



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).

4.1 INLEIDING

Titel 6 en de Afdelingen 1 en 2 van Titel 7¹ 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 recht⁵, driekwart-dwingend recht⁶ 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 huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden 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 *geinstitutionaliseerde 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 behoefte 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 verdien capaciteit 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* (Schone-wille, 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 Wetboek²³ 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 minister 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 huwelijks 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 *pantoffelhedartikel*, 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 BGB⁴⁰ – dat naar Duits recht een enigszins met artikel 88 vergelijkbare regeling bevat – slechts geldt indien tussen de echtgenoten de zogenaamde *Zugewinnngemeinschaft* 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 huwelijks 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 grasverkoop’ 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 dunk 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 notaris-kantoor.* 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 risikant 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 clause in huwelijksvoorwaarden 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 clause 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 huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden 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 Oven⁵⁴, 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 afge- weken 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 privaat, 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 huwelijksstypen' 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 huwelijksvoorwaarden zal (dienen te) worden gekozen in verband met de externe werking daarvan. Ook ligt de keuze voor huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksluiting intreden, hetgeen tot gevolg heeft dat (aanstaande) echtgenoten door het maken van bijzondere afspraken een of meer gevolgen van het huwelijk kunnen uitsluiten⁵⁹, 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 belooft.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 opge maakt, 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 en 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 contract⁷³ 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 huwelijksvoorwaarden voorafgaand aan de huwelijksluiting, 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 goedgevindt 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 huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden 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 beschikkingmogelijkheden 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 verrekenbedingen⁸⁶ 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 schaar 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 huwelijksse 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 huwelijksse 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 huwelijksse 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-Gravenhage⁸⁹ en de rechtbank Utrecht⁹⁰ 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 hoeft 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 blijkt 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 instrumenterende 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 echtscheidingsconvenant⁹³ bepalen dat de erfrechtelijke verkrijging en de ontvangen schenkingen door hen niet bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap dan wel in de door de huwelijksvoorwaarden 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 verkochte goederen; Driessen-Kleijn, 'Verknoctheid 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 867⁹⁴ 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-Reinhart, 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 huwelijksvoorwaarden 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 echtverbintenissen. 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 passiepost zal worden geconfronteerd.⁹⁹

Uiteindelijk wordt door de echtgenoten een onderhandse vaststellings-overeenkomst 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 ontkenkend 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 verknochtheid¹⁰¹ 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 kan zijn waar hij stelt dat een dergelijke overeenkomst materieel een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden hier is voorgeschreven, kan hem echter worden tegengeworpen dat huwelijksvoorwaarden en vaststellingsovereenkomst elkaar niet uitsluiten. Omdat het ingeval van huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden, 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 geldt ‘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 dat 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, L/JN 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 medeigendom (...)*’; 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 huwelijksvoorwaarden 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 huwelijksvoorwaarden (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 wél 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 dissertatie¹¹⁵ 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 dat 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 huwelijkvermogensregime 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 huwelijkvermogensregime 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 stelt¹²⁴ 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 huwelijks-sluiting, 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 eigendoms-gerechtigdheid 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 ‘koop prijs’ – 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 huwelijks-gemeenschap 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 bestuurs-overeenkomst 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 weg-schenken 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 invoeren.

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 relatieve vermogensrecht geen bijzondere beschermingsregelingen ten behoeve van crediteuren deel zouden uitmaken.

134 Luijten en Meijer geven een overzicht van de vorderingen waarop het desbetreffende artikelid 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 gezien 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.

