelig uitpakken, is de gang naar de rechter vervolgens snel gemaakt door een van de echtgenoten.

Dit geldt te meer daar huwelijkse voorwaarden zoals gezegd in de meeste gevallen eerst aan de orde komen in de context van een echtscheiding waarbij emoties vanzelfsprekend vaak een grote rol spelen.

Ingeval echtgenoten hun huwelijkse voorwaarden niet hebben uitgevoerd kan de achtergrond hiervan echter ook zijn dat zij anders zijn gaan leven ten gevolge van expliciete of stilzwijgende overeenstemming daaromtrent. In dit geval zijn de echtgenoten derhalve in meer of mindere mate bewust afgeweken van hetgeen hun huwelijkse voorwaarden hun voorschreven. Vaak speelt in deze gevallen mee dat de huwelijkse voorwaarden primair tot doel hadden het beschermen van de niet-ondernemende echtgenoot tegen mogelijke schuldeisers van de echtgenoot-ondernemer.

7.4.2 De uitleg van een overeenkomst en de toetsing aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid

Hartkamp stelt vast dat het huidige Burgerlijk Wetboek – in tegenstelling tot het vorige – de uitleg van overeenkomsten geheel overlaat aan de rechtspraak en de rechtswetenschap.[30] Indien het opsporen van de gemeenschappelijke partijbedoelingen mogelijk is, valt het uitleggen van een overeenkomst daarmee samen maar in het algemeen kan niet gesteld worden dat beide steeds gelijk zijn aan elkaar.[31] Zeer relevant is naar mijn oordeel zijn observatie dat voor *elke* wilsverklaring geldt dat de betekenis daarvan eerst door uitleg kan worden vastgesteld, omdat woorden op zichzelf beschouwd

30 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 299.
31 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 304

nooit klaarheid geven. Derhalve wordt een overeenkomst in het algemeen eerst duidelijk door uitleg.[32]

Hartkamp definieert tegen deze achtergrond uitleg als volgt:

> (…) het vaststellen van de betekenis die in verband met de omstandigheden van het concrete geval – ten tijde van het aangaan van de overeenkomst – moet worden gehecht aan de verklaringen, door twee of meer personen aan elkaar afgelegd met het oogmerk een overeenkomst aan te gaan en daardoor het vaststellen van de door die verklaringen in het leven geroepen rechtsgevolgen.[33]

Belangrijk is vervolgens de logische gevolgtrekking die Hartkamp aan zijn definitie verbindt, te weten dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen.[34]

In deze definitie ontbreken de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid maar spelen zij uit hoofde van bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad bij het duiden van de verklaringen van de partijen bij de overeenkomst niettemin een rol en derhalve is iedere uitleg uiteindelijk als normatief te kwalificeren, zij het dat het begrip 'normatieve uitleg' in de literatuur in enge en in brede zin wordt gebruikt.[35]

Op grond van overwegingen van 'doorzichtigheid van het denkproces' kan het naar het oordeel van Hartkamp zinvol zijn om de uitleg van de overeenkomst te onderscheiden van de aanvulling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst met behulp van de redelijkheid en billijkheid, doch hij erkent tevens dat het hier uiteindelijk een theoretische kwestie betreft en het wel of niet maken van het desbetreffende onderscheid in de praktijk veelal niet tot verschillende uitkomsten zal leiden.

Dientengevolge kan worden gesteld dat het vaststellen van de rechtsgevolgen die uit de overeenkomst *an sich* voortvloeien en het vaststellen van de rechtsbetrekking tussen de partijen bij de overeenkomst na toepassing van de artikelen 2 en 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek, in veel gevallen niet van elkaar zullen kunnen worden onderscheiden.[36]

Hartkamp handhaaft het desbetreffende onderscheid niettemin en ik zou hem hierin willen volgen waar het de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden betreft, met name ook om aldus het moment van het aangaan van de overeenkomst los van later voorgevallen feiten te kunnen beschou-

---

32 Hartkamp merkt in dit verband op dat *de duidelijkheid omtrent hetgeen is overeengekomen niet ontstaat door de gebruikte woorden uit te leggen in hun taalkundige betekenis, maar pas indien deze in verband worden gebracht met de bedoeling van partijen, de aard en strekking van de overeenkomst, tijd en plaats en gebruiken, het gezond verstand, kortom met een verscheidenheid van omstandigheden.*; Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 309.

33 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 304.

34 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 307.

35 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 305.

36 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 305 en 306.

wen en op die wijze zo zuiver mogelijk een beoordeling *ex tunc* en een beoordeling *ex nunc* plaats te kunnen laten vinden.[37]

Een andere visie op uitleg is geformuleerd door W. Snijders die zich – Bregstein parafraserend – gecharmeerd toont van de volgende zienswijze:

> (...) uitleg van de overeenkomst dient te worden opgevat als het vaststellen van de rechtsgevolgen daarvan, ongeacht of die rechtsgevolgen worden bepaald door verklaringen of gedragingen van partijen dan wel door aanvullende rechtsbronnen, waaronder de wet.[38]

Zoveel mogelijk dient vanuit deze startpositie een redelijk resultaat te worden bereikt door uitleg[39], wat ertoe dwingt de in aanmerking komende regels en gezichtspunten 'ten einde te denken' in het licht van de omstandigheden van het geval.[40] Volgens W. Snijders dient hetgeen waarin de verbintenis of overeenkomst reeds voorziet uitgangspunt te blijven, zowel bij de aanvulling van leemten als bij de vraag in hoeverre de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid een in beginsel tussen partijen geldende regel nader bepaalt. [41]

Het is duidelijk dat Hartkamp ingeval van uitleg van een overeenkomst de verklaringen van partijen zwaarder laat wegen dan W. Snijders. Opgemerkt dient voorts te worden dat W. Snijders de verklaringen en gedragingen van de contractspartijen op één lijn lijkt te stellen, waarbij ik veronderstel dat hij beide vermoedelijk beschouwt als verschijningsvormen van de *bedoelingen*

---

37 W. Snijders wijst op het aspect van de controleerbaarheid van het rechterlijk oordeel. Indien alles onder uitleg wordt gebracht zal het feitelijk element van de beslissing gemakkelijker overheersen dan bij toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid die in beginsel een rechtsbeslissing vormt; W. Snijders, 2007, p. 8.

38 W. Snijders, 2007, p. 7.

39 W. Snijders relativeert het belang van het maken van onderscheid tussen uitleg enerzijds en de toepassing van redelijkheid en billijkheid anderzijds met een beroep op de zienswijze van Bregstein die inhoudt dat alles aankomt op uitleg van overeenkomst en wet met inachtneming van redelijkheid en billijkheid en dat daaruit voortvloeit dat een aparte beperking uit hoofde van deze rechtsbeginselen niet meer aan de orde komt. Niettemin erkent hij tevens dat zich gevallen laten denken *dat alles onder uitleg brengen contraproductief wordt*.; W. Snijders, 2007, p. 7. Voorts wijst hij erop dat waar het betreft de leden 1 en 2 van respectievelijk de artikelen 2 en 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek het tweede lid opgesloten ligt in het eerste lid, daarbij de parlementaire geschiedenis citerend waar wordt gesteld dat *het tweede lid telkens neerkomt op een uitwerking van het eerste lid voor een bepaald geval en dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen de in beide leden gebezigde maatstaven*; W. Snijders, 2007, p. 8. W. Snijders komt uiteindelijk tot de conclusie dat in beide benaderingen de rechter uiteindelijk in het concrete geval bepaalt wat de in aanmerking komende regels voor het desbetreffende geval betekenen; W. Snijders, 2007, p. 11.

40 W. Snijders is van mening dat hierbij ook de 'proportionele' benadering van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid past (die hij ook afleidt uit de woorden 'voor zover' in het tweede lid van de artikelen 2 en 248 boek 6 Burgerlijk Wetboek): *waarom zou men (…) een bepaald beding slechts voor een deel of alleen in bepaalde omstandigheden buiten toepassing moeten laten?*; W. Snijders, 2007, p. 8.

41 W. Snijders, 2007, p. 8.

van partijen. Anderzijds mag denk ik worden aangenomen dat Hartkamp ook de gedragingen van partijen relevant acht bij het achterhalen van hun bedoelingen ingeval van het uitleggen van een overeenkomst.

7.4.3 Uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad[42]

7.4.3.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft in 2003 en 2004 vier belangwekkende arresten gewezen die met elkaar gemeen hebben dat daarin telkens de vraag wordt beantwoord hoe – kort gezegd – moet worden omgegaan met de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding.[43]

Aan deze uitspraken is in de literatuur door verscheidene auteurs reeds aandacht besteed[44] maar tot op heden is een analyse van de desbetreffende arresten in onderlinge samenhang vanuit het perspectief van echtelijke contractvrijheid en solidariteit achterwege gebleven, in welke leemte ik hier in kort bestek wil voorzien.

Voorafgaand hieraan maak ik eerst twee lijnen zichtbaar die in de jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden tot het belangrijke *Las Vegas*-arrest van eind 2003 zijn ontwikkeld, welke beide lijnen elk eindigen in een van de hiervoor door mij bedoelde overige drie uitspraken.

7.4.3.2 Twee lijnen in de uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad

De eerste lijn die kan worden ontwaard ingeval van uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad betreft die van de natuurlijke verbintenis. De basis hiervoor werd door de Hoge Raad reeds in 1945 gelegd in de bekende uitspraak *De Visser-Harms*.[45]

In twee arresten – beide gewezen op 4 december 1987 en bekend onder de benamingen *Helmondse kledingbokser* en *Bloemendaalse horeca* –[46] was sprake van echtgenoten die huwelijkse voorwaarden hadden opgemaakt die 'koude uitsluiting' inhielden. Voorts speelde in beide zaken dat de vrouw tijdens het huwelijk had meegewerkt in het bedrijf waarvan de man eigenaar was, zonder daarvoor echter een noemenswaardige vergoeding te hebben ontvangen.

---

42 Ik gebruik het begrip uitleg hier in beginsel in de ruime betekenis daarvan waarin de toetsing op grond van redelijkheid en billijkheid derhalve meestal is verdisconteerd.

43 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (*Zweedse vrouw*); HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*); HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (*Contrair gedrag*) en HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1 (*Natuurlijke verbintenis*).

44 Ik doel hier onder meer op: Van der Burght, 2005, p. 92-106; Dommerholt, 2005, p. 571-578; Kleijn, 2004, p. 3-4; Kraan, 2005, p. 20-25; Luijten, 2004, p. 3-6; Schoordijk, 2005, p. 158-166 en Stollenwerck, 2005 (A), p. 4-10.

45 HR 30 november 1945, *NJ* 1946, 62.

46 Respectievelijk HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 en HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 678. Vgl. ook het hierna besproken arrest *Hilversumse horeca*, HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529.

In de eerstgenoemde uitspraak oordeelt de Hoge Raad dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet met zich mee brengen dat de vrouw ten tijde van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding aanspraak kan maken op een deel van het vermogen van de man (in casu een onderdeel van diens bedrijf), welk vermogen mede door haar onbeloond gebleven inspanningen tijdens het huwelijk is vermeerderd.

Wel acht de Hoge Raad het denkbaar dat in een dergelijk geval een aanspraak van de vrouw op het vermogen van de man is ontstaan uit hoofde van een natuurlijke verbintenis daartoe.[47]

In de als tweede genoemde uitspraak kwam de Hoge Raad tot een ander oordeel. In deze casus had de man een hypotheekschuld afgelost die de vrouw tijdens het huwelijk had afgesloten met een aan haar in eigendom toebehorende woning als onderpand. De Hoge Raad zag in de aflossing door de man van de privéschuld van de vrouw een verkapte vergoeding van de door haar ten behoeve van zijn bedrijf verrichte arbeid, waarmee hij had voldaan aan een op hem rustende natuurlijke verbintenis een dergelijke vergoeding aan de vrouw te betalen.

In de jaren negentig volgde het *Le Miralda*-arrest[48] waarin de Hoge Raad een stap verder ging door te erkennen dat met de aankoop en betaling door de man van een appartement dat op naam van de vrouw werd gesteld, de man in beginsel had voldaan aan een op hem rustende morele verplichting, ofwel een natuurlijke verbintenis. De geschetste feitelijke gang van zaken vormde een objectieve aanwijzing in deze richting, aldus de Hoge Raad.

Omdat de vrouw in deze zaak vermogend was werd echter niet voldaan aan een andere objectieve omstandigheid, te weten de behoefte aan de zijde van de vrouw en kon de man een vergoedingsrecht jegens de vrouw geldend maken.[49]

Een voorlopig laatste beweging in dezelfde richting betreft het arrest van 1 oktober 2004 (*Natuurlijke verbintenis*).[50]

Ook in deze casus zijn de echtgenoten op huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren gehuwd. Tijdens het huwelijk wordt bouwgrond gekocht door de man en wordt de helft van het desbetreffende perceel ten name van de vrouw gesteld. Vervolgens wordt op het perceel een huis gerealiseerd, alsmede kantoorruimte. Het huwelijk eindigt door echtschei-

47 De Hoge Raad maakt in deze uitspraak ook duidelijk dat een beroep op artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet opgaat omdat de daarin gecodificeerde zorgplicht van echtgenoten over en weer, na echtscheiding wordt vervangen door de zorgplicht van artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

48 HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616.

49 Het arrest van 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 697 vormt een bevestiging van de Le Miralda-uitspraak; hierin werd door de Hoge Raad tevens gesteld dat beslissend voor de vraag of aan een natuurlijke verbintenis is voldaan het feit is of de vrouw het aankoopbedrag van de woning ten tijde van de aankoop daarvan zelf had kunnen financieren.

50 HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1.

ding en het registergoed wordt door partijen verkocht. De vrouw meent dat de helft van de verkoopopbrengst aan haar toe dient te vallen, de man vindt echter dat daarop bedragen in mindering moeten worden gebracht omdat er aan zijn zijde sprake zou zijn van enkele vergoedingsvorderingen op de vrouw.

De Hoge Raad is in dezen van oordeel dat iedere vermogensoverheveling tussen echtgenoten die zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden die uitsluiting van elke vorm van huwelijksgemeenschap met zich brengen, in beginsel dient te worden beschouwd als het nakomen van een natuurlijke verbintenis, waarbij de omstandigheden die ten tijde van het verrichten van de prestatie speelden doorslaggevend zijn.

In uitzonderlijke situaties is, aldus de Hoge Raad, echter niet uitgesloten dat:

> (...) partijen de objectieve aanwijzing dat sprake is van voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen doorbreken, bijvoorbeeld door ten tijde van het verrichten van de prestatie overeen te komen dat later ter zake van de prestatie zal worden betaald.[51] Ook de omstandigheid dat partijen een gescheiden boekhouding voeren, kan bijdragen aan het oordeel dat van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis geen sprake is.[52]

Met Luijten ben ik van mening dat de aanscherping die dit arrest in bewijsrechtelijk opzicht heeft gebracht zeer waarschijnlijk tot de conclusie voert dat de *Kriek-Smit*-uitspraak van 1987 sterk aan betekenis heeft ingeboet en dat mitsdien sinds 1 oktober 2004 sprake is van een nieuwe hoofdregel.[53]

De Boer observeert dat de 'krachtige bewoordingen' die de Hoge Raad in 1945 gebruikte ten aanzien van de natuurlijke verbintenis, de deur hadden kunnen openen naar een ontwikkeling daarvan tot een rechtens afdwingbare verbintenis maar dat dit niet is gebeurd. Hij acht het niet-doorzetten van die ontwikkeling begrijpelijk omdat tijdens het huwelijk zoveel onzeker is dat:

> (...) niet aanvaardbaar is dat tijdens het huwelijk de ene echtgenoot verschaffing van vermogen van de andere echtgenoot kan eisen ter voldoening aan diens verzorgingsplicht.[54]

Ik zou menen dat dit tijdens het huwelijk inderdaad het geval is maar daarover kan anders worden gedacht op het moment van ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, waarbij de toetssteen zou kunnen zijn het tijdens het huwelijk feitelijk vertoonde gedrag door de echtgenoten.

De Boer ziet echter verschil tussen de situatie bij echtscheiding en de situatie bij overlijden zoals in het arrest van 1945, omdat er ingeval van echt-

---

51 Vgl. in dit verband het vaker genoemde wetsvoorstel 28 867, artikel 87 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw).
52 Rechtsoverweging 4.1.
53 Luijten, 2004, p. 5.
54 Asser-De Boer, 2010, p. 188.

scheiding een uitgewerkt en samenhangend geheel van wetsbepalingen bestaat betreffende uitkeringen tot levensonderhoud die in de plaats treden van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[55]

Naast deze lijn die ingeval van uitleg van huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding de mogelijkheid heeft verruimd om een beroep te doen op het hebben voldaan aan een natuurlijke verbintenis door een van de echtgenoten ten gunste van de andere echtgenoot, is sprake van een tweede lijn die in de jurisprudentie kan worden gezien. Deze betreft de – eveneens verruimde – toepassing van de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid.

De eerste duidelijke uitspraak van de Hoge Raad op dit terrein is het arrest *Hilversumse horeca*[56] waarin werd geoordeeld dat een krachtens huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en een partij daartoe voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld.[57]

Later volgde het *Melkquotum*-arrest[58] waarin sprake was van een boerenbedrijf. De man had hier mede op grond van het inzetten van landerijen die aan de vrouw in eigendom toebehoorden, een melkquotum verkregen dat een relatief grote waarde vertegenwoordigde. De vrouw maakt bij de ontbinding aanspraak op een gedeelte van de waarde van dit melkquotum en de Hoge Raad oordeelt dat de man naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten dat hij met teruggave van de landerijen aan de vrouw kon volstaan, zonder enige verrekening van de waarde van het melkquotum.

Ook in de bekende reeks uitspraken betreffende huwelijkse voorwaarden die een periodiek inkomensverrekenbeding bevatten dat tijdens het huwelijk door de echtgenoten niet werd uitgevoerd, neemt de Hoge Raad in vele gevallen een beslissing die mede is gebaseerd op de beginselen van redelijkheid en billijkheid, teneinde tot een aanvaardbaar resultaat te komen.[59]

De meest in het oog springende uitspraken op deze tweede lijn zijn echter de arresten *Lindner-Mannaerts* en *Contrair gedrag*.[60]

---

55 De Boer constateert voorts – terecht – dat sedert 1 januari 2003 ook ingeval het huwelijk eindigt door overlijden, sprake is van een dergelijk verzorgend stelsel.

56 HR 25 oktober 1988, *NJ* 1989, 529.

57 De Boer noemt een drietal vanaf 1985 door de Hoge Raad gewezen arresten waarin deze gedachte in zijn visie al zichtbaar was geworden; Asser-De Boer, 2010, p. 378.

58 HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88.

59 Vgl. onder meer HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 496 (*Vossen/Swinkels*), HR 19 januari 1996, *NJ* 1996 (*Rensing/Polak*) en HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581 (*Burhoven/Jaspers*). Deze reeks werd ingezet met het prototype HR 15 februari 1985, *NJ* 1985, 885 m.nt. EAAL. Vgl. voor een uitvoerige bespreking van de desbetreffende uitspraken, Zonnenberg, 2009, p. 67-141.

60 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93 m.nt. WMK en HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399.

In de eerstgenoemde beslissing handelt de zaak om een echtpaar dat gehuwd was op huwelijkse voorwaarden die elke huwelijksgemeenschap uitsloten en die de echtgenoten er voorts toe verplichtten om tijdens hun huwelijk jaarlijks de overgespaarde inkomens met elkaar te verrekenen.

Ten tijde van de echtscheiding ontstaat een dispuut tussen partijen over het antwoord op de vraag of de met investeringen in twee woonhuizen behaalde winst een vergoedingsrecht voor de man oplevert, dan wel dat deze winst onder de werking van het bedoelde verrekenbeding dient te worden gebracht, waaraan partijen tijdens hun huwelijk geen uitvoering hadden gegeven. De Hoge Raad ziet het als volgt:

> (…) bij niet/nakoming van een Amsterdams verrekenbeding zijn partijen gehouden de vermogensbestanddelen die zij tijdens het huwelijk hebben verworven en waarvan niet kan worden vastgesteld dat zij naar de bedoeling van partijen of van een derde zonder enig recht op verrekening behoren tot het vermogen van één van de partijen, alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren. (…)

Vervolgens reconstrueert de Hoge Raad de feitelijke gang van zaken tijdens het huwelijk en overweegt:

> (…) in het licht van het hiervoor overwogene, kan uit deze gang van zaken in beginsel, behoudens bewijs van het tegendeel, geen andere conclusie worden getrokken dan dat partijen niet de bedoeling hebben gehad dat de waardevermeerdering van de eerste woning uitsluitend, namelijk zonder dat enige verrekening zou plaatsvinden, ten goede zou komen aan de man, doch dat zij ook met betrekking tot de eerste echtelijke woning ervan zijn uitgegaan dat de uit de opbrengst daarvan verkregen vermogensvermeerdering het resultaat is van voor verdeling als vorenbedoeld in aanmerking komende belegging van overgespaarde inkomsten.[61]

In het arrest *Contrair gedrag* dat ruim twee jaar later werd gewezen[62] ging het om echtgenoten die tijdens hun huwelijk huwelijkse voorwaarden hadden opgesteld teneinde de vrouw te beschermen tegen mogelijke schuldeisers van de man. In de huwelijkse voorwaarden werd elke vorm van huwelijks-

---

61 Luijten en Meijer constateren dat de Hoge Raad in dit arrest mogelijk lijkt te maken dat het handelen van echtgenoten tijdens hun huwelijk de tussen hen vigerende huwelijkse voorwaarden in hun onderlinge verhouding ook in goederenrechtelijke zin opzij kan zetten. Zij wijzen deze benadering als onaanvaardbaar van de hand; Luijten-Meijer, 2005, p. 302. In de voorlaatste (12e) druk van dit handboek achtte Luijten het echter wel mogelijk dat het intern-obligatoire gedeelte van huwelijkse voorwaarden overeind blijft ingeval van externe nietigheid; Luijten, 1999, p. 207. Ik neem daarom aan dat hun afwijzing slechts het goederenrechtelijke effect betreft. Ik roep in dit verband nog de uitspraak van de Hoge Raad van 12 december 2003 in herinnering waarin de Hoge Raad de bedoelingen van partijen zodanig interpreteert dat deze goederenrechtelijk effect verwerven; HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 341. Kraan toont zich met reden zeer kritisch over deze beslissing; Kraan, 2005, p. 23 en 24.

62 Het is gezien de overeenstemmende thematiek opvallend dat dit arrest een viertal maanden later wordt gewezen dan de in paragraaf 6.5 door mij besproken baanbrekende uitspraak van het *Bundesgerichtshof*.

gemeenschap uitgesloten en werd tevens een periodiek verrekenbeding opgenomen.

Tussen de echtgenoten was echter *in confesso* dat de desbetreffende huwelijkse voorwaarden alleen werden opgesteld om eventuele schuldeisers van de man buiten de deur te houden en partijen waren zich na het opmaken van de huwelijkse voorwaarden in hun onderlinge verhouding dan ook blijven gedragen alsof tussen hen nog de wettelijke gemeenschap van goederen van kracht was.

De Hoge Raad maakt bij de beoordeling van deze kwestie, daarbij gebruik makend van de hoofdregels uit twee door hem in 2003 gewezen arresten[63] die ik hierna nader bespreek, onderscheid tussen de bedoelingen van partijen aan de ene kant en de werking van redelijkheid en billijkheid anderzijds.

De bedoelingen van partijen zijn relevant in het kader van de uitleg van de huwelijkse voorwaarden met behulp van de Haviltexregels en daaraan komt in de visie van de Hoge Raad geen betekenis toe ingeval van huwelijkse voorwaarden omdat het vormvereiste van de notariële akte daaraan in de weg staat. De partijbedoeling kan de huwelijkse voorwaarden ook waar het de interne werking daarvan betreft niet vervangen. Ik zal hierna betogen dat deze opvatting verlaten dient te worden omdat de notariële tussenkomst vaak niet de toegevoegde waarde heeft die daaraan door de Hoge Raad wordt toegeschreven.

De daarop volgende toetsing waarbij de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid worden toegepast, leidt de Hoge Raad tot de volgende overweging:

> Voor zover het middel opkomt tegen 's hofs overweging dat ook de eisen van redelijkheid en billijkheid niet kunnen afdoen aan de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden, treft het evenwel doel, omdat het hof met dit oordeel heeft miskend dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. (…) Daarbij verdient aantekening dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen voormalige echtelieden na ontbinding van het huwelijk op grond van redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwelijkse voorwaarden zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk,[64] ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden.[65]

63 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (*Zweedse vrouw*); HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*).

64 Ik wijs er op dat in deze casus sprake was van een afwijkende mondelinge dan wel in elk geval stilzwijgende overeenkomst en niet (alleen) van afwijkend feitelijk gedrag van de echtgenoten. Naar mijn oordeel liggen beide overigens in elkaars verlengde.

65 Volledigheidshalve merk ik op dat door de Hoge Raad in diens uitspraak *Ter Kuile/Kofman* (ook wel bekend onder de benaming *Doktersvrouw*) de gedragingen van de echtgenoten over en weer als belangrijkste maatstaf werden gehanteerd om te komen tot een uitspraak over het al dan niet bestaan van een vergoedingsrecht wegens te veel betaalde huishoudkosten; HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 561.

Luijten en Meijer maken naar mijn mening de terechte gevolgtrekking dat niet goed voorstelbaar is dat uit de beide arresten afgeleid zou moeten worden dat:

> (…) bij ontbreken van huwelijksvoorwaarden het gedrag van de echtgenoten, voorzover het hun vermogensrechtelijke verhoudingen betreft, geen rol speelt, maar tussen echtgenoten die wel huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt de inhoud ervan naar redelijkheid tussen hen kan worden opzijgezet door hun gedragingen.[66]

Aangenomen dient derhalve te worden dat ook ingeval echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, bij de uitleg daarvan in het geval van echtscheiding hun bedoelingen – zoals naar voren komend uit hun feitelijke, overeenstemmende gedrag tijdens hun huwelijk –, de doorslag dient te geven, op dezelfde voet als dat bij op huwelijkse voorwaarden gehuwde echtgenoten het geval is.

Tussen de arresten *Lindner-Mannaerts* en *Contrair gedrag* in waren door de Hoge Raad in twee uitspraken uit 2003 nog twee belangrijke regels geformuleerd waar het betreft de uitleg van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding.

De eerste regel is afkomstig uit het arrest *Zweedse vrouw*[67] en wil dat de op straffe van nietigheid voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden voorgeschreven notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.[68] Dat deze opvatting ten minste sterk gerelativeerd dient te worden heb ik in hoofdstuk 5 reeds betoogd. Hierna geef ik voor deze stelling nog andere argumenten.

Het arrest *Huwelijk Las Vegas*[69] geeft de tweede door mij bedoelde regel. Hierin bevestigt de Hoge Raad hetgeen al in indirecte zin uit eerdere beslissingen kan worden opgemaakt, te weten dat bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden de Haviltexformule dient te worden gebruikt. In paragraaf 7.4.3.3 ga ik nog uitvoerig in op deze beschikking.

Schoordijk bespreekt de arresten uit 2001 en 2004 in twee artikelen in het *WPNR*.[70] De kern van zijn pleidooi in beide gevallen is dat er juist tussen echtgenoten die onder het regime van 'koude uitsluiting' zijn gehuwd *een levendig rechtsverkeer bestaat*,[71] wat tot de conclusie leidt dat de obligatoire

66 Luijten-Meijer, 2005, p. 303.
67 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524.
68 In HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353 (*Reparatiehuwelijk)* had de Hoge Raad deze opvatting ook al te berde gebracht.
69 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116.
70 Schoordijk, 2002, p. 199-207 en Schoordijk, 2005, p. 158-166. Curieus is dat Schoordijk in zijn tweede artikel kenbaar maakt dat hem aanvankelijk ontgaan was dat het arrest uit 2004 in het verlengde ligt van dat uit 2001 zoals Luijten zeer terecht opmerkt; Schoordijk, 2005, p. 165; Luijten-Meijer, 2005, p. 302 en 303.
71 Schoordijk, 2002, p. 199.

verhouding tussen hen een andere is dan de goederenrechtelijke.[72] Ik meen dat Schoordijk het in dit verband bij het rechte eind heeft waar het gaat om het door hem geconstateerde uitgangspunt dat uitsluiting van iedere huwelijksgemeenschap echtgenoten in obligatoir opzicht niet handelingsonbevoegd maakt.[73] De door hem bedoelde obligatoire rechtsverhoudingen worden volgens Schoordijk in literatuur en praktijk echter nauwelijks onderkend, aangezien hier de nadruk te zeer is komen te liggen op het werken met nominale vergoedingsrechten.[74]

Voorts wijst Schoordijk op de ontwikkeling die in veel landen heeft plaatsgevonden en die waar het huwelijkse voorwaarden betreft betekent dat *een wilsdenken alleen maar aanvaard mag worden, wanneer echtgenoten zich voor elkander ook vermogensrechtelijk verantwoordelijk weten*. In Frankrijk kent men bijvoorbeeld de rechtsfiguur van de *societé de fait* die aan de orde kan zijn indien de inspanning van een echtgenoot voor de zaak van de andere echtgenoot verder hebben gestrekt dan *de hand- en spandiensten die een huwelijk plegen te vergezellen*.[75]

Ik kan mij geheel vinden in de lijn van het betoog van Schoordijk – dat valt samen te vatten met het adagium *substance above form* –[76] maar trek hieruit niet de conclusie dat het de rechter vrij zou moeten staan over te gaan tot 'reallocatie' ten tijde van echtscheiding.[77] Ik stel hierna een alternatieve benadering voor die niet op haar beurt nieuwe rechtsonzekerheid en

---

72 Vreemd genoeg lijkt Schoordijk zichzelf in diens tweede bijdrage aan het *WPNR* echter tegen te spreken omdat hij daarin onaanvaardbaar acht de opvatting dat onderlinge afspraken tussen echtgenoten mee kunnen brengen dat intern wordt afgeweken van de externe werking van huwelijkse voorwaarden; Schoordijk, 2005, p. 159. Het bestaan van de desbetreffende tegenstelling is mijns inziens alleen niet aan de orde indien wordt aangenomen dat Schoordijk weliswaar het bestaan van een levendig rechtsverkeer tussen echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd onderkent maar dit rechtsverkeer in zijn visie weer niet zover kan gaan dat er intern andere huwelijkse voorwaarden gelden dan extern. Mij lijkt dit echter een moeilijk houdbare opvatting omdat dit per definitie het geval is (tenzij de tegenstelling afgedaan kan worden als een woordenspel, een kwestie van definities). Een obligatoire afspraak tussen echtgenoten in hun onderlinge verhouding kan immers gelijk worden gesteld aan een interne huwelijkse voorwaarde; indien er meer afspraken zijn gemaakt is mitsdien sprake van interne huwelijkse voorwaarden. Vgl. ook A.-G. Wesseling-Van Gent in haar conclusie bij het arrest *Contrair gedrag* (HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399) waar deze sub 2.11 stelt dat echtgenoten waar het betreft het intern-obligatoire gedeelte van hun huwelijkse voorwaarden in de loop van het huwelijk (stilzwijgend) een van de huwelijkse voorwaarden afwijkende regeling overeen kunnen komen. Ook de gedachte waar Schoordijk mee speelt dat huwelijkse voorwaarden wegens een wilsgebrek intern nietig zouden kunnen zijn, verdraagt zich niet met de opvatting dat huwelijkse voorwaarden extern en intern hetzelfde zouden dienen te zijn; Schoordijk, 2005, p. 161.

73 Schoordijk, 2001, p. 615. Vgl. voor het geval van een gezamenlijke geldlening ook Dommerholt, 2005, p. 571-578.

74 Schoordijk, 2002, p. 206.

75 Schoordijk, 2005, p. 164.

76 Schoordijk, 2005, p. 166.

77 Schoordijk, 2003, p. 277 en 278.

onrechtvaardigheid schept omdat rechters ingeval van reallocatie vermoedelijk toch hun eigen intuïtieve maatstaven gaan hanteren, maar recht doet aan de contractvrijheid van echtgenoten en de solidariteit die hun rechtsverhouding *qualitate qua* beheerst.

7.4.3.3 Huwelijk Las Vegas

De Hoge Raad acht zoals besproken in diens arrest van 28 november 2003[78] ook de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden onderhevig aan uitleg op grond van de bekende *Haviltex*-criteria.[79]

In de desbetreffende zaak had het Hof 's-Gravenhage eerder overwogen dat de bedoeling van partijen en de notaris (sic!) eerst aan de orde komt als de tekst van de huwelijkse voorwaarden reden tot twijfel over de uitleg ervan geeft. De Hoge Raad stelt echter onomwonden:

> Ook bij huwelijkse voorwaarden komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen[80] mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[81]

Het belang van het onderhavige arrest is gelegen in het feit dat de Hoge Raad hiermee duidelijk maakt dat voor de uitleg van huwelijkse voorwaarden niet de regel uit het *Wever-Aruba Bank*-arrest[82] geldt, doch de criteria uit het *Haviltex*-arrest toepassing vinden, waarbij het in de woorden van Van Duijvendijk-Brand steeds aankomt op de bedoelingen van partijen:

---

78 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*).

79 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Haviltex*).

80 De discussie in casu betrof de uitleg van een in de huwelijkse voorwaarden opgenomen verplichting tot verrekening van inkomsten.

81 Tanja-Van den Broek merkt, na te hebben geconstateerd dat de Haviltexmaatstaf van toepassing is op de uitleg van huwelijkse voorwaarden, op: *Even is gedacht dat dat voor de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden anders zou zijn, waarschijnlijk omdat huwelijkse voorwaarden in een notariële akte moeten worden vastgelegd en de Hoge Raad voor de uitleg van notariële transportaktes de CAO-norm hanteert.*'; Tanja-Van den Broek, 2005, p. 868.

82 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 m.nt. WMK. De onderhavige uitspraak leidt echter niet tot een volledige breuk met de door de Hoge Raad in dat arrest naar voren gebrachte opvatting dat een notariële akte de bedoelingen van een partij juist en volledig weergeeft, omdat de rechtszekerheid dit vereist. In het arrest *Wever/Aruba Bank* stond immers het vertrouwen van derden centraal, evenals dit het geval was in het arrest van 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 (*Stichting Eelder woningbouw/Van Kammen*). Indien het echter huwelijkse voorwaarden of een samenlevingscontract betreft is de positie van de partijen bij de desbetreffende akte veel relevanter, naast die van derden (vgl. ook HR 22 september 2006, *NJ* 2006, 521 *(Uitleg samenlevingsovereenkomst)*). Indien het gaat om de externe betekenis van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden – i.e. van huwelijkse voorwaarden als goederenrechtelijk statuut – blijft de in *Wever/Aruba Bank* door de Hoge Raad verwoorde opvatting dan ook van toepassing; waar echter de interne – i.e. de obligatoire – betekenis van huwelijkse voorwaarden aan de orde is, vindt een ruime uitleg plaats aan de hand van de Haviltexformule, waarbij de tekst van de huwelijkse voorwaarden slechts een van de relevante factoren vormt: uitleg is binnen deze aanpak immers ook mogelijk als de tekst niet onduidelijk is.

> (...) ook indien in de overeenkomst begrippen zijn gebezigd die (binnen de context van die overeenkomst) een vaste betekenis hebben, is niet die vaste betekenis maar uiteindelijk de partijbedoeling doorslaggevend.[83]

De desbetreffende bedoelingen zijn volgens Van Duijvendijk-Brand echter erg moeilijk te achterhalen omdat het ingeval van huwelijkse voorwaarden slechts zelden zo is dat de wens bij de (aanstaande) echtgenoten om een specifieke regeling te treffen voorafgaat aan het vastleggen daarvan in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Het is volgens Van Duijvendijk eerder omgekeerd:

> Het probleem is dat de aanstaande echtgenoten blijven steken in vage noties. Zij hebben er helemaal geen zin in om zich te verdiepen in wat de verschillende mogelijkheden van huwelijkse voorwaarden zijn.[84]

Ik denk dat Van Duijvendijk met haar daarbij aansluitende gevolgtrekking dat de aanstaande echtgenoten de keuze feitelijk overlaten aan de notaris, de vinger legt op een afgeleid probleem. De voorzijde van deze medaille betreft immers de notaris die waar het betreft het opstellen van huwelijkse voorwaarden in de praktijk veelal een lijdelijke positie inneemt en daarmee niet duidelijk maakt waarom zijn tussenkomst 'mede strekt tot bescherming van partijen' zoals de Hoge Raad stelt in het arrest *Zweedse vrouw*.[85]

Van Mourik gebruikt duidelijke taal als hij het ontbreken van de toegevoegde waarde van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden beschrijft. Ik herhaal diens bewoordingen in dezen zoals door mij in paragraaf 5.7.2 aangehaald, hier gedeeltelijk:

> Talrijk zijn de voorbeelden waaruit blijkt dat het notariaat er weinig van heeft gebakken gedurende de afgelopen veertig jaren. Koude uitsluitingen, vervalbedingen, verrekenbedingen die verwijzen naar het fiscale inkomensbegrip en achterhaalde, duistere teksten bepalen het beeld.[86]

Zelf zou ik echter menen dat het zeer wel mogelijk is dat de notaris door middel van een eigentijdse, professionele werkwijze,[87] echtgenoten prikkelt om hetgeen hun voor ogen staat met het aangaan van huwelijkse voorwaarden te formuleren en op die wijze hun bedoelingen te achterhalen.

Dit betreft dan de moderne notaris die wordt gedreven door een fraternalistische zorgplicht en niet rust totdat zijn cliënten zelf verantwoordelijkheid nemen voor hun huwelijkse voorwaarden. De notaris heeft als moderne professional eenvoudigweg de taak om zijn werk goed te doen en daaraan op de beschreven wijze uitdrukking te geven. Langenfeld ziet voor

---

83 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 389.
84 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 389.
85 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524.
86 Van Mourik, 2009 (B), p. 135.
87 Ik verwijs hier naar paragraaf 5.7.2.

de Duitse notaris als belangrijkste taak bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden de *Bewußtmachung des Regelungszusammenhangs* en stelt daaropvolgend dat de *heuristische Wert* van huwelijkse voorwaarden vooral daarin kan worden gevonden.[88]

Van Duijvendijk-Brand noemt aan het slot van haar beschouwing de mogelijkheid van het werken door de notaris met de door mij in hoofdstuk 5 reeds uitvoerig beschreven considerans[89] en vermeldt verder het werken met vragenlijsten als een werkwijze die navolging verdient.[90] Met een dergelijke taakopvatting van de notaris kent zij daaraan meen ik toch niet het noodzakelijke gewicht toe.

De observatie van Van Duijvendijk-Brand is niettemin relevant waar zij impliciet stelt dat het in veel gevallen helemaal niet de bedoelingen van de (aanstaande) echtgenoten zelf zijn die hebben geleid tot de specifieke bepalingen die in hun huwelijkse voorwaarden zijn vastgelegd maar de bedoelingen en opvattingen van de instrumenterend notaris, die bovendien in veel gevallen niet over echtscheiding zal zijn begonnen.[91] Ik kom hierna nog uitvoerig terug op de naar mijn opvatting door de Hoge Raad overschatte rol van de klassieke notaris, derhalve de notaris die paternalistisch opereert en mitsdien de (aanstaande) echtgenoten niet activeert.

Van Duijvendijk-Brand ziet tegen de achtergrond van de geschetste problematiek betreffende de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden twee oplossingen als het gaat om de uitleg van de desbetreffende overeenkomst. De eerste betreft de zogenaamde *standaarduitleg* die in aanmerking komt indien in een groot aantal gevallen hetzelfde probleem speelt. Zij werkt deze standaarduitleg uit voor huwelijkse voorwaarden die een verplichting voor echtgenoten inhouden om periodiek het overgespaarde inkomen met elkaar te verrekenen, aan welke verplichting tijdens het huwelijk echter geen gevolg is gegeven.[92]

De andere oplossing die door haar wordt aangedragen is die van het toepassen van de Haviltex-regels in een meer geobjectiveerde gedaante, door haar *Haviltex-met-een-twist* genoemd:

88 Langenfeld, 2005, p. 2.

89 Ook Mellema-Kranenburg toont zich hiervan een voorstander, zij het dat zij zonder nadere onderbouwing stelt dat het niet nodig is om in alle huwelijkse voorwaarden een considerans op te nemen; Mellema-Kranenburg, 2010, p. 176.

90 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 397.

91 F. Schols benadrukt terecht het belang om huwelijkse voorwaarden juist vanuit deze invalshoek op te stellen; F. Schols, 2010, p. 756. Dat vaak nog niet over echtscheiding wordt besproken hoor ik ook van mijn studenten die stage lopen op notariskantoren, alsmede van (kandidaat-)notarissen tijdens cursussen die ik geef. Ik realiseer mij niettemin dat empirisch bewijs voor deze stelling ontbreekt.

92 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 395 en 396.

> Dat zou in concreto betekenen dat het primair nog steeds blijft gaan om het achterhalen van de gemeenschappelijke partijbedoeling, maar als die niet gesteld of bewezen is, het subsidiair zou aankomen op de betekenis die redelijke personen van gelijke hoedanigheid als partijen in dezelfde omstandigheden daaraan zouden hebben toegekend.[93]

Ik meen dat aan deze zienswijze zeker de verdienste toekomt dat daarin tot op zekere hoogte wordt verdisconteerd dat niet de bedoelingen van de echtgenoten maar veeleer de bedoelingen en opvattingen van de notaris ten grondslag hebben gelegen aan de huwelijkse voorwaarden, zodat die van de echtgenoten moeilijk zullen kunnen worden achterhaald. Deze aangepaste Haviltex-uitleg gaat naar mijn oordeel echter niet ver genoeg, welke stelling ik nader beargumenteer in paragraaf. 7.6.

7.4.4 Tussentijdse analyse

Indien de (recente) jurisprudentie van de Hoge Raad wordt bezien vanuit de invalshoek van de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit valt op dat het eerste beginsel veelvuldig wordt genoemd in diens verschijningsvorm van rechtszekerheid en dat het tweede wellicht zichtbaar is in de correctie die in sommige zaken wordt toegepast omdat het onaanvaardbaar zou zijn op grond van redelijkheid en billijkheid om de huwelijkse voorwaarden onverkort uit te voeren.

Ter zake van het eerstgenoemde beginsel moet voorts terstond de kanttekening worden geplaatst dat het in dezen niet – zoals zou mogen worden verwacht –, gaat om de contractvrijheid van de echtgenoten maar veeleer om het handhaven van het resultaat van de notariële tussenkomst waaraan – naar mijn mening grotendeels ten onrechte –, een de echtgenoten beschermend effect wordt toegekend door de Hoge Raad.

Ten aanzien van de eerste door mij zichtbaar gemaakte hoofdlijn in de jurisprudentie zou kunnen worden beweerd dat inmiddels sprake is van een hoge mate van rechtszekerheid. Immers, is door een echtgenoot gepresteerd, kan het bestaan van een daartoe strekkende overeenkomst niet worden aangetoond en is evenmin ten tijde van de prestatie vastgelegd waartoe deze strekte, dan kan de echtgenoot ten gunste van wie de prestatie strekt er vrij zeker van zijn dat aan de presterende echtgenoot geen vergoedingsrecht toekomt omdat deze wordt geacht te hebben voldaan aan een natuurlijke verbintenis. De presterende echtgenoot kan er op dezelfde grond op zijn beurt vanuit gaan dat geen vergoedingsrecht ten gunste van hem is ontstaan.

Tevens wordt in zekere mate voldaan aan het beginsel der solidariteit of rechtvaardigheid. Het kan in bepaalde feitelijke omstandigheden namelijk goed zo zijn dat het rechtvaardig is dat geen vergoedingsrecht is ontstaan. Maar evengoed kan de uitkomst als onrechtvaardig worden betiteld in andere feitelijke situaties. Uiteindelijk speelt het geluk voor de ene echtgenoot en het ongeluk voor de andere echtgenoot dat wel of juist niet is gepres-

93 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 397.

teerd een grote rol.[94] De willekeur die de natuurlijke verbintenis karakteriseert brengt daarom mee dat naar mijn opvatting de *overall* conclusie waar het deze hoofdlijn in de jurisprudentie betreft moet zijn dat deze niet als rechtvaardig kan worden beschouwd. Hiermee hangt vanzelfsprekend sterk samen het feit dat inherent is aan het fenomeen natuurlijke verbintenis, dat indien niet is gepresteerd en het alsnog presteren rechtvaardig zou zijn in de omstandigheden van een specifiek geval, de vanuit dit oogpunt gewenste prestatie in rechte niet kan worden opgelegd noch afgedwongen.

Het is goed dat de Hoge Raad in deze zaken het uitgangspunt lijkt te hanteren dat feitelijk gedrag – te weten de prestatie van de ene echtgenoot in de bijzondere omstandigheden van het geval –, maatgevend is om de bedoelingen van partijen te kunnen achterhalen. Deze toetsing van feitelijk gedrag kent naar mijn oordeel echter tekortkomingen die zwaar wegen.

Ten aanzien van de tweede hoofdlijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad die ik heb geduid is meen ik een gemiste kans te ontwaren.

Het arrest *Lindner-Mannaerts* leek aanvankelijk de weg vrij leek te maken voor het primaat bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden van de bedoelingen van de echtgenoten zoals deze zich tijdens het huwelijk hebben gematerialiseerd in hun feitelijke gedrag, zodanig dat deze de inhoud van de huwelijkse voorwaarden zouden kunnen *overrulen* waar het de interne werking daarvan betreft. De daarop volgende *Huwelijk Las Vegas*– uitspraak nam elke twijfel over de toepasselijkheid van de Haviltexcriteria ingeval van uitleg van huwelijkse voorwaarden weg en had kunnen worden gezien als een steun in de rug van de richting die de Hoge Raad in *Lindner-Mannaerts* was ingeslagen.

Helaas volgde een half jaar later het arrest *Contrair gedrag* waarin ons hoogste rechtscollege op zijn schreden terugkeert en voor de bedoelingen van partijen nog slechts een plaats reserveert in de bijwagen van de uitleg, te weten het domein van de correctiemogelijkheid die de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid in zich dragen.[95]

Met W. Snijders acht ik de benadering die de Hoge Raad heeft gekozen in het arrest *Lindner-Mannaerts* dan ook aanmerkelijk overtuigender dan de zienswijze die door dit rechtscollege in *Contrair gedrag* naar voren wordt

94 Huijgen spreekt met betrekking tot de uitspraak Helmondse kledingbokser van 'het *geluk* (curs. toegev.) dat de man een betaling voor haar had verricht en nog wel ter zake van een woning, die de vrouw bezat'; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 296.

95 Ik laat hier nog buiten beschouwing dat voor justitiabelen niet gemakkelijk valt te begrijpen dat de Hoge Raad enerzijds benadrukt dat notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te maken akte van huwelijkse voorwaarden, *om vervolgens in rechtsoverweging 4.3 doodleuk op te merken dat onderling overeenstemmend gedrag rechtens relevant kan zijn voor het antwoord op de vraag of men wellicht niet aan de huwelijkse voorwaarden is gebonden*, zoals Nuytinck het enigszins sarcastisch uitdrukt; Nuytinck, 2005 (A), p. 476.

gebracht, omdat – in de woorden van W. Snijders – de eerste uitspraak in de sleutel van de uitleg van de rechtsverhouding van de echtgenoten is gezet:

> (…) juist in een situatie dat het mede aankomt op een langdurig gedrag van partijen in een bepaalde rechtsverhouding, wordt in wezen die rechtsverhouding zelf beïnvloed.[96]

Het slechts laten doorklinken van dit langdurige gedrag in de toepassing van redelijkheid en billijkheid is naar mijn stellige overtuiging beslist te mager.[97]

Mijn analyse leidt in het licht van het bovenstaande dan ook tot de gevolgtrekking dat de recente jurisprudentie vanuit de invalshoek van contractvrijheid en solidariteit als gebrekkig en daarom als onbevredigend dient te worden gekarakteriseerd.

In deze jurisprudentie kan weliswaar het vruchtbare element worden aangewezen van de nadruk die bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden in beginsel wordt gelegd op het feitelijke gedrag dat de echtgenoten tijdens het huwelijk hebben vertoond, dat als normatief wordt geduid en waaruit hun kennelijke bedoelingen dientengevolge worden afgeleid door de rechter, maar de wijze waarop dit element vervolgens wordt gehanteerd is bepaald teleurstellend te noemen.

Zoals hiervoor al betoogd leidt de aanpak van de Hoge Raad in een enkel geval tot de conclusie dat rechtszekerheid en rechtvaardigheid beide zijn gediend. Het gaat hier echter niet om een gestructureerde werkwijze ter zake van de van uitleg van huwelijkse voorwaarden in het geval van echtscheiding, welke werkwijze steeds tot doel heeft om rechtszekerheid en rechtvaardigheid in evenwicht te brengen bezien vanuit de interne rechtsverhouding van partijen en daarmee bevredigende beslissingen oplevert. Bovendien moet worden vastgesteld dat de focus in de jurisprudentie sterk is gericht op huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren en dat geen systeem is ontwikkeld dat kan dienen voor alle gevallen waarin huwelijkse voorwaarden ter gelegenheid van echtscheiding uitleg behoeven, welk systeem tevens aan de eis voldoet dat het voorspelbare uitkomsten oplevert. Wat betreft dit laatste aspect is thans eerder sprake van *flipperkast-jurisprudentie* zoals ik in paragraaf 7.6 beargumenteer.

---

96 W. Snijders, 2007, p. 11.

97 Hier komt uiteraard nog bij dat de correctiemogelijkheid op basis van redelijkheid en billijkheid per definitie een beperkte is omdat daarbij de maatstaf van onaanvaardbaarheid moet worden gehanteerd en het mitsdien om hoge uitzonderingen zal moeten gaan, dan wel om een *standaarduitleg* als bedoeld door Van Duijvendijk-Brand; Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 394. Uit recente jurisprudentie blijkt ook dat het arrest *Contrair gedrag* de deuren zeker niet wagenwijd open heeft gegooid; vgl. bijvoorbeeld HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, *RFR* 2010, 109.

7.5 Rechtvaardigheid

Alvorens mijn visie uiteen te zetten op een eigentijdse uitleg van huwelijkse voorwaarden die uitdrukking geeft aan het belang van de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit, besteed ik eerst kort aandacht aan rechtvaardigheid, het rechtsbeginsel dat enerzijds als equivalent van solidariteit kan worden gezien maar anderzijds ook het honoreren van contractvrijheid in zich draagt.[98]

Ik doe dit aan de hand van de interessante en naar mijn oordeel zeer vruchtbare visie op een rechtvaardige afwikkeling (i.e. uitleg) van huwelijkse voorwaarden die door Gommer wordt gegeven vanuit een onverwacht perspectief, te weten dat van de biologie.[99]

Gommer bekijkt vanuit deze invalshoek de casus van het door mij hiervoor uitvoerig besproken arrest *Lindner-Mannaerts* en stelt zich daarbij de vraag of de Hoge Raad uiteindelijk niet terugvalt op een rechtvaardigheids*gevoel* en onbewuste denkprocessen achteraf rationaliseert door te beslissen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de vermogensbestanddelen in casu alsnog verdeeld moeten worden.

Naar aanleiding van de resultaten die recent onderzoek naar chimpansees en kapucijnerapen heeft opgeleverd, concludeert Gommer dat 'loon naar werken' een beginsel is dat oude papieren heeft en dat een ieder die zijn bijdrage levert aan de groep daarvoor moet worden beloond. Gemaakte (juridische) afspraken die daarmee in strijd zijn gaan in tegen het *gevoel* van rechtvaardigheid:

> Recht gaat ook om rechtvaardigheid, om een verdeling waarbij ieder krijgt wat hij gezien zijn inspanningen mag verwachten. De regels in het recht zijn noodzakelijk om orde in de samenleving te waarborgen en zij dienen dus ook gevoelens van rechtvaardigheid te weerspiegelen.[100]

Gommer komt vervolgens tot een oplossing voor de *Linder-Mannaerts*-casus door eerst de volgende redenering te geven:

1. X en Y hebben afgesproken dat het huis eigendom van X blijft;
2. Als het huis eigendom van X is, komt ook de waardestijging aan hem toe (economisch feit);

---

98 Het thema rechtvaardigheid in relatie tot het huwelijksvermogensrecht is recentelijk ook door anderen besproken. Ik noem hier in het bijzonder het afscheidscollege van Van Mourik (*Recht, Rechtvaardigheid en Ethiek*); Van Mourik, 2008, p. 3-27 en 33-43; Huijgen (*Relaties en (huwelijks) vermogensrecht*); Huijgen, 2009 (A), p. 83 en Schoordijk (respectievelijk: *Het huwelijk als partnership* en *Het rechtsbeginsel "gij zult een ander niet op het foute been zetten" en zijn reikwijdte*); Schoordijk, 2003, p. 272 e.v., respectievelijk 2007, p. 40.

99 Gommer, 2010.

100 Gommer, 2010, p. 587.

3. Als afspraken niet worden nagekomen, ondermijnt dit de groepsstabiliteit (biologisch feit);
4. Als de groepsstabiliteit ondermijnd wordt, heeft dit nadelige gevolgen voor de reproductiekansen van de groepsleden (biologisch feit);
5. Mensen bestaan doordat onze voorouders in het verleden gekozen hebben voor groepsstabiliteit (evolutionair feit).

De conclusie die uit het voorgaande kan worden getrokken is dat mensen afspraken nakomen om de groepscohesie te bevorderen; derhalve komen zowel het huis als de waardestijging toe aan X. Vertaald in juridische termen verhoogt het nakomen van afspraken de rechtszekerheid en daarmee de stabiliteit van de samenleving.

Indien echter nog enkele feiten worden toegevoegd ontstaat een ander beeld. Er zijn volgens Gommer daarnaast immers nog onderliggende wetmatigheden waaraan men zich ook bij een rechterlijk oordeel niet kan ontrekken:

6. Y krijgt niet wat zij gezien haar inspanningen mocht verwachten;[101]
7. Als groepsleden niet krijgen wat ze mogen verwachten, ondermijnt dit de groepsstabiliteit.

De groepsstabiliteit wordt derhalve geschraagd door twee factoren: groepsleden dienen zich aan de gemaakte afspraken te houden en groepsleden behoren te delen in de goederen naargelang de door ieder van hen geleverde inspanningen.[102]

Toegepast op de casus van het onderhavige arrest kan nu worden gesteld dat de gezamenlijke keuze om in het huis van de man te gaan wonen tevens de keuze van de vrouw bepaalt om niet zelf een woning te kopen. Hierdoor bouwt de man meerwaarde op ten koste van de vrouw, doordat zij meebetaalt aan de hypotheeklening en – indien dit niet het geval zou zijn geweest – doordat de door de vrouw (als huisvrouw) geleverde inspanningen het voor de man mogelijk hebben gemaakt om zijn verdiencapaciteiten op te bouwen en te gelde te maken en daardoor de rente van het huis te betalen:

> Door een zo lange tijd van samenleven raken met andere woorden eens gemaakte afspraken achterhaald, omdat de gedane inspanningen deze hebben ingehaald.(…) Het doen en laten van de echtelieden in de tussenliggende periode heeft onmiskenbaar invloed op wat

101 De Y in casu had meebetaald aan de rente en had geen eigen huis gekocht omdat ze samen met X in diens huis woonde. Omdat Y de door haar betaalde rente niet heeft kunnen aanwenden voor een eigen hypothecaire geldlening is ze de waardestijging van een huis misgelopen die X wel deelachtig is geworden.

102 Vgl. in dit verband de door Barendrecht en Gramatikov beschreven aspecten van rechtvaardigheid waaronder in het bijzonder de *distributieve* en *restoratieve* rechtvaardigheid aansluiten bij hetgeen door Gommer wordt betoogd; Barendrecht en Gramatikov, 2010, p. 1105 en 1106.

> een 'rechtvaardige verdeling' is. Zou men hiermee geen rekening houden, dan zou het rationele, positieve recht zich verder verwijderen van het rechtsgevoel.[103]

Gommer besluit zijn beschouwing met de observatie dat een evenredige verdeling van goederen aan de hand van gedane inspanningen de groepsstabiliteit meer versterkt, dan het nakomen van afspraken. Als hoeder van de orde in de samenleving heeft de Hoge Raad in *Lindner-Mannerts* derhalve de juiste afweging gemaakt.[104]

Omdat hetgeen door Gommer naar voren wordt gebracht naar mijn mening voor zich spreekt, voeg ik slechts toe dat het des te betreurenswaardiger is dat de Hoge Raad kort nadien met diens beslissing in *Contrair gedrag* een ander pad is ingeslagen.

7.6 Een alternatieve uitleg van huwelijkse voorwaarden

7.6.1 Inleiding

Hiervoor in paragraaf 7.4 ben ik tot de slotsom gekomen dat de thans gangbare uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad het rechtsgevoel niet bevredigt.

Weliswaar worden de Haviltexcriteria toegepast waardoor er in beginsel voor de rechter veel ruimte zou bestaan om tot een evenwichtige uitleg te komen die zowel de rechtszekerheid dient als leidt tot een rechtvaardige uitkomst, maar onze hoogste rechter houdt echter tegelijkertijd krampachtig vast aan zijn uitgangspunt dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de externe en de interne werking van huwelijkse voorwaarden. De onderlinge vermogensrechtelijke verhouding tussen echtgenoten zoals deze is vastgelegd in hun huwelijkse voorwaarden, kan daarom niet worden gewijzigd op grond van hun gemeenschappelijke bedoelingen. Dit 'dogma' wordt in zijn volle gedaante verwoord in het arrest *Contrair gedrag*:

> Een gemeenschappelijke partijbedoeling als hier aan de orde, die een stilzwijgend gesloten overeenkomst tussen echtgenoten inhoudt waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan, regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden, dient immers ook zelf te worden aangemerkt als huwelijkse voorwaarde in de zin van art. 1:114 BW. Krachtens art. 1:115 BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Deze notariële tussenkomst strekt mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden (vgl. HR 27 juni 2003, (…) NJ 2003, 524); daarom kan van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn (HR 2 mei 1986, (…) NJ 1987, 353).[105]

103 Gommer, 2010, p. 588.
104 Gommer, 2010, p. 590.
105 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (*Contrair gedrag*), onder 4.2.

Deze – in mijn visie overigens ook onjuiste – opvatting heeft tot gevolg dat de hantering van de Haviltexregels er bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden niet toe kan leiden dat waar het de onderlinge, obligatoire verhouding van de echtgenoten betreft, de inhoud van deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk opzij wordt gezet,[106] terwijl dit bezien vanuit het gezichtspunt van het rechtsbeginsel van partijautonomie naar mijn oordeel toch zeer wenselijk zou zijn.

De oplossing voor dit dilemma moet dan ook worden gezocht in het loslaten van het genoemde dogmatische uitgangspunt. Daarvoor is naar mijn stellige overtuiging veel te zeggen, terwijl er op de keper beschouwd verrassend weinig tegenin is te brengen.

Ik kies in dezen derhalve een andere positie dan Van Duijvendijk-Brand die het probleem wel ziet maar naar mijn oordeel uiteindelijk geen overtuigend en praktisch toepasbaar alternatief aanreikt, al moet worden erkend dat haar pleidooi voor een geobjectiveerde Haviltexnorm[107] wel een eerste stap in de goede richting is.

7.6.2 De externe en interne betekenis van huwelijkse voorwaarden

De interne betekenis van huwelijkse voorwaarden betreft de verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen de echtgenoten. Deze interne betekenis is mijns inziens van veel groter belang dan de externe betekenis welke laatste uitsluitend ziet op de goederenrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten zelf en die in het bijzonder betekenis heeft ten opzichte van eventuele schuldeisers.

Hiervoor voer ik in de eerste plaats aan dat er in heel veel huwelijken in het geheel geen sprake zal zijn van andere schuldeisers dan crediteuren die beide echtgenoten ertoe hebben bewogen zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schuld. Een goed voorbeeld hiervan is de schuld uit hypothecaire geldlening die in veruit de meeste gevallen door beide echtgenoten wordt aangegaan.

Daarnaast kan in de jurisprudentie een groot aantal uitspraken worden aangetroffen die handelen over de onderlinge huwelijksvermogensrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten; hierbij steekt het aantal zaken waarin een schuldeiser tegen (een van) de echtgenoten procedeert schril af.

---

106 Tanja-Van den Broek voert aan dat de *rechtszekerheidswaarborg* die aan de verplichting huwelijkse voorwaarden bij notariële akte aan te gaan, *zich niet verdraagt met de mogelijkheid dat tussen partijen iets heel anders geldt dan aan het geschrift is toevertrouwd*. Tanja-Van den Broek, 2005, p. 865. Ik meen in paragraaf 7.6.2 aan te hebben getoond dat aan dit argument weinig betekenis toekomt.

107 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 397.

In contrast hiermee kiezen echtgenoten vaak voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden met het primaire oogmerk om de niet-ondernemende echtgenoot te beschermen tegen aanspraken van schuldeisers van de echtgenoot-ondernemer, waarbij met name het faillissementsrisico tot de verbeelding spreekt.

Dat de beoogde bescherming in veel gevallen waarschijnlijk niet zal worden gerealiseerd leren ons twee recente uitspraken waarin artikel 61 Faillissementswet door rechtbanken zeer ruim wordt geïnterpreteerd.[108]

Ook de praktijk waarop ik hiervoor wijs, waarbij beide echtgenoten zich hoofdelijk aansprakelijk stellen, leidt ertoe dat er geen bescherming bestaat tegen verhaal door de bedoelde schuldeisers.

Deze – naar mijn mening onterechte – focus op bescherming tegen schuldeisers brengt mee dat bij het opmaken van huwelijkse voorwaarden de interne rechtsverhouding van de echtgenoten onderbelicht blijft of zelfs (met name in oude gevallen) in het geheel geen aandacht krijgt.

Huwelijkse voorwaarden geven in deze gevallen daarom slechts ten dele uitdrukking aan de bedoelingen van partijen. Naar hun bedoelingen met de huwelijkse voorwaarden voor het geval van echtscheiding is immers niet of onvoldoende gevraagd door de notaris.[109]

Dit leidt vervolgens tot de voor de hand liggende vraag of niet aangenomen moet worden dat de echtgenoten dan vaak de intentie zullen hebben gehad dat er intern andere regels gelden dan extern, nu vast lijkt te staan dat huwelijkse voorwaarden in de meeste gevallen worden opgesteld ter bescherming van de vrouw tegen de schuldeisers van de man. Ik bedoel hiermee dat het mogelijk zo is dat echtgenoten er – mede op grond van de notariële werkwijze – onbewust van uitgaan dat huwelijkse voorwaarden een goederenrechtelijke regeling impliceren die erop is gericht bescherming te bieden tegen (zakelijke) schuldeisers en geen betrekking hebben op het gewone leven, althans, zij realiseren zich niet dat huwelijkse voorwaarden deze verdergaande strekking hebben.

Het notariaat laat in dezen steken vallen zoals door mij in hoofdstuk 5 besproken, of lijkt zich ervan af te maken met standaardregelingen zoals ingeval van het Amsterdams verrekenbeding. In elk geval staat vast dat er in de afgelopen decennia binnen het notariaat geen noemenswaardige pro-

108 Rb. Rotterdam 19 augustus 2009, *RFR* 2010, 13 en Rb. Almelo 27 januari 2010, *LJN* BL4397. Huijgen merkt in zijn commentaar op de laatstgenoemde uitspraak op dat deze het notariaat opnieuw laat zien dat huwelijkse voorwaarden slechts een bescheiden bescherming bieden tegen de gevolgen van een faillissement van de andere echtgenoot; Huijgen, 2010, p. 7. Zie over artikel 61 lid 4 Faillissementswet ook Hoens en F. Schols die tot de conclusie komen dat de reikwijdte van het desbetreffende artikel schimmig blijft voor zowel toekomstige debiteuren en echtgenoten als voor crediteuren en curatoren; Hoens en F. Schols, 2010, p. 59 en 60. Vgl. voorts Hof Arnhem 28 juni 2011, *LJN* BR2618.

109 Vgl. in deze zin ook Hoens en F. Schols, 2010, p. 58.

ductontwikkeling heeft plaatsgevonden waar het gaat om de kwaliteit en wijze van totstandkoming van huwelijkse voorwaarden.[110]

Tegen deze achtergrond mag de gevolgtrekking worden gemaakt dat de rol van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad in twee opzichten te zwaar lijkt te zijn aangezet.

Gesteld kan in de eerste plaats worden dat de notariële tussenkomst met name ziet op de externe betekenis van huwelijkse voorwaarden, te weten de totstandkoming van een gefixeerd goederenrechtelijk statuut,[111] waardoor zowel voor de echtgenoten in hun onderlinge verhouding als voor schuldeisers van de echtgenoten duidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag welke goederen wel en welke niet in de (beperkte) huwelijksgemeenschap vallen.[112]

Het vormvoorschrift van artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is in deze visie slechts in goederenrechtelijk opzicht van belang en uitleg van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden beperkt zich – waar het de goederenrechtelijke inhoud daarvan betreft –, tot de tekst en is derhalve grammaticaal van karakter. Aan een ruime uitleg volgens de Haviltexregels wordt niet toegekomen.

Indien het gaat om de externe betekenis van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden – i.e. van huwelijkse voorwaarden als goederenrechtelijk statuut – blijft, zoals hiervoor al door mij beargumenteerd, de in onder meer het arrest *Wever-Aruba Bank* door de Hoge Raad verwoorde opvatting van toepassing.

Waar echter de interne, obligatoire betekenis van huwelijkse voorwaarden aan de orde is, zou zonder problemen een ruime uitleg door de rechter plaats kunnen vinden aan de hand van de Haviltexformule, waarbij de tekst van de huwelijkse voorwaarden slechts één van de relevante factoren vormt:

---

110 Reeds in 2001 bepleitte echtscheidingsadvocate Gijbels met anderen een verbeterde praktijkvoering van notarissen waar het de wijze van totstandkoming van huwelijkse voorwaarden betreft. Haar belangrijkste aanbevelingen op dit terrein waren destijds dat de notaris partijen dient te *dwingen* om zelf richting te geven aan de huwelijkse voorwaarden die ontworpen moeten worden en dat de notaris ook vele jaren later nog moet kunnen aantonen dat hij huwelijkse voorwaarden heeft ontworpen die aansluiten bij de doelstellingen en toekomstverwachtingen van partijen; Gijbels e.a, 2001, p. 3 en 4. F. Schols constateert in dit verband dat er in creatief opzicht bijzonder weinig lijkt te worden gedaan met de *ruimhartige contractsvrijheid die tussen echtgenoten geldt*; F. Schols, 2010, p. 755.

111 Vgl. mijn definitie van huwelijkse voorwaarden in paragraaf 5.2.3. Alleen in dit opzicht zijn huwelijkse voorwaarden te karakteriseren als 'status-contract' zoals bedoeld door Schoordijk; Schoordijk, 2005, p. 166.

112 Ik merk in dit verband op dat echtgenoten er ook voor kunnen kiezen om aan hun huwelijkse voorwaarden slechts externe betekenis toe te kennen in hun eigen onderlinge verhouding door deze niet in te schrijven in het in artikel 120 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bedoelde huwelijksgoederenregister: daarmee ontberen de huwelijkse voorwaarden immers externe betekenis jegens derden.

uitleg is dan immers ook mogelijk als de tekst van de huwelijkse voorwaarden niet onduidelijk is.[113] [114]

De tweede naar mijn mening onjuiste aanname van de Hoge Raad ten aanzien van de notariële tussenkomst, is dat deze mede tot bescherming van de echtgenoten zelf zou strekken. Betoogt zou mogelijk zelfs kunnen worden dat soms het tegendeel veeleer het geval is.[115]

De ene (vaak, maar niet noodzakelijkerwijs niet-ondernemende) echtgenoot wordt door de notaris ten eerste reeds niet afdoende beschermd tegen aanspraken van schuldeisers van de andere (vaak maar niet noodzakelijkerwijs de ondernemende) echtgenoot ingeval van faillissement. Artikel 61 Faillissementswet biedt zoals genoemd slechts zeer beperkt soulaas en de notariële voorlichting schiet in dit opzicht bepaald tekort.[116] Dit probleem speelt ook ingeval een echtgenoot in een schuldsaneringsregeling geraakt.[117]

Daarnaast wordt in de meeste gevallen evenmin, zoals reeds door mij betoogd, in de huwelijkse voorwaarden op adequate wijze aandacht besteed aan de vermogensrechtelijke gevolgen van echtscheiding voor de ene (niet-ondernemende) echtgenoot, dit terwijl echtscheiding statistisch bezien een veel groter risico vormt dan faillissement.

De uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad vertoont trekken van een dogma en leidt in het geval huwelijkse voorwaarden 'koude uitsluiting' inhouden hierdoor tot de naar mijn oordeel tamelijk bizarre gevolgtrekking dat de ene (niet-ondernemende) echtgenoot niet wordt beschermd door de rechter, omdat de tussenkomst van de notaris haar (al) zou hebben beschermd. De eenvoudige realiteit in dezen is echter dat de notaris lange tijd het echtscheidingsperspectief veronachtzaamd heeft bij het bespreken van en opstellen van huwelijkse voorwaarden en hij dit soms nog steeds doet.

Gesteld kan verder worden dat de notaris de andere (ondernemende) echtgenoot ook niet beschermt. Deze loopt namelijk het aanmerkelijke risico om ingeval van echtscheiding in een strijd over de consequenties van de huwelijkse voorwaarden terecht te komen, dan wel van de rechter te vernemen dat geen beroep mag worden gedaan op een of meer bepalingen uit de

113 Vgl. HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*).

114 Tanja-Van den Broek merkt in dit verband terecht op dat de gekozen vorm en bewoordingen niet bepalend zijn maar de strekking van de overeenkomst prevaleert en dat dit kan leiden tot een heel ander resultaat dan in de overeenkomst is verwoord: *Wezen gaat voor schijn*; Tanja-Van den Broek, 2005, p. 863.

115 De rechtbank Breda stelt in een zeer recente uitspraak vast dat het feit dat de notaris uitleg heeft gegeven over de inhoud van de huwelijkse voorwaarden niet afdoet aan de bedoeling van beide partijen om de rechten van de vrouw op verrekening niet te beperken; Rb. Breda 9 februari 2011, *LJN* BP3867.

116 Ik realiseer mij dat dit een aanname is waarvoor empirisch bewijs ontbreekt.

117 Huijgen wijst er op dat artikel 313 Faillissementswet artikel 61 van deze wet van overeenkomstige toepassing verklaart ingeval van de schuldsanering van een natuurlijk persoon; Huijgen, 2010, p. 7.

huwelijkse voorwaarden omdat dit onaanvaardbaar is op grond van redelijkheid en billijkheid.[118]

Ik maak op grond van het voorgaande de gevolgtrekking dat de Hoge Raad zichzelf onnodig in een spagaatpositie heeft geplaatst als het gaat om de uitleg van de interne betekenis van huwelijkse voorwaarden voor de echtgenoten. Dit valt te betreuren omdat hiermee noch rechtszekerheid, noch rechtvaardigheid worden gediend.

Waar de 'bedoelingen' van de notaris en niet die van de (aanstaande) echtgenoten in huwelijkse voorwaarden in het algemeen zwaar doorklinken en de laatste in zeer veel gevallen zelfs in het geheel niet kunnen worden achterhaald, biedt de hiervoor genoemde geobjectiveerde Haviltexmaatstaf van Van Duijvendijk-Brand een stap in de goede richting.[119]

Deze stelt centraal wat redelijke personen van gelijke hoedanigheid als partijen in dezelfde omstandigheden redelijkerwijs zouden hebben bedoeld ter zake van de uitwerking van hun huwelijkse voorwaarden, in het bijzonder in het geval van echtscheiding.

Maar een dergelijke werkwijze bij uitleg van huwelijkse voorwaarden zou zoals gezegd naar mijn oordeel niet ver genoeg gaan, omdat zij onvoldoende ruimte biedt voor het noodzakelijke maatwerk dat de partijautonomie vergt. Obligatoir bezien kan aan de hand van de Haviltexcriteria immers een in beginsel vergaande uitleg plaatsvinden en daarop zou niet de rem moeten worden gezet met een beroep op slechts de heilzame werking van de notariële tussenkomst.

Ik verdedig derhalve de stelling dat de vaststelling van de interne betekenis van huwelijkse voorwaarden een toetsing impliceert die los staat van de vaststelling van de externe betekenis van de huwelijkse voorwaarden[120] en waarbij de tussenkomst van de notaris slechts een factor is die een rol kan spelen bij de uitleg van de desbetreffende overeenkomst.

Zoals hiervoor duidelijk is geworden, is uitleg van huwelijkse voorwaarden (buiten de gevallen waarin schuldeisers een rol spelen), vooral aan de

---

118 Ik merk op dat ook wordt geprocedeerd over de inhoud van huwelijkse voorwaarden omdat sprake is van het niet-zorgvuldig formuleren daarvan; in dat geval worden beide echtgenoten derhalve niet tegen procedures op deze grond beschermd door de notaris-redacteur. Vgl. in dit verband Reinhartz naar aanleiding van HR 25 februari 2011, *LJN* BO7277; Reinhartz, 2011, p. 14. Vgl. hieromtrent voorts Driessen-Kleijn naar aanleiding van Hof Arnhem 31 augustus 2010, *LJN* NB9598; Driessen-Kleijn, p. 13 en 14.

119 Tanja-Van den Broek wijst ook op de totstandkomingsgeschiedenis (van huwelijkse voorwaarden) als relevante Haviltexfactor; Tanja-Van den Broek, 2005, p. 862.

120 Nuytinck observeert in diens annotatie bij HR 9 september 2006, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*) dat de kern van de dwaling van de vrouw in de casus die ten grondslag aan het arrest is geweest dat de inlichtingen van de echtgenoot en de instrumenterend notaris zich hebben beperkt tot de externe aspecten van de huwelijkse voorwaarden, terwijl de man (en de notaris) hadden kunnen weten dat de vrouw de akte niet ongewijzigd zou hebben ondertekend indien zij ook was voorgelicht omtrent de *interne* aspecten; Nuytinck, 2006, p. 49. In dit arrest ging het om een kandidaat-notaris die op de drempel van een benoeming tot notaris het opmaken van huwelijkse voorwaarden had geïnstigeerd die 'koude uitsluiting' impliceerden. Het huwelijk eindigt jaren later in een echtscheiding.

orde vanuit het perspectief van echtscheiding[121]. In het navolgende houd ik dit perspectief dan ook aan. Er kunnen zich nu twee scenario's voordoen.

Het eerste scenario betreft de situatie waarin de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden niets hebben geregeld waar het betreft de vermogensrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding, terwijl zij zich hiervan niet bewust waren. Zij hebben er derhalve niet opzettelijk voor gekozen echtscheiding ongeregeld te laten. In dit geval dient in beginsel te worden aangenomen dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden een leemte bevat (type 1).

In het tweede scenario hebben de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden bewust wel voorzien in de vermogensrechtelijke gevolgen van echtscheiding, al dan niet uitputtend (type 2). Zij kunnen specifieke regelingen hebben getroffen voor het geval van echtscheiding maar zij kunnen er ook *bewust* voor hebben gekozen niets te regelen ter zake van echtscheiding. In dit laatste geval is van belang of hun veronderstellingen ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden juist zijn geweest, of zij – in andere woorden – het huwelijk dat hun voor ogen stond ook hebben geleefd.

Het is in dit scenario ook mogelijk dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk afwijkend gedrag hebben vertoond op basis van stilzwijgende of expliciete afspraken daartoe. Tevens kunnen zich tijdens het huwelijk ontwikkelingen hebben voorgedaan die door de echtgenoten niet waren verdisconteerd in de in hun huwelijkse voorwaarden opgenomen echtscheidingsregeling. In de beide laatstgenoemde varianten hadden de echtgenoten ervoor kunnen kiezen om hun huwelijkse voorwaarden te wijzigen maar veelal zullen zij dit hebben nagelaten op grond van de overwegingen die ik heb genoemd in paragraaf 5.2.2.[122]

Mellema-Kranenburg pleit voor het opnemen in huwelijkse voorwaarden van een 'heroverwegingsintentie', waarbij de achterliggende gedachte is dat partijen bijvoorbeeld na verloop van een periode van vijf jaren na het sluiten van het huwelijk tot heroverweging overgaan, welke heroverweging kan leiden aan het aanpassen van de huwelijkse voorwaarden aan de omstandigheden waarin zij op dat moment verkeren. Tegelijkertijd stelt zij de vraag hoeveel een dergelijke intentie waard is.[123]

Naar mijn oordeel zou het sluiten van een formele overeenkomst van opdracht met de notaris die de totstandkoming van de huwelijkse voorwaarden heeft begeleid, een route zijn die tot meer zekerheid leidt waar het de periodieke aanpassing van de huwelijkse voorwaarden betreft.

---

121 Daarnaast kan uitleg van huwelijkse voorwaarden uiteraard ook aan de orde zijn indien een echtgenoot overlijdt.

122 Een variant betreft de situatie waarin de echtgenoten zich er niet bewust van zijn geweest dat hun huwelijkse voorwaarden regelingen bevatten die betrekking hebben op echtscheiding. Voor dit geval geldt *a fortiori* hetgeen ik hierna stel ter zake van huwelijkse voorwaarden van het type 2.

123 Mellema-Kranenburg, 2010, p. 176.

De rechter gaat in mijn zienswijze nu in de eerste plaats toetsen wat partijen voor ogen heeft gestaan met het opmaken van de huwelijkse voorwaarden waar het hun onderlinge verhouding betreft. Zijn doel hierbij is het achterhalen van de interne betekenis van de door de echtgenoten gemaakte afspraken.

Hier zij opnieuw vastgesteld dat deze bedoelingen in het overgrote deel van de gevallen niet rechtstreeks kunnen worden gereconstrueerd omdat een considerans ontbreekt in de akte van huwelijkse voorwaarden. Voorts zullen in veel gevallen ook de bedoelingen van de notaris zijn verwoord. Daarnaast zullen echtgenoten ten tijde van hun echtscheiding geneigd zijn verschillende lezingen van hun toenmalige bedoelingen naar voren te brengen, gezien hun op dat moment vaak uiteenlopende belangen.[124]

Tegen deze achtergrond is de in het hiervoor besproken, door de Hoge Raad gewezen arrest *Lindner-Mannaerts*[125] gehanteerde uitleg het meest vruchtbaar. Deze wil dat waar andere (directe) bronnen ontbreken en het bestaan van een onderhandse of stilzwijgende overeenkomst niet kan worden aangetoond, de bedoelingen van de echtgenoten uit hun overeenstemmende feitelijke *gedrag* zullen kunnen (en moeten) worden afgeleid.[126] Ik verwijs hier naar de opvatting van W. Snijders in dezen, door mij aangehaald in paragraaf 7.4.4.

Feitelijk overeenstemmend gedrag – i.e. de wijze waarop de echtgenoten daadwerkelijk hebben geleefd tijdens hun huwelijk –, acht ik doorslaggevend omdat ik geen andere bron zie waaruit de bedoelingen die door de echtgenoten niet als zodanig zijn geformuleerd, achterhaald kunnen worden op een zo objectief mogelijke wijze. Ook weegt voor mij zwaar mee dat het in dezen handelt om een huwelijk, derhalve een situatie waarbinnen het gedrag langdurig is vertoond.

Overigens onderscheid ik hierbij het feitelijk overeenstemmend gedrag *in abstracto* en feitelijk overeenstemmend gedrag *in concreto*, waarbij het eerste criterium betrekking heeft op het 'grote plaatje' van het feitelijk overeenstemmende gedrag dat de echtgenoten ten toon hebben gespreid en de tweede op specifieke aspecten daarvan. De relevantie van dit onderscheid blijkt hierna.

Naar mijn oordeel komt in overeenstemmend feitelijk gedrag het hiervoor door mij besproken relevante aspect rechtvaardigheid het meest zuiver tot uitdrukking. De echtgenoten zullen immers aan het desbetreffende gedrag het in de Haviltexformule bedoelde vertrouwen, alsmede hun verwachtingen over en weer hebben ontleend en zij zullen – daaruit voortvloeiend – hun eigen gedrag ook daarop hebben afgestemd.

---

124 Een voorbeeld hiervan betreft HR 15 oktober 2010, *LJN* BN6373, in het bijzonder de overwegingen 5 van de Hoge Raad en 10-13 van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense.

125 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93.

126 Vgl. ook Schoordijk die betoogt dat *aandacht voor langdurig gedrag een dominantere plaats bij de vermogensrechtelijke afwikkeling van een huwelijk dient in te nemen.*; Schoordijk, 2007, p. 40.

Tevens speelt hier mee dat (aanstaande) echtgenoten hun verwachtingen in beginsel mogen richten op de zorgplicht die de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot aan de dag dient te leggen, welke zorgplicht door mij in de paragrafen 3.4 en 7.2 als fraternalistisch van karakter is gedefinieerd. Ter illustratie van deze opvatting moge de volgende overweging van de Hoge Raad dienen:

> In de hiervoor (…) geschetste gedachtegang van het Hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin A. in strijd met het vertrouwen dat B. in hem als haar echtgenoot (in een goede huwelijksrelatie) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten.[127]

Tevens wordt met deze maatstaf voldaan aan de eis van rechtszekerheid omdat echtgenoten die zich bestendig op een bepaalde wijze gedragen er eveneens vanuit dit perspectief van uit moeten (kunnen) gaan dat zij daarop ook een beroep mogen doen, dan wel daarop zullen worden afgerekend indien het huwelijk in een echtscheiding eindigt.

Slechts indien het feitelijk gedrag van de echtgenoten niet voldoende aanknopingspunten zou aandragen, kan de door Van Duijvendijk-Brand voorgestane oplossing soulaas bieden. De vraag die dan moet worden gesteld is wat de geobjectiveerde *maatman-echtgenoten* redelijkerwijs zouden hebben bedoeld in de omstandigheden waarin de werkelijke echtgenoten verkeerden ten tijde van het opstellen van de huwelijkse voorwaarden en daarna, tijdens het huwelijk en voorts wat deze zouden hebben gewild dat rechtens is ten tijde van een echtscheiding.

Uitleg van huwelijkse voorwaarden zoals door mij opgevat zou – naar Duits voorbeeld zoals uiteengezet in hoofdstuk 6 – concreet kunnen worden ingevuld met een tweeledige toetsing, teneinde rechtszekerheid en rechtvaardigheid daarin beide zoveel mogelijk tot uitdrukking te laten komen.

De eerste toetsing[128] is dan een beoordeling *ex tunc* en behelst de vraag of de desbetreffende huwelijkse voorwaarden destijds mochten worden aangegaan zoals deze zijn aangegaan.

De kernvraag die de rechter daartoe dient te beantwoorden is of de door de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken passen bij de huwelijksverhouding (*Ehetyp*) die hun destijds voor ogen stond[129] of waarvan de rechter mag aannemen dat deze hun toentertijd voor ogen zal hebben gestaan.

---

127 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*). In dit arrest stond uiteraard ook de betekenis van de daarin aan de orde zijnde huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding centraal.

128 In Duitsland gaat het dan om de zogenaamde *Wirksamkeitskontrolle* van § 138 BGB.

129 Ook Schoordijk wijst erop dat de door (aanstaande) echtgenoten voorgestane huwelijksverhouding in veel gevallen anders uitpakt in de praktijk van het huwelijk; Schoordijk, 2002, p. 206.

De rechter kan tot een dergelijke aanname komen door uit de aangedragen feiten een (stilzwijgend) gesloten echtelijke overeenkomst te reconstrueren, dan wel door daaruit het feitelijk gedrag te destilleren dat de echtgenoten zich kennelijk hadden voorgenomen tijdens hun huwelijk in praktijk te brengen (i.e. het feitelijk gedrag *in abstracto*).

Indien de feiten hiervoor te weinig concreet zouden zijn, zou hij in voorkomende gevallen ook de geobjectiveerde Haviltexmaatstaf van Van Duijvendijk-Brand kunnen toepassen.

Het wettelijke aanknopingspunt voor deze eerste toetsing kan worden gevonden in artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[130] Ingeval de rechter door uitleg vaststelt dat sprake is van een discrepantie tussen het *Ehetyp* en de inhoud van de huwelijkse voorwaarden, zal hij de huwelijkse voorwaarden derhalve geheel of gedeeltelijk nietig[131] moeten verklaren waar het de interne betekenis daarvan betreft, wegens strijd met de goede zeden.[132] [133]

Waar zoals hiervoor reeds vermeld, in de literatuur wel wordt beweerd dat artikel 121 een overbodige herhaling betreft van het gestelde in artikel 40 Boek 3 Burgerlijk Wetboek dat ook toepassing vindt op het huwelijksvermogensrecht, kan ook worden betoogd dat de wetgever dit voorschrift heeft willen opnemen in Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wegens het bijzondere karakter van de huwelijksverbintenis naar Nederlands recht en daaruit voortvloeiend, het bijzondere karakter van huwelijkse voorwaarden. De wetsgeschiedenis verzet zich er geenszins tegen om artikel 121 aan te wenden op de door mij voorgestane wijze.[134]

---

130 In het oude recht zou aansluiting gevonden kunnen worden bij het vereiste van een geoorloofde oorzaak van artikel 1371 BW (oud).

131 Huwelijkse voorwaarden kunnen onder omstandigheden ook waar het de externe betekenis daarvan betreft, derhalve in goederenrechtelijke zin, nietig zijn op grond van artikel 40 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek. Daarnaast is mogelijk dat huwelijkse voorwaarden vernietigbaar zijn indien sprake is van de gronden die artikel 44 Boek 3 Burgerlijk Wetboek noemt. Ook dwaling als bedoeld in artikel 228 Boek 6 Burgerlijk Wetboek kan tot vernietigbaarheid van huwelijkse voorwaarden leiden; een voorbeeld hiervan is het arrest HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*) waaruit ik hiervoor heb geciteerd.

132 Deze discrepantie kan doorgaans aan de notaris worden toegerekend maar het is ook denkbaar dat deze is ontstaan door toedoen van een van de echtgenoten omdat deze de inhoud van de huwelijkse voorwaarden heeft weten te dicteren (vgl. de *einseitige Dominanz* naar Duits recht); in Haviltextermen van uitleg betreft het dan een factor die gerekend dient te worden tot de categorie van de omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen.

133 Onder omstandigheden zou ook een beroep op dwaling kunnen slagen; vgl. HR 9 september 2006, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*), hiervoor genoemd en de eveneens hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Breda; Rb. Breda 9 februari 2011, *LJN* BP3867.

134 In de parlementaire geschiedenis wordt voor zover ik heb kunnen vaststellen met name aandacht geschonken aan het bepaalde in het derde lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en wordt – kort samengevat – het voor vanzelfsprekend gehouden dat huwelijkse voorwaarden niet strijdig mogen zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden en de openbare orde.

Ingeval van nietigheid 'herleeft' automatisch het wettelijk stelsel, zij het dat dit gemene recht nog dient te worden vertaald in obligatoire termen.[135] Dit zal, ingeval huwelijkse voorwaarden een 'koude uitsluiting' bevatten, betekenen dat partijen met elkaar dienen af te rekenen alsof er tussen hen de wettelijke gemeenschap van goederen zou hebben bestaan. Uitleg laat de externe – i.e. goederenrechtelijke – betekenis van huwelijkse voorwaarden immers onverlet.[136]

De rechtvaardiging voor deze – vanuit de huidige jurisprudentie en heersende leer bezien – vergaande correctie door de rechter,[137] kan worden gevonden in de plicht van de overheid om het huwelijk te beschermen, ook al ontbreekt in Nederland een grondwettelijke bepaling die, zoals in Duitsland, daartoe *expressis verbis* oproept.

Doorslaggevend dient hier naar mijn oordeel te zijn dat het huwelijk van oudsher een wettelijk gereguleerd instituut vormt dat een zeer bijzondere status heeft.

Ik zou menen dat het dan vanzelfsprekend niet zo mag zijn dat alleen de contractvrijheid bepalend is en de tegenpool solidariteit geheel terzijde mag worden gesteld. Dit laatste is in mijn zienswijze alleen toegestaan indien de echtgenoten daartoe welbewust overgaan en hun huwelijksverhouding voorts past bij de afspraken die door hen worden gemaakt in hun huwelijkse voorwaarden en zij tot slot ook daadwerkelijk leven naar deze huwelijksverhouding.

Een ondersteunend argument voor mijn opvatting in dezen ontleen ik aan Nieuwenhuis die, waar het betreft de uitleg van overeenkomsten in het algemeen, stelt dat de goede zeden van nu – i.e. het moment waarop de overeenkomst wordt uitgelegd door de rechter – andere goede zeden zijn dan de goede zeden die in zwang waren toen de overeenkomst werd aangegaan:

> Er is alle reden om niet alleen bij het bepalen van de betekenis van de (geschreven) wet, maar ook bij de vaststelling van de inhoud van het ongeschreven recht ('hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt', goede zeden) te spreken van uitleg, en ook deze uitleg is noodzakelijkerwijs evolutief.[138]

---

135 Dit zou naar mijn mening ook gezien kunnen worden als conversie, voor welke rechtsfiguur Abas een lans breekt met het argument dat conversie een mooi middel is *om nietigheden te reduceren en de rechtshandeling haar werking te laten behouden voor zover dat mogelijk is*.; Abas, 2003, p. 338.

136 Anders dan Van Duijvendijk-Brand meen ik derhalve dat een dergelijke, naar haar mening te ver gaande, consequentie van uitleg mogelijk is en ik acht deze zelfs eerder voor de hand liggend dan te ver gaand.

137 Ook in Duitsland werd de door het *Bundesgerichtshof* in 2004 ingeslagen weg als een *Blitzschlag* ervaren door veel schrijvers en practici, hoewel anderen wijzen op het veranderende klimaat in de jurisprudentie dat aan de desbetreffende beslissing voorafging; vgl. hoofdstuk 6. De Duitse notariële praktijk heeft vervolgens de consequenties van de door het BGB ingeslagen koers onderkend en de praktijkvoering daarop aangepast.

138 Nieuwenhuis, 2007, p. 388.

Betoogd kan derhalve worden dat het hier om een gerelativeerde toetsing *ex tunc* gaat waarbij de goede zeden in een geactualiseerde gedaante, derhalve zoals deze ten tijde van de uitleg van de overeenkomst worden verstaan, maatgevend zijn, hetgeen de toetsing tevens een objectief karakter verleent.

De desbetreffende interpretatie van het begrip goede zeden is mijns inziens zeker van toepassing op de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden die toch bij uitstek als een duurcontract moet worden beschouwd dat daardoor aan de tand des tijds onderhevig is.[139] Huwelijkse voorwaarden vormen veelal de (uitsluitend) vermogensrechtelijke expressie van een zeer bijzondere band, te weten de huwelijksband waaruit direct voortvloeit dat waar het huwelijkse voorwaarden betreft het rechtsbeginsel solidariteit een zwaar tegenwicht dient te vormen van het rechtsbeginsel contractvrijheid als het gaat om de interne verhouding van de huwelijkspartners. Hieruit vloeit voor huwelijkse voorwaarden die een 'koude uitsluiting' impliceren concreet voort dat de goede zeden ten tijde van de uitleg van de huwelijkse voorwaarden geladen zijn met de huidige maatschappelijke opvatting dat het niet aangaat dat een echtgenoot ingeval van echtscheiding met lege handen achterblijft.[140] [141] Voor de goede orde merk ik op dat echtgenoten in een scheidingsmediation vanzelfsprekend zelf kunnen vaststellen wat de interne betekenis is van hun huwelijkse voorwaarden; hierbij vormen de rechtsbeginselen solidariteit en contractvrijheid echter ook het richtsnoer.

Ik versta ook Schoordijk in deze zin waar hij stelt dat rechtlijnige interpretaties van huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren als onzedelijk dienen te worden gekwalificeerd en in strijd met de Europese mensenrechten en ik val hem hierin derhalve bij. [142]

---

139 Op dit karakter van huwelijkse voorwaarden wijzen ook Van Mourik (2008, p. 40) en Hidma en Van Duijvendijk-Brand (1994, p. 15 en 132) welke laatstgenoemden overigens beiden ook Van der Burght citeren.

140 Dat deze opvatting breed wordt gedeeld blijkt uit het recent verschenen onderzoeksrapport *Koude uitsluiting. Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*; M.V. Antokolskaia e.a. (red.), 2011. Dit onderzoek werd verricht in opdracht van het WODC naar aanleiding van een motie in de Tweede Kamer waarin de minister werd verzocht om een wettelijke regeling te treffen teneinde onbillijke gevolgen tegen te gaan voor gehuwden die in hun huwelijkse voorwaarden 'koude uitsluiting' zijn overeengekomen, alsmede voor samenwoners na het verbreken van een langdurige relatie. Het valt op dat de opstellers van het rapport voor de gevallen van 'koude uitsluiting' de introductie van een billijkheidscorrectie voorstaan, doch geen rechtsvergelijkend onderzoek hebben gedaan in Duitsland, terwijl m.i. daartoe toch alle aanleiding bestond, gezien de door mij in hoofdstuk 6 beschreven ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie.

141 Ik realiseer mij dat mijn visie vereist dat de Hoge Raad 'omgaat' en wijs er vervolgens op dat de Hoge Raad waar het huwelijkse voorwaarden betreft nog tamelijk recent eerder is omgegaan ter zake van de uitleg van huwelijkse voorwaarden die een Amsterdams verrekenbeding bevatten dat niet is uitgevoerd, welke jurisprudentie ik in paragraaf 7.4.3.2 heb besproken.

142 Schoordijk, 2002, p. 201.

Een voor de hand liggend voorbeeld van het effect van de door mij bedoelde eerste toetsing is de casus waarin de man en de vrouw ten tijde van de huwelijkssluiting beiden ver in de veertig, hoogopgeleid en kinderloos zijn en beschikken over ruime verdiencapaciteiten die zij ook te gelde maken.

In deze casus kan goed worden verdedigd dat huwelijkse voorwaarden die ingeval van echtscheiding een zogenaamde 'koude uitsluiting' inhouden passend zijn – de echtgenoten hebben in dit geval *bewust* niets willen regelen voor het geval van echtscheiding – en bestaat er voor de toetsende echtscheidingsrechter derhalve geen aanleiding om tot (gedeeltelijke) vernietiging van de huwelijkse voorwaarden over te gaan, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten.

In mijn voorbeeld zal het de rechter ook niet moeilijk vallen om de feiten en omstandigheden die ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden aan de orde waren op een rijtje te zetten, indien bijvoorbeeld in de huwelijkse voorwaarden een considerans zou ontbreken waaruit de bedoelingen van de echtgenoten rechtstreeks kunnen worden opgemaakt.

Het betreft hier derhalve een geval waarin huwelijkse voorwaarden van het tweede type figureren: de echtgenoten hebben bij het aangaan van deze overeenkomst bewust niets willen regelen voor het geval van echtscheiding, gezien het *Ehetyp* dat hun destijds voor ogen heeft gestaan en waarnaar zij ook daadwerkelijk konden gaan leven.[143]

Ingeval echter in een concrete casus vast komt te staan dat de echtgenoten geen regelingen voor echtscheiding hebben opgenomen in hun huwelijkse voorwaarden zonder dat zij zich daarvan bewust waren – dit gaat dan om huwelijkse voorwaarden van het eerste type –, zal de rechter in de door mij bedoelde eerste toetsing over kunnen gaan tot het nietig verklaren van de huwelijkse voorwaarden in de hiervoor bedoelde obligatoire zin, derhalve waar het de interne betekenis daarvan betreft.

De onderhavige huwelijkse voorwaarden zullen immers zijn ingegeven door het willen vermijden van faillissementsrisico's en dit motief zal daaraan ook als enige ten grondslag zijn gelegd.

Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat deze huwelijkse voorwaarden niet bij de door de echtgenoten destijds gewenste (en door hen ook feitelijk geleefde) huwelijksverhouding passen.

Daarna kan door de rechter worden vastgesteld dat het wettelijke huwelijksvermogensrecht van kracht is.

Indien de eerste toetsing niet tot gedeeltelijke of gehele – obligatoire – nietigheid heeft geleid, wordt door de rechter in het kader van diens uitleg[144] van

143 Een en ander neemt niet weg dat het natuurlijk sterk de voorkeur zou verdienen om deze bewuste keuze met zoveel woorden vast te leggen in de huwelijkse voorwaarden.

144 Ik herhaal hier volledigheidshalve dat ik onder uitleg in ruime zin ook de toepassing van redelijkheid en billijkheid breng; daarbinnen worden de uitleg in enge zin (i.e. de door mij voorgestane eerste toetsing) en de correctie op grond van redelijkheid en billijkheid (i.e. de door mij bepleite tweede toetsing) door mij onderscheiden.

huwelijkse voorwaarden vervolgens een tweede controle uitgevoerd waarin niet de goede zeden maar de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid centraal staan.

Bij deze toetsing staat naast de externe betekenis (die bij de eerste toetsing ook een gegeven is), tevens de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden vast omdat de laatste bij de eerste toetsing is geduid. Hierdoor resteert voor de rechter nog de marginale beoordeling *ex nunc* – ten tijde van de echtscheiding – of door een echtgenoot een beroep mag worden gedaan op de bij de eerste toetsing vastgestelde inhoud van de huwelijkse voorwaarden dan wel dat een dergelijk beroep onaanvaardbaar moet worden geacht uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid. Deze onaanvaardbaarheid kan zien op de gehele huwelijkse voorwaarden maar ook op een of meer specifieke bepalingen daaruit.[145]

Bij diens beoordeling is voor de rechter de aan te leggen toetsingsmaatstaf in de eerste plaats het feitelijk overeenstemmend gedrag *in concreto* van de echtgenoten tijdens hun huwelijk.

Het wettelijke aanknopingspunt voor deze toetsing betreft uiteraard artikel 248 lid 2 Boek 6 Burgerlijk Wetboek en dit artikel wordt – zoals hiervoor besproken –, in de jurisprudentie ook toegepast, zij het dat dit niet op een systematische wijze gebeurt, waarbij ik aan 'systematisch' een tweeledige betekenis toeken.

In de eerste plaats acht ik het van belang dat de bedoelde toetsing *altijd* (i.e. ambtshalve) plaatsvindt en voorts dat deze binnen een afgebakend interpretatiekader wordt ondergebracht. Dit betekent wel dat het element 'onaanvaardbaar' in mijn benadering een andere lading krijgt in vergelijking met de huidige jurisprudentie en daarmee eerder aan de orde is.

Een goed voorbeeld van een arrest waarin redelijkheid en billijkheid door de rechter als maatstaf worden aangelegd, betreft de beslissing van de Hoge Raad inzake het vervalbeding dat veelal deel uitmaakte van verrekenstelsels die in huwelijkse voorwaarden werden opgenomen.

Een dergelijk vervalbeding kan volgens de Hoge Raad weliswaar geldig worden overeengekomen maar er mag in beginsel geen beroep op worden gedaan omdat dat onaanvaardbaar zou zijn uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid.[146]

Dit voorbeeld maakt tegelijkertijd duidelijk dat de desbetreffende tweede toetsing veelal alleen zinvol lijkt te zijn ingeval de echtgenoten concrete afspraken hebben opgenomen in hun huwelijkse voorwaarden die zien op

---

145 De Duitse parallel wordt aangetroffen in de zogenaamde *Ausübungskontrolle* van § 138 BGB.

146 HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 m.nt. WMK *Rensing/Polak I*). De Hoge Raad overwoog in dit verband dat *partijen zich veelal niet bewust zullen zijn van de consequenties van een beding als het onderhavige en ook als gevolg daarvan jaarlijkse verrekening achterwege zullen laten*. De hiervoor besproken uitspraak inzake contrair gedrag is eveneens een recent voorbeeld van de correctie door de rechter op grond van de toepassing van redelijkheid en billijkheid; HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (*Contrair gedrag*).

echtscheiding en die gerekend moeten worden tot het domein van de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden. Het gaat dan dus om huwelijkse voorwaarden van het hiervoor omschreven type 2.

Niettemin laat zich wel het geval denken waarin bij de eerste toetsing door de rechter is vastgesteld dat de huwelijkse voorwaarden van het type 1 waar het hun interne betekenis betreft nietig zijn en deze vervolgens zijn aangevuld met het gemene recht in de obligatoire vertaling daarvan. Ten tijde van de tweede toetsing wordt echter door de rechter geconcludeerd dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk afwijkend feitelijk gedrag hebben vertoond ten opzichte van het gemene recht.

Deze laatstbedoelde vaststelling zal er dan toe moeten leiden dat een correctie wordt aangebracht op de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden die bij de eerste toetsing was vastgesteld. Het feit dat de eerste toetsing een controle *ex tunc* is en de tweede een beoordeling *ex nunc* leidt tot deze logische gevolgtrekking, evenals het systematische karakter van mijn benadering van uitleg van huwelijkse voorwaarden.

Met betrekking tot de tweede toetsing zou mitsdien gesteld kunnen worden dat de rechter – vertaald in termen van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit – daarin afweegt of huwelijkse voorwaarden die rechtsgeldig tot stand zijn gekomen op grond het rechtsbeginsel van contractvrijheid, in het specifieke geval, wegens ontwikkelingen die zich tijdens het huwelijk hebben voorgedaan, correctie behoeven uit hoofde van het rechtsbeginsel der solidariteit (i.e. een verschijningsvorm van de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid).

In grote lijnen vormt het rechtsbeginsel rechtvaardigheid een equivalent van solidariteit en kunnen ook heel goed de op dit terrein door Gommer aangereikte criteria worden gebruikt door de rechter. Ik heb deze in paragraaf 7.5 besproken.

Indien deze tweede toetsing wordt toegepast op mijn voorbeeld van zojuist, betekent dit dat indien de vrouw toch zwanger wordt en het echtpaar na de geboorte van het kind er bewust of onbewust voor kiest dat zij haar carrière geheel of gedeeltelijk opgeeft waardoor haar verdiencapaciteit sterk terugloopt (ergo: overeenstemmend feitelijk gedrag), het onaanvaardbaar is dat de man ten tijde van de echtscheiding een beroep doet op de in de huwelijkse voorwaarden vervatte 'koude uitsluiting' waar het betreft de interne betekenis daarvan.

Het gevolg hiervan is dat de rechter een correctie toe zal passen op grond van redelijkheid en billijkheid die naar gelang van de specifieke omstandigheden van het geval tot een forse bijstelling van de huwelijkse voorwaarden zal leiden dan wel tot een bijstelling daarvan op onderdelen.

In het kader van deze toetsing zou ook het leerstuk van onvoorziene omstandigheden een rol kunnen spelen al ken ik daaraan niet een grote toegevoegde waarde toe nu dit een species van het genus redelijkheid en billijkheid

betreft en de wetgever artikel 258 slechts op technische gronden heeft opgenomen in Boek 6 Burgerlijk Wetboek.[147]

Schoordijk acht artikel 258 Boek 6 Burgerlijk Wetboek niet echt geschreven voor huwelijkse voorwaarden.[148] Van Duijvendijk-Brand gaat dieper in op toepassing van het leerstuk in relatie tot het corrigeren van huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren maar komt uiteindelijk niet tot een heldere stellingname.[149] Van Mourik verdedigt zonder veel onderbouwing de toepassing van het leerstuk op gevallen van 'koude uitsluiting'.[150]

Eerder bepleitte Van Dunné – in navolging van Abas – om niet van onvoorziene maar van veranderde of gewijzigde omstandigheden te spreken omdat het er bij deze rechtsfiguur niet om gaat of een ontwikkeling al dan niet is voorzien maar of deze door partijen in hun overeenkomst is verdisconteerd.[151]

Ik acht het desbetreffende leerstuk ook op een andere dan de hiervoor genoemde grond niet van groot belang binnen de benadering die ik voorsta: het komt er daarbij immers niet alleen op aan of de echtgenoten mogelijke wijzigingen van omstandigheden in hun huwelijkse voorwaarden hebben verdisconteerd maar vooral of zij zich ook daarnaar hebben gedragen in feitelijk opzicht.[152]

Zoals ik in paragraaf 7.4 heb aangetoond is de belangrijkste tekortkoming van de wijze waarop uitleg van huwelijkse voorwaarden thans plaatsvindt dat deze in het algemeen gesteld noch beantwoordt aan beginselen van rechtszekerheid, noch aan beginselen van rechtvaardigheid, waarmee tevens is gezegd dat contractvrijheid en solidariteit hierin niet tot hun recht komen.

Van een alternatieve benadering mag derhalve in elk geval worden verlangd dat deze gebreken worden geheeld. Voor een groot gedeelte wordt reeds voorzien in het evenwicht tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid dat door justitiabelen mag worden verlangd door de systematische werkwijze ingeval van uitleg die ik voorsta en hiervoor heb uitgewerkt.

Deze leidt ertoe dat sprake is van een voor de echtgenoten voorspelbare en inzichtelijke beoordeling door de rechter omdat – indien de bedoelingen van de echtgenoten niet op directe wijze kunnen worden vastgesteld –, deze uit hun feitelijk overeenstemmende gedrag tijdens het huwelijk zullen worden afgeleid.

---

147 Vgl. Van Duijvendijk-Brand, 1994, p. 140.
148 Schoordijk, 2002, p. 206 en 207.
149 Van Duijvendijk-Brand, 1994, p. 132-141.
150 Van Mourik, 2008, p. 40.
151 Van Dunné, 1987, p. 610. Vgl. voor het perspectief van gewijzigde omstandigheden ingeval van een alimentatieovereenkomst: Asser-De Boer, 2010, p. 539.
152 De Hoge Raad gebruikt het leerstuk van onvoorziene omstandigheden als aanvullend argument voor diens oordeel in het hiervoor door mij besproken *Melkquotum*-arrest; HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88.

Niettemin speelt de tekst van de huwelijkse voorwaarden ook waar het de interne betekenis daarvan betreft een rol, waarmee de rechtszekerheid wordt gediend. Indien echtgenoten tijdens hun huwelijk het *Ehetyp* hebben geleefd dat hun ten tijde van het opmaken van de huwelijkse voorwaarden voor ogen stond en de in de huwelijkse voorwaarden opgenomen regeling daarbij past, moeten zij er immers zeker van kunnen zijn dat bij de eerste toetsing door de rechter hun contractvrijheid in zal worden gerespecteerd, ook indien zij 'koude uitsluiting' waren overeengekomen.

Indien de inhoud van hun huwelijkse voorwaarden echter niet aansluit bij de huwelijksverhouding die zij ten tijde van het aangaan van de desbetreffende overeenkomst beoogden, moet de echtgenoot die daardoor wordt benadeeld, er bij de eerste toetsing door de rechter evenzeer op kunnen rekenen dat – in relatieve zin – gehele of gedeeltelijke vernietiging van de huwelijkse voorwaarden plaatsvindt omdat het rechtsbeginsel der rechtvaardigheid dit verlangt.

Ook een eventuele bijstelling door de rechter op grond van de toepassing van redelijkheid en billijkheid bij de tweede toetsing, dient voorspelbaar en inzichtelijk te zijn voor de echtgenoten en behoort daarom nader systematisch te worden ingekaderd, teneinde te kunnen voldoen aan hetgeen rechtszekerheid en rechtvaardigheid vergen.

De in hoofdstuk 6 beschreven ontwikkelingen in Duitsland werpen tegen deze achtergrond de vraag op of denkbaar zou zijn dat naar analogie van het Duitse recht ter zake van de door mij bepleite tweede toetsing een beoordelingsinstrument zou kunnen worden ontwikkeld dat de rechter – en uiteraard ook partijen – een inzichtelijk interpretatiekader biedt.

Ik meen dat deze vraag in beginsel bevestigend kan worden beantwoord en werk dit Nederlandse equivalent hierna kort uit, voorafgaand waaraan ik de Duitse zienswijze in herinnering breng.

Zoals door mij in hoofdstuk 6 uitvoerig besproken, dient de Duitse rechter in het kader van de tweede toetsing – de *Ausübungskontrolle* – een *Gesamtschau* uit te voeren en in dat kader afwegingen te maken:

> Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Als behorende tot dit 'kerngebied' van het echtscheidingsrecht onderscheidt het *Bundesgerichtshof* achtereenvolgens – in een rangorde – de wettelijke regelingen met betrekking tot:

6. *Betreuungsunterhalt* (§ 1570 BGB);
7. *Unterhalt* op grond van ouderdom en ziekte (§ 1571 en 1572 BGB), alsmede de *Versorgungsausgleich*;
8. *Unterhalt* op grond van bij de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot niet in voldoende mate bestaande verdiencapaciteit (§ 1573 BGB);

9. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt ziektekosten- en pensioenvoorzieningen te treffen (§ 1578 BGB);
10. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt om een opleiding te volgen en zijn verdiencapaciteit te vergroten (§§ 1573 en 1575 BGB).

Uitdrukkelijk bepaalt het BGH voorts dat de *Zugewinnausgleich* zich buiten het bedoelde kerngebied van de regelgeving op het terrein van de echtscheidingsgevolgen bevindt.[153]

Indien de door het BGH geformuleerde rangorde wordt overgezet naar de Nederlandse context, zou de navolgende *ladder van het Nederlandse echtscheidingsrecht* kunnen worden geconstrueerd:

1. Kinderalimentatie;
2. Partneralimentatie;
3. Wettelijke gemeenschap van goederen;
4. (Finaal) verrekenbeding;
5. Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

Ik kom tot deze 'ladder' omdat de Nederlandse regelgeving sterk verschilt van de Duitse.

In de eerste plaats zijn de verschillende categorieën *Unterhalt* in Nederland onbekend. Maar zwaarder weegt dat een afspraak die inhoudt dat een van de echtgenoten niet zal zijn gehouden tot het betalen van kinderalimentatie, nietig is.[154] Evenals in Duitsland het geval is neemt deze categorie – derhalve deels op een andere grond – de eerste trede op de ladder in.

Hier zij voor de goede orde opgemerkt dat thans nog zeer zelden een ouderschapsplan (met een financiële paragraaf) onderdeel uitmaakt van huwelijkse voorwaarden maar ik verwacht dat dit gaat veranderen.[155]

Voorts is de heersende leer ten aanzien van de voorhuwelijkse uitsluiting van de verplichting om na echtscheiding partneralimentatie te betalen dat een dergelijke afspraak eveneens nietig is. Ik heb in hoofdstuk 5 daarentegen uitvoerig betoogd dat deze visie de wetsgeschiedenis miskent en het derhalve wel mogelijk is om rechtsgeldig overeen te komen omtrent partneralimentatie bij huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk worden afgesloten.

---

153 BGH 11 februari 2004, *NJW* 2004, 930.

154 Artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Wel is naar Nederlands recht mogelijk dat scheidende echtgenoten in hun echtscheidingsconvenant de bijdrage van één van hen in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen op nul stellen, meestal gecompenseerd door een hogere partneralimentatie. Een dergelijke afspraak wordt veelal op fiscale gronden gemaakt.

155 Vgl. het hieromtrent gestelde in paragraaf 8.17.

Dit neemt niet weg dat erkend moet worden dat een dergelijke afspraak in beginsel diep kan ingrijpen in de kernbepalingen van het Nederlandse echtscheidingsrecht.[156]

Tot slot is het Nederlands wettelijk stelsel met betrekking tot het huwelijksvermogensrecht goederenrechtelijk van aard en tevens meeromvattend dan de Duitse *Zugewinnausgleich*. Dit rechtvaardigt mijns inziens dat de wettelijke gemeenschap van goederen de derde plaats in de door mij voorgestelde rangorde in dient te nemen, gevolgd door het economisch equivalent daarvan, te weten de finale verrekenverplichting die het gehele aanwezige vermogen, dan wel een gedeelte daarvan in een eindverrekening van de vermogens van de echtgenoten betrekt.

Het argument dat hiervoor kan worden aangedragen is dat sedert 2001 een wettelijke regeling voor verrekenbedingen bestaat waarvan zou kunnen worden gezegd dat die op veel punten convergeert met de wettelijke gemeenschap van goederen en dat deze *de facto* een obligatoir alternatief vormt voor het goederenrechtelijk hoofdstelsel. De consequentie hiervan moet zijn dat het niet-opnemen in huwelijkse voorwaarden van dit alternatief voor de wettelijke gemeenschap gelijk wordt gesteld aan het uitsluiten van de wettelijke gemeenschap.

Ik merk in dit verband nog op dat thans in de notariële praktijk niet de gewoonte bestaat om vermogensverrekening met zoveel woorden uit te sluiten, nu de directe noodzaak daartoe ontbreekt gezien het feit dat verrekenverplichtingen niet automatisch van kracht worden, in tegenstelling tot de bepalingen van de wettelijke gemeenschap van goederen.

Uit de door mij eerder behandelde jurisprudentie omtrent niet-uitgevoerde periodieke inkomensverrekenbedingen kan echter worden afgeleid dat het bestaan van verrekenverplichtingen daarin in bepaalde gevallen toch wordt aangenomen en ik acht het daarom voorstelbaar dat in de nabije toekomst in huwelijkse voorwaarden vaker bepalingen zullen worden opgenomen die tot doel hebben om het bestaan, alsmede ontstaan van verrekenverplichtingen uit te sluiten.

Tot slot zou ik ouderdoms- en partnerpensioenrechten op de vijfde sport van mijn 'ladder' willen positioneren. In dezen volstaat een lichtere beoordeling aangezien de wettelijke regeling van relatief recente datum is en deze er uitdrukkelijk in voorziet dat verevening van pensioenrechten kan worden uitgesloten.[157]

---

156 Ik beweer hiermee niet dat er zoiets als een afgerond en doordacht Nederlands echtscheidingsrecht zou bestaan maar doel op het *patchwork* van verschillende vermogensrechtelijke regelingen die betrekking hebben op echtscheiding en waarvan met enige goede wil kan worden gezegd dat deze een zekere samenhang vertonen.

157 Dat ook verrekening en verdeling van pensioenrechten door de (aanstaande) echtgenoten kunnen worden uitgesloten wordt in de literatuur algemeen aangenomen.

7.6.3 Rechtbank Leeuwarden versus Hof Leeuwarden

Ik pas tot slot mijn opvatting over de uitleg van huwelijkse voorwaarden toe op een casus waarin door de rechtbank Leeuwarden op 14 januari 2009 in eerste aanleg uitspraak is gedaan[158] en waarin het hof Leeuwarden vervolgens in appèl een beslissing heeft gegeven op 14 september 2010.[159]

Omdat rechtbank en hof op basis van hetzelfde feitencomplex tot twee volstrekt verschillende uitspraken komen, acht ik deze zaak bij uitstek geschikt om de meerwaarde van mijn benadering aan te tonen.

Partijen in de onderhavige casus hebben in 1976 voorafgaand aan hun huwelijk huwelijkse voorwaarden gesloten waarin elke gemeenschap van goederen wordt uitgesloten, 'ook de gemeenschap van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten.' De vrouw brengt ten huwelijk een huis aan en de man enkele percelen grond.

In hetzelfde jaar zijn de echtgenoten een camping gestart die ooit was opgezet door de ouders van de man. Later verwierf de man ook de grond waarop de camping was gelegen in eigendom. In 1993 werd de camping die tot dat moment in de vorm van een eenmanszaak op naam van de man werd gedreven, ingebracht in een besloten vennootschap waarvan alle aandelen in handen waren van een holding, van welke holding de man enig aandeelhouder en directeur was.

De desbetreffende holding houdt – via een beheersmaatschappij – tevens alle aandelen in een andere besloten vennootschap, welke laatstgenoemde vennootschap samen met de vrouw participeert in een VOF. In de jaren negentig heeft de man Fl. 2.000.000,= verdiend met de aankoop, gevolgd door de verkoop enkele jaren later, van alle aandelen in een andere BV.

In een tussenvonnis worden door de rechtbank de volgende omstandigheden vastgesteld:

1. Partijen hadden met het maken van de huwelijkse voorwaarden uitsluitend het doel de woning van de vrouw te vrijwaren voor uitwinning door mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers van de camping en hadden geenszins de bedoeling de man ten opzichte van de vrouw te bevoordelen;
2. Partijen hebben de camping vanaf 1976 gezamenlijk gedreven en de vrouw had daarnaast nog de zorg voor de kinderen;
3. De arbeid die de vrouw ten tijde van het huwelijk heeft verricht, hoewel op geld waardeerbaar, is onbeloond gebleven;

158 Rb. Leeuwarden 14 januari 2009, *RFR* 2009, 50.
159 Hof Leeuwarden 14 september 2010, *RFR* 2010, 141.

4. Doordat hem de zorg voor de kinderen uit handen werd genomen alsmede door de arbeidsinspanningen van de vrouw, werd de man in staat gesteld om van de eenmanszaak het concern te maken dat het ten tijde van de huwelijksontbinding was;
5. De vrouw was zich niet bewust van het feit dat zij bij een ontbinding van het huwelijk in beginsel niet zou meedelen in het door de man in zijn vennootschappen opgebouwde vermogen; ter comparitie heeft zij onder meer verklaard dat zij in de veronderstelling verkeerde dat alles wat de man en zij hadden van hen samen was;
6. De wijze waarop partijen tijdens hun huwelijk hebben geleefd, zoals het feit dat de vrouw mede de bestemming van de gelden van de man bepaalde en dat de vrouw al het geld dat zij nodig had uit de kas van de camping kon halen.

De vrouw voert tijdens de rechtbankprocedure daarnaast nog aan dat het geenszins de bedoeling is geweest van de huwelijkse voorwaarden om de man te bevoordelen en hem alleen te laten profiteren van een vermogensvermeerdering die mede door haar inspanningen tot stand is gekomen.

Deze vastgestelde feiten in het bijzonder, voeren de rechtbank tot de conclusie dat – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – een beroep op de huwelijkse voorwaarden door de man onaanvaardbaar zou zijn en er aan de zijde van de vrouw derhalve een 'redelijk' vergoedingsrecht bestaat ten laste van de man en dat bij de bepaling van de hoogte van dit vergoedingsrecht:

> (...) als uitgangspunt genomen dient te worden dat eiseres in dezelfde toestand gebracht dient te worden als waarin zij zou verkeren als zij met [a] in gemeenschap van goederen was gehuwd.

De rechtbank loopt de door haar ingeslagen weg vervolgens ten einde toe waar zij overweegt:

> Nu bij de bepaling van de hoogte van het vergoedingsrecht van [eiseres] als uitgangspunt genomen wordt dat [eiseres] in dezelfde toestand gebracht dient te worden als waarin zij zou verkeren als zij met [a] in gemeenschap van goederen was gehuwd, zal zoals [a] terecht heeft betoogd, ook het (voorhuwelijkse) vermogen van [eiseres] in de berekening betrokken dienen te worden. Immers, als partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd, zou bij de verdeling van de gemeenschap ook het (voorhuwelijkse) vermogen van [eiseres] in de verdeling betrokken worden. Evenzo dienen, anders dan [eiseres] stelt, ook schenkingen en nalatenschappen in de berekening van het vergoedingsrecht betrokken te worden, tenzij sprake is van een zogenaamde uitsluitingsclausule.

In hoger beroep komt het hof Leeuwarden opmerkelijk genoeg tot een volstrekt andere afweging. Het onderschrijft de opvatting van de rechtbank dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een regel die krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldt, niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is maar stelt tevens vast – teruggrijpend

op de regel uit het arrest *Hilversumse horeca*[160] – dat de enkele omstandigheid dat door arbeidsinspanningen van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, niet voldoende is om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap niet toe te passen.

Vervolgens overweegt het hof dat partijen in hun huwelijkse voorwaarden naast de uitsluiting van iedere vorm van huwelijksgemeenschap, geen regeling hebben opgenomen op grond waarvan staande huwelijk of na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, enige verrekening van overgespaarde inkomsten of anderszins een verrekening van de door ieder van partijen verkregen vermogenstoe- of afname zou kunnen plaatsvinden.

De stelling van de vrouw dat zij dit gevolg van de huwelijkse voorwaarden niet heeft begrepen, mede door de gebrekkige voorlichting door de notaris, acht het hof onvoldoende onderbouwd, daaraan toevoegend:

> Het hof is voorts van oordeel dat, ook al zou juist zijn de stelling van de vrouw dat partijen bij het sluiten van de huwelijkse voorwaarden alleen de bedoeling hebben gehad om het vermogen dat de vrouw bezat in de vorm van een woning veilig te stellen, omdat partijen voornemens waren om een camping te gaan drijven, hieraan niet zonder meer kan worden ontleend dat partijen daarbij tevens de bedoeling hebben gehad om in hun interne verhouding de financiële gevolgen (winst of verlies) van de op naam van de man te drijven camping, dan wel alleen de winst, gemeenschappelijk te laten zijn.

Het hof lijkt vervolgens veel gewicht toe te kennen aan de door de man naar voren gebrachte argumenten, waaronder in de eerste plaats het verweer dat hij het merendeel van de werkzaamheden binnen het campingbedrijf heeft verricht omdat zijn vrouw de zorg voor de kinderen had, alsmede voor de verhuur en de exploitatie van enkele appartementen die zich in haar woning bevonden.

Daarnaast voert de man aan dat er tijdens het huwelijk een volledig aparte boekhouding is gevoerd inclusief gescheiden bankrekeningen, welk feit duidelijk maakt dat het de wil van partijen is geweest om niet te komen tot een verrekenings- c.q. vergoedingsplicht. Ook meent hij dat relevant is dat de vrouw door haar participatie in de VOF kapitaal heeft kunnen verwerven, dat de woning van de vrouw deels op zijn kosten is verbouwd en dat de vrouw de inkomsten uit verhuur van die woning op een afzonderlijke rekening gestort heeft gekregen.

Het hof overweegt dat het door de vrouw genoemde feit dat de huishoudkosten uit de kas van de camping zijn voldaan, niet betekent dat partijen zich hebben gedragen op een wijze alsof zij hun vermogens en inkomens gemeenschappelijk hebben willen doen zijn omdat echtgenoten gehouden zijn elkaar het nodige te verschaffen.

160 HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529

De participatie van de vrouw en een BV van de man in de VOF, de omstandigheid dat de vrouw de inkomsten van de verhuur van de appartementen ontving alsmede het feit dat de echtgenoten geen gemeenschappelijke bankrekening hadden, vormen voor het hof de belangrijkste indicaties van een scheiding van de inkomsten en vermogens van de echtgenoten tijdens hun huwelijk.

Het hof komt dan uiteindelijk tot het volgende niet meer verrassende oordeel:

> Een en ander brengt het hof tot het oordeel dat niet aannemelijk is geworden de stelling van de vrouw dat partijen zich staande huwelijk door de wijze waarop zij zich hebben gedragen van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden zijn afgeweken en/of hebben willen afwijken.
> Het hof acht daarom geen omstandigheden aanwezig die de toepassing van de in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen regel van koude uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar doen zijn. De nog resterende omstandigheid dat de vrouw – ondanks dat zij tijdens het huwelijk voor de kinderen van partijen heeft gezorgd en ten behoeve van de ondernemingen van de man werkzaamheden heeft verricht – niet meedeelt in het door de man opgebouwde vermogen dat aanzienlijk hoger is dan bij aanvang van het huwelijk was verwacht, rechtvaardigt naar het oordeel van het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden geen andere beslissing. Het hof heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat de vrouw naar onbestreden vaststaat recht heeft op haar aandeel in de waarde van de v.o.f groot € 189.913,– , in de door de man in de Holding B.V. opgebouwde pensioenrechten groot € 47.500,– en dat zij de volledige eigendom heeft van de woning.

Beide oordelen naast elkaar leggend moet worden vastgesteld dat de rechter in eerste instantie en die in hoger beroep tot volstrekt tegenovergestelde oordelen komen. Waar de rechtbank veel gewicht lijkt te hebben toegekend aan de door de vrouw aangevoerde feiten en omstandigheden, doet het hof het omgekeerde door kennelijk goed te luisteren naar de argumenten van de man.

Ik acht het om voor de hand liggende redenen zeer onwenselijk dat op grond van hetzelfde feitencomplex tot zulke haaks op elkaar staande uitspraken kan worden gekomen door rechtbank en hof.

Dat dit mogelijk is wordt naar mijn mening grotendeels veroorzaakt door het verlaten door de Hoge Raad van de weg die door hem was ingeslagen in het arrest *Lindner-Mannaerts*,[161] waardoor huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding nog slechts bijgesteld kunnen worden met toepassing van de in het arrest *Contrair gedrag*[162] samengevatte doctrine zoals door mij aangehaald in paragraaf 7.6.1. Deze brengt een zeer beperkte toetsingsmogelijkheid op grond van redelijkheid en billijkheid mee, die bovendien wordt gekenmerkt door een in mijn ogen hoge mate van subjectiviteit.

161 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93 m.nt. WMK.
162 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399.

Indien de Hoge Raad in deze casus in cassatie mijn benadering van de uitleg van huwelijkse voorwaarden zou volgen, zou naar mijn oordeel een evenwicht kunnen worden bereikt tussen contractvrijheid of rechtszekerheid enerzijds en solidariteit of rechtvaardigheid anderzijds, welk evenwicht tot stand komt met behulp van geobjectiveerde maatstaven. Hierdoor zou de beslissing van de rechter in beginsel ook voorspelbaarder worden.

In de door mij hiervoor beschreven eerste toetsing dienen de bedoelingen van de destijds aanstaande echtgenoten met het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden achterhaald. Het betreft hier een beoordeling *ex tunc*.

Uit de casus komt naar voren dat de echtgenoten tijdens de procedure geen eensluidende verklaringen af hebben gelegd over hun toenmalige bedoelingen. Dat eensluidende verklaringen ontbreken is in een situatie van echtscheiding te verwachten.

De vraag die de rechter dan moet beantwoorden is welke huwelijksverhouding partijen voor ogen zal hebben gestaan ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden, waarvoor een reconstructie van hun feitelijk overeenstemmend gedrag *in abstracto* tijdens het huwelijk de belangrijkste aanwijzing vormt. Op basis van de hiervoor genoemde feiten kan nu vastgesteld worden dat in de onderhavige zaak in wezen sprake is geweest van een huwelijksverhouding waarbinnen de man het verwerven van het inkomen op zich heeft genomen en de vrouw de kinderen heeft verzorgd en opgevoed, alsmede het huishouden heeft bestierd.

Dit leidt tot de vaststelling door de rechter dat er een discrepantie bestaat tussen de huwelijksverhouding die partijen toentertijd kennelijk hebben gewild en de inhoud van de huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren en geen regelingen bevatten die zien op het risico van echtscheiding. De gemaakte huwelijkse voorwaarden behoren mitsdien tot het door mij hiervoor gedefinieerde type 1.

De desbetreffende huwelijkse voorwaarden zijn in de interne verhouding van partijen daarom nietig uit hoofde van artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, hetgeen meebrengt dat het gemene recht vertaald in obligatoire termen van toepassing wordt.

De aldus door de rechter vastgestelde interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden leidt ertoe dat de gewezen echtgenoten in economische zin met elkaar zullen moeten afrekenen alsof er tussen hen de wettelijke gemeenschap van goederen bestond.

De tweede toetsing die vervolgens door de rechter wordt aangelegd betreft een ambtshalve beoordeling met behulp van de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Bij deze toetsing staat zoals hiervoor is gebleken naast de externe betekenis ook de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden vast omdat de laatste bij de eerste toetsing is gegeven, en resteert voor de rechter nog de marginale beoordeling vanuit het perspectief van het einde van het huwelijk door echtscheiding, derhalve *ex nunc*, of door een echtgenoot een beroep mag worden gedaan op de bij de eerste toetsing vastgestel-

de inhoud van de huwelijkse voorwaarden dan wel dat een dergelijk beroep onaanvaardbaar moet worden geacht uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid.

Onaanvaardbaarheid als bedoeld kan ingeval van huwelijkse voorwaarden die bij de eerste toetsing door de rechter met nietigheid zijn getroffen waar het hun interne betekenis aangaat, uit de aard der zaak alleen betrekking hebben op specifieke aspecten die naar redelijkheid en billijkheid correctie behoeven.

Voor de hier besproken casus zou de desbetreffende correctie kunnen zien op het buiten beschouwing laten van het voorhuwelijkse vermogen, alsmede van erfenissen en schenkingen omdat het concrete gedrag dat partijen tijdens hun huwelijk hebben getoond op veel punten het beeld vertoont van het gescheiden houden van hun vermogens zoals in de procedure bij het hof duidelijk lijkt te zijn geworden.

Een ander argument kan zijn dat in gevallen waarin bij de eerste toetsing is geconcludeerd dat de huwelijkse voorwaarden intern nietig zijn en de wettelijke regelingen derhalve in obligatoire zin in de plaats treden van hetgeen partijen waren overeengekomen, er bij gelegenheid van de tweede toetsing snel tot correctie overgegaan dient te worden omdat naar hedendaagse opvattingen een 'algehele' gemeenschap van goederen niet meer het passende wettelijke systeem is maar alleen het vermogen dat echtgenoten tijdens hun huwelijk door eigen inspanningen verwerven relevant behoort te zijn, zoals door de regering aanvankelijk ook tot uitdrukking gebracht in het al meermalen door mij aangehaalde wetsvoorstel 28 867 dat per 1 januari 2012 in werking treedt.

7.7 Afsluiting

De twee hoofdlijnen die in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontwaard, bevredigen – beoordeeld naar de maatstaven van contractvrijheid en solidariteit –, geen van beide.

De belangrijkste reden hiervoor is dat in de Nederlandse rechtspraak niet een beoordelingsinstrument tot stand is gekomen dat recht doet aan de kracht van beide rechtsbeginselen en dat bovendien op systematische en voorspelbare wijze kan worden toegepast.

Dat de huidige situatie onwenselijk is, wordt voor de tweede hoofdlijn geïllustreerd door de uitspraken van de rechtbank Leeuwarden en het hof Leeuwarden in de door mij in paragraaf 7.6 besproken zaak. Het lijkt derhalve noodzakelijk dat een nieuwe weg wordt ingeslagen.

Gebleken is in dit licht dat de in de Duitse rechtspraak ontwikkelde zienswijze goed inpasbaar zou zijn in de Nederlandse context en daarbij ook reeds ten dele aansluit.

Concreet zou dit in de eerste plaats een toetsing van de huwelijkse voorwaarden *ex tunc* betekenen die er onder omstandigheden toe kan leiden dat

deze als zijnde nietig worden beschouwd wegens strijd met de goede zeden in de door Nieuwenhuis bedoelde, geactualiseerde interpretatie daarvan.[163] Hiertoe dient het bestaande artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te worden aangewend. Vervolgens vindt een toetsing *ex nunc* plaats, bij welke tweede toetsing de redelijkheid en billijkheid ex artikel 248 lid 2 Boek 6 Burgerlijk Wetboek centraal staan.

Bij beide beoordelingen gaat het om het achterhalen van de bedoelingen van de echtgenoten met hun huwelijkse voorwaarden, waarbij de rechter zich dient te richten op het feitelijk gedrag van de echtgenoten, indien hun toenmalige bedoelingen niet met zoveel woorden zijn vermeld of anderszins tussen partijen komen vast te staan.

In de eerste toetsing wordt het feitelijk gedrag dat de echtgenoten zich hadden voorgenomen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden vergeleken met de inhoud daarvan. Bij de tweede toetsing gaat het om de vraag of het daadwerkelijk door de echtgenoten vertoonde feitelijk gedrag tijdens hun huwelijk ertoe leidt dat mogelijk geen beroep mag worden gedaan op een of meer bepalingen uit hun huwelijkse voorwaarden.

Het voorgaande neemt niet weg dat ik de zienswijze van Hartkamp[164] dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen, ten volle onderschrijf, juist wanneer de contractanten echtgenoten zijn die het duurcontract huwelijkse voorwaarden aangaan. De daarin vastgelegde juridische afspraken zijn immers sterk verweven met de relationele dimensie van de zeer bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk is. De juridische procedure is daarom in veel gevallen een ongeschikte weg om te bewandelen indien uitleg van huwelijkse voorwaarden het doel is.

Mediation is in dezen de betere optie omdat dit een methode betreft die kan waarborgen dat de te bespreken juridische aspecten van huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding zijn ingebed in de daadwerkelijk door de echtgenoten geleefde huwelijksrelatie.

163 Zie paragraaf 7.6.2.
164 Zie paragraaf 7.4.2.

8 Ouderschapsplan en huwelijkse voorwaarden

8.1 Inleiding

Op 1 maart 2009 is de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding in werking getreden. [1] [2]

Voor ouders van minderjarige kinderen zijn de belangrijkste onderdelen van deze wet de introductie van de norm van gelijkwaardig ouderschap na echtscheiding en de verplichting om een ouderschapsplan op te stellen, voorafgaand daaraan.[3]

In dit hoofdstuk worden eerst deze *novi* behandeld tegen de achtergrond van de wordingsgeschiedenis van de onderhavige wet en de positie van het kind, waarna een interpretatie van de desbetreffende bepalingen volgt.

Vervolgens beantwoord ik de vraag naar de juridische duiding van het ouderschapsplan en komen het karakter en de inhoud van een ouderschapsplan aan de orde, alsmede de handhaafbaarheid van de door de scheidende ouders in het kader van een ouderschapsplan gemaakte afspraken.

Het kernpunt van dit hoofdstuk betreft de vraag naar de grenzen van de contractvrijheid van echtgenoten die ouders zijn van minderjarige kinderen, mede in relatie tot het bepaalde in artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek[4] en afgezet tegen de bijzondere solidariteit die zij jegens elkaar als ouders aan de dag dienen te leggen. Gesteld kan worden dat solidariteit hier sterk wordt ingekleurd door de onverbrekelijke lotsverbondenheid die per

---

1 Dit hoofdstuk is grotendeels een bewerking van mijn artikelen: *De Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is een feit: exit klassieke omgangsregeling! Can we change? Yes, we can!* (Schonewille, 2009 (A)) en *Kunnen huwelijkse voorwaarden en samenlevingscontract een ouderschapsplan bevatten?* (Schonewille, 2007 (B)).

2 Wet van 27 november 2008 (30 145), *Stb.* 2008, 500; in werking getreden op 1 maart 2009, *Stb.* 2009, 56; hierna kortheidshalve ook te noemen: Wet scheiding en ouderschap.

3 De verplichting een ouderschapsplan op te stellen geldt uit hoofde van artikel 815 lid 2 onder a. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor echtgenoten die gezamenlijk minderjarige kinderen hebben over wie zij al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen. Ingeval een van de echtgenoten bijvoorbeeld een kind uit een eerder huwelijk heeft over wie hij alleen of tezamen met zijn gewezen echtgenote het gezag heeft, behoeft ten aanzien van dat kind derhalve geen ouderschapsplan te worden opgesteld; vgl. Nuytinck, 2007, p. 49 en 50 en Nuytinck, 2008 (A), p. 397-398. De verplichting geldt op gelijke wijze voor geregistreerde partners met gezamenlijke minderjarige kinderen over wie zij al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen. In dit hoofdstuk richt ik mij in beginsel slechts op ouders die gezamenlijk het gezag hebben over hun gezamenlijke minderjarige kinderen en die een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek wensen.

4 Dit artikel is door mij meer uitvoerig besproken in paragraaf 5.2.3.

definitie tussen partners in hun hoedanigheid van ouders van kinderen bestaat en die zich manifesteert in hun gezamenlijke relatie tot de kinderen, doch ook in hun onderlinge verhouding.

Met verplichting om een ouderschapsplan op te stellen beoogt de wetgever om ouders voorafgaand aan de echtscheiding na te laten denken over de invulling van hun ouderschap in de periode daarna en daarover met elkaar goede afspraken te maken. De vraag is dan interessant of het niet veel beter zou zijn om reeds in huwelijkse voorwaarden een (vorm van een) ouderschapsplan op te nemen om daardoor het nadenken en het maken van afspraken door ouders over hun ouderschap in een veel eerder stadium te bevorderen. Hierdoor zou ook denkbaar zijn dat een onverhoopte echtscheiding mogelijk soepeler verloopt op dit punt. Deze kwestie wordt tot besluit van dit hoofdstuk door mij behandeld. [5]

8.2 Het gezag van de ouders en het belang van het kind

Het Verdrag inzake de rechten van het kind[6] bepaalt in artikel 7 dat een kind het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Voorts stelt artikel 10 van het verdrag dat de staten die partij zijn bij het verdrag, dienen te waarborgen dat een kind niet tegen zijn wil wordt gescheiden van zijn ouders, tenzij de bevoegde autoriteiten – onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing –, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat de desbetreffende scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Een

5 De verplichting om een ouderschapsplan op te stellen geldt niet alleen voor gehuwde ouders van minderjarige kinderen maar *mutatis mutandis* eveneens voor ongehuwde ouders van minderjarige kinderen. Tijdens de plenaire beraadslagingen is in de Tweede Kamer uitvoerig gesproken over de wijze waarop ook voor samenwonenden met minderjarige kinderen een verplichting tot het maken van een ouderschapsplan zou kunnen worden ingevoerd. Het ontbreken van een juridisch relevant aanknopingspunt ten tijde van de scheiding van samenwoners en de onmogelijkheid een dergelijk aanknopingspunt te creëren, verhinderde naar de mening van de minister echter de invoering van deze verplichting, hoe betreurenswaardig ook, omdat het opnemen van een niet-afdwingbare norm in de wet dient te worden vermeden. Zijn verwachting is dat veel samenwonende ouders, ook al bevat de wet voor hen geen uitdrukkelijk voorschrift, toch dienovereenkomstig zullen handelen, welk verschijnsel door hem met de term reflexwerking wordt aangeduid. Niettemin is op grond van een motie van het Kamerlid De Pater-Van der Meer artikel 247a Boek 1 Burgerlijk Wetboek in de wet opgenomen dat ook samenwoners verplicht zijn om een ouderschapsplan op te stellen; vgl. Handelingen *I* 2008/09, p. 8-412. Door M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad is rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar de wijze waarop in enkele andere landen hieromtrent regelingen zijn getroffen; *Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders; een rechtsvergelijkend onderzoek*, Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit Rechtsgeleerdheid en WODC: Amsterdam/Den Haag 2006.

6 Dit verdrag werd aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 20 november 1989 en werd van kracht op 2 september 1990; het verdrag is door Nederland geratificeerd op 6 februari 1995.

zodanige beslissing kan noodzakelijk zijn in bepaalde gevallen, zoals wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.

Indien een kind van een van zijn ouders is gescheiden, dienen de bedoelde staten het recht van het kind te eerbiedigen om op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dat in strijd is met het belang van het kind.

Verder brengt artikel 12 van het verdrag mee dat de staten die partij zijn aan het kind dat in staat is om zijn eigen mening te vormen, het recht dienen te verzekeren dat het die mening ook vrijelijk kan uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind een passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Het artikel noemt in dit verband met name het recht van het kind om gehoord te worden in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft.

Tot slot bepaalt artikel 18 dat de aangesloten staten alles wat in hun vermogen ligt dienen te doen om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind:

> Ouders (…) hebben de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun eerste zorg.[7]

De conclusie is mitsdien gerechtvaardigd dat het verdrag met name de notie van het belang van het kind op het oog heeft.[8]

Tevens kan worden vastgesteld dat – na de inwerkingtreding van het verdrag voor Nederland – de ontwikkelingen in de Nederlandse wetgeving, alsmede in de jurisprudentie van de Hoge Raad, redelijk in lijn zijn met deze voor Nederland uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen.

Zo werd in 1998 in artikel 251 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek vastgelegd dat ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kinderen, dit gezamenlijke gezag na de ontbinding van hun huwelijk in beginsel voortzetten.

De Wet scheiding en ouderschap scherpt deze bepaling aan waar deze voorschrijft dat de rechter nog slechts het gezag over het kind aan een van

---

7 Artikel 18 lid 1 Verdrag inzake de rechten van het kind.

8 Over het belang van het kind zijn vele boeken geschreven, vaak op grond van wetenschappelijk onderzoek. Genoemd kunnen in dit verband worden: *The unhappy child. What every parent needs to know* (K.N. Condrell, New York: Prometheus Books 2006); *Scheidingskinderen. Overzicht van recent sociaalwetenschappelijk onderzoek naar de gevolgen van ouderlijke scheiding voor kinderen en jongeren* (E. Spruijt, Amsterdam: SWP 2007); *Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek omgang na scheiding* (E. Spruijt e.a., publicatie van de Raad voor de Kinderbescherming 2002), *Ouderschapsplan. De vele gezichten van het belang van het kind* (L.A. Groenhuijsen, Amsterdam: SWP 2006); *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid* (E.A. de Graaf e.a. (red.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008); *Kind en echtscheiding. Een ontwikkelingspsychologisch perspectief* (K. Singendonk en G. Meesters, Harcourt 2002).

de ouders kan opdragen, indien is voldaan aan het 'klem of verloren'-criterium of indien dit in het belang van het kind noodzakelijk is. De mogelijkheid voor ouders de rechter te verzoeken een van hen met het gezag te belasten is er dus alleen nog binnen strikte criteria.[9]

Voorts benadrukt de onderhavige wet de eigen verantwoordelijkheid van de ouders na de scheiding en bevordert deze. Hierin kan meen ik een uitwerking van artikel 18 van het Verdrag inzake de rechten van het kind worden ontwaard.

8.3 Aanloop naar de Wet van 1 maart 2009

Sinds 2002 is de politieke discussie over het aanpassen van de wettelijke regels op het terrein van ouderschap na echtscheiding in een stroomversnelling geraakt.

Tegen het einde van dat jaar werden vier moties aanvaard door de Tweede Kamer, die de minister van Justitie opriepen om respectievelijk onderzoek te doen naar de mogelijkheid van echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter, een standaard (minimum) omgangsregeling in de wet op te nemen, te bevorderen dat het instrument van de dwangsom vaker wordt toegepast indien een ouder de afgesproken of opgelegde omgangsregeling frustreert en tot slot een wettelijke verplichting in te voeren om voorafgaand aan de echtscheiding afspraken te maken over de zorg voor de kinderen.[10]

Omdat deze breed ondersteunde moties de minister niet in beweging zetten, diende het Kamerlid Luchtenveld (VVD) een initiatief-wetsvoorstel in, waarin de genoemde moties waren uitgewerkt.[11] Dit wetsvoorstel is vervolgens langdurig onderwerp van debat geweest in de Tweede Kamer, maar werd uiteindelijk verworpen in de Eerste Kamer nadat de Tweede Kamer het al tamelijk ingrijpend had geamendeerd.[12]

Inmiddels was de minister van Justitie langszij gekomen met een eigen wetsvoorstel, dat vervolgens in behandeling is genomen. Het ministeriële wetsvoorstel bevatte minder vergaande aanpassingen van het echtscheidingsrecht dan het genoemde initiatief-wetsvoorstel, maar is in de loop van de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer door amendering op veel punten gelijkenis gaan vertonen met het wetsvoorstel van Luchtenveld.

Het meest in het oog springende verschil tussen beide is dat de Wet scheiding en ouderschap geen regeling bevat voor een echtscheiding zonder tussenkomst van de rechter, in tegenstelling tot het bedoelde initiatief-wetsvoorstel.

---

9 Vgl. respectievelijk artikel 251 en artikel 251a lid 1, onder a en b, Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

10 Respectievelijk de motie Schonewille e.a., de motie Dittrich e.a., de motie Luchtenveld e.a. en de motie De Pater-van der Meer e.a., *TK* 2002/03, 28 600 VI, nrs. 114, 115, 57 en 112.

11 *EK* 2005/06, 29 676, nrs. A-G.

12 Ik ben als deskundige nauw betrokken geweest bij het opstellen van dit initiatief-wetsvoorstel en verdediging daarvan in de Tweede en Eerste Kamer.

8.4 Ouderschapsplan en wettelijke normen

De Wet scheiding en ouderschap introduceert de verplichting een ouderschapsplan op te stellen, maar omschrijft het ouderschapsplan als zodanig niet en stelt daaraan evenmin vormvoorschriften, doch volstaat met voor te schrijven dat het (gemeenschappelijk) verzoekschrift[13] tot echtscheiding een ouderschapsplan dient te bevatten en geeft daarnaast een niet-limitatieve opsomming van afspraken die de ouders in elk geval met elkaar moeten maken als zij een ouderschapsplan met elkaar overeenkomen. Deze afspraken hebben betrekking op:

a. de wijze waarop de echtgenoten de zorg- en opvoedingstaken, bedoeld in artikel 247 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, verdelen;
b. de wijze waarop de echtgenoten elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van de minderjarige kinderen;
c. de kosten van de verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen.[14]

Daarnaast bevat de hier besproken wet een aantal dwingende normen waaraan de ouders in het belang van het kind invulling dienen te geven bij het opstellen van hun ouderschapsplan.

Deze normen zijn opgenomen in artikel 247 leden 3 tot en met 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, in aanvulling op de daarin reeds geformuleerde normen[15] en bepalen respectievelijk:

1. Het ouderlijk gezag omvat mede de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen.[16]

---

13 De verplichting een ouderschapsplan op te stellen geldt evenzeer ingeval een eenzijdig verzoekschrift tot echtscheiding wordt ingediend door een ouder; deze variant laat ik in dit hoofdstuk echter buiten beschouwing.

14 Artikel 815 leden 2 en 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

15 Lid 1 van artikel 247 luidt: *Het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.* Het tweede lid van dit artikel bepaalt: *Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. In de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe.* Voor echtgenoten sluit het bepaalde in lid 1 naadloos aan bij artikel 82 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat luidt: *Echtgenoten zijn jegens elkaar verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen.* Vgl. in dit verband ook het bepaalde in artikel 404 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

16 I. Jansen stelt ter zake van deze norm terecht vast dat ouders in een ouderschapsplan niet kunnen vastleggen dat het kind geen contact heeft met een van zijn ouders. Het door hem toegevoegde 'in beginsel' kan daarbij naar mijn oordeel gevoegelijk worden gemist. Jansen wijst er voorts op dat door de wetgever niet is overgegaan tot het verbinden van de sanctie van nietigheid aan het door de ouders uitsluiten van het contact van het kind met de ouder bij wie het niet woont, ondanks het daartoe strekkende advies van de RvS; I. Jansen, 2010, aantekening 3B bij Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Ik ben echter van mening dat de desbetreffende nietigheid reeds rechtstreeks voortvloeit uit het dwingendrechtelijke karakter van de onderhavige norm.

2. Een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, behoudt na ontbinding van het huwelijk (…) of na het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.
3. Ouders kunnen ter uitvoering van het vierde lid in een overeenkomst of ouderschapsplan rekening houden met praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de ontbinding van het huwelijk (…) of het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, echter uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.

De Wet scheiding en ouderschap leidt er derhalve toe dat in elke individuele scheiding door middel van een ouderschapsplan door beide ouders in gezamenlijk overleg tot maatwerk moet worden gekomen, waarbij de genoemde normen een dwingendrechtelijk kader vormen: deze staan immers – in het belang van het kind – niet ter vrije beschikking van de ouders met gezamenlijk gezag.[17]

8.5 Norm van gelijkwaardig ouderschap

Duidelijk lijkt wel dat de norm van gelijkwaardige opvoeding en verzorging door elk van beide ouders, waarop het minderjarige kind recht heeft, geen ruimte meer laat voor de klassieke omgangsregeling die meebrengt dat de ene ouder – meestal de moeder – de verzorgende ouder is en de andere ouder – meestal de vader – het kind één weekeinde per twee weken bij zich heeft.

Anderzijds wordt evenmin beoogd om de desbetreffende norm in conflictsituaties uit te leggen als een verplicht 'co-ouderschap', derhalve als een fifty-fifty verdeling van de zorg en opvoeding tussen de ouders, op welk uitgangspunt alleen praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de echtscheiding, een uitzondering kunnen rechtvaardigen, zoals blijkt uit de memorie van antwoord van de beide betrokken ministers aan de Eerste Kamer.[18]

Omdat deze nieuwe norm is geschreven vanuit het perspectief van het kind, kan worden gesteld dat de opvattingen van de ouders daarover in beginsel van secundair belang zijn, maar wel in de te maken afwegingen kunnen worden betrokken.[19]

De als vijfde genoemde norm spreekt bovendien slechts over praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de scheiding en dan nog uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.

Gezien het feit dat de norm van gelijkwaardig ouderschap, alsmede de norm dat alleen praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de scheiding (tijdelijk) afbreuk mogen doen aan de desbetreffende gelijkwaar-

17 Vgl. artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.
18 *EK* 2007/08, 30 145, nr. C, p. 2.
19 Vgl. HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 414, m.nt. SFMW.

digheid, aan de hier behandelde wet zijn toegevoegd door een amendement[20] waarvan de inhoud rechtstreeks is ontleend aan het hiervoor genoemde initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld[21] en een inhoudelijke toelichting daarop grotendeels ontbreekt, is het naar mijn oordeel noodzakelijk om bij de interpretatie van deze beide normen de parlementaire geschiedenis van dit initiatief-wetsvoorstel te betrekken.[22] [23]

Zo wordt door de initiatiefnemer in diens memorie van antwoord aan de Eerste Kamer opgemerkt dat:

> (…) door het opstellen van een goed ouderschapsplan waarin een meer gelijkwaardige rol in de zorg- en opvoedingstaken van beide ouders is vastgelegd, kan voorkomen worden dat men bijna automatisch in het traditionele patroon komt waarbij de kinderen bij de moeder verblijven en de vader zo nu en dan omgang met de kinderen mag hebben.[24]

en stelde de indiener in de memorie van toelichting op zijn wetsvoorstel eerder dat:

> (...) het echtgenoten duidelijk moet zijn dat de scheiding in beginsel geen verandering aanbrengt waar het betreft het vormgeven door hen van hun ouderschap. De norm dient dan ook te bevestigen dat de wetgever geen onderscheid maakt tussen de ouders. Daarom is bepaald dat een kind over wie de ouders het gezamenlijke gezag uitoefenen na ontbinding van het huwelijk, recht houdt op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.[25]

Mede op grond van deze beide citaten kan worden betoogd dat een klassieke omgangsregeling in strijd komt met de door de Wet scheiding en ouderschap geïntroduceerde norm van gelijkwaardig ouderschap, beschouwd in samenhang met de eveneens door deze wet geformuleerde, direct daaraan gekoppelde norm van de praktische belemmeringen.[26]

De uitleg die tijdens de plenaire behandeling van de onderhavige wet in de Eerste Kamer door de woordvoerder van de Socialistische Partij, Quick-Schuijt, is gegeven, waar zij stelt dat de zinsnede 'behoudt recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding' in het amendement duidt op een aansluiting bij de situatie tijdens de samenwoning,[27] is derhalve juist voor

---

20 *TK* 2006/07, 30 145, nr. 26; dit amendement is ingediend door Kamerlid De Wit (SP).

21 De Wit maakt dit zelf ook duidelijk in zijn bijdrage 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok (*FJR* 2007, 98)', *FJR* 2008/19, p. 44.

22 Vgl. W. Snijders die stelt dat de wetsgeschiedenis voldoende overtuigingskracht dient te bezitten, wil deze gebruikt kunnen worden voor uitleg van de wet; W. Snijders, 2008, p. 843 e.v..

23 In deze zin ook Schrama en Vonk; Schrama en Vonk, 2009, p. 226

24 *EK* 2005/06, 29 676, nr. E, p. 8.

25 *TK* 2003/04, 29 676, nr. 3, p. 4.

26 Met betrekking tot de desbetreffende praktische belemmeringen merkt I. Jansen terecht op dat de regel van kracht is *dat ouders zelf alles in de mate van het mogelijke moeten doen om eventuele belemmeringen op te heffen cq ten minste te verminderen*.; I. Jansen, 2010, aantekening 3D bij Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

27 Handelingen *I* 2008/09, nr. 8, p. 398.

zover daarmee wordt bedoeld vast te stellen dat ieder van de ouders substantiële zorg- en opvoedingstaken uitvoert tijdens de samenwoning (i.e. het huwelijk) en de bedoelde normen hen ertoe dwingen daarin na de scheiding geen wezenlijke verandering aan te brengen.

De desbetreffende uitleg is naar mijn oordeel echter onjuist als deze mee zou brengen dat op grond van deze normen van ouders niet zou mogen worden gevraagd om voor de periode na de scheiding een wijziging aan te brengen in hun onderlinge verdeling van de zorg- en opvoedingstaken, indien deze tijdens de samenwoning voor het overgrote deel op de schouders van één van hen (vaak: de moeder) hebben gerust.[28]

De beide normen in samenhang gelezen betekenen denk ik dat in dat geval door de ouders bij de scheiding dient te worden gezocht naar het op zo kort mogelijke termijn realiseren van een beter evenwicht.

De thans in de wet verankerde plicht die beide ouders op grond van de in artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vervatte normen hebben jegens hun kind (en elkaar) tot gelijkwaardige verzorging en opvoeding, leidt er tevens toe dat de 'afwezige ouder' door de andere ouder tot de orde kan worden geroepen om zijn aandeel in de verzorging en opvoeding van het kind op zich te nemen bij het maken van afspraken in het kader van het ouderschapsplan voor de periode na de scheiding.[29] Ook de in artikel 247 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – hiervoor genoemd – leidt tot deze gevolgtrekking.

De andere ouder kan dat doen in het belang van het kind, maar ook omdat er bij hem een eigen belang[30] bestaat ruimte te creëren voor het activeren of ontwikkelen van verdiencapaciteiten of voor het laten opbloeien van een relatie met een nieuwe partner. Dit *emancipatieargument* is mijns inziens tot op heden ten onrechte onderbelicht gebleven maar hangt rechtstreeks samen met de solidariteit die tussen ouders een grote rol speelt.

Met betrekking tot de uitleg door Quick-Schuijt merk ik nog op dat het uiteraard ook niet denkbaar is dat een ouder tijdens de relatie precies één weekeinde per veertien dagen zorg- en opvoedingstaken verricht. Alleen daarom al is onder vigeur van de door de onderhavige wet geïntroduceerde normen, de klassieke omgangsregeling thans buiten de orde.[31]

---

28 Vgl. ook P. Dorhout, I.J. Pieters en P.A.J.Th. van Teeffelen die erop wijzen dat de door de wetgever beoogde gelijkwaardigheid mee zou kunnen brengen *dat een van de ouders een groter aandeel in de verzorging en opvoeding van de kinderen op zich neemt dan tijdens het huwelijk (…) wellicht gebruikelijk was*; 'Notitie Studiedag eerste ervaringen verplicht ouderschapsplan', *FJR* 2009/53, p. 137 en 138.

29 De Wit (SP) benadrukt deze 'opvoedplicht' eveneens in zijn toelichting op het door hem ingediende amendement, hiervoor aangehaald.

30 Vgl. de hiervoor genoemde uitspraak van de Hoge Raad waarin deze aan het eigen belang van de ouders gewicht toekent, naast het belang van het kind; HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 414, m.nt. SFMW.

31 In het onwaarschijnlijke geval dat een ouder tijdens de relatie wel precies één weekeinde per veertien dagen zorg en opvoedingstaken verricht heeft, moet de conclusie zijn dat hierin verandering dient te worden aangebracht na de scheiding.

Kok wijst erop dat de uitleg van de onderhavige normen bij gebreke van overeenstemming tussen de ouders zou kunnen betekenen dat de rechter zal moeten besluiten tot een gelijke verdeling van de zorg- en opvoedingtaken in kwantitatieve zin[32] en spreekt de hoop uit dat rechters zich in de praktijk wijzer zullen tonen.[33] Ik denk echter dat deze uitleg de juiste is, behoudens in die gevallen waarin die niet in het belang van het kind is.

De Wit benadrukt in diens reactie op de opvatting van Kok dat de desbetreffende norm ouders een uitgangspositie geeft om gezamenlijk tot een bij hun situatie passende oplossing te komen. Indien er geschillen ontstaan moet ook de rechter bij de beslechting daarvan het beginsel hanteren dat beide ouders gelijkwaardig zijn, en het kind recht heeft op opvoeding en verzorging door beide ouders.[34]

Ook De Wit maakt hiermee mijns inziens duidelijk dat er een sterk verband bestaat tussen het kwalitatieve karakter van de onderhavige norm enerzijds en het kwantitatieve karakter daarvan anderzijds.

De rechter bij wie de echtscheiding aanhangig wordt gemaakt, zal derhalve – in overleg met de ouders – tot bijstelling moeten overgaan indien blijkt dat de in het ouderschapsplan opgenomen afspraken in strijd zijn met de dwingende normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[35] [36]

Van belang is in dit verband nog erop te wijzen dat de wet, waar het gaat om ouders met gezamenlijk gezag, nog slechts spreekt over verdeling van de zorg- en opvoedingstaken en het begrip omgang reserveert voor de verhouding tussen de niet met het gezag belaste ouder, respectievelijk niet-ouders met een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind, en het minderjarige kind.[37]

---

32 Vgl. de door haar aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Haarlem, 14 november 2006, *LJN* AZ5284.

33 J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap', *FJR* 2007/98, p. 225.

34 J. de Wit, 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok (FJR 2007, 98)', *FJR* 2008/19, p. 44.

35 Hetgeen door mij is gesteld brengt vanzelfsprekend mee dat ik de opvattingen van Ackermans-Wijn en Brands-Bottema niet deel waar zij de rechter slechts een marginale toetsingsbevoegdheid toekennen ingeval ouders overeenstemming hebben over *een standaard omgangsregeling van een weekend per veertien dagen bij de vader*. Hun conclusie: *De rechter zal naar ons oordeel niet ambtshalve beoordelen of het overgelegde plan wel genoeg uitdrukking geeft aan het beginsel van gelijkwaardig ouderschap of dat een uitgebreidere omgangsregeling in dit geval meer aangewezen zou zijn geweest.*, getuigt ervan dat het voor rechters, naar te vrezen valt, moeilijk zal zijn om de omslag naar het thans geldende normenstelsel te maken. De auteurs – beiden zelf rechter – miskennen hier immers het dwingende karakter van de norm van gelijkwaardig ouderschap (artikel 247 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek); Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A), p. 51. Coenraad lijkt eveneens het dwingendrechtelijke karakter van de norm van gelijkwaardig ouderschap te miskennen; Coenraad, 2010 (B), p. 90-92.

36 Ook Schrama komt tot de conclusie dat de nieuwe wet prescriptief van aard is en *dwingende normen geeft over wat goed en fout ouderschap is en hoe echtgenoten uit elkaar moeten gaan*; Schrama, 2009, p. 81. Zij toont zich overigens afkerig van deze ontwikkeling.

37 Vgl. de artikelen 247 lid 4, 253a lid 2, onder a, en 377a lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede artikel 815 lid 3, onder a., Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

8.6 CEFL-normen ter zake van *Parental Responsibilities*

De *Commission on European Family Law* heeft recentelijk de *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* in kaart gebracht.[38]

Het is interessant om vast te stellen dat de hiervoor geschetste ontwikkeling in Nederland, waar het betreft het ouderschapsplan en de normen die gelden in geval van gezamenlijk gezag van ouders over hun minderjarige kind na echtscheiding, kennelijk heel goed aansluit bij de door de commissie geformuleerde *common core* in Europa op het terrein van ouderlijke verantwoordelijkheid na scheiding.

De commissie komt immers tot de conclusie dat ouderlijke verantwoordelijkheid niet mag worden beïnvloed door de juridische of feitelijke scheiding tussen de ouders. Voorts dienen ouders met ouderlijke verantwoordelijkheid gelijke rechten en plichten te hebben in de uitoefening van deze verantwoordelijkheid en oefenen zij deze voor zover mogelijk ook gezamenlijk uit.

De commissie beveelt verder aan dat ouders met gezamenlijke verantwoordelijkheid een overeenkomst kunnen sluiten over de uitoefening daarvan, in overeenstemming met het belang van het kind. De totstandkoming van een dergelijke overeenkomst dient te worden bevorderd door de bevoegde autoriteit, die ook de mogelijkheid kan hebben de desbetreffende overeenkomst te controleren.

Tot slot geeft de CEFL criteria die door de bevoegde autoriteit kunnen worden gewogen waar het betreft het vaststellen of later wijzigen van de hoofdverblijfplaats van het kind. Uitgangspunt is hier overigens wel dat het kind bij één van zijn ouders verblijft, tenzij de ouders zijn overeengekomen dat het afwisselend bij beide ouders verblijft.[39]

8.7 Ouderschapsplan als verplichting en latere wijziging daarvan

De Wet scheiding en ouderschap ziet het ouderschapsplan als een document dat door de echtgenoten dient te worden bijgevoegd bij het (gemeenschappelijk) verzoekschrift waarin de rechter wordt gevraagd om de echtscheiding uit te spreken; gesteld kan derhalve worden dat het opstellen en indienen van een ouderschapsplan in de eerste plaats een procesrechtelijke verplichting is.

Coenraad acht het desbetreffende ontvankelijkheidsvereiste voor het verzoekschrift tot echtscheiding bezwaarlijk, met name omdat dit tot vertraging leidt en stelt voor de wet zodanig aan te passen dat het bestaan of de kwaliteit van het ouderschapsplan niet meer bepalend zijn voor de ontvan-

38 Boele-Woelki e.a., 2007 (B).
39 Boele-Woelki e.a., 2007 (B), p. 305-313.

kelijkheid van het echtscheidingsverzoekschrift.[40] Ik deel deze visie niet omdat een dergelijke aanpassing slechtwillende ouders meer ruimte geeft voor chicanes.[41]

De Bruijn-Lückers constateert dat ruim een jaar na de introductie van het ouderschapsplan uit een analyse van een aantal daarna gepubliceerde uitspraken van rechtbanken is gebleken dat deze in de meeste gevallen de zaak aanhouden indien zij van mening zijn dat het ouderschapsplan niet concreet genoeg is. Niettemin verklaarde de rechtbank Rotterdam een vrouw niet-ontvankelijk in haar – eenzijdige – echtscheidingsverzoek omdat het door haar ingeleverde ouderschapsplan niet aan de wettelijke eisen voldoet.[42]

De vraag doet zich voor of de wet ook voorziet in het geval waarin ouders er niet in slagen om een ouderschapsplan op te stellen.

Artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt in het vierde lid dat het verzoekschrift dient te vermelden over welke van de door de wet voorgeschreven onderwerpen door de ouders overeenstemming is bereikt en over welke van deze thema's tussen de ouders verschil van inzicht bestaat met de gronden daarvoor. Voorts stelt het zesde lid van dit artikel dat, indien het ouderschapsplan redelijkerwijs niet kan worden overlegd, volstaan kan worden met overlegging van andere stukken, of op andere wijze daarin kan worden voorzien, een en ander ter beoordeling van de rechter.

Dat hiermee echter niet een gemakkelijke wijze van het omzeilen van de verplichting een ouderschapsplan op te stellen wordt gecreëerd, maakt de discussie tussen de beide betrokken ministers en de desbetreffende woordvoerders in de Eerste Kamer duidelijk.[43] Minister Hirsch Ballin antwoordt in dit verband desgevraagd dat, ingeval een ouderschapsplan ontbreekt bij het verzoekschrift, de rechter de ouders daarop attendeert, waarna het procesreglement partijen nog vier weken geeft om alsnog aan hun verplichting te voldoen.[44]

---

40 Coenraad, 2010 (A), p. 45 en 46.

41 Wortmann interpreteert de parlementaire geschiedenis op zodanige wijze dat de verplichting een ouderschapsplan op te stellen uiteindelijk niet een ontvankelijkheidsvereiste zou zijn en laat naar mijn mening daarmee een gedachtenwisseling in de Eerste Kamer ten onrechte zwaarder wegen dan de ook door haar opgemerkte algemene bedoeling van de wetgever met de introductie van het ouderschapsplan, die ook al uit het hiervoor genoemde concurrerende wetsvoorstel van Luchtenveld naar voren kwam. Naar mijn mening dient gewaakt te worden voor het wijd openzetten van de poort van echtscheiding op eenzijdig verzoek, teneinde op die wijze het opstellen van een ouderschapsplan te omzeilen; Wortmann, 2010, p. 47 en 48. Vgl. in dit verband ook Lenters, 2010, p. 101. Ter zake van de door mij gevreesde chicanes zij verwezen naar Ackermans-Wijn en Brands-Bottema die hiervan een overzicht geven; Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (B), p. 181 en 182.

42 De Bruijn-Lückers, 2010, p. 89 en 90; Rb. Rotterdam 17 juli 2009, *LJN* BK1422.

43 Handelingen *I* 2008/09, nr. 8, p. 403.

44 Vgl. artikel 2.3 Procesreglement Scheiding.

Indien dit niet het gewenste resultaat heeft, zal de rechter de ouders vervolgens naar 'een mediator' verwijzen. Als zou blijken dat ook daarna nog geen ouderschapsplan is opgesteld, biedt lid 6 van het genoemde artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de rechter de mogelijkheid om partijen niet ontvankelijk te verklaren, als hij van mening is dat het in het specifieke geval niet zo is dat niet van de ouders zou kunnen worden gevraagd om een ouderschapsplan op te stellen.

In dat geval resteert nog slechts de mogelijkheid voor partijen om een eenzijdig verzoek tot echtscheiding in te dienen met alle bezwaren die daaraan kleven.[45]

Mijns inziens dient de rechter zich steeds zeer terughoudend op te stellen waar het betreft de mogelijkheid die de wet hem in artikel 815 lid 6 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt om, ingeval het overleggen van het ouderschapsplan redelijkerwijs niet mogelijk is, daarin zelf te voorzien.

De verplichting voor ouders die willen scheiden om een ouderschapsplan op te stellen en dit aan de rechter voor te leggen in het kader van hun (gemeenschappelijk) verzoek tot echtscheiding is eenmalig. Indien door hen later wijzigingen worden aangebracht in de in het ouderschapsplan vastgelegde afspraken, bestaat derhalve niet de verplichting om opnieuw naar de rechter te gaan.

Het ouderschapsplan vormt een dynamisch onderdeel van het echtscheidingsconvenant – waarvan het in de meeste gevallen onderdeel zal uitmaken – en is derhalve onderhevig is aan veranderingen. Deze hangen samen met het opgroeien van het kind, alsmede met de levensloop van zowel het kind als ieder van de ouders. Voor de ouders is het daarom zaak goede afspraken met elkaar te maken over een periodieke evaluatie van de door hen in het ouderschapsplan opgenomen afspraken, alsook over de manier waarop wijzigingen van de door hen gemaakte afspraken en door hen nieuw te maken afspraken tot stand zullen komen en worden vastgelegd.

8.8 De positie van het kind

In de hier besproken wet wordt slechts bepaald dat in het verzoekschrift tot echtscheiding (waarbij het ouderschapsplan wordt overgelegd) dient te worden vermeld op welke wijze het kind is betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.[46] Dit werpt de vraag op naar de wijze waarop het kind door zijn ouders bij het scheidingsproces moet worden betrokken.

---

45 Vgl. ook Wortmann die stelt dat een eenzijdig verzoek tot scheiding niet niet-ontvankelijk zal worden verklaard als er geen ouderschapsplan is overgelegd; Wortmann, 2010, aantekening 2 bij Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

46 Artikel 815 lid 4 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

In mediation is steeds gebruikelijker dat de ouders met de mediator een gesprek voeren ter voorbereiding op het gesprek dat zij zelf met de kinderen voeren en waarin zij hun vertellen dat zij zullen gaan scheiden. Dit gesprek wordt door Hoefnagels het paraplugesprek genoemd.[47]

De bedoeling van een dergelijk gesprek is in de kern dat de ouders hun kinderen gezamenlijk vertellen dat ze weliswaar gaan scheiden, maar dat ze beiden ouders blijven en het kind niet tussen hen beiden hoeft te kiezen: ouders kunnen scheiden van elkaar, maar niet van hun kind.

Vervolgens wordt door de ouders een (concept-)ouderschapsplan opgesteld, waarna de mediator een gesprek voert met de kinderen. Dit gesprek heeft geen andere strekking dan het kind in de gelegenheid te stellen te worden gehoord (uit hoofde van de hiervoor aangehaalde bepaling uit het Verdrag inzake de rechten van het kind) en zelf te vertellen hoe het de scheiding ervaart en te spreken over zijn voorkeuren voor de periode na de scheiding.[48]

De Wet scheiding en ouderschap voorziet er niet in dat de rechter die het ouderschapsplan controleert, het kind oproept en met hem spreekt over de inhoud daarvan. Wel bepaalt artikel 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter in zaken betreffende minderjarigen geen beslissing neemt voordat hij een minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid heeft gesteld om zijn mening aan hem kenbaar te maken. Met betrekking tot een minderjarige die jonger is dan twaalf jaar, geldt dat de rechter deze in de gelegenheid kan stellen om aan hem zijn mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze.

Aangenomen moet worden dat alleen in die gevallen waarin het ouderschapsplan vragen oproept, dit onder de maat is of de rechter van oordeel is dat het ouderschapsplan aanpassing behoeft, het bepaalde in artikel 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering door hem zal worden toegepast.

8.9 De rechten die voortvloeien uit het ouderlijk gezag

Artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt in het verband van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden dat ouders daarin niet kunnen afwijken van de rechten die voortspruiten uit het ouderlijk gezag.[49] De wetgever heeft derhalve aanleiding gezien om niet te volstaan met het bepaalde

47 Hoefnagels, 2007, p. 99 e.v..

48 Voor ogen moet in dit verband steeds worden gehouden dat de ouders met het gezag over hun kind zijn belast en zij uiteindelijk beslissingen nemen. De mediator dient er dan ook voor te waken dat bij het kind de indruk wordt gewekt dat zijn wensen door de ouders zullen worden gehonoreerd. Anderzijds behoort de mediator de ouders ook te wijzen op het spanningsveld dat bestaat omdat ouders het gezag hebben en beslissen, terwijl het kind daar de gevolgen van ondervindt.

49 Luijten en Meijer wijzen op de vroegere universele betekenis van huwelijkse voorwaarden waarvan deze bepaling een overblijfsel is; Luijten-Meijer, 2005, p. 211.

in het eerste lid van dit artikel dat stelt dat huwelijkse voorwaarden niet strijdig mogen zijn met dwingende wetsbepalingen, goede zeden of de openbare orde.[50]

Met De Boer moet worden aangenomen dat de zin van de bepaling is gelegen in het feit dat aldus de dwingendrechtelijke aard van deze rechten buiten twijfel wordt gesteld.[51]

Stille is in dit licht van mening dat het derde lid van artikel 121 alleen betrekking heeft op vermogensrechtelijke aspecten *omdat de regels van het familierecht naar hun aard al (nagenoeg uitsluitend) dwingend recht behelzen*.[52]

De bepaling ziet mijns inziens echter op de rechten van zowel familie- als vermogensrechtelijke aard. Slechts waar het betreft de eerste categorie kan worden gesteld dat deze tevens van openbare orde zijn en zich in de eerste plaats op die grond onttrekken aan de contracteervrijheid van echtgenoten.[53]

Dit is ook juist omdat vanuit ethisch perspectief bezien onaanvaardbaar en overigens moeilijk voorstelbaar zou zijn dat door ouders wordt onderhandeld over deze direct statusgerelateerde rechten.[54] Het moge duidelijk zijn dat de in het Nederlandse recht geldende gelijkwaardigheid van de posities die ouders ten opzichte van elkaar jegens hun kind innemen, in het tegenovergestelde geval vrijwel per definitie in het gedrang zou komen.

Ten aanzien van de vermogensrechtelijke rechten die uit het ouderschap voortvloeien rijst de vraag of de wetgever echtgenoten terecht verbiedt om afspraken te maken over zaken als het bewind over het vermogen van het kind en het ouderlijk vruchtgenot.[55]

Enerzijds zou het antwoord kunnen zijn dat hier sprake is van een zodanig nauwe band met de rechten uit de eerste categorie dat het maken van onderscheid op het terrein van de contractvrijheid niet aangewezen is.

Anderzijds zou ik echter menen dat heel wel betoogd kan worden dat het hier gaat om fundamenteel andersoortige rechten, van vermogensrechtelijke aard of een zeer nauwe samenhang daarmee vertonend en dat bepalingen van regelend recht daarom kunnen volstaan.

De wetgever vaart in dezen ook niet steeds een vaste koers. Zo bepaalt artikel 253i Boek 1 Burgerlijk Wetboek in het eerste lid dat de ouders het kind gezamenlijk vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen, met dien

---

50 Dit betreft een herhaling van hetgeen reeds geldt op basis van hetgeen in artikel 3:40 lid 1 Burgerlijk Wetboek is bepaald.

51 Asser-De Boer, 2010, p. 352.

52 Stille, 2010, aantekening 4 bij Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

53 Praktisch bezien leiden beide opvattingen mijns inziens overigens tot hetzelfde resultaat.

54 In herinnering moet hier voorts worden gebracht dat gelijkwaardigheid van beide ouders ter zake van de uit het ouderschap voortvloeiende rechten van verzorging en opvoeding van kinderen al door Domat werd bepleit op grond van het natuurrecht; vgl. E.P. Rijks, *Omgang moet: een rechtshistorisch onderzoek betreffende voogdij, ouderlijk gezag na echtscheiding en omgangsrecht in relatie tot de recente wetsvoorstellen*, Nieuwegein: SBO 1987, p. 37.

55 Respectievelijk de artikelen 253i en 253l Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

verstande dat een ouder alleen daartoe ook bevoegd is, mits niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken.

Dat de door mij gestelde gelijkwaardigheid van elk van beide ouders de centrale norm is in het Nederlandse familierecht blijkt duidelijk uit artikel 251 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, dat als hoofdregel geeft dat beide ouders gedurende het huwelijk gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun kind en dat deze hoofdregel nog bevestigt door te bepalen dat dit gezamenlijk gezag voortduurt na echtscheiding.

Artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek noemt in het eerste lid vervolgens expliciet het recht van elke met gezag belaste ouder zijn kind te mogen verzorgen en op te voeden maar toont tegelijkertijd de andere zijde van de medaille door ieder van de ouders ook de plicht tot verzorging en opvoeding van zijn kind op te leggen: recht en plicht zijn in dit verband derhalve niet los van elkaar te zien.[56]

8.10 De verplichtingen die voortvloeien uit het ouderlijk gezag

Waar de wet in het derde lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek duidelijkheid schept ten aanzien van de rechten die uit het ouderlijk gezag voortvloeien, ontbreekt een vergelijkbare bepaling over de voor ouders uit het ouderlijk gezag voortvloeiende verplichtingen.

Dàt aan het ouderschap verplichtingen zijn verbonden spreekt voor zich en blijkt uit het hiervoor aangehaalde artikel 247 Boek 1 lid 1 Burgerlijk Wetboek; voorts worden deze – soms impliciet – ook verwoord door een aantal bepalingen in de Titels 11 tot en met 15 en 17 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[57]

Het ontbreken van een verbod op het afwijken door echtgenoten van de plichten die door de wet worden verbonden aan het ouderschap, zou tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat het ouders kennelijk – in algemene zin – vrij staat ter zake van deze plichten met elkaar overeen te komen.

Kraan neemt echter als vanzelfsprekend aan dat de bepalingen met betrekking tot het ouderlijk gezag van dwingend recht zijn zodat daarvan niet kan worden afgeweken.[58] Luijten en Meijer stellen – iets genuanceerder – dat de regels van het familierecht in het algemeen dwingendrechtelijk van aard zijn en dat aan huwelijkse voorwaarden geen eigenstandige familierechtelijke inslag toe zou komen.[59]

---

56 Zie voor een korte beschrijving van het wetgevingsproces dat het toegroeien naar de desbetreffende gelijkwaardigheid van beide ouders reflecteert: M.J.C. Koens en C.G.M. van Wamelen, *Kind en scheiding*, 's-Gravenhage: Vermande 2001, p. 51 e.v..

57 Vgl. bijvoorbeeld het eerder genoemde artikel 253i en de artikelen 395a en 404 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

58 Kraan, 2008, p. 165.

59 Luijten-Meijer, 2005, p. 219.

Zoals door mij in hoofdstuk 5 beargumenteerd, verzet niets zich er tegen om in huwelijkse voorwaarden ook andere dan vermogensrechtelijke afspraken op te nemen, waaronder begrepen afspraken van familierechtelijke aard.[60] Dit neemt uiteraard niet weg dat ook dan niet kan worden afgeweken van familierechtelijke bepalingen die van dwingend recht zijn.

8.11 Afspraken tussen ouders met gezamenlijk gezag

Het gestelde in paragraaf 8.10 leidt echter niet tot de conclusie dat elke contractuele afspraak tussen ouders over rechten en plichten die voortvloeien uit het ouderschap steeds nietig is.

In het algemeen kan veeleer worden gesteld dat de wijze waarop door hen invulling zal worden gegeven aan de uit het ouderschap voortvloeiende rechten en met name ook hoe door hen de aan het ouderschap verbonden verplichtingen zullen worden uitgevoerd, juist onderwerp kan – of beter: moet – zijn van een door de ouders te sluiten overeenkomst met betrekking tot het ouderschap.

Voor deze stelling kan een aantal argumenten worden aangevoerd. In de eerste plaats noopt het gegeven van twee personen die in hun hoedanigheid van ouders een ten opzichte van elkaar gelijkwaardige positie innemen jegens hun kind, de desbetreffende personen *ipso facto* tot het maken van afspraken over de rol die ieder van hen in dit spectrum zal vervullen.

Enigszins paradoxaal kan in dit verband – naar analogie van de rechtspositie van echtgenoten binnen het verband van de huwelijksgemeenschap –, worden opgemerkt dat ieder van de ouders bevoegd is zijn ouderschapsrechten volledig uit te oefenen onder respectering van de gelijke bevoegdheid van de andere ouder.

Eenzelfde situatie doet zich voor waar het de ouderschapsverplichtingen betreft, zij het uiteraard dat het een bevoegdheid betreft die niet ter discretie van elk van beide ouders staat maar dwingt tot handelen. Dat hierdoor door de ouders met regelmaat dient te worden geopereerd in een zeker spanningsveld wordt vooral duidelijk na echtscheiding.

Een tweede argument wordt aangereikt door het feit dat de wetgever nadere uitwerking van de wijze waarop beide ouders zich ten opzichte van elkaar dienen te manifesteren achterwege heeft gelaten en heeft volstaan met het formuleren van de norm, de bedoelde uitwerking daarmee overlatend aan de beide ouders.

Indien de wetgever immers geen uitlatingen doet over wat hem voor ogen staat waar het betreft de (praktische) consequenties van de door hem geïntroduceerde norm, roept hij voor de ouders de noodzaak in leven om

60 In deze zin ook Stille, 2010, aantekening 4 bij Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Overigens is het ook goed mogelijk om een ouderschapsplan op te nemen in een onderhandse schriftelijke overeenkomst.

over te gaan tot het maken van nadere afspraken ter zake. De visie van De Graaf lijkt mij in dezen juist:

> In de ouder-kind relatie wordt solidariteit verondersteld en tegen deze achtergrond genieten ouders een grote mate van autonomie bij de wijze waarop zij aan hun taak als ouder invulling geven.[61]

Tevens kan worden gewezen op artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek, dat in het vijfde lid bepaalt dat de rechter, alvorens een uitspraak te doen, een vergelijk tussen de ouders dient te beproeven, welk artikel mitsdien aldus kan worden gelezen dat het de rechter opdraagt om de ouders te stimuleren om samen afspraken te maken teneinde tot een oplossing te komen voor hun geschil.[62]

8.12 Jurisprudentie ouderlijk gezag

Uit de jurisprudentie omtrent het ouderlijk gezag kan als algemene lijn worden gedestilleerd dat ouders die gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kind, gehouden zijn met elkaar te overleggen over de verzorging en opvoeding van hun kinderen en in samenspraak beslissingen te nemen in belangrijke kwesties.

Zo houdt de rechtbank Utrecht een moeder op basis van deze norm voor dat ouders ingeval van gezamenlijk gezag gehouden zijn:

> (...) om belangrijke beslissingen over de kinderen gezamenlijk te nemen en in ieder geval daarover met elkaar te overleggen.[63]

Verscheidene uitspraken maken voorts duidelijk dat de door ouders gemaakte afspraken door rechters zeer serieus worden genomen zolang deze in het belang van het kind zijn; eenzijdige aanpassing daarvan door één van de ouders wordt in beginsel in strijd met dit belang geacht.[64]

Alleen in uitzonderlijke gevallen worden gemaakte afspraken aangepast door de rechter. Zo liet het Hof Amsterdam bij diens beslissing om een door de ouders gesloten ouderschapsplan *avant la lettre* (kinderconvenant) niet te eerbiedigen de zorg van de vrouw over het gedrag van de vader als travestiet zwaar meewegen, alsmede het feit dat niet vaststond dat deze zijn overmatige alcoholgebruik uit het verleden onder controle had gekregen. Met name de eerste omstandigheid achtte het Hof schadelijk voor de ontwikkeling van de kinderen en derhalve niet in hun belang.[65]

---

61 De Graaf, 2003, p. 27.

62 Vgl. in dit verband ook de conclusie van A.G. Wesseling-Van Gent bij HR 10 november 2006, *LJN* AY8773.

63 Rb. Utrecht 18 augustus 2006, *RFR* 2006, 13.

64 Vgl. bijvoorbeeld Hof Arnhem 3 november 2009 *LJN* BK7534..

65 Hof Amsterdam 13 oktober 2005, *LJN* AY8773; *RvdW* 2006, 1065; vgl. ook HR 10 november 2006, *LJN* AY8773. Vgl. voorts Hof Amsterdam 6 juli 2006, *LJN* AY 3929.

Ook is in verschillende uitspraken vastgesteld dat een door de ouders gemaakte afspraak die tot gevolg heeft dat een van hen ontslagen wordt uit diens uit artikel 404 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voortvloeiende plicht bij te dragen in het levensonderhoud van het kind, nietig is.[66] Een dergelijke afspraak is mijns inziens ook per definitie in strijd met het belang van het kind.

Het betreft hier uitspraken in echtscheidingszaken maar dit doet uiteraard niets af aan de algemene geldigheid van de norm, die bijvoorbeeld ook door de rechtbank Utrecht in de door mij aangehaalde uitspraak wordt benadrukt.

8.13 De juridische kwalificatie van het ouderschapsplan

Het is opmerkelijk dat in de parlementaire stukken vrijwel niets is te vinden over het antwoord op de vraag hoe het ouderschapsplan juridisch dient te worden gekwalificeerd.[67]

Met Nuytinck neem ik echter aan dat – ondanks het feit dat de benaming 'plan' wellicht anders doet vermoeden –, het ouderschapsplan moet worden geduid als een overeenkomst met een familierechtelijk karakter.[68]

Wortmann neemt eveneens aan dat het ouderschapsplan een overeenkomst betreft, waar zij stelt:

> Hoewel niet wettelijk geregeld, is het de bedoeling dat het ouderschapsplan door beide ouders is ondertekend.[69]

Ook Doek gaat er van uit dat een ouderschapsplan een overeenkomst is,[70] evenals Ackermans-Wijn en Brands-Bottema.[71]

---

66 Asser-De Boer, 2010, p. 924. Wel kan geldig worden overeengekomen dat de bijdrage van een ouder op nul wordt gesteld, bijvoorbeeld indien de echtgenoten ervoor kiezen om uit fiscale overwegingen een hogere partneralimentatie overeen te komen. Vgl. ook Wortman en Van Duijvendijk-Brand die stellen dat de rechter in het algemeen niet gebonden is aan een door de ouders gesloten overeenkomst betreffende de onderhoudsbijdrage voor hun kind; Wortmann en Van Duijvendijk-Brand, 2009, p. 165. Ik onderschrijf hun opvatting indien deze veronderstelt dat de rechter daarbij de maatstaf van het belang van het kind hanteert.

67 In de Eerste Kamer is tijdens de behandeling van de Wet scheiding en ouderschap ook uitgesproken dat het ouderschapsplan een overeenkomst betreft; Handelingen *I* 2008/09, p. 8.

68 Vgl. Nuytinck in diens editorial voor *WPNR* 2009/6800, p. 427.

69 Wortmann, 2010, aantekening 2 bij Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

70 Doek, 2010, aantekening 1 bij Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

71 Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (B), p. 181. Deze auteurs wijzen er ook op dat aanvankelijk in het wetsvoorstel de eis van ondertekening van het ouderschapsplan was opgenomen, welke eis zonder motivering is komen te vervallen ten gevolge van een amendement dat een andere strekking had.

Door vast te stellen dat een ouderschapsplan een overeenkomst betreft die *familierechtelijk* van aard is wordt duidelijk gemaakt dat dit een zeer bijzondere overeenkomst is.

Met betrekking tot de huwelijksovereenkomst wordt door Hartkamp betoogd dat dit geen obligatoire overeenkomst is, doch een *contractus sui generis* [72] en ik ben geneigd hetzelfde te verdedigen waar het betreft het ouderschapsplan.

In de eerste plaats kan daartoe – naar analogie van de door Hartkamp voor het huwelijkscontract gegeven onderbouwing – het argument worden aangevoerd dat een ouderschapsplan alleen kan worden aangegaan door personen die de ouders van een kind zijn in de door de onderhavige wet bedoelde zin. Er is derhalve sprake van een sterke beperking ter zake van de keuze van de contractpartner.

Voorts is slechts in het geval dat een ouder kinderen uit verschillende relaties heeft, denkbaar dat voor hem twee of meer ouderschapsplannen tegelijk van kracht zijn.

Een derde, bepaald overtuigend, argument is dat ingeval van echtscheiding geen sprake is van contractvrijheid maar zelfs van contractdwang. Zoals hiervoor besproken dienen ouders dan op straffe van niet-ontvankelijkheid in dan wel het aanhouden van hun verzoek tot echtscheiding een ouderschapsplan op te stellen.

Hiermee is overigens niet gezegd dat ouders niet op een ander moment dan voorafgaand aan de echtscheiding een ouderschapsplan zouden mogen opstellen. Ik betoog hierna in paragraaf 8.17 juist dat ouders voorafgaand aan of tijdens het huwelijk een ouderschapsplan zouden moeten opnemen in huwelijkse voorwaarden.[73]

Tot slot heeft – zoals reeds besproken – het familierecht een dwingendrechtelijk karakter, hetgeen ook tot uitdrukking komt in de in artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen normen, welke normen de pijlers van een ouderschapsplan vormen. Ouders dienen hiermee terdege rekening te houden bij het opstellen van een ouderschapsplan.

Anders dan ingeval van de huwelijksovereenkomst, wordt de overeenkomst die het ouderschapsplan is slechts zeer summier in de wet geregeld en aanvaard moet daarom worden dat de door de wet in de Boeken 3 en 6 gegeven bepalingen voor de obligatoire overeenkomst *mutatis mutandis* van toepassing zijn op het ouderschapsplan.[74]

---

72 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 18 e.v..

73 Voor de goede orde merk ik op dat aan het ouderschapsplan door de wetgever geen vormvereisten zijn verbonden. Wel moet worden aangenomen dat dit een schriftelijke overeenkomst dient te zijn.

74 De door Nuytnck in diens editorial voor *WPNR* 2009/6800 op p. 427 gestelde vraag of ingeval van wanprestatie nakoming of ontbinding van het ouderschapsplan kan worden gevorderd, dan wel schadevergoeding dient naar mijn mening dan ook bevestigend te worden beantwoord, zij het vanzelfsprekend met inachtneming van het bijzondere karaker van deze overeenkomst.

8.14 Wat maakt een ouderschapsplan tot een goed ouderschapsplan?

In een ouderschapsplan dienen in elk geval de genoemde drie wettelijke thema's te worden uitgewerkt: de verdeling tussen de ouders van de zorg- en opvoedingtaken met betrekking tot het kind, de wijze waarop de ouders elkaar informatie verschaffen en met elkaar overleggen en afspraken over het dragen van de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

Indien deze onderwerpen – binnen het hiervoor beschreven dwingendrechtelijke kader – zijn uitgewerkt, kan naar mijn mening echter niet worden gesteld dat daarmee een goed ouderschapsplan tot stand is gekomen.[75]

Wil sprake zijn van een ten minste toereikend ouderschapsplan, dan zullen de door de wet genoemde onderwerpen daarin verder inhoudelijk moeten zijn uitgewerkt en zullen de ouders voorts ook afspraken hebben gemaakt over een groot aantal andere thema's, zoals bijvoorbeeld over het feitelijk verblijf van de kinderen bij ieder van hen, over het handelen van de ouders in medische aangelegenheden die hun kind betreffen, over vakanties, feestdagen, schoolkeuze en communicatie met de school, respectievelijk participatie in de schoolactiviteiten door ieder van de ouders, over de omgang na de scheiding met de grootouders en andere familieleden, over de introductie in het leven van een kind van een nieuwe partner[76] bij een van de ouders, maar ook over heel praktische punten als bijvoorbeeld de wettelijke aansprakelijkheid van de ouders voor het kind, bedtijden en andere opvoedingsregels en de huisregels in beide huizen.

Bijzondere aandacht verdient in dit kader het maken van een evenwichtige afspraak over het verhuizen van een van de ouders in de periode waarin ouders samen het gezag over hun kind hebben en een ouderschapsplan hebben gemaakt dat daaraan invulling geeft.

Uit een relatief groot aantal rechterlijke uitspraken over dit thema kan worden afgeleid dat rechters niet snel meegaan met een ouder die eenzijdig de door de ouders overeengekomen regeling met betrekking tot het kind verbreekt indien sprake is van gelijkwaardige verdeling van de zorg- en opvoedingstaken.[77]

---

75 Deze paragraaf is deels geïnspireerd door een voordracht voor de Vereniging voor Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN) in oktober 2007 van J.G. Luiten, als rechter verbonden aan de familiesector van de Rechtbank Arnhem.

76 Het in opdracht van het ministerie van Jeugd en Gezin en in nauwe samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek door E-Quality opgestelde onderzoeksrapport *Nieuwe gezinnen, scheidingen en de vorming van stiefgezinnen* (2008) maakt duidelijk dat de komst van een stiefouder grote veranderingen en instabiliteit mee kan brengen.

77 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Utrecht 18 augustus 2006, *RFR* 2007, 13; Rb. Haarlem 28 december 2006, *RFR* 2007, 51, Rb. Roermond 7 mei 2008, *RFR* 2008, 101 en Hof Arnhem 29 augustus 2006, *RFR* 2006, 114. Groenleer toont zich dezen naar mijn oordeel veel te stellig waar hij concludeert dat als hoofdregel zou gelden dat het de moeder is toegestaan met het kind te verhuizen; Groenleer, 2008, p. 83. Anders ook Schrama en Vonk die waar het betreft de norm van gelijkwaardig ouderschap *hoogstens een kwalitatieve verplichting* bepleiten maar daarbij naar mijn mening de parlementaire geschiedenis geen recht doen; Schrama en Vonk, 2009, p. 228.

Wel heeft de Hoge Raad, zoals reeds aangehaald, beslist dat het niet zo is dat het belang van het kind bij geschillen tussen de ouders over hun gezamenlijke gezagsuitoefening altijd zwaarder weegt dan andere belangen; de rechter dient bij zijn beslissing over dergelijke geschillen alle omstandigheden van het geval in acht te nemen.[78]

Een goed ouderschapsplan kent echter een hoger ambitieniveau. De totstandkoming daarvan brengt bij de ouders een bewustwordingsproces op gang en dwingt hen om over de meeste facetten van ouderschap (na scheiding) na te denken en daar met elkaar over te praten. Een goed ouderschapsplan bevat – naast een gedetailleerde uitwerking van de drie wettelijke thema's en afspraken over de genoemde andere onderwerpen –, daarom in elk geval ook een considerans, laat zien dat er over belangrijke dingen is nagedacht door de ouders, sluit aan op de behoeften (en capaciteiten) van de betrokken ouders en het kind en brengt dit tot uitdrukking, maakt het groeiproces zichtbaar en voelbaar, behoeft beslist niet een dichtgetimmerde overeenkomst te zijn, geeft inzicht in het denkproces daar waar nog geen sluitende regeling tot stand kan worden gebracht, biedt ouders een eenvoudige toegang tot nader overleg, is dynamisch en draagt er zorg voor dat afspraken toetsbaar zijn.

Een goed ouderschapsplan zal mitsdien vaak een groeimodel zijn, waarin de ouders de scheiding en dat wat in die fase mogelijk is als vertrekpunt nemen – met inachtneming van de thans vigerende wettelijke normen – en waarin zij voorts doelstellingen formuleren die door hen in de loop van de tijd haalbaar worden geacht, alsmede de weg waarlangs de desbetreffende doelstellingen door hen gezamenlijk zullen worden nagestreefd.

Een ouderschapsplan dat niet in voldoende mate uitdrukking geeft aan de bedoelde normen, is geen goed ouderschapsplan en dient naar mijn oordeel door de rechter te worden aangepast.

Wat zwaarder weegt is echter dat een ouderschapsplan waarin de genoemde normen niet naar voren komen, in beginsel niet in het belang is van het kind.

Casus

In een mediation verschijnen echtgenoten met twee kinderen die respectievelijk 7 en 9 jaar zijn. De man is verliefd geworden op de beste vriendin van zijn vrouw en is een half jaar geleden bij haar ingetrokken.

Partijen hebben een huis waarvan zij ieder voor de helft eigenaar zijn (overwaarde ongeveer € 400.000,-). De man heeft tijdens het huwelijk een goed inkomen verdiend (€ 100.000,- bruto), maar is een jaar voorafgaand aan de scheiding een eigen BV begonnen in horecaexploitatie. Dit bedrijf loopt soms goed en soms komt er maanden vrijwel niets binnen.

De vrouw is van mening dat de man deze onzekere inkomenssituatie aan zichzelf te danken heeft en zij vindt dat hij maar moet zorgen dat hij weer zijn oude inkomen verdient; de te maken alimentatieafspraken moeten wat haar betreft in elk geval dat oude inkomen tot uitgangspunt nemen.

78 HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 414, m.nt. SFMW.

De man stelt dat de beslissing om een eigen bedrijf te beginnen door hen samen is genomen en dat de daarbij behorende risico's dan ook voor rekening van hen beiden moeten komen. De vrouw heeft een universitaire opleiding, maar heeft sinds de komst van de kinderen niet meer gewerkt, min of meer in overleg met de man, die het volgens de vrouw ook heel goed uitkwam dat zij veel thuis was. Zij heeft in die periode wel tamelijk kostbare cursussen en trainingen gevolgd om zich te bekwamen in public relations en schriftelijke communicatie.

De vrouw heeft voorts een eigen bureau opgericht dat trainingen en cursussen op deze terreinen aanbiedt. Dit bureau begint kort na de feitelijke scheiding een klein beetje te lopen. De man vindt dat de – door hem betaalde – opleidingen die de vrouw heeft gevolgd haar heel goed in staat stellen om zelf op een goede wijze in haar levensonderhoud te voorzien, te meer omdat hij graag veel voor de kinderen wil zorgen, waardoor de vrouw ook tijd heeft om cursussen en trainingen te geven.

De vrouw heeft geen principiële bezwaren tegen een grotere ouderrol van de man, maar vreest dat hij die grotendeels zal laten invullen door zijn nieuwe vriendin, te meer omdat de man tijdens het huwelijk wel steeds goede voornemens koesterde, maar als het er op aankwam weinig tijd voor de kinderen had.

In het tweede mediationgesprek stelt de vrouw: "Ik heb jou moeten vertellen dat je wilde scheiden".

De mediation verloopt moeizaam, omdat partijen slecht met elkaar communiceren. De vrouw heeft grote moeite met het feit dat de man samenwoont met haar (gewezen) beste vriendin. De vrouw is ook tamelijk dominant en erg veel aan het woord. Partijen slagen er niettemin in om samen een partneralimentatieplan[79] uit te werken. Voorts is duidelijk geworden dat het huis zal worden verkocht en ieder zelf een huis gaat kopen, te financieren met het eigen aandeel in de overwaarde.

Het voorgaande brengt mee dat het ouderschapsplan moeizaam tot stand komt: de man wil toe naar een echt 'co-ouderschap', de vrouw niet. Zij toont zich wel bereid om te praten over een vorm van gedeeld ouderschap.

Uiteindelijk slagen partijen erin om in te zien dat ouderschapsplan en partneralimentatieplan zich als communicerende vaten tot elkaar verhouden: als de een meer gaat werken moet de ander meer zorgen en omgekeerd.

Zij stemmen vervolgens beide regelingen op zodanig genuanceerde wijze op elkaar af dat deze tot gevolg hebben dat – na verloop van een periode van vier jaren – de zorg voor de kinderen gelijk tussen hen zal zijn verdeeld, ieder van hen zelf in het eigen levensonderhoud voorziet en de kosten van de kinderen door ieder van hen voor de helft worden gedragen.

De in deze casus door partijen gemaakte afspraken bewerkstelligen dat de man zijn (werkzame) leven zo dient in te richten dat gedeeld ouderschap binnen een zekere termijn realistisch wordt en het door hem gewenste 'co-ouderschap' in zicht komt op de iets langere termijn.

De vrouw neemt in deze context de inspanningsverplichting op zich om stappen te ondernemen die ertoe leiden dat zij binnen een bepaalde periode een eigen inkomen genereert en die voorts meebrengen dat zij na het overeengekomen aantal jaren in het geheel geen partneralimentatie meer behoeft te ontvangen van de man en tevens een aan die van de man gelijke bijdrage kan leveren in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen.

In deze casus is het logisch – en mijns inziens ook onvermijdelijk – dat in het begin aansluiting wordt gezocht bij de feitelijke situatie welke tijdens het huwelijk is ontstaan, al dan niet op grond van concrete, bewust door de echt-

79 Vgl. Schonewille, 2008 (B).

genoten gemaakte afspraken daarover en dat zij vervolgens langzaam toegroeien naar een geformuleerd einddoel.

8.15 Handhaving van afspraken tussen ouders met gezamenlijk gezag

De Hoge Raad heeft recentelijk benadrukt dat het recht van de ouders om te bepalen in welke mate en omvang zij gestalte willen geven aan hun uit het (gezamenlijk) gezag voortvloeiende recht op omgang met hun kind vooropstaat, echter onverminderd hetgeen het belang van het kind vordert.

Voorts stelt hij in dezelfde uitspraak vast dat het uitgangspunt van de wetgever is dat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de ouders betreft om een regeling tot stand te brengen ten aanzien van het contact tussen het kind en de ouder bij wie het niet verblijft.[80]

Hieruit kan derhalve de gevolgtrekking worden gemaakt dat ook onder gelding van de Wet scheiding en ouderschap de contractvrijheid van ouders met gezamenlijk gezag voorop staat bij het invulling geven aan de hiervoor besproken, door de wet gegeven normen voor het opstellen van een ouderschapsplan.

De desbetreffende normen zelf staan, zoals hiervoor beargumenteerd, echter niet tot hun vrije beschikking.

Tijdens de behandeling van het hiervoor genoemde initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld is veel aandacht besteed aan de handhaving van de door de ouders in een ouderschapsplan opgenomen afspraken, dan wel van de door de rechter aan de ouders opgelegde regeling. Dit vloeide uiteraard ook voort uit de door de initiatiefnemer zelf ingediende motie die mede ten grondslag heeft gelegen aan dit wetgevingsproces.

In de eerste plaats is daarbij van belang het antwoord op de vraag in hoeverre de door de ouders in het ouderschapsplan gemaakte afspraken afdwingbaar zijn indien het ouderschapsplan onderdeel uitmaakt van een echtscheidingsconvenant, hetgeen in de regel het geval zal zijn.

Artikel 819 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt dat de rechter op verzoek van de echtgenoten of van een van hen de door hen in het echtscheidingsconvenant getroffen regelingen geheel of gedeeltelijk in zijn beschikking kan opnemen. In dit verband noemt het artikel in het bijzonder de door de echtgenoten gemaakte afspraken omtrent uitkeringen tot levensonderhoud en die omtrent de kosten van verzorging en opvoeding van een minderjarige.

Hierdoor wordt krachtens de artikelen 430 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een executoriale titel verworven, op grond waarvan een deurwaarder is gemachtigd om over te gaan tot de executie die uit de desbetreffende titel – de beschikking van de rechter – voortvloeit.

---

80 HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008, 51, m.nt. SFMW.

Een alternatief voor de rechterlijke beschikking is de notariële akte: afspraken die door de echtgenoten in de vorm van deze authentieke akte zijn vastgelegd, leveren immers eveneens een executoriale titel op.

Duidelijk mag echter zijn dat een dergelijke directe tenuitvoerlegging door de deurwaarder alleen aan de orde kan zijn ingeval van eenduidige afspraken die vrijwel altijd betrekking hebben op het verschuldigd zijn van een direct herleidbare geldsom door de ene echtgenoot aan de andere. Dit blijkt ook uit de in artikel 819 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gegeven voorbeelden.

Waar het betreft de in het ouderschapsplan opgenomen afspraken, betekent dit dat directe tenuitvoerlegging door de deurwaarder eigenlijk alleen aan de orde kan zijn indien de ene ouder zijn verplichting tot het betalen van de afgesproken bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen jegens de andere ouder niet nakomt.[81]

De vraag op welke wijze de overigens door de ouders in het ouderschapsplan gemaakte afspraken kunnen worden geëffectueerd door een van hen, dringt zich derhalve op.

In de memorie van antwoord[82] wordt door de minister van Justitie ingegaan op de vraag van de woordvoerders in de Eerste Kamer naar de instrumenten die kunnen worden gehanteerd om de verdeling van de overeengekomen zorg- en opvoedingstaken daadwerkelijk af te dwingen als de andere ouder daaraan niet of niet voldoende meewerkt.

De minister geeft een overzicht van de desbetreffende civielrechtelijke dwangmiddelen en noemt in dat verband de dwangsom, lijfsdwang, het door de rechter (tijdelijk) toekennen van het eenhoofdig gezag aan de ouder

81 Jonker constateert in haar artikel mijns inziens ten onrechte dat ongehuwde ouders na inwerkingtreding van de nieuwe wet niet vaker dan voorheen over zullen gaan tot het maken van formele afspraken over de verdeling van de kosten van verzorging en opvoeding van hun kinderen, zoals voorgeschreven door artikel 815 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; Jonker, 2008, p. 121 e.v.. Zij miskent hier echter dat samenlevers ingeval van scheiding in vele gevallen de notaris zullen inschakelen voor het opmaken van bijvoorbeeld een akte van verdeling van hun gezamenlijke woning. De zorgplicht van de notaris brengt dan mee dat hij de desbetreffende samenlevers wijst op de verplichting een ouderschapsplan op te stellen ingeval zij gezamenlijke minderjarige kinderen hebben over wie zij gezamenlijk het gezag uitoefenen; zie artikel 247a Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Antokolskaia en Coenraad verwachten dat de verplichting voor ongehuwde ouders een ouderschapsplan op te stellen bij scheiding *wel een volledig dode letter zal zijn*, omdat *elk aanknopingspunt, elke stimulans en elke controlemogelijkheid ontbreken*; Antokolskaia en Coenraad, 2007, p. 312. Om voornoemde reden deel ik hun mening niet. Ook Schrama heeft in haar opinie in *NJB* forse kritiek op het ook aan samenwoners opleggen van de verplichting een ouderschapsplan op te stellen maar ziet naar mijn mening met name over het hoofd dat de wet Scheiding en ouderschap geïnterpreteerd dient te worden in het licht van een scheiding die in mediation wordt geregeld; vgl. ook Wortmann, 2010, aantekening 4 bij Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Dit laat echter onverlet haar terechte kritiek op de sanctie die artikel 247a Boek 1 Burgerlijk Wetboek in het vooruitzicht stelt aan samenwoners die het voorschrift veronachtzamen; *NJB* 2008/10, nr. 576.

82 *EK* 2007/08, 30 145, nr. C, p. 2 e.v.

bij wie het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft, en het onder toezicht stellen van het kind. De door de minister opgesomde dwangmiddelen zijn alle reeds bestaande instrumenten.

Voorts is de mogelijkheid om een bijzonder curator te laten benoemen door de rechter vergemakkelijkt. Deze behoeft niet meer door de kantonrechter te worden benoemd in een aparte verzoekschriftprocedure, maar kan direct door de rechter aan wie een nakomingskwestie is voorgelegd door een van de ouders, worden aangesteld op verzoek van (een van) de ouders of ambtshalve. Een bijzonder curator vertegenwoordigt een kind in en buiten rechte en kan uit dien hoofde in het belang van het kind een sterke positie innemen jegens de ouders.[83]

Verder stelt artikel 253a lid 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk dat de rechter bij zijn beslissing inzake een geschil tussen de ouders in het kader van de gezamenlijke uitoefening van het gezag desverzocht en ook ambtshalve een door de wet toegelaten dwangmiddel kan opleggen. Dit is aan de orde indien tussen de ouders geen vergelijk tot stand komt en het belang van het kind zich daartegen niet verzet.

Ook kan de rechter bepalen dat diens beschikking of onderdelen daarvan met toepassing van artikel 812, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer kunnen worden gelegd. Het tweede lid van dit artikel maakt het inschakelen van de sterke arm mogelijk ingeval van een beschikking uit hoofde van artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient te worden gehandhaafd.

Uit het voorgaande – maar ook uit hetgeen tijdens het verloop van zowel het wetgevingsproces ter zake van het initiatief-wetsvoorstel Luchtenveld, als dat van de onderhavige wet naar voren is gebracht – kan de conclusie worden getrokken dat de wetgever de rechter heeft willen aanmoedigen om in voorkomende gevallen ook daadwerkelijk gebruik te maken van reeds bestaande dwangmiddelen, waarvan naar mijn mening zeker ook een preventieve werking uit zal gaan.

Daarnaast is de gevolgtrekking gerechtvaardigd dat de rechter een uitvoerig en zorgvuldig opgesteld ouderschapsplan zeer serieus zal nemen en de ouder die een gemaakte afspraak schendt, in beginsel tot de orde zal roepen, zo nodig onder het opleggen van een dwangmiddel uit het ruim beschikbare sanctiearsenaal.

Een interessante ontwikkeling is in gang gezet door de rechtbank Leeuwarden, die besliste dat het niet afgeven van een kind door de moeder aan de vader in het kader van een door de rechter opgelegde omgangsregeling van ouders met gezamenlijk gezag, kan vallen onder de reikwijdte van artikel 279 Wetboek van Strafrecht.

83 Vgl. Pieters, 2008.

De rechtbank verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Hoge Raad uit 2005, waarin deze overweegt dat strafrechtelijke vervolging op grond van artikel 279 Wetboek van Strafrecht mogelijk is ingeval een ouder die mede het gezag uitoefent over een kind, dit kind desondanks aan het gezag van de andere gezagdragende ouder onttrekt door zich niet te houden aan een bij rechterlijke beslissing vastgestelde omgangsregeling.[84]

In het door de rechtbank beoordeelde geval acht deze bewezen dat de moeder meermalen en telkens opzettelijk een minderjarige heeft onttrokken aan het wettig over hem gestelde gezag, door de desbetreffende minderjarige telkens niet mee te geven aan diens vader op de tijdstippen die daarvoor waren gesteld in de door de rechter opgelegde omgangsregeling.

Het vorenstaande leidt er in mijn visie toe dat de rechter ex artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek krachtiger zal dienen te handhaven naarmate door de ouders meer zorgvuldigheid aan de dag is gelegd bij het opstellen van het ouderschapsplan, en dat er voor hem anderzijds meer ruimte is voor uitleg, wijziging en met name ook aanvulling van de door de ouders in het ouderschapsplan vastgelegde afspraken, naarmate er door de ouders minder zorg is besteed aan het maken van afspraken in het kader van het ouderschapsplan.

In het eerstbedoelde geval hebben beide ouders zich gecommitteerd aan de afspraken in een door hen op zorgvuldige wijze tot stand gebracht ouderschapsplan en in het tweede geval is dit in het geheel niet of in mindere mate het geval, al naar gelang de mate van zorg die door hen aan de dag is gelegd.

Een voorbeeld van een ouderschapsplan dat in beginsel volledig te handhaven zal zijn en waarop de rechter ex artikel 253a Boek 1 Burgerlijk Wetboek derhalve zijn uitgebreide sanctiearsenaal moet toepassen indien dat nodig is om de gemaakte afspraken te handhaven, is het ouderschapsplan dat door mij wordt bedoeld in paragraaf 8.14.

Een voorbeeld van het andere uiterste – een geheel niet of vrijwel niet handhaafbaar ouderschapsplan – betreft het 'geheel standaard, van internet geplukte ouderschapsplan' als bedoeld door Ackermans-Wijn en Brands-Bottema;[85] in dit geval is elke vorm van zorg en zorgvuldigheid immers achterwege gebleven.

Omdat de rechter die de echtscheiding uitspreekt, slechts de normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient te handhaven, is niettemin in beginsel voorstelbaar dat een ouderschapsplan van de laatstbedoelde soort deze rechter toch passeert, ook indien daarin slechts marginaal wordt

84 Rb. Leeuwarden 5 februari 2009, *LJN* BH2027 en HR 15 februari 2005, *NJ* 2005, 218. De lijn die door de rechtbank is ingezet heeft inmiddels navolging gekregen.

85 Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A), p. 51.

voldaan aan de desbetreffende normen[86] en uitdrukking wordt gegeven aan de door artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan een ouderschapsplan gestelde voorwaarden. Naar mijn oordeel zou deze gang van zaken niettemin in strijd zijn met het doel en de strekking van de Wet scheiding en ouderschap.[87]

Dat een aanpassing van het ouderschapsplan waarschijnlijk niet snel aan de orde zal zijn, blijkt uit de gedachtewisseling in de Eerste Kamer tussen de woordvoerder van de SP, Quik-Schuijt, en de ministers van Justitie en van Jeugd en Gezin, waarin onder meer de volgende passage kan worden aangetroffen:[88]

> (…) Daarbij rijst dezelfde vraag: hoe toets je, zonder de ouders op te roepen, of er wel een goede communicatie is en of gezamenlijk gezag wel in het belang van het kind is? Dat zal met een ouderschapsplan niet anders gaan. De minister denkt toch niet dat in het vervolg alle gemeenschappelijke verzoeken met kinderen op de zitting zullen worden behandeld? De opmerking van de minister op pagina 13 van de memorie van antwoord dat de toets van het ouderschapsplan steeds door de rechter zal plaatsvinden, getuigt van de nodige naïviteit. De griffie kijkt of het ouderschapsplan voldoet aan de minimale voorwaarden en legt het bij twijfel voor aan de rechter. Als deze ook twijfelt, zal hij of een nadere schriftelijke toelichting vragen, of de zaak op zitting zetten. Advocaten zullen echter wel zorgen dat de tekst in orde is. Hun eerste zorg is immers dat die echtscheiding er voorlopig komt. Als de rechter de zaak echter wel op zitting behandelt, zal hij veelal geen inzicht krijgen in de werkelijke stand van zaken. (…) In die twintig minuten kunnen goed door hun advocaat geïnstrueerde partijen de rechter alles wijs maken. Ik maak mij daarover geen enkele illusie.[89]

De Wit stelt in zijn hiervoor aangehaalde reactie dat wanneer de rechter in het belang van het kind tot een beslissing komt die geen recht doet aan de hiervoor behandelde norm van gelijkwaardig ouderschap, hij dit bijzonder goed zal dienen te motiveren, omdat de desbetreffende norm voor hem een richtsnoer vormt.[90] Deze opmerking komt ook betekenis toe indien ouders in

---

86 Ackermans-Wijn en Brands-Bottema lijken merkwaardig genoeg echter van mening te zijn dat de rechter ook dan geen actieve taak heeft waar zij schrijven: *De rechter zal naar ons oordeel niet ambtshalve beoordelen of het overgelegde plan wel uitdrukking geeft aan het beginsel van gelijkwaardig ouderschap (…)*, terwijl dan toch sprake kan zijn van strijd met een wettelijke norm van dwingend recht; Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A), p. 51.

87 Ik merk in dit kader op dat de Wet scheiding en ouderschap tijdens de parlementaire behandeling is besproken tegen de achtergrond van mediation, evenals het initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld. Waar dit in het laatstbedoelde wetsvoorstel tot uitdrukking werd gebracht door enkele daarin opgenomen wettelijke bepalingen, beperkt de minister zich in de onderhavige wet tot artikel 818 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat bepaalt: *De rechter kan de echtgenoten naar een mediator verwijzen met als doel om de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over één of meer gevolgen van de echtscheiding te laten komen indien het verzoekschrift of de behandeling ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft.* Dat de wetgever echter niet duidelijk voor ogen heeft gestaan wat met 'mediator' wordt bedoeld, heb ik eerder aangetoond; Schonewille, 2008 (A), p. 33.

88 Handelingen *I* 2008/09, nr. 8, p. 397-398.

89 In deze zin ook Coenraad; Coenraad, 2010 (B), p. 94.

90 J. de Wit, 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok (FJR 2007, 98)', *FJR* 2008/19, p. 45.

hun ouderschapsplan afspraken hebben gemaakt die nauw aansluiten bij de gelijkwaardigheidsnorm en de rechter van oordeel is dat het belang van het kind een andere verblijfsregeling vordert.

Vanzelfsprekend verdient het in het licht van het bovenstaande overweging om een ouderschapsplan op te nemen in een notariële – authentieke – akte, ook ingeval het een op zichzelf staand ouderschapsplan betreft dat geen onderdeel uitmaakt van een echtscheidingsconvenant. In dat geval is immers de identiteit van de ouders gewaarborgd, staat vast dàt door hen is overeengekomen zoals blijkt uit de akte, kan geen discussie ontstaan over de echtheid van de handtekeningen onder het document en evenmin over de datum waarop door de ouders is overeengekomen.[91]

Voorts levert de materiële inhoud van een notariële akte – behoudens tegenbewijs –, dwingend bewijs op tussen de partijen bij de akte en mag worden verwacht dat de zorgplicht van de notaris een toegevoegde waarde meebrengt ter zake van de kwaliteit en de redactie van het ouderschapsplan.

8.16 Evaluatie

Nu de Wet scheiding en ouderschap ruim twee jaar van kracht is, kan de vraag worden gesteld of de door de wetgever gewenste omslag in de praktijk al is gemaakt.

Vastgesteld moet worden dat met name door advocatuur en rechterlijke macht nog dient te worden onderkend dat het normstellend kader van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dwingendrechtelijk van aard is en derhalve leidt tot verplichtingen voor ouders van minderjarige kinderen bij het opstellen van een ouderschapsplan. Er dient afscheid te worden genomen van het oude, vertrouwde denkkader waarin begrippen als omgang, hoofdverblijfplaats en verzorgende ouder de bekende begrippen zijn en dat zal naar ik vrees enige tijd vergen.

Ook het opstellen van een ouderschapsplan zelf, voorafgaand aan de scheiding, is zoals besproken door de wetgever dwingend voorgeschreven. Naar mijn oordeel is dit een goede zaak omdat – zij het op enige termijn – daardoor wordt bereikt dat steeds minder ouders die niet van goede wil zijn, de gelegenheid krijgen om afscheid van de andere ouder te nemen bij de scheiding of zelf geen of weinig invulling te geven aan het eigen ouderschap.

Hiermee wordt recht gedaan aan de ook door de *Commission on European Family Law* geformuleerde norm – hiervoor genoemd – dat de ouderlijke verantwoordelijkheid niet mag worden beïnvloed door de juridische of feitelijke scheiding tussen de ouders.

---

91 De beschreven voordelen zijn in meer- of mindere mate ook verbonden aan een door een advocaat of mediator mede-ondertekend onderhands ouderschapsplan dat al dan niet onderdeel uitmaakt van een echtscheidingsconvenant.

Ouders die niet vanzelfsprekend zelf verantwoordelijkheid nemen voor het maken van goede en evenwichtige afspraken voorafgaand aan de scheiding, mogen wat mij betreft daartoe met zachte hand worden gedwongen.[92]

In dit verband is tevens relevant er op te wijzen zoals Lenters doet dat *de doelbereiking van een wet afhankelijk is van de tijd die een wet krijgt om door te sijpelen in de samenleving*.[93]

8.17 Het opnemen van een ouderschapsplan in huwelijkse voorwaarden

De hiervoor behandelde invoering van de verplichting voor ouders van minderjarige kinderen om een ouderschapsplan op te stellen alvorens te kunnen scheiden kan, zoals hiervoor reeds opgemerkt, worden beschouwd als een vorm van contractdwang.[94]

De codificering van deze verplichting benadrukt nog de – zoals door mij hiervoor aangetoond – reeds bestaande noodzaak voor ouders om ouderschapsafspraken met elkaar te maken voorafgaande aan of tijdens het huwelijk.

De door de wetgever artikel 815 lid 2 onder a. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering genoemde onderwerpen waarover door de ouders afspraken moeten worden gemaakt in het ouderschapsplan, hiervoor door mij

---

92 Schrama bekritiseert het door haar geconstateerde feit dat de wetgever overgaat tot wetgeving zonder dat deze beschikt over voldoende empirisch vergaarde gegevens: *neem het ouderschapsplan dat partners na een scheiding moeten opstellen over wie de kinderen mag zien en wanneer. Daarmee werd beoogd dat de gescheiden ouders meer overleggen en hun afspraken beter nakomen. Maar dat gedrag wordt slechts verondersteld. De norm is daarmee een feit geworden. Maar gaan ouders wel meer communiceren en hun afspraken beter nakomen? Het recht biedt daarop geen antwoord.*; Schrama in *Mr.* 2010/4, p. 61. Naar mijn mening veronderstelt de noodzaak voor ouders om in onderling overleg tot afspraken te komen binnen het kader van het gezamenlijk gezag over hun kinderen eenvoudigweg communicatie en het nakomen van afspraken. Ouders die dat niet al vanzelfsprekend doen dienen daartoe te worden aangezet en uiteindelijk daartoe te worden gedwongen. De wetgever kan hiervoor een context creëren door de desbetreffende consequentie van het krijgen van kinderen in een vroegtijdig stadium onder de aandacht te brengen, desnoods reeds op de middelbare school. Voorts kan deze aan (aanstaande) ouders laagdrempelige cursussen aanbieden en in dezen een rol geven aan adviescentra als het Centrum voor Jeugd en Gezin of de consultatiebureau's. Het is dus uiteindelijk niet relevant of ouders beter gaan communiceren en hun afspraken beter nakomen, het gaat er om dat ze *gehouden* zijn het te doen. Ik kan mij dan ook niet in de kritiek van Schrama verplaatsen en evenmin in die van Wortmann die spreekt over 'torenhoge verwachtingen' van ouders die de wetgever er op na zou houden; Wortmann, 2010, p. 45. Ik merk voorts nog op dat waar het betreft het ouderschapsplan *the proof of the pudding in the eating* is: het door Schrama bedoelde prelegislatieve empirisch onderzoek zou kunnen uitwijzen dat een verplicht ouderschapsplan de daaraan ten grondslag liggende verwachtingen wel of niet waarmaakt maar de ervaring leert dat mensen zich vaak anders gedragen dan zij zich in questionnaires presenteren.

93 Lenters, 2010, p. 101.

94 Zie het hieromtrent in paragraaf 5.3.2.1 gestelde.

opgesomd, lenen zich er – in enigszins aangepaste vorm – in beginsel ook goed voor om in huwelijkse voorwaarden te worden uitgewerkt, op een moment waarop de kinderen van partijen zich nog niet hebben aangediend of in de loop van het ouderschap zonder dat sprake is van een echtscheiding.

Deze zouden dan moeten worden vertaald als respectievelijk: de onderlinge verdeling van de zorg- en opvoedingstaken ten aanzien van hun (toekomstige) kinderen door de ouders, in samenhang met ieders andere taken buitens- èn binnenshuis, de wijze waarop ieder van de (toekomstige) ouders het zorgen voor en opvoeden van een kind *an sich* voor zich ziet en hoe hieromtrent door partijen wordt gecommuniceerd en tot slot de financiering van zorg, opvoeding en studie van (toekomstige) kinderen.

Aldus worden mogelijke bouwstenen aangereikt die deel kunnen uitmaken van een ouderschapsplan in de bedoelde overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Uiteraard behoeft een ouderschapsplan zich in dezen niet tot de desbetreffende thema's te beperken.

Zoals eerder in dit onderzoek vastgesteld, meldt zeker niet elk paar dat het ernstige voornemen heeft om een duurzame samenleving met elkaar aan te gaan, zich voorafgaand daaraan bij een notaris voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden.

Deze situatie is – naar ik eveneens eerder heb betoogd –, onwenselijk. Het zou sterk de voorkeur verdienen indien alle paren – waaronder vanzelfsprekend ook de samenwonende partners zijn begrepen – zich goed zouden laten voorlichten teneinde afgewogen keuzen te maken in hun specifieke geval en geen genoegen te nemen met de mal van *one size fits all*.

Er zou naar mijn mening vooreerst al veel gewonnen zijn indien zoveel mogelijk paren in een vroeg stadium zouden gaan nadenken over de vormgeving van hun eventuele gezamenlijke ouderschap en in dat kader althans op hoofdlijnen afspraken met elkaar zouden gaan maken, onder leiding van een notaris, advocaat of family mediator. Ouderschap is een dynamisch fenomeen en (aanstaande) echtgenoten dienen te worden aangemoedigd om hierover vanaf het begin van hun – duurzame – relatie met elkaar te spreken en afspraken te maken, lòs van hun partnerschap en in samenhang met ieders loopbaanverwachtingen en -keuzen.

Op die wijze kan een bijdrage worden geleverd aan de totstandkoming van een krachtige structuur op dit terrein waar beide echtgenoten achter staan.

Dergelijke afspraken doen tevens recht aan de door artikel 247 leden 1 tot en met 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verwoorde normen die ook tijdens het huwelijk gelden en kunnen bovendien tot betrokken vaderschap leiden, hetgeen heilzaam is voor kinderen.[95]

95 *Het geluk van betrokken vaders*, de Volkskrant 27 maart 2009; zie: www.hartenziel.nl; vgl. ook: *Vaderschap doet ertoe*, www.enova-ebd.nl.

Tevens is het risico in een (echt)scheiding terecht te komen – zoals ook eerder door mij besproken –, de laatste decennia aanmerkelijk groter geworden, waarmee door partners veel meer rekening zou moeten worden gehouden dan thans vaak gebeurt omdat ingeval van (echt)scheiding veelvuldig blijkt dat door de echtgenoten geen of onduidelijke afspraken zijn gemaakt over de gezamenlijke invulling van hun ouderschap voorafgaande aan of tijdens hun daadwerkelijke ouderschap en er bij hen dienaangaande verschillende verwachtingspatronen hebben bestaan.

De rolverdeling ter zake van het ouderschap tijdens het huwelijk waar de echtgenoten zijn ingerold, is voor beide echtgenoten dan onbevredigend geweest en er is in veel gevallen tot op zekere hoogte zelfs sprake van een causaal verband tussen de wijze waarop het gezamenlijk ouderschap vorm heeft gekregen en een latere echtscheiding.

Casus

In de aanvangsfase van een mediation lopen de gemoederen hoog op.

De vrouw verwijt de man dat deze haar had beloofd dat zij, zodra hun jongste kind naar de basisschool zou gaan, weer een baan als lerares Frans zou kunnen nemen. Zij stelt dat dit punt door haar vaak aan de orde is gesteld omdat zij weliswaar met haar man van mening was dat het na de geboorte van het derde kind rustiger zou zijn als zij haar baan zou opgeven en thuis voor de kinderen zou gaan zorgen maar zij destijds ook uitdrukkelijk naar voren heeft gebracht dat dat een tijdelijke situatie zou zijn omdat zij niet voor niets een universitaire opleiding heeft gevolgd, van het lesgeven geniet, de sociale contacten op een school op prijs stelt en bovendien over een zekere mate van financiële zelfstandigheid wil beschikken.

De man wijst erop dat hij wel eens iets in die richting heeft opgevangen maar dat dan had gekoppeld aan een dag waarop een van de kinderen ziek of dreinerig was, dan wel zijn echtgenote slecht had geslapen. In zijn herinnering wilde zijn vrouw juist dolgraag thuis blijven bij de kinderen en heeft hij dat door hard werken mogelijk gemaakt, daarbij vaak een zekere jaloezie bij zichzelf waarnemend indien hij 's avonds laat thuis kwam na weer een lange dag vergaderen.

De mediator constateert dat het aanbeveling had verdiend indien een en ander destijds op constructieve wijze zou zijn besproken en vastgelegd in een overeenkomst.

8.18 Afsluiting

De rechten en plichten die voor ouders voortvloeien uit hun gezamenlijk gezag over hun kinderen bevinden zich in een wettelijk kader dat dwingendrechtelijk van karakter is.

Niettemin gaat het hier om normen die door de ouders moeten worden uitgewerkt in gezamenlijk overleg. Het is derhalve zo dat er praktisch gezien voor ouders een veel grotere contractvrijheid bestaat dan op het eerste gezicht gedacht zou kunnen worden. Het behoeft hierbij geen betoog dat voor echtgenoten als (contracterende) ouders het rechtsbeginsel solidariteit een zeer grote rol speelt, zij het op een andere wijze dan aan de orde is voor de in de hoofdstukken 4 en 5 besproken vermogensrechtelijke thema's. Solidariteit wordt tussen echtgenoten die ouders zijn immers sterk geladen door het belang van hun kinderen. Dit belang vereist dat ouders in de eerste plaats in die hoedanigheid solidair zijn met elkaar, in de wetenschap dat

ouderschap een levenslange lotsverbondenheid impliceert. De wettelijke normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verlenen hieraan nog een extra betekenis.

Het belang voor ouders van het overkoepelende beginsel partijautonomie als het gaat om het in praktijk brengen van hun ouderschap, is hiermee gegeven.

Ondanks het feit dat huwelijkse voorwaarden gewoonlijk primair een vermogensrechtelijke inslag hebben, bestaan er geen formele beletselen, noch zijn er in de literatuur steekhoudende argumenten aangevoerd die verhinderen dat daarin door de (aanstaande) echtgenoten ook andersoortige afspraken worden opgenomen. Een ouderschapsplan kan in dit licht beschouwd onderdeel uitmaken van huwelijkse voorwaarden en dit dient naar mijn oordeel zelfs te worden aangemoedigd.

De in dit hoofdstuk uitvoerig besproken norm van gelijkwaardig ouderschap is ook bij het vormgeven en verdelen door de ouders van hun zorg- en opvoedingstaken tijdens het huwelijk richtinggevend: deze ligt besloten in de eerste drie leden van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zoals wordt bevestigd door het vierde lid van dit artikel.

Hoewel het daartoe in veel gevallen slechts een aanzet kan zijn, worden in deze door mij voorgestane werkwijze de hoofdlijnen van de taakverdeling tussen de (aanstaande) ouders waar het betreft de verzorging en opvoeding van hun kinderen in relatie tot de vormgeving van de loopbanen van beide echtgenoten geformuleerd, alsmede de achterliggende overwegingen die daartoe hebben geleid, waardoor zij zich bewust worden van het in meer of mindere taakstellende karakter van de door hen gemaakte ouderschapsafspraken en van de knopen die daaruit voortvloeien en door hen zullen moeten worden doorgehakt.

Hiermee wordt het ontstaan van een vanzelfsprekende communicatie over dit thema bevorderd, hetgeen idealiter leidt tot een voor de desbetreffende ouders optimale situatie ten tijde van de geboorte van hun kind en daarna. Tevens mag dan worden verondersteld dat het thema ouderschap geen splijtzwam meer zal zijn ingeval zich een echtscheiding aandient. Het bij tijd en wijle bijstellen van het ouderschapsplan is uiteraard zeer wenselijk.

9 Partijautonomie in een eigentijds relatievermogensrecht: het civiel partnerschap als wettelijk evenwicht

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt vanuit het perspectief van partijautonomie eerst kort aandacht besteed aan wetsvoorstel 28 867 betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen dat per 1 januari 2012 in werking treedt,[1] alsmede aan het onlangs door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel dat de notaris bepaalde bevoegdheden toe wilde kennen ter zake van echtscheiding.[2]

Vervolgens betoog ik – op grond van mijn bevindingen in de hoofdstukken 4 en 5, alsmede in paragraaf 9.2 –, dat er een noodzaak bestaat om te komen tot een eigentijds stelsel van relatievermogensrecht waaraan het beginsel partijautonomie ten grondslag wordt gelegd. Het door mij voorgestane stelsel is mitsdien op zodanige wijze ingericht dat het echtgenoten stimuleert invulling te geven aan hun contractvrijheid en daarbij tegelijkertijd hun onderlinge solidariteit tot uitdrukking te brengen.

Het desbetreffende nieuwe stelsel dient tevens eenvoudig, bondig logisch en dynamisch te zijn, om welke reden regelende normen daarin centraal zullen moeten worden gesteld, aan de hand van welke normen echtgenoten zelf keuzen kunnen (en moeten) maken. Gewaarborgd dient voorts te worden dat het door mij gewenste nieuwe stelsel veel dichter op de maatschappelijke ontwikkelingen aansluit en aan blijft sluiten dan in het huidige systeem het geval is.

De noodzaak om tot de bedoelde nieuwe wetgeving te komen sluit tevens aan bij het eerder in dit onderzoek gerezen inzicht dat het tot op heden gebruikelijke wetgevingsproces op relatievermogensrechtelijk gebied achterhaald is.[3]

Uit de in de afgelopen jaren zeer moeizaam en traag verlopende wetgevingstrajecten op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht, alsmede uit de jurisprudentie op deze rechtsgebieden, is duidelijk geworden dat het steeds meer moeite kost om zeer uiteenlopende typen relaties binnen hetzelfde wettelijk-technisch kader onder te brengen en dit

---

1 Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (derde tranche van de aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen), *EK* 2008/09, 28 867, nr. A.; *Stb.* 2011/205.

2 Wijziging van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met verlening aan de notaris van bevoegdheden in verband met gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap, *EK*, 2010/11, 31 714, nr. A.

3 Van Mourik spreekt in dit verband terecht van *wetgevingsellende*; Van Mourik, 2009 (A), p. 45.

zou naar mijn oordeel dan ook niet meer moeten worden geprobeerd. Nieuwe wetgeving op deze terreinen zou slechts de pretentie moeten hebben een kader te bieden waarin echtgenoten zelf de verantwoordelijkheid kunnen dragen voor het regime dat op hun huwelijk en eventuele echtscheiding van toepassing is.

Ik verdedig in dit hoofdstuk voorts de stelling dat het hiervoor bedoelde, door mij beschreven nieuwe huwelijksvermogensrecht ook toegankelijk dient te zijn voor ongehuwde samenwoners en de kleine groep geregistreerd partners en dat daarom gekozen dient te worden voor het relatieneutrale vermogensrechtelijk stelsel van het *civiel partnerschap*.[4]

9.2 Recente wetgeving

9.2.1 Wetsvoorstel 28 867

De hiervoor genoemde derde tranche van de door de wetgever geëntameerde wijzigingen in het huwelijksvermogensrecht hield in de jaren 2003 en 2004 de gemoederen van de verschillende contribuanten aan het debat enige tijd in verhitte staat.

Dit wetsvoorstel wilde de huidige wettelijke ('algehele') gemeenschap van goederen beperken tot een huwelijksgemeenschap die slechts de tijdens het huwelijk door beide echtgenoten verworven goederen zou omvatten. Het voorhuwelijkse vermogen en hetgeen uit erfstellingen en schenkingen zou worden verkregen zouden derhalve privévermogen van ieder van de echtgenoten vormen.

Het was opmerkelijk dat in een laat stadium veel kritiek werd uitgestort over een wetsvoorstel dat, zoals Wortmann terecht opmerkt,[5] zo uitzonderlijk grondig was voorbereid. Een aanzienlijk aantal schrijvers constateerde zelfs, zij het op verschillende gronden, vrijwel eenstemmig dat het wetsvoorstel het beste zou kunnen worden ingetrokken door de minister.[6]

De desbetreffende auteurs waren in de eerste plaats van mening dat de wettelijke gemeenschap van goederen niet een verouderd stelsel zou zijn en daarmee niet achterhaald. Voorts achtten zij het voorstel om praktische redenen – de administratieve chaos die zou samenhangen met de te onderscheiden soorten vermogens –, onwenselijk.

Het wetsvoorstel werd echter niet ingetrokken. In plaats daarvan verscheen op 25 oktober 2005 onverwacht een tweede nota van wijziging,[7] waarin in zoverre gehoor werd gegeven aan de bedoelde kritiek dat het

4 Enkele passages uit een eerder door mij gehouden pleidooi op dit terrein keren terug in dit hoofdstuk; vgl. Schonewille, 2006 (A).

5 Wortmann, 2003, p. 88.

6 Vgl. o.a. de respectieve bijdragen van: Huijgen en Breedveld-De Voogd, 2004; Van der Burght, Luijten en Meijer, 2003 en Reinhartz, 2001.

7 Deze wordt uitvoerig becommentarieerd door Nuytinck; Nuytinck, 2005 (B). Vgl. waar het betreft het eindresultaat van deze wetgevingsexercitie ook: Nuytinck, 2008 (B).

voorhuwelijkse vermogen niet meer van de voorgestane beperkte huwelijksgemeenschap werd uitgezonderd. Voorts bracht deze als *novum* dat het vereiste van rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden opgemaakt, zou vervallen. Twee aangenomen amendementen van het Tweede Kamerlid Anker (ChristenUnie) zorgden er vervolgens op de valreep voor dat de schenkingen en de erfrechtelijke verkrijgingen van de echtgenoten waaraan geen uitsluitingsclausule is verbonden, weer onder het bereik van de voorgestelde nieuwe huwelijksgemeenschap vielen, waarmee de wettelijke gemeenschap van goederen *de facto* als een Phoenix uit haar as was verrezen.[8]

Wetsvoorstel 28 867 werd vervolgens in april 2011 ongewijzigd aangenomen door de Eerste Kamer en treedt per 1 januari 2012 in werking.

Indien het eindresultaat van bovengenoemde wetgevingsexercitie wordt bezien vanuit het perspectief van de partijautonomie van echtgenoten kan slechts worden vastgesteld dat met name het vervallen van het vereiste van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een verbetering betreft vanuit het oogpunt van contractvrijheid en daarmee in beginsel ook vanuit het oogpunt van het rechtsbeginsel solidariteit. Echtgenoten staat nu immers een veel eenvoudiger procedure ter beschikking om hun huwelijkse voorwaarden aan te passen aan gewijzigde omstandigheden of inzichten en daarin in voorkomende gevallen beter uitdrukking te geven aan de solidariteit die de huwelijksrelatie kenmerkt, zoals door mij onder meer betoogd in de paragrafen 3.5 en 7.6.

Een ander aspect dat moet worden vermeld betreft artikel 87 Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw) dat in het vierde lid toestaat dat echtgenoten bij overeenkomst af kunnen wijken van de in dit artikel neergelegde wettelijke regeling betreffende vergoedingsrechten. Hiermee wordt een eerder ingezette lijn – door mij beschreven in paragraaf 4.3.2.3 – bevestigd, zij het dat merkwaardig genoeg sprake is van een naar mijn oordeel zeer ongewenste inconsistentie. Deze bestaat erin dat door artikel 84 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een *schriftelijke* overeenkomst wordt vereist, terwijl in artikel 87 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw) alleen wordt gesproken over een overeenkomst.[9]

---

8 Verstappen geeft een kritisch overzicht van het wetgevingsproces; Verstappen, 2010, p. 3 en 4.

9 Nadat de minister hierop was gewezen, stelt deze dat het ongewenst zou zijn indien echtgenoten voor elke overeenkomst een 'notariële overeenkomst' zouden moeten maken. Het lijkt daarom zo te zijn dat de minister huwelijkse voorwaarden en een onderhandse overeenkomst met elkaar heeft verward. *EK* 2009/10, 28 867, nr. E. Eerder werd in de Tweede Kamer een door Kamerlid Van der Staaij (SGP) ingediend amendement dat strekte tot aanpassing van artikel 87 lid 4 (nieuw), niet aangenomen; *TK* 2007/08, 28 867, nr. 18. Ook P. Neleman en A.J.M. Nuytinck wijzen er in het door hen – naar aanleiding van de motie Haubrich-Gooskens (*EK* 2009/10, 28 867, nr. G.) – uitgebrachte advies aan de regering op dat het aanbeveling verdient om het adjectief *schriftelijke* toe te voegen aan de in artikel 87 lid 4 (nieuw) opgenomen term 'overeenkomst'; bijlage bij *EK* 2010/11, 28 867, nr. H..

Ik merk volledigheidshalve op dat indien het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel ongewijzigd zou zijn aangenomen, gesteld had kunnen worden dat de dan van kracht geworden beperkte huwelijksgemeenschap een inperking zou hebben betekend van het rechtsbeginsel van de solidariteit omdat belangrijke vermogensbestanddelen in dat geval niet meer een onderdeel van de huwelijksgemeenschap zouden hebben gevormd.

Al eerder heb ik echter vastgesteld dat de wetgever niet lijkt te denken in termen van partijautonomie en derhalve evenmin op zoek is naar het bewerkstelligen van het – naar gangbare maatschappelijke opvattingen gemeten – juiste evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit in het wettelijke huwelijksvermogensrechtelijke basisstelsel.

9.2.2 Wetsvoorstel echtscheidingsnotaris[10]

Het hiervoor genoemde wetsvoorstel dat de notaris bepaalde bevoegdheden beoogde toe te kennen bij het begeleiden van echtscheidingen was naar mijn oordeel een zwak wetsvoorstel dat in deze vorm niet ingediend had behoren te worden.[11]

Indien dit voorstel echter kracht van wet had gekregen zou de notaris – kort gezegd – de bevoegdheid hebben gekregen om het verzoekschrift tot

10 De term is gemunt door Nuytinck; Nuytinck, 2008 (C), p. 863.

11 Mijn bezwaar betreft in de eerste plaats het verschil dat in dit wetsvoorstel werd gemaakt tussen geregistreerde partners zonder minderjarige kinderen en echtgenoten zonder minderjarige kinderen: voor de eerste categorie volstond notariële tussenkomst, voor de tweede categorie moest daarnaast de gang naar de rechter worden gemaakt, dit terwijl er derhalve geen ouderschapsplan behoefde te worden gemaakt. In de tweede plaats werd in het wetsvoorstel in het geheel niet gesproken over de grote rol die de notaris in de praktijk heeft waar het betreft de begeleiding van samenwoners die gaan scheiden. Gesteld zou zelfs kunnen worden dat de notaris in dezen een grote zorgplicht heeft, juist als het gaat om de totstandkoming van een ouderschapsplan en voor samenwoners eerstelijns rechtshulpverlener is bij de start van hun samenwoning en bij de beëindiging daarvan. Mijn verbazing geldt met name het punt dat zonder discussie leek te worden aanvaard dat voor samenwonende ouders van minderjarige kinderen de notariële tussenkomst volstaat en dat gehuwde ouders van minderjarige kinderen zelfs in het geheel niet via de notaris hun echtscheiding kunnen regelen, althans de notaris werd in het wetsvoorstel niet de bevoegdheid toegekend om voor hen een echtscheidingsverzoekschrift in te dienen. Dit bevreemdt niet alleen zeer tegen de achtergrond van de hiervoor beschreven grote rol die de notaris heeft waar het betreft ongehuwde ouders die gaan scheiden, maar klemt te meer daar – net als ingeval van de tussenkomst van een advocaat – de rechter altijd diende te worden ingeschakeld ingeval van echtscheiding en deze het ouderschapsplan moest controleren. De conclusie moet daarom zijn dat de wetgever met het onderhavige wetsvoorstel op twee gedachten hinkte en geen keuze heeft gemaakt: of de notaris wordt bevoegd ter zake van echtscheidingen van gehuwden zonder minderjarige kinderen en diens tussenkomst volstaat in dat geval (de rechterlijke procedure vervalt dan), of de notaris krijgt een bevoegdheid die gelijk is aan die van de advocaat en mag dan derhalve ook verzoekschriften indien voor ouders met minderjarige kinderen. Voor zowel advocaat als notaris geldt dan dat de rechter vervolgens de echtscheiding uitspreekt. Ik heb bovenstaande bezwaren tegen dit wetsvoorstel uitvoerig uiteengezet in een bijdrage aan het *WPNR*; Schonewille, 2009 (B).

echtscheiding in te dienen voor echtgenoten die geen ouderschapsplan behoeven op te stellen.

Blijkens de memorie van toelichting was de rol van de notaris in echtscheidingen van echtgenoten zonder minderjarige kinderen de volgende geweest:

> Volledige informatie door de notaris aan beide partners over de afwikkeling van hun goederenrechtelijke regime, over het pensioen en de alimentatie aan de wederhelft (de onderhoudsverplichting jegens jong meerderjarige kinderen die nog studeren daaronder begrepen) is vereist. Er kan van worden uitgegaan dat de notaris in een gesprek met beiden zich ervan heeft vergewist dat betrokkenen hun afspraken en de eventuele risico's daarvan goed overzien en dat deze naar behoren zijn geregeld. Anders gezegd: dat er bij beiden sprake is van informed consent. Dit geldt ook als betrokkenen willens en wetens hebben ingestemd met afspraken die een bepaald ongelijke verdeling van de goederen van de huwelijks- of partnerschapsgemeenschap behelzen.[12]

Op het eerste gezicht lijkt het zo te zijn dat de door de wetgever gewenste nieuwe mogelijkheid om de echtscheiding geheel via de notaris te laten lopen tot een vergroting van de partijautonomie zou hebben geleid voor die echtgenoten voor wie deze route open had gestaan.

De notaris was er immers toe gehouden te waarborgen dat bij beide echtgenoten sprake zou zijn van *informed consent* waar het betreft de inhoud en strekking van de afspraken die door hen worden vastgelegd in een echtscheidingsconvenant. Daarmee werd het voortouw aan de scheidende echtgenoten gegeven en was voor de notaris de rol van begeleidend deskundige weggelegd, een andere rol derhalve dan de sturende positie die de notaris traditioneel inneemt.

Het is echter de vraag of dit punt voldoende tot uitdrukking zou zijn gekomen in de notariële praktijk, waar in de memorie van toelichting op verschillende plaatsen het argument van kostenbesparing voor echtgenoten die hun scheiding op eenvoudige wijze willen regelen werd genoemd.[13]

Het eerder door de Eerste Kamer verworpen initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld – op welk wetsvoorstel het onderhavige voortbouwt – kende op dit punt een concrete wetsbepaling die veel waarborgen in zich droeg:

Artikel 149b

1. *De advocaat, notaris of scheidingsbemiddelaar, bedoeld in artikel 149a, vierde lid, onder b, is ten minste gehouden:*
   a. *de echtgenoten te informeren omtrent toepasselijke wettelijke bepalingen alsmede omtrent de rechtsgevolgen van de voorgenomen beëindiging van het huwelijk en de door echtgenoten in dit verband te maken keuzes;*
   b. *te toetsen of de belangen van beide echtgenoten op evenwichtige wijze hun weerslag hebben gevonden in de overeenkomst, bedoeld in artikel 150.*

12 *TK* 2008/09, 31 714, nr. 3, p. 4.

13 Zie bijvoorbeeld *TK* 2008/09, 31 714, nr. 3, p. 2.

2. *De in het eerste lid bedoelde advocaat, notaris of scheidingsbemiddelaar onthoudt zich van ondertekening als bedoeld in artikel 149a, vierde lid, onder b, indien hij na toepassing van de onderdelen a en c van het eerste lid van oordeel is dat de belangen van de minderjarige kinderen of de belangen van een of beide echtgenoten onvoldoende hun weerslag hebben gevonden in de overeenkomst.*[14]

In hoofdstuk 1 heb ik erop gewezen dat er in de afgelopen jaren een tendens zichtbaar is die de contractvrijheid van echtgenoten vergroot.

Zo is het verbod op het aangaan van arbeids- en schenkingsovereenkomsten[15] tussen echtgenoten geschrapt en is de samenwoonverplichting voor echtgenoten komen te vervallen. Verder is zoals genoemd de rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd per 1 januari 2012 niet meer vereist, hetgeen, zoals door mij reeds geconcludeerd, de contractvrijheid van echtgenoten eveneens verruimt. Deze ontwikkeling berust – naar is gebleken – echter niet op een bewust door de wetgever gemaakte (beleids)keuze.

Het bevorderen van de partijautonomie van (aanstaande) echtgenoten en het in dit kader vinden van een goed evenwicht tussen de rechtsbeginselen solidariteit en contractvrijheid, vormt voor de wetgever mitsdien kennelijk niet het uitgangspunt bij het opstellen van wetsvoorstellen op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.

9.3 Een nieuw denkraam voor het huwelijksvermogensrecht

9.3.1 Inleiding

Het wetgevingsproces dat heeft geleid tot het zojuist door mij kort besproken wetsvoorstel 28 867 vormde het resultaat van de opvatting dat de kern van het thans vigerende wettelijk stelsel – de 'algehele' gemeenschap van goederen – *achterhaald* is.

Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt ook dat Nederland in internationaal verband bezien duidelijk een uitzonderingspositie inneemt.[16]

Van Mourik benadrukt echter dat het wetsvoorstel stoelt op de wenselijkheid erfrechtelijke verkrijgingen buiten de gemeenschap te houden, waarvan de achtergrond vooral wordt gevormd door de toegenomen echtscheidingsfrequentie en hij lijkt het begrip achterhaald in deze sleutel te plaatsen.[17] De memorie van toelichting geeft hiertoe ook aanleiding. Deze noemt onder meer de emancipatie van de vrouw, het feit dat veel vrouwen tijdens het huwelijk blijven werken en het aantal echtscheidingen als maat-

14 *EK* 2004/05, 29 676, nr. A., p. 4.
15 Vgl. waar het de overeenkomst van schenking betreft: Huijgen, 2006.
16 Boele-Woelki e.a., 2009.
17 Van Mourik, 2003, p. 644. Vgl. ook Verstappen, 2003, p. 633.

schappelijke ontwikkelingen die nopen tot de heroverweging van het huidige hoofdstelsel.[18]

Beide connotaties acht ik relevant. In mijn opvatting wordt hierbij echter over het hoofd gezien dat ook het huwelijksvermogensrecht *an sich*, als statuut verbonden aan het instituut huwelijk, als achterhaald dient te worden beschouwd.[19]

Als het gaat om de wettelijke gemeenschap van goederen is het naar mijn oordeel van tweeën een: of de wetgever is van mening dat het huidige stelsel geen modernisering behoeft en laat het derhalve in stand, of hij vindt dat het stelsel achterhaald is en maakt er korte metten mee: *tertium non datur*.[20]

Een gemeenschapsstelsel kent een eigen dynamiek die grote beperkingen meebrengt. Indien de desbetreffende beperkingen op een gegeven moment als onwenselijk worden beschouwd door de wetgever, dient deze daaruit de conclusie te trekken dat hij er beter aan doet om bij het ontwerpen van een vervangend stelsel niet meer uit te gaan van de huwelijksgemeenschap als rechtsfiguur die daarvan de kern vormt.[21]

Het achterwege laten van een heldere keuze op dit terrein leidt tot een resultaat dat vlees noch vis kan worden genoemd en derhalve onbevredigend is.

Het stelsel zoals dat historisch tot stand is gekomen wordt ervaren als knellend en de wetgever verricht daarom het nodige lap- en verstelwerk. Vervolgens wordt het geheel als iets nieuws gepresenteerd. Deze werkwijze is meen ik niet de juiste indien de wetgever het huidige wettelijk stelsel achterhaald acht en de daarvoor opgevoerde redenen serieus zou nemen.

De vraag die de wetgever zich mijns inziens in 2003 had moeten stellen is daarom deze: hoe zou de aanpak zijn als de opdracht was om een relatievermogensrechtelijk stelsel te ontwerpen, uitgaande van de maatschappelijke en juridische realiteit in de huidige tijd?[22]

Bij de beantwoording van deze vraag dienen historische en culturele ontwikkelingslijnen vanzelfsprekend niet te worden veronachtzaamd en

---

18 *TK* 2002/03, 28 867, nr. 3, p. 7 en 8 .

19 Anders Huijgen die observeert dat in de recente jurisprudentie op het terrein van het huwelijksvermogensrecht een tendens valt waar te nemen in de richting van de wettelijke gemeenschap van goederen en deze duidt als aansluitend bij het rechtvaardigheidsgevoel dat wil dat na een jarenlange samenwoonrelatie vermogensrechtelijk bij helfte moet worden afgerekend; Huijgen, 2009 (A), p. 83.

20 Van der Burght stelt terecht dat het huwelijksvermogensrecht zoals dat thans geldt in algemene zin gesproken op vele punten tekortschiet en onderbouwt deze stelling uitvoerig; Van der Burght, 2008.

21 Verbeke betoogt dat de wettelijke gemeenschap van goederen niet geschikt is als wettelijk basisstelsel van regelend recht en geeft voor deze stelling een groot aantal argumenten; Verbeke, 2001 (A) en (C).

22 Een ondersteunend argument hiervoor is dat het wenselijk zou zijn dat het huidige huwelijksvermogensrechtelijke *patchwork* – een rommelig geheel dat het resultaat is van het werk dat vele wetgevers in vele decennia hebben verricht – wordt vervangen door een transparent systeem dat door één wetgever vorm wordt gegeven.

mag een vergelijking met andere jurisdicties evenmin ontbreken. Het vertrekpunt zou echter niet automatisch het vigerende wettelijke systeem moeten zijn.

Het stellen en proberen te beantwoorden van de desbetreffende vraag leidt tot een aanmerkelijk groter denkraam en voorkomt derhalve het bij voorbaat afbakenen van het speelveld. Alleen op die wijze kan denk ik worden vastgesteld of de funderingen van de heilige huisjes stevig genoeg zijn; indien dat niet het geval mocht zijn moet de consequentie daarvan zijn dat deze worden neergehaald.

Ik kom terug op de vraag of de 'algehele' gemeenschap van goederen als wettelijk stelsel wel of niet achterhaald is.

Zowel op grond van het gemeenschapsdenken dat de kern er van vormt, maar ook als fenomeen zou het antwoord bevestigend moeten luiden. De hedendaagse echtgenoot of partner kan het namelijk heel goed stellen zonder bevoogdende overheid die voorziet in een standaardstatuut. Uiteindelijk is het mensbeeld het essentiële punt: is een burger in staat zelf te kiezen? Ik ben er van overtuigd dat dit het geval is. Hij kan – mits goed voorgelicht – zelf wel bepalen welke vermogensrechtelijke afspraken hij maakt met een andere burger met wie hij een relatie aangaat. Sterker: de burger zou in mijn zienswijze zelfs geprikkeld moeten worden om dergelijke keuzes ook daadwerkelijk te maken.

Ik pleit derhalve voor het slaken van de band die automatisch tot stand komt tussen de emotionele relatie en de vermogensrechtelijke verhouding. Lokin wijst erop dat de Romeinen al hebben laten zien dat levensgemeenschap – *consortium omnis vitae* – niet vanzelfsprekend identiek is aan goederengemeenschap – *consortium omnium bonorum* –. Zij vonden het 'natuurlijk' dat de vermogens van man en vrouw gescheiden bleven.[23]

Er is naar mijn mening dan ook geen behoefte aan wat zou kunnen worden betiteld als *volkshuwelijksvermogensrecht*;[24] het komt er voor de wetgever uiteindelijk slechts op aan om het relatievermogensrechtelijke bewustzijn te vergroten.

De wetgever kan de pretentie wetgeving te kunnen ontwerpen die passend is voor een groot gedeelte van de bevolking ook niet waarmaken.[25] Daarnaast leidt een gefixeerd wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht ertoe dat maatschappelijke ontwikkelingen uiterst traag worden geabsorbeerd en niet dan na een lang en weinig zakelijk wetgevingstraject.

---

23 Lokin, 2001, p. 193.

24 De minister van Justitie had met wetsvoorstel 28 867 blijkens de memorie van toelichting zelfs de ambitie om een stelsel te ontwerpen dat *het grootst mogelijke gedeelte van de huwenden als een passend stelsel ervaart*. De minister bedoelt met 'het grootste mogelijke gedeelte' waarschijnlijk ten minste een meerderheid van de gehuwden: een streven dat in mijn visie in dit tijdsgewricht niet meer gerealiseerd kan worden; *TK* 2002/03, 28 867, nr. 3, p. 7.

25 De Wet regels verrekenbedingen vormt een goede illustratie van dit feit.

Wat betreft de wettelijke gemeenschap van goederen als inhoud van het statuut ben ik van oordeel dat bovendien vaak over het hoofd wordt gezien dat dit in wezen een gecompliceerd systeem is met voor echtgenoten tal van effecten die door hen niet zijn voorzien, noch gewenst. Bij wijze van illustratie van deze stelling verwijs ik naar de in paragraaf 5.7.4 door mij uitgewerkte casus.

Het recht dient naar mijn oordeel in de pas te lopen met het maatschappelijk leven in een land, alleen zo kan er een zinvolle juridische realiteit ontstaan.

Veel beter moet daarom onder ogen worden gezien dat er ten onzent nog maar weinig 'standaard' kostwinnersgezinnen voorkomen en dat de rollen voortdurend en snel wisselen. Hybriditeit wordt langzamerhand van uitzondering de norm. Daarnaast is er de ontwikkeling dat liefde en relatievorming steeds meer als behorend tot het privédomein worden beschouwd.[26]

Hoewel tijdens het plenaire debat in de Eerste Kamer over wetsvoorstel 28 867 in vaak duidelijke bewoordingen werd gesteld dat dit wetsvoorstel niet is wat men zou hebben gewenst, hebben de senatoren op aandringen van de staatsecretaris van Justitie en Veiligheid uiteindelijk niettemin in meerderheid met het voorstel ingestemd. Een citaat moge dit verduidelijken:

> Ik wil heel duidelijk aangeven dat de Partij van de Arbeid in deze Kamer er echt anders over denkt, met name vanuit de optiek van een toekomstgericht huwelijksvermogensrecht waarbij recht wordt gedaan aan nieuwe maatschappelijke verhoudingen.[27]

Het valt te betreuren dat de Senaat zich hier niet principiëler heeft opgesteld, te meer daar ook de kwaliteit van deze wet bepaald niet onomstreden is.[28]

9.3.2 De relativering van het huwelijk

De relativering van het klassieke instituut dat het burgerlijk huwelijk eens was, is thans in volle gang.

In de eerste plaats is de beëindiging van een huwelijk door echtscheiding in de voorbije decennia – vooral ten gevolge van de toegenomen frequentie ervan –, steeds eenvoudiger geworden. Voorts werd het geregistreerd partnerschap in de wet geïntroduceerd (en de daaruit voortvloeiende *flitsscheiding*), kort daarna gevolgd door de openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht.

De beoordeling van de laatstgenoemde ontwikkeling door Fortuijn stemt wat mij betreft tot nadenken:

---

26 Vgl. Latten, 2005, p. 11-19.

27 Handelingen *I* 2010/11, 28 867, 23-7-37.

28 Vgl. onder meer het hiervoor door mij aangehaalde onderzoeksrapport van Neleman en Nuytinck, *EK* 2010/11, 28 867, nr. H (bijlage).

> Het homohuwelijk vind ik eerlijk gezegd nogal lachwekkend en de noodzaak ervan kan ik nauwelijks inzien. Het huwelijk is een instituut dat wereldwijd is gereserveerd voor een verbintenis tussen man en vrouw, met het oogmerk het eventueel daaruit voortvloeiende gezin van de nodige juridische, sociale, emotionele, mentale en culturele bescherming te voorzien. Het heeft mij zeer verbaasd hoe gemakkelijk de heteroseksuelen hebben berust in de openstelling van dit instituut voor gelijkgeslachtelijke verbintenissen. Kennelijk is het huwelijk als instituut voor velen van relatieve betekenis of gunnen ze dat ook aan homo's vanuit een idee van gelijkberechtiging. Nodig was het niet: het geregistreerde partnerschap bood vrijwel alle rechten en plichten die bij het huwelijk horen en de ceremonie ten stadhuize week nauwelijks af van die van een huwelijk.
> Nee, het instemmen met het homohuwelijk heeft veel weg van het op de spits drijven van de gelijkheid. Nederland gaat daarin op velerlei terrein veel te ver, waardoor het verschil, dat ook recht van bestaan heeft, wordt teruggebracht tot het maaiveld van de polder. Dat is niet alleen een verarming van het bestaan, maar ook een nodeloze inperking van de ruimte om te leven met verschillen.[29]

Daarnaast werden samenwoners met een notarieel samenlevingscontract op velerlei terreinen gelijk gesteld aan gehuwden.[30]

Het zou naar mijn oordeel tegen deze achtergrond voor de hand liggen om als wetgever ook het huwelijksgoederenrecht met een relativerende blik te beschouwen en dienovereenkomstig te handelen.

Bij een instituut past een statuut: het burgerlijk huwelijk als instituut verdraagt zich daarom goed met het huwelijksvermogensrecht als bijbehorend statuut. Indien het instituut echter aan snelle erosie onderhevig is, moet ook aan de statuutmakers een halt worden toegeroepen. Daarom valt mijns inziens zelfs te verdedigen om het burgerlijk huwelijk als zodanig te ecarteren. Want waarom zou de staat in deze tijd nog de taak hebben om huwelijken te sluiten? De Boer stelt in dit verband:

> Theoretisch is denkbaar om het burgerlijk huwelijk af te schaffen – waardoor het kerkelijke huwelijk aan betekenis zou winnen – en slechts het (burgerlijk) geregistreerde partnerschap te behouden.[31]

Als argumenten om hiertoe niet over te gaan voert De Boer vervolgens aan dat men er moeilijk om heen kan dat het recht om te huwen als grondrecht is erkend in artikel 12 EVRM en voorts *dat overal ter wereld huwelijken worden aangegaan*.

Ik kan hem hierin niet volgen omdat het door hem aangehaalde verdragsartikel niet alleen ziet op een huwelijk dat door een staat wordt gesloten. Daarnaast worden overal ter wereld ook vooral kerkelijke huwelijken aangegaan.

Nadat Nederland eerder met de introductie van achtereenvolgens het geregistreerd partnerschap en de openstelling van het huwelijk voor perso-

29 Column in weekblad *Elsevier*, april 2001.

30 Uit cijfers van het CBS blijkt dat sinds 1970 sprake is van een dalende lange termijntrend in het aantal huwelijken dat wordt gesloten; Latten, 2005, p. 19.

31 Asser-De Boer, 2010, p. 131.

nen van hetzelfde geslacht bepaald voorop heeft gelopen, mag denk ik ook het tegenargument worden gerelativeerd dat stelt dat het afschaffen van het burgerlijk huwelijk internationaal bezien ongebruikelijk zou zijn.[32]

Omdat mijn hierna uitgewerkte voorstel om het huwelijksvermogensrecht af te schaffen – beschouwd vanuit de thans gangbare gezichtspunten – reeds als bepaald onorthodox dient te worden aangemerkt, maak ik vooreerst deze keuze niet. Ook op grond van een inmiddels lange traditie mag de staat wat mij betreft derhalve (burgerlijke) huwelijken blijven sluiten.

Wel vervalt in mijn visie het monopolie dat de staat in dezen heeft door het schrappen van het voorschrift van artikel 68 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Dit artikel is naar mijn oordeel overigens ook in strijd met de grondwet en internationale verdragen.

Hierdoor wordt het mogelijk dat geestelijken geldige huwelijken sluiten en behoeven echtgenoten niet zoals thans het geval is, tweemaal rituele handelingen te ondergaan; ik werk dit punt hierna verder uit.

In Duitsland werd het *Verbot der kirchlichen Voraustrauung* reeds op 1 januari 2009 geschrapt.[33]

9.3.3 Ongehuwde samenwoners

Een in het oog springend aspect dat de betrekkelijkheid van het instituut burgerlijk huwelijk aantoont, is de emancipatie van de ongehuwd samenwonenden die zich de afgelopen decennia stapsgewijs heeft voltrokken.

Mensen die ongehuwd samenwonen zijn anno 2011 *de facto* in vele opzichten vergelijkbaar met echtgenoten. Ook samenlevers krijgen kinderen, kopen huizen, nemen deel aan pensioenregelingen en sluiten verzekeringen af. De belastingdienst, verzekeraars en pensioenfondsen hebben inmiddels geen moeite meer met hen en hebben hun rechten toegekend die vrijwel steeds gelijk zijn aan de rechten die gehuwden van oudsher genieten.

Een belangrijke recente constatering is dat het voor samenwoners met kinderen steeds gewoner wordt om *niet* in het huwelijk te treden. In 2004 waren er 230.000 ongehuwde stellen met kinderen en zonder trouwplannen, tegen 100.000 in 1995. Een forse toename derhalve. Het samenwonen is volgens Latten steeds vaker *niet* een voorportaal van het huwelijk. Ook niet als de relatie bestendiger wordt en er kinderen komen.[34]

Maar voor ongehuwde samenlevers is er wettelijk vrijwel niets geregeld.[35] Zo ontstaat er voor hen geen gemeenschap in de zin van Titel 7 Boek 1

---

32 Beschouwd vanuit de gedachte dat Nederland een *gidsland* is, zou afschaffing van het burgerlijk huwelijk naar mijn mening juist logisch en verdedigbaar zijn, als derde stap na de beide door mij genoemde eerdere stappen.

33 Vgl. Schwab, 2009, p. 31.

34 Latten, 2005, p. 25-29.

35 Vgl. ook Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet, maakt het iets uit?*, Antwerpen: Intersentia, 2005.

Burgerlijk Wetboek en kan deze evenmin bij overeenkomst door hen worden aangegaan.

De vraag is nu of dit een onwenselijke situatie is. Het ontbreken van voldoende wettelijke waarborgen waar het de rechtspositie van een mogelijk zwakkere partner betreft kan zeker leiden tot onwenselijke situaties. Dit probleem dient niet te worden gebagatelliseerd en speelt evenzeer in vele gevallen waarin echtgenoten zijn gehuwd onder een regime van koude uitsluiting.[36] In het in paragraaf 7.6.2 door mij aangehaalde onderzoeksrapport wordt tegen deze achtergrond dan ook gepleit voor het ingrijpen door de wetgever op beide terreinen.

Volledigheidshalve moet in dit verband worden opgemerkt dat samenwoners in bepaalde gevallen juist een grotere contractvrijheid hebben dan echtgenoten.

Het staat hun bijvoorbeeld volkomen vrij om – voorafgaand aan hun samenwoning – in een samenlevingsovereenkomst afspraken te maken over partneralimentatie, zonder daarbij gebonden te zijn aan de knellende wettelijke regeling die in dezen voor echtgenoten zou gelden; ik verwijs in dit verband naar paragraaf 5.4.4.

Een andere invalshoek is echter ook mogelijk. Samenwoners laten zich – daartoe gestimuleerd door de diverse hiervoor genoemde instanties – in meerderheid van de gevallen[37] voorlichten door de notaris en maken vervolgens bewuste keuzen op vermogensrechtelijk gebied.

Invoering van dwingende wetgeving ter bescherming van de 'zwakkere partner' zou afbreuk doen aan deze ontwikkelingen. Wetgeving echter die het maken van eigen keuzen door partners aanmoedigt, zou deze ontwikkelingen daarentegen versterken.

De wetgever dient meen ik, het nemen van eigen verantwoordelijkheid door de partners daarom te bevorderen en te waarborgen dat dezen adequaat worden geïnformeerd door een deskundige.

9.3.4 Het civiel partnerschap: een wettelijk evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit

Aan wetgeving die niet blijk geeft van heldere keuzen en het aanvoelen van de maatschappelijke realiteit bestaat mijns inziens geen behoefte en dit is *a fortiori* het geval waar het betreft de privésfeer van de burger. Evenmin bestaat behoefte aan een wetgever die in de kern bevoogdend is, die de burger niet prikkelt tot eigen verantwoordelijkheid maar meent te weten wat voor hem het beste is.

---

36 Vgl. het in hoofdstuk 1 en paragraaf 7.6.2 genoemde WODC onderzoeksrapport *Koude uitsluiting. Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*; M.V. Antokolskaia e.a. (red.), 2011.

37 Latten, 2005, p. 29.

Waar de overheid geen voorkeur uitspreekt voor vormgeving van de relatie zelf, dient zij zich evenmin te bemoeien met de vormgeving van de vermogensrechtelijke kant van relaties.

Voorts geldt: gelijke monniken, gelijke kappen. Met een groter denkraam wordt helder dat er geen principiële gronden bestaan waarop de wetgever zich kan baseren bij het maken van onderscheid waar het gaat om de vermogensrechtelijke consequenties van de verschillende relatievormen.

De fiscale wetgever heeft de laatste stappen op dit terrein in 2001 reeds gezet. Sedert de invoering van het nieuwe inkomstenbelastingstelsel maakt de belastingdienst in beginsel geen onderscheid meer waar het betreft de relatie die twee mensen met elkaar zijn aangegaan en de wijze waarop zij deze vervolgens vermogensrechtelijk vorm hebben gegeven.[38] Waar echtgenoten in beginsel altijd als fiscale partners worden aangemerkt, geldt dit sinds 2011 *de facto* – op grond van de daaraan gestelde voorwaarden – in veruit de meeste gevallen ook voor ongehuwde partners.[39]

Er is meen ik geen goede reden te bedenken waarom invoering van een dergelijk systeem wel zou kunnen *in fiscalibus* en niet *in civilibus*. Indien de civiele wetgever een met die van de fiscale wetgever vergelijkbare keuze zou maken, zou het resultaat daarvan het volgende kunnen zijn.[40]

Twee mensen kiezen voor elkaar. Zij besluiten ongehuwd te gaan samenwonen, een huwelijk – in de zin van ritueel verzorgd door kerk of staat – te sluiten, een humanistische plechtigheid te organiseren of welke vorm dan ook te kiezen voor het bekrachtigen van hun relatie. Uiteraard kunnen zij ook besluiten om bekrachtiging achterwege te laten.

Vervolgens bestaat een beperkte wettelijke kaderregeling ter zake van het relatievermogensrecht – het *civiel partnerschap* – dat de partners ertoe prikkelt om zelf een regeling tot stand te brengen die op hun huwelijk of relatie van toepassing is.

In deze kaderregeling hebben de actuele maatschappelijke opvattingen over de (vermogensrechtelijke) gevolgen van een affectieve relatie hun weerslag gevonden in de vorm van open normen. Op deze wijze kunnen partners kiezen voor het huwelijk zonder er een statuut bij te krijgen.

---

38 Naast het feit dat de belastingdienst erin is geslaagd het fenomeen *fiscaal partnerschap* op een neutrale, transparante en daardoor begrijpelijke wijze vorm te geven, is deze dienst ook zeer behulpzaam bij de toepassing van de desbetreffende regels. Via de internetapplicatie kunnen partners binnen een kwartier een goed inzicht hebben in de vragen die moeten worden beantwoord en de keuzen die moeten worden gemaakt.

39 Een klein verschil tussen het fiscaal partnerschap en het civiel partnerschap dat door mij wordt voorgestaan betreft dat het eerste sedert 2011 in vrijwel alle gevallen niet alleen automatisch van toepassing is op gehuwde partners maar ook op samenwonende partners, terwijl het civiel partnerschap wel automatisch aan het huwelijk wordt gekoppeld en samenwoners daarvoor zelf een keuze moeten uitbrengen. Omdat het fiscaal partnerschap vooral betekenis krijgt door daarbinnen keuzen te maken, kan dit verschil echter sterk worden gerelativeerd.

40 Het systeem wordt door mij in paragraaf 9.4.1.1 vollediger uitgewerkt.

De gevolgtrekking uit het bovenstaande moge zijn dat de discussie op een hoger plan behoort te worden gebracht.

Het juiste antwoord op de vraag die de wetgever zichzelf had behoren te stellen is dat het debat zich dient te richten op het brede begrip relatievermogensrecht en niet verengd mag worden tot het klassieke huwelijksvermogensrecht. Dat laatste is niet alleen in zijn huidige verschijningsvorm achterhaald maar ook als fenomeen *an sich* omdat de geëmancipeerde Nederlandse samenleving anno 2011 gekenmerkt wordt door hybride relatievormen, welke elkaar waar het betreft het individu bovendien steeds sneller opvolgen.

Bezien vanuit dit perspectief houdt de wetgever zich thans bezig met schermutselingen in de achterhoede.

Waar een zekere spanning bestaat tussen enerzijds het beginsel van contractvrijheid en anderzijds de solidariteit van de ene partner jegens de andere 'zwakke' partner, moet de wetgever niet vervallen in bevoogdende reflexen[41] maar daarentegen zorgen voor *empowerment* van de zwakke partij.

De wetgever dient er daarom voor te zorgen dat partners goed worden voorgelicht door een deskundige professional en dat de in hun specifieke situatie relevante zaken worden besproken zodat door hen op basis van *informed consent* een op maat gesneden relatievermogensrechtelijke overeenkomst kan worden gesloten, uitgaande van een eigentijds wettelijk normenkader.

9.4 Proeve van het wetsvoorstel *Civiel Partnerschap*

De in de voorgaande paragraaf verwoorde gedachte is door mij uitgewerkt in een proeve van een wetsvoorstel betreffende het civiel partnerschap.[42]

Civiel partnerschap[43]

Artikel 1

1. Een civiel partnerschap is een familierechtelijke overeenkomst die door twee meerderjarige personen wordt aangegaan teneinde de vermogensrechtelijke en andere gevolgen van hun relatie vorm te geven. De kan-

41 Hiertoe reken ik onder meer gedachten als: 'burgers kunnen het niet, begrijpen het niet, willen het niet, voeren het niet uit'. Een bevoogdende opstelling door de wetgever leidt bovendien tot onleesbare artikelen; vgl. artikel 136 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en artikel 87 Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw) en sluit rechtsonzekerheid evenmin uit.

42 Verbeke stelt in 2001 in het kader van het thema 'reallocatie': *Wij hebben dan ook geen nood meer aan een huwelijksvermogensrecht, maar des te meer aan een evenwichtig relatie-vermogensrecht*. Hij beperkt zijn pleidooi echter tot het ook voor niet gehuwden van toepassing zijn van het door hem voorgestane 'dwingend relatie-aanwinsten participatierecht'; Verbeke, 2001 (B), p. 947. Nuytinck spreekt in zijn oratie van 'samenlevingsvermogensrecht' maar doet dit slechts in het kader van het toenmalige wetsvoorstel 23 761; Nuytinck, 1996.

43 Het civiel partnerschap wordt opgenomen in Boek 1 Burgerlijk Wetboek, Titel 7. De huidige inhoud van Titel 7, alsmede de Titels 8, 9 en 10 Boek 1 Burgerlijk Wetboek komen te vervallen.

tonrechter civiel partnerschap[44] kan om gewichtige redenen ontheffing verlenen van het in de eerste volzin genoemde vereiste van meerderjarigheid.
2. Een persoon kan slechts met één andere persoon tegelijkertijd een civiel partnerschap hebben.
3. Partners in een civiel partnerschap kunnen slechts met elkaar gehuwd zijn.[45]
4. Een civiel partnerschap wordt aangegaan bij een akte die is opgesteld en mede-ondertekend door een notaris, een advocaat of een mediator die zijn opgenomen in het register van civiel partnerschap als bedoeld in artikel 10. Voor een volmacht tot het aangaan van een civiel partnerschap geldt hetzelfde vormvereiste. De notaris, advocaat of mediator als bedoeld in de eerste volzin draagt er zorg voor dat de akte een considerans bevat waarin de bedoelingen van de partners worden verwoord.
5. Elke wijziging van een civiel partnerschap vindt plaats bij een akte als bedoeld in lid 4.
6. Indien niet is voldaan aan het in lid 4 gestelde vormvereiste, kan een partner de desbetreffende overeenkomst op die grond vernietigen tenzij redelijkheid en billijkheid zich hiertegen verzetten.
7. Een civiel partnerschap treedt terstond na de ondertekening van de akte als bedoeld in lid 4 in werking, tenzij de partners anders overeenkomen. Aan een in een akte als bedoeld in lid 4 opgenomen afspraak kan een voorwaarde of tijdsbepaling worden verbonden.
8. De akten bedoeld in de leden 4 en 5 en de leden 1 en 13 van artikel 9, worden ingeschreven in het register van civiel partnerschap als bedoeld in artikel 10.
9. De akte bedoeld in de leden 4 en 5 en de leden 1 en 13 van artikel 9, is een authentieke akte in de zin van artikel 156 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
10. Op een civiel partnerschap is het bepaalde in de artikelen 40 Boek 3 Burgerlijk Wetboek en 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek van toepassing.

Artikel 2

1. Civiel partnerschap brengt mee dat de partners een zorgplicht jegens elkaar hebben waarvan de omvang door hen zelf nader kan worden vormgegeven, doch die ten minste inhoudt dat zij verplicht zijn om elkaar naar redelijkheid en billijkheid levensonderhoud te verstrekken.
2. Indien de partners een gezamenlijke huishouding voeren waarvan ook minderjarige kinderen deel uitmaken, bestaat voor hen de verplichting om de desbetreffende kinderen te verzorgen en op te voeden en naar

44 Zie voor deze figuur de algemene en de artikelsgewijze toelichtingen.
45 Deze bepaling is noodzakelijk omdat het burgerlijk huwelijk blijft bestaan; de samenhang tussen huwelijk en civiel partnerschap wordt door mij nader uitgewerkt in de memorie van toelichting.

draagkracht bij te dragen in de kosten daarvan, tenzij de partners anders overeengekomen, echter uitsluitend waar het betreft minderjarige kinderen van wie zij niet gezamenlijk de ouders zijn.

Artikel 3

1. Indien de partners een gezamenlijke huishouding voeren komen de kosten daarvan naar evenredigheid ten laste van hun inkomens, respectievelijk hun vermogens ingeval hun inkomens niet toereikend zijn en dienen zij dienovereenkomstig bij te dragen, tenzij de partners anders overeenkomen.
2. Onder kosten van de gezamenlijke huishouding als bedoeld in lid 1 worden alle kosten verstaan die in redelijkheid worden gemaakt ter bestrijding van de materiële en geestelijke levensbehoeften van de partners en van de minderjarige kinderen die deel uitmaken van hun gezamenlijke huishouding, tenzij de partners anders overeenkomen.
3. Indien de partners tijdens hun civiel partnerschap een woning bewonen die geheel in eigendom toebehoort aan een van de partners, behoren slechts de verschuldigde huur, de hypotheekrente na verrekening van de aftrek inkomstenbelasting die daarop betrekking heeft, alsmede de kosten van klein onderhoud tot de kosten van de gezamenlijke huishouding, tenzij de partners anders overeenkomen.

Artikel 4

1. Indien de partners een gezamenlijke huishouding voeren, vormen de tijdens hun civiel partnerschap verworven inboedelgoederen en andere goederen die ten dienste van de gezamenlijke huishouding staan, tussen de partners een gemeenschap als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek, tenzij de partners anders overeenkomen.
2. Indien de partners een gezamenlijke huishouding voeren, vormen de gelden op ten name van beide partners gestelde bankrekeningen tussen de partners een gemeenschap als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek, tenzij de partners anders overeenkomen.
3. Indien de partners tijdens hun civiel partnerschap een woning in eigendom verwerven die bestemd is om door hen gezamenlijk te worden bewoond, zal het desbetreffende registergoed voor gelijke delen ten name van beide partners worden gesteld en tussen hen een gemeenschap vormen als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek, tenzij de partners anders overeenkomen.
4. De partners kunnen een of meer goederen die voorafgaand aan hun civiel partnerschap aan een van hen toebehoren in een akte als bedoeld in artikel 1 lid 4 aanmerken als een gemeenschap als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek, zonder dat de hierdoor begunstigde partner aan de andere partner een vergoeding hiervoor is verschuldigd. Vermelding van een goed in de akte geldt in de onderlinge verhouding van de partners als levering van het aandeel in het goed door de ene partner aan de andere partner. Ter verkrijging van werking jegens derden gelden

de voorschriften van de artikelen 89, 90 en 93 tot en met 95 Boek 3 Burgerlijk Wetboek.
5. Indien een partner niet kan bewijzen dat een goed aan hem in privé toebehoort, geldt dat het desbetreffende goed tussen de partners een gemeenschap vormt als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek, tenzij de partners anders overeenkomen.
6. De partners verschaffen elkaar desgevraagd inlichtingen over de stand van hun goederen en schulden.
7. Het bepaalde in titel 7, Afdeling 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing ingeval van een civiel partnerschap, tenzij de partners anders overeenkomen.

Artikel 5
1. Indien een partner eigen inkomen of vermogen investeert in een goed van de andere partner of daaruit een schuld van de andere partner aflost, ontstaat ten gunste van de eerstgenoemde partner en ten laste van de laatstgenoemde partner een vergoedingsrecht, tenzij de partners anders overeenkomen.
2. Het desbetreffende vergoedingsrecht beloopt ten minste het nominale bedrag ten tijde van de investering of aflossing indien het een verbruiksgoed betreft of de investering of aflossing zonder medeweten van de eerstgenoemde partner is gedaan en beloopt in andere gevallen een aan de investering of aflossing evenredig aandeel in de waarde van het desbetreffende goed ten tijde van het voldoen van het vergoedingsrecht, dan wel ten tijde van de vervreemding van het desbetreffende goed ingeval dit is vervreemd voordat het vergoedingsrecht is voldaan, een en ander tenzij de partners anders overeenkomen.

Artikel 6
1. Indien een partner voor een groter gedeelte[46] dan de andere partner zorgt voor minderjarige kinderen van wie ten minste een van de partners de ouder is en die op de zorg door de partners zijn aangewezen, ontvangt deze daarvoor een passende vergoeding van de andere partner, tenzij de partners anders overeenkomen.
2. Bij het einde van een civiel partnerschap of, op verlangen van een partner, tijdens de duur daarvan, wordt door de partners vastgesteld of in enig jaar een passende vergoeding als bedoeld in lid 1 geheel of gedeeltelijk achterwege is gebleven en wordt deze alsnog bepaald en uitgekeerd, vermeerderd met een enkelvoudige interest van twee procent per jaar, tenzij de partners anders overeenkomen.

---

46 Ik realiseer mij dat dit een tamelijk open norm betreft. Deze hangt echter samen met de onderliggende norm van gelijkwaardig ouderschap die naar huidig recht voor de situatie na (echt)scheiding is voorgeschreven en voor de gehuwde (en samenwoon)situatie wordt verondersteld te gelden. De onderhavige norm moet zowel kwalitatief als kwantitatief worden begrepen; vgl. paragraaf 8.5.

Artikel 7
1. Ingeval een partner werkzaamheden verricht voor een onderneming die geheel of mede voor rekening van de andere partner wordt gedreven, ontvangt deze daarvoor een passende vergoeding van de andere partner, tenzij de partners anders overeenkomen.
2. Bij het einde van een civiel partnerschap of, op verlangen van een partner, tijdens de duur daarvan, wordt door de partners vastgesteld of in enig jaar een passende vergoeding als bedoeld in het eerste lid geheel of gedeeltelijk achterwege is gebleven en wordt deze alsnog bepaald en uitgekeerd, vermeerderd met een enkelvoudige interest van vier procent per jaar, tenzij de partners anders overeenkomen.

Artikel 8
1. De partners kunnen bij het aangaan van een civiel partnerschap en tijdens de duur daarvan, regelingen treffen als bedoeld in artikel 9 leden 2 tot en met 10 en 12.
2. Indien een civiel partnerschap een regeling ter uitwerking van hun ouderschap omvat, kunnen de partners daarin niet afwijken van de rechten en plichten die uit het ouderlijk gezag voortspruiten indien en voor zover deze van dwingend recht zijn.

Artikel 9
1. Een civiel partnerschap eindigt door de dood van een partner of het einde daarvan wordt op gemeenschappelijk verzoek van de partners, dan wel het eenzijdige verzoek van een van hen, vastgesteld bij een akte als bedoeld in artikel 1, lid 4.
2. De akte bedoeld in lid 1 dient een ouderschapsplan te bevatten ten aanzien van de gezamenlijke minderjarige kinderen van de partners over wie zij al dan niet gezamenlijk het gezag uitoefenen, alsmede ten aanzien van de minderjarige kinderen over wie de partners ingevolge artikel 253sa of 253t het gezag gezamenlijk uitoefenen. In het ouderschapsplan worden door de partners in elk geval afspraken opgenomen over de wijze waarop de partners de zorg- en opvoedingstaken als bedoeld in artikel 247 verdelen of het recht en de verplichting tot omgang als bedoeld in artikel 377a, lid 1 vormgeven, over de wijze waarop zij elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent de persoon en het vermogen van de bedoelde kinderen, alsmede over de kosten van hun verzorging en opvoeding.[47] Bij het maken van de in de vorige volzin bedoelde afspraken nemen de partners de in artikel 247 leden 1 tot en met 5[48] genoemde normen in acht.

47 De verlengde onderhoudsplicht van artikel 395a lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek kan naar mijn mening vervallen omdat deze als achterhaald dient te worden beschouwd in zoverre deze betrekking heeft op het verschaffen van levensonderhoud na het bereiken van de meerderjarigheid door een kind.

48 Het betreft hier vanzelfsprekend artikel 247 in een op het civiel partnerschap toegesneden redactie.

3. Bij het maken van de in lid 2 bedoelde afspraken over de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen geldt voor de partners dat voor de bepaling van het eigen aandeel in de desbetreffende kosten de tabel kinderkosten wordt gehanteerd en zij naar evenredigheid van hun inkomens bijdragen in het uit de bedoelde tabel af te lezen bedrag, tenzij de partners anders overeenkomen.[49]
4. De akte bedoeld in lid 1 bevat afspraken over de voortzetting van de huurovereenkomst door een van de partners met betrekking tot de woonruimte die hun tot hoofdverblijf heeft gediend, dan wel over wie van de partners gedurende een bepaalde termijn het gebruik zal hebben van de woning en de inboedel die aan hen gezamenlijk of aan een van hen toebehoren, tenzij de partners anders overeenkomen.
5. De akte bedoeld in lid 1 bevat afspraken over de verdeling van de gemeenschappelijke goederen van de partners, alsmede over tussen hen bestaande vergoedingsrechten en verrekeningsverplichtingen, tenzij de partners anders overeenkomen.
6. De akte bedoeld in lid 1 bevat afspraken over het levensonderhoud dat de ene partner na de beëindiging van het civiel partnerschap op diens verzoek aan de andere partner zal verstrekken, indien deze onvoldoende inkomsten heeft om in het eigen levensonderhoud te kunnen voorzien, noch zich deze op korte termijn in redelijkheid kan verwerven en de in lid 7 bedoelde vaststelling daartoe leidt, tenzij de partners anders overeenkomen.
7. Bij het maken van de in lid 6 bedoelde afspraken geldt dat de partners voorafgaand daaraan vaststellen of hun civiel partnerschap tot gevolg heeft gehad dat de verdiencapaciteit van de partner die levensonderhoud verzoekt is verminderd, dan wel deze diens verdiencapaciteit niet heeft kunnen ontwikkelen gedurende het civiel partnerschap, doordat deze voor een groter gedeelte dan de andere partner heeft gezorgd voor minderjarige kinderen van wie ten minste een van de partners de ouder is en die op de zorg door de partners zijn aangewezen, dan wel – evenwel met instemming van de andere partner – door een andere oorzaak, dan wel door een buiten diens toedoen gelegen oorzaak, tenzij de partners anders overeenkomen.
8. Bij het maken van de in lid 6 bedoelde afspraken geldt dat de partners in goed overleg vaststellen wat de draagkracht is van de partner die levensonderhoud zal betalen en zal daarnaast de behoefte van ieder van de partners in aanmerking worden genomen, gerelateerd aan de welstand tijdens het civiel partnerschap, tenzij de partners anders overeenkomen.

---

49 Het huidige artikel 400 Boek 1 Burgerlijk Wetboek blijft gehandhaafd omdat dit niet alleen ziet op kinderen en partner(s) van een persoon die tot het verstrekken van levensonderhoud is verplicht.

9. Een door de partners vastgestelde verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud eindigt na het verstrijken van een termijn van vier jaren die aanvangt op de dag van ondertekening van de akte bedoeld in lid 1. Ingeval het civiel partnerschap echter korter heeft geduurd dan vier jaren, is de termijn gelijk aan de duur van het civiel partnerschap, een en ander tenzij de partners anders overeenkomen.
10. Bij het maken van de in lid 6 bedoelde afspraken geldt dat door de partners kan worden overeengekomen dat deze niet zullen kunnen worden gewijzigd op grond van een of meer wijzigingen van omstandigheden die in de akte bedoeld in lid 1 door de partners met zoveel woorden zijn omschreven.
11. De op grond van de leden 6 tot en met 10 door de partners gemaakte afspraken staan niet in de weg aan verhaal op grond van paragraaf 6.5 van de Wet werk en bijstand en laten de vaststelling van het te verhalen bedrag onverlet.
12. De beëindiging van een civiel partnerschap brengt mee dat de partners over en weer recht hebben op conversie van de tijdens het civiel partnerschap door een partner opgebouwde rechten op ouderdomspensioen en bijzonder nabestaandenpensioen als bedoeld in artikel 5 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding,[50] tenzij de partners anders overeenkomen.
13. Indien na de vaststelling van de beëindiging van een civiel partnerschap als bedoeld in lid 1 de gewezen partners afspraken maken als bedoeld in de leden 2 tot en met 10 en 12, dienen deze te worden opgenomen in een akte als bedoeld in artikel 1 lid 4.

Artikel 10

1. Vanwege de minister van Veiligheid en Justitie wordt een digitaal register van civiel partnerschap bijgehouden waarin zijn opgenomen de notarissen, advocaten en mediators die voldoen aan de bij algemene maatregel van bestuur daartoe gestelde voorwaarden en waarin voorts de akten bedoeld in artikel 1 leden 4 en 5 en artikel 9 leden 1 en 13 worden opgenomen.
2. De in het in lid 1 bedoelde register opgenomen notarissen, advocaten en mediators verstrekken op diens verzoek aan een partner een afschrift van de akte van civiel partnerschap waarbij deze partij is.
3. Personen die beschikken over een door de minister van Binnenlandse Zaken verstrekte inlogcode die noodzakelijk is voor digitale identificatie op websites van de overheid, kunnen in het in lid 1 bedoelde register vaststellen of een persoon een civiel partnerschap is aangegaan dat niet beëindigd is.

50 Ook deze wet dient te worden aangepast, zowel waar het betreft het daarin positioneren van conversie als de hoofdregel, als waar het betreft de koppeling van de toepasselijkheid van deze wet aan het civiel partnerschap waardoor pensioenverevening voor gehuwden en samenwoners op gelijke wijze plaatsvindt.

4. Aan derden komt waar het betreft een civiel partnerschap geen andere bescherming toe dan die wordt gegeven door het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 11
Indien personen die een tussen hen bestaand civiel partnerschap hebben beëindigd, wederom een civiel partnerschap met elkaar aangaan, dienen zij de inhoud daarvan opnieuw te bepalen.

Artikel 12
1. Indien tussen de partners een geschil is ontstaan over of naar aanleiding van een akte als bedoeld in artikel 1, leden 4 en 5 of artikel 9, leden 1 en 13, dienen zij zich te wenden tot een mediator als bedoeld in artikel 5 van de Kaderwet mediation, teneinde door toepassing van mediation te trachten zelf tot een adequate oplossing van hun geschil te komen. Slechts indien mediation als bedoeld in de vorige volzin geen oplossing voor het desbetreffende geschil heeft gebracht, kunnen de partners dit ter beslechting voorleggen aan de kantonrechter civiel partnerschap.
2. De kantonrechter civiel partnerschap beproeft in alle gevallen een vergelijk tussen de partners, alvorens een beslissing te nemen.
3. De kantonrechter civiel partnerschap dient ingeval van uitleg van een akte als bedoeld in artikel 1, leden 4 en 5 of artikel 9, leden 1 en 13 of een andere overeenkomst die ziet op het civiel partnerschap, de bedoelingen van de partners tot richtsnoer te nemen.

9.4.1 Memorie van toelichting civiel partnerschap

Ik geef eerst een algemene toelichting op de bovenstaande proeve van een wetsvoorstel *civiel partnerschap* en vervolgens nog een korte artikelsgewijze toelichting.

9.4.1.1 Algemene toelichting
Het civiel partnerschap zoals hiervoor door mij uitgewerkt in een proeve van een daartoe strekkend wetsvoorstel is een stelsel waarin naar mijn oordeel contractvrijheid en solidariteit een evenwicht hebben gevonden.

Het betreft een basisstelsel dat enerzijds een zekere mate van wederzijdse zorg en bescherming biedt maar anderzijds de nadruk legt op de eigen verantwoordelijkheid en het maken van eigen keuzen door de partners. Indien de in het wetsvoorstel opgenomen aspecten van solidariteit onder ogen zijn gezien door de partners – hetgeen automatisch gebeurt door de bespreking van de in het stelsel opgenomen normen vanuit het perspectief van scheiding zoals bijvoorbeeld de normen die in de artikelen 6 en 7 zijn verwoord –, kunnen zij vrijwel alles afspreken wat zij wensen omdat daadwerkelijk sprake is van *informed consent*.

Het civiel partnerschap geeft daarmee in de naar mijn oordeel meest optimale vorm uitdrukking aan de partijautonomie van de partners.

Invoering van het civiel partnerschap zoals door mij voorgestaan kan worden beschouwd als een paradigmaverschuiving en leidt in de eerste plaats tot een radicale breuk met de tot op heden door de wetgever gehandhaafde voorkeurspositie van het huwelijk en het daaraan gekoppelde huwelijksvermogensrecht. Het burgerlijk huwelijk wordt in dit wetsvoorstel niet geëcarteerd zoals hiervoor door mij besproken[51] doch het klassieke huwelijksvermogensrecht wel.

Het handhaven van een apart relatievermogensrecht is gerechtvaardigd omdat dit aansluit bij de affectieve relatie tussen twee mensen en daarmee voorziet in een maatschappelijke behoefte die ordenend van aard is. Een argument hiervoor van praktische aard is daarnaast dat in veel wetten en regelingen direct of indirect aan wordt gesloten bij de zorgplicht die partners in een affectieve relatie jegens elkaar hebben. De regels van titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek zijn aanvullend van toepassing.[52]

Indien na inwerkingtreding van het door mij voorgestane wetsvoorstel een huwelijk wordt voltrokken door een ambtenaar van de burgerlijke stand of een geestelijke,[53] dienen de aanstaande echtgenoten voorafgaand[54] daaraan een civiel partnerschap aan te gaan waarin ten minste de wederzijdse zorgplicht tot uitdrukking wordt gebracht. Hiermee wordt door hen de kern van de huwelijksrelatie vorm gegeven.

Voorts werken de partners de hun door de wet aangereikte normen uit in de akte van civiel partnerschap, wijzigen zij deze of sluiten zij deze uit en treffen zij daarnaast de regelingen die zij wensen in het kader van hun civiel partnerschap.

Een ambtenaar van de burgerlijke stand of een geestelijke kan mitsdien geen huwelijk voltrekken dan nadat hem een verklaring van een in artikel 1, lid 4 bedoelde notaris, advocaat of mediator heeft bereikt waarin wordt bevestigd dat een civiel partnerschap is aangegaan door de partners.

---

51 Wel dient zoals hiervoor eveneens gesteld artikel 68 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te vervallen, waarmee het monopolie van de overheid op het sluiten van huwelijken wordt beëindigd. Op praktische gronden worden de bepalingen die zien op de huwelijkssluiting gehandhaafd en dient indien een huwelijk niet door een ambtenaar van de burgerlijke stand is gesloten maar door een geestelijke (zie hierna), dit huwelijk desalniettemin in de registers van de burgerlijke stand te worden ingeschreven. Hiermee samenhangend wordt in de wet bepaald dat een door een geestelijke voltrokken huwelijk tevens een burgerlijk huwelijk is (tenzij de partners dat niet willen) en voorts dat een geestelijke geen huwelijk tussen mensen van gelijk geslacht behoeft te voltrekken.

52 Vgl. Huijgen, 2010, p. 203 die zich de vraag stelt waartoe in deze tijd affectie dient te leiden, met name als het gaat om de afwikkeling van een scheiding.

53 Onder geestelijke wordt door mij verstaan een dominee, pastoor, rabbi, imam of humanistisch raadsman, dan wel een daarmee gelijk te stellen persoon waartoe krachtens de wet nadere bepalingen worden gegeven.

54 De desbetreffende verplichting dient te worden opgenomen in Titel 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Deze procedure waarborgt tevens dat de echtgenoten in spe goed worden voorgelicht over alle aspecten van het relatievermogensrecht zoals door mij reeds bepleit in de paragrafen 4.4.1 en 5.7.2.

Logischerwijs kan een civiel partnerschap tijdens het bestaan van een huwelijk niet worden beëindigd.[55] Wel kan het door de partners desgewenst worden teruggebracht tot de enkele zorgplicht van artikel 2, door alle overige getroffen of krachtens de wet geldende regelingen te schrappen of niet van toepassing te verklaren.

Een huwelijk kan wel worden ontbonden zonder dat het civiel partnerschap wordt beëindigd.[56] Dit vloeit voort uit het feit dat een civiel partnerschap ook kan worden aangegaan door niet-gehuwde partners.[57]

Aanstaande echtgenoten kunnen ervoor kiezen om het in de wet vormgegeven model voor een civiel partnerschap over te nemen – zij het dat dit op punten steeds ook nadere uitwerking behoeft – maar zij worden er door de wet veeleer toe aangespoord om in goed overleg en geholpen door de door hen gekozen begeleider vorm te geven aan hun eigen civiel partnerschap.

---

55 Dit punt dient eveneens te worden geregeld in Titel 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

56 De introductie van het civiel partnerschap gaat idealiter gepaard met de gelijktijdige invoering van de administratieve echtscheiding. De procedure die in dat geval gevolgd zou moeten worden loopt parallel met de procedure die geldt voor de huwelijkssluiting na de introductie van het civiel partnerschap. Ingeval van echtscheiding dienen de partners voorafgaand daaraan de beëindiging van het civiel partnerschap vast te stellen als bedoeld in artikel 9 lid 1. Een ambtenaar van de burgerlijke stand of een geestelijke kan mitsdien geen echtscheiding vaststellen dan nadat hem een verklaring van een in artikel 1, lid 4 bedoelde notaris, advocaat of mediator heeft bereikt die de beëindiging van het civiel partnerschap bevestigt.

57 Ik heb de wetswijzigingen die noodzakelijk zijn om het door mij gestelde te effectueren niet in technische zin uitgewerkt, evenmin als andere noodzakelijke wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek (bijvoorbeeld in de Titels 5 en 17 Boek 1) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (bijvoorbeeld het vervallen van het echtscheidingsprocesrecht) die ik hier deels bespreek en deels onbesproken laat, maar mij beperkt tot een proeve van een wetsvoorstel voor het *civiel partnerschap*. Dit geldt ook waar het gaat om het overgangsrecht, in welk verband ik opmerk dat ik voor mij zie dat de ten tijde van het inwerkingtreden van het civiel partnerschap bestaande huwelijksgemeenschappen van rechtswege worden ontbonden en via de band van artikel 189 Boek 3 Burgerlijk Wetboek worden omgezet in een eenvoudige gemeenschap als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek. Daarnaast zouden in het overgangsrecht open normen kunnen worden toegevoegd om onwenselijk geachte regelingen (bijvoorbeeld een regeling die 'koude uitsluiting' impliceert) in huwelijkse voorwaarden aan te vullen op de wijze zoals in 1995 is gedaan bij de invoering van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Echtgenoten die hun 'koude uitsluiting' wensen te handhaven dienen deze keuze in dat geval vast te leggen in hun huwelijkse voorwaarden. Omdat de invoering van het civiel partnerschap meebrengt dat de wettelijke bepalingen uit de titels 6, 7 en 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vervallen zal het overgangsrecht in elk geval ook dienen te bepalen dat gehuwden en geregistreerd partners en mogelijk ook samenwoners met een notarieel samenlevingscontract vanaf het moment van het in werking treden van de nieuwe wet een civiel partnerschap hebben, waarvan de inhoud het tot op dat moment voor hen geldende recht is.

In de wettekst komt dit naar voren door het telkens herhaalde 'tenzij de partners anders overeenkomen.' Ik heb ervoor gekozen om deze zinsnede als een mantra te laten terugkeren om daarmee te benadrukken dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is geweest om de partners te prikkelen na te denken over welke keuzen bij hun specifieke invulling van het civiel partnerschap passen en daarover met elkaar in overleg te treden en tot gezamenlijk gedragen keuzen te komen.

De partijautonomie van de partners vormt ter zake van het civiel partnerschap derhalve het vertrekpunt waarbij zowel de besproken contractvrijheid als het rechtsbeginsel solidariteit tot uitdrukking worden gebracht, het laatstgenoemde beginsel door de wettelijk vastgelegde zorgplicht van de partners ten opzichte van elkaar – die wel kan worden ingevuld maar niet kan worden geëcarteerd – en de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de uitwerking daarvan te codificeren, alsmede door de bijstand van een rechtshulpverlener te stipuleren.[58]

Slechts in enkele gevallen is de contractvrijheid van de partners beperkt of uitgesloten: dit betreft de zorgplicht die de partners jegens elkaar hebben en aspecten van hun ouderschap.

In de tweede plaats is het civiel partnerschap niet voorbehouden aan gehuwde partners maar staat dit ook open voor al dan niet met elkaar samenwonende partners die een zorgplicht jegens elkaar willen vastleggen en daar verder vorm aan willen geven, alsmede hun relatie vermogensrechtelijk willen ordenen.[59]

Een andere rechtspolitieke keuze betreft het beschouwen van het begin en het einde van een civiel partnerschap als twee juridisch relevante momenten in eenzelfde continuüm waarvoor op gelijke wijze geldt dat een akte dient te worden opgesteld door een notaris, advocaat of mediator die daartoe gekwalificeerd is.

Het voorgaande brengt dan ook mee dat door mij geen onderscheid wordt gemaakt tussen relatievermogensrecht en scheidingsrecht. Waar beide soorten regelingen in de huidige praktijk al zeer sterk met elkaar verweven zijn, kies ik er in mijn uitwerking van het civiel partnerschap voor om deze in elkaar te schuiven en daarmee tot één regeling te komen die, indien door de partners gekozen, van toepassing is vanaf het aangaan van de relatie tot de beëindiging daarvan.

Ingeval van beëindiging van een civiel partnerschap is de daartoe op te stellen en daarna te registreren akte derhalve het enige door de wet gestelde formele vereiste.

---

58 Door het voorschrijven van de in artikel 1 en 9 bedoelde akte is bijstand van een notaris, advocaat of mediator vanzelfsprekend, zij het dat deze als het erop aankomt niet verplicht is; het opstellen van, alsmede de mede-ondertekening door een notaris, advocaat of mediator van de akte is wel dwingend voorgeschreven, zij het dat daaraan niet de sanctie van nietigheid is verbonden.

59 Het geregistreerd partnerschap komt vanzelfsprekend te vervallen als zijnde volstrekt overbodig en nodeloos complicerend.

Hiermee is tevens gezegd dat het thans nog bestaande notariële monopolie ter zake van huwelijkse voorwaarden en dat van de advocaat met betrekking tot het indienen van een echtscheidingsverzoekschrift, komen te vervallen.

Daarnaast wordt hiermee erkend dat de *family mediator* een – waar het betreft de juridische begeleiding van het aangaan en beëindigen van relaties – aan de gespecialiseerde notaris en advocaat ten minste gelijk te stellen deskundige is.

Een volgende in het oog springende rechtspolitieke keuze is het feit dat niet wordt afgeweken van het algemene goederenrecht door het civiel partnerschap en ieder van de partners derhalve het eigen vermogen behoudt. Ik heb hiervoor al uitvoerig uiteengezet waarom een niet-goederenrechtelijk basisstelsel sterk de voorkeur verdient.

Met deze keuze hangt direct samen dat een akte van civiel partnerschap die niet voldoet aan het in artikel 1 lid 4 gestelde vormvereiste, in beginsel vernietigbaar is in plaats van nietig en voorts dat geen bijzondere bescherming aan derden wordt toegekend inzake een civiel partnerschap.

Een zesde rechtspolitieke keuze betreft de radicale breuk die wordt gemaakt met een stelsel dat *proceduregestuurd* is. De verantwoordelijkheid voor het civiel partnerschap ligt zowel voorafgaand aan het sluiten, als tijdens de duur daarvan primair bij de partners zelf en hetzelfde geldt voor de beëindiging van het civiel partnerschap.

Het gestelde vormvereiste strekt ertoe dat de partners in beginsel steeds een gespecialiseerd deskundige zullen inschakelen die hen bij het maken van de voor hen juiste afspraken op adequate en niet-bevoogdende wijze begeleidt.

De tussenkomst van een rechter is nog slechts aan de orde als *ultimum remedium* en voor dergelijke uitzonderingssituaties komt in mijn visie een gespecialiseerde, laagdrempelige kantonrechter beschikbaar die op heel korte termijn en met een minimum aan procedurele voorschriften kan worden ingeschakeld om in beginsel als 'arbiter' een eindoordeel te geven ter zake van alle aspecten die samenhangen met een civiel partnerschap,[60] echter niet dan nadat door de partners mediation is beproefd.

Het wetsvoorstel bevat dan ook geen andere verwijzing naar een rechter dan deze en het behoeft geen betoog dat een uitvoerig scheidingsprocesrecht kan worden gemist indien het civiel partnerschap kracht van wet zou krijgen. Eventuele door hen gewenste of noodzakelijke voorlopige voorzieningen dienen door de partners in beginsel in mediation te worden getroffen.

Het moge duidelijk zijn dat het bovenstaande voor de rechterlijke macht zal leiden tot een grote vermindering van de werklast.

60 De mogelijkheid om in hoger beroep te gaan wordt niet uitgesloten maar zou naar mijn mening wel onaantrekkelijk gemaakt moeten worden, bijvoorbeeld door middel van het gebruik van het instrument van de griffierechten.

Verder is de regeling voor het civiel partnerschap in vergelijking met het huidige huwelijksvermogensrecht opgeschoond van naar mijn oordeel overbodige onderdelen als bijvoorbeeld een regeling voor het bestuur van de goederen,[61] achterhaalde onderdelen als bijvoorbeeld artikel 85 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en tal van andere onderdelen die procedureel van aard zijn, van regelzucht getuigen of nog slechts historisch verklaarbaar zijn.

Het is verrassend te kunnen concluderen dat de gehele regeling van het civiel partnerschap daardoor in slechts 12 artikelen kan worden ondergebracht.

In de bescherming van een partner tegen de ongewenste verkoop van het woonhuis van de partners wordt voorzien door als wettelijk uitgangspunt te kiezen dat een dergelijk registergoed steeds ten name van beide partners zal worden gesteld, tenzij de partners dit niet wensen, in welk geval deze bescherming ook achterwege kan blijven. Mijns inziens bestaat in het door mij hier verdedigde stelsel geen behoefte meer aan een paternalistische regeling als die van het huidige artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

In paragraaf 5.3.2.3 heb ik met betrekking tot de Wet regels verrekenbedingen al als mijn opvatting naar voren gebracht dat het hier gelegenheidswetgeving betreft die poogt om een verkeerde notariële praktijk in goede banen te leiden maar daarin niet bijzonder is geslaagd.

Het wetsvoorstel civiel partnerschap bevat geen regeling voor verrekenbedingen, evenmin als dit bijvoorbeeld het geval is voor een wettelijk deelgenootschap.[62] Dit neemt niet weg dat partners er vanzelfsprekend voor kunnen kiezen om dergelijke regelingen overeen te komen.

Een bepaling die stelt dat een onder uitsluitingsclausule door een partner verworven goed niet in een (verreken)regeling tussen de partners mag worden betrokken is niet opgenomen. De reden hiervoor is dat het partners vrij dient te staan om in dezen ook formele afspraken met elkaar te maken, waar het immers in de huidige praktijk eveneens mogelijk is om langs indirecte wegen op dit terrein het gewenste doel – het geheel of gedeeltelijk delen van het desbetreffende goed met de andere partner – te bereiken.[63]

De werkwijze van de notaris, advocaat of family mediator zoals door mij bepleit in paragraaf 5.7 wordt door de opzet van het civiel partnerschap sterk bevorderd, in samenhang met zowel het door deze opzet aanzienlijk vergrote *relatievermogensrechtelijke bewustzijn* van de partners als de professionele nazorg die vanzelfsprekend wordt geboden door de deskundige die door de partners is ingeschakeld.[64] Dit betekent dat in het algemeen niet snel sprake meer zal zijn van onuitvoerbare afspraken, noch van afspraken die door de partners niet worden begrepen of uitgevoerd.

---

61 Hiervoor wordt teruggevallen op de algemene regels van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek.

62 De huidige Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vervalt geheel.

63 Vgl. paragraaf 4.4.2.1.

64 Vgl. in deze zin ook F. Schols die voor de notaris spreekt over het 'notarieel accountmanagement' dat snel van de grond dient te komen; F. Schols, 2010, p. 758.

Tot slot moet worden opgemerkt dat een belangrijke vernieuwing die het civiel partnerschap ten opzichte van het huidige huwelijksvermogensrecht zou brengen is gelegen in het feit dat het een integrale, elegante, korte regeling betreft die alle bepalingen in één titel onderbrengt, waardoor waar het betreft het relatievermogensrecht het aloude adagium dat een ieder geacht wordt de wet te kennen een nieuwe lading verkrijgt.

Alle bovenstaande keuzen vloeien rechtstreeks voort uit de wens een eigentijds en gestroomlijnd basisstelsel te ontwerpen dat regels geeft voor de vermogensrechtelijke gevolgen van affectieve relaties tussen twee volwassenen waarbinnen een wederzijdse zorgplicht bestaat,[65] dat geen onderscheid maakt tussen huwelijkse en niet-huwelijkse relaties, dat eenvoudig en laagdrempelig is, dat aansluit bij de heersende maatschappelijke opvattingen over het relatievermogensrecht, dat de partners aanzet tot het maken van eigen keuzen en het nemen van eigen verantwoordelijkheid en dat tot slot ten tijde van een beëindiging van de relatie leidt tot voorspelbare uitkomsten.

Het wetsvoorstel civiel partnerschap betreft in essentie een kaderregeling waarin de contractvrijheid van partners in evenwicht wordt gebracht met het rechtsbeginsel solidariteit dat tot uitdrukking komt in de zorgplicht die de kern vormt van een civiel partnerschap.

Deze kaderregeling voorziet in alle belangrijke vermogensrechtelijke gevolgen van een (affectieve) relatie en is niet automatisch van toepassing in alle gevallen maar dient door de partners bewust te worden gekozen en voorafgaand daaraan te worden doordacht, besproken en op de maat van het eigen civiel partnerschap te worden toegesneden.

Deze insteek voorkomt dat de wettelijke bepalingen zelf worden belast met het standaard willen voorzien in regels voor bijzonderheden.

De door mij voorgestane regeling van het civiel partnerschap ziet mitsdien op algemene normen die op het moment van invoering daarvan door de wetgever worden beschouwd als redelijke en billijke normen ingeval van een affectieve relatie tussen twee volwassenen.[66] De partners staan bij het maken van de specifieke afspraken die gelden voor hun civiel partnerschap in essentie voor de keuze *to comply or to explain*; hierdoor worden hun bedoelingen ten aanzien van de invulling van het civiel partnerschap duidelijk.

---

65 Voor de goede orde merk ik op dat bijvoorbeeld ook door een broer en een zuster een civiel partnerschap kan worden aangegaan.

66 Ik heb de bedoelde maatschappelijke opvattingen zoals deze thans naar mijn mening opgeld doen per artikel geformuleerd in de artikelsgewijze memorie van toelichting in paragraaf 9.4.1.2. De desbetreffende normen worden door mij gesteld bij gebreke van specifiek onderzoek hiernaar. Wel blijkt uit het hiervoor genoemde WODC-onderzoek dat deze zeker niet uit de lucht zijn gegrepen. Ook het nog te verschijnen verslag van het Europese onderzoek naar de *Property Relations Between Spouses* van de *Commission on European Family Law* (CEFL) geeft in dezen enige aanknopingspunten. Voorts biedt de moderne literatuur ondersteuning.

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel dient het civiel partnerschap eens in de tien jaar onderwerp van debat te zijn in de Tweede Kamer en daartoe automatisch te worden geagendeerd, teneinde vast te kunnen stellen of zich nieuwe normen hebben ontwikkeld dan wel of maatschappelijke inzichten zijn gewijzigd die in het civiel partnerschap tot uitdrukking moeten worden gebracht.[67] Zo is het wetgevingsproces geen speelbal meer van emoties en persoonlijke opvattingen of ervaringen van Kamerleden, worden knelpunten tijdig onderkend en wordt tevens voorkomen dat op relatievermogensrechtelijk terrein nog gelegenheidswetgeving tot stand komt.

De regeling betreffende het civiel partnerschap veronderstelt voorts dat de partners hun partijautonomie daadwerkelijk gebruiken en tevens dat zij de door hen gemaakte afspraken periodiek tegen het licht zullen houden.

9.4.1.2 Beknopte artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

Artikel 1 van de wet op het civiel partnerschap bepaalt dat het civiel partnerschap geen burgerlijke staat betreft, noch een instituut, doch slechts een familierechtelijke overeenkomst is.

Het artikel maakt voorts duidelijk dat een civiel partnerschap kan worden aangegaan door twee meerderjarige personen van verschillend of gelijk geslacht die al dan niet met elkaar gehuwd kunnen zijn.

De in te voeren, in het civiel partnerschap gespecialiseerde kantonrechter, behandelt alle kwesties die met het civiel partnerschap samenhangen en deze dient zich in voorkomende gevallen ook te buigen over het verlenen van een ontheffing aan een minderjarige partner als bedoeld in dit artikel. Indien het civiel partnerschap in samenhang met een huwelijk wordt aangegaan, is in een eerder stadium ontheffing verleend door de minister en behoeft dit uiteraard niet opnieuw te gebeuren, gezien het feit dat huwelijk en civiel partnerschap onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.

De partners zullen in vrijwel alle gevallen een affectieve relatie met elkaar onderhouden maar dit is geen voorwaarde. Wel is het zo dat een huwelijk altijd samengaat met een civiel partnerschap: voor gehuwden komt het civiel partnerschap in de plaats van het huwelijksvermogensrecht. Ik verwijs voorts naar de algemene toelichting op dit punt. In dezen is derhalve een parallel met het fiscaal partnerschap aanwezig: ook dit geldt automatisch voor gehuwden en is optioneel[68] voor samenwonende partners.[69]

Een civiel partnerschap kan zowel de vermogensrechtelijke als de andere gevolgen van een relatie regelen. De partners kunnen de afspraken maken

---

67 Ik zie niet voor me dat aan dergelijke nieuwe normen terugwerkende kracht toekomt.

68 De wetswijziging van 1 januari 2011 heeft deze keuzevrijheid wel sterk beperkt; vgl. paragraaf 9.3.4.

69 Indien het civiel partnerschap kracht van wet zou krijgen, ligt voor de hand dat tevens wettelijk wordt bepaald dat een civiel partnerschap automatisch een fiscaal partnerschap meebrengt.

die zij willen waarbij alleen de goede zeden en openbare orde grenzen stellen. Daarnaast is artikel 2, dat de zorgplicht van de partners jegens elkaar en jegens hun minderjarige kinderen regelt, van dwingend recht.

Het vierde lid schrijft de tussenkomst van een notaris, advocaat of (family) mediator voor bij het opstellen van de akte die het civiel partnerschap vormgeeft. Deze tussenkomst is zowel aan de orde bij het aangaan van het civiel partnerschap, bij latere wijzigingen daarvan (lid 5) als bij de beëindiging van de overeenkomst (artikel 9).

De achtergrond hiervan is dat de begeleiding bij het maken van afspraken van de partners in het kader van een civiel partnerschap door een zowel op het terrein van het recht als op het gebied van relaties en communicatie deskundige persoon, een meerwaarde voor de partners oplevert en daarom in hun belang is.

De mede-ondertekening door de desbetreffende professional maakt deze vanzelfsprekend geen partij bij de akte maar strekt ter bevestiging van het bestaan van *informed consent* bij de partners en waarborgt voorts identiteit en handtekening van de partners. De bedoelde tussenkomst leidt er tevens toe dat aan de akte een considerans, i.e. een interpretatiekader wordt toegevoegd: dit is vastgelegd in lid 4.

De akte van civiel partnerschap is voorts een authentieke akte, ook indien deze door een advocaat of mediator is opgesteld.[70]

De vraag dringt zich in dit verband op welke afspraken die betrekking hebben op het civiel partnerschap in de voorgeschreven vorm dienen te worden vastgelegd en welke niet. Ik zou hiertoe hetzelfde onderscheid als door mij in paragraaf 5.2.3 verdedigd met betrekking tot huwelijkse voorwaarden willen maken. Dit heeft tot gevolg dat in elk geval alle afspraken *in abstracto* opgenomen dienen te worden in de in artikel 1 bedoelde akte. Dit standpunt brengt mee dat vernietiging van *in concreto* gemaakte afspraken in een onderhandse akte af zal stuiten op de beginselen van redelijkheid en billijkheid.

Nu een onderhandse akte door artikel 1 niet met nietigheid wordt bedreigd, het wetsvoorstel geen bepaling bevat die net als het huidige artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek goedkeuring door de rechter voorschrijft voor een tijdens het huwelijk gewijzigde of aangevulde akte van civiel partnerschap en partners voorts de keuze hebben tussen verschillende dienstverleners – waardoor het laten opmaken van een nieuwe akte betrekkelijk laagdrempelig zal zijn –, acht ik dit punt praktisch bezien niet van heel groot belang.

Het voorbijgaan aan het gestelde vormvereiste leidt zoals gezegd niet tot een nietige akte. De reden hiervoor is dat het voor partners die dat beslist willen mogelijk moet zijn om zelf afspraken met elkaar te maken. Wel kan een partner op elk gewenst moment de akte vernietigen wegens het niet in acht nemen van de voorgeschreven vorm, tenzij redelijkheid en billijkheid zich hiertegen verzetten.

---

70 Artikel 156 lid 2, tweede volzin Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorziet hierin.

De akte van civiel partnerschap mag worden opgesteld door een notaris, een advocaat of een (family) mediator die deskundig is op de hiervoor genoemde terreinen. Deze deskundigheid wordt aangenomen indien de desbetreffende professional aan door de minister van Veiligheid en Justitie bij algemene maatregel van bestuur op te stellen voorwaarden voor opname in het register van civiel partnerschap heeft voldaan.

Het register van civiel partnerschap heeft daarnaast een functie die vergelijkbaar is met die van het Centraal Testamentenregister: het bepaalde in lid 8 (en in artikel 10) moet in dat licht worden beschouwd.

Het bepaalde in lid 7 van het artikel stelt buiten twijfel dat partners een voorwaarde of tijdsbepaling aan hun civiel partnerschap kunnen verbinden.

Lid 10 is toegevoegd om mogelijke onzekerheid over de toepasselijkheid van beide wetsartikelen op het civiel partnerschap te vermijden.

Artikel 1 brengt de naar ik meen maatschappelijk erkende norm tot uitdrukking die wil dat partners bij het maken van afspraken over de (vermogensrechtelijke) gevolgen van hun relatie veelal deskundige begeleiding nodig zullen hebben.

Artikel 2

In dit artikel worden de beide materieelrechtelijke gevolgen van een civiel partnerschap waarbij voor de partners geen onbegrensde contractvrijheid geldt, samengebracht. Daarnaast bevat alleen artikel 9 lid 3 nog een regel van dwingend recht die het opstellen van een ouderschapsplan door de partners voorschrijft.

In lid 1 wordt met betrekking tot de zorgplicht die voor ieder van de partners uit het civiel partnerschap voortvloeit als wettelijk minimum gegeven dat een partner de andere partner levensonderhoud dient te verstrekken. Niettemin worden de partners aangemoedigd om deze zorgplicht zelf contractueel verder uit te werken en inhoud te geven. Zo kunnen de partners in de akte van civiel partnerschap vaststellen dat op dat moment over en weer geen behoefte aan het verstrekken van levensonderhoud bestaat omdat elk van hen een eigen inkomen geniet. De partners kunnen echter niet afspreken dat geen wederzijdse zorgplicht bestaat.

In lid 2 wordt een gezamenlijke zorgplicht vastgelegd van de partners jegens minderjarige kinderen die deel uitmaken van de door hen gevoerde gezamenlijke huishouding.

Ten aanzien van de zorgplicht jegens minderjarige kinderen van wie zij niet gezamenlijk de ouders zijn, staat het de partners vrij afwijkende afspraken te maken. Zo komt het steeds vaker voor dat een zogenoemd samengesteld gezin wordt gevormd waarbij een van de partners of beide partners een of meer kinderen uit een voorafgaande relatie 'inbrengen'. Het is in dat geval mogelijk dat de partners overeenkomen dat de zorgplicht in een dergelijke situatie slechts rust bij de ouder zelf.[71]

71 Artikel 395a lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient derhalve te worden geschrapt.

Artikel 2 brengt zowel de maatschappelijk gedragen norm tot uitdrukking die wil dat partners in een affectieve relatie een zorgplicht jegens elkaar hebben en elkaar levensonderhoud moeten verschaffen als de norm dat ouders de opvoeding en verzorging van hun minderjarige kinderen voor hun rekening dienen te nemen.

Artikel 3

In dit artikel worden regels gegeven voor de bestrijding van de kosten van de door de partners gevoerde gezamenlijke huishouding. Indien geen gezamenlijke huishouding wordt gevoerd is slechts de zorgplicht van artikel 2, lid 1 aan de orde.

Onder inkomen als bedoeld in lid 1 wordt het totale inkomen dat door een partner in enig kalenderjaar wordt verworven – uit welke inkomensbron dan ook – verstaan, voordat de daarover verschuldigde inkomstenbelasting daarop in mindering is gebracht. De door ieder van de partners over hun inkomen verschuldigde inkomstenbelasting behoort tot de kosten van de gezamenlijke huishouding.

De definitie van de kosten die tot de kosten van de gezamenlijke huishouding worden gerekend is een ruime maar deze wordt niettemin beperkt door de woorden 'in redelijkheid'. Zo vallen kosten die voortvloeien uit het afsluiten van een ontbrekende of ontoereikende pensioenvoorziening wel onder deze definitie maar kosten die zijn verbonden aan dure en niet gangbare hobby's zoals bijvoorbeeld ballonvaren met een eigen ballon niet.

Uit artikel 4 lid 1 vloeit voort dat de kosten die gepaard gaan met het aanschaffen van inboedelgoederen en andere huishoudelijke goederen in beginsel ook tot de kosten van de huishouding worden gerekend.

Lid 3 geeft een regeling voor het geval de woning die de partners gezamenlijk bewonen geheel in eigendom toebehoort aan een van hen. In dat geval behoren slechts de directe kosten van bewoning tot de kosten van de gezamenlijke huishouding van de partners.

Artikel 3 verwoordt de ook in de huidige wet opgenomen, maatschappelijk onderkende norm die wil dat indien een gezamenlijke huishouding wordt gevoerd, de kosten daarvan door de partners naar evenredigheid van hun inkomens dienen te worden gedragen, hetgeen a fortiori geldt ingeval de gezamenlijke huishouding wordt gevoerd in het kader van een affectieve relatie.

Artikel 4

Dit artikel bepaalt dat de goederen die tijdens het civiel partnerschap worden verworven tussen de partners een eenvoudige gemeenschap zullen vormen als bedoeld in artikel 166 Boek 3 Burgerlijk Wetboek, tenzij door hen anders wordt overeengekomen in een akte van civiel partnerschap. In het in lid 3 bedoelde geval zal de afwijking van de hier gegeven regel door de partners nog moeten worden vastgelegd in de notariële akte van levering.

Lid 2 geeft een bewijsregel voor gelden die zich bevinden op bankrekeningen van de partners die en/of zijn gesteld. Hierdoor wordt partners een

eenvoudige mogelijkheid geboden om de inkomsten die tijdens het civiel partnerschap worden genoten, geheel of gedeeltelijk als gemeenschappelijk inkomen aan te merken.

In lid 4 wordt onder de aandacht van de partners gebracht dat zij ervoor kunnen kiezen om goederen die een van hen reeds bezat voorafgaand aan het civiel partnerschap, tot gemeenschappelijke goederen te bestempelen. Hierbij dient voor bepaalde goederen vanzelfsprekend te worden voldaan aan de door het Burgerlijk Wetboek gestelde leveringsvereisten, wil werking jegens derden worden verkregen.

De leden 5 en 6 behoeven geen nadere toelichting, zij het dat er niet voor is gekozen om de partners de mogelijkheid te geven van het bepaalde in het zesde lid af te wijken omdat dat niet opportuun is: niet goed valt immers in te zien hoe geopereerd kan worden door de partners zonder over en weer over de in dit lid bedoelde informatie te beschikken. Daarmee is gezegd dat lid 6 tot op zekere hoogte dwingend recht vormt.

Lid 7 is toegevoegd om buiten twijfel te stellen dat titel 7 Afdeling 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek van aanvullend recht is ter zake van een civiel partnerschap.

In artikel 4 wordt de maatschappelijke norm verwoord die inhoudt dat goederen en gelden die tijdens een affectieve relatie worden verworven, in beginsel worden geacht door de gezamenlijke inspanningen (lasten) van de partners te zijn verkregen en daarom gelijkelijk aan beide partners toekomen (lusten).

Artikel 5

Dit artikel geeft een regel voor het ontstaan van een vergoedingsrecht van de ene partner jegens de andere ingeval de eerstbedoelde partner privégelden aanwendt ter aflossing van een schuld van de andere partner of ingeval deze gelden investeert in een privégoed van de andere partner.

De partners kunnen vanzelfsprekend ook hierover afwijkende afspraken maken maar zij dienen dit actief te doen: het artikel beoogt te verhinderen dat in de gevallen die het bestrijkt het nakomen door een partner van een natuurlijke verbintenis jegens de andere partner wordt aangenomen.

In dit artikel klinkt de maatschappelijk gedragen norm door dat het investeren in een goed van een ander of het aflossen van diens schuld gecompenseerd dient te worden door de ander, ook ingeval tussen beide partijen een affectieve relatie bestaat.

Artikel 6

De norm van gelijkwaardig ouderschap die sedert 1 maart 2009 geldt (artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek) leidt ertoe dat een passende vergoeding geïndiceerd is indien partners van deze norm afwijken, al dan niet in goed overleg.

Gesteld kan worden dat ook vóór de introductie van de desbetreffende norm het ontstaan van een recht op een passende vergoeding reeds aan de orde was indien de zorg voor en de opvoeding van de kinderen voor een groter gedeelte op de schouders van een van de ouders rustte. De achtergrond hiervan is dat de ouder (partner) die het betreft veelal gedurende minder uren per week dan de andere partner betaalde arbeid kan verrichten.

Het artikel spreekt zich niet uit over wat een passende vergoeding is: deze is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval en dient door de partners zelf te worden vastgesteld.

De in de eerste volzin verwoorde norm is een maatschappelijk breed gedragen norm, hoewel tevens erkend moet worden dat deze niet altijd gemakkelijk kan worden uitgevoerd. In 2009 is de desbetreffende norm ingevoerd voor de situatie na (echt)scheiding. Daarbij werd door de wetgever impliciet verondersteld dat gelijkwaardig ouderschap ook tijdens het huwelijk aan de orde is (of behoort te zijn); artikel 6 sluit bij deze veronderstelling aan.[72]

Tevens wordt door dit artikel verondersteld dat beide partners in beginsel in staat zijn een volwaardig inkomen te verdienen. Hiermee is gezegd dat het artikel aansluit bij het *Normaltyp* van het civiel partnerschap dat wil dat de rollen van beide partners in beginsel uitwisselbaar zijn: zowel de ene als de andere partner kan derhalve inkomen genereren, respectievelijk onbetaalde zorgtaken uitvoeren.

Dit neemt uiteraard niet weg dat de partners vanuit een andere levensbeschouwing of andere opvattingen ter zake afspraken kunnen maken die van het bepaalde in dit artikel afwijken en daarmee een ander type civiel partnerschap vorm kunnen geven.

Artikel 7

Indien een partner werkzaamheden verricht ten behoeve van de onderneming van de andere partner spreekt niet vanzelf dat dergelijke arbeid onbeloond blijft op grond van de tussen de partners bestaande affectieve relatie.

In dit artikel wordt derhalve de norm geformuleerd dat arbeid ook ingeval tussen de partner die ondernemer is en de partner die arbeid verricht voor diens onderneming, beloond dient te worden. De niet-ondernemende partner kan de desbetreffende uren immers niet elders te gelde maken.

Net als in het geval van artikel 6, is ook in artikel 7 een zekere overeenkomst te zien met het bepaalde in artikel 36 Boek 4 Burgerlijk Wetboek.

De in de tweede volzin verwoorde norm is een maatschappelijk breed gedragen norm.

72 Het zou niettemin aanbeveling verdienen om de desbetreffende norm expliciet in de wet op te nemen.

Artikel 8
Dit artikel heeft tot doel buiten twijfel te stellen dat partners voorafgaand aan hun civiel partnerschap en op elk door hen gewenst moment tijdens de duur van hun civiel partnerschap, alle gevolgen van hun scheiding kunnen regelen.[73] Opgemerkt wordt in dit verband dat de regelingen die worden genoemd in het eerste lid niet limitatief zijn bedoeld.

Voor het geval de partners voorafgaand aan of tijdens hun civiel partnerschap een ouderschapsplan opstellen of anderszins regelingen treffen ter zake van hun gezamenlijke ouderschap, kunnen zij daarin niet afwijken van de rechten en plichten die uit het ouderlijk gezag voortspruiten indien en voor zover deze een dwingendrechtelijk karakter kennen.

Dit betekent dat de partners niet over hun gezag als zodanig kunnen contracteren maar zij wel afspraken kunnen maken over de betekenis van het gezag en de uitwerking en invulling daarvan in hun concrete situatie.

Dit artikel formuleert de maatschappelijk ondersteunde norm dat partners hun scheiding moeten kunnen regelen voorafgaand aan of tijdens hun relatie.

Artikel 9
In dit artikel worden de regels die zien op scheiding bijeengebracht. Ten opzichte van de thans bestaande situatie in het huwelijksvermogensrecht waar de artikelen met betrekking tot echtscheiding verspreid zijn over Boek 1 Burgerlijk Wetboek en bovendien op punten slecht op elkaar aansluiten (bijvoorbeeld waar het betreft de huidige artikelen 157-160 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en de bepalingen van Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, voor zover deze op echtgenoten van toepassing zijn), levert dit alleen al systematisch bezien een sterke verbetering op.

Uit lid 1 blijkt dat het civiel partnerschap eindigt door het overlijden van een partner en dat daarnaast bij een akte van civiel partnerschap het einde daarvan kan worden vastgesteld op gemeenschappelijk verzoek van de partners, dan wel het eenzijdige verzoek van een partner.

Ingeval het einde van een civiel partnerschap op eenzijdig verzoek wordt vastgesteld, behoort het vanzelfsprekend tot de zorgplicht van de daartoe ingeschakelde notaris, advocaat of mediator om de andere partner hiervan op de hoogte te stellen. In dit geval zullen de gewezen partners bij afzonderlijke akte van civiel partnerschap de regelingen moeten treffen die worden bedoeld in de leden 2 tot en met 10 en 12; lid 13 ziet op deze situatie. In elk geval zal door hen steeds een ouderschapsplan dienen te worden opgesteld als bedoeld in het tweede lid.

73 Ik verwijs in dit verband naar het onderzoek dat in 2008 in opdracht van het ministerie van Jeugd en Gezin is verricht, waarin onder meer de gevolgtrekking wordt gemaakt dat een goede verdeling van taken tijdens het huwelijk leidt tot soepeler transitie ingeval van echtscheiding; E-Quality, *Nieuwe Gezinnen*, 2008.

Het einde van een civiel partnerschap kan eerst worden vastgesteld nadat een daarnaast bestaand huwelijk tussen de partners is ontbonden, gezien het feit dat een huwelijk steeds een civiel partnerschap impliceert.[74]

Lid 2 bevat de verplichting voor de partners om ingeval van beëindiging van hun civiel partnerschap een ouderschapsplan op te stellen op de voet van het huidige artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[75] Teneinde duidelijk te maken dat de in artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgesomde normen van dwingend recht zijn, wordt in dit lid gesteld dat deze door de partners in acht genomen dienen te worden bij het maken van afspraken in het kader van een ouderschapsplan.

De notaris, advocaat of mediator dient er zorg voor te dragen dat de akte bedoeld in lid 1 daadwerkelijk een ouderschapsplan bevat.

Lid 3 sluit aan bij het tweede lid door de uitwerking van de in het laatstgenoemde lid opgenomen verplichting voor de partners om in het ouderschapsplan afspraken te maken over de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen. De tabel kosten van kinderen die wordt bijgehouden en gepubliceerd door CBS en NIBUD vormt in dezen het uitgangspunt.[76]

In de leden 4, 5 en 6 is voor de formulering gekozen dat de akte van beëindiging van het civiel partnerschap de in deze leden bedoelde afspraken bevat, tenzij de partners anders overeenkomen. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat het uitgangspunt van de wetgever is dat de beëindigingsakte afspraken bevat over de desbetreffende thema's; de partners kunnen er niettemin voor kiezen om deze afspraken in een later stadium, bij afzonderlijke akte te maken. Het bepaalde in lid 13 sluit hierbij aan.

Indien de partners ervoor kiezen om de bedoelde afspraken later te maken, dient in de beëindigingsakte hiervan melding te worden gemaakt. Ook is uiteraard denkbaar dat over bepaalde thema's in het geheel geen afspraken behoeven te worden gemaakt. Is dat het geval, dan wordt dit in de beëindigingsakte vermeld.

Lid 4 zet de partners ertoe aan om afspraken te maken over de (tijdelijke) voortzetting van de bewoning van het tijdens het civiel partnerschap door hen gezamenlijk bewoonde huis.

---

74 De invoering van het civiel partnerschap zou zoals reeds gesteld, gepaard moeten gaan met de gelijktijdige invoering van een administratieve echtscheiding die kan worden afgewikkeld door de voor de beëindiging van een civiel partnerschap reeds in te schakelen notaris, advocaat of mediator, in samenwerking met de ambtenaar van de burgerlijke stand of de geestelijke.

75 Dit artikel vervalt tezamen met alle andere processuele bepalingen.

76 Van het door VVD en PvdA aangekondigde initiatiefwetsvoorstel kinderalimentatie zal mogelijk een andere tabel deel uitmaken maar dit laat het principe onverlet dat de statistisch bepaalde kosten van kinderen het uitgangspunt vormen indien de ouders geen andere afspraken met elkaar willen of kunnen maken.

Lid 5 maakt duidelijk dat in de in lid 1 bedoelde akte in vrijwel alle gevallen afspraken gemaakt zullen moeten worden over de verdeling van gemeenschappelijke goederen, over bestaande vergoedingsrechten, alsmede over verrekeningen uit hoofde van een overeengekomen verrekenbeding of op een andere grond.

De leden 6 tot en met 10 geven een kaderregeling voor het verstrekken van levensonderhoud door de ene partner aan de andere partner na de beëindiging van het civiel partnerschap.

Lid 6 geeft als primair criterium dat de partner die levensonderhoud verzoekt behoeftig dient te zijn. Of dit het geval is, wordt getoetst aan het in lid 7 geformuleerde criterium dat bepaalt dat alleen een verplichting ontstaat tot het betalen van levensonderhoud indien het civiel partnerschap ertoe heeft geleid dat de verdiencapaciteit van een partner is verminderd of deze verdiencapaciteit in het geheel niet tot ontwikkeling is gekomen door de zorg voor minderjarige kinderen. De desbetreffende verplichting ontstaat daarnaast indien de bedoelde verdiencapaciteit op grond van een buiten toedoen van de desbetreffende partner gelegen oorzaak is aangetast of niet is ontwikkeld.

Indien beide partners hebben afgesproken dat een van hen bijvoorbeeld een promotieproject gaat volgen waardoor de verdiencapaciteit van deze partner tijdelijk sterk terugloopt of gedurende de desbetreffende periode niet wordt ontwikkeld, is tevens sprake van een oorzaak die rechtvaardigt dat levensonderhoud wordt verstrekt.

Lid 8 stelt dat de draagkracht van de levensonderhoud verstrekkende partner in goed overleg tussen de partners wordt vastgesteld, evenals de behoefte van ieder van hen.

De zogenaamde *Tremanormen* zijn in dit kader weinig bruikbaar omdat deze zijn ontwikkeld om te dienen in een procedure op tegenspraak. Veel zinvoller is het daarom dat partners in de setting van mediation ieder een berekening maken van het na de beëindiging van het civiel partnerschap benodigde eigen netto maandbudget en deze berekeningen vervolgens naast elkaar worden gelegd. Daarnaast dient uiteraard een berekening te worden gemaakt van het beschikbaar netto inkomen van elk van de partners in de nieuwe situatie, inclusief fiscale toeslagen en kortingen.

Op deze wijze wordt in alle openheid de realiteit aan beide zijden besproken en kan onder leiding van de mediator vrij eenvoudig worden toegewerkt naar een evenwicht waarmee beide partners kunnen instemmen.

Lid 9 beperkt de termijn waarvoor levensonderhoud kan worden gevorderd tot vier jaren, tenzij het civiel partnerschap een kortere periode heeft geduurd, in welk geval de desbetreffende periode het maximum vormt.

Hiermee wordt beoogd dat enerzijds het rechtsbeginsel van de solidariteit voldoende doorklinkt en dat anderzijds het feit dat een civiel partnerschap heeft bestaan niet te lang een hypotheek legt op het leven van ieder van de partners na het opbreken van de relatie.

De relatief korte termijn waarbinnen levensonderhoud moet worden verstrekt zal – als de thans nog bestaande fiscale hindernissen zouden wor-

den geschrapt –,[77] er voorts in veel gevallen toe leiden dat het verschuldigde levensonderhoud ineens zal worden verrekend ter gelegenheid van de financiële afwikkeling van het civiel partnerschap.

Aan de gehele kaderregeling ligt de gedachte ten grondslag dat keuzen die voor de aanvang van het civiel partnerschap worden gemaakt bepalend zijn voor de rol- en taakverdeling tijdens het civiel partnerschap en dat deze vervolgens – waar het betreft het levensonderhoud na de beëindiging van het civiel partnerschap – (kunnen) doorwerken.

Gezien het feit dat de regeling van de leden 6 tot en met 10 kort, bondig en gestructureerd is, wordt het bewustzijn van de partners op dit terrein vergroot en geprikkeld en kunnen zij voorafgaand aan een civiel partnerschap derhalve op eenvoudige wijze een helder beeld krijgen van de consequenties van het door hen gekozen '*Ehetyp*' en de keuzen die door hen nadien worden gemaakt, waardoor het maken van taakstellende afspraken voor de hand ligt.

Indien de partners een klassiek kostwinnershuwelijk wensen te leven, zullen zij voorafgaand aan de sluiting daarvan in de akte van civiel partnerschap redelijkerwijs onder meer dienen te bepalen dat voor hen een langere termijn geldt waarbinnen levensonderhoud zal worden betaald aan de verzorgende partner door de partner die tijdens het huwelijk en civiel partnerschap kostwinner was.

Een regeling die bepaalt dat geen levensonderhoud meer behoeft te worden verstrekt indien de ontvangende partner een gezamenlijke huishouding met een nieuwe partner voert ontbreekt, omdat de gedachte dat de ene kostwinner de andere opvolgt naar mijn mening niet meer van deze tijd is, een dergelijke bepaling een verstorende werking heeft waar het de zelfbeschikking van de ontvangende partner betreft en voorts de termijn waarbinnen levensonderhoud moet worden verstrekt betrekkelijk kort is gesteld.

Lid 10 bepaalt dat de partners zonder restricties een beding van niet-wijziging kunnen verbinden aan afspraken die zij maken over het al dan niet verstrekken van levensonderhoud na de beëindiging van het civiel partnerschap. Wel geldt daarbij de verplichting dat zij de hier bedoelde omstandigheden die aan wijziging onderhevig kunnen zijn onder ogen dienen te zien en deze moeten omschrijven in de akte die wordt bedoeld in lid 1.[78]

---

77 Volledigheidshalve zij hier opgemerkt dat de fiscale regelgeving die thans van toepassing is ingeval van huwelijk en (echt)scheiding, toegesneden dient te worden op het civiel partnerschap. Van deze gelegenheid dient gebruik te worden gemaakt om alle thans bestaande fiscale belemmeringen op dit terrein te schrappen. Zolang partners bij het maken van afspraken niet *fraus legis* als oogmerk hebben, behoren zij niet – zoals momenteel nog het geval is – gehinderd te worden door het belastingrecht bij het vormgeven en beëindigen van hun civiel partnerschap.

78 Ik heb het huidige artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek terug laten keren in lid 11, niettegenstaande het feit dat ik geen voorstander ben van een dergelijke bepaling. Ik zie de regeling als op zichzelf staand en derhalve niet behorend tot het door mij voorgestane samenhangende systeem van relatievermogensrecht. Handhaving vindt dan ook slechts plaats om een discussie op dit punt te voorkomen.

In lid 12 wordt waar het betreft de afwikkeling van pensioenrechten die door de partners tijdens het civiel partnerschap worden opgebouwd als nieuwe hoofdregel de zogenoemde *conversie* daarvan geïntroduceerd.[79] Omdat mij voor ogen staat dat de beëindiging van een civiel partnerschap zoveel mogelijk een *clean break* dient te zijn, past het laten ontstaan van afhankelijke rechten zoals het geval is bij verevening van pensioenrechten daar niet bij. Dit laat onverlet dat partners wel voor deze optie kunnen kiezen.

Het is door de opzet van het civiel partnerschap waarschijnlijk dat veel partners ervoor zullen kiezen om geen vorm van pensioendeling overeen te komen en er zorg voor te dragen dat ieder van hen tijdens het civiel partnerschap zelfstandig een redelijk pensioen opbouwt.[80]

In lid 13 wordt vastgelegd dat ook ingeval de partners ervoor kiezen om niet in de akte van beëindiging van hun civiel partnerschap maar in een later stadium afspraken te maken als bedoeld in artikel 9, daartoe de in artikel 1 lid 4 bedoelde akte is voorgeschreven.

Omdat het voor zich spreekt dat in de in lid 1 bedoelde akte door de partners desgewenst voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen, is vermelding daarvan achterwege gebleven. Het behoort zonder twijfel tot de zorgplicht van de professional die de akte opstelt om de partners hierop te wijzen en met hen te bespreken of het treffen van voorlopige voorzieningen ter zake van bijvoorbeeld de bewoning van het huis, de zorg voor de kinderen, het gebruik van de auto en de betaling van de (huishoud)kosten noodzakelijk of gewenst is.

De mijns inziens maatschappelijk gedragen normen die in dit artikel zijn opgenomen zijn achtereenvolgens het voortduren van het gezamenlijk ouderschap van de partners na een scheiding op basis van gelijkwaardigheid, de prioritering van de behoefte aan het ontvangen van levensonderhoud door minderjarige kinderen boven de behoefte daaraan van een partner, het voortduren van de zorgplicht (van de ene partner jegens de andere) na de beëindiging van de relatie indien daartoe goede gronden bestaan, alsmede de norm die wil dat partners bij het maken van afspraken over de (vermogensrechtelijke) gevolgen van de beëindiging van hun relatie veelal deskundige begeleiding nodig zullen hebben.

---

79 Voor *conversie* als gelijkwaardig alternatief voor de huidige standaardverevening wordt ook gepleit in het reeds in paragraaf 5.3.2.5 genoemde onderzoeksrapport *10 Jaar Wet verevening pensioenrechten bij scheiding* (Competence Centre for Pension Research, Universiteit van Tilburg, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2005).

80 Een wetswijziging die ingeval van de introductie van het civiel partnerschap eveneens aan de orde is, betreft het invoegen van de thans in de Pensioenwet 2007 opgenomen regeling over de verrekening van het (bijzonder) nabestaandenpensioen ingeval van scheiding, in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Hierbij dient tevens te worden geregeld dat de standaardregeling niet mee kan brengen dat een partner recht verkrijgt op meer dan de helft van de tijdens het civiel partnerschap in totaal door de andere partner opgebouwde pensioenrechten.

Artikel 10

Het in dit artikel bedoelde – digitale – register heeft tot doel de registratie van ter zake van het civiel partnerschap gespecialiseerde notarissen, advocaten en mediators, alsmede de registratie van de door dezen opgemaakte akten als bedoeld in artikel 1, leden 4 en 5 en artikel 9, leden 1 en 13. Aan deze professionals worden bij algemene maatregel van bestuur eisen gesteld betreffende hun deskundigheid op het terrein van het relatievermogensrecht, hun bemiddelende vaardigheden en redactionele kwaliteiten en hun kennis op het terrein van relatievorming en communicatie. Door het succesvol afleggen van een gecombineerd schriftelijk en mondeling examen wordt voor een bepaalde periode toegang verkregen tot het register.[81]

Partijen bij een akte van civiel partnerschap kunnen een afschrift van de desbetreffende akte opvragen bij de professional tot wie zij zich destijds voor bijstand hebben gewend.

Derden kunnen het register raadplegen indien zij over een DigiD-code beschikken: zij kunnen daarbij slechts vaststellen of een persoon partner is in een civiel partnerschap dat niet is beëindigd. Overigens dienen derden terug te vallen op de algemene beschermingsbepalingen voor derden die in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen.[82]

Het civiel partnerschap is een overeenkomst tussen twee partners zonder goederenrechtelijk effect; specifieke beschermingsbepalingen voor schuldeisers kunnen daarom achterwege blijven.[83] Ik verwijs voor een nadere onderbouwing van mijn visie naar paragraaf 9.3.1.[84]

Uiteraard is het wel zo dat bijvoorbeeld een verrekenverplichting tussen partners vermogensrechtelijke effecten heeft waaraan achteraf, na verrekening, ook derden zijn gebonden. Het civiel partnerschap is immers een overeenkomst zoals bijvoorbeeld een maatschap dat ook is.

---

81 Luijten en Meijer bepleiten voor het huidige recht dat alleen gespecialiseerde advocaten en notarissen zich met echtscheidingen bezig zouden moeten mogen houden; Luijten en Meijer, 2008, p. 695.

82 Van der Burght stelt in een bespreking van het in paragraaf 9.2 door mij besproken wetsvoorstel 28 867 naar mijn oordeel terecht vast dat het huidige huwelijksgoederenregister vrijwel nooit door derden wordt geraadpleegd. Dit vormt eveneens een aanwijzing voor het feit dat ook in een stelsel met goederenrechtelijke effecten als het huidige huwelijksvermogensrecht, regels die derden extra bescherming bieden kunnen worden gerelativeerd; Van der Burght, 2011, p. 16.

83 Ook Verbeke verdedigt een wettelijk stelsel waaraan slechts interne werking toekomt en dat mitsdien neutraal is jegens derden en logischerwijs meebrengt dat waar het derden betreft, het gemene vermogens- en verhaalsrecht onverminderd van toepassing is; Verbeke, 2001 (C), p. 984; in deze zin ook: Verbeke, 2001 (D), p. 1989.

84 Ook in de memorie van toelichting op de tweede nota van wijziging van het in paragraaf 9.2.1 kort besproken wetsvoorstel 28 867 worden relativerende woorden gesproken waar het betreft het vervallen van de rechterlijke goedkeuring voor huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan en stelt de minister voorts concluderend dat de bescherming van schuldeisers in de wet slechts op de juiste maat dient te worden gesneden; *TK* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 19-21. Naar huidig recht komt aan derden al geen extra bescherming toe ingeval het ongehuwde samenwoners betreft.

Dit artikel verwoordt de maatschappelijke norm die meebrengt dat de staat toezicht houdt op de kwaliteit van professionals wier tussenkomst wettelijk wordt voorgeschreven, alsmede de (traditionele) norm die stelt dat de staat vermogensrechtelijke gevolgen van een wettelijk vastgelegde relatievorm tot op zekere hoogte dient te administreren.

Artikel 11
Dit artikel maakt duidelijk dat de gevolgen van een eerder civiel partnerschap niet herleven indien dezelfde partners opnieuw een civiel partnerschap met elkaar aangaan. Omdat het civiel partnerschap een niet-goederenrechtelijk karakter kent, bestaat geen behoefte aan een equivalent van het huidige artikel 166 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Een mogelijke maatschappelijke norm die past bij dit artikel is dat het partners in een relatie vrij dient te staan om ook in vermogensrechtelijk opzicht een nieuwe start te maken.

Artikel 12
In de in artikel 12 vastgelegde geschillenregeling staat opnieuw de eigen verantwoordelijkheid van de partners voorop.

In dit artikel wordt vooruitgelopen op de (aanvullende) kaderwet mediation die als initiatiefwetsvoorstel is aangekondigd door het Tweede Kamerlid Van der Steur (VVD).[85] Deze wet brengt naar het zich thans laat aanzien mee dat mediation minder vrijwillig (en vrijblijvend) zal worden en dat in het algemeen van partijen zal worden verlangd dat zij zich serieuze wijze hebben ingespannen om in mediation tot oplossingen voor hun conflicten en geschillen te komen, alvorens zich tot de rechter te kunnen wenden.

Invoering van de onderhavige wet heeft – zoals gesteld – tot gevolg dat er gespecialiseerde kantonrechters zullen zijn die uitsluitend bevoegd zijn in zaken die samenhangen met het civiel partnerschap. Deze gespecialiseerde en ervaren rechters waarborgen een snel verloop van het proces met een minimum aan formaliteiten en procedures.

Het bepaalde in lid 2 spreekt gezien het uitgangspunt voor zich.

Lid 3 stelt buiten discussie hoe de rechter dient te opereren ingeval van uitleg van een overeenkomst die betrekking heeft op het civiel partnerschap en sluit aan bij het gekozen uitgangspunt waarin de partijautonomie van de partners prevaleert. Door de verwijzing naar 'een andere overeenkomst' wordt onderkend dat het systeem van het civiel partnerschap ruimte laat voor het bestaan van onderhandse overeenkomsten die regelingen ter zake van het civiel partnerschap bevatten, door deze niet met nietigheid te bedreigen. Verwezen zij in dit verband naar de toelichting op artikel 1.

85 Zie Handelingen *II*, 2010/11, nr. 92-**27**-68. Dit aangekondigde initiatiefwetsvoorstel sluit aan bij het wetsvoorstel van de regering ter implementatie van de richtlijn betreffende mediation van de Europese Unie: *EK* 32 555, nr. A.

De maatschappelijke norm die in dit artikel besloten ligt is dat partijen zelf hun conflicten en geschillen dienen op te lossen en zich slechts bij wijze van *ultimum remedium* tot de rechter kunnen wenden die in dat geval deskundig is en binnen korte tijd een adequate beslissing neemt.

9.5 Afsluiting

Het civiel partnerschap zoals door mij in dit hoofdstuk uiteengezet en uitgewerkt in een proeve van een daartoe strekkend wetsvoorstel, betreft geen wettelijke regeling in de traditionele zin zoals de gemeenschap van goederen dat is, doch een normstellend kader dat de partners inspireert om ten volle gebruik te maken van de tot hun beschikking staande partijautonomie en is daarmee een eigentijds relatievermogensrechtelijk stelsel waarin contractvrijheid en solidariteit een dynamisch evenwicht hebben gevonden.

Het gaat hier om een basisstelsel dat enerzijds een zekere mate van wederzijdse zorg en bescherming biedt maar anderzijds de nadruk legt op de eigen verantwoordelijkheid en het maken van eigen keuzen door de partners. Indien de in het wetsvoorstel opgenomen aspecten van solidariteit onder ogen zijn gezien door de partners, kunnen zij in beginsel alles afspreken wat zij wensen omdat daadwerkelijk sprake is van *informed consent*.

Het civiel partnerschap geeft daarmee in de meest optimale vorm uitdrukking aan de partijautonomie van de partners.

Invoering van het civiel partnerschap als wettelijk stelsel voor gehuwden en samenlevers kan worden beschouwd als een paradigmaverschuiving en leidt in de eerste plaats tot een radicale breuk met de tot op heden door de wetgever gehandhaafde voorkeurspositie van het huwelijk en het daaraan gekoppelde huwelijksvermogensrecht. Het burgerlijk huwelijk wordt in dit wetsvoorstel niet geëcarteerd doch het klassieke huwelijksvermogensrecht wel.

Het handhaven van een apart relatievermogensrecht is gerechtvaardigd omdat dit aansluit bij de zeer frequent voorkomende duurzame affectieve relatie tussen twee mensen en daarmee voorziet in een maatschappelijke behoefte tot een zekere ordening op dit terrein.

Het voorstel dat tijdens de behandeling van de begroting van het ministerie van Veiligheid en Justitie in 2010 is gedaan door Tweede Kamerlid Berndsen (D66)[86] – inhoudend dat de wettelijke gemeenschap van goederen als standaardstelsel vervalt en het maken van huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan een huwelijk de norm wordt –, behoeft nadere overdenking en uitwerking. Het civiel partnerschap zoals door mij voorgestaan en in dit hoofdstuk uitgewerkt en onderbouwd, sluit naar mijn oordeel echter zeer nauw aan bij de door Berndsen naar voren gebrachte uitgangspunten.

86 Zie Handelingen *II*, 2010/11, nr. 27-52 en 53.

10 Afsluiting onderzoek

10.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk breng ik de reeds per hoofdstuk getrokken conclusies samen en beantwoord ik vervolgens de in hoofdstuk 2 gestelde hoofdvraag en de daaruit voortvloeiende subvragen.[1]

Afsluitend geef ik een overzicht van de door mij in het voorgaande met zoveel woorden alsook impliciet geformuleerde aanbevelingen.

10.2 Conclusies en beantwoording onderzoeksvragen

In hoofdstuk 2 heb ik het centrale thema van dit onderzoek omschreven als de partijautonomie van echtgenoten voorafgaand aan, tijdens en ten tijde van de beëindiging van het huwelijk en meer in het bijzonder de verhouding tussen contractvrijheid en solidariteit – de rechtsbeginselen die tezamen het beginsel partijautonomie vormgeven – bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden.

De daaruit voortvloeiende hoofdvraag is of het geldend Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht kan worden begrepen in termen van contractvrijheid en solidariteit.

Daarnaast heb ik mij afgevraagd hoe kan worden gekomen tot een beter wettelijk systeem van huwelijksvermogensrecht, een betere rechtspraak inzake de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding en een betere praktijk ter zake van de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden, indien daarbij telkens het uitgangspunt zou zijn dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in evenwicht gebracht dienen te worden.

De hoofdvraag is met name behandeld in de hoofdstukken 4 en 5 maar komt ook aan de orde in hoofdstuk 7 en – nadat deze beantwoord is – in hoofdstuk 9.

Aan de beantwoording van de vraag naar een beter wettelijk systeem van huwelijksvermogensrecht – verbreed naar relatievermogensrecht – is een heel hoofdstuk (9) gewijd. Ook de vraag of tot een betere rechtspraak kan worden gekomen op het terrein van de beoordeling van huwelijkse

1 Een korte feitelijke samenvatting volgt hierna zowel in het Nederlands als in enkele andere talen.

voorwaarden ten tijde van echtscheiding heb ik in een apart hoofdstuk (7) besproken.

De vraag die betrekking heeft op een verbetering van de praktijk van de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden is in enkele paragrafen in verschillende hoofdstukken beantwoord (5.7, 7.4.3.3 en 7.6.2; het punt komt ook in paragraaf 6.9 aan de orde).

Hierna laat ik de door mij getrokken conclusies ten aanzien van deze en de overige door mij geformuleerde subvragen terugkeren en ik sluit deze paragraaf af met de beantwoording van de hoofdvraag.

Subvraag 1

Hoe laten de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit zich definiëren binnen het kader van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht?

In hoofdstuk 3 ben ik tot een zienswijze gekomen op de verhouding tussen de beginselen van contractvrijheid en solidariteit ten aanzien van echtgenoten in het algemeen en in het bijzonder waar het betreft echtgenoten die huwelijkse voorwaarden aangaan,[2] deze ontlenend aan de discussie die daarover is gevoerd tegen de achtergrond van het algemene overeenkomstenrecht.

De desbetreffende zienswijze acht ik eveneens toepasselijk op de andersoortige rechtsverhouding die de wet tussen echtgenoten doet ontstaan in de wettelijke gemeenschap van goederen.

Ik vat deze 'definitie' hier samen. Partijautonomie[3] dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de ander heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk in het leven roept.

Deze definitie impliceert dat binnen het verband van de partijautonomie, contractvrijheid (in enge zin) in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit staat en tussen deze tegenpolen daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig is.

Met betrekking tot de contractuele positie van echtgenoten (of hun rechtsverhouding) als bedoeld, zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt, waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

2 Of een echtscheidingsconvenant of vaststellingsovereenkomst.

3 In hoofdstuk 3 is tevens gesteld dat partijautonomie gelijk kan worden gesteld met 'contractvrijheid in brede zin'.

Subvraag 2
Staat het echtgenoten vrij om – binnen het kader van het gemene huwelijksvermogensrecht van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – naar eigen inzicht afspraken te maken met betrekking tot de vermogensrechtelijke aspecten die kunnen worden onderscheiden bij het aangaan van hun huwelijk en zodoende vorm en inhoud te geven aan een door hen gewenst Ehetyp?

In hoofdstuk 4 is gebleken is dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig de Nederlandse wetgever niet op directe wijze lijken te hebben geïnspireerd bij het opstellen van de regels die het gemene huwelijksvermogensrecht uitmaken en die zijn neergelegd in de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

In elk geval zijn beide beginselen in dit verband niet op een gestructureerde wijze tegen elkaar afgewogen, leidend tot een huwelijksvermogensrechtelijk stelsel waarin op een dergelijke grondslag duidelijke keuzen zijn gemaakt door de wetgever.

Voorts is naar voren gekomen dat beide rechtsbeginselen evenmin tot grootse en meeslepende discussies hebben geleid in de literatuur omtrent het huwelijksvermogensrecht. Contractvrijheid van echtgenoten kan zich in de aandacht van slechts enkele schrijvers verheugen en wordt dan veelal in meer algemene termen besproken.

Indien het gemene huwelijksvermogensrecht niettemin wordt bezien door de bril van beide genoemde rechtsbeginselen, kan enerzijds worden gesteld dat dit in hoge mate wordt gekleurd door het eerstgenoemde beginsel, doch dat het echtgenoten anderzijds vrij staat om ten volle gebruik te maken van hun zelfbeschikkingsrecht door de regels van de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zijde te stellen, dan wel deze aan te vullen, te wijzigen of – in bepaalde gevallen – invulling te geven en ze daarmee grotendeels aan te laten sluiten bij de door hen gewenste huwelijksverhouding. Slechts een enkele bepaling in Titel 6 vormt hierbij een obstakel.

Subvraag 3
Staat het echtgenoten vrij om in huwelijkse voorwaarden vorm en inhoud te geven aan een door hen verkozen Ehetyp en hoe verhouden huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant zich tot elkaar, beschouwd vanuit het gezichtspunt van het maken van afspraken over de gevolgen van een echtscheiding?

Ook in hoofdstuk 5 is naar voren gekomen dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig de Nederlandse wetgever niet lijken te hebben geïnspireerd bij het opstellen van de regels die het contractuele huwelijksvermogensrecht uitmaken, welke regels voornamelijk zijn neergelegd in Titels 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Evenmin zijn de beide rechtsbeginselen tot wasdom gekomen in de literatuur over dit onderwerp.

Hartkamp brengt naar voren dat het beginsel van partijautonomie op ieder van de bij een overeenkomst betrokken partijen van toepassing is, waardoor de totstandkoming van de overeenkomst – van huwelijkse voor-

waarden – het resultaat is van de aanwending van de wederzijdse mogelijkheid zichzelf te ontplooien.[4]

Het contractuele huwelijksvermogensrecht wordt weliswaar sterk gekleurd door contractvrijheid maar het is zeer de vraag of (aanstaande) echtgenoten daardoor worden gestimuleerd om tot zelfontplooiing of *Selbstbestimmung* te komen.

Het is daarnaast niet zo dat het contractuele stelsel partijautonomie als inclusief rechtsbeginsel bevordert, daar noties van solidariteit grotendeels ontbreken.

Het opstellen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden voorafgaand of tijdens het huwelijk heeft immers tot gevolg dat de door de wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven goederenrechtelijke rechtsverhouding – waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze de solidariteit tussen echtgenoten belichaamt – niet tot stand komt, respectievelijk wordt doorbroken. Dit is een direct effect van het rechtsbeginsel contractvrijheid en de hier tegenover staande solidariteit tussen echtgenoten speelt daarbij in Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol. Wel kan dit anders liggen indien de (aanstaande) echtgenoten ervoor kiezen om een beperkte huwelijksgemeenschap op te nemen in hun huwelijkse voorwaarden. Tevens moet worden vermeld dat redelijkheid en billijkheid ook in het contractuele huwelijksvermogensrecht toepassing vinden; indien dit speelt kan via die band het rechtsbeginsel solidariteit toch doorklinken.

De wet prikkelt (aanstaande) echtgenoten derhalve niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren dat ieder van hen tot *Selbstbestimmung* kan komen.

Echtgenoten behoeven voorts niet slechts bescherming bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden maar evenzeer bij het aangaan van een echtscheidingsconvenant.

Niet gebleken is verder dat het in dit hoofdstuk besproken onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant waar het gaat om het regelen van een echtscheiding voorafgaand aan of tijdens het huwelijk, op enigerlei wijze verdedigd zou kunnen worden met argumenten die voortvloeien uit het rechtsbeginsel solidariteit. Dit geldt evenzeer voor het feit dat wordt aangenomen dat voorafgaand aan het huwelijk geen rechtsgeldige regelingen kunnen worden getroffen over partneralimentatie, welke opvatting door mij overigens is bestreden in dit hoofdstuk.

Het is zelfs zo dat in het algemeen kan worden vastgesteld dat de belemmeringen die in Titel 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan waar het de contractvrijheid van (aanstaande) echtgenoten betreft, niet worden ingegeven door solidariteitsoverwegingen, waar dit rechtsbeginsel in mijn visie juist de enige rechtvaardiging hiervoor vormt.

4 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.

Subvraag 4
Wat houdt het in de Duitse rechtspraak ontwikkelde beoordelingsinstrument voor Eheverträge *in en op welke wijze wordt hierin uitdrukking gegeven aan de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit?*

Deze subvraag heb ik beantwoord in hoofdstuk 6.

De in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) opgenomen *Wirksamkeitskontrolle* en *Ausübungskontrolle* hebben door de uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – gebaseerd op de in de Duitse grondwet in artikel 6 geformuleerde bescherming van het huwelijk –, een nieuwe lading gekregen waar het betreft de toetsing van *Eheverträgen*. Ook de hoogste Duitse rechter – het *Bundesgerichtshof* (BGH) – heeft daaropvolgend beide beoordelingen duidelijk van elkaar onderscheiden.

De *Wirksamkeitskontrolle* voert de feitenrechter naar de beantwoording van de vraag of hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen – *losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse* – wegens strijd met de goede zeden geheel of gedeeltelijk niet kan worden gehandhaafd, derhalve nietig is, en vervangen dient te worden door de wettelijke regelingen. Bij de *Ausübungskontrolle* verschuift het perspectief van de *Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* naar het *Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft* en worden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehanteerd, zij het binnen de door het BGH gestelde kaders. Voor beide te onderscheiden beoordelingen dient de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* te worden toegepast.

Enerzijds brengt de door het BGH gekozen interpretatie van de door het BVerfG aan hem gegeven opdracht en het daaruit voortvloeiende toetsingssysteem een zekere beperking van de contractvrijheid van echtgenoten mee, anderzijds wordt het primaat van hun partijautonomie erdoor bevestigd.

Het BGH opteert er in deze zienswijze niet voor om bepaalde soorten afspraken per definitie nietig te verklaren of een bepaalde situatie (bijvoorbeeld een voorhuwelijkse zwangerschap) altijd doorslaggevend te laten zijn, doch kiest voor een genuanceerde tweevoudige toetsing waarop door aanstaande echtgenoten kan worden geanticipeerd bij het sluiten van het *Ehevertrag*, in de eerste plaats door het toevoegen aan hun huwelijkse voorwaarden van een uitvoerige, zorgvuldig opgestelde considerans. Hierin dienen overwegingen met betrekking tot de concrete situatie van de aanstaande echtgenoten ten tijde van het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden opgenomen.

Ook kan de instrumenterend notaris de aanstaande echtgenoten begeleiden bij een *antizipierte Ausübungskontrolle*, waarmee wordt gedoeld op het in de huwelijkse voorwaarden anticiperen op *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*. Diens eerste zorg is echter het voorkomen dat huwelijkse voorwaarden worden gesloten die *unwirksam* zijn. Hierbij komt de notaris een actieve rol toe waarin hij dient te onderzoeken of de door de aanstaande echtgenoten gewenste regeling die afwijkt van de wettelijk vastgelegde standaardgevolgen van echtscheiding – in relatie

tot het door de echtgenoten nagestreefde *Ehetyp* – leidt tot een evident eenzijdige lastenverdeling die niet van de desbetreffende echtgenoot kan worden gevergd. De notaris kan hier mitsdien niet volstaan met de gebruikelijke *Belehrung*.

Het voorgaande overziend, toont de Duitse jurisprudentie op het terrein van het omgaan met huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding een naar mijn oordeel zeer interessante ontwikkeling die weliswaar is verbonden met een grondwettelijke bepaling maar toch ook geheel los daarvan kan worden gezien.

Het is immers zeer goed verdedigbaar – gezien de zeer bijzondere aard van de rechtsverhouding die het huwelijk meebrengt –, dat aan de *Wirksamkeitskontrolle*, respectievelijk de *Ausübungskontrolle* de in dit hoofdstuk besproken invulling kan worden gegeven, zonder dat deze gefundeerd is in een grondwettelijke bepaling.

De in de Duitse grondwet verwoorde bescherming van het huwelijk vormt mitsdien niet een *condicio sine qua non* voor de door het BVerfG en – in navolging daarvan – het BGH gekozen weg, maar moet denk ik veeleer worden begrepen als een extra aansporing tot een zorgvuldige beoordeling door de rechter van huwelijkse voorwaarden ten tijde van de echtscheiding dan wel als de bevestiging van de noodzaak daartoe.

Subvraag 5

Past de Hoge Raad de beginselen contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten toe ingeval van de uitleg van huwelijkse voorwaarden en zou het in de Duitse jurisprudentie ontwikkelde beoordelingsinstrument vertaald kunnen worden naar Nederlands recht, teneinde te kunnen worden aangewend door de Nederlandse rechter?

Naar uit hoofdstuk 7 blijkt, bevredigen de twee hoofdlijnen die in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontwaard, beoordeeld naar de maatstaven van contractvrijheid en solidariteit, geen van beide.

De belangrijkste reden hiervoor is dat in de Nederlandse rechtspraak niet een beoordelingsinstrument tot stand is gekomen dat recht doet aan de kracht van beide rechtsbeginselen en dat bovendien op systematische en voorspelbare wijze kan worden toegepast.

Dat de huidige situatie onwenselijk is, wordt voor de tweede hoofdlijn geïllustreerd door de respectieve uitspraken van de rechtbank Leeuwarden en het hof Leeuwarden in de door mij in paragraaf 7.6 besproken zaak. Het is derhalve noodzakelijk dat een nieuwe weg wordt ingeslagen.

Gebleken is in dit licht dat de in de Duitse rechtspraak ontwikkelde zienswijze goed inpasbaar zou zijn in de Nederlandse context en daarbij ook reeds ten dele aansluit.

Het betreft hier in de eerste plaats een toetsing van de huwelijkse voorwaarden *ex tunc* die er onder omstandigheden toe kan leiden dat deze als zijnde nietig worden beschouwd wegens strijd met de goede zeden in de

door Nieuwenhuis[5] bedoelde, geactualiseerde interpretatie daarvan. Hiertoe dient het bestaande artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te worden aangewend. Vervolgens vindt een toetsing *ex nunc* plaats, bij welke tweede toetsing de redelijkheid en billijkheid ex artikel 248 lid 2 Boek 6 Burgerlijk Wetboek centraal staan.

Bij beide beoordelingen gaat het om het achterhalen van de bedoelingen van de echtgenoten met hun huwelijkse voorwaarden, waarbij de rechter zich dient te richten op het feitelijk gedrag van de echtgenoten, indien deze niet met zoveel woorden zijn vermeld of anderszins tussen partijen komen vast te staan.

In de eerste toetsing wordt het feitelijk gedrag dat de echtgenoten zich hadden voorgenomen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden in dat geval vergeleken met de inhoud daarvan. Bij de tweede toetsing gaat het om de vraag of het daadwerkelijk door de echtgenoten vertoonde feitelijk gedrag tijdens hun huwelijk meebrengt dat geen beroep mag worden gedaan op een bepaling uit hun huwelijkse voorwaarden.

Het voorgaande neemt niet weg dat ik de zienswijze van Hartkamp[6] dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen, ten volle onderschrijf, juist wanneer de contractanten echtgenoten zijn die het duurcontract huwelijkse voorwaarden aangaan. De daarin vastgelegde juridische afspraken zijn immers sterk verweven met de relationele dimensie van de zeer bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk is.

De juridische procedure is daarom een ongeschikte weg om te bewandelen indien uitleg van huwelijkse voorwaarden het doel is.

Mediation is in dezen de betere optie omdat dit een methode betreft die het voordeel biedt dat de te bespreken juridische aspecten van huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding zijn ingebed in de daadwerkelijk door de echtgenoten geleefde huwelijksrelatie.

Subvraag 6

Spelen contractvrijheid en solidariteit een rol bij het maken van afspraken door echtgenoten in hun hoedanigheid van ouders belast met het gezamenlijk gezag over hun minderjarige kinderen?

De zesde subvraag is door mij behandeld in hoofdstuk 8.

De rechten en plichten die voor ouders voortvloeien uit hun gezamenlijk gezag over hun kinderen bevinden zich in een wettelijk kader dat dwingendrechtelijk van karakter is.

Niettemin gaat het hier om normen die door de ouders moeten worden uitgewerkt in gezamenlijk overleg. Het is derhalve zo dat er praktisch gezien voor ouders een veel grotere contractvrijheid bestaat dan op het eerste

5 Vgl. Nieuwenhuis, 2007.

6 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 307.

gezicht gedacht zou kunnen worden. Het behoeft hierbij geen betoog dat voor echtgenoten als (contracterende) ouders het rechtsbeginsel solidariteit een zeer grote rol speelt, zij het op een andere wijze dan aan de orde is voor de in de hoofdstukken 4 en 5 besproken vermogensrechtelijke thema's. Solidariteit wordt tussen echtgenoten die ouders zijn immers sterk geladen door het belang van hun kinderen. Dit belang vereist dat ouders in de eerste plaats in die hoedanigheid solidair zijn met elkaar, in de wetenschap dat ouderschap een levenslange lotsverbondenheid impliceert. De wettelijke normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verlenen hieraan nog een extra betekenis.

Het belang van het overkoepelende beginsel partijautonomie is hiermee gegeven.

Ondanks het feit dat huwelijkse voorwaarden gewoonlijk primair een vermogensrechtelijke inslag hebben, bestaan er geen formele beletselen, noch zijn er in de literatuur steekhoudende argumenten aangevoerd die verhinderen dat daarin door de (aanstaande) echtgenoten ook andersoortige afspraken worden opgenomen.

Een ouderschapsplan kan in dit licht beschouwd onderdeel uitmaken van huwelijkse voorwaarden en dit dient naar mijn oordeel zelfs te worden aangemoedigd.

De in dit hoofdstuk uitvoerig besproken norm van gelijkwaardig ouderschap is ook bij het vormgeven en verdelen door de ouders van hun zorg- en opvoedingstaken tijdens het huwelijk richtinggevend: deze ligt besloten in de eerste drie leden van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zoals wordt bevestigd door het vierde lid van dit artikel.

Hoewel het daartoe in veel gevallen slechts een aanzet kan zijn, worden in deze door mij voorgestane werkwijze de hoofdlijnen van de taakverdeling tussen de (aanstaande) ouders waar het betreft de verzorging en opvoeding van hun kinderen in relatie tot de vormgeving van de loopbanen van beide echtgenoten geformuleerd en worden zij zich daardoor bewust van het in meer of mindere taakstellende karakter van de door hen gemaakte ouderschapsafspraken en van de daarmee samenhangende beslissingen die door hen zullen moeten worden genomen.

Hiermee wordt het ontstaan van een vanzelfsprekende communicatie over dit thema bevorderd, hetgeen idealiter leidt tot een voor de desbetreffende ouders optimale situatie ten tijde van de geboorte van hun kind en daarna. Tevens mag dan worden verondersteld dat het thema ouderschap geen splijtzwam meer zal zijn ingeval zich een echtscheiding aandient. Het bij tijd en wijle bijstellen van het ouderschapsplan is in dit verband zeer wenselijk.

Subvraag 7

Is in recente wetsvoorstellen een visie te ontwaren op de toepassing van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten? Hoe ziet een relatievermogensrechtelijk stelsel eruit dat een eigentijds evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit weerspiegelt?

In hoofdstuk 9 heb ik deze subvraag in ontkennende zin beantwoord aan de hand van twee recente wetsvoorstellen. Elementen van contractvrijheid en solidariteit zijn met enige goede wil wel te ontwaren maar een visie op partijautonomie wordt door de wetgever niet geformuleerd, noch speelt deze indirect een rol in de beide door mij besproken wetsvoorstellen.

Indien het eindresultaat van de langdurige wetgevingsexercitie die uiteindelijk heeft geleid tot het aannemen door de Eerste Kamer van wetsvoorstel 28 867,[7] wordt bezien vanuit het perspectief van de partijautonomie van echtgenoten kan slechts worden vastgesteld dat het vervallen van het vereiste van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een verbetering betreft vanuit het oogpunt van contractvrijheid en daarmee in beginsel ook vanuit het oogpunt van het rechtsbeginsel solidariteit.

Echtgenoten staat hiermee immers een veel eenvoudiger procedure ter beschikking om hun huwelijkse voorwaarden aan te passen aan gewijzigde omstandigheden of inzichten en daarin in voorkomende gevallen beter uitdrukking te geven aan de solidariteit die de huwelijksrelatie kenmerkt, zoals door mij onder meer betoogd in de paragrafen 3.5 en 7.6.

Indien het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel 28 867 ongewijzigd zou zijn aangenomen, had kunnen worden gesteld dat de dan van kracht geworden beperkte huwelijksgemeenschap een inperking zou hebben betekend van het rechtsbeginsel van de solidariteit omdat belangrijke vermogensbestanddelen in dat geval niet meer een onderdeel van de huwelijksgemeenschap zouden hebben gevormd.

Zoals gezegd, lijkt de wetgever echter niet te denken in termen van partijautonomie en is deze derhalve evenmin op zoek naar het bewerkstelligen van het – naar gangbare maatschappelijke opvattingen gemeten – juiste evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit in het wettelijke huwelijksvermogensrechtelijke basisstelsel.

Het wetsvoorstel dat de *echtscheidingsnotaris* wilde introduceren,[8] leek op het eerste gezicht tot een vergroting van de partijautonomie te leiden voor de overigens zeer beperkte groep echtgenoten voor wie deze route open zou hebben gestaan.

De notaris was op grond van dit wetsvoorstel immers gehouden om te waarborgen dat bij beide echtgenoten sprake zou zijn van *informed consent* waar het betreft de inhoud en strekking van de afspraken die door hen zouden worden vastgelegd in een echtscheidingsconvenant. Daarmee werd het voortouw aan de scheidende echtgenoten gegeven en was voor de notaris de rol van begeleidend deskundige weggelegd, een andere rol derhalve dan de sturende positie die de notaris traditioneel inneemt.

Het is echter de vraag of dit punt voldoende tot uitdrukking zou zijn gekomen in de notariële praktijk nu in de memorie van toelichting op ver-

7 *EK* 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205.
8 *TK* 2008/09, 31 714.

schillende plaatsen het argument van kostenbesparing voor echtgenoten die hun scheiding op eenvoudige wijze willen regelen wordt genoemd.

In hoofdstuk 1 heb ik erop gewezen dat er in de afgelopen jaren een tendens zichtbaar is die de contractvrijheid van echtgenoten vergroot.

Zo is het verbod op het aangaan van arbeids- en schenkingsovereenkomsten tussen echtgenoten geschrapt en is de samenwoonverplichting voor echtgenoten komen te vervallen. Verder is – door de invoering van wetsvoorstel 28 867 zoals al opgemerkt –, de rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd per 1 januari 2012 niet meer vereist, hetgeen, zoals door mij reeds geconcludeerd, de contractvrijheid van echtgenoten eveneens verruimt. Deze ontwikkeling berust echter niet op een bewust door de wetgever gemaakte (beleids)keuze.

Het bevorderen van de partijautonomie van (aanstaande) echtgenoten en het in dit kader vinden van een goed evenwicht tussen de rechtsbeginselen solidariteit en contractvrijheid, vormt voor de wetgever mitsdien kennelijk niet het uitgangspunt bij het opstellen van wetsvoorstellen op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.

Met betrekking tot het tweede onderdeel van deze subvraag moet worden opgemerkt dat de hiervoor genoemde gedachte van Tweede Kamerlid Berndsen (D66) dat de 'algehele' gemeenschap van goederen als wettelijk standaardstelsel zou moeten vervallen en het maken van huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan een huwelijk de norm zou dienen te zijn, nadere concretisering behoeft. Het *civiel partnerschap* zoals door mij voorgestaan en in hoofdstuk 9 uitgewerkt en onderbouwd, sluit naar mijn oordeel zeer nauw aan bij de door Berndsen naar voren gebrachte uitgangspunten. De reden hiervan is dat het civiel partnerschap een normstellend kader betreft dat de partijautonomie van de partners sterk bevordert en geen wettelijk statuut dat aan echtgenoten wordt aangereikt.

De door mij ter zake van de proeve van het wetsvoorstel *civiel partnerschap* gemaakte rechtspolitieke keuzen vloeien alle rechtstreeks voort uit de wens een eigentijds en gestroomlijnd basisstelsel te ontwerpen waarvan het rechtsbeginsel partijautonomie het fundament vormt. Slechts indien aspecten van het rechtsbeginsel solidariteit zwaarder wegen wordt de contractvrijheid van de partners ingeperkt. Partners kunnen er in die gevallen mitsdien vrijwel steeds voor kiezen om de wettelijke normen die wortelen in solidariteit, terzijde te stellen.

Daarnaast hangen de desbetreffende keuzen nauw samen met de door mij gewenste uitgangspunten dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen huwelijkse en niet-huwelijkse relaties, dat het aangaan van de relatie en het beëindigen ervan als twee momenten in een continuüm worden beschouwd, dat het moet gaan om een eenvoudig, kort en bondig geformuleerd en zeer toegankelijk stelsel dat aansluit bij de heersende maatschappelijke opvattingen over wat het relatievermogensrecht inhoudt, dat het stelsel de partners dient aan te zetten tot het maken van eigen keuzen en het nemen van eigen

verantwoordelijkheid en tot slot dat het stelsel ingeval van beëindiging van de relatie leidt tot voorspelbare uitkomsten. Het civiel partnerschap richt zich derhalve primair op de contracterende partners en faciliteert hen hun eigen verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Daarnaast is dit stelsel materieel en niet procedureel van aard. Waar rechtshulpverleners als notarissen, advocaten, mediators en rechters een rol spelen, is deze derhalve ondersteunend.

Het wetsvoorstel civiel partnerschap betreft in essentie een kaderregeling waarin de contractvrijheid van partners in evenwicht wordt gebracht met het rechtsbeginsel solidariteit dat tot uitdrukking komt in de zorgplicht die de kern vormt van een civiel partnerschap. Het civiel partnerschap is altijd aan een huwelijk gekoppeld maar kan ook door ongehuwde partners worden aangegaan.

Deze kaderregeling voorziet in alle belangrijke vermogensrechtelijke gevolgen van een (affectieve) relatie en is niet automatisch van toepassing in alle gevallen maar dient door de partners bewust te worden gekozen en voorafgaand daaraan te worden doordacht, besproken en op de maat van het eigen civiel partnerschap te worden toegesneden. Deze insteek voorkomt dat de wettelijke bepalingen zelf worden belast met het standaard willen voorzien in regels voor bijzonderheden.

De door mij voorgestane regeling van het civiel partnerschap stoelt derhalve op maatschappelijk aanvaarde normen die op het moment van invoering daarvan door de wetgever worden beschouwd als redelijke en billijke normen ingeval van een affectieve relatie tussen twee volwassenen.

De partners staan bij het maken van de specifieke afspraken die gelden voor hun civiel partnerschap in essentie voor de keuze *to comply or to explain*; hierdoor worden hun bedoelingen ten aanzien van de invulling van het civiel partnerschap duidelijk.

De regeling van het civiel partnerschap lost tot slot tevens de knelpunten van het thans vigerende stelsel op die ik vooral in de hoofdstukken 4, 5 en 7 heb gesignaleerd.

Subvraag 8

Op welke wijze kan worden gekomen tot een betere praktijk ter zake van de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden, indien daarbij telkens het uitgangspunt zou zijn dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in levenwicht gebracht dienen te worden?

In de paragrafen 5.7, 7.4.3.3, 7.6 en – waar het betreft het voorbeeld van de Duitse notariële praktijk – in paragraaf 6.9 is door mij kritiek gegeven op de huidige huwelijkse voorwaardenpraktijk en een visie geformuleerd op verbetering hiervan, uitgaande van het rechtsbeginsel partijautonomie.

De wet prikkelt (aanstaande) echtgenoten thans niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren om tot *Selbstbestimmung* voor ieder van hen te komen.

In dat geval is het daarom aan de door de wetgever voorgeschreven notaris om te bewerkstelligen dat huwelijkse voorwaarden tussen (aanstaande) echtgenoten worden gerealiseerd op basis van *informed consent*, waarbij de echtgenoten zich ten volle rekenschap geven van de gevolgen op lange termijn van hetgeen door hen wordt vastgelegd en zij in staat worden gesteld om het door hen gewenste en bij hen passende *Ehetyp* vorm te geven.

Of diens tussenkomst dit effect echter heeft, dient te worden betwijfeld. Dat notarissen ook op het beperkte terrein waarop door hen thans voorlichting en advies wordt gegeven als het gaat om huwelijkse voorwaarden – dat van het huwelijksgoederenrecht –, in veel gevallen toch niet presteren als mag worden verwacht, kan immers worden afgeleid uit de vele procedures die over huwelijkse voorwaarden worden gevoerd ten tijde van de echtscheiding.

Onder andere om deze reden ik heb verdedigd dat de family mediator over betere kaarten beschikt om adequate bescherming te kunnen bieden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Ook de gespecialiseerde advocaat is naar mijn oordeel uitstekend in staat om aanstaande echtgenoten te begeleiden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Beide professionals spelen thans al een belangrijke – beschermende – rol bij het opstellen van het echtscheidingsconvenant.

Uiteindelijk gaat het om de deskundigheid van de rechtshulpverlener op inhoudelijk terrein maar zeker ook waar het de werkwijze betreft die leidt tot de totstandkoming van de huwelijkse voorwaarden.

Vanzelfsprekend zou introductie van het civiel partnerschap meebrengen dat een naar mijn oordeel optimale praktijk wordt gerealiseerd; ik verwijs hiervoor naar mijn beantwoording van subvraag 7.

Hoofdvraag

Kan het geldend Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrechtrecht worden begrepen in termen van contractvrijheid en solidariteit?

Mijn hoofdvraag laat zich na de voorgaande bespreking van mijn subvragen thans kort en bondig beantwoorden.

Gesteld kan worden dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in het huidige Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht op verschillende plaatsen tot uitdrukking komen. De wetgever heeft echter geen visie geformuleerd op beide rechtsbeginselen, noch deze ten grondslag gelegd aan wetgeving. Hierin is geen wijziging opgetreden waar het recente wetgeving betreft.

Er is met andere woorden geen sprake van een systeem voor wetgeving op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht waaraan partijautonomie ten grondslag is gelegd.

Het voorgaande is *mutatis mutandis* ook aan de orde ter zake van de actuele jurisprudentie van de Hoge Raad.

Tot slot kan volledigheidshalve worden vastgesteld dat de in hoofdstuk 2 verwoorde drie doelstellingen van dit onderzoek alle zijn gerealiseerd. Het betreft:

1. de formulering van een eigentijds relatievermogensrecht, gefundeerd op het rechtsbeginsel partijautonomie;
2. de definitie van een instrument ten behoeve van toepassing door de rechter, dat kan dienen om een evenwicht te vinden tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding;
3. een beschrijving van de modernisering van de wijze waarop huwelijkse voorwaarden (en het echtscheidingsconvenant) in de praktijk tot stand komen.

10.3 Aanbevelingen

Ik heb in dit onderzoek verscheidene aanbevelingen geformuleerd die in de voorgaande paragraaf vrijwel alle expliciet of impliciet weer aan de orde zijn gekomen.

Omwille van het overzicht herhaal ik mijn belangrijkste aanbevelingen hier kort. Daarmee sluit ik dit hoofdstuk, alsmede mijn boek af.

Aanbevelingen

1. Op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht dient te worden gekomen tot een nieuw paradigma dat is gefundeerd op het rechtsbeginsel partijautonomie. Het desbetreffende paradigma gaat uit van een stelsel van relatievermogensrecht waarin het aangaan en het beëindigen van de relatie als twee momenten in een continuüm worden beschouwd, hetgeen meebrengt dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen huwelijksvermogensrecht en echtscheidingsrecht. Dit stelsel staat op gelijke voet open voor gehuwde en ongehuwde partners.

2. Het Philipsmotto *Sense and Simplicity* dient ten grondslag te liggen aan het wettelijk stelsel van relatievermogensrecht. Hiermee is gezegd dat dit stelsel eenvoudig, toegankelijk en kort en bondig dient te zijn geformuleerd opdat partners zelf verantwoordelijk kunnen zijn voor de door hen gemaakte keuzen op dit terrein.

3. Een huwelijksvermogensrechtelijk stelsel dat een goederenrechtelijke gemeenschap centraal stelt is gecompliceerd en achterhaald. Een modern stelsel van relatievermogensrecht wordt derhalve geconstrueerd op contractuele basis.

4. Bij het aangaan van een relatievermogensrechtelijke overeenkomst is de bijstand van een deskundige gewenst. De bedoelde deskundigheid is niet automatisch gekoppeld aan de kwaliteit van notaris, advocaat of mediator. In de relatievermogensrechtelijke praktijk dient de ingeschakelde deskundige de partijautonomie van de partners te bevorderen en te waarborgen dat overeenkomsten slechts tot stand komen indien sprake is van *informed consent*.

5. De contractvrijheid van partners op het terrein van het relatievermogensrecht mag in een wettelijk stelsel alleen worden ingeperkt door bepalingen van regelend recht die actuele maatschappelijke normen reflecteren ter zake van het rechtsbeginsel solidariteit tussen partners in een affectieve relatie. Het moet partners derhalve vrijstaan om het door hen gewenste *Ehetyp* vorm te geven.

6. Op het gebied van het relatievermogensrecht dient niet in termen van conflict te worden gedacht maar in termen van de belangen van de partners. De desbetreffende belangen behoren met elkaar in evenwicht te worden gebracht. Het systeem dient geen regels te bevatten die partners ertoe prikkelen zijn of haar gelijk te willen halen.

7. De aanbevelingen sub 1. tot en met 6. leiden ertoe dat het wenselijk zou zijn indien de wetgever het *civiel partnerschap* zoals uitgewerkt in hoofdstuk 9 kracht van wet zou verlenen.

8. De Hoge Raad dient een instrument te ontwikkelen voor de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding dat op systematische en voorspelbare wijze recht doet aan contractvrijheid (rechtszekerheid) en solidariteit (rechtvaardigheid). De in de Duitse jurisprudentie ontwikkelde werkwijze in dezen leent zich er goed voor om door de Hoge Raad te worden overgenomen.

9. Artikel 68 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient te worden geschrapt.

10. Het geregistreerd partnerschap dient te worden afgeschaft.

Bijlage

Uitspraak *Bundesgerichtshof* 5 juli 2006
(BGH XII ZR 25/04)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 25/04

Verkündet am:
5. Juli 2006
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 138 Abs. 1 Aa, 1408, 1410

Zur Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen mit einer Schwangeren (Anschluss an Senatsurteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 – FamRZ 2005, 1444 ff.).

BGH, Urteil vom 5. Juli 2006 – XII ZR 25/04 – OLG Koblenz
AG Mainz

– 2 –

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Dr. Ahlt und Dose

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats – 3. Senat für Familiensachen – des Oberlandesgerichts Koblenz vom 13. Januar 2004 wird auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Antragsgegnerin, die durch notariell beurkundeten Ehevertrag teilweise auf Scheidungsfolgen verzichtet hatte, nimmt den Antragsteller im Rahmen des Scheidungsverbundverfahrens auf nachehelichen Unterhalt in Anspruch.

2 Der 1963 geborene Antragsteller und die 1965 geborene Antragsgegnerin heirateten am 2. August 1995. Aus der Ehe gingen die Söhne Jakob, geboren am 20. September 1995, und die Zwillinge Hans und Paul, geboren am 9. März 1998, hervor.

3 Am 21. Juli 1995 schlossen die Parteien einen notariellen Ehevertrag, in dem sie u.a. Gütertrennung vereinbarten und – vorbehaltlich der nachfolgenden Regelung – wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt verzichteten. Hinsichtlich des Unterhalts vereinbarten die Parteien im Einzelnen:

– 3 –

„Herr T. … verpflichtet sich, an seine zukünftige Ehefrau, …, für den Fall der Scheidung ihrer Ehe Unterhalt gemäß den nachfolgend getroffenen Vereinbarungen zu zahlen.

4.1 Sollte für die Ehe Antrag auf Scheidung innerhalb der ersten 8 Jahre, gerechnet vom Zeitpunkt der Eheschließung an, gestellt werden, gleich von welcher Seite, verpflichtet sich Herr T. …, ab der Rechtskraft des Scheidungsurteils monatlich einen Unterhaltsbetrag in Höhe von DM 1.500,-- (eintausendfünfhundert) an seine zukünftige Ehefrau, …, auf die Dauer von zwei Jahren, zu zahlen. Der Unterhaltsbetrag erhöht sich auf DM 2.000,-- (zweitausend), wenn ein gemeinsames Kind vorhanden ist und dieses das 3. Lebensjahr nicht vollendet hat, oder bei Vorhan-

densein mehrerer gemeinsamer Kinder das Jüngste von ihnen das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Der erhöhte Unterhaltsbetrag ist solange zu zahlen, bis das gemeinsame Kind, oder bei Vorhandensein mehrerer gemeinsamer Kinder das Jüngste von ihnen das 3. Lebensjahr vollendet hat.

4.2 Sollte in der Zeit nach Ablauf der ersten acht Jahre bis zur Beendigung des 13. Jahres, gerechnet vom Zeitpunkt der Eheschließung an, Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt werden, gleich von welcher Seite, ist auf die Dauer von zwei Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils an, ein monatlicher Unterhalt in Höhe von DM 2.000,-- (zweitausend) zu zahlen.

4.3 Sollte nach Ablauf des 13. Jahres, gerechnet vom Zeitpunkt der Eheschließung an, Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt werden, gleich von welcher Seite, ist auf die Dauer von zwei Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsurteils an, ein monatlicher Unterhalt in Höhe von DM 2.500,-- (zweitausendfünfhundert) zu zahlen.

4.4 Die Dauer der Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt verlängert sich in den Fällen gemäß Ziffer 4.1 bis 4.3 über den jeweils vereinbarten Zeitraum hinaus, wenn ein gemeinsames Kind, oder mehrere gemeinsame Kinder vorhanden sind und bei der Mutter leben. In diesem Fall endet die Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Unterhalts dann, wenn das gemeinsame Kind das 16. Lebensjahr vollendet, oder bei Vorhandensein mehrerer gemeinsamer Kinder das Jüngste von ihnen das 16. Lebensjahr vollendet, gleichgültig ob die Ehefrau durch die Erziehungder Kinder an der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit gehindert ist oder nicht."

– 4 –

4 Über den Versorgungsausgleich haben die Parteien keine Vereinbarung getroffen.

5 Der Antragsteller erzielte bis März 2003 als Prokurist des F.T. Mineralölvertriebs ein Gehalt von monatlich 7.780 € brutto. Nach dem Tod seines Vaters im Februar 2003 erhielten der Antragsteller und sein Bruder aufgrund eines Erbauseinandersetzungsvertrages das Betriebsvermögen des Vaters. Beide sind seitdem Geschäftsführer von zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und beziehen von jeder Gesellschaft ein Gehalt.

6 Die Antragsgegnerin ist Diplom-Betriebswirtin; sie war vor der Ehe in einer Rechtsanwaltskanzlei beschäftigt und erzielte ein jährliches Bruttoeinkommen von 100.000 DM.

7 Das Amtsgericht hat die Ehe der Parteien geschieden, den Versorgungsausgleich durch Übertragung von Rentenanwartschaften in Höhe von monatlich 60,33 € auf das Versicherungskonto der Antragsgegnerin durchgeführt, ihr die Ehewohnung zugewiesen und den Antragsteller gemäß seinem Anerkenntnis zur Zahlung monatlichen Unterhalts von 766,94 € (1.500 DM) ab Rechtskraft der Scheidung bis zum 9. März 2014 verurteilt. Den weitergehenden Unterhaltsantrag hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Antragsgegnerin hat das Oberlandesgericht das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und ihr wie folgt Unterhalt – zuzüglich Zinsen auf die rückständigen Beträge – zuerkannt: für die Zeit vom 11. April bis 31. Mai 2003 und die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 4. Januar 2004 monatlich 1.164 €, für die Zeit vom 1. Juni bis zum 30. November 2003 monatlich 1.198 €, für die Zeit vom 5. bis 31. Januar 2004 1.189,75 €, für die Zeit ab 1. Februar 2004 monatlich 1.624,94 €. Die Eventual widerklage des Antragstellers, mit der dieser für den Fall, dass das Berufungsgericht die notarielle Vereinbarung bezüglich des Ehegattenunterhalts für unwirksam halten sollte, beantragt hat, den Unterhaltsantrag insgesamt abzuweisen, ist als unzulässig verworfen worden. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt der Antragsteller sein zweitinstanzliches Begehren weiter.

– 5 –

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision hat keinen Erfolg.

9 A. Anschlussberufung:

10 Das Berufungsgericht hat den als Eventualwiderklage bezeichneten Antrag als Anschlussberufung behandelt und als verfristet verworfen. Dagegen bestehen aus Rechtsgründen keine Bedenken.

11 Nachdem die Berufungsfrist verstrichen war, konnte der Antragsteller sein Begehren, den Unterhaltsantrag in vollem Umfang abzuweisen, nur im Wege einer Anschlussberufung erreichen.

12 Nach § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO in der bis zum 31. August 2004 geltenden Fassung des ZPO-Reformgesetzes ist die Anschlussberufung bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung der Berufungsbegründungsschrift zulässig. Diese Frist hat der Antragsteller nicht gewahrt, da die Berufungserwiderung, in der die Eventualwiderklage angekündigt wurde, erst am 14. Mai 2003 bei dem Oberlandesgericht einging, nachdem die Berufungsbegründung am 10. März 2003 zugestellt worden war.

– 6 –

13 Entgegen der Auffassung der Revision ist der Angriff des Antragstellers nicht als Abänderungswiderklage zu würdigen, denn er ist nicht auf künftige Abänderung eines Unterhaltstitels im Sinne des § 323 ZPO gerichtet. Die von der Revision aufgeworfene Frage, wie nach Inkrafttreten der ZPO-Reform bis zum Inkrafttreten des 1. Justizmodernisierungsgesetzes zu verfahren gewesen wäre, um eine Abänderung rechtfertigende Umstände in das Verfahren einzuführen, die nach Ablauf der Frist für die Anschlussberufung eingetreten sind, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Solche nachträglich eingetretenen Umstände hat der Antragsteller nicht geltend gemacht. Insbesondere hat er – entgegen den Ausführungen der Revisionsbegründung – nicht vorgetragen, nach dem Tod seines Vaters hätten sich seine Einkünfte drastisch verändert. Vielmehr hat er lediglich vorgetragen und belegt, in der Zeit von Dezember 2002 bis März 2003 nach wie vor jeweils ein Bruttoeinkommen von 7.780 € bezogen zu haben. Abgesehen davon hat er sein Begehren darauf aber auch nicht gestützt. Grundlage hierfür war allein die Auffassung, das Einkommen der Antragsgegnerin sei auf deren Unterhaltsbedarf anzurechnen, so dass kein nennenswerter Unterhalt verbleibe. Daraus erhellt zugleich, dass der Antragsteller nicht Abänderung von einem bestimmten Zeitpunkt an beantragt hat, sondern Abweisung des Unterhaltsbegehrens in vollem Umfang.

14 B. Berufung:

15 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Entscheidung in FamRZ 2004, 805 ff. veröffentlicht ist, kann die Antragsgegnerin nachehelichen Unterhalt gemäß § 1570 BGB nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse verlangen. Zur Begründung hat das Berufungsgericht im Wesentlichen ausgeführt:

– 7 –

16 Der Ehevertrag halte einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 6 Abs. 2 und 4 GG nicht stand, da er eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz des Antragstellers widerspiegele. Ihm sei es in erster Linie darum gegangen, die wirtschaftlichen Folgen einer eventuellen Scheidung für sich gering zu halten. Dies sei zwar zu akzeptieren, soweit es um die vereinbarte Gütertrennung und den ebenfalls vereinbarten Pflichtteilsverzicht gehe, da insoweit angesichts des Familienunternehmens berechtigte Interessen des Antragstellers sowie seines Bruders bestünden. Die Beschneidung des Betreuungsunterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin gemäß § 1570 BGB könne dagegen nicht hingenommen werden, weil sie hierdurch unangemessen benachteiligt werde. Der Antragsteller habe selbst eingeräumt, dass die Antrags-

gegnerin bei der Erörterung des Ehevertrages erklärt habe, dass sie mit dem Betrag nicht zurechtkomme. Sie habe dann offensichtlich nachgegeben, weil sie die geplante Heirat andernfalls in Gefahr gesehen habe. Insofern spreche schon der zeitliche Ablauf für sich. Nachdem nach Bekanntwerden der Schwangerschaft Differenzen zwischen den Parteien aufgetreten seien und die Antragsgegnerin deshalb zu ihrer Mutter gezogen sei, habe ihr der Antragsteller am 9. Juli 1995 einen Heiratsantrag gemacht. Der Hochzeitstermin sei auf den 2. August 1995 vereinbart worden. Danach habe der Antragsteller der Antragsgegnerin den Entwurf für den Ehevertrag vorgelegt und eindeutig erklärt, dass ohne Unterzeichnung eine Heirat nicht stattfinden werde. Zu dieser Zeit hätten Monate der Ungewissheit hinter der Antragsgegnerin gelegen, in denen sie mit dem Problem belastet gewesen sei, entweder ihren Beruf aufgeben zu müssen oder zu versuchen, die Doppelbelastung durch Beruf und Kindesbetreuung auch im Hinblick auf ihre erhebliche Verschuldung nach dem Kauf einer Eigentumswohnung zu tragen. Nach der für sie positiven Entwicklung durch den Heiratsantrag sei sie dann mit dem Ehevertrag und der Aussicht konfrontiert worden, ohne eine Unterzeichnung des Vertrages wieder vor den geschilderten Problemen zu stehen.

– 8 –

Bei dieser Situation sei von einer einseitigen Dominanz des Antragstellers bei den Vertragsverhandlungen auszugehen, der in gesicherten Verhältnissen lebe, jedenfalls solange das Familienunternehmen wirtschaftlich erfolgreich sei, während sich die Antragsgegnerin in einer Drucksituation befunden habe.

17 Zwar beinhalte der Ehevertrag keinen so genannten Globalverzicht, da der Versorgungsausgleich nicht ausgeschlossen und eine Vereinbarung über den Betreuungsunterhalt getroffen worden sei. Es könne jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass der vereinbarte Unterhalt weit unter dem gesetzlichen Unterhalt liege. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin unstreitig vor der Aufgabe ihrer Berufstätigkeit ein jährliches Bruttoeinkommen von 100.000 DM erzielt habe. Aufgrund der nachfolgenden Aufgabenverteilung in der Ehe habe sie dieses Einkommen und die Chance einer weiteren beruflichen Entwicklung auf lange Zeit verloren. Beides sei bei der inhaltlichen Prüfung des Ehevertrages, wie sie gemäß den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts anhand der Art. 2 Abs. 1 und 6 Abs. 2 und 3 GG vorzunehmen sei, zu berücksichtigen. Es könne dahinstehen, ob der Ehevertrag als sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB anzusehen sei, jedenfalls müsse eine Korrektur gemäß § 242 BGB erfolgen.

18 Dass die im Ehevertrag getroffene Regelung unangemessen sei, ergebe sich auch daraus, dass der vereinbarte Unterhalt von 766,94 € monatlich noch nicht einmal ausreiche, um die Miete in Höhe von 825 € aufzubringen, die die Antragsgegnerin für die von ihr und den Kindern bewohnte Wohnung zahlen müsse. Wenn die Antragsgegnerin auf einen Unterhalt in der vereinbarten Höhe beschränkt werde, würden auch die Interessen der Kinder betroffen, weil die Antragsgegnerin entweder arbeiten und sich sodann der Betreuung der Kinder nicht in vollem Umfang widmen könne, oder aber ihre Lebensverhältnisse in einer Weise einschränken müsse, die sich zwangsläufig auch auf die Kinder auswirken würde.

– 9 –

Die deshalb gebotene Anpassung führe zu dem Ergebnis, dass der Antragsgegnerin der volle Betreuungsunterhalt zustehe. Dadurch, dass sie aufgrund der Betreuung der Kinder an einer vollen Berufstätigkeit gehindert sei und noch auf lange Zeit gehindert sein werde, erleide sie Nachteile in beruflicher und finanzieller Hinsicht, die selbst durch den nach den §§ 1570, 1578 BGB zuzubilligenden Betreuungsunterhalt nicht in vollem Umfang ausgeglichen würden. Dabei sei es fraglich, ob sie in Zukunft eine berufliche Position erreichen könne, die sie ohne die langjährige Kinderbetreuung eventuell erreicht hätte. Dass die Antragsgegnerin ihren Unterhaltsanspruch gemäß § 1579 Ziff. 6 BGB verwirkt habe, weil sie sich einem anderen Mann zugewandt und dies zum Anlass der Trennung genommen habe, könne nicht angenommen werden. Der Antragsteller habe den Vortrag nicht bestritten, dass das kurzzeitige Verhältnis mit einem anderen Mann lange beendet gewesen sei, bevor es im November 1999 zu einer tätlichen Auseinandersetzung gekommen sei, bei der die Antragsgegnerin Verletzungen erlitten habe.

II.

19 Diese Ausführungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand.

20 1. Wie der Senat in seinem – nach Erlass der hier angefochtenen Entscheidung ergangenen – Urteil vom 11. Februar 2004 (BGHZ 158, 81 ff.) dargelegt hat, darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der eheli chen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.

– 10 –

Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Im Übrigen wird man eine Rangabstufung vornehmen können, die sich vor allem danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgeregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben (vgl. etwa Senatsurteile BGHZ 158 aaO, 97 ff. und vom 25. Mai 2005 – XII ZR 221/02 – FamRZ 2005, 1449, 1450 und – XII ZR 296/01 – FamRZ 2005, 1444, 1446).

21 Ob aufgrund einer vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint, hat der Tatrichter zu prüfen. Er hat dabei zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen.

– 11 –

Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird.

22 Soweit ein Vertrag danach Bestand hat, erfolgt sodann eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB. Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Hält die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss der Scheidungsfolge der richterlichen Rechtsausübungskontrolle nicht stand, so führt dies im Rahmen des § 242 BGB noch nicht zur Unwirksamkeit des vertraglich vereinbarten Ausschlusses. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (Senatsurteile BGHZ 158 aaO 100 f. und vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/01 – aaO S. 1446).

23 2. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der Ehevertrag der Parteien gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist, zwar letztlich offen gelassen, aber angenommen, der Vertrag halte jedenfalls einer gerichtlichen Kontrolle am Maßstab der Artt. 2 Abs. 1 und 6 Abs. 2 und 4 GG nicht stand und sei deshalb in dem Sinne anzupassen, dass der gesetzliche Unterhalt geschuldet werde. Dagegen bestehen im Endergebnis keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

24 a) Auch wenn das Berufungsgericht das Ergebnis der Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 Abs. 1 BGB hat dahinstehen lassen, hat es in tatrichterlicher Verantwortung eine Gesamtwürdigung der maßgebenden Umstände vorgenommen, insbesondere Feststellungen zu der Situation bei Abschluss des Ehevertrages und den für die Antragsgegnerin hierdurch eintretenden persönlichen, beruflichen und wirtschaftlichen Folgen getroffen. Diese Feststellungen rechtfertigen die Würdigung, dass die getroffene Unterhaltsregelung keinen Bestand hat, weil sie offensichtlich zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – losgelöst von der künftigen Entwicklung – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung zu versagen ist.

25 b) Das Oberlandesgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass die Schwangerschaft der Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung für sich allein nicht ausreicht, die Nichtigkeit der Vereinbarung zu begründen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach den getroffenen Feststellungen war es der Wunsch der Antragsgegnerin, dass das erwartete Kind ehelich geboren werde. Der Antragsteller habe sich jedoch geweigert, sie ohne Ehe-

vertrag zu heiraten. Deshalb habe sie trotz Bedenken letztlich den Vertrag unterschrieben, weil für sie die Befürchtung im Vordergrund gestanden habe, der Doppelbelastung von Kindererziehung und Beruf nicht gewachsen zu sein und zugleich den Verbind lichkeiten aus der Finanzierung der – aus steuerlichen Gründen erworbenen – Eigentumswohnung nicht nachkommen zu können.

– 13 –

Dieser Geschehensablauf vermag zwar allein eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung nicht zu begründen, bildet aber ein Indiz für eine schwächere Verhandlungsposition der Antragsgegnerin. Der Vertrag ist daher einer verstärkten richterlichen Kontrolle zu unterziehen, wobei in einer Gesamtschau alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen sind (vgl. Senatsurteil vom 25. Mai 2005 – XII ZR 296/04 – aaO S. 1447).

26 c) Der Ehevertrag ist allerdings nicht schon deshalb sittenwidrig, weil die Ehegatten den Betreuungsunterhalt abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt haben. Zwar gehört der Betreuungsunterhalt zum Kernbereich der Scheidungsfolgen. Das bedeutet indessen nicht, dass er keiner ehevertraglichen Modifizierung zugänglich wäre. Entscheidend ist vielmehr, ob die getroffene Regelung die Antragsgegnerin – gemessen an den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – in sittenwidriger Weise benachteiligt.

27 Das ist in zeitlicher Hinsicht nicht der Fall, da der Ehevertrag vorsieht, dass die Antragsgegnerin den festgelegten Unterhalt beanspruchen kann, bis das jüngste Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat, vorausgesetzt es lebt bei ihr. Dabei soll es nicht darauf ankommen, ob die Mutter durch die Erziehung des Kindes bzw. der Kinder an einer beruflichen Tätigkeit gehindert ist. Dies geht jedenfalls teilweise über die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Erwerbsobliegenheit des Kinder betreuenden Ehegatten hinaus (vgl. hierzu die Nachweise bei Kalthoener/Büttner/Niepmann Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 9. Aufl. Rdn. 403).

28 Die Parteien haben in ihrem Ehevertrag allerdings auch die Höhe des Betreuungsunterhalts abweichend von den gesetzlichen Vorgaben geregelt und einen Betrag von 1.500 DM (bzw. von 2.000 DM, wenn das jüngste Kind das 3. Lebensjahr noch nicht vollendet hat) vereinbart, falls innerhalb von acht Jahren nach der Heirat Scheidungsantrag gestellt wird.

– 14 –

Mit weiterem zeitlichem Bestand der Ehe sollte dieser Betrag auf 2.000 DM bzw. 2.500 DM steigen. Dass die genannten Beträge nach der Vorstellung der Parteien unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes hätten hochgerechnet werden sollen, wird von der Revision erstmals geltend gemacht und steht in Widerspruch zu der vom Antragsteller im Berufungsverfahren vertretenen Auffassung, er habe "keinen Cent mehr zu zahlen" als erstinstanzlich anerkannt. Abgesehen davon ist die Auffassung der Revision, im Rahmen der rechtlichen Bewertung sei nicht der nominal vereinbarte Betreuungsunterhalt zugrunde zu legen, sondern der unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes hochgerechnete Betrag, weil dem unterhaltsberechtigten Ehegatten die entsprechende Kaufkraft habe zur Verfügung stehen sollen, unbehelflich. Eine solche Wertsicherungsabrede hätte gemäß § 1410 BGB der notariellen Beurkundung bedurft, deren Fehlen im Zweifel zur Nichtigkeit jedenfalls der Unterhaltsvereinbarung geführt hätte (§§ 125, 139 BGB). Eines rechtlichen Hinweises auf eine vertragliche Verpflichtung zur Zahlung höheren Unterhalts bedurfte es deshalb nicht.

29 Eine Festlegung von Unterhaltsbeträgen rechtfertigt das Verdikt der Sittenwidrigkeit nicht schon immer dann, wenn der eheangemessene Unterhalt (§ 1578 BGB) – nach den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden oder vorhersehbaren Einkommensverhältnissen – nicht erreicht ist. Zu berücksichtigen ist aber bereits, dass der für den Zeitraum von acht Jahren zwischen Heirat und Scheidungsantrag vereinbarte Betrag von 1.500 DM nur 200 DM über dem Betrag lag, der nach der Düsseldorfer Tabelle (Stand: 1. Juli 1992) dem notwendigen Eigenbedarf (Existenzminimum) eines erwerbstätigen Ehegatten entsprach.

– 15 –

Da der Vertrag keine Wertsicherungsklausel enthält, war absehbar, dass der vereinbarte Unterhalt nicht ausreichen würde, um das Existenzminimum für die Dauer der Unterhaltsverpflichtung zu decken. Schon nach der vom 1. Januar 1996 an geltenden Düsseldorfer Tabelle war insofern für einen erwerbstätigen Ehegatten ein Betrag von 1.500 DM vorgesehen. Von ausschlaggebender Bedeutung ist aber in jedem Fall, wenn die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe nicht annähernd geeignet ist, die ehebedingten Nachteile des ein Kind betreuenden Ehegatten auszugleichen.

30 Die Antragsgegnerin war vor der Ehe als Diplom-Betriebswirtin in einem Anwaltsbüro tätig und erzielte ein Bruttojahreseinkommen von 100.000 DM. Aus Anlass der Eheschließung und der ca. sechs Wochen später erfolgten Niederkunft ist sie zunächst aus dem Erwerbsleben ausgeschieden und hat sich der Familienarbeit gewidmet. Nach den Regelungen des Ehevertrages, die insofern nur eine Kinderbetreuung durch die Mutter und einen darauf gründenden Unterhaltsanspruch vorsehen, muss davon ausgegangen werden, dass dies auch der Lebensplanung der Parteien entsprach.

31 Bei dieser Sachlage werden die Nachteile, die die Antragsgegnerin in finanzieller Hinsicht, ihrer beruflichen Entwicklung sowie beim Aufbau einer Altersversorgung und eines eigenen Vermögens erleidet, bei weitem nicht ausgeglichen. Eine angemessene Kompensation steht dem nicht gegenüber. Dass die Antragsgegnerin den Betrag von 1.500 DM monatlich erhalten würde, bis das jüngste Kind 16 Jahre alt ist, stellt einen solchen Ausgleich nicht dar. Denn selbst bei der Betreuung von nur einem Kind wird dem betreuenden Ehegatten eine Erwerbsobliegenheit grundsätzlich nicht vor Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes angesonnen. Die Nachteile, die die Antragsgegnerin bis dahin finanziell und beruflich erleiden würde, würden durch einen zeitlich länger bestehenden Unterhaltsanspruch in der betreffenden Höhe auch nicht annähernd kompensiert.

Es spricht alles dafür, dass sie sich auf diese sie erheblich benachteiligende Regelung nur eingelassen hat, um die in Aussicht gestellte Heirat nicht zu gefährden und der befürchteten Doppelbelastung durch Beruf und Kindererziehung nicht ausgesetzt zu sein. Dafür, dass die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, der von ihnen angestrebte oder gelebte Ehetyp oder sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten eine solche Regelung rechtfertigen würden, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Mit Rücksicht darauf kann die in dem Ehevertrag enthaltene Unterhaltsregelung jedenfalls keinen Bestand haben. Sie ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

32 3. Rechtsfolge der Nichtigkeit der Unterhaltsregelung ist, dass der Antragsteller der Antragsgegnerin gemäß § 1570 BGB Unterhalt nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse schuldet. Diesen Unterhalt hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der beiderseitigen Einkünfte errechnet. Dagegen sind aus Rechtsgründen keine Bedenken zum Nachteil des Antragsgegners ersichtlich. Auch die Revision erinnert hiergegen nichts.

33 4. Der Unterhalt ist nicht nach § 1579 Nr. 6 BGB ganz oder teilweise zu versagen. Wie das Berufungsgericht von der Revision unangegriffen festgestellt hat, war das Verhältnis der Antragsgegnerin zu einem anderen Mann bereits beendet, als es nach einer im November 1999 stattgefundenen tätlichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien, bei der die Antragsgegnerin verletzt wurde, zur Trennung kam.

– 17 –

Hahne Sprick Weber-Monecke

Ahlt Dose

Vorinstanzen:
AG Mainz, Entscheidung vom 22.11.2002 – 36 F 103/00 –
OLG Koblenz, Entscheidung vom 13.01.2004 – 11 UF 713/02

Samenvatting

Partijautonomie in het huwelijksvermogensrecht moet worden begrepen als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de ander heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid. Deze bijzondere verantwoordelijkheid vloeit voort uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk in het leven roept.

Deze definitie impliceert dat binnen het rechtsbeginsel partijautonomie, contractvrijheid in een continuüm tegenover solidariteit staat en tussen deze tegenpolen daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig is. Van geval tot geval zal vervolgens moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt.

Gebleken is dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig de Nederlandse wetgever niet rechtstreeks hebben geïnspireerd bij het opstellen van de regels die het gemene huwelijksvermogensrecht uitmaken en die zijn neergelegd in de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. In elk geval zijn beide beginselen in dit verband niet op een gestructureerde wijze tegen elkaar afgewogen, leidend tot een huwelijksvermogensrechtelijk stelsel waarin op een dergelijke grondslag duidelijke keuzen zijn gemaakt door de wetgever.

Voorts is uit dit onderzoek naar voren gekomen dat beide rechtsbeginselen evenmin tot discussies hebben geleid in de literatuur over het huwelijksvermogensrecht. Contractvrijheid van echtgenoten kan zich in de aandacht van slechts enkele schrijvers verheugen en wordt dan veelal in meer algemene termen besproken.

Indien het gemene huwelijksvermogensrecht niettemin wordt bezien door de bril van beide genoemde rechtsbeginselen, kan enerzijds worden gesteld dat dit in hoge mate wordt gekleurd door solidariteit. Anderzijds echter staat het echtgenoten in beginsel vrij om ten volle gebruik te maken van hun contractvrijheid door de regels van de Titels 6 en 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zijde te stellen, dan wel deze aan te vullen, te wijzigen of – in bepaalde gevallen – invulling te geven en ze daarmee grotendeels aan te laten sluiten bij de door hen gewenste huwelijksverhouding. Slechts enkele bepalingen uit Titel 6 lenen zich hier niet voor.

Aan het contractuele huwelijksvermogensrecht – vormgegeven in Titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek – ligt weliswaar het rechtsbeginsel contractvrij-

heid ten grondslag maar het is zeer de vraag of (aanstaande) echtgenoten daardoor worden gestimuleerd om tot zelfontplooiing te komen.

Het is daarnaast bepaald twijfelachtig of het contractuele stelsel partijautonomie als inclusief rechtsbeginsel bevordert omdat noties van solidariteit grotendeels ontbreken.

Het opstellen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden voorafgaand of tijdens het huwelijk heeft immers tot gevolg dat de door de wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven goederenrechtelijke rechtsverhouding – waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze de solidariteit tussen echtgenoten belichaamt – niet tot stand komt, respectievelijk wordt doorbroken. Dit is een direct effect van het rechtsbeginsel contractvrijheid en de hier tegenover staande solidariteit tussen echtgenoten speelt daarbij in Titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol, behoudens op het terrein van de verrekenbedingen. De wettelijke regels prikkelen (aanstaande) echtgenoten derhalve in beginsel niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren om tot *Selbstbestimmung* voor ieder van hen te komen. Dit brengt voor de door de wetgever voorgeschreven notaris de taak mee om te bewerkstelligen dat huwelijkse voorwaarden tussen (aanstaande) echtgenoten worden gerealiseerd op basis van *informed consent*. De echtgenoten moeten door de notaris worden gefaciliteerd om het door hen gewenste en bij hen passende *Ehetyp* vorm te geven, in welk proces de spanning tussen contractvrijheid en solidariteit voortdurend aanwezig is. Ook dienen zij terdege te worden voorgelicht over de gevolgen op lange termijn van hetgeen door hen wordt vastgelegd. Of diens tussenkomst dit effect echter heeft, dient te worden betwijfeld. Daarom zou verdedigd kunnen worden dat de *family mediator* of de gespecialiseerde advocaat over betere kaarten beschikt om adequate bescherming te kunnen bieden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Deze speelt thans al veelvuldig een belangrijke – beschermende – rol bij het opstellen van het echtscheidingsconvenant.

In dit verband is tevens vastgesteld dat echtgenoten niet slechts bescherming behoeven bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden maar evenzeer bij het aangaan van een echtscheidingsconvenant.

Niet gebleken is dat het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant waar het gaat om het regelen van een echtscheiding voorafgaand aan of tijdens het huwelijk, op enigerlei wijze verdedigd zou kunnen worden met argumenten die voortvloeien uit het rechtsbeginsel solidariteit. Ook de opvatting in de literatuur dat voorafgaand aan het huwelijk in huwelijkse voorwaarden geen rechtsgeldige regelingen kunnen worden getroffen over partneralimentatie kan niet goed op deze wijze worden beargumenteerd.

Het is zelfs zo dat in het algemeen kan worden betoogd dat de belemmeringen die in Titel 8 en 9 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan waar het de contractvrijheid van (aanstaande) echtgenoten betreft, niet worden inge-

geven door solidariteitsoverwegingen, terwijl juist dit rechtsbeginsel daarvoor de enige rechtvaardiging zou behoren te vormen.

In Duitsland hebben de *Wirksamkeitskontrolle* ex § 138 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en de *Ausübungskontrolle* van § 242 BGB door de uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – die verband hielden met de grondwettelijke bescherming van het huwelijk in Duitsland – en de daaruit voortvloeiende jurisprudentie van het *Bundesgerichtshof* (BGH), een nieuwe lading gekregen waar het betreft de toetsing van huwelijkse voorwaarden. Ook heeft het BGH beide beoordelingen duidelijk van elkaar onderscheiden.

De *Wirksamkeitskontrolle* voert de feitenrechter naar de beantwoording van de vraag of hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen wegens strijd met de goede zeden mogelijk geheel of gedeeltelijk niet kan worden gehandhaafd, derhalve nietig is, en vervangen dient te worden door de wettelijke regelingen. Deze toetsing vindt *ex tunc* plaats, wat betekent dat de toekomstige huwelijkse ontwikkelingen hierbij buiten beschouwing blijven.

Bij de *Ausübungskontrolle* verschuift het perspectief naar de echtscheiding en worden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehanteerd, zij het binnen de door het BGH gestelde kaders. In deze toetsing kan wat er tijdens het huwelijk is voorgevallen wel relevant zijn. In beide gevallen speelt de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* een rol.

Enerzijds leidt de door het BGH gekozen interpretatie van de door het BVerfG aan hem gegeven opdracht en het daaruit voortkomende toetsingssysteem tot een zekere beperking van de contractvrijheid van echtgenoten, anderzijds wordt het primaat van hun partijautonomie erdoor bevestigd.

Het BGH opteert er in deze zienswijze niet voor om bepaalde soorten afspraken per definitie nietig te verklaren of een bepaalde situatie (bijvoorbeeld een voorhuwelijkse zwangerschap) altijd doorslaggevend te laten zijn maar kiest voor een genuanceerde tweevoudige toetsing waarop door aanstaande echtgenoten kan worden geanticipeerd bij het sluiten van de huwelijkse voorwaarden. In de eerste plaats kan dit door het toevoegen aan hun huwelijkse voorwaarden van een uitvoerige, zorgvuldig opgestelde considerans. Hierin dienen de bedoelingen van de aanstaande echtgenoten ten tijde van het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden opgenomen en hierin wordt tevens duidelijkheid verschaft over het door hen nagestreefde *Ehetyp*.

Ten tweede kan de instrumenterend notaris de aanstaande echtgenoten begeleiden bij een *antizipierte Ausübungskontrolle*, waarmee wordt gedoeld op het in de huwelijkse voorwaarden anticiperen op *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*.

De twee hoofdlijnen die in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontwaard, bevredigen – beoordeeld naar de maatstaven van contractvrijheid en solidariteit –, geen van beide. De belangrijkste reden hiervoor is dat in de Nederlandse

rechtspraak niet een beoordelingsinstrument tot stand is gekomen dat recht doet aan de kracht van beide rechtsbeginselen en dat bovendien op systematische en voorspelbare wijze kan worden toegepast.

Naar voren is gekomen dat de in de Duitse rechtspraak ontwikkelde zienswijze goed inpasbaar zou zijn in de Nederlandse context en daarbij ook reeds ten dele aansluit. Concreet zou dit betekenen dat in de eerste plaats een toetsing van de huwelijkse voorwaarden *ex tunc* plaatsvindt die er onder omstandigheden toe kan leiden dat deze als zijnde nietig worden beschouwd wegens strijd met de goede zeden in de geactualiseerde interpretatie daarvan. Het bestaande artikel 121 lid 1 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek zou hiervoor de grondslag kunnen vormen. Vervolgens vindt een toetsing *ex nunc* plaats, bij welke tweede toetsing de redelijkheid en billijkheid ex artikel 248 lid 2 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek centraal staan.

Bij beide beoordelingen gaat het om het achterhalen van de bedoelingen van de echtgenoten met hun huwelijkse voorwaarden. Indien hun bedoelingen ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden niet met zoveel woorden zijn vermeld in deze overeenkomst of anderszins kunnen worden achterhaald, dient de rechter bij zijn uitleg van de huwelijkse voorwaarden, het feitelijk gedrag van de echtgenoten als richtsnoer te nemen omdat hun kennelijke bedoelingen hieruit kunnen worden afgeleid.

In de eerste toetsing wordt het feitelijk gedrag dat de echtgenoten zich hadden voorgenomen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden vergeleken met de inhoud daarvan. Bij de tweede toetsing gaat het om de vraag of het daadwerkelijk door de echtgenoten vertoonde feitelijk gedrag tijdens hun huwelijk er mogelijk toe leidt dat geen beroep mag worden gedaan op een of meer bepalingen uit de huwelijkse voorwaarden.

Het voorgaande neemt niet weg dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen, juist wanneer zij echtgenoten zijn die het duurcontract huwelijkse voorwaarden aangaan. De daarin vastgelegde juridische afspraken zijn immers sterk verweven met de relationele dimensie van de zeer bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk is.

De juridische procedure is daarom in veel gevallen een ongeschikte weg om te bewandelen indien uitleg van huwelijkse voorwaarden het doel is. Mediation is in dezen de betere optie omdat dit een methode betreft die kan waarborgen dat de te bespreken juridische aspecten van huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding zijn ingebed in de daadwerkelijk door de echtgenoten geleefde huwelijksrelatie.

De rechten en plichten die voor ouders voortvloeien uit hun gezamenlijk gezag over hun kinderen bevinden zich in een wettelijk kader dat dwingendrechtelijk van karakter is.

Niettemin gaat het hier om normen die door de ouders moeten worden uitgewerkt in gezamenlijk overleg. Het is derhalve zo dat er praktisch gezien voor ouders een veel grotere contractvrijheid bestaat dan op het eerste

gezicht gedacht zou kunnen worden. Het behoeft hierbij geen betoog dat voor echtgenoten als (contracterende) ouders het rechtsbeginsel solidariteit een zeer grote rol speelt, zij het op een andere wijze dan aan de orde is voor de in de hoofdstukken 4 en 5 besproken vermogensrechtelijke thema's. Solidariteit wordt tussen echtgenoten die ouders zijn immers sterk geladen door het belang van hun kinderen. Dit belang vereist dat ouders in de eerste plaats in die hoedanigheid solidair zijn met elkaar, in de wetenschap dat ouderschap een levenslange lotsverbondenheid impliceert. De wettelijke normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verlenen hieraan nog een extra betekenis.

Het belang voor ouders van het overkoepelende beginsel partijautonomie als het gaat om het in praktijk brengen van hun ouderschap, is hiermee gegeven.

Ondanks het feit dat huwelijkse voorwaarden gewoonlijk primair een vermogensrechtelijke inslag hebben, bestaan er geen formele beletselen, noch zijn er in de literatuur steekhoudende argumenten aangevoerd die verhinderen dat daarin door de (aanstaande) echtgenoten ook andersoortige afspraken worden opgenomen. Een ouderschapsplan kan in dit licht beschouwd onderdeel uitmaken van huwelijkse voorwaarden en dit dient naar mijn oordeel zelfs te worden aangemoedigd.

De uitvoerig besproken norm van gelijkwaardig ouderschap is ook bij het vormgeven en verdelen door de ouders van hun zorg- en opvoedingstaken tijdens het huwelijk richtinggevend: deze ligt besloten in de eerste drie leden van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zoals wordt bevestigd door het vierde lid van dit artikel.

Hoewel het daartoe in vele gevallen slechts een aanzet kan zijn, worden in de bedoelde werkwijze de hoofdlijnen van de taakverdeling tussen de (aanstaande) ouders waar het betreft de verzorging en opvoeding van hun kinderen in relatie tot de vormgeving van de loopbanen van beide echtgenoten geformuleerd, alsmede de achterliggende overwegingen die daartoe hebben geleid. Hierdoor worden zij zich bewust van het in meer of mindere mate taakstellende karakter van de door hen gemaakte ouderschapsafspraken en van de vragen die daaruit voortvloeien en door hen zullen moeten worden beantwoord.

Het civiel partnerschap zoals in hoofdstuk 9 uiteengezet en uitgewerkt in een proeve van een daartoe strekkend wetsvoorstel, betreft geen wettelijke regeling van het huwelijksvermogensrecht in de traditionele zin zoals de gemeenschap van goederen dat is, doch een normstellend kader dat de partners inspireert om ten volle gebruik te maken van de tot hun beschikking staande partijautonomie. Dit maakt het civiel partnerschap tot een eigentijds relatievermogensrechtelijk stelsel waarin contractvrijheid en solidariteit een dynamisch evenwicht hebben gevonden.

Het handhaven van een apart relatievermogensrecht is gerechtvaardigd omdat dit aansluit bij de zeer frequent voorkomende duurzame affectieve

relatie tussen twee mensen en daarmee voorziet in een maatschappelijke behoefte tot een zekere ordening op dit terrein.

Invoering van het civiel partnerschap als wettelijk stelsel voor gehuwden maar ook voor samenlevers, kan worden beschouwd als een paradigmaverschuiving en leidt in de eerste plaats tot een radicale breuk met de tot op heden door de wetgever gehandhaafde voorkeurspositie van het aan het huwelijk gekoppelde huwelijksvermogensrecht. Het burgerlijk huwelijk wordt in dit wetsvoorstel niet geëcarteerd doch het klassieke huwelijksvermogensrecht wel.

Het civiel partnerschap is een basisstelsel dat partners tot op zekere hoogte wederzijdse zorg en bescherming biedt maar dat anderzijds vooral de nadruk legt op de eigen verantwoordelijkheid en het maken van eigen keuzen door de partners. Indien de in het wetsvoorstel opgenomen uitwerkingen van het rechtsbeginsel solidariteit door de partners onder ogen zijn gezien – hetgeen automatisch gebeurt door de bespreking van de in het stelsel opgenomen normen vanuit het perspectief van scheiding –, kunnen zij derhalve vrijwel alles afspreken wat zij wensen omdat daadwerkelijk sprake is van *informed consent*.

Het civiel partnerschap geeft daarmee in de meest optimale vorm uitdrukking aan de partijautonomie van partners.

Parteiautonomie im lebenspartnerschaftlichen Güterrecht

Zusammenfassung

Parteiautonomie im Ehegüterrecht ist zu verstehen als die Freiheit zur Verwirklichung der *Selbstbestimmung* eines jeden Ehepartners durch das Zusammenwirken mit dem anderen Partner. Es geht hier um eine in Vernunft und Billigkeit eingebettete Freiheit der Ehepartner. Dabei liegt der Nachdruck auf der besonderen Verantwortung, die jeder von ihnen dem anderen gegenüber hat, wenn er diese Freiheit in Anspruch nimmt. Diese besondere Verantwortung ergibt sich aus der engen persönlichen Bindung, die durch die Ehe entsteht.

Diese Definition impliziert, dass im Rahmen des Rechtsgrundsatzes der Parteiautonomie die Vertragsfreiheit in einem Kontinuum der Solidarität gegenüber steht und dadurch zwischen diesen Gegenpolen fast immer ein Spannungsfeld besteht. Anschließend muss von Fall zu Fall festgestellt werden, wann das Gleichgewicht zwischen beiden Polen erreicht wird.

Es hat sich herausgestellt, dass die Rechtsgrundsätze der Vertragsfreiheit und der Solidarität als solche den niederländischen Gesetzgeber nicht unmittelbar inspiriert haben, als er die Rechtsvorschriften aufgestellt hat, die das gemeine Ehegüterrecht ausmachen und die in Titel 6 und 7 Band 1 Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande (NL-BGB) niedergelegt sind. Beide Grundsätze wurden jedenfalls in diesem Zusammenhang nicht strukturiert gegeneinander abgewogen, um ein güterrechtliches System zu schaffen, bei dem der Gesetzgeber auf einer derartigen Grundlage eine deutliche Wahl getroffen hat.

Ferner hat diese Studie ergeben, dass beide Rechtsgrundsätze in der Literatur zum Thema Ehegüterrecht ebenso wenig zu Diskussionen geführt haben. Die Vertragsfreiheit von Ehepartnern erfreut sich nur der Aufmerksamkeit einiger weniger Autoren und wird häufig nur allgemein erörtert.

Betrachtet man das gemeine Ehegüterrecht dennoch von der Warte der beiden vorgenannten Rechtsgrundsätze, kann einerseits gesagt werden, dass es in hohem Maße durch Solidarität bestimmt wird. Andererseits steht es Ehepartnern grundsätzlich frei, ihr Recht auf Selbstbestimmung voll auszuschöpfen, indem die Vorschriften von Titel 6 und 7 Band 1 NL-BGB außer Betracht gelassen oder aber ergänzt, geändert oder – in bestimmten Fällen – individuell ausgelegt und damit größtenteils auf das von ihnen gewünschte Eheverhältnis zugeschnitten werden.

Das vertragliche Ehegüterrecht – dem in Titel 8 Band 1 NL-BGB Gestalt gegeben wurde – wird zwar stark durch den Rechtsgrundsatz der Vertragsfreiheit beeinflusst, jedoch ist äußerst fraglich, ob (zukünftige) Ehepartner dadurch zu einer tatsächlichen Selbstentfaltung angeregt werden.

Außerdem ist zu bezweifeln, ob das vertragliche System die Parteiautonomie als eingeschlossenen Rechtsgrundsatz fördert, da solidarische Vorstellungen größtenteils fehlen.

Schließlich hat die Aufstellung des Ehevertrages vor oder während der Ehe zur Folge, dass das vom Gesetz in Titel 7 Band 1 NL-BGB vorgegebene güterrechtliche Rechtsverhältnis – von dem behauptet werden könnte, dass es die Solidarität zwischen den Ehepartnern verkörpert – nicht zustande kommt beziehungsweise durchbrochen wird. Dies ist eine unmittelbare Auswirkung des Rechtsgrundsatzes der Vertragsfreiheit. Die dem gegenüberstehende Solidarität zwischen Ehepartnern spielt dabei in Titel 8 Band 1 NL-BGB – außer im Bereich der Aufrechnungsbedingungen – grundsätzlich keine Rolle. Die gesetzlichen Vorschriften regen (zukünftige) Ehepartner daher grundsätzlich nicht dazu an, auf der güterrechtlichen Vertragsebene das für sie passende Gleichgewicht zwischen den beiden genannten Rechtsgrundsätzen zu finden, um die Chance auf Verwirklichung der *Selbstbestimmung* für jeden von ihnen zu optimieren. Dies bringt für den vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Notar die Aufgabe mit sich, zu bewerkstelligen, dass der Ehevertrag zwischen (zukünftigen) Ehepartnern auf der Grundlage des *informed consent* zustande kommt. Der Notar muss die Ehepartner mit dem nötigen Rüstzeug ausstatten, um dem von ihnen gewünschten *Ehetyp* Gestalt zu geben. Dies ist ein Prozess, in dem die Spannung zwischen Vertragsfreiheit und Solidarität eine ständig vorhandene Größe ist. Außerdem müssen sie über die langfristigen Folgen ihrer letztendlich festgelegten Vereinbarungen gründlich aufgeklärt werden. Ob das Eingreifen des Notars jedoch diesen Effekt hat, ist zu bezweifeln. Daher könnte die Auffassung vertreten werden, dass der *family mediator* die besseren Karten hat, um bei der Aufstellung eines Ehevertrages adäquaten Schutz zu bieten. Dieser hat heutzutage bereits eine wichtige (Schutz-)Funktion bei der Aufstellung von Scheidungsvereinbarungen.

In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass Ehepartner nicht nur bei der Aufstellung von Eheverträgen Schutz benötigen, sondern ebenso beim Eingehen einer Scheidungsvereinbarung.

Nicht erwiesen ist, dass der Unterschied zwischen einem Ehevertrag und einer Scheidungsvereinbarung, was die Regelung einer Ehescheidung vor oder während der Ehe angeht, auf irgendeine Weise mit Argumenten untermauert werden könnte, die sich aus dem Rechtsgrundsatz der Solidarität ergeben. Auch die in der Literatur vertretene Auffassung, dass vor der Ehe in einem Ehevertrag keine rechtsgültigen Regelungen in Bezug auf Ehegattenunterhalt getroffen werden können, lässt sich auf diese Weise nicht gut verteidigen.

Vielmehr kann allgemein festgestellt werden, dass die nach Titel 8 und 9 Band 1 NL-BGB bestehenden Hindernisse in Bezug auf die Vertragsfreiheit (zukünftiger) Ehepartner nicht durch Solidaritätserwägungen inspiriert sind, obwohl gerade dieser Rechtsgrundsatz dafür die einzige Rechtfertigung darstellen müsste.

In Deutschland haben die *Wirksamkeitskontrolle* gemäß § 138 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) und die *Ausübungskontrolle* nach § 242 BGB durch die Urteile des *Bundesverfassungsgerichts* (BVerfG) – die das Ergebnis des verfassungsmäßigen Schutzes der Ehe in Deutschland sind – und die sich daraus ergebende Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* (BGH) in Bezug auf die Prüfung von Eheverträgen eine neue Bedeutung erhalten. Zudem hat der BGH beide Kontrollen deutlich voneinander getrennt.

Die *Wirksamkeitskontrolle* führt den Tatsachenrichter zur Beantwortung der Frage, ob das, was zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages vereinbart wurde, wegen Sittenwidrigkeit möglicherweise überhaupt nicht oder nur teilweise durchgesetzt werden kann, somit nichtig ist und durch rechtmäßige Bestimmungen ersetzt werden muss. Diese Prüfung erfolgt *ex tunc*, was bedeutet, dass die zukünftigen Entwicklungen in der Ehe hierbei außer Acht gelassen werden.

Bei der *Ausübungskontrolle* verschiebt sich die Perspektive in Richtung Ehescheidung und werden die Maßstäbe der Billigkeit angewendet, wenn auch nur innerhalb der vom BGH vorgegebenen Grenzen. Bei dieser Prüfung können Vorfälle während der Ehe durchaus relevant sein. In beiden Fällen spielt die *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* eine Rolle.

Einerseits führen die vom BGH gewählte Interpretation der diesem vom BVerfG vorgegebenen Aufgabe und das sich daraus ergebende Prüfungssystem zu einer gewissen Einschränkung der Vertragsfreiheit von Ehepartnern. Andererseits wird die Vorrangstellung ihrer Parteiautonomie hierdurch bekräftigt.

Der BGH verzichtet bei dieser Betrachtungsweise darauf, bestimmte Arten von Vereinbarungen grundsätzlich für nichtig zu erklären oder eine bestimmte Situation (beispielsweise eine voreheliche Schwangerschaft) immer als ausschlaggebend zu erachten. Vielmehr entscheidet er sich für eine nuancierte, zweifache Prüfung, die zukünftige Ehepartner beim Abschließen des Ehevertrages antizipieren können. Dies kann an erster Stelle erreicht werden, indem in den Ehevertrag eine ausführliche, sorgfältig formulierte Präambel aufgenommen wird. Diese muss Erwägungen in Bezug auf die konkrete Situation der künftigen Ehepartner zum Zeitpunkt der Aufstellung des Ehevertrages beinhalten.

Zweitens kann der instrumentierende Notar die künftigen Ehepartner bei einer *antizipierten Ausübungskontrolle* unterstützen, die darauf abzielt, in dem Ehevertrag *typischen Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung* vorzugreifen.

Die beiden Grundzüge, die sich der aktuellen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes der Niederlande entnehmen lassen, werden – beurteilt nach den Maßstäben der Vertragsfreiheit und der Solidarität – keinem von beiden gerecht. Der Hauptgrund hierfür ist, dass in der niederländischen Rechtsprechung kein Beurteilungsinstrument zustande gekommen ist, das der Kraft beider Rechtsgrundsätze gerecht wird und obendrein auf systematische und vorhersehbare Weise angewendet werden kann.

In diesem Licht betrachtet, hat sich herausgestellt, dass sich die in der deutschen Rechtsprechung entwickelte Sichtweise gut in den niederländischen Kontext einpassen lassen würde und an diesen teilweise auch bereits anknüpft. Konkret würde das bedeuten, dass an erster Stelle eine Prüfung des Ehevertrages *ex tunc* stattfindet. Diese führt unter Umständen dazu, dass der Vertrag nach dessen aktualisierter Auslegung wegen Sittenwidrigkeit als nichtig betrachtet wird. Absatz 1 des bestehenden Artikels 121 Band 1 NL-BGB könnte hierfür die Grundlage bilden. Anschließend erfolgt eine Prüfung *ex nunc*, bei der zweitens die Maßstäbe der Billigkeit gemäß Artikel 248 Absatz 2 Band 6 NL-BGB im Mittelpunkt stehen.

Bei beiden Prüfungen geht es darum, die von den Ehepartnern mit dem Ehevertrag verfolgten Absichten herauszufinden. Wurden darin ihre Absichten beim Abschluss des Ehevertrages nicht hinlänglich formuliert und können diese auch nicht auf andere Weise festgestellt werden, dann muss der Richter bei seiner Auslegung des Ehevertrages das tatsächliche Verhalten der Ehepartner als Richtlinie nehmen, da sich ihre offensichtlichen Absichten hieraus ableiten lassen.

Bei der ersten Prüfung wird das tatsächliche Verhalten, das sich die Ehepartner zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages vorgenommen hatten, mit dem Inhalt des Vertrages verglichen. Bei der zweiten Prüfung geht es um die Frage, ob das Verhalten, dass die Ehepartner während der Ehe tatsächlich an den Tag gelegt haben, möglicherweise dazu führt, dass eine Berufung auf eine oder mehrere Bestimmungen des Ehevertrages nicht zulässig ist.

Das Obenstehende ändert nichts daran, dass die Vertragspartner an erster Stelle selbst die angewiesenen Personen sind, um ihren Vertrag auszulegen, gerade wenn sie Ehepartner sind, die diesen langfristigen Ehevertrag eingehen. Schließlich sind die darin festgelegten juristischen Vereinbarungen stark mit der Beziehungsdimension dieses äußerst besonderen Rechtsverhältnisses verwoben, das die Ehe nun einmal ist.

Das Rechtsverfahren ist daher in vielen Fällen kein geeigneter Weg, wenn das Ziel die Auslegung des Ehevertrages ist. Mediation ist in dieser Hinsicht die bessere Alternative, da es sich hierbei um eine Methode handelt, die gewährleisten kann, dass die zu erörternden juristischen Aspekte des Ehevertrages im Falle einer Scheidung in die von den Ehepartnern tatsächlich gelebte eheliche Beziehung eingebettet sind.

Die Rechte und Pflichten, die sich für Eltern aus der gemeinsamen elterlichen Sorge für ihre Kinder ergeben, befinden sich in einem Rahmen, der zwingend rechtlicher Art ist.

Dennoch geht es hier um Normen, die von den Eltern in gemeinsamer Rücksprache ausgearbeitet werden müssen. Daher ist es so, dass – praktisch gesehen – für Eltern eine viel größere Vertragsfreiheit besteht, als man auf den ersten Blick denken würde. Hierbei braucht nicht betont zu werden, dass für Ehepartner als (vertragsschließende) Eltern der Rechtsgrundsatz der Solidarität eine sehr große Rolle spielt, wenn auch auf eine andere Weise

als bei den in Kapitel 4 und 5 erörterten vermögensrechtlichen Themen. Solidarität wird zwischen Ehepartnern, die Eltern sind, ja stark durch die Interessen ihrer Kinder geprägt. Diese Interessen setzen voraus, dass Eltern in dieser Eigenschaft an erster Stelle solidarisch miteinander umgehen in dem Wissen, dass die Elternschaft eine lebenslange Schicksalsgemeinschaft mit sich bringt. Die gesetzlichen Normen nach Artikel 247 Band 1 NL-BGB verleihen dem noch zusätzliche Bedeutung.

Hiermit ist die Wichtigkeit des übergreifenden Grundsatzes der Parteiautonomie für Eltern gegeben, was die Umsetzung ihrer Elternschaft in die Praxis angeht.

Trotz der Tatsache, dass Eheverträge gewöhnlich in erster Linie einen vermögensrechtlichen Einschlag haben, bestehen weder formale Hürden, noch werden in der Literatur stichhaltige Argumente angeführt, die verhindern, dass die (zukünftigen) Ehepartner in den Vertrag auch anders geartete Absprachen aufnehmen. Ein Elternschaftsplan kann in diesem Licht betrachtet ein Bestandteil des Ehevertrages sein, was nach meinem Dafürhalten sogar anzuregen ist.

Die ausführlich erörterte Norm der gleichwertigen Elternschaft ist auch bei der Gestaltung und Aufteilung der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben durch die Eltern während der Ehe richtungweisend: Diese ist in den ersten drei Absätzen von Artikel 247 Band 1 NL-BGB verankert, was durch den vierten Absatz dieses Artikels bestätigt wird.

Obwohl es in vielen Fällen nur ein Ansatz sein kann, werden bei der oben genannten Vorgehensweise die Grundzüge der Aufgabenverteilung zwischen den (zukünftigen) Eltern in Bezug auf die Versorgung und Erziehung ihrer Kinder im Verhältnis zur Gestaltung der Laufbahnen beider Ehepartner ebenso formuliert, wie die zugrunde liegenden Erwägungen, die dazu geführt haben. Hierdurch werden sie sich des mehr oder weniger Aufgaben stellenden Wesens der von ihnen getroffenen Vereinbarungen bezüglich der Elternschaft sowie der Fragen bewusst, die sich daraus ergeben und die sie zu bewältigen haben.

Bei der zivilen Partnerschaft im Sinne der Darlegung in Kapitel 9 und der Ausarbeitung in einem Entwurf einer darauf abzielenden Gesetzesvorlage handelt es sich nicht um eine gesetzliche Regelung des Ehegüterrechts im herkömmlichen Sinne, wie es bei der Gütergemeinschaft der Fall ist. Vielmehr ist es ein Normierungsrahmen, der die Partner dazu anregt, die verfügbaren Möglichkeiten der Parteiautonomie voll auszuschöpfen. Dies macht die zivile Partnerschaft in Bezug auf den Güterstand zu einem modernen vermögensrechtlichen System, bei dem ein dynamisches Gleichgewicht zwischen Vertragsfreiheit und Solidarität gefunden wurde.

Die Wahrung eines separaten, so genannten lebenspartnerschaftlichen Vermögensrechts ist gerechtfertigt, da dieses an die sehr häufig vorkommende langfristige affektive Beziehung zwischen zwei Personen anknüpft und damit einen gesellschaftlichen Bedarf an einer gewissen Ordnung auf diesem Gebiet deckt.

Die Einführung der zivilen Partnerschaft als gesetzliches System für Verheiratete, aber auch für in eheähnlicher Gemeinschaft lebende Partner, kann als Paradigmenverschiebung betrachtet werden, die in erster Linie zu einem radikalen Bruch mit der vom Gesetzgeber bis heute behaupteten Vorzugsstellung der Ehe und dem damit verbundenen Ehegüterrecht führt. Die bürgerliche Ehe wird in dieser Gesetzesvorlage nicht außer Kraft gesetzt, wohl aber das klassische Ehegüterrecht.

Die zivile Partnerschaft ist ein Basissystem, das Lebenspartnern bis zu einem gewissen Grade gegenseitig Fürsorge und Schutz bietet, andererseits hebt sie aber vor allem die Eigenverantwortung und das Treffen eigener Entscheidungen der jeweiligen Partner hervor. Wenn die in der Gesetzesvorlage berücksichtigten Auswirkungen des Rechtsgrundsatzes der Solidarität von den Partnern erkannt wurden – was durch die Erörterung der in dem System enthaltenen Normen aus der Sicht der Scheidung automatisch geschieht – können sie daher nahezu alles vereinbaren, was sie wollen, da tatsächlich ein *informed consent* besteht.

Die zivile Partnerschaft verleiht damit der Parteiautonomie der Partner in optimaler Form Ausdruck.

Party Autonomy in Partnership Property Law

Summary

Party autonomy in matrimonial property law should be understood as the freedom to arrive at *Selbstbestimmung* of each of the spouses through cooperation with the other spouse. This is a freedom of the spouses embedded in reasonableness and fairness, with the accent on the special responsibility each of them has for the other when he or she exercises this freedom. This special responsibility arises from the close ties that marriage creates.

This definition implies that within the legal principle of party autonomy, freedom of contract is in a continuum with respect to solidarity and that this always causes tension between these opposites. It will then have to be determined from case to case where a balance has been struck between the two opposites.

It is evident that the legal principles freedom of contract and solidarity as such have not directly inspired the Dutch legislature in drafting the rules comprising common matrimonial property law and laid down in Titles 6 and 7 of Book 1 of the Netherlands Civil Code (*BW*). In this context, at any rate, the two principles have not been weighed against each other in a structured manner resulting in a system of matrimonial property law on the basis of which the legislator has made clear choices.

It has emerged as well from this study that neither of the legal principles has led to a debate in the literature over matrimonial property law. The spouses' freedom of contract has drawn the attention of only a few authors and is then usually discussed in general terms.

If general matrimonial property law is nevertheless viewed in the light of both legal principles mentioned, it can be said on the one hand that it is largely coloured by solidarity. On the other hand, however, the spouses are in principle free to make full use of their right of self-determination by setting aside the rules of Titles 6 and 7 of Book 1 of the Netherlands Civil Code, or supplementing, amending or in certain cases interpreting them and by doing so largely bringing them in line with the matrimonial relationship they desire.

Contractual matrimonial property law – given shape in Title 8 of Book 1 of the Netherlands Civil Code – may well be strongly coloured by the legal principle of freedom of contract, but it is very doubtful whether this encourages (future) spouses to develop themselves. In addition, it is rather doubtful whether the contractual system facilitates party autonomy as an inclusive legal principle, because notions of solidarity are largely absent.

The consequence of drafting a prenuptial or postnuptial agreement prior to or during the marriage is, after all, that the legal relationship under prop-

erty law laid down in Title 7 of Book 1 of the Netherlands Civil Code – which could be said to embody the solidarity between spouses – is not created or is breached. This is a direct effect of the legal principle of freedom of contract and the solidarity between the spouses opposite this does not as a rule play a part in Title 8 of Book 1 of the Netherlands Civil Code, except in relation to the settlement clauses. The legal rules therefore do not in principle stimulate (future) spouses to find the right balance within the domain of contractual matrimonial property law between the two said legal principles, in order to optimise the chance of arriving at *Selbstbestimmung* for each of them. This entails the duty prescribed by the legislature for the civil-law notary to see to it that a prenuptial agreement is made between (future) spouses on the basis of informed consent. The civil-law notary should facilitate the spouses in giving shape to the *Ehetyp* desired by and appropriate for them, during which process the tension between freedom of contract and solidarity is continuously present. They should also be thoroughly informed of the long-term consequences of what they are setting out. The question should, however, be asked whether such intervention really has this effect. It could therefore be defended that the family mediator has better credentials to provide adequate protection in drawing up prenuptial agreements. The latter now plays a major protective role in drawing up divorce agreements.

In this context it has also been established that spouses do not only need protection in drawing up a prenuptial agreement, but just as much in entering into a divorce agreement.

There is no evidence that the distinction between prenuptial or postnuptial agreements and divorce agreements, when it comes to arranging a divorce prior to or during the marriage, could be defended in any way by arguments arising from the legal principle of solidarity. Nor can the opinion in the literature that no legally valid arrangements can be made in a prenuptial agreement on partner maintenance be adequately defended in this way.

It is even true that it can generally be established that the obstacles existing in Titles 8 and 9 of Book 1 of the Netherlands Civil Code with respect to the freedom of contract of (future) spouses was not inspired by solidarity reasons, while precisely this legal principle should constitute its only justification.

In Germany, *Wirksamkeitskontrolle* pursuant to § 138 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) and *Ausübungskontrolle* under § 242 BGB have been given new connotations by the decisions of the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – which ensue from the constitutional protection of marriage in Germany and the case law of the *Bundesgerichtshof* (BGH) arising from this concerning the review of prenuptial agreements. The BGH also made a clear distinction between the two rulings.

Wirksamkeitskontrolle leads the court deciding questions of fact to answer the question whether what was agreed at the time the prenuptial agreement was concluded possibly cannot be maintained wholly or in part because it is contrary to common decency, is therefore null and void and must be replaced

by the statutory provisions. This review is conducted *ex tunc*, which means that future matrimonial developments are not taken into consideration.

In *Ausübungskontrolle,* the perspective shifts to divorce and the criteria of reasonableness and fairness apply, albeit within the frameworks set by the BGH. In this review, what occurred during the marriage can indeed be relevant. In both cases the *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* plays a part.

On the one hand the interpretation chosen by the BGH of the assignment given to it by the BVerfG and the review system arising from it results in a certain limitation of the spouses' freedom of contract, and on the other it confirms the primacy of their party autonomy. In this view, the BGH does not opt to nullify certain agreements by definition or to let a certain situation (for example a premarital pregnancy) always be decisive but chooses a balanced twofold review which future spouses can anticipate by concluding a prenuptial agreement. Firstly, this can be done by adding a comprehensive, carefully prepared preamble to their prenuptial agreement. This should include recitals relating to the actual situation of the future spouses at the time the prenuptial agreement is drafted.

Secondly, the executing civil-law notary can assist the future spouses in an *antizipierte Ausübungskontrolle*, which means anticipating *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung* in the prenuptial agreement.

Neither of the two main elements that can be distinguished in the recent case law of the Netherlands Supreme Court (Hoge Raad) regarding the interpretation of prenuptial agreements is satisfactory, judged according to the criteria of freedom of contract and solidarity. The main reason for this is that in the Netherlands, no assessment instrument has been created that does justice to the power of both legal principles and that can also be applied in a systematic and predictable way.

It is evident in this light that the view developed in German case law would fit in well in the Dutch context and is already partly in line with it. Specifically, this would mean that a review of a prenuptial agreement would first be conducted *ex tunc* which under certain circumstances could result in it being considered null and void because it is contrary to common decency in its updated interpretation. The existing Article 121 paragraph 1 of Book 1 of the Netherlands Civil Code could be a basis for this. Subsequently, a review *ex nunc* would be conducted, which second review would centre on reasonableness and fairness pursuant to Article 248 paragraph 2 of Book 6 of the Netherlands Civil Code.

In both reviews, the point is to find out what the spouses intentions were with their prenuptial agreement. If their intentions at the time they entered into the prenuptial agreement are not stated in so many words in this agreement or can be found out in another way, in his/her interpretation of the prenuptial agreement, the judge should take the actual behaviour of the spouses as a guideline because their apparent intentions can be derived from this.

In the first review, the actual behaviour which the spouses had intended at the time they entered into the prenuptial agreement is compared to its contents. The second review deals with the question whether the behaviour actually displayed by the spouses during their marriage might lead to the inability to rely on one or more terms of the prenuptial agreement.

The foregoing does not negate the fact that first of all, the contracting parties themselves are the persons designated to interpret their agreement, precisely if the contracting parties are spouses who have entered into the continuous performance contract which the prenuptial agreement is. The legal agreements laid down in it are, after all, closely interwoven with the relational dimension of the very special legal relationship that marriage is.

Consequently, legal action is not a suitable path in many cases if the purpose is interpretation of a prenuptial agreement. Mediation is the better option in this case because it is a method that can guarantee that in case of divorce, the legal aspects of a prenuptial agreement to be discussed are embedded in the actual matrimonial relationship lived by the spouses.

The rights and obligations ensuing for parents from their joint custody of the children are found in a legal framework which is mandatory in nature. These are nevertheless norms that have to be worked out by the parents in consultation. In practical terms, therefore, parents have much more freedom of contract than one would think at first sight. It need not be said that for spouses as (contracting) parents, the principle of solidarity plays a very large role, albeit in a different way from its role in the property law themes discussed in sections 4 and 5. Solidarity between spouses who are parents is, after all, strongly influence by the interests of their children. These interests require parents first of all to show solidarity with each other, in the knowledge that parenthood implies a lifelong solidarity. The legal norms of Article 247 Book 1 of the Netherlands Civil Code give this additional meaning. This means that the importance for parents of the overarching principle of party autonomy is a fact when it comes to putting their parenthood into practice.

Despite the fact that prenuptial agreements primarily have a property-law slant, there are no procedural obstacles, nor have convincing arguments been put forward in the literature, which prevent the (future) spouses from including different types of agreements in them as well. A parenting plan can be considered in this light to be part of a prenuptial agreement and in my opinion this should even be encouraged.

The thoroughly discussed norm of equal parenthood is also a guideline for the parents in giving shape to and dividing their care and upbringing duties during the marriage: this is enshrined in the first three paragraphs of Article 247 Book 1 of the Netherlands Civil Code, as confirmed by the fourth paragraph of this article.

Although in many cases, this can merely be given an impetus, in the aforementioned working method the main aspects of the division of tasks between the (future) parents are formulated where the care and upbringing of their children is concerned in relation to giving shape to the careers of

both parents, as well as the underlying considerations that led to this. This makes them aware of the more or less task-setting nature of the parenting agreements they made and of the questions arising from it which they will have to answer.

Civil partnership as explained in section 9 and worked out in a trial of a legislative proposal to that effect is not a legal arrangement under matrimonial property law in the traditional sense as is the community of property, but a norm-setting framework that inspires the partners to make full use of the party autonomy at their disposal. This makes civil partnership a contemporary system of law for partnership property law in which freedom of contract and solidarity have struck a dynamic balance.

Maintaining a separate law for partnership property law is justified because this is in line with the very frequently occurring lasting affective relationship between two people and therefore provides for society's need for a certain order in this area.

The introduction of the civil partnership as a legal system for married couples but also for cohabiters can be considered a paradigm shift and first of all leads to a radical break with the preferential position of marriage which the legislature has maintained up to now and the matrimonial property law linked to it. In this legislative proposal, civil marriage is not put aside but classical matrimonial property law is.

Civil partnership is a basic system which offers partners reciprocal care and protection to a certain extent, but which on the other hand places the emphasis on their own responsibility and on the partners making their own choices. If the partners examine the elaborations on the legal principle of solidarity included in the legislative proposal, which they do automatically by discussing the norms included in the system from the point of view of divorce, they will therefore be able to agree almost everything they wish because actual informal consent is involved. With that, civil partnership expresses the party autonomy of partners in its most optimal form.

Party-outonomie in die verhoudingsvermoënsreg

Samevatting

Party-outonomie in die huweliksvermoënsreg moet verstaan word as die vryheid om te geraak tot *Selbstbestimmung* van elk van die eggenote deur samewerking met die ander eggenoot. Dit gaan hier om 'n in redelikheid en billikheid ingebedde vryheid van die eggenote, waarby die klem val op die besondere verantwoordelikheid wat elkeen van hulle teenoor die ander het wanneer hy van hierdie vryheid gebruik maak. Hierdie besondere verantwoordelikheid vloei voort uit die noue persoonlike band wat deur die huwelik in die lewe geroep word.

Hierdie definisie impliseer dat daar binne die regsbeginsel party-outonomie, kontrakvryheid in 'n kontinuum teenoor solidariteit staan, en tussen hierdie teenpole juis as gevolg daarvan steeds 'n spanningsveld aanwesig is. Daar sal dus van geval tot geval vasgestel moet word waar die ewewig tussen die twee pole bereik word.

Dit het wel geblyk dat die regsbeginsels kontrakvryheid en solidariteit, as sodanig die Nederlandse wetgewer nie regstreeks geïnspireer het by die opstel van die regulasies wat die algemene huweliksvermoënsreg uitmaak en wat vervat word in Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek nie. In alle geval is beide beginsels in hierdie verband nie op 'n gestruktureerde wyse teen mekaar opgeweeg nie, wat gelei het tot 'n huweliksvermoënsregstelsel waarin daar op 'n dergelike grondslag deur die wetgewer duidelike keuses gemaak word.

Voorts het daar uit hierdie ondersoek na vore gekom dat beide regsbeginsels ewemin tot besprekings in die literatuur oor die huweliksvermoensreg aanleiding gegee het. Kontrakvryheid van eggenote kan hom slegs op die aandag van enkele skrywers verheug, en word dan gewoonlik in meer algemene terme bespreek.

Indien die algemene huweliksvermoënsreg nietemin gesien word deur die bril van beide genoemde regsbeginsels, kan dit enersyds gesê word dat dit in hoë mate deur solidariteit gekleur word. Andersyds staan dit die eggenote egter in beginsel vry om ten volle gebruik te maak van hulle selfbeskikkingsreg om die reëls van Titels 6 en 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek tersyde te stel, of dit aan te vul, te wysig of – in bepaalde gevalle – 'n ander interpretasie daaraan te gee en dit sodoende te laat aansluit by die deur die partye verlangde huweliksverhouding.

Die kontraktuele huweliksvermoënsreg – vorm gegee in Titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek – word weliswaar sterk gekleur deur die regsbeginsel kontrakvryheid, maar dit is wel die vraag of (voornemende) eggenote daardeur gestimuleer word om tot selfontplooiing te kom.

Dit is daarbenewens te betwyfel of die kontraktuele stelsel party-outonomie as inklusiewe regsbeginsel bevorder, omdat nosies van solidariteit grotendeels ontbreek.

Die opstel van die huweliksvoorwaardekontrak voor of tydens die huwelik het immers tot gevolg dat die goedereregtelike regsverhouding soos deur die wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek aangegee – waarvan verklaar kan word dat dit die solidariteit tussen eggenote beliggaam – nie tot stand kom nie, onderskeidelik verbreek word. Dit is 'n direkte uitvloeisel van die regsbeginsel kontrakvryheid, en die hier teenoorstaande solidariteit tussen eggenote speel daarby in Titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol nie, behalwe op die gebied van die verrekeningsbedinge. Die wetlike regulasies moedig (voornemende) eggenote dus in beginsel nie aan om binne die kontraktuele huweliksvermoënsregdomein vir hulself 'n goeie ewewig te vind tussen die twee genoemde regsbeginsels nie, en om sodoende die moontlikheid om tot *Selbstbestimmung* van beide partye te kom, te optimaliseer. Dit gee aan die deur die wetgewer voorgeskrewe notaris die taak om te bewerkstellig dat huweliksvoorwaardes tussen (voornemende) eggenote gerealiseer word op grond van *informed consent*. Die eggenote moet deur die notaris in staat gestel word om vorm te gee aan die tipe huwelik (*Ehetyp)* van hul keuse en wat by hulle pas, in welke proses die spanning tussen kontrakvryheid en solidariteit voortdurend aanwesig is. Ook moet hulle terdeë ingelig word oor die gevolge op langtermyn van dit wat deur hulle vasgelê word. Of sy tussenkoms egter hierdie uitwerking het, is te betwyfel. Daarom sou daar 'n saak wees vir die *family mediator* wat oor beter kaarte beskik om voldoende beskerming by die opstel van huweliksvoorwaardes te kan bied. Hierdie persoon speel tans reeds op vele maniere 'n belangrike – en beskermende – rol by die opstel van die egskeidingskontrak.

In hierdie verband is trouens vasgestel dat eggenote nie slegs beskerming nodig het by die opstel van huweliksvoorwaardes nie, maar ook by die aangaan van 'n egskeidingskontrak.

Wat nie geblyk het nie, is dat die onderskeid tussen huweliksvoorwaardes en die egskeidingskontrak, waar dit gaan om die reël van 'n egskeiding voorafgaande aan of tydens die huwelik, op enige wyse verdedig sou kon word met argumente wat voorvloei uit die regsbeginsel solidariteit. Ook die opvatting in die literatuur dat, voorafgaande aan die huwelik, in huweliksvoorwaardes geen regsgeldige reëlings getref kan word oor lewensonderhoud nie, kan nie goed op hierdie manier verdedig word nie.

Dit is selfs so dat daar in die algemeen vasgestel kan word dat die belemmerings wat in Titel 8 en 9 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan, waar dit die kontrakvryheid van (voornemende) eggenote betref, nie deur solidariteitsoorwegings geïnspireer word nie, terwyl juis hierdie regsbeginsel die enigste regverdiging daarvoor sou moes vorm.

In Duitsland het die *Wirksamkeitskontrolle* ex § 138 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en die *Ausübungskontrolle* van § 242 BGB deur die uitsprake van die

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) – wat voortkom uit die grondwetlike beskerming van die huwelik in Duitsland – en die daaruit voorvloeiende jurisprudensie van die *Bundesgerichtshof* (BGH) 'n nuwe lading gekry wat betref die toetsing van huweliksvoorwaardes. Ook het die BGH albei beoordelings duidelik van mekaar onderskei.

Die *Wirksamkeitskontrolle* voer die feiteregter na die beantwoording van die vraag of dit wat ten tyde van die sluiting van die huweliksvoorwaardes ooreengekom word weens stryd met die goeie sedes, moontlik geheel of gedeeltelik vervang behoort te word deur die wetlike regulasies. Hierdie toetsing vind *ex tunc* plaas, wat beteken dat die toekomstige huwelikontwikkelinge hierby buite beskouing bly.

By die *Ausübungskontrolle* verskuif die perspektief na die egskeiding en word die maatstawwe van redelikheid en billikheid hanteer, sy dit binne die kaders soos gestel deur die BGH. In hierdie toetsing kan wat daar tydens die huwelik voorgeval het, wel relevant wees. In beide gevalle speel die *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* 'n rol.

Enersyds lei die deur die BGH gekose interpretasie van die opdrag soos gegee aan die BVerfG en die daaruit voortvloeiende toetsingstelsel tot 'n bepaalde beperking van die kontrakvryheid van eggenote, andersyds word die voorrang van hulle party-outonomie daardeur bevestig.

Die BGH kies deur hierdie sienswyse nie daarvoor om bepaalde soort afsprake per definisie nietig te verklaar of 'n bepaalde situasie (byvoorbeeld 'n voorhuwelikse swangerskap) altyd deurslaggewend te laat wees nie, maar kies ten gunste van 'n genuanseerde, tweevoudige toetsing waarop voornemende eggenote by die sluiting van die huweliksvoorwaardekontrak kan reken. In die eerste plek kan dit deur die toevoeging van 'n uitvoerige, sorgvuldig opgestelde konsiderans aan hulle huweliksvoorwaardes. Hierin behoort oorwegings met betrekking tot die konkrete situasie van die voornemende eggenote ten tye van die opstel van die huweliksvoorwaardes opgeneem word.

Ten tweede kan die bydraende notaris die voornemende eggenote begelei by 'n *antizipierte Ausübungskontrolle*, wat ten doel om in die huweliksvoorwaardes die *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung* te antisipeer.

De twee hooflyne wat in die resente jurisprudensie van die Hoge Raad oor die uitleg van huweliksvoorwaardes waargeneem kan word, bevredig – te oordeel na die maatstawwe van kontrakvryheid en solidariteit – geen van beide. Die belangrikste redes hiervoor is dat daar in die Nederlandse regspraak nie 'n beoordelingsinstrument tot stand gekom het wat reg laat geskied aan die sterkte van beide regsbeginsels nie, of wat bowendien op stelselmatige en voorspelbare wyse toegepas kan word nie.

Wat in die lig hiervan geblyk het, is dat die sienswyse wat in die Duitse regspraak ontwikkel is, goed sal inpas in die Nederlandse konteks, en reeds ten dele daarby aansluit. In die praktyk sou dit beteken dat in die eerste plek 'n toetsing van die huweliksvoorwaardes *ex tunc* plaasvind, wat onder

omstandighede daartoe kan lei dat hierdie voorwaardes as nietig beskou kan word weens die stryd met die goeie sedes in die geaktualiseerde interpretasie daarvan. Die bestaande artikel 121 lid 1 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek sou die grondslag hiervoor kon vorm. Vervolgens vind daar *ex nunc* 'n tweede toetsing plaas, waarby die redelikheid en billikheid ex artikel 248 lid 2 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek sentraal staan.

By beide beoordelings is die doel vas te stel wat die bedoelings van die eggenote met hul huweliksvoorwaardes is. Indien hulle bedoelings ten tye van die aangaan van die huweliksvoorwaardes nie met soveel woorde in hierdie ooreenkoms vermeld word of andersins vasgestel kan word nie, moet die regter by sy uitleg van die huweliksvoorwaardes die feitelike gedrag van die eggenote as rigsnoer neem, omdat hulle kennelike bedoelings hieruit afgelei kan word.

In die eerste toetsing word die feitelike (werklike) gedrag wat die eggenote hulle voorgeneem het ten tye van die sluiting van die huweliksvoorwaardekontrak vergelyk met die inhoud daarvan. By die tweede toetsing gaan dit oor die vraag of die daadwerklik deur die eggenote vertoonde feitelike gedrag tydens hul huwelik moontlik daartoe gelei het dat geen beroep gedoen mag word op een of meer bepalings uit die huweliksvoorwaardes nie.

Bostaande neem nie weg dat die kontraktante in die eerste plek self die aangewese persone is om hul ooreenkoms uit te lê nie, en juis wanneer die kontraktante eggenote is wat die duurkontrak huweliksvoorwaardes sluit. Die juridiese afsprake wat daarin vasgelê word, is immers sterk verweef met die verhoudingsdimensie van die baie besondere regsverhouding wat die huwelik is.

Die juridiese prosedure is dus in baie gevalle 'n ongeskikte weg om te bewandel indien uitleg van huweliksvoorwaardes die doel is. Mediasie is hier die beter opsie, omdat dit 'n metode is om te kan waarborg dat die juridiese aspekte van huweliksvoorwaardes wat bespreek moet word, by egskeiding ingebed is in die praktiese huweliksverhouding wat daadwerklik deur die eggenote geleef is.

Die regte en pligte wat vir ouers voortvloei uit hul gesamentlike toesig oor hul kinders, bevind hulle in 'n kader wat 'n dwingend regtelike karakter het.

Nietemin gaan dit hier om norme wat deur die ouers in gesamentlike oorleg uitgewerk moet word. Dit is derhalwe so dat daar, prakties gesien, vir ouers 'n veel groter kontrakvryheid bestaan as wat op eerste gesig voorsien is. Daar is hier geen nodigheid vir 'n betoog dat solidariteit vir eggenote as (kontrakterende) ouers 'n baie groot rol speel nie, egter op 'n ander manier as vir die vermoënsregtelike temas soos in die hoofstukke 4 en 5 bespreek. Solidariteit word tussen eggenote wat ouers is immers sterk gelaai deur die belang van hulle kinders. Hierdie belang vereis dat ouers in die eerste plek in hierdie hoedanigheid simpatiek teenoor mekaar sal wees, in die wete dat ouerskap 'n lewenslange lotsverbintenis impliseer. Die wetlike norme van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verleen hieraan nog 'n ekstra betekenis.

Die belang vir ouers van die oorkoepelende beginsel party-outonomie as dit gaan om die praktiese uitlewing van hul ouerskap, word hiermee gegee.

Ondanks die feit dat huweliksvoorwaardes gewoonlik primêr 'n vermoensregtelike inslag het, bestaan daar geen formele beletsels nie, en word daar ook in die literatuur geen steekhoudende argumente aangevoer wat verhinder dat daar ook andersoortige afsprake deur die (voornemende) eggenote in opgeneem word. 'n Ouerskapsplan kan in die lig hiervan 'n onderdeel uitmaak van huweliksvoorwaardes, en na my mening behoort dit selfs aangemoedig te word.

Die uitvoerig bespreekte norm van gelykwaardige ouerskap is ook by die vormgewing en verdeling deur die ouers van hul versorgings- en opvoedingstake tydens die huwelik rigtinggewend: dit lê opgesluit in die eerste drie paragrawe van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, soos bevestig deur die vierde paragraaf van hierdie artikel.

Hoewel dit in baie gevalle slegs 'n vertrekpunt kan wees, word in die bedoelde werkswyse die hooflyne geformuleer van die taakverdeling tussen die (voornemende) ouers, waar dit betref die versorging en opvoeding van hul kinders in verhouding tot die vormgewing van die loopbane van albei eggenote, asook die oorwegings wat daartoe gelei het. Hierdeur raak hulle bewus van die in meerdere of mindere mate taakstellende karakter van die ouerskapsafsprake wat deur hulle gemaak is, en van die vrae wat daaruit voortvloei en wat deur hulle beantwoord moet word.

Die siviele vennootskap soos in hoofstuk 9 uiteengesit en uitgewerk in 'n proef van 'n daartoe strekkende wetsvoorstel het geen betrekking op enige wetlike reëling van die huwelikvermoënsreg in die tradisionele sin soos wat die gemeenskap van goedere dit is nie, maar op 'n norm daarstellende kader wat die partye inspireer om ten volle gebruik te maak van die party-outonomie wat tot hulle beskikking staan. Dit maak die siviele vennootskap 'n eietydse verhoudingsvermoënsregstelsel waarin kontrakvryheid en solidariteit 'n dinamiese ewewig gevind het.

Die handhaaf van 'n aparte verhoudingsvermoënsreg is geregverdig, omdat dit aansluit by die herhaalde duursame affektiewe verhouding tussen twee mense en voorsien in 'n maatskaplike behoefte aan 'n sekere ordening op hierdie gebied.

Die invoering van die siviele vennootskap as wetlike stelsel vir getroudes maar ook vir saamblyers, kan beskou word as 'n paradigmaverskuiwing, en lei in die eerste plek tot 'n radikale breuk met die tot op hede deur die wetgewer gehandhaafde voorkeursposisie van die aan die huwelik gekoppelde huweliksvermoënsreg. Die burgerlike huwelik word in hierdie wetsvoorstel nie afgewys nie, maar die klassieke huweliksvermoënsreg wel.

Die siviele vennootskap is 'n basisstelsel wat aan saamblyvennote tot op bepaalde hoogte wedersydse versorging en beskerming bied, maar wat andersyds veral die klem lê op die eie verantwoordelikheid en maak van eie

keuses deur die saamblyers. Indien die uitwerkings van die regsbeginsel solidariteit wat in die wetsvoorstel opgeneem is deur die lewensmaats onder oë gesien word – wat outomaties gebeur deur die bespreking van die norme wat in die stelsel opgeneem is vanuit die perspektief van skeiding – kan hulle amper alles wat hulle wil, afspreek, omdat daar daadwerklik sprake is van *informed consent*.

Die siviele vennootskap gee daarmee in die mees optimale vorm uitdrukking aan die party-outonomie van die lewensmaats.

L'autonomie de la volonté dans le droit patrimonial relationnel

Résumé

L'autonomie de la volonté dans le droit des régimes matrimoniaux doit être conçue comme la liberté de parvenir à la *Selbstbestimmung* de chacun des époux par la coopération avec l'autre. Il s'agit d'une liberté des époux encadrée par des critères de raison et d'équité, mettant l'accent sur la responsabilité particulière de chacun d'entre eux vis-à-vis de l'autre lorsqu'il a recours à cette liberté. Cette responsabilité particulière découle du lien personnel très étroit créé par le mariage.

Cette définition implique que dans le cadre du principe de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle s'oppose continuellement à la solidarité, provoquant une tension quasi-permanente entre ces deux extrémités. Le point d'équilibre entre ces deux pôles opposés doit être déterminé au cas par cas.

Il se trouve que les principes de liberté contractuelle et de solidarité en tant que tels n'ont pas directement inspiré le législateur néerlandais lors de la mise au point des règles constituant le droit commun des régimes matrimoniaux et prévues aux Titres 6 et 7, Livre 1er du Code civil néerlandais. En tout état de cause, ces deux principes de droit n'ont pas été structurellement pesés, résultant dans un régime matrimonial dans lequel le législateur a opéré des choix clairs basés sur un tel fondement.

En outre, mon étude démontre que les deux principes de droit susvisés n'ont pas non plus engendré un débat dans la littérature sur le droit des régimes matrimoniaux. Très peu d'auteurs ont prêté attention à la liberté contractuelle des époux et encore seulement en termes généraux.

Si le droit commun des régimes matrimoniaux est toutefois considéré à la lumière des deux principes de droit mentionnés ci-dessus, on peut poser d'une part que cette réflexion est largement influencée par la solidarité. D'autre part, les époux sont en principe libres d'exercer pleinement leur droit d'autodétermination en écartant, complétant, modifiant ou – dans certains cas – interprétant les règles prévues aux Titres 6 et 7, Livre 1er du Code civil néerlandais, afin de les adapter pour une bonne part au rapport conjugal souhaité par eux-mêmes.

Certes, le droit contractuel des régimes matrimoniaux – formulé au Titre 8, Livre 1er du Code civil néerlandais – est fortement teinté du principe de liberté contractuelle, mais on peut se demander si cela puisse inciter les (futurs) époux à s'épanouir et à prendre leur sort en mains.

En outre, il est douteux que le régime contractuel favorise l'autonomie de la volonté comme principe général du droit, les notions de solidarité faisant largement défaut.

En effet, le contrat de mariage passé avant ou durant le mariage a pour conséquence que le rapport juridique patrimonial imposé par la législation en vertu du Titre 7, Livre 1er du Code civil néerlandais – dont on peut supposer qu'il incarne la solidarité entre époux – ne se formera pas ou sera rompu. Cela est un effet direct du principe de liberté contractuelle, celui de la solidarité entre époux ne jouant aucun rôle à cet égard au Titre 8, Livre 1er du Code civil néerlandais, sauf en matière de clauses de participation aux acquêts. En principe, les règles légales ne stimulent donc pas les (futurs) époux à trouver le juste équilibre entre ces deux principes dans le domaine du droit contractuel des régimes matrimoniaux, afin d'optimiser la chance de parvenir à la *Selbstbestimmung* pour chacun d'entre eux. Cela entraîne la mission pour le notaire requis par le législateur de faire en sorte que le contrat de mariage conclu entre les (futurs) époux soit réalisé sur la base du principe d'*informed consent*. Le notaire doit faciliter aux époux la mise en place de l'*Ehetyp* qui leur convient, processus dans lequel la tension entre liberté contractuelle et solidarité se fait constamment sentir. Les époux doivent également être parfaitement informés des conséquences juridiques de leurs dispositions contractuelles à long terme. On peut douter cependant que l'intervention notariale ait cet effet. C'est la raison pour laquelle on peut soutenir que le *family mediator* est mieux placé pour assurer une protection adéquate lors de la formation du contrat de mariage. Celui-ci joue déjà souvent un rôle important – protecteur – lors de la rédaction de la convention de divorce.

Dans cet ordre d'idées, on constate que les époux n'ont pas seulement besoin d'une protection pour le contrat de mariage, mais aussi pour la convention de divorce.

Il ne s'est pas avéré que la distinction entre le contrat de mariage et la convention de divorce, là où il s'agit de régler un divorce avant ou durant le mariage, pourrait se défendre de quelque manière que ce soit par des arguments basés sur le principe de solidarité. La conception existante dans la littérature selon laquelle, avant le mariage, le contrat de mariage ne pourrait stipuler des dispositions valables concernant la pension alimentaire au profit du conjoint en cas de divorce, ne saurait être défendue correctement de cette manière.

En général, on peut même constater que les restrictions prévues aux Titres 8 et 9, Livre 1er du Code civil néerlandais relatives à la liberté contractuelle des (futurs) époux, ne sont pas motivées par des notions de solidarité, alors que c'est justement ce principe de droit qui devrait en constituer la seule justification.

En Allemagne, le *Wirksamkeitskontrolle* en vertu de l'article 138 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) et l'*Ausübungskontrolle* en application de l'article 242 du BGB ont acquis une nouvelle portée suite aux jugements rendus par la *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – fondés sur la protection constitutionnelle du mariage en Allemagne – et à la jurisprudence en découlant de la *Bundesgerichtshof* (BGH), là où il s'agit du contrôle judiciaire du contrat de mariage.

La BGH a également fait une nette distinction entre ces deux types de contrôles judiciaires.

Le *Wirksamkeitskontrolle* amène le juge statuant sur le fond à répondre à la question de savoir si les dispositions stipulées dans le contrat de mariage qui ne peuvent être respectées en tout ou en partie puisqu'elles sont contraires aux bonnes mœurs, sont nulles et non avenues et doivent être remplacées par des dispositions légales. Ce contrôle judiciaire se fait *ex tunc*, ce qui signifie que la future évolution conjugale n'est pas prise en considération.

Lors de l'*Ausübungskontrolle*, la perspective se déplace vers le divorce et les critères de raison et d'équité sont appliqués, bien que ce soit dans les cadres posés par la BGH. Ce contrôle judiciaire peut tout de même tenir compte des événements survenus en cours de mariage. Dans ces deux cas de figure, le principe du *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* joue un rôle.

D'une part, l'interprétation retenue par la BGH de la mission lui ayant été attribuée par la BVerfG et du système de contrôle en découlant mène à une certaine restriction de la liberté contractuelle des époux, d'autre part cela confirme la primauté de leur autonomie de la volonté.

Suivant ce raisonnement, la BGH ne choisit pas d'annuler par définition certaines types de conventions ou de faire prévaloir systématiquement une certaine situation (par exemple une grossesse prénuptiale), mais opte pour un double contrôle nuancé sur lequel les futurs époux peuvent anticiper dans leur contrat de mariage. Cela peut se faire, en premier lieu, en insérant dans le contrat de mariage un considérant détaillé et méticuleusement établi concernant la situation concrète des futurs époux au moment de la conclusion du contrat.

En deuxième lieu, le notaire instrumentaire peut accompagner les futurs époux lors d'un *antizipierte Ausübungskontrolle*, faisant référence à l'anticipation dans le contrat de mariage sur des *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*.

Les deux grandes lignes d'orientation que la jurisprudence récente de la Cour de Cassation néerlandaise fait apparaître concernant l'interprétation du contrat de mariage ne sont pas satisfaisantes, jugées selon les critères de la liberté contractuelle et de la solidarité. Cela tient principalement au fait que la jurisprudence néerlandaise ne connaît pas d'instrument d'appréciation tenant compte de la force des deux principes de droit et pouvant être appliqué de manière systématique et prévisible.

A cet égard, le point de vue développé dans la jurisprudence allemande s'avère être parfaitement adaptable au contexte néerlandais et y correspond déjà en partie. Concrètement, cela impliquerait tout d'abord un contrôle judiciaire *ex tunc* du contrat de mariage pouvant aboutir, dans certaines conditions, à son annulation pour cause de non-conformité aux bonnes mœurs suivant l'interprétation actualisée. L'article 121, paragraphe 1, Livre 1er du Code civil néerlandais, qui existe déjà, pourrait servir de fondement à cet effet. Ensuite, il sera procédé à un contrôle judiciaire *ex nunc*, axé sur les

critères de raison et d'équité prévus à l'article 248, paragraphe 2, Livre 6 du Code civil néerlandais.

Au cours de ces deux contrôles, il s'agit de rechercher les intentions des époux quant à leur contrat de mariage. Si, au moment de la conclusion du contrat, leurs intentions n'étaient pas clairement définies ou ne peuvent être découvertes d'une autre manière, le juge est tenu de se baser sur le comportement réel des époux pour interpréter le contrat de mariage, car leur intentions manifestes peuvent en être déduites.

Lors du premier contrôle, le juge compare le comportement réel que les époux se sont proposés au moment de la conclusion du contrat de mariage avec son contenu. Le deuxième contrôle porte sur la question de savoir si le comportement réel des époux en cours de mariage peut éventuellement faire obstacle à l'exécution d'une ou plusieurs dispositions prévues au contrat de mariage.

Il n'empêche que les contractants eux-mêmes sont toujours les plus qualifiés pour interpréter leurs dispositions contractuelles, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'époux passant un contrat de mariage, qui est qualifié comme un contrat à exécution successive. En effet, les dispositions prévues dans ce contrat sont intimement liées à la dimension relationnelle du rapport juridique très particulier qu'est le mariage.

Pour cette raison, la procédure juridique est souvent une démarche inadaptée si elle vise à interpréter le contrat de mariage. Dans ce cas, la médiation est une meilleure option, s'agissant d'une méthode permettant d'assurer que les aspects juridiques du contrat de mariage à discuter en cas de divorce sont encadrés dans la relation conjugale effectivement vécue par les époux.

Les droits et obligations résultant pour les parents de leur autorité conjointe à l'égard de leurs enfants se trouvent dans un cadre légal à caractère impératif.

Il s'agit néanmoins de normes à élaborer d'un commun accord par les parents. Par conséquent, d'un point de vue pratique, les parents bénéficient d'une liberté contractuelle beaucoup plus importante que l'on ne pourrait penser au prime abord. Il va sans dire que pour les époux en qualité de parents (contractants) le principe de solidarité joue un très grand rôle, quoique d'une autre manière que pour les thèmes patrimoniaux traités aux chapitres 4 et 5. En effet, la solidarité entre époux ayant la qualité de parents est fortement imprégnée de l'intérêt de leurs enfants. Cet intérêt exige tout d'abord que les parents soient solidaires l'un avec l'autre, conscients que le fait d'être parents implique une complicité née d'un sort commun pour le restant de leur jours. Les normes légales prévues à l'article 247, Livre 1er du Code civil néerlandais accordent encore une plus grande importance à cette solidarité.

L'intérêt pour les parents du principe chapeautant de l'autonomie de la volonté est ainsi démontré lorsqu'il s'agit de la mise en pratique de leur qualité de parents.

Malgré le fait que le contrat de mariage ait généralement un caractère essentiellement patrimonial, il n'existe ni d'obstacles formels, ni d'arguments solides avancés dans la littérature empêchant les (futurs) époux de stipuler des dispositions de nature différente. Un plan parental peut également faire partie du contrat de mariage, ce qui devrait être favorisé à mon sens.

La norme de l'égalité des parents, traitée en détail, oriente également la manière dont les parents réalisent et partagent leurs tâches d'entretien et d'éducation en cours de mariage : cette norme est renfermée dans les trois premiers paragraphes de l'article 247, Livre 1er du Code civil néerlandais, tel que le quatrième paragraphe dudit article le confirme.

Bien que dans bon nombre de cas elle ne soit qu'une ébauche, la méthode concernée formule les grands axes de la répartition des tâches entre les (futurs) parents sur le plan de l'entretien et de l'éducation de leurs enfants en relation avec les carrières des deux époux, ainsi que les considérations sous-jacentes. Cela permet aux parents de prendre conscience du caractère plus ou moins prescriptif des tâches résultant des conventions parentales stipulées par eux, ainsi que des questions en découlant auxquelles ils doivent répondre.

Le partenariat civil, exposé au chapitre 9 et mis à l'épreuve dans une proposition de loi à ces fins, n'est pas une réglementation légale du droit des régimes matrimoniaux au sens traditionnel, telle que la communauté de biens, mais une logique normative inspirant les partenaires à profiter pleinement de l'autonomie de la volonté dont ils disposent. Ainsi, le partenariat civil devient un régime contemporain régissant les intérêts pécuniaires et les rapports relationnels des partenaires, régime où la liberté contractuelle et la solidarité ont trouvé un équilibre dynamique.

Le maintien d'un régime patrimonial propre aux partenaires est justifié, puisqu'il correspond à la relation affective durable entre deux personnes – cas de figure très fréquent – et répond au besoin sociétal d'une certaine réglementation dans ce domaine.

L'introduction du partenariat civil comme régime légal organisant juridiquement et patrimonialement la vie des époux mais aussi des personnes vivant ensemble sans être mariées, peut être considérée comme un déplacement du paradigme et aboutit tout d'abord à une rupture radicale avec le mariage, statut jusqu'à présent privilégié par le législateur, et avec le droit matrimonial y afférent. Ladite proposition de loi n'écarte pas le mariage civil mais, en revanche, le droit matrimonial classique.

Le partenariat civil est un régime de base assurant jusqu'à un certain degré un entretien et une protection mutuels aux partenaires, tout en insistant sur leur propre responsabilité et le fait qu'ils doivent faire leurs propres choix. Si les partenaires font face aux élaborations du principe de solidarité prévues dans la proposition de loi – ce qui se fait automatiquement en discutant des normes dans le cas d'un éventuel divorce – ils peuvent donc stipuler prati-

quement toutes les dispositions qu'ils souhaitent, s'agissant effectivement d'*informed consent*.

Ainsi, le partenariat civil exprime l'autonomie de la volonté des partenaires sous la forme la plus optimale.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

P. Abas, 'Leeft de conversie nog?', *WPNR*, 2003/6529, p. 337-338.

J.C.E. Ackermans-Wijn en G.W. Brands-Bottema, 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld', *Trema* 2009/2, p. 45-53. (Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (A)).

J.C.E. Ackermans-Wijn en G.W. Brands-Bottema, 'EHBO: Eerste Hulp bij Ouderschapsplannen!', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2009/11/12, p. 181-185. (Ackermans-Wijn en Brands-Bottema, 2009 (B)).

E.A. Alkema, 'Contractvrijheid als grondrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-46.

M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad, 'Het verplichte ouderschapsplan bij beëindiging van formele en informele relaties in rechtsvergelijkend perspectief', *FJR* 2007/126, p. 309-314.

Asser/Rutten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Derde Deel – Verbintenissenrecht, Tweede stuk, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

Asser/De Boer, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Eerste Deel – Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Derde Deel, IV Goederenrecht – Gemeenschap, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zesde Deel, III– Verbintenissenrecht, Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2010.

J.M. Barendrecht en M.A. Gramatikov, 'Aanvaardbaarheid van rechtspleging', *NJB* 2010/17, p. 1102-1110.

S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen*, 's-Gravenhage: BJU 2004 (diss.).

N. de Beneditty, 'Evolutie van "autonome" naar "heteronome" overeenkomst?', *WPNR* 1934/3379 en 3380, p. 421-422, resp. 433-435.

L. Bergschneider, 'Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen', *FamRZ* 2004, 1757 *ff*.

L. Bergschneider, *Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen*, München: C.H. Beck 2008.

Th.L.J. Bod, 'Pensioenverevening: de stand van zaken', *WFR* 1995/6156, p. 889-903.

K.R.S.D. Boele-Woelki e.a. (red.), *Huwelijksvermogensrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, Ars Notariatus dl. 103, Deventer: Kluwer 2000.

K.R.S.D. Boele-Woelki e.a. (ed.), *European Family Law in Action, Volume II: Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen: Intersentia 2003.

K.R.S.D. Boele-Woelki e.a. (ed.), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen: Intersentia 2004.

K.R.S.D. Boele-Woelki e.a. (red.), *Huwelijk of geregistreerd partnerschap*, Ars Notariatus dl. 134, Deventer: Kluwer 2007. (Boele-Woelki, 2007 (A)).

K.R.S.D. Boele-Woelki e.a. (ed.), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen: Intersentia 2007. (Boele Woelki, 2007 (B)).

K.R.S.D. Boele-Woelki e.a. (ed.), *European Family Law in Action, Volume IV: Principles od European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Antwerpen: Intersentia 2009.

Th.M. de Boer, 'Vergelijkenderwijs: de inspiratie van buitenlands recht', *WPNR*, 1992/6033, p. 39-48.

A.H.H. Bollen-Vandenboorn, *De fiscale aspecten van pensioendeling bij scheiding*, Den Haag: SDU Fiscale & Financiële Uitgevers 2004 (diss.).

G. Brambring, 'Die Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen' in: S. Hofer, D. Schwab en D. Henrich (red.), *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld: Gieseking 2005, p. 17-34.
G. Brambring, 'Teil- oder Gesamtnichtigkeit beim Ehevertrag', *NJW* 2007/13, p. 856-870.
B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij scheiding. De omvang, ontbinding en verdeling door de rechter*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008 (diss.).
C.G. Breedveld-De Voogd, 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerengoedtransacties' in: *De goede notaris; over notariële deontologie*, preadvies voor het wetenschappelijk congres van de KNB, Den Haag: SDU 2010, p. 68-126.
A.F.M. Brenninkmeijer 'Mediation', in A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: SDU 2009, p. 1-24.
B.J. Broekema-Engelen, 'Vaststellingsovereenkomst en dwingend recht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 169-181.
A.R. de Bruijn, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Arnhem: S. Gouda Quint/D. Brouwer & zoon 1958.
Prof. mr. A.R. de Bruijn/A.L.M. Soons, W.M. Kleijn, W.G. Huijgen en B.E. Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999.
M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Een jaar ouderschapsplan', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2010/5, p. 87-90.
Gr. van der Burght, E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, 'De ingreep in de wettelijke gemeenschap; een mission impossible', *WPNR* 03/6545, p. 649-657.
Gr. van der Burght, 'Enige kanttekeningen bij de stand van het huwelijksvermogensrecht', *NTBR* 2005/3, p. 92-106.
Gr. van der Burght, 'Relativiteit in het huwelijksvermogensrecht', *ftV* 2008/8, p. 22-31.
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer: Kluwer 1992 (diss.).
L.M. Coenraad, 'Ouderschapsplan en ontvankelijkheid', *FJR* 2010/2, p. 41-46. (Coenraad, 2010 (A)).
L.M. Coenraad, ' 'Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig', in: M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad (red.), *Het nieuwe scheidingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 81-94. (Coenraad, 2010, (B)).
D. Coester-Waltjen, *Familienrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2006.
G.J.B. Dietvorst, 'Tot de dood ons (pensioen) scheidt', *WPNR*, 2007/6704, p. 264-270.
J.E. Doek, aantekening 1 op Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, losbladige editie Personen- en familierecht onder redactie van S.F.M Wortmann, Deventer: Kluwer 2010.
G.J. Dommerholt, 'Vermogensrechtelijke aanspraken ondanks koude uitsluiting in geval van een gezamenlijke geldlening', *WPNR* 2005/6629, p. 571-578.
Th. Dorn, 'Alimentatierechtelijke positie van (ex-)partners in Nederland', in: C. Forder en A. Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia: Groningen 2005, p. 275-284.
J.I. Driessen-Kleijn, 'Uitleg huwelijkse voorwaarden, tijdstip van verdeling en verzwijging van gemeenschapsgoederen', *JBN* 2011/7, p. 13-15.
H. Drion, 'De verbindingsfunctie van de term 'huwelijksvoorwaarden' in het B.W.', *WPNR* 1965/4851, p. 133-136.
J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, Ars Notariatus XLVI, Deventer: Kluwer 1990 (diss.).
J. van Duijvendijk-Brand, 'Uitleg van huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 2007/6709, p. 388-397.
J.M. van Dunné, 'Het beginsel van de goede trouw en de afwikkeling van de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 1987/5849, p. 607-610.
L.J.H. Gijbels, 'Huwelijksvoorwaarden: het kan (moet) beter', *JBN* 2001/10, p. 3-4.
H. Gommer, 'Afspraak is afspraak, of toch niet?', *WPNR* 2010/6851, p. 585-590.
J.H. de Graaf, 'Tussen autonomie en solidariteit in het familierecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 27-38.
M. Groenleer, 'Handleiding bij verhuizing met kinderen na scheiding', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2008/5, p. 79-83.

F.W. Grosheide, '*Survival of the fittest* en bescherming van de zwakkere partij', *WPNR*, 2009/6793, p. 281-284.
T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999.
T. Hartlief, 'Contractvrijheid: een inleiding', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p.1-20. (Hartlief, 1999 (A)).
T. Hartlief, *De vrijheid beschermd, enkele opmerkingen over* contractvrijheid *en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999. (Hartlief, 1999 (B)).
M. Hausleiter en B. Schiebel, 'Vom Umgang mit Eheverträgen', *NJW-Spezial* 2004/Heft 1, p. 7-8.
K. Haverkort, 'Zestig jaar Duitse grondwet. Einigkeit und Recht und Freiheit', *NJB* 2009/20, p. 1277-1281.
M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
T.R. Hidma, ''Nihil-beding' art. 158 boek 1 BW; ook vóór het huwelijk overeen te komen'', *WPNR* 1979/5470, p. 170-172. (Hidma, 1979 (A)).
T.R. Hidma, 'Wel degelijk een onaantastbaar 'nihilbeding' vóór het huwelijk overeen te komen: een repliek....', *WPNR* 1979/5492, p. 556-557. (Hidma (1979 (B)).
T.R. Hidma, *Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk*, Arnhem: Gouda Quint 1986, (diss.).
T.R. Hidma, 'Notariële aktiviteiten in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 1993/6096, p. 473-476.
T.R. Hidma en J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict*, preadvies KNB, Lelystad: Vermande 1994.
T.R. Hidma, 'Reactie naar aanleiding van het artikel van mr. C.A. Kraan "De gemeenschap van één onroerende zaak"', WPNR (1995) 6167 en 6168', *WPNR* 1995/6179, p. 295-297.
G.P. Hoefnagels, 'Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay', in: S.C.J.J. Kortmann (red.) *Ying Yang* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 71-76.
G.P. Hoefnagels, *Handboek Scheidingsbemiddeling*, Deventer: Kluwer 2007.
F.M.H. Hoens en F.W.J.M. Schols, 'Op het snijvlak van het failissementsrecht en het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 2011/6871, p. 59-60.
S. Hofer, 'Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungenzwischen Ehegatten' in: S. Hofer, D. Schwab en D. Henrich (red.) *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld: Gieseking 2005, p. 1-16.
E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.
I.S.J. Houben, *Contractdwang*, Deventer: Kluwer 2005 (diss.).
I.S.J. Houben, 'Het dubbele gelaat van de contractvrijheid', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 323-336.
W.G. Huijgen, 'Een doorkruisingsleer in het (huwelijks)vermogensrecht?', *WPNR* 1998/6324 en 6325, p. 527-529 en 545-546.
W.G. Huijgen en J. van Duijvendijk-Brand, 'Art. 1:84 lid 3 BW: Huwelijkse voorwaarden of schriftelijke overeenkomst?', *WPNR* 2002/6479, p. 197-198.
W.G. Huijgen en C.G. Breedveld-De Voogd, 'Naar een beperkte gemeenschap? Niet doen!', *WPNR* 2004/6562, p. 43-50.
W.G. Huijgen, 'Enige vragen rond de afschaffing van het schenkingsverbod tussen echtgenoten', *WPNR* 2006/6677, p. 595-601.
W.G. Huijgen, 'Relaties en (huwelijks)vermogensrecht', in: A.H.N. Stollenwerck e.a. (red.), *In dienst van het grenzen verleggen, Liber amicorum prof. mr. Gr. Van der Burght*, Deventer: Kluwer 2009, p. 73-85. (Huijgen, 2009 (A)).
W.G. Huijgen, 'Ieder het zijne in het relatie-vermogensrecht', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 199-210. (Huijgen, 2009 (B)).
W.G. Huijgen, 'Opnieuw: huwelijkse voorwaarden en faillissement', *JBN* 2010/4, p. 5-7.

N.J.H. Huls, 'Sterke argumenten om de zwakke contractspartij te beschermen ', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 395-404.
C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 133-149.
I. Jansen, aantekening 3D op Titel 14 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, losbladige editie Personen- en familierecht onder redactie van S.F.M Wortmann, Deventer: Kluwer 2010.
K.J.O. Jansen, 'De gulden middenweg', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 337-351.
G.T. De Jong, 'Nogmaals: 'Nihilbeding' ook vóór het huwelijk?', *WPNR* 1979/5492, p. 552-555.
M. Jonker, 'Kinderalimentatieafspraken: een sanctie achteraf, of een stimulatie vooraf', *FJR* 2008/59, p. 121-125.
J.P.W. Kalis, 'De handelingsonbekwamheid van de gehuwde man', *WPNR* 1957/4471 en 4477, p. 528-529 en p. 52 (beide bijdragen met een onderschrift van J.C. van Oven).
P.W. Kamphuijsen, 'Contractsvrijheid' in: H.J. Pabbruwe (red.), *Verzameld werk van prof. Mr. P. W. Kamphuisen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 118-141.
W.M. Kleijn, 'Toenemende vrijheid der echtgenoten bij toepassing van huwelijksvoorwaarden?', *JBN* 2004 (56), p. 3-4.
C.L.B. Kocken, *De Hand van de notaris. Een rechtssociologisch onderzoek naar de onpartijdigheid en invloed van de Nederlandse notaris,* Deventer: Kluwer 1997 (diss.).
W.D. Kolkman, 'Deontologische dilemma's in het erfrecht', in: *De goede notaris; over notariële deontologie*, preadvies voor het wetenschappelijk congres van de KNB, Den Haag: SDU 2010, p. 127-195.
C.A. Kraan, 'De gemeenschap van één onroerende zaak', *WPNR* 1995/6167 en 6168, p. 98-100, respectievelijk 116-118.
C.A. Kraan, Naschrift bij T.R. Hidma: 'Reactie naar aanleiding van het artikel van mr. C.A. Kraan "De gemeenschap van één onroerende zaak", WPNR (1995) 6167 en 6168', *WPNR* 1995/6179, p. 297-298.
C.A. Kraan, 'Huwelijkse voorwaarden, afwijkende overeenkomst tussen echtgenoten en de eisen van redelijkheid en billijkheid', *ftV* 2005/2, p. 20-25.
C.A. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.
C.A. Kraan, 'Huwelijkse voorwaarden en vaststellingsovereenkomst', *ftV*, oktober 2009, p. 5-9.
G. Langenfeld, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, München: Verlag C.H. Beck, 2005.
G. Langenfeld, 'Wandlungen des Ehevertrags', *NJW* 2011/14, p. 966-970.
J. Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in C. Forder en A. Verbeke, *Gehuwd of niet, maakt het iets uit?*, Antwerpen: Intersentia, 2005, p. 11-43.
H. Lenters, 'Scheiding in de Nota Gezinsbeleid 2008', in: M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad (red.), *Het nieuwe scheidingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 95-104.
S.D. Lindenbergh, 'Bescherming van de 'zwakkere': regel en uitzondering', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 405-411.
J.H.A. Lokin, 'Levensgemeenschap en goederengemeenschap', *RM Themis* 2001/7 p. 193-194.
M. A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Monografieën BW A19, Deventer: Kluwer 2009.
A.G. Lubbers, 'Behoeft een staande huwelijk gemaakt echtscheidingsconvenant rechterlijke goedkeuring en de authentieke vorm?', *NJB* 1979/20, p. 399-401.
E.A.A. Luijten, 'Het grensgebied tussen huwelijksvoorwaarden en echtscheidingsconvenant', in: Gr. Van der Burght (red.), *Met recht verenigd. Notariële en privaatrechtelijke opstellen* (Dijkbundel), Arnhem: Gouda Quint, 1986, p. 83-96. (Luijten, 1986 (A)).
E.A.A. Luijten, 'De ongelijke verdeling volgens art. 1:100 BW', in: P.H.M. Gerver e.a. (red.), *Heden verschenen voor mij* (Soons-bundel), Arnhem, Gouda Quint, 1986, p. 253-264. (Luijten, 1986 (B)).

E.A.A. Luijten, *Klaassen-Eggens. Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 1994.
E.A.A. Luijten, 'Bieden huwelijkse voorwaarden nog wel zekerheid?', *JBN* 2004 (68), p. 3-6.
E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Klaassen-Eggens. Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
E.A.A. Luijten, 'Schulden van echtgenoten en afstand gemeenschap', in: F. Schonewille (red.), *Relatievermogensrecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 41-52.
E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, 'Echtscheiding buiten de rechter om?', *NJB* 2008/12, p. 691-695.
E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, 'Niet iedere notaris is een echtscheidingsnotaris', *Advocatenblad*, 6 maart 2009, p. 96-99.
C. Mak, 'Personality rights in the Dutch and German law of obligations', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p.169-183.
Th. Mayer-Maly Vertragsfreiheit in HRG V (1998), Sp. 855.
W.R. Meijer, *De afwikkeling van huwelijkse voorwaarden*, Den Haag: SDU Uitgevers 2008.
W.R. Meijer, 'Reactie op ''Huwelijkse voorwaarden? Verknochtheid? Zorgplicht'' van prof. mr. M.J.A. van Mourik, WPNR (2009) 6783', *WPNR* 2009/6794, p. 309-312.
T.J. Mellema-Kranenburg, 'De houdbaarheidsdatum van huwelijkse voorwaarden', *REP* 2010/5, p. 175-177.
A. Minkenhof, *De wet herziening echtscheidingsrecht*, Groningen: Tjeenk Willink 1971.
W.L.P.A. Molengraaff, Oude en nieuwe woekerwetten, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 14 1895, p. 365-395.
M.J.A. van Mourik, 'De omvang van de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen', *WPNR* 2003/6545, p. 637-644.
M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Kluwer: Deventer 2006.
M.J.A. van Mourik, *Recht, Rechtvaardigheid en Ethiek*, Afscheidscollege, Kluwer 2008.
M.J.A. van Mourik, 'Wetgevingsellende', *WPNR* 2009/6782, p. 45 en 46. (Van Mourik, 2009 (A)).
M.J.A. van Mourik, 'De 'onmogelijke' overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, in: A.H.N. Stollenwerck e.a. (red.), *In dienst van het grenzen verleggen* (Liber Amicorum prof. Mr. Gr. Van der Burght), Deventer: Kluwer 2009, p. 129-135. (Van Mourik, 2009 (B)).
M.J.A. van Mourik, *Huwelijksvermogensrecht*, Monografieën privaatrecht dl. 12, Kluwer: Deventer 2009. (Van Mourik, 2009 (C)).
M.J.A. van Mourik, 'De vaststellingsovereenkomst in de notariële praktijk', *WPNR* 2009/6810, p. 707-708. (Van Mourik, 2009 (D)).
M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst; aantasting en afdwingbaarheid naar Nederlands en Amerikaans recht*, Den Haag: SDU 2007 (diss.).
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1991 (diss.).
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1979.
J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.
J.H. Nieuwenhuis, 'Tekst en tijd', *WPNR* 2007/6709, p. 379-388.
J.H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009/35, p. 2254-2263.
A.J.M. Nuytinck, *Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht*, Ars Notariatus XXXVI, Deventer: Kluwer 1987 (diss.).
A.J.M. Nuytinck, *Van huwelijksvermogensrecht naar samenlevingsvermogensrecht?*, Ars Notariatus LXX, Deventer: Kluwer 1996.
A.J.M. Nuytinck, 'Verdeling ontbonden huwelijksgemeenschap anders dan bij helfte?', *Ars Aequi* 53/1 (2003), p. 36-39.
A.J.M. Nuytinck, 'Renovatie van de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)', *Maandblad voor vermogensrecht* 2005/12, p. 214-219. (Nuytinck, 2005 (A)).

A.J.M. Nuytinck, 'Huwelijkse voorwaarden en daarvan afwijkend, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten', *Ars Aequi* 54/6 (2005), p. 472-477. (Nuytinck, 2005 (B)).
A.J.M. Nuytinck, 'Vernietiging van huwelijkse voorwaarden, houdende 'koude uitsluiting', op grond van dwaling (Zeeuwse huwelijkse voorwaarden)', *Ars Aequi* 55/1 (2006), p. 46-51.
A.J.M. Nuytinck, 'Het nieuwe (echt)scheidingsrecht en het fusiegezin', *WPNR* 2007/6694, p. 49-50.
A.J.M. Nuytinck, 'De in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding vergeten voogden en het voogdijplan', *WPNR* 2008/6756, p. 397-398. (Nuytinck, 2008 (A)).
A.J.M. Nuytinck, 'Hoe nu verder met het onthoofde wetsvoorstel 28 867 (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)', *WPNR* 2008/6773, p. 813-816. (Nuytinck, 2008 (B)).
A.J.M. Nuytinck, 'Daar is hij dan: de echtscheidingsnotaris!', *WPNR* 2008/6775, p. 863-865. (Nuytinck, 2008 (C).
A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtswetenschappelijk onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
I.J. Pieters, 'De bijzonder curator: Quo vadis?', *FJR* 2008/78, p. 180-186.
Pitlo/Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.
A.J.H. Pleysier, 'De rol van de notaris bij de totstandkoming van overeenkomsten', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 451-459.
I. Rakete-Dombek, 'Das Ehevertragsurteil des BGH – Oder: Nach dem Urteil ist vor dem Urteil', *NJW* 2004, 1273 *ff*.
T. Rauscher, *Familienrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2008.
T.F.H. Reijnen, 'Huwelijksvoorwaarden, echtscheiding en de notaris, of: 'alles wat geen natuurwet is, is dogma', *WPNR* 2010/6867, p. 923-929.
B.E. Reinhartz, *Derdenbescherming in het huwelijksvermogensrecht*, Ars Notariatus LXXXI, Deventer: Kluwer 1997 (diss.).
B.E. Reinhartz, 'Toekomst voor de wettelijke gemeenschap van goederen?', *WPNR*, 2001/6459, p. 823-827.
B.E. Reinhartz, 'Contractsvrijheid versus echtgenotenbescherming', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 213-227.
B.E. Reinhartz, 'Gemeenschap van woonhuis omvat ook de schuld ter financiering van de verkrijging ervan', *JBN* 2011/8, p. 13-14.
A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid, beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1994 (diss.).
B.M.E.M. Schols & F.A.M. Schoenmaker, 'Natuurlijke verbintenis, fiscale verbintenis? Natuurlijk!', *FBN* 2006/3, p. 3-7.
F.W.J.M. Schols, 'Er was eens… een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren', *WPNR* 2010/6860, p. 754-759.
F. Schonewille, 'Pech für Gretchen, oder nicht? Contractsvrijheid tussen (ex-) echtgenoten in Duitsland', *FJR* 2005/10, p. 249-257.
F. Schonewille, 'Rechtspolitieke rede aan de open groeve (?) van wetsvoorstel 28 867', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2006/1, p.19-24. (Schonewille, 2006 (A)).
F. Schonewille, 'Wikiwetgeving ?', in: *What's in a family* (Liber Amicorum Mr. J.W. Wladimiroff-Nater), 's-Gravenhage: SDU 2006, p. 27-34. (Schonewille, 2006 (B)).
F. Schonewille, 'De voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst revisited. Of: het belang van het opnemen van een considerans in huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 2007/6699, p. 161-168. (Schonewille, 2007 (A)).
F. Schonewille, 'Kunnen huwelijkse voorwaarden en samenlevingscontract een ouderschapsplan bevatten?', *WPNR* 2007/6717, p. 604-607. (Schonewille, 2007 (B)).
F. Schonewille, 'Mediation krijgt een wettelijke basis', *Forum voor conflictmanagement* 2008/1, p. 32-34. (Schonewille, 2008 (A)).
F. Schonewille, 'Het ouderschapsplan en het partneralimentatieplan als communicerende vaten in Family Mediation', in: G. Frerks e.a. (red.), *Mediation is volwassen!*, Apeldoorn-Antwerpen, Maklu 2008, p. 43-51. (Schonewille, 2008 (B)).

F. Schonewille, 'Methode en civielrechtelijke aspecten van Divorce Estate Planning', *Kwartaalbericht Estate Planning* 2008/3, p. 4-12. (Schonewille, 2008 (C)).
F. Schonewille, 'De Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is een feit: exit klassieke omgangsregeling! Can we change? Yes, we can!', *WPNR* 2009/6800, p. 430-442. (Schonewille, 2009 (A)).
F. Schonewille, 'Pleidooi voor een weloverwogen positie voor de echtscheidingsnotaris en – op de valreep – voor een administatieve echtscheiding', *WPNR* 2009/6806, p. 595-606. (Schonewille, 2009 (B)).
F. Schonewille, 'Reactie op 'Huwelijkse voorwaarden? Verknochtheid? Zorgplicht van prof. M.J.A. van Mourik, WPNR (2009) 6783 en op de reactie van mw. prof. mr. W.R. Meijer en het naschrift van prof. mr. M.J.A. van Mourik, WPNR (2009) 6794', *WPNR* 2009/6810, p. 720. (Schonewille, 2009 (C)).
F. Schonewille, 'Gelukkig Getrouwd! Mediation voorafgaand aan het huwelijk', in: G. Frerks e.a. (red.), *Preventieve mediation*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2010, p. 89-102.
H.C.F. Schoordijk, *Het nieuwste huwelijksvermogensrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1970.
H.C.F. Schoordijk, 'Het rechtsverkeer staande huwelijk tussen echtgenoten bij goederenrechtelijke scheiding', *WPNR* 2001/6451, p. 615-617.
H.C.F. Schoordijk, 'Het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (RvdW [2001] 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst', *WPNR* 2002/6479, p. 199-207.
H.C.F. Schoordijk, 'Het huwelijk als partnerschip', *WPNR* 2003/6525, p. 272-278.
H.C.F. Schoordijk, *Een principieel en leerrijk arrest. Huwelijkse voorwaarden en daaraan contrair gedrag (HR 18 juni 2004)*, WPNR 2005/6611, p. 158-166.
H.C.F. Schoordijk, 'Het rechtsbeginsel ''gij zult een ander niet op het foute been zetten'' en zijn reikwijdte, *WPNR* 2007/6693, p. 30-46.
W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Ars Notariatus dl. 122, Deventer: Kluwer 2004 (diss.).
W.M. Schrama, 'Een vierde trede in het familierecht? Een blik op de toekomst van het Nederlandse familierecht', in *Actuele ontwikkelingen in het Familierecht*, UCERF-reeks nr. 3, Nijmegen: Ars Aequi 2009, p. 69-91.
W.M. Schrama en M.J. Vonk, 'On the move: staat voortgezet gelijkwaardig ouderschap aan verhuizing in de weg?', *FJR*, 2009/9, p. 223-228.
D. Schwab, 'Vereinbarungen über Elternschaft und elterliche Verantwortung' in: S. Hofer, D. Schwab en D. Henrich (red.) *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld: Gieseking 2005, p. 35-56.
D. Schwab, *Familienrecht*, München: Verlag C.H. Beck, 2009.
C.H. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2004 (diss.).
J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003, Deventer: Kluwer 2003.
H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 155-167.
W. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of een instrument?', *WPNR* 2007/6693, p. 6-12.
W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 2008/6774, p. 843-849.
A.L.G.A. Stille, aantekening 4 op Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, losbladige editie Personen- en familierecht onder redactie van S.F.M Wortmann, Deventer: Kluwer 2010.
A.H.N. Stollenwerck, 'Van uitsluiting naar beperkte gemeenschap, geen schenking!', *ftV* 2005/3, p. 4-10. (Stollenwerck, 2005 (A)).
A.H.N. Stollenwerck, beantwoording rechtsvraag in Fiscaal Tijdschrift Vermogen, *ftV* 2005/6, p. 28. (Stollenwerck, 2005 (B)).
T.H. Tanja-Van den Broek, 'Uitleg van overeenkomsten in het familierecht', *WPNR* 2005/6642, p. 862-868.
J.B. Vegter, 'Verknochtheid van schulden in echtscheidingssituaties', *WPNR* 1993/6110, p. 750-756.

J.B. Vegter, 'Over het eenheidsbeginsel in het huwelijksvermogensrecht en over flexibilisering van de uitsluitingsclausule', *WPNR* 2010/6826, p. 30-34.
A.L.P.G. Verbeke, 'Krachtlijnen voor een wettelijk huwelijksvermogensstelsel', in K.R.S.D. Boele Woelki (red.), *Algehele gemeenschap van goederen: afschaffen!?,* Ars Notariatus CVII, Deventer, Kluwer 2001, p. 33-62. (Verbeke, 2001 (A)).
A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 2001/6464, p. 945-952. (Verbeke, 2001 (B)).
A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de algehele gemeenschap!', *WPNR* 2001/6466, p. 984-987. (Verbeke, 2001 (C)).
A.L.P.G. Verbeke, 'Huwelijksvermogensrecht voor een nieuwe eeuw', *NJB* 2001/76, p. 1987-1993.
A.L.P.G. Verbeke, 'Ongelijkheid in huwelijks- en samenlevingscontracten', *Tijdschrift Conflicthantering* 2009/8, p. 21-30.
L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, Ars Notariatus LXXII, Deventer: Kluwer 1996 (diss.).
L.C.A. Verstappen en S.F.M. Wortmann, *Parlementaire Geschiedenis moderniseringswetgeving huwelijksvermogensrecht eerste en tweede tranche*, Deventer: Kluwer 2003.
L.C.A. Verstappen, 'Algemene beschouwingen derde trance wijzigingen huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 2003/6545, p. 629-636.
L.C.A. Verstappen, 'Na wetsvoorstel 28 867 nog een Vierde tranche?', *WPNR* 2010/6825, p. 3-8.
R.T.G. Verstraaten, 'De fiscale vaststellingsovereenkomst', *WPNR* 1993/6114, p. 870-873.
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.) *Beginselen van het contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Isphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.
H.P. Westermann e.a., *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, Köln: OVS 2008.
S.F.M. Wortmann, 'Nieuwe regels wettelijke gemeenschap van goederen', *EB Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2003/6, p. 87-90.
S.F.M. Wortmann en J. van Duijvendijk-Brand, *Compendium personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2009.
S.F.M. Wortmann, aantekening 2 op Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, losbladige editie Personen- en familierecht onder redactie van S.F.M Wortmann, Deventer: Kluwer 2010.
S.F.M. Wortmann, aantekening 4 op Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, losbladige editie Personen- en familierecht onder redactie van S.F.M Wortmann, Deventer: Kluwer 2010.
S.F.M. Wortmann, aantekening 2 op Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, losbladige editie Personen- en familierecht onder redactie van S.F.M Wortmann, Deventer: Kluwer 2010.
S.F.M. Wortmann, 'Het ouderschapsplan, niet zo verplichtend als gedacht', in: M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad (red.), *Het nieuwe scheidingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 43-49.
R. Zuck, 'Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeistes', *NJW* 2009/21, p. 1449-1454.

Lijst van aangehaalde Nederlandse jurisprudentie

HR 21 januari 1944, *NJ* 1944/45, 120 (*Van de Water-Van Hemme*) 5.2.2; 5.2.4; 7.3
HR 30 november 1945, *NJ* 1946, 62 7.4.3.2
HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (*Baris/Riezenkamp*) 3.7
HR 28 januari 1959, *NJ* 1959, 171 5.4.3
HR 12 oktober 1973, *NJ* 1974, 271 5.4.4
HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS (*Van der Beek/Van Dartel*) 3.7
HR 19 april 1974, *NJ* 1975, 237 m.nt. EAAL 5.3.2.5
HR 15 november 1974, NJ 1976, 122 m.nt. EAAL 5.3.2.5; 5.4.4.2
HR 28 november 1975, *NJ* 1976, 466 4.3.2.4
HR 28 september 1977, NJ 1978, 432 m.nt. EAAL 4.3.2.1
HR 26 januari 1979, *NJ* 1980, 19 m.nt. EAAL (*Stamproy-Lelystad*) 5.3.3.2
HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363 m.nt. EAAL 5.4.4
HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193 m.nt. EAAL 4.4.2.1; 5.2.3; 5.7.4
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Haviltex*) 7.4.3.3
HR 22 juli 1981, *NJ* 1982, 12 m.nt. EAAL 5.3.2.5
HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503 m.nt. EAAL en WHH (*Boon-Van Loon*) 5.3.2.6
HR 24 november 1982, *V-N* 1983 4.4.2.2
HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 m.nt. WMK (*Wever/Aruba Bank*) 7.4.3.3
HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 544 5.3.3.1
HR 15 februari 1985, *NJ* 1985, 885 m.nt. EAAL 7.4.3.2
HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699 3.3.3.7
HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353 (*Reparatiehuwelijk)* 7.4.3.2
HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 m.nt. EAAL (*Helmondse kledingbokser*) 7.4.3.2
HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 678, m.nt. EAAL (*Bloemendaalse horeca*) 4.3.2.1; 7.4.3.2
HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 610, m.nt. EAAL (*Hilversumse horeca)* 7.4.3.2; 7.6.2
HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (*Groningse Huwelijksvoorwaarden)* 5.2.2; 5.7.1
HR 19 september 1990, *BNB* 1990/328 m.nt. JPS 4.4.2.2
HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593 m.nt. EAAL (*De vermoorde bruid*) 5.3.2.2
HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 561 (*Ter Kuile/Kofman*) 7.4.3.2
HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 496 (*Vossen/Swinkels*) 7.4.3.2
HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570 4.4.2.2
HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616 (*Le Miralda*) 7.4.3.2
HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88 (*Melkquotum*) 7.4.3.2; 7.6.2
HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352 5.4.4; 5.4.4.1
HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, m.nt. WMK (*Rensing/Polak I)* 3.3; 7.4.3.2; 7.6.2
HR 21 februari 1997, *NJ* 1998, 205, m.nt. WMK (*Witlofkwekers)* 5.6
HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581 (*Burhoven/Jaspers*) 7.4.3.2
HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 697 7.4.3.2
HR 8 oktober 2000, *NJ* 2004, 58 m.nt. WMK (*Zwijgzame bruid)* 3.7; 5.3.2.2; 5.7.4
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 (*Breezand/Veere*) 5.4.4.4
HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 (*Stichting Eelder woningbouw/Van Kammen*) 7.4.3.3
HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93 m.nt. WMK (*Lindner-Mannaerts*) 7.4.3.2; 7.4.4; 7.5; 7.6.2
HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 534 (*Zweedse vrouw*) 4.3.2.5; 5.2.2; 5.3.2.2; 5.4.4.4; 5.7.1; 7.4.3.1; 7.4.3.3
HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*) 5.5; 7.4.3.1; 7.4.3.2; 7.4.3.3; 7.4.4; 7.6.2

HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 341 m.nt. WMK	5.3.3.2; 7.4.3.2
HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1 (*Natuurlijke verbintenis*)	7.4.3.1; 7.4.3.2
HR 5 maart 2004, *NJ* 2005, 494	5.5
HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (*Contrair gedrag)*	5.2.3; 5.3.2.7; 7.4.3.1; 7.4.3.2; 7.4.4; 7.5; 7.6.1; 7.6.2
HR 15 februari 2005, *NJ* 2005, 218	8.15
HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*)	5.7.1; 7.6.2
HR 27 januari 2006, *LJN* AU4790	4.4.2.2
HR 22 september 2006, *NJ* 2006, 521 *(Uitleg samenlevingsovereenkomst*)	7.4.3.3
HR 10 november 2006, *LJN* AY8773	8.11; 8.12
HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008, 51, m.nt. SFMW	8.15
HR 31 maart 2008, *LJN* BC2837	4.3.2.4
HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 414, m.nt. SFMW	8.5; 8.14
HR 21 mei 2010, *LJN* BL2134	4.3.2.3
HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, *RFR* 2010, 109	7.4.4
HR 15 oktober 2010, *LJN* BN6373	7.6.2
HR 25 februari 2011, *LJN* BO7277	7.6.2
Hof Amsterdam 13 oktober 2005, *LJN* AY8773	8.12
Hof Amsterdam 6 juli 2006, *LJN* AY 3929	8.12
Hof Arnhem 29 augustus 2006, *RFR* 2006, 114	8.14
Hof Den Haag 23 september 2008, *RFR* 2009/18	4.4.2.1
Hof Amsterdam 11 oktober 2009, *LJN* BK7595	4.4.2.1
Hof Arnhem 3 november 2009, *LJN* BK7534	8.12
Hof Arnhem 31 augustus 2010, *LJN* NB9598	7.6.2
Hof Leeuwarden 14 september 2010, *RFR* 2010, 141	7.6.2
Hof Arnhem 28 juni 2011, *LJN* BR2618	7.6.2
Rb. Zwolle-Lelystad 20 juli 2005, *RFR* 2006, 46	5.4.4.3
Rb. Utrecht 18 augustus 2006, *RFR* 2006, 13	8.12; 8.14
Rb. Den Haag 21 augustus 2006, *LJN* AY8308	5.4.4.3
Rb. Haarlem 14 november 2006, *LJN* AZ5284	8.5
Rb. Haarlem 28 december 2006, *RFR* 2007, 51	8.14
Rb. Utrecht 11 juli 2007, *LJN* BA9662	5.3.2.3
Rb. Roermond 7 mei 2008, *RFR* 2008, 101	8.14
Rb. Haarlem 10 december 2008, *LJN* BH3142	4.4.2.1
Rb. Leeuwarden 14 januari 2009, *RFR* 2009, 50	7.6.2
Rb. Leeuwarden 5 februari 2009, *LJN* BH2027	8.15
Rb. 's-Gravenhage 30 juni 2009, *LJN* BK1147	4.4.2.1
Rb. Rotterdam 17 juli 2009, *LJN* BK1422	8.7
Rb. Rotterdam 19 augustus 2009, *RFR* 2010, 13	7.6.2
Rb. Amsterdam 25 november 2009, *LJN* BL5240	5.6
Rb. Breda 25 november 2009, *NJ* 2010, 220	5.3.2.3
Rb. Utrecht 23 december 2009, *LJN* BK8081	4.4.2.1
Rb. Almelo 27 januari 2010, *LJN* BL4397	7.6.2
Rb. Leeuwarden 17 maart 2010, *LJN* BL9768	5.6
Rb. Breda 9 februari 2011, *LJN* BP3867	7.6.2
Rb. Utrecht 5 april 2011, *LJN* BQ0234	5.2.4
Rb. Den Haag, 28 april 2011, *LJN* BQ6115	5.3.2.2

Lijst van in hoofdstuk 6 aangehaalde Duitse jurispudentie

BVerfG 6 februari 2001, 1 BvR 12/92
BVerfG 29 maart 2001, 1 BvR 1766/92

BGH 11 februari 2004, XII ZR 265/02
BGH 25 mei 2005, XII ZR 296/01
BGH 6 oktober 2004, XII ZB 57/03
BGH 6 oktober 2004, XII ZB 110/99

BGH 12 januari 2005, XII ZR 238/03
BGH 25 mei 2005, XII ZR 296/01
BGH 25 mei 2005, XII ZR 221/02
BGH 17 mei 2006, XII ZB 250/03
BGH 5 juli 2006, XII ZR 25/04
BGH 25 oktober 2006, XII ZR 144/04
BGH 22 november 2006, XII ZR 119/04
BGH 28 februari 2007, XII ZR 165/04
BGH 28 maart 2007, XII ZR 130/04
BGH 17 oktober 2007, XII ZR 96/05
BGH 28 november 2007, XII ZR 132/05

OLG Celle 25 februari 2004, *FamRZ* 2004, p. 1202
OLG Celle, 24 juni 2004, *FamRZ* 2004, p. 1489
OLG Karlsruhe, 15 juli 2004, *DNotI-Report* 2004, p. 146
OLG Oldenburg, 28 augustus 2003, *FamRZ* 2004, p. 545
OLG Koblenz, 29 oktober 2003, *FamRZ* 2004, p. 205
OLG München, 28 mei 2004, *MDR* 4/2005

Lijst van aangehaalde Kamerstukken

Wet van 14 juni 1956, *Stb.* 343	4.3.2.4
TK 1968/69, 10 213, nr. 3	5.4.4; 5.4.4.1
TK 1970/71, 10 213, nr. 6	5.4.4.1
TK 1999/00, 27 084, A	4.3.2.3
TK 1999/00, 27 084, B	4.3.2.3
TK 1999/00, 27 084, nr. 5	4.3.2.3
Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001	4.3.2.6
Wet van 14 maart 2002 tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (Wet regels verrekenbedingen), *Stb.* 2002, 152	4.4.2.1
TK 2002/03, 28 600 VI, nrs. 114, 115, 57 en 112	8.4
TK 2002/03, 28 600 VI, nr. 123	4.4.1
TK 2003/04, 29 676, nr. 3	8.5
TK 2003/04, 28 867, nr. 3	5.6; 9.3.1
EK 2004/05, 29 676, nr. A.	9.2.2
EK 2005/06, 29 676, nrs. A-G.	8.4
EK 2005/06, 29 676, nr. E.	8.5
TK 2005/06, 28 867, nr. 9	5.2.3; 9.4.1.2
EK 2005/06, 29 676, nrs. A-G.	H1
TK 2006/07, 30 145, nr. 26	8.5
EK 2007/08, 30 145, nr. C.	8.5; 8.15
TK 2007/08, 28 867, nr. 18	9.2.1
Wet van 27 november 2008 (30 145), *Stb.* 2008, 500; in werking getreden op 1 maart 2009, *Stb.* 2009, 56	H1; 4.3.2.1; 8.1
EK 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205	H1; 5.2.2; 5.2.3; 5.2.4; 5.6; 7.4.3.2; 9.1; 9.2.1
TK 2008/09, 31 575, nr. 9	5.7.1
TK 2008/09, 31 714, nr. 3	9.2.2
EK 2009/10, 28 867, nr. G.	9.2.1
EK 2010/11, 28 867, nr. H.	9.2.1; 9.3.2
EK 2010/11, 31 714, nr. A.	9.1
EK 2010/11, 32 555, nr. A.	9.4.1.2

Trefwoordenregister

A
aanbevelingen 343
Actio Pauliana 78
administratieve echtscheiding 2, 311, 323
advocaat 152, 153, 154, 156, 158, 211, 284, 286, 303, 310, 312, 313, 314, 317, 318, 322, 342, 343, 360
advocaten 308
advocatenakte 154
affectieve relatie 301, 310, 315, 316, 319, 320, 341, 344, 363
algemene vermogensrecht 75, 101
alimentatie 129, 131, 132, 134
alimentatieafspraak 133
alimentatieclausule 143
alimentatiegerechtigde 111
alimentatieovereenkomst 128, 133, 134, 135
alimentatieplicht 111, 129
alimentatierecht 128
Altersunterhalt 189
Altersversorgung 192
altruïsme 31
ambtenaar van de burgerlijke stand 55, 310, 323
arbeidsinspanningen 250, 251
Ausgleich 168
Ausgleichsanspruch 166
Ausübungskontrolle 174, 177, 180, 181, 188, 190, 192, 195, 197, 198, 199, 243, 246, 335, 336, 361
authentieke akte 303, 317
autonomie 185, 273

B
bedoelingen 204, 213, 219, 222, 223, 225, 226, 230, 232, 235, 237, 242, 245, 253, 255, 303, 309, 315, 337, 341, 362
behoefte 110, 307, 324
behoeftigheid 109
belang van het kind 258, 259, 260, 261, 262, 265, 266, 273, 274, 277, 279, 281
belang van hun kinderen 287
Belehrung 199
beoordelingsinstrument 202, 246, 254, 336, 362
beperkte huwelijksgemeenschap 114, 115, 125, 159, 291, 292, 334
Berufsbiographie 195
bescherming 149, 151, 152, 156, 157, 209, 220, 223, 232, 234, 309, 314, 360
bescherming van derden 77
bestuur 49, 105
bestuursbevoegdheid 49
bestuursoverdracht 75, 76
Betreuungsunterhalt 177, 194
Beurkundung 170, 171
Bevormundung 182
bewijskracht 154
bewijsovereenkomst 40, 68, 72
bewijsvermoeden 107
bewind 270
bijstandsuitkering 130
bijstandsverhaal 109
bijzonder curator 281
bijzondere gemeenschap 102, 106
bijzonder nabestaandenpensioen 113
billijkheid 201
billijkheidscorrectie 241
Blitzschlag 178
boedelbeschrijving 103
boedelmenging 58
bronnen 8
Bruchteilgemeinschaft 166
Bundesgerichtshof 161, 218
Bundesverfassungsgericht 161
burgerlijke staat 316
burgerlijk huwelijk 297, 298, 299, 303, 310, 329
burgerrechtelijke huwelijk 57

C
camping 249
civiel partnerschap 290, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 315, 316, 316, 318, 320, 321, 322, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 340, 341, 342, 344, 363
Commission on European Family Law 142, 266, 284
communicatie 155
conclusies 331
considerans 49, 198, 224, 237, 242, 277, 303, 317, 335
considerans huwelijkse voorwaarden 143

contractdwang 102, 275, 285
contractgerechtigheid 206
contractsvrijheid 233
contractuele huwelijksvermogensrecht 333, 334
contractvrijheid 2, 4, 5, 9, 11, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 29, 32, 35, 36, 38, 50, 54, 74, 75, 79, 86, 98, 100, 105, 106, 113, 114, 119, 120, 127, 130, 133, 138, 140, 144, 145, 146, 147, 148, 156, 158, 159, 160, 161, 163, 175, 177, 198, 201, 202, 204, 206, 208, 209, 214, 222, 225, 227, 228, 240, 241, 244, 245, 246, 253, 254, 257, 270, 275, 279, 287, 289, 291, 292, 294, 300, 302, 309, 312, 315, 318, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 339, 340, 341, 342, 359, 360, 361, 362, 391
contractvrijheid in brede zin 21, 32, 206
contractvrijheid in enge zin 21, 32
contractvrijheid, solidariteit, huwelijkse voorwaarden 81
conversie 112, 240, 308, 326
co-ouderschap 262, 278
crediteuren 78, 98, 99, 231

D
deelgenoten 105
definitie 93
denkraam 296, 301
derdenbeding 146
derdenbescherming 97, 99, 146
deurwaarder 279, 280
DigiD-code 327
digitaal register van civiel partnerschap 308
discursieve grootheid 23
distributieve rechtvaardigheid 229
divorce estate planning 81, 123, 125
doelstelling 10
dominee 310
Doppelverdienerehe 185
Dozy-clausule 146, 147
draagkracht 110, 307, 324
draagplicht 67, 69
Duitse grondwet 28
Duitsland 161
duurcontract 241, 255, 337
duurovereenkomst 95
dwangmiddel 281
dwangmiddelen 280
dwangsom 280
dwingende wetsbepalingen 85
dwingend recht 37, 71
dwingend relatie-aanwinsten participatierecht 302

E
echtscheiding 63, 81, 101, 102, 107, 114, 119, 120, 125, 129, 133, 153, 155, 201, 202, 211, 214, 216, 220, 232, 234, 236, 238, 241, 243, 253, 258, 275, 331
echtscheiding in concreto 123
echtscheidingsadvocaat 153
echtscheidingsbeschikking 102, 129
echtscheidingsconvenant 63, 71, 81, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 145, 150, 151, 153, 159, 268, 279, 293, 333, 334, 339, 342
echtscheidingsconvenant in enge zin 118, 145
echtscheidingsconvenant in ruime zin 118
echtscheidingsnotaris 292, 339
echtscheidingsprocesrecht 311
echtscheidingsrecht 2, 101, 124
echtscheidingsverzoekschrift 267, 313
eenheidsbeginsel 1, 95, 97, 98
eenhoofdig gezag 280
eenvoudige gemeenschap 311, 319
eenzijdig verzoekschrift tot echtscheiding 261
ehebedingte Nachteile 194
Eheschließungsfreiheit 172, 178
Ehetyp 99, 130, 142, 145, 155, 159, 186, 187, 193, 238, 239, 242, 246, 325, 333, 342, 344
Ehetype 336
Ehetypen 186
Eheverständnis 181
Ehevertrag 161, 163, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 182, 186, 335
Eheverträgen 161, 169, 187
Ehevertragsfreiheit 172
Ehevertragsgestaltung 186
Einverdienerehe 185
Elementarunterhalt 194
emancipatieargument 264
erfstellingen 290
executoriale titel 280
externe betekenis 222
externe betekenis van de huwelijkse voorwaarden 235
externe betekenis van huwelijkse voorwaarden 233
externe en interne betekenis van huwelijkse voorwaarden 231
externe werking van huwelijkse voorwaarden 230

F
faillissement 148, 232, 234
faillissementsrisico 232
Fallgruppenbildung 186
familierechtelijke overeenkomst 302, 316

family mediator 153, 155, 156, 158, 159, 286, 313, 314, 342, 360
feitelijk gedrag 216, 226, 238, 255, 337, 362
feitelijk overeenstemmend gedrag 237, 243, 245, 253
finaal verrekenbeding 107, 125
finale verrekenbeding 98
fiscaal partnerschap 301, 316
flipperkast-jurisprudentie 227
flitsscheiding 297
fraternalistische zorgplicht 223
Fremdbestimmung 179
Fremdkörper 130

G
gedeeld ouderschap 278
gedrag 227, 237
gedragingen 213, 214
geestelijke 310, 323
gelijkwaardige opvoeding en verzorging 262
gelijkwaardigheid 271
gelijkwaardig ouderschap 257, 263, 265, 276, 283, 288, 305, 320, 338, 363
gemeenschap 304
gemeenschapsgoed 75
gemeenschapsschuld 70
gemeenschapsstelsel 295
gemeenschap van vruchten en inkomsten 82
gemeenschap van winst en verlies 82
gemene huwelijksvermogensrecht 35, 81, 333, 359
Generalklauseln 173
geregistreerd partnerschap 56, 297, 298, 312, 344
Gesamtgut 166
Gesamtnichtigkeit 177
Gesamtschau 176, 196
Gesamtwürdigung 190, 191, 192
Geschäftsfähigkeit 182
geschillenregeling 328
gewijzigde omstandigheden 245
gezag 259, 260, 265, 269, 276, 279, 281, 282, 322
gezamenlijk 262
gezamenlijke gezag 259
gezamenlijke huishouding 303, 304, 318, 319
gezamenlijk gezag 265, 266, 271, 272, 279, 285, 287, 337
gezinsbescherming 46
gidsland 299
Gleichberechtigung 182
goederenregime 95
goede zeden 83, 85, 240, 241, 243, 255, 336, 361, 362
goedkeuring 85
groeimodel 277
groepsstabiliteit 229
grondrechten 28
Grundgesetz 163
Gütergemeinschaft 166, 169, 170
Güterrechtsregister 169
Gütertrennung 166, 171, 172, 175, 187, 190

H
Halbteilungsgrundsatz 180
handelingsbekwaamheid 44
handelingsonbevoegd 221
Hausfrauenehe 185
Haviltex-criteria 222
Haviltexcriteria 145, 226, 230, 235
Haviltexformule 220
Haviltex-met-een-twist 224
Haviltex-normen 201
Haviltexregels 219, 233
heroverwegingsintentie 236
homohuwelijk 298
hoofdelijke aansprakelijkheid 42, 146, 148
hoofdverblijfplaats 281, 284
huishoudkosten 219
humanistische plechtigheid 301
humanistisch raadsman 310
huurovereenkomst 307
huwelijk 101
huwelijk en echtscheiding 1
huwelijkgemeenschap 156
huwelijksband 241
huwelijksbegrip 164
huwelijkscontract 88, 94
huwelijkse voorwaarden 2, 5, 42, 56, 67, 70, 73, 76, 82, 83, 84, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 107, 108, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 125, 136, 142, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 159, 160, 161, 198, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 222, 223, 224, 227, 228, 230, 232, 233, 234, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 247, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 258, 269, 275, 286, 291, 311, 313, 329, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 360, 361, 362, 363
huwelijksgemeenschap 55, 58, 72, 73, 83, 91, 95, 101, 102, 106, 111, 112, 113, 115, 117, 120, 123, 146, 147, 290, 291, 292, 295
huwelijksgoederenrecht 342
huwelijksgoederenregime 97, 113
huwelijksgoederenregister 233, 327
huwelijksgoederenstelsel 112
huwelijksovereenkomst 275
huwelijksrelatie 155, 255, 291, 310, 337, 339, 362
huwelijkstype 88, 129, 155, 186, 187

huwelijksverbintenis 239
huwelijksverhouding 79, 88, 238, 240, 242, 246, 253, 333
huwelijksvermogensrecht 2, 101, 331
huwelijksvorm 155
huwelijkvermogensrecht 124

I
imam 310
imprévisionregeling 134
inboedelgoederen 304
inclusieve overeenkomst 93
indexering 110
informed 339
informed consent 149, 159, 205, 293, 302, 309, 317, 329, 342, 343, 360, 364
ingrijpende wijziging van omstandigheden 135
Inhaltskontrolle 171
inkomensverrekenbeding 147, 217
instelling 52
Instellingsvisie 53
instituut 295, 298, 316
interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden 243, 244, 253
interne betekenis van huwelijkse voorwaarden 233, 235
interne huwelijkse voorwaarden 221
interne rechtsverhouding van de echtgenoten 232
interne werking van huwelijkse voorwaarden 230
investering 305

K
kantonrechter 313, 316
kantonrechter civiel partnerschap 302, 309
Kautelarjurisprudenz 186
kerkelijke huwelijk 298
Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts 180, 190, 196, 246
Kernbereichslehre 194
Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts 198, 335, 361
Kernbereichslehre des Scheidungsfolgensrechts 170, 171
kinderalimentatie 110, 172, 247, 323
Kindeswohl 173
klassieke omgangsregeling 262, 263, 264
klem of verloren'-criterium 260
koopovereenkomst 76
kosten van de huishouding 41
kosten van verzorging en opvoeding 307
kostwinner 325
kostwinnershuwelijk 155, 325
koude uitsluiting 86, 126, 215, 220, 227, 234, 240, 241, 244, 245, 246, 252, 253, 311

L
ladder van het Nederlandse echtscheidingsrecht 247
ladder van het Nederlandse scheidingsrecht 247
Lastenverteilung 188, 196
Latijns notariaat 162
Lebensplanung 188, 199
Lebenssituation 188
Lebensumstände 188
Lebensverhältnisse 196
Legio Lease 47
Leitsatzentscheidungen 192
levensbeschouwing 321
levensbestemming 203
levensgemeenschap 296
levensonderhoud 40, 109, 110, 126, 129, 130, 131, 139, 167, 217, 274, 279, 306, 307, 308, 318, 319, 324, 325, 326
Lex Van Oven 44
lijfsdwang 280
lotsverbondenheid 27, 54, 257, 288, 338, 363

M
maatschappelijke ontwikkelingen 289
maatschappelijke opvattingen 301, 312, 339, 340
maatschappelijke verhoudingen 297
maatstaven van redelijkheid en billijkheid 21, 105, 109, 110, 136, 198, 217, 228, 250, 252, 361
marktwerking 152
mededelingsplicht 29, 206
mediation 154, 155, 255, 269, 280, 283, 309, 313, 324, 328, 337, 362
mediationmethode 153
mediator 153, 154, 155, 211, 268, 269, 284, 287, 303, 309, 310, 312, 317, 318, 322, 324, 343
mediators 308

N
nabestaandenpensioen 111
nalatenschap 156
natuurlijke verbintenis 104, 214, 215, 216, 217, 225, 226, 320
niet-wijzigingsbeding 133, 134, 135, 140, 141, 143, 144
nieuwswaarde 7
nihilbeding 131, 132, 133, 138, 141
Normaltyp 321
norm van gelijkwaardig ouderschap 262
notarieel accountmanagement 314

notarieel samenlevingscontract 298
notariële 171
notariële akte 84, 150, 154, 157, 169, 219, 222, 280, 284
notariële overeenkomst 291
notariële tussenkomst 149, 150, 157, 158, 220, 225, 233, 234, 235
notaris 148, 149, 150, 151, 156, 157, 159, 199, 205, 206, 207, 211, 223, 232, 234, 237, 286, 292, 310, 312, 313, 314, 317, 318, 322, 339, 343, 360
notarissen 308

O
Oberlandesgerichte 183
obligatoire overeenkomst 94
obligatoire rechtsverhoudingen 221
obligatoire verhouding 231
omgang 265, 284
onderhandse akte 317
onderhandse overeenkomst 42, 89, 117, 121, 153, 291
onderhandse vorm 154
onderhoudsbijdrage 274
onderhoudsplicht 131
onderhoudsverplichting 130
onderzoeksopzet en verantwoording 5
ontbindende voorwaarde 97
ontbonden huwelijksgemeenschap 103, 104, 106, 114, 118, 120
ontvankelijkheidsvereiste 266
onveranderlijkheidsbeginsel 1, 150
onvoorziene omstandigheden 135, 140, 199, 244
opbouw 11
opdracht 49
openbare orde 83, 85
open normen 301
opschortende tijdsbepaling 95
opschortende voorwaarde 97
opvoedplicht 264
orakel 141
ouderdomspensioen 112
ouderdomspensioenrechten 113
ouderlijk gezag 271, 273, 306, 322
ouderlijk vruchtgenot 270
ouderschap 272, 306
ouderschapsafspraken 338
ouderschapsplan 40, 102, 151, 247, 257, 258, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 288, 292, 293, 306, 318, 322, 338, 363
overeenkomst 291
overeenstemmend feitelijk gedrag 244

P
pacta sunt servanda 18, 133
paradigma 7
paradigmaverschuiving 310
paraplugesprek 269
parental responsibilities 266
partijautonomie 4, 5, 6, 9, 11, 15, 22, 23, 25, 27, 36, 81, 85, 104, 114, 140, 158, 159, 161, 198, 202, 203, 204, 206, 207, 208, 231, 235, 288, 289, 291, 292, 293, 294, 309, 312, 316, 328, 331, 332, 334, 335, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 359, 360, 361, 363, 364, 396
partneralimentatie 40, 101, 108, 109, 110, 111, 123, 127, 138, 139, 141, 142, 144, 178, 247, 274, 300, 334
partneralimentatieovereenkomst 120
partneralimentatieplan 151, 278
partnerpensioen 113
partners 301
passende vergoeding 305, 306
pastoor 310
patchwork 295
pensioen 326
pensioenrechten 102, 111, 113, 125, 248, 326
pensioenverevening 111
pensioenverweer 111
periodiek verrekenbeding 107, 219
posthuwelijkse solidariteit 128
präambel 184
premaritale echtscheidingsregelingen 124
premaritale huwelijkse voorwaarden 123
premarital mediation 126, 155, 157
Privatautonomie 163, 171, 173
privévermogen 290
probleemstelling 9

R
rabbi 310
reallocatie 221, 302
rechtsfamilies 162
rechtsgevoel 230
rechtspersoonlijkheid 55
rechtsverhouding 227, 255, 336
rechtszekerheid 5, 198, 225, 227, 229, 235, 238, 245, 246, 253, 344
rechtvaardigheid 5, 198, 225, 227, 228, 235, 237, 238, 244, 245, 246, 253, 344
rechtvaardigheidsgevoel 295
redelijkheid 201
redelijkheid en billijkheid 19, 140, 156, 203, 204, 207, 211, 212, 213, 215, 217, 219, 225, 226, 227, 235, 243, 244, 246, 252, 253, 255, 332, 334, 335, 337, 359, 362
redelijkheid en billijkheid levensonderhoud 303

reflexwerking 258
register van civiel partnerschap 303, 318
relatievermogensrecht 10, 289, 302, 310, 311, 312, 315, 325, 327, 329, 331, 340, 343, 344, 363
relatievermogensrechtelijke overeenkomst 302
relatievormen 301
risk spreading
rol- en taakverdeling 325
rolverdeling 287

S
Salvatorische 178
samengesteld gezin 318
samenlevers 280, 299, 329, 364
samenlevingsovereenkomst 300
samenlevingsvermogensrecht 302
samenwoners 258, 280, 292, 298, 299, 300, 301, 311
samenwoning 263, 264
samenwoonrelatie 295
samenwoonverplichting 129, 294
scheidingsmediation 241
scheidingsrecht 312
schenking 156, 294
schenkingen 290
schenkingsovereenkomst 60
schriftelijke overeenkomst 41, 90, 91, 119, 150, 275, 291
schuldeiser 78, 146
schuldeisers 219, 231, 232, 234
Schuldprinzip 181
schuldsaneringsregeling 234
Schwangerschaft 173, 193
Selbstbestimmung 19, 36, 159, 179, 203, 207, 332, 334, 341, 359, 360
semidwingend recht 37
sense and simplicity 343
Sittenwidrigkeit 174, 177, 181
societé de fait 221
Solidarität 190
solidariteit 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 15, 21, 25, 26, 27, 30, 32, 35, 36, 39, 50, 54, 64, 79, 81, 86, 98, 100, 105, 113, 114, 120, 121, 128, 130, 139, 142, 144, 146, 148, 158, 159, 160, 161, 181, 189, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 214, 222, 225, 227, 228, 240, 241, 244, 245, 253, 254, 257, 264, 273, 287, 289, 291, 292, 294, 300, 302, 309, 312, 315, 324, 329, 331, 332, 333, 334, 336, 338, 340, 342, 344, 359, 361, 363
Sondergut 166
standaardstatuut 296
standaarduitleg 224
status 181
status-contract 233
statuscontract 94
statuut 222, 233, 295, 298, 301, 340
sterke arm 281
strijd met de goede zeden 239
substance above form 221
substantive fairness 27
subvragen 10, 331
summa ius summa iniuria 182

T
taakverdeling 288, 338
tabel kinderkosten 307
Teilnichtigkeit 177
tijdsbepaling 303
toestemming 44
toetsingskader 36, 74
Totalverzicht 181
tremanormen 131, 324
Treu und Glauben 197
Typenzwang 169

U
uitleg 201, 202, 210, 211, 212, 213, 214, 217, 220, 222, 224, 226, 227, 228, 230, 233, 234, 235, 238, 240, 242, 253, 254, 263, 264, 265, 282, 309, 328, 336, 362
uitleg van huwelijkse voorwaarden 245
uitsluitingsclausule 58, 59, 61, 62, 107, 156, 291, 314
Unterhalt 167, 175, 177, 181, 189, 190, 247
Unterhaltsrechts 178
Unterhaltsvereinbarungen 178
Unterhaltsverzicht 195
Unwirksamkeit 174, 175, 177

V
vaststellingsovereenkomst 62, 63, 66, 67, 68, 71, 72
verbodsbepalingen 76
Verbot der kirchlichen Voraustrauung 299
verbruiksgoed 305
verdeling 103, 106
verdeling van de zorg- en opvoedingstaken 265
verdiencapaciteit 40, 137, 177, 229, 242, 244, 264, 307, 324
verdrag inzake de rechten van het kind 258
verevening 112, 326
Verfassungsrecht 173
vergoedingsrecht 61, 215, 219, 225, 250, 305, 320
vergoedingsrechten 221, 324
verknochtheid 64, 67, 70
verrekenbeding 82, 90, 91, 98, 99, 107, 108, 114, 232, 314, 324
verrekenbedingen 90

verrekenvordering 147
Versorgungsanrechte 191
Versorgungsausgleich 168, 169, 170, 171, 172, 175, 177, 181, 182, 187, 189, 190, 191, 192
Vertragsfreiheit 163, 170
Vertragsgerechtigkeit 27
Vertragsgestaltung 186
Vertragsgestaltungsaufgabe 178
vertrouwensbeginsel 25, 206
vervalbeding 243
verzoekschrift tot echtscheiding 102, 261
verzorgende ouder 284
volkshuwelijksvermogensrecht 296
volmacht 45
voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst 127, 132, 134, 136, 138, 140, 142
voorhuwelijks echtscheidingsconvenant 119
voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden 108, 139, 141
voorhuwelijkse zwangerschap 335, 361
voorhuwelijks vermogen 290, 291
voorovereenkomst 149
voorwaarde 303
voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden 95, 96, 97, 98
Vorbehaltsgut 167
Vorbehaltsgüter 170
vormvereiste 37, 84, 118, 120, 219, 303, 313
vormvoorschrift 111, 117, 119, 150, 157, 158, 209, 233
vragenlijsten 224

W
Wahlgüterstande 169
Wahlgüterstände 166
wetgevingsellende 289
wetgevingstraject 53
wettelijk deelgenootschap 314
wettelijke gemeenschap van goederen 54, 290, 291, 295, 297, 329, 332
wettelijke huwelijkse voorwaarden 55
wettelijke kaderregeling 301
wettelijke maatstaven 109, 111, 130, 131, 134, 135, 136, 140
wettelijke vervaltermijn 120
wettelijk huwelijkstype 51
wijziging van omstandigheden 141, 152
wilsovereenstemming 55
Wirksamkeit 187
Wirksamkeitskontrolle 174, 177, 180, 187, 190, 198, 199, 238, 335, 336, 361

Z
zelfbeschikkingsrecht 333
zelfontplooiing 19, 159, 203, 334
zorg- en opvoedingstaken 261, 264, 280, 288, 306, 338, 363
zorg- en opvoedingtaken 276
zorgplicht 24, 36, 39, 130, 139, 142, 149, 205, 206, 215, 238, 280, 284, 292, 303, 310, 311, 312, 315, 317, 318, 319, 326, 341
Zugewinn 181
Zugewinnausgleich 170, 175, 177, 189, 196, 247, 248
Zugewinn Ausgleich 166
Zugewinngemeinschaft 165, 169
zwakkere partij 20, 204
zwakkere partner 300
zwangerschap 198

Curriculum vitae

Fred Schonewille (Assen, 1969) studeerde tussen 1987 en 1993 aan de Rijksuniversiteit Leiden en de Universiteit van Stellenbosch (Nederlands recht, Notarieel recht, Spaanse taal- en letterkunde en Christelijke ethiek).

Thans is hij als universitair docent en onderzoeker werkzaam bij het Molengraaff Instituut voor privaatrecht van de Universiteit Utrecht waar zijn aandachtsgebieden mediation, relatievermogensrecht en notariële regelgeving en ethiek zijn. Hij is tevens verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtspleging en aan het Utrecht Centre for European Research into Family Law.

Schonewille is door prof. G.P. Hoefnagels opgeleid als mediator en heeft gedurende enkele jaren met hem samengewerkt in diens praktijk, welke hij sedert 2005 zelfstandig heeft voortgezet onder de naam Hoefnagels Family Mediation (Deventer, Apeldoorn). Hij is tevens rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Zutphen.

Voorheen was Schonewille notaris en korte tijd lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2010 en 2011 verschenen:

MI-179 M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 098 7

MI-180 B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010

MI-181 S. van Wingerden, D. Alberda, M. Moerings, B. Wartna & J. van Wilsem, *Recidive en nazorg. Een onderzoek onder oud-bewoners van Exodus, DOOR, Moria & Ontmoeting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 316 9

MI-182 J. Vis, *Ondernemend Waarderen : Waarderend Ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010, ISBN 987 90 466 0364 2

MI-183 J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 5850 6375

MI-184 G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & P.M. Schuyt (red.), *Vervlechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 879 4

MI-185 Th. Doreleijers, J. ten Voorde & M. Moerings (red.), *Strafrecht en Forensische Psychiatrie voor 16- tot 23-jarigen,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 356 5

MI-186 C. Jiménez Monroy, *Legal and Institutional Aspects of Latin-American Space Cooperation AQUAREL-Sat: The Water Monitoring Constellation*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 595 6

MI-187 M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur, Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland bezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 379 4

MI-188 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis, *40 jaar practicum. Rondom onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 13 08228 9

MI-189 M.R. Bruning, M.P. de Jong, T. Liefaard, P.M. Schuyt, J.E. Doek & T.A.H. Doreleijers, *Wegwijs in het jeugdsanctierecht. Onderzoek naar het juridisch kader voor de zwaarste jeugdsancties in theorie en praktijk,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978-90-5850-621-4

MI-190 J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij. Liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, ISBN 978 90 5961 657 7

MI-191 M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (diss. Leiden) 2011

MI-192 I. Ievdokymova, *The EU-US SWIFT agreement: which Fate under the Lisbon Data Protection Framework?*, Den Haag: Jongbloed 2011, ISBN 978 90 700 6253 8

MI-193 R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 132 8, eISBN 978 90 0060 050 8

MI-194 O.P. van Vliet, *Convergence and Europeanisation. The Political Economy of Social and Labour Market Policies* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 145 8, e-ISBN 978 94 0060 063 8

MI-195 Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden, Den Haag: Boom Lemma 2011, ISBN 978 90 5931 7 253

MI-196 D. Allewijn, Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter, (diss. Leiden, Den Haag: Sdu uitgevers 2011, ISBN 978 90 12 38728 6

MI-197 M.L. Koemans, *The war on antisocial behaviour. Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen & Looijen 2011, ISBN 978 90 6464 501 3

MI-198 M. Hagens, *Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa. Een onderzoek naar de verhouding tussen het EHRM en het CPT bij de effectuering van het folterverbod*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 585 0714 3

MI-199 G.O. Reerink, *Toezicht Tenure security for Indonesia's urban poor, A socio-legal study on land, decentralisation, and the rule of law in Bandung*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 152 6, eISBN 978 94 0060 071 3

MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2

MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Cocial Disclosures. An International Comperative Study,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1

MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9, eISBN 978 90 1310 435 6

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek