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).

5 Contractvrijheid, solidariteit en huwelijkse voorwaarden

5.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

---

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

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

5.2 Huwelijkse voorwaarden

5.2.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

5 Nuytinck, 2003, p. 38-39.

6 Luijten-Meijer, 2005, p. 217.

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

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

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

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

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

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

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

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

9 Parlementaire Geschiedenis Boek 1, p. 356.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

5.2.3 Het begrip huwelijkse voorwaarden

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

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

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

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

---

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

22 Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 4.3.2.

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

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

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

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

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

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

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

---

24 Ik werk dit thema nader uit in hoofdstuk 8.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

33 Meijer, 2008, p. 16.

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

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

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

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

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

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

Waaraan zij toevoegen:

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

---

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

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

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

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

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

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

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

> Een overeenkomst tussen echtgenoten (…) waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden.[39]

Daarnaast kunnen huwelijkse voorwaarden meer omvatten dan vermogensrechtelijke regelingen, zij het dat daarvoor niet het vormvoorschrift van de notariële akte geldt en dergelijke afspraken door de echtgenoten derhalve ook in onderhandse vorm zouden kunnen worden vastgelegd. Ik zou dit gedeelte van mijn definitie daarom strikt genomen weg kunnen laten maar doe dat niet omdat mijn visie op de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden een bredere is.

Ik zie huwelijkse voorwaarden als een *inclusieve* overeenkomst waarin de echtgenoten alle voor hen relevante afspraken vastleggen, derhalve die bedingen waarin wordt afgeweken van het bepaalde in Titel 6 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, de bedingen – *in abstracto* maar ook *in concreto* – waarin wordt afgeweken van de wettelijke regelingen omtrent de huwelijksgemeenschap, alsmede alle andere juridisch relevante afspraken en eventuele feitelijke afspraken.

---

37 Asser-De Boer, 2010, p. 338.

38 Drion, 1965, p. 136.

39 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (*Contrair gedrag*). In deze zin ook Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 215.

Ik kom daarmee uit bij een eigentijdse versie van het door De Boer bedoelde oude *huwelijkscontract*.[40]

Alle juridische en feitelijke regelingen die in dergelijke huwelijkse voorwaarden zijn neergelegd, in onderlinge samenhang beschouwd, vormen de neerslag van het door de echtgenoten gewenste – of beter: nagestreefde – *Ehetyp* en in een eventuele uitleg van deze overeenkomst dienen ook alle daarin opgenomen regelingen te worden betrokken.[41]

In de recente literatuur heeft Schoordijk de vraag naar het rechtskarakter van huwelijkse voorwaarden opgeworpen. Deze brengen naar hij constateert mee:

> (...) dat zij echtgenoten handelingsonbevoegd maken en bijv. onder een regime van koude uitsluiting alleen een gang naar de notaris voor het maken van huwelijkse voorwaarden enige gemeenschappelijkheid kan opleveren.[42]

Hij vraagt zich in dit verband af of huwelijkse voorwaarden een statuscontract vormen en indien dat het geval mocht zijn, wat een statuscontract dan is?[43]

Nuytinck komt met betrekking tot het rechtskarakter van huwelijkse voorwaarden tot de gevolgtrekking dat deze overeenkomst 'soms wel, maar soms ook niet', afhankelijk van de inhoud, een obligatoire overeenkomst is:

> De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is immers een 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling'(…), zodat het algemene overeenkomstenrecht met uitzondering van de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing is op de huwelijkse voorwaarden. Concreet gaat het om de artikelen 6:213-260 (…).[44]

Van Mourik meent dat indien aanstaande echtgenoten een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden aangaan waarin zij slechts bepalen dat de huwelijksgemeenschap niet in zal treden, het resultaat daarvan een overeenkomst is die niet tot het ontstaan van verbintenissen tussen hen leidt.[45] De desbetreffende overeenkomst is volgens Van Mourik daarmee terstond uit-

---

40 Daarmee is vanzelfsprekend ook gezegd dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tot een (aanstaand) huwelijk in betrekking staat.

41 Ik werk deze visie nader uit in hoofdstuk 9.

42 Ik vermoed dat Schoordijk hier bedoeld heeft te zeggen dat het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden de echtgenoten *de facto* kennelijk handelingsonbevoegd maakt omdat zij dit *de jure* uiteraard niet zijn.

43 Schoordijk, 2005, p. 166.

44 Nuytinck, 2003, p. 38. Nuytinck stelt in dit verband later de vraag of huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontbonden op grond van wanprestatie en formuleert tevens een aantal daarmee samenhangende wetssystematische vragen die alle nog beantwoording behoeven; Nuytinck, 2004, p. 476 en 477.

45 Van Mourik, 2009 (B), p. 131.

gewerkt en de rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten worden beheerst door het algemene vermogensrecht.

Ik deel deze visie niet omdat hierbij over het hoofd wordt gezien dat huwelijkse voorwaarden ook in dit geval een duurovereenkomst zijn[46] die tijdens het huwelijk kan worden gewijzigd. De bedoelde huwelijkse voorwaarden dienen naar mijn oordeel dan ook niet te worden beschouwd als een overeenkomst met een eenmalig resultaat in rechte maar als een overeenkomst met een *voortdurend* juridisch effect. Zolang de desbetreffende overeenkomst niet wordt gewijzigd houdt deze de huwelijksgemeenschap buiten de deur en is het gevolg daarvan dat het algemene vermogensrecht van toepassing is.

Met Huijgen ben ik in dezen van oordeel dat de juridische aard van huwelijkse voorwaarden niet eenduidig is, doch dat het hier een overeenkomst betreft met een *vaak uiterst samengesteld karakter*.[47] Hiermee wordt gedoeld op het feit dat naast goederenrechtelijke rechtshandelingen, ook obligatoire afspraken, bewijs- en vaststellingsovereenkomsten en verdelingen onderdeel uit plegen te maken van huwelijkse voorwaarden.

5.2.4 Voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden

Met betrekking tot de door respectievelijk artikel 117 en 120 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gestelde beperkingen ter zake van het tijdstip van het in werking treden van huwelijkse voorwaarden, valt op dat ingeval van voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden door artikel 117 wordt voorgeschreven dat deze te allen tijde beginnen te werken vanaf het tijdstip waarop het huwelijk wordt voltrokken, terwijl het eerste lid van artikel 120 bepaalt dat huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden opgesteld of gewijzigd, gaan werken vanaf de dag die volgt op de dag waarop de huwelijkse voorwaarden zijn verleden, *tenzij* de echtgenoten daarvoor in de akte een ander tijdstip hebben aangewezen.

Artikel 120 lid 1 biedt echtgenoten mitsdien de mogelijkheid om aan hun tijdens het huwelijk opgestelde of gewijzigde huwelijkse voorwaarden een opschortende tijdsbepaling toe te voegen.

Dat deze mogelijkheid door de wetgever niet wordt geboden aan aanstaande echtgenoten valt historisch te verklaren uit het voorheen geldende *eenheidsbeginsel*, dat wilde dat de echtgenoten tijdens het huwelijk geen wijziging konden aanbrengen in het goederenregime dat door hen bij huwelijkse voorwaarden was overeengekomen of in de huwelijksgemeenschap die door de wet aan hen deelachtig werd, noch door het maken van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk, noch door het opnemen van tijds-

46 Hiervoor kan ook als grammaticaal argument worden aangevoerd dat artikel 117 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek spreekt over 'beginnen te werken'.

47 Huijgen; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 221-223.

bepalingen of – opschortende of ontbindende – voorwaarden in hun huwelijkse voorwaarden.

De lex Van Oven maakte het opstellen en wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk echter mogelijk en de wetswijziging in 1970 bracht mee dat in dergelijke huwelijkse voorwaarden een later tijdstip van inwerkingtreding daarvan aangewezen kon worden dan de dag volgend op die van het verlijden van de huwelijkse voorwaarden.[48]

In het licht van het bovenstaande valt naar mijn mening niet goed te verdedigen dat de wet in artikel 117 lid 2 aan aanstaande echtgenoten thans nog de mogelijkheid onthoudt om desgewenst een tijdsbepaling aan hun huwelijkse voorwaarden te verbinden. Dit klemt te meer nu het hun vrij staat om op elk moment na het sluiten van hun huwelijk alsnog (nieuwe) huwelijkse voorwaarden met een andere inhoud overeen te komen, waarbij redelijkerwijs niet te verwachten valt dat de thans nog bestaande rechterlijke goedkeuring ex artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek op dit punt roet in het eten zal gooien.[49]

De wet bevat geen bepalingen die uitsluitsel geven over de kwestie of echtgenoten in huwelijkse voorwaarden opschortende of ontbindende voorwaarden kunnen opnemen.

De Hoge Raad verschafte hieromtrent in een door hem in 1944 gewezen arrest echter duidelijkheid ten aanzien van voorwaardelijke *goederenrechtelijke* regelingen in huwelijkse voorwaarden door deze vraag ontkennend te beantwoorden, daarbij oordelend dat het gevolg van het toestaan van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden zou zijn dat:

> (…) bezwaarlijk gezegd kan worden dat het gekozen statuut in feite werking heeft van het oogenblik van voltrekking van het huwelijk, wanneer na die voltrekking niemand vermag te zeggen, welk statuut geldt.[50]

---

48 Luijten en Meijer geven een uitvoerig overzicht van deze ontwikkeling; Luijten en Meijer, 2005, p. 226-228.

49 Al zou uit Rb. Utrecht 5 april 2011, *LJN* BQ0234 anders afgeleid kunnen worden: deze rechtbank geeft aan de hiervoor geciteerde overweging uit het arrest uit 1944 – waarnaar de rechtbank verwijst – een nieuwe dimensie door in casu van belang te achten dat onzeker is *of en wanneer de gemeenschap van goederen in zal treden*. Naar mijn mening wordt de destijds door de Hoge Raad gegeven beoordeling door de rechtbank ten onrechte nog van belang geacht onder vigeur van het huidige recht en wordt daaraan bovendien een onwenselijke verruiming gegeven, nu er thans in het geheel geen onduidelijkheid kan bestaan over welk huwelijksgoederenregime op welk moment van kracht is zoals de rechtbank wel aanvoert (tenzij de door de instrumenterend notaris in casu gekozen ongelukkige formulering voor de rechtbank doorslaggevend is geweest). De rechtbank laat aldus de zwaarwegende belangen van de echtgenoten in casu bij het wijzigen van hun huwelijkse voorwaarden geheel wegvallen tegen mogelijke benadeling van eventuele schuldeisers. Het vervallen van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door het per 1 januari 2012 in werking treden van wetsvoorstel 28 867 biedt de onderhavige echtgenoten gelukkig een nieuwe kans.

50 HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, 120 (*Van de Water/Van Hemme*).

De redenering van de Hoge Raad stoelt vooral op overwegingen van derdenbescherming en valt voorts goed te begrijpen tegen de achtergrond van het destijds nog onverkort bestaande eenheidsbeginsel.

Mij lijkt het echter gerechtvaardigd, mede gezien de hiervoor weergegeven vergaande verwatering van het desbetreffende eenheidsbeginsel, om de vraag op tafel te leggen of het door mij geciteerde argument van de Hoge Raad nog steeds hout snijdt.

Het is immers goed mogelijk om ingeval de echtgenoten er bijvoorbeeld voor hebben gekozen om huwelijkse voorwaarden aan te gaan die slechts inhouden dat tussen hen de wettelijke huwelijksgemeenschap zal bestaan, onder de opschortende voorwaarde dat hun huwelijk 25 ononderbroken jaren zal duren, op elk moment na de huwelijkssluiting vast te stellen welk huwelijksgoederenregime van toepassing is. Zolang de dag waarop de gestelde voorwaarde wordt vervuld niet is aangebroken, geldt tussen de echtgenoten het algemene vermogensrecht en vanaf de bedoelde dag is tussen de echtgenoten de wettelijke huwelijksgemeenschap van kracht.[51]

Ook indien in deze casus zou worden gekozen voor een ontbindende voorwaarde in plaats van voor een opschortende voorwaarde, ontstaan geen problemen.

In dat geval zou in de huwelijkse voorwaarden een clausule dienen te worden opgenomen die bepaalt dat tussen de echtgenoten uitsluiting van elke gemeenschap van goederen bestaat, onder de ontbindende voorwaarde dat hun huwelijk ten minste 25 ononderbroken jaren zal duren. Aangezien de wet in artikel 38, lid 2 Boek 3 Burgerlijk Wetboek regelt dat aan de vervulling van een voorwaarde geen terugwerkende kracht toekomt, is in dit geval eveneens op elk tijdstip tijdens het huwelijk duidelijk welk huwelijksgoederenregime aan de orde is.[52]

Nu het opstellen van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden niet door een wettelijke regeling met nietigheid wordt getroffen en mijns inziens in het geval van huwelijkse voorwaarden ook niet kan worden gesteld dat uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, pleit ik ervoor om het bepaalde in artikel 38, lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek te laten prevaleren boven de regel uit een arrest van de Hoge Raad dat inmiddels 66 jaar geleden is gewezen en derhalve te aanvaarden dat voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden rechtsgeldig kunnen worden aangegaan.

Andere argumenten die ik ter ondersteuning van mijn pleidooi nog zou willen aanvoeren zijn het feit dat ik in de literatuur geen overtuigende argumenten heb aangetroffen voor de nietigheid van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden en de praktijk dat aan het door echtgenoten veelvuldig in

51 Anders Vegter die zwaarder tilt aan derdenbescherming. Het door hem genoemde voorbeeld is dit licht bezien begrijpelijk; Vegter, 2010, p. 32.

52 Vgl. ook Kraan, 2008, p. 176.

huwelijkse voorwaarden opgenomen zogenaamde 'finale verrekenbeding',[53] vaak de – ontbindende – voorwaarde wordt verbonden dat hun huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden.

De Hoge Raad sanctioneert deze door mij bedoelde praktijk in het genoemde arrest uit 1944 door te oordelen dat de door hem tegen voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden in het algemeen aangevoerde bedenkingen niet bestaan tegen een verrekenbeding:

> (…) inhoudende dat tusschen partijen zal bestaan algeheele gemeenschap, doch dat na de ontbinding der gemeenschap door overlijden zal worden afgerekend alsof er gemeenschap van winst en verlies ware geweest, indien bij dat overlijden geen kind uit het huwelijk in leven zal zijn; dat zoodanig beding den zakenrechtelijken toestand van de vermogensdeelen der echtgenoten niet raakt, immers alleen tusschen hen een verbintenis tot een bepaalde wijze van verrekening in het leven roept welke zonder bezwaar aan een voorwaarde kan worden gebonden.

De beperking door de Hoge Raad van de contractvrijheid ter zake van het aangaan van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden berust na de hiervoor omschreven sterke relativering van het voorheen geldende eenheidsbeginsel, *de facto* nog slechts op het honoreren van de belangen van de eventuele crediteuren van de echtgenoten en is niet ingegeven door overwegingen die samenhangen met het rechtsbeginsel van solidariteit.

Ook Stollenwerck beantwoordt vanuit dit perspectief de vraag of echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan in het kader van *estate planning*, kunnen overeenkomen dat het bij het einde van hun huwelijk tussen hen bestaande huwelijksgoederenstelsel wordt bepaald door de wijze waarop hun huwelijk wordt ontbonden. Hij stelt in dit kader dat:

> (…) de rechterlijke goedkeuring en daarmee de door de wet gewenste bescherming van derden, in het bijzonder van crediteuren, tot een illusie zou verworden indien het aangaan van huwelijkse voorwaarden onder voorwaarde mogelijk zou zijn.[54]

Ik acht dit slechts een overtuigende redenering bezien vanuit het belang van een schuldeiser van een echtgenoot maar ben van mening dat de balans in de huidige tijd door zou moeten slaan naar het in dezen laten prevaleren van de contractvrijheid van echtgenoten.

Nu de goederenrechtelijke positie van de echtgenoten ingeval van voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden op elk tijdstip gemakkelijk kan worden vastgesteld, is de desbetreffende beperking naar mijn oordeel achterhaald en vormt deze een onnodige blokkade voor echtgenoten die hun

---

53 Dit houdt meestal in dat tussen de echtgenoten aan het eind van hun huwelijk een zodanige vermogensverrekening plaats zal vinden die gelijk is aan de uitkomst die was gerealiseerd indien tussen hen de wettelijke huwelijksgemeenschap zou hebben bestaan.

54 Stollenwerck, 2005 (B), p. 28.

Ehetyp wensen vast te leggen in eigentijdse huwelijkse voorwaarden of deze uit overwegingen van *estate planning* naar eigen inzicht wensen in te richten en daarbij nuanceringen willen aanbrengen door gebruik te maken van voorwaardelijke bepalingen.

Dit is te meer het geval waar echtgenoten – na het per 1 januari 2012 in werking treden van het hiervoor genoemde wetsvoorstel 28 867 – tijdens hun huwelijk, telkens wanneer zij dat verkiezen, hun huwelijkse voorwaarden zullen kunnen wijzigen zonder dat nog een rechter in het belang van hun crediteuren diens goedkeuring aan de verlangde wijziging kan onthouden.

Ik ga in paragraaf 5.6 kort in op de positie van schuldeisers in relatie tot het thema van dit hoofdstuk en zal voorts in hoofdstuk 9 bepleiten dat derdenbescherming in het huwelijksvermogensrecht *an sich* in beginsel een gedateerde rechtsfiguur is en geëcarteerd dient te worden.

5.2.5 Andere artikelen uit Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

Indien de echtgenoten een verrekenbeding als bedoeld in Afdeling 3 van Titel 8 aangaan bij huwelijkse voorwaarden, zijn de in deze afdeling opgenomen artikelen van kracht, mits daarvan door de echtgenoten niet wordt afgeweken bij huwelijkse voorwaarden zoals door artikel 132, lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wordt gesteld, echter tenzij anders is bepaald. Hiermee wordt gedoeld op het feit dat in een verrassend groot aantal artikelen[55] in deze afdeling *expressis verbis* wordt bepaald dat daarvan niet kan worden afgeweken.

Het betreft hier in de eerste plaats artikel 138 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat handelt over de bevoegdheid die iedere echtgenoot ten opzichte van de andere heeft om jaarlijks 'een gespecificeerde, schriftelijke en ondertekende' opgave te verlangen van de te verrekenen inkomsten en van het te verrekenen vermogen.

Voorts gaat het om artikel 139 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat in het derde lid bepaalt dat van de beide andere leden niet kan worden afgeweken. De desbetreffende bepalingen geven regels voor onder andere het geval een echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, zijn goederen verspilt, weigert de in artikel 138 bedoelde opgave te verstrekken of een door artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestreken rechtshandeling heeft verricht zonder de vereiste toestemming daarvoor van de andere echtgenoot te hebben verkregen.

---

55 Omdat ik van mening ben dat de desbetreffende afdeling juist erg veel artikelen van dwingend recht bevat, kan ik niet goed plaatsen dat De Boer schrijft: 'Van *dwingend recht* zijn slechts (…).' en Luijten en Meijer zelfs vermelden: 'Op dit principe bestaat slechts een klein aantal uitzonderingen (…).'; Asser-De Boer, 2010, p. 403 en Luijten en Meijer, 2005, p. 324. Wellicht moeten deze auteurs zo worden verstaan dat zij met de door hen gekozen bewoordingen tot uitdrukking hebben willen brengen dat het dwingend recht in de onderhavige afdeling slechts betrekking heeft op procedurele aspecten.

Ook artikel 140 Boek 1 Burgerlijk Wetboek blijkt volgens de wettekst van dwingend recht te zijn.

Vervolgens wordt in het zesde lid van artikel 141 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dwingend geregeld dat een door het eerste lid van dit artikel bedoelde vordering tot verrekening niet eerder verjaart dan nadat ten minste drie jaren na de 'beëindiging' van het huwelijk zijn verstreken.

Het vierde lid van artikel 143 Boek 1 Burgerlijk Wetboek maakt verder duidelijk dat van de overige drie leden van het artikel niet kan worden afgeweken: het betreft hier enkele formaliteiten ter zake van het beschrijven van het te verrekenen vermogen ingeval van zogenaamde finale verrekenbedingen.

Tot slot bevat artikel 134 Boek 1 Burgerlijk dwingend recht. De erflater en de schenker kunnen bepalen dat geen verrekening plaatsvindt van het nagelaten of geschonken vermogen indien dat op grond van het in huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenbeding wel aan de orde zou zijn.

De genoemde dwingende wetsbepalingen uit deze afdeling hebben gemeen dat zij alle betrekking hebben op procedurele aspecten van de verrekening en niet zien op de materiële keuzen die echtgenoten ter zake van het verrekenbeding willen maken, uiteraard behoudens het bepaalde in artikel 134. Op deze grond laat ik een nadere bespreking van de onderhavige afdeling achterwege en merk ik slechts op dat de wetgever zich beoordeeld vanuit het perspectief van het rechtsbeginsel van contractvrijheid hier bepaald van zijn bevoogdende zijde heeft laten zien.

Ook is opmerkelijk dat voor de goederenrechtelijke pendanten van de artikelen 138 en 139 in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – respectievelijk de artikelen 98 en 109, 111 en 164 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – niet met zoveel woorden is bepaald dat van het daarin bepaalde niet mag worden afgeweken.

Aangenomen mag worden dat de bescherming van de ene echtgenoot jegens de andere – en daarmee *impliciter* het rechtsbeginsel solidariteit –, voor de wetgever in dezen zwaarder heeft gewogen.

Op de belangwekkende vraag of echtgenoten afdeling 3 van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek geheel terzijde zouden kunnen stellen bij huwelijkse voorwaarden kom ik in het navolgende nog terug.

5.3 Huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

5.3.1 Inleiding

In deze paragraaf breng ik eerst in het algemeen in kaart of de wet beperkingen stelt aan de contractvrijheid van echtgenoten die de gevolgen van hun echtscheiding wensen te regelen in een echtscheidingsconvenant als bedoeld in artikel 100 boek 1 Burgerlijk Wetboek. Ik bespreek in dat licht achtereen-

volgens de thema's ontbinding van de huwelijksgemeenschap, afwikkeling van verrekenbedingen, partneralimentatie en pensioenrechten.[56]

Vervolgens ga ik in op het begrip echtscheidingsconvenant en onderzoek ik de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant.

5.3.2 Contracteren omtrent echtscheiding

5.3.2.1 Inleiding

Binnen het door mij gekozen perspectief vat ik huwelijk en echtscheiding op als de twee uitersten van hetzelfde spectrum. De consequentie van deze opvatting is dat ik een grote samenhang aanwezig acht waar het betreft de vermogensrechtelijke gevolgen van huwelijk en echtscheiding; het maken van een scherp onderscheid tussen het huwelijksvermogensrecht en het (materiële) echtscheidingsrecht verdraagt zich hiermee niet.

In vergelijking met het huwelijk, is waar het echtscheiding betreft in aanzienlijk mindere mate sprake van een wettelijke 'statutaire' regeling die ziet op de juridische gevolgen daarvan.

In Afdeling 3 van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek staan enkele regels over de ontbinding van de in deze titel opgenomen huwelijksgemeenschap, waarbij sommige bepalingen uit het algemene vermogensrecht van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek nauw aansluiten.

Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek geeft waar het echtscheiding betreft algemene regels over inkomensverrekenbedingen waaraan door de echtgenoten tijdens hun huwelijk geen uitvoering is gegeven.

Tot slot bevat Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepalingen over de door de echtgenoten tijdens hun huwelijk opgebouwde pensioenvoorzieningen, alsmede over de uitkering tot levensonderhoud – hierna: partneralimentatie – die de ene echtgenoot na de echtscheiding mogelijk aan de andere echtgenoot dient te voldoen, welke laatstbedoelde regels worden aangevuld door de algemene regeling betreffende levensonderhoud in Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

---

56 Ik laat de echtscheidingsprocedure buiten beschouwing; wel komt in hoofdstuk 9 kort de administratieve echtscheiding aan de orde waarbij echtgenoten niet alleen ter zake van de materieelrechtelijke gevolgen van echtscheiding kunnen contracteren, maar tot op zekere hoogte ook waar het de echtscheiding zelf betreft en de rechter de echtscheiding niet uitspreekt. Nu naar huidig recht een administratieve echtscheiding niet mogelijk is, dienen de echtgenoten zich zowel ingeval van een echtscheiding waarmee beiden (uiteindelijk) instemmen als voor een door slechts één van de echtgenoten gewenste echtscheiding tot de rechter te wenden. In het eerste geval – de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek – kan worden gesteld dat de rechter die de echtscheiding uitspreekt daarbij tevens de door de echtgenoten hieromtrent gesloten overeenkomst bevestigt (en het ouderschapsplan dat daarvan onderdeel kan uitmaken controleert), waarbij hij veelal ook de materieelrechtelijke afspraken zoals door de echtgenoten opgenomen in een (onderhands) echtscheidingsconvenant onderdeel maakt van zijn beschikking.

Houben stelt vast dat ingeval van echtscheiding aan geen enkel aspect van contractvrijheid wordt voldaan en er daardoor sprake is van *contractdwang*:[57] echtgenoten dienen met *elkaar* te contracteren over de materieelrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding en kunnen geen van beiden een andere contractpartner aanwijzen. Ook zullen zij in alle gevallen afspraken moeten maken over de hiervoor genoemde thema's: het huwelijksvermogensrecht (in enge zin), partneralimentatie en pensioenrechten.[58]

Voor de echtgenoten die ten tijde van hun echtscheiding gezamenlijk het gezag uitoefenen over hun minderjarige kinderen, komt daar nog de verplichting bij om een ouderschapsplan op te stellen.[59]

5.3.2.2 De ontbinding en verdeling van de huwelijksgemeenschap

Artikel 149 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt in lid 1 onder c. dat het huwelijk eindigt door echtscheiding; artikel 99 Boek 1 Burgerlijk Wetboek maakt onder letter a. duidelijk dat de huwelijksgemeenschap van rechtswege wordt ontbonden door het eindigen van het huwelijk.

Beide artikelen in samenhang gelezen leiden derhalve tot de conclusie dat de huwelijksgemeenschap door echtscheiding wordt ontbonden, en wel op het door artikel 163 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalde tijdstip, te weten dat van het inschrijven van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand.[60]

Artikel 189, lid 2 Boek 3 Burgerlijk Wetboek stelt vervolgens dat de ontbonden huwelijksgemeenschap een bijzondere gemeenschap is, waarop de gehele Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek van toepassing is, voor zover daarvan in Afdeling 2 van deze titel niet wordt afgeweken.

De eerste afwijking betreft de beschikkingsbevoegdheid van ieder van de gewezen echtgenoten over het eigen aandeel in een tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorend goed. Artikel 190 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat daarvoor de toestemming van de andere deelgenoot is vereist. Wel kan ieder der deelgenoten op een dergelijk aandeel autonoom

57 Houben, 2009, p. 326; zij ziet echter over het hoofd dat echtgenoten wel zelf de vorm van de door hen te sluiten overeenkomst kunnen kiezen.

58 Ik laat hierbij buiten beschouwing dat echtgenoten ervoor kunnen kiezen om geen overeenkomst ter zake van de materieelrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding te sluiten en het vaststellen van de desbetreffende gevolgen – in conflictueuze gevallen – aan de rechter over te laten, dan wel om hen moverende redenen niet tot verdeling of verrekening over te gaan en mitsdien waar het betreft vermogen en inkomen *de facto* hun huwelijk voort te zetten. Wel dienen de laatstbedoelde echtgenoten een ouderschapsplan op te stellen indien zij daarvoor kwalificeren omdat het ontbreken daarvan het uitspreken van de echtscheiding kan tegenhouden (vgl. hoofdstuk 8). Indien de hier bedoelde echtgenoten geen afspraken maken over de door hen tijdens het huwelijk opgebouwde pensioenrechten zijn daarop voorts automatisch de Pensioenwet 2007 en de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van toepassing.

59 Ik bespreek dit onderwerp in hoofdstuk 8.

60 Per 1 januari 2012 wordt het moment van ontbinding van de huwelijksgemeenschap het tijdstip waarop het verzoekschrift tot echtscheiding wordt ingediend bij de rechtbank: artikel 99 lid 1 letter b. Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw).

een recht van pand of hypotheek vestigen, op grond van het tweede lid van dit artikel.

Artikel 191 Boek 3 Burgerlijk Wetboek brengt mee dat een ex-echtgenoot wel over zijn aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap als zodanig kan beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit.

Ingeval de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden door echtscheiding ligt het mijns inziens voor de hand om de hoofdregel van deze bepaling en de uitzondering daarop om te draaien. De huwelijksband is dan weliswaar geslaakt maar deze werkt tot op zekere hoogte nog door en daar hangt een grote terughoudendheid ter zake van de desbetreffende beschikkingsbevoegdheid mee samen.[61]

In artikel 194 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek wordt tot slot voorgeschreven dat ieder van de deelgenoten een boedelbeschrijving kan vorderen voorafgaand aan de verdeling en – in het tweede lid – dat een deelgenoot die opzettelijk een tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in dit goed verbeurt aan de andere deelgenoot.

Alvorens kort de in Afdeling 1 van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek opgenomen artikelen te bespreken, dienen de artikelen 100 en 101 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – die beide zien op de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap – aan de orde te komen.

Het eerstgenoemde artikel stelt de norm met betrekking tot de deelgerechtigdheid tot de ontbonden huwelijksgemeenschap: ieder der gewezen echtgenoten heeft een gelijk aandeel daarin, tenzij door hen anders is bepaald in huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen hen in geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding van de huwelijksgemeenschap i.e.: het echtscheidingsconvenant. Artikel 166 lid 2 Boek 3 Burgerlijk Wetboek sluit hierbij aan.[62]

Uit enkele uitspraken van de Hoge Raad komt naar voren dat een door een van beide echtgenoten gevorderde verdeling anders dan bij helfte, uit hoofde van redelijkheid en billijkheid slechts bij hoge uitzondering kan worden toegewezen.[63]

---

61 Perrick is daarentegen van mening dat ingeval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap door de beëindiging van het huwelijk door echtscheiding, de rechtsverhouding zich hier in beginsel niet tegen verzet, echter zonder daarvoor argumenten te geven; Asser-Perrick, 2007, p. 72.

62 Nuytinck merkt terecht op dat artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek als *huwelijksvermogensrechtelijke lex specialis* voorrang heeft; Nuytinck, 2003, p. 37.

63 Vgl. HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593 m.nt. EAAL (*De vermoorde bruid*), HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 58 m.nt. WMK (*Zwijgzame bruid*) en HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (*Zweedse vrouw)*. Recent bepaalde de rechtbank Den Haag in een echtscheidingszaak dat de schulden die voort waren gevloeid uit een – door hem aan de vrouw verzwegen – voorhuwelijks faillissement van de man weliswaar in de huwelijksgemeenschap vielen, doch dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor rekening van de man dienden te blijven, zonder verrekening daarvan met de vrouw; Rb. Den Haag 28 april 2011, *LJN* BQ6115.

Indien tussen echtgenoten echter overeenstemming bestaat over een verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap die ertoe leidt dat aan de ene gewezen echtgenoot een groter aandeel daarin wordt toegekend dan aan de andere, bevinden zij zich in het domein dat wordt beheerst door het rechtsbeginsel van partijautonomie en staat het hun in dat kader vrij om elk percentage overeen te komen dat naar hun oordeel in hun specifieke situatie redelijk en billijk is.[64]

Artikel 196 Boek 3 Burgerlijk Wetboek bepaalt in het vierde lid nog dat indien het gaat om de waarde van een of meer aan een echtgenoot toegedeelde goederen of schulden, echtgenoten kunnen overeenkomen dat de benadeelde echtgenoot deze toedeling te zijnen bate of schade heeft aanvaard. Hiermee wordt vernietiging van de desbetreffende verdeling op grond van dwaling in de waarde van een goed of schuld uitgesloten.[65]

Casus

Echtgenoten bespreken tijdens een scheidingsmediation de wenselijkheid dat de vrouw tezamen met de kinderen in de echtelijke woning blijft wonen. De man heeft de echtscheiding gewild, de vrouw niet en toont zich aangeslagen. Er is sprake van een aanzienlijke overwaarde die tijdens het huwelijk is ontstaan.

De afwegingen die door hen tegen deze achtergrond worden gemaakt zijn de constatering van het feit dat de vrouw gedeeltelijk arbeidsongeschikt is en het zich niet laat aanzien dat zij binnen een afzienbare periode in staat zal zijn zelf een volwaardig inkomen te verdienen op grond waarvan zij de kosten van bewoning van het huis geheel zelf kan dragen, de omstandigheid dat een van beide kinderen een autistische stoornis heeft die meebrengt dat het voor hem van groot belang is dat hij – naast met het feit van de echtscheiding – niet ook wordt geconfronteerd met een verhuizing naar een andere buurt en de overstap naar een andere school, de aanwezigheid van een sociaal netwerk in de huidige buurt, het feit dat de man graag wil dat zijn vrouw en kinderen in een fatsoenlijke buurt kunnen blijven wonen en de situatie dat de man de eerstkomende jaren een zelfstandige woonunit kan betrekken op het erf van zijn ouders, waardoor hij zeer lage woonkosten heeft.

De man stelt na het maken van enkele berekeningen voor dat de huwelijksgemeenschap zodanig wordt verdeeld dat de vrouw daarvan het twee/derde gedeelte ontvangt en hij het één/derde gedeelte, met welk voorstel de vrouw instemt.

Artikel 101 Boek 1 Burgerlijk Wetboek geeft nog een bijzondere regel voor enkele gemeenschapgoederen waarvan kan worden aangenomen dat deze aan een gewezen echtgenoot verknocht zijn. Het gaat hier om kleding en 'kleinodiën' die ten gebruike van een echtgenoot strekken, de papieren en gedenkstukken die tot diens familie behoren, alsmede om zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen.

De desbetreffende ex-echtgenoot heeft het recht om deze uit de ontbonden huwelijksgemeenschap over te nemen tegen de geschatte prijs, derhalve

64 In de praktijk wordt vaak nog gedacht dat een ongelijke verdeling door de fiscus snel als een schenking wordt aangemerkt. Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1 ligt dit m.i. echter meestal anders omdat veel sneller de aanwezigheid van een natuurlijke verbintenis mag worden aangenomen.

65 Artikel 196 lid 4 mag m.i. echter niet als een algemene toverformule worden gezien en is onder meer niet bruikbaar ingeval van een zogenaamde 'blinde scheiding'; Van Mourik en Verstappen, 2006, p. 255.

een recht van koop en niet van toedeling al is in dezen het verschil tussen beide rechtsfiguren in de praktijk verwaarloosbaar.

Aangezien de tot op heden in deze paragraaf besproken bepalingen alle van regelend recht zijn, staat het echtgenoten vrij hieromtrent met elkaar te contracteren indien zij dat wensen en daarover overeenstemming bereiken. De desbetreffende bepalingen kunnen in mijn visie worden gezien als stoelend op het rechtsbeginsel van solidariteit maar deze wordt door de wetgever niet afgedwongen.

Ook de eerste Afdeling van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk wetboek bevat voornamelijk normen van aanvullend recht die in de verhouding tussen gewezen echtgenoten kunnen worden beschouwd als voortvloeiend uit de tussen hen bestaande postmaritale solidariteit, echter zonder in de weg te staan aan hun contractvrijheid.

Artikel 166 lid 3 Boek 3 Burgerlijk Wetboek brengt dit ook tot uitdrukking waar het stelt dat op de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten artikel 2 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing is.

Het bedoelde artikel schrijft in het tweede lid voor dat geen beroep kan worden gedaan op een tussen de deelgenoten krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Omdat het in dit onderzoek niet gaat om deelgenoten in het algemeen maar om gewezen echtgenoten voor wie een nahuwelijkse solidariteit geldt, neem ik aan dat de beginselen van redelijkheid en billijkheid – die hier vrijwel steeds als synoniem van het rechtsbeginsel solidariteit kunnen worden opgevat, – daardoor eerder tot correctie zullen moeten leiden dan wanneer het gaat om deelgenoten tussen wie niet een dergelijke bijzondere band heeft bestaan.

Ik volsta tegen deze achtergrond met het bespreken van enkele hoofdpunten uit deze titel.[66]

Artikel 168 Boek 3 Burgerlijk Wetboek maakt in het eerste lid duidelijk dat het uitgangspunt van de wetgever is geweest dat deelgenoten het genot, gebruik en beheer van hun gemeenschappelijke goederen bij overeenkomst regelen. Voor gewezen echtgenoten geldt dat indien zij een dergelijke overeenkomst achterwege hebben gelaten, zij ieder bevoegd zijn tot het gebruik van een goed dat tot de gemeenschap behoort, voor zover dit met het gebruik daarvan door de andere echtgenoot te verenigen is.

Aangenomen moet wel worden dat de echtgenoot die volgens de bestuursregels uit de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet het bestuur had over het desbetreffende goed, terughoudendheid aan de dag dient te leggen waar het betreft het gebruik van een goed. Door de echtscheiding is

66 Wegens het geringe belang voor het thema van dit hoofdstuk laat ik de procedurele regels uit Afdeling 1 Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek onbesproken.

immers een eind gekomen aan het huwelijk dat op grond van artikel 90 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek de bevoegdheid tot genot en gebruik met zich bracht van een goed dat onder bestuur stond van de andere echtgenoot 'overeenkomstig de huwelijksverhouding'.

Het voorgaande neemt niet weg dat in artikel 170 Boek 3 Burgerlijk Wetboek als hoofdregel wordt gegeven dat de voormalige echtelieden het beheer over de ontbonden huwelijksgemeenschap tezamen voeren, tenzij zij dit anders hebben geregeld in de door artikel 168 Boek 3 Burgerlijk Wetboek bedoelde overeenkomst.

Opbrengsten die voortvloeien uit de ontbonden huwelijksgemeenschap komen op grond van artikel 172 Boek 3 Burgerlijk Wetboek in gelijke delen toe aan beide ex-echtgenoten en dezen dienen in dezelfde verhouding bij te dragen in de uitgaven die samenhangen met de desbetreffende bijzondere gemeenschap, wederom tenzij zij anders zijn overeengekomen.

De artikelen 178 en 183 uit de onderhavige afdeling zijn van dwingend recht.

Het eerstgenoemde artikel geeft als norm dat een deelgenoot te allen tijde de verdeling van een gemeenschappelijk goed kan vorderen, tenzij uit de aard van de gemeenschap anders voortvloeit. Wel wordt in grote mate tegemoet gekomen aan de contractvrijheid van gewezen echtgenoten waar het vijfde lid van artikel 178 Boek 3 Burgerlijk Wetboek hun de bevoegdheid geeft om een of meer malen bij overeenkomst de bevoegdheid verdeling te vorderen uit te sluiten, echter telkens voor ten hoogste vijf jaren.

Artikel 183 Boek 3 Burgerlijk Wetboek stelt dat een verdeling vormvrij kan geschieden, tenzij een gewezen echtgenoot niet het vrije beheer over zijn goederen heeft, in welk geval een notariële akte is voorgeschreven.[67]

Tot besluit van deze paragraaf zij nog vermeld dat artikel 164 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de echtgenoot die de huwelijksgemeenschap na de aanvang van het 'geding' of binnen een periode van zes maanden voorafgaand daaraan, benadeelt doordat hij lichtvaardig schulden heeft gemaakt, goederen der gemeenschap heeft verspild of rechtshandelingen als bedoeld in artikel 88 Boek 1 Burgerlijk Wetboek heeft verricht zonder de daar verlangde toestemming van de andere echtgenoot, gehouden is om de aangerichte schade aan de gemeenschap te vergoeden. Aangenomen moet worden dat de echtgenoten bij echtscheidingsconvenant kunnen vaststellen dat de bedoelde benadeling niet heeft plaatsgevonden en dat indien mocht blijken dat toch sprake is geweest van een dergelijke benadeling, de echtgenoten over en weer afstand doen van hun actie, al moet de vraag gesteld worden of het maken van een dergelijke afspraak aanbevelenswaardig is.[68]

---

67 De bepalingen in Afdeling 3 van Titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op alle verdelingen en niet alleen op de verdeling van bijzondere gemeenschappen als de ontbonden huwelijksgemeenschap.

68 Gezien het feit dat het hier om een procedurele bepaling gaat, laat ik verdere bespreking daarvan achterwege.

5.3.2.3 De afwikkeling van verrekenbedingen

Afdeling 2 van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is hiervoor reeds aan de orde geweest in het kader van het contracteren door echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden, voorafgaand aan of tijdens het huwelijk.

De bepalingen in de desbetreffende afdeling zijn waar het betreft de materieelrechtelijke aspecten daarvan van regelend recht en beogen te voorzien in een regeling die duidelijkheid schept indien echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden een verrekenbeding hebben opgenomen dat door hen tijdens het huwelijk echter niet is uitgevoerd. In dergelijke situaties vormen deze regels derhalve het uitgangspunt ingeval van een echtscheiding.[69]

De regeling komt er in de kern op neer dat een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding uit hoofde van het bepaalde in artikel 141 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wordt getransformeerd tot een finaal verrekenbeding *sui generis* waaraan door het derde lid van het artikel het bewijsvermoeden wordt gekoppeld dat het gehele bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen door de echtgenoten dient te worden verrekend.

Op grond van het bepaalde in artikel 135 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zijn de echtgenoten tot dit vermogen ieder voor een gelijk gedeelte gerechtigd[70] en in het eerste lid van artikel 137 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is opgetekend dat de verrekening in geld geschiedt.

Artikel 132 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stipuleert in de tweede volzin dat vermogen dat door erfopvolging, making of gift wordt verkregen niet onder het door de echtgenoten te verrekenen vermogen valt, evenmin als de vruchten daarvan. Artikel 134 Boek 1 Burgerlijk Wetboek maakt duidelijk dat het echtgenoten niet vrij staat om – in afwijking hiervan – het desbetreffende vermogen tot te verrekenen vermogen te bestempelen indien daaraan door een erflater of een schenker een uitsluitingsclausule is verbonden zoals hiervoor reeds aan de orde is gekomen.

Voorts kan een echtgenoot bewijs leveren voor het door hem ingenomen standpunt dat een goed niet tot het te verrekenen vermogen behoort op

---

69 De Wet regels verrekenbedingen dient naar mijn oordeel te worden beschouwd als zijnde gelegenheidswetgeving van slechte kwaliteit. Verkieslijker ware geweest om het wettelijk deelgenootschap te behouden in de door Kraan beschreven verbeterde variant daarvan; Kraan, 2008, p. 273-278. Waar diens stelsel overtuigt door eenvoud, begrijpelijkheid en logische samenhang, is het tegenovergestelde het geval voor Afdeling 2 van Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. De beoordeling van in huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenbedingen had overgelaten kunnen worden aan de rechtspraak zoals voorheen; na de invoering van de onderhavige wet is gebleken dat deze de stroom rechtspraak over het verrekenbeding ook niet heeft kunnen stoppen.

70 De rechtbank Breda heeft eind 2009 echter uitgemaakt dat een echtgenote die de hand heeft gehad in het overlijden van haar wederhelft geen aanspraak kan maken op de helft van het te verrekenen vermogen die voortvloeide uit een (in casu enkelvoudig) finaal verrekenbeding; Rb. Breda 25 november 2009, *LJN* BK4490; *NJ* 2010, 220. De rechtbank Utrecht kwam in 2007 in een vergelijkbare casus daarentegen tot de gevolgtrekking dat het finaal verrekenbeding zijn werking behield ondanks de moord; Rb. Utrecht 11 juli 2007, *LJN* BA9662.

grond van het feit dat het niet is gefinancierd met inkomsten die of vermogen dat tijdens het huwelijk is verkregen ex artikel 133 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De afdeling bevat tot slot enkele procedurele regels met betrekking tot de uitvoering van in huwelijkse voorwaarden opgenomen finale verrekenbedingen.

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat echtgenoten ten tijde van de echtscheiding in hun echtscheidingsconvenant op eigen wijze invulling kunnen geven aan een al dan niet gedeeltelijk door hen niet uitgevoerd verrekenbeding dat onderdeel uitmaakt van hun huwelijkse voorwaarden en over de uitvoering daarvan kunnen overeenkomen zoals zij dat wensen, behoudens enkele regels van procedurele aard die op hoofdlijnen zijn besproken in paragraaf 5.2.5. De enige werkelijke beperking van hun contractvrijheid wordt verwoord door artikel 134, Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De vraag rijst wat rechtens is indien echtgenoten de toepasselijkheid van de gehele onderhavige afdeling uitsluiten bij huwelijkse voorwaarden en een uitvoerige door hen zelf ontworpen regeling ter zake van het verrekenen van inkomen tijdens het huwelijk overeenkomen, welke regeling ook voorziet in equivalenten van de hiervoor omschreven procedurele bepalingen.

Strikt genomen zou in dat geval geoordeeld dienen te worden dat de bedoelde equivalenten nietig zijn en dat in plaats daarvan steeds de wettelijke bepaling ingelezen dient te worden, aangezien de wettekst in de desbetreffende gevallen telkens luidt dat niet kan worden afgeweken van de onderhavige bepaling. Tegengeworpen zou echter kunnen worden dat uit de parlementaire geschiedenis naar voren komt dat de afdeling een regelend karakter kent en de uitzonderingen betreffende een jaarlijkse opgave van de (te verrekenen) inkomsten van artikel 138 lid 2, de betalingstermijn van artikel 140 lid 1 en de verjaringstermijn van artikel 131 lid 6 in het geheel van een verrekenbeding als betrekkelijke bijzaken kunnen worden beschouwd waaromtrent echtgenoten ook afwijkende afspraken zouden moeten kunnen maken indien tussen hen sprake is van *informed consent*. Dwingend recht is hier naar mijn mening dan ook een vorm van *overkill*.[71]

5.3.2.4 Partneralimentatie

Omdat ik in paragraaf 5.4.4 dieper in ga op het thema partneralimentatie in het kader van de beantwoording van de vraag of aanstaande echtgenoten reeds bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden een overeenkomst kunnen sluiten omtrent partneralimentatie, bespreek ik de ter zake geldende wettelijke regeling hier op beknopte wijze.

---

71 De bepaling van artikel 139 Boek 1 Burgerlijk Wetboek betreffende de opheffing van de verrekenverplichting dient te worden gezien als een equivalent van artikel 103 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en het dwingendrechtelijk karakter ervan kent daarom een andere achtergrond.

De kernbepaling met betrekking tot de door de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot mogelijk verschuldigde nahuwelijkse uitkering tot levensonderhoud is artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat echtgenoten voorafgaand aan of na de beschikking tot echtscheiding een overeenkomst kunnen sluiten waarin zij vastleggen of, en zo ja tot welk bedrag de ene echtgenoot jegens de andere zal zijn gehouden tot een uitkering in diens levensonderhoud. Tevens kunnen de echtgenoten daarin een termijn overeenkomen.

Artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stelt daarnaast in het eerste lid dat de echtgenoten in de door artikel 158 bedoelde overeenkomst – schriftelijk – kunnen bepalen dat deze niet bij rechterlijke uitspraak zal kunnen worden gewijzigd op grond van een wijziging van omstandigheden.

Dit beding vervalt op grond van lid 2 van artikel 159 indien de overeenkomst is aangegaan voorafgaand aan de indiening van het verzoek tot echtscheiding, tenzij het verzoekschrift binnen drie maanden 'na de overeenkomst' is ingediend. Niettemin kan op grond van het derde lid van artikel 159 een echtgenoot de rechter verzoeken een zodanig beding te wijzigen op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het verzoek mag worden gehouden.

Artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt voorts dat een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 158 en 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet in de weg staat aan het zogenaamde 'bijstandsverhaal' door de gemeente op grond van paragraaf 6.5 van de Wet werk en bijstand.

Tot slot stelt artikel 160 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat een verplichting van de ene echtgenoot jegens de andere om partneralimentatie te verschaffen eindigt wanneer de ontvangende echtgenoot opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat, dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd.

Indien de echtgenoten niet tot overeenstemming kunnen komen over het thema partneralimentatie, kan ieder van hen de rechter adiëren uit hoofde van artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Dit artikel geeft ook het eerste door de rechter te hanteren criterium dat in samenhang met de nadere criteria die door artikel 397 Boek 1 Burgerlijk Wetboek worden genoemd, dient te worden gelezen. Tezamen worden deze artikelen als 'wettelijke maatstaven' betiteld, die ook relevant kunnen zijn voor echtgenoten die een overeenkomst als bedoeld in artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek met elkaar hebben gesloten.[72]

Het desbetreffende criterium houdt in dat de verzoekende echtgenoot niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, noch zich deze in redelijkheid kan verwerven (criterium van behoeftigheid). De beide in artikel 397, eerste lid Boek 1 Burgerlijk Wetboek genoemde criteria zijn respec-

72 Ik ga in paragraaf 5.4.4 nader in op het begrip 'wettelijke maatstaven'.

tievelijk de behoefte van de ontvanger en anderzijds de draagkracht van de verstrekker van partneralimentatie.

Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat – aansluitend bij artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – enkele regels van procedurele aard, waarvan met name van belang zijn artikel 399 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat de rechter een matigingsrecht geeft op grond van gedragingen van de alimentatiegerechtigde, artikel 400 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat de prioriteit van kinderalimentatie boven andere onderhoudsverplichtingen vastlegt en artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat overeenkomsten waarin van het bij het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, nietig verklaart.

Artikel 401 lid 1, eerste volzin Boek 1 Burgerlijk Wetboek verleent de rechter de bevoegdheid om de door de echtgenoten gesloten overeenkomst over partneralimentatie te wijzigen of in te trekken, wanneer deze nadien door wijziging van omstandigheden ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen. De tweede volzin van dit lid bepaalt echter dat het desbetreffende verzoek niet van toepassing is op een door de echtgenoten in hun overeenkomst vastgelegde termijn. Deze kan op grond van het tweede lid van artikel 401 desverzocht slechts door de rechter worden gewijzigd ingeval van zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat ongewijzigde handhaving van de overeengekomen termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de verzoeker kan worden gevergd.

Wel bepaalt het derde lid van artikel 401 dat de echtgenoten kunnen overeenkomen dat de eerste volzin van het eerste lid ook toepassing vindt op de door hen overeengekomen termijn.

Artikel 401 lid 5 maakt duidelijk dat de door de echtgenoten gesloten overeenkomst ter zake van partneralimentatie desverlangd ook door de rechter kan worden gewijzigd of ingetrokken indien deze is aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven.

Tot slot legt artikel 402a Boek 1 Burgerlijk Wetboek een indexering van de overeengekomen partneralimentatie op aan de gewezen echtgenoten, tenzij ervoor hebben gekozen om deze bij overeenkomst geheel of voor een bepaalde periode uit te sluiten.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het echtgenoten tijdens hun huwelijk of na echtscheiding vrij staat om bij echtscheidingsconvenant zelf te bepalen of en zo ja, gedurende welke periode, door de ene aan de andere echtgenote een uitkering zal worden gedaan uit hoofde van levensonderhoud.[73]

73 In paragraaf 5.4.4 bespreek ik in hoeverre aanstaande echtgenoten voorafgaand aan hun huwelijk bindende afspraken kunnen maken over het al dan niet verschuldigd zijn van nahuwelijkse partneralimentatie. Hetgeen daar wordt opgemerkt in het verband van huwelijkse voorwaarden geldt in beginsel ook voor een voorhuwelijkse onderhandse overeenkomst.

Indien zij daarbij de 'wettelijke maatstaven' uitsluiten (hetgeen mogelijk is op grond van het bepaalde in artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek)[74] en in plaats daarvan uitgaan van eigen criteria, resteren als door de wet gestelde restricties slechts het vormvoorschrift van artikel 159 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, de tijdsbepaling van artikel 159 lid 2 en het bepaalde in artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek en kan in hoogst uitzonderlijke situaties de rechter voorts door een van de echtgenoten worden verzocht om de overeenkomst betreffende partneralimentatie aan te passen ex artikel 159 lid 3 en artikel 401 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Tevens kunnen de echtgenoten niet bij overeenkomst afwijken van de in het eerste lid van artikel 400 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven prioriteringsregel, die nauw aansluit bij het bepaalde in artikel 121 lid 3 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[75]

Dat echtgenoten wel kunnen afwijken van de wettelijke bepaling dat de alimentatieplicht eindigt ingeval de alimentatiegerechtigde opnieuw in het huwelijk treedt of gaat samenwonen als ware zij gehuwd is bevestigd door de Hoge Raad.[76]

Het behoeft naar mijn mening geen betoog dat de afspraken die echtgenoten in hun echtscheidingsconvenant hebben gemaakt ter zake van het verstrekken van partneralimentatie, worden voorafgegaan door een duidelijke considerans waarin zij helder uiteenzetten wat hun waar het dit thema betreft voor ogen heeft gestaan en waarin zij de overwegingen vastleggen die tot de desbetreffende afspraken hebben geleid.

5.3.2.5 Pensioenrechten

In Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek schrijft artikel 155 voor dat indien een echtgenoot gedurende het huwelijk pensioenaanspraken heeft opgebouwd, de andere echtgenoot recht heeft op pensioenverevening krachtens de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, tenzij de echtgenoten de toepasselijkheid van deze wet hebben uitgesloten op de wijze die in de desbetreffende wet is voorzien.[77]

Artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek sluit hierbij aan waar het bepaalt dat pensioenrechten waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van toepassing is, alsmede de met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen, niet in de huwelijksgemeenschap vallen.

---

74 Vgl. HR 15 november 1974, NJ 1976, 122 m.nt. EAAL. Zie hieromtrent ook De Boer die spreekt over *de vergaande vrijheid, door de wet aan de echtgenoten verleend*; Asser-De Boer, 2010, p. 536.

75 Naar huidig recht moet voorts worden aangenomen dat het niet mogelijk is om af te zien van uitkeringen tijdens de duur van het echtscheidingsgeding; vgl. HR 19 april 1974, *NJ* 1975, 237 m.nt EAAL.

76 HR 22 juli 1981, *NJ* 1982, 12 m.nt. EAAL.

77 Ik laat het bepaalde in artikel 153 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ter zake van het zogenaamde pensioenverweer buiten beschouwing.

De wetgever heeft derhalve voorzien in een eigen regime voor pensioenrechten dat van toepassing is ongeacht het huwelijksgoederenstelsel dat tussen de echtgenoten geldt. Dit regime houdt in dat een echtgenoot op grond van het tweede lid van artikel 2 in samenhang gelezen met artikel 3 lid 1 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, recht heeft op de helft van het ouderdomspensioen dat door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk is opgebouwd.

De genoemde wet (hierna: WVPS) is niet dwingendrechtelijk van karakter[78] en biedt echtgenoten in artikel 2 lid 1 WVPS dan ook de mogelijkheid om bij huwelijkse voorwaarden of bij een 'bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding', de toepasselijkheid van de WVPS uit te sluiten.

Voorts stelt de WVPS een uitgewerkt alternatief ter beschikking aan de echtgenoten voor de hiervoor weergegeven hoofdvorm van verevening, te weten de zogenaamde *conversie*, die in artikel 6 wordt uitgewerkt.

Conversie leidt ertoe dat er zelfstandige ouderdomspensioenrechten ontstaan in plaats van de afhankelijke rechten die door verevening worden gecreëerd. Het staat echtgenoten vrij voor deze variant te kiezen; doen zij dit niet dan geldt de zojuist besproken hoofdregel. Beter ware het mijns inziens echter dat de WVPS echtgenoten dwingt tot een actieve keuze voor alleen verevening, conversie, een eigen invulling of het geheel uitsluiten van pensioendeling.[79]

Daarnaast bepaalt artikel 4 WVPS dat het de echtgenoten vrij staat om bij huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant in afwijking van het bepaalde in artikel 3 lid 1, een ander percentage vast te stellen en de periode waarop de verevening betrekking heeft te wijzigen, in afwijking van de huwelijkse periode die in hetzelfde artikellid onder letter a. wordt genoemd.

Omtrent de verhouding tussen uitsluiting van de WVPS en het bepaalde in artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan in de literatuur verschillende opinies.

Bollen-Vandenboorn neemt zonder meer aan dat indien de werking van de WVPS wordt uitgesloten door echtgenoten tussen wie de huwelijksgemeenschap van kracht is, *de toepassing van de bijzondere regeling wordt uitgesloten en het pensioen vanaf dat moment in de huwelijksgemeenschap valt*.[80]

Bod betoogt daarentegen – m.i. terecht – dat artikel 94 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek ook ingeval van uitsluiting van de WVPS door de echtgenoten zijn zelfstandige werking behoudt. In zijn visie zijn op grond van het bepaalde in het vierde lid van artikel 94, de pensioenrechten onttrokken aan

78 Vgl. Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 193.

79 Vgl. het onderzoeksrapport *10 Jaar Wet pensioenverevening bij scheiding* (Competence Centre for Pension Research van de Universiteit van Tilburg, 2005) waarin onder meer wordt aanbevolen om in deze wet aan conversie een positie toe te kennen die gelijkwaardig is aan de huidige standaardverevening. Over dit rapport: Dietvorst, 2007.

80 Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 193.

de huwelijksgemeenschap, ongeacht het huwelijksgoederenregime dat opgeld doet.[81]

Mij spreekt de opvatting van Bod aan omdat deze wetssystematisch zuiver is. Niettemin moet worden erkend dat de uitvoerige onderbouwing van haar standpunt door Bollen-Vandenboorn overtuigend is.[82]

Zekerheidhalve doen echtgenoten er daarom goed aan om, ingeval zij de WVPS uitsluiten, tevens uitdrukkelijk in hun huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant op te nemen welke regeling zij wensen te treffen ten aanzien van de door (een van) hen opgebouwde pensioenrechten.[83]

Geconcludeerd kan worden dat de WVPS een toonbeeld is van wetgeving die contractvrijheid sterk benadrukt maar tegelijkertijd uitdrukking geeft aan het rechtsbeginsel solidariteit door maatschappelijk gedragen normen te verwoorden waarvan (aanstaande) echtgenoten echter desgewenst kunnen afwijken. De bedoelde norm is ingeval van de WVPS dat de ouderdomspensioenrechten die tijdens het huwelijk worden opgebouwd door ieder van de echtgenoten, voor gelijke delen toekomen aan beide echtgenoten.[84]

Het recht op het zogenaamde 'bijzonder nabestaandenpensioen' wordt geregeld in artikel 57 van de Pensioenwet 2007.

Dit artikel bepaalt in lid 1 dat indien de partnerrelatie van een deelnemer eindigt door scheiding, de gewezen partner van de deelnemer een zodanige aanspraak op partnerpensioen verkrijgt als de deelnemer ten behoeve van die gewezen partner zou hebben behouden indien op het tijdstip van scheiding zijn deelneming zou zijn geëindigd.

In het vierde lid van dit artikel wordt echtgenoten vervolgens de mogelijkheid geboden om bij 'voorwaarden in verband met de partnerrelatie' of een schriftelijk gesloten overeenkomst met betrekking tot de scheiding, anders overeen te komen. Wel geldt dan de voorwaarde dat de pensioenuitvoerder met hetgeen wordt overeengekomen in dient te stemmen.

5.3.2.6 Tweede huwelijk met dezelfde echtgenoot

Artikel 166 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat ingeval echtgenoten na echtscheiding voor de tweede keer met elkaar in het huwelijk treden, alle gevolgen van het eerste huwelijk van rechtswege herleven alsof geen echtscheiding had plaatsgevonden.

---

81 Bod, 1995, p. 894.

82 Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 195-197.

83 Ik merk voor de goede orde op dat pensioenrechten waarop de WVPS geen betrekking heeft, een bestanddeel van de huwelijksgemeenschap vormen waarop de door de Hoge Raad in het arrest *Boon-Van Loon* (HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503 m.nt. EAAL en WHH) geformuleerde regels toegepast dienen te worden; zo ook Bollen-Vandenboorn, 2004, p. 188.

84 Het door mij in hoofdstuk 9 uitgewerkte wetsvoorstel is waar het dit facet betreft dan ook mede-geïnspireerd door de WVPS.

Indien echtgenoten dit gevolg willen verhinderen, dienen zij voorafgaand aan hun tweede huwelijk huwelijkse voorwaarden op te stellen, zij het dat daartoe op de voet van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek de goedkeuring van de rechter is vereist, zo stipuleert de laatste volzin van artikel 166.

Bij de inwerkingtreding per 1 januari 2012 van het genoemde wetsvoorstel 28 867 vervalt artikel 119 en daarmee ook de desbetreffende laatste volzin van artikel 166. Deze wetswijziging brengt mitsdien het schrappen van een naar mijn oordeel onnodige inperking van de partijautonomie van echtgenoten die opnieuw met elkaar in het huwelijk treden, mee.

Dit neemt niet weg dat het mijn voorkeur zou hebben gehad indien artikel 166 zelf zou zijn geëcarteerd door het bedoelde wetsvoorstel omdat het in zeker opzicht een belemmering vormt van de contractvrijheid van echtgenoten die met elkaar hertrouwen, zonder dat daaraan overwegingen van solidariteit ten grondslag liggen, aangezien de bepaling wortelt in derdenbescherming.[85]

5.3.2.7 Analyse

Het voorgaande evaluerend, kan worden vastgesteld dat echtgenoten bij het regelen van hun echtscheiding weinig inbreuken op hun contractvrijheid behoeven te dulden. Het leeuwendeel van de alsdan relevante wetsbepalingen is van regelend recht en een ander gedeelte bevat procedurele voorschriften die in veel gevallen niet of slechts ten dele van belang zijn.

Echtgenoten die willen scheiden staan derhalve weinig tot geen obstakels in de weg bij het maken van afspraken in een echtscheidingsconvenant (in enge zin: zie hierna) over de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap, de uitleg en uitvoering van een in huwelijkse voorwaarden opgenomen inkomensverrekenbeding, de door ieder van hen opgebouwde pensioenrechten en partneralimentatie.[86]

Zo kunnen zij bijvoorbeeld overeenkomen om hun te ontbinden huwelijksgemeenschap te verdelen in dier voege dat de man daarvan twintig procent ontvangt en de vrouw tachtig procent, kunnen zij een door hen in hun huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenovereenkomst buiten werking stellen of daaraan een andere inhoud toekennen, staat het hun vrij om alsnog een verrekenbeding overeen te komen ingeval zij bij huwelijkse voorwaarden een zogenaamde *koude uitsluiting* overeen waren gekomen[87] en kunnen zij de toepasselijkheid van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding alsnog buiten werking stellen.

Aangenomen moet worden dat echtgenoten geen beperkte huwelijksgemeenschap kunnen overeenkomen bij echtscheidingsconvenant die concreet door hen benoemde vermogensbestanddelen omvat. Op het eerste gezicht

85 Vgl. Asser-De Boer, 2010, p. 554.

86 Eventuele bestaande fiscale knelpunten laat ik buiten beschouwing.

87 Dat een inkomensverrekenbeding ook in een echtscheidingsconvenant kan worden opgenomen blijkt uit het – in hoofdstuk 7 uitvoerig door mij besproken – arrest HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399, overweging 4.2 (*Contrair gedrag).*

lijkt het dan niet te gaan om een goederenrechtelijke regeling *in abstracto* die in huwelijkse voorwaarden dient te worden opgenomen,[88] zodat – consequent geredeneerd – de desbetreffende regeling opgenomen zou kunnen worden in een echtscheidingsconvenant.[89] Het wezen van de huwelijksgemeenschap houdt echter in dat de omvang daarvan strikt genomen pas vaststaat bij de ontbinding daarvan en daarom moet de onderhavige beperkte huwelijksgemeenschap toch een abstract karakter worden toegedicht.[90]

Praktisch bezien ligt hier echter geen groot probleem omdat in het echtscheidingsconvenant immers voor een obligatoire oplossing kan worden gekozen die erin bestaat dat tussen de echtgenoten wordt afgerekend alsof tussen hen de bedoelde beperkte huwelijksgemeenschap bestond.[91]

Wat tot slot opvalt is dat de wettelijke bepalingen die een rol spelen ingeval van echtscheiding op een tamelijk onoverzichtelijke wijze zijn verspreid over verschillende titels, waarbij de wetsartikelen die betrekking hebben op partneralimentatie de kroon spannen.

Het zou dan ook aanbeveling verdienen om hierin meer lijn aan te brengen en te komen tot een eenduidige regeling in één titel, hetgeen de transparantie sterk zou bevorderen.[92]

5.3.3 De verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

5.3.3.1 Inleiding

Na in de voorgaande paragraaf een inventarisatie te hebben gemaakt van de mate waarin echtgenoten ten tijde van hun echtscheiding gebruik kunnen maken van hun contractvrijheid bij het regelen van de materieelrechtelijke gevolgen van de scheiding door het sluiten van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – het echtscheidingsconvenant –, wil ik in deze paragraaf stil staan bij respectievelijk het karakter van de desbetreffende overeenkomst en de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant.

---

88 Ook Kraan acht een dergelijke figuur niet mogelijk; Kraan, 1995 p. 99. Hidma sluit zich in dezen bij hem aan; Hidma, 1995, p. 296.

89 Voor de goede orde merk ik op dat dit naar mijn oordeel geen strijd zou opleveren met artikel 122 Boek 1 Burgerlijk Wetboek omdat huwelijkse voorwaarden alleen als vormvoorschrift gelden voor regelingen die *in abstracto* afwijken van het bepaalde in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Vgl. ook HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 341 waarin de Hoge Raad goederenrechtelijke werking lijkt te willen verlenen aan een echtscheidingsconvenant in enge zin.

90 Vgl. ook HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 544. In tegenstelling tot Kraan (Kraan 1995, p. 99) maak ik geen terminologisch onderscheid tussen '*in abstracto*' en 'abstract karakter'. In beide gevallen betreft het regelingen die in wezen abstract zijn en niet gericht op een concreet doel zoals bijvoorbeeld een bepaalde echtscheiding of het benoemen van een bepaald verknocht goed zoals door mij besproken in paragraaf 4.4.2.2.

91 Deze oplossing biedt in economische zin soulaas maar voorkomt fiscaal beschouwd niet dat overdrachtsbelasting wordt geheven ingeval het om een registergoed zou handelen.

92 In hoofdstuk 9 geef ik hiervan een proeve.

5.3.3.2 Het grensvlak tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

Het echtscheidingsconvenant heeft een onomstreden plaats gekregen in het huwelijksvermogensrecht door het arrest van de Hoge Raad d.d. 26 januari 1979 (*Stamproy-Lelystad*).[93] Hierin overweegt dit rechtscollege:

> Uit artikel 155 van Boek 1 BW blijkt dat de wetgever bij de regeling van de echtscheiding in de Wet herziening echtscheidingsrecht er, overeenkomstig een reeds jaren bestaande praktijk, van is uitgegaan dat echtgenoten met het oog op een door hen voorgenomen echtscheiding hun vermogensrechtelijke betrekkingen kunnen regelen, zonder dat een dergelijke regeling aan een bepaalde vorm is gebonden.

Vervolgens verwerpt het de zienswijze van het hof dat in tweede instantie had bepaald dat:

> (...) het beding in deze overeenkomst krachtens hetwelk wordt afgeweken van de verdeling bij helften van de goederengemeenschap de overeenkomst stempelt tot een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, die bij gebreke van de daarvoor voorgeschreven vormvereisten krachteloos is.

In zijn conclusie bij het arrest stelt A.-G. Ten Kate:

> (…) het enkele feit dat een beding in een echtscheidingsconvenant is opgenomen, behoeft niet mee te brengen dat het beding naar zijn aard geen regeling van huwelijkse voorwaarden zou kunnen zijn. Dit hangt mede af van wat men onder "echtscheidingsconvenant" verstaat.

Ten Kate geeft verderop in zijn betoog eerst zijn definitie van huwelijkse voorwaarden als:

> (…) elk vóór of tijdens het huwelijk overeengekomen verblijvingsbeding of toescheidingsbeding (…), aangezien daarbij in abstracto een regeling wordt gegeven omtrent de afwikkeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap in afwijking van de in art. 100 aangegeven breukdelen (…)

en betoogt daarna:

> Ook indien bij ongelijke verdeling van de tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen de ander bij een overeenkomst als vorenbedoeld een tegenvordering in geld krijgt toegedeeld is hier een beschikken, dat zeer ingrijpend kan zijn, in afwijking van de in art. 100 in abstracto bepaalde verdelingsbreuk betr. deze goederen.

Dit vormt voor Ten Kate de reden voor zijn oordeel dat *ook zodanige bij voorbaat in abstracto getroffen regeling* in beginsel dient te worden vastgelegd in huwelijkse voorwaarden. Deze redenering kan ik niet goed volgen omdat in een dergelijke situatie toch geen sprake is van een afspraak *in abstracto*, doch van een door de echtgenoten *in concreto* getroffen regeling die daarom niet in huwelijkse voorwaarden zou behoeven te worden opgenomen.

93 HR 26 januari 1979, *NJ* 1980, 19 m.nt. EAAL.

De A.-G. redeneert voorts dat voor echtgenoten in hun keuze voor een goederenrechtelijk regime, de wijze waarop dit stelsel uitwerkt aan het einde van het huwelijk van belang kan zijn, en hij merkt in dit verband op:

> Dat er eens een einde komt, staat vast. Onzeker is alleen welke oorzaak het einde zal hebben en wanneer dit zal vallen. In dit licht is het begrijpelijk dat bedingen die een afwijkende regeling geven van het normale afwikkelingsgevolg aan het einde van het gekozen regiem, dus met name ook van art. 100 lid 1 Boek 1 BW, tot de huwelijksvoorwaarden worden gerekend.

Dit is een juiste observatie indien er van uit wordt gegaan dat Ten Kate hier doelt op bedingen *in abstracto*, hetgeen ik aanneem omdat hij verderop concludeert:

> Terecht schijnt mij dan ook dat zodanige regeling, die niet op een gegeven beëindiging is gericht en daardoor is geconcretiseerd, slechts rechtsgeldig in huwelijkse voorwaarden kan worden getroffen.

Hierbij sluit ook logisch aan zijn onderstaande zienswijze met betrekking tot het echtscheidingsconvenant:

> Anders is de situatie echter, indien pp. met het oog op een door hen als onafwendbaar geziene scheiding onderling de totstandkoming daarvan en de gevolgen daarvan in de concreet gegeven toestand regelen. Dit is de overeenkomst die naar mijn mening de benaming echtscheidingsconvenant verdient. (…) Ze was in het oude recht in art. 292 ten aanzien van de scheiding van tafel en bed en ze is in het nieuwe recht over de gehele linie in de artt. 155-159 Boek 1 BW erkend. Deze overeenkomst hangt van de voorwaarde af, dat de voorziene scheiding inderdaad volgt. Zouden pp. zich alsnog verzoenen of zou de scheiding op een andere omstandigheid afstuiten, dan zal deze overeenkomst – gebed als ze is in de concrete situatie – in het algemeen haar kracht verliezen. De overeenkomst beoogt immers geen stramien voor welke scheiding dan ook te scheppen. Ze mist het naar aard meer abstracte karakter van huwelijkse voorwaarden, waarin niet bij voorbaat kan worden voorzien welke goederen er straks bij het einde zullen zijn en hoe de financiële positie van de echtgenoten zich dan zal hebben ontwikkeld.

Doorredenerend stelt Ten Kate dat de echtgenoten in hun echtscheidingsconvenant in beginsel uit zullen gaan van de gevolgen die het voor hen vigerende huwelijksvermogensrechtelijke regime heeft. Desalniettemin staat het hun vrij om de desbetreffende afwikkeling te regelen zoals zij dat willen, omdat het convenant uitsluitend werking heeft na de voorziene ontbinding van de huwelijksgemeenschap:

> Daarmee stellen zij art. 100 lid 1 Boek 1 BW niet buiten werking. Dat artikel dwingt pp. niet tot metterdaadse deling bij helfte, ook nadat de scheiding van hun huwelijk een feit is. Het geeft pp. alleen daar recht op.

Aangezien het in dezen derhalve niet gaat om een regeling *in abstracto* ter zake van een afwijking van de regels van de huwelijksgemeenschap, is het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden niet aan de orde en volstaat een onderhandse overeenkomst, in welke gedachtegang ik mij volledig kan vinden.

Ten Kate rondt zijn betoog af met onderstaande vaststelling:

> Nu dit een en ander in ieder geval het geval is na scheiding of ontbinding van het huwelijk, valt niet in te zien, waarom dit anders zou zijn ten aanzien van een concrete afwikkeling van de gevolgen bij voorbaat, getroffen juist met het oog op deze scheiding of ontbinding van het huwelijk.

Dit betreft een voorwaardelijk echtscheidingsconvenant waarin de – opschortende – voorwaarde ziet op de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, een constructie die noodzakelijk is op grond van het bepaalde in artikel 99 lid 1 sub a Boek 1 Burgerlijk Wetboek en waartegen geen bezwaar bestaat.

Luijten stelt zich – evenals Lubbers – de vraag wat de Hoge Raad heeft bedoeld: behoefde de overeenkomst in casu in diens visie niet te voldoen aan het vormvereiste van de authentieke akte omdat het materieel beschouwd niet als zodanig wordt gekwalificeerd of betreft het hier een uitzondering op de hoofdregel?

Waar hij omtrent de beantwoording daarvan nog aarzelde in zijn annotatie bij het arrest, komt Luijten later terecht tot de overtuiging dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat *het convenant vormvrij is juist omdat het materieel geen huwelijksvoorwaarden is*.[94]

Mijns inziens geeft de uitspraak op dit cruciale punt echter volledige duidelijkheid ten gunste van de eerstgenoemde mogelijkheid indien ook de uitvoerige conclusie van de A.-G. er bij wordt betrokken, waaruit door mij hiervoor is geciteerd en behoeft een nadere exegese derhalve niet plaats te vinden.

Het arrest heeft geleid tot een wijziging van de tekst van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Daaraan werd toegevoegd dat echtgenoten ook bij een overeenkomst die tussen hen bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden, kunnen bepalen dat zij geen gelijk aandeel hebben in de ontbonden huwelijksgemeenschap maar door hen zelf vastgestelde aandelen.

Het betreft hier wat ik zou willen definiëren als het echtscheidingsconvenant in *enge zin*: een echtscheidingsconvenant dat concrete afspraken bevat omtrent de gevolgen van een reële, aanstaande echtscheiding.[95]

---

94 Luijten, 1986 (A), p. 92, alsmede in diens annotatie bij het onderwerpelijke arrest. Lubbers is van mening dat de Hoge Raad zich noch onomwonden voor het een uitspreekt, noch voor het ander en houdt het er op dat wel de vraag is beantwoord of een convenant vormvrij is, doch de Hoge Raad daarvoor een motivering heeft gebruikt die geen blijk geeft van het innemen van een standpunt ter zake van de uiteenlopende beschrijvingen van het begrip huwelijkse voorwaarden, mijns inziens derhalve ten onrechte; Lubbers, 1979, p. 400.

95 Onder echtscheidingsconvenant in ruime zin zou verstaan kunnen worden: elke onderhandse overeenkomst die regelingen ter zake van de gevolgen van een eventuele echtscheiding bevat, voor welke regelingen niet het vormvereiste van huwelijkse voorwaarden geldt.

Enerzijds zou naar mijn oordeel kunnen worden gesteld dat de desbetreffende wijziging – gezien de bovenstaande definitie van het echtscheidingsconvenant – overbodig is omdat het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden überhaupt niet van toepassing is op een overeenkomst *in concreto*, anderzijds is het wenselijk dat hiermee vaststaat dat het om een *schriftelijke* overeenkomst dient te gaan.[96]

Voorts maakt de huidige redactie van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek duidelijk dat het een overeenkomst betreft die is gesloten 'met het oog op de *aanstaande* ontbinding der gemeenschap' door echtscheiding.

Dit restrictieve vereiste beperkt de contractvrijheid van echtgenoten op onnodige wijze. Immers, nu duidelijk is dat het vormvoorschrift van huwelijkse voorwaarden slechts ziet op regelingen *in abstracto* die van de ten aanzien van de huwelijksgemeenschap door de wet gestelde regels afwijken, zou niets zich ertegen verzetten dat echtgenoten in een veel eerder stadium van hun huwelijk of zelfs voorafgaand daaraan een overeenkomst *in concreto* met elkaar sluiten ter zake van een eventuele echtscheiding, al beogen zij die op dat moment vanzelfsprekend nog niet.[97] Ik zou een daartoe strekkende wetswijziging dan ook willen bepleiten.

Ik haal in dit verband De Boer[98] aan die stelt dat een echtscheidingsconvenant in beginsel ook geldig kan worden gesloten vóór het huwelijk, mits de inhoud ervan geen afbreuk doet aan 'dwingende elementen van het huwelijk'.[99]

Ondanks mijn principiële pleidooi voor het schrappen van het woordje 'aanstaande' uit de huidige tekst van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, ben ik van mening dat voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden zijn te prefereren boven de meest vergaande variant die dan mogelijk zou zijn, te weten een voorhuwelijks echtscheidingsconvenant, omdat huwelijkse voorwaarden in elk geval in een professionele context tot stand komen.[100]

Voorts acht ik de samenhang tussen de regelingen die zien op echtscheiding en de huwelijkse regelingen cruciaal en komt een voorhuwelijks echtscheidingsconvenant *sec* mij overigens voor een gekunstelde figuur te zijn.

---

96 Tekstueel bezien zou het de voorkeur hebben verdiend indien het gedeelte van de tekst dat stelt: 'anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden' had geluid: 'door het eindigen van het huwelijk door echtscheiding'.

97 Wel zou gesteld kunnen worden dat het niet goed denkbaar is om regelingen *in concreto* te treffen indien geen sprake is van een reële echtscheiding: in deze zienswijze zou 'aanstaande' het concrete karakter van de in het echtscheidingsconvenant opgenomen regelingen accentueren. Ik acht een dergelijke uitleg echter niet bevredigend.

98 Asser-De Boer, 2010, p. 482. Vgl. voorts: Meijer, 2008, p. 19 en tevens HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 341 m.nt. WMK.

99 Het is niet duidelijk of De Boer hier doelt op het onderscheid tussen afspraken *in concreto* versus afspraken *in abstracto*.

100 Dit neemt overigens mijn in paragraaf 5.7 weergegeven kritiek op de functie van de notariële tussenkomst niet weg. In hoofdstuk 9 bepleit ik een wettelijk stelsel dat onder meer inhoudt dat ook ter zake van het opstellen van een scheidingsconvenant de tussenkomst van een deskundige is vereist.

Gezien de huidige wettekst dienen echtgenoten echter vooreerst hun toevlucht te nemen tot huwelijkse voorwaarden indien zij voorafgaande aan of tijdens hun huwelijk *in abstracto* of *in concreto* regelingen wensen te treffen ter zake van een eventuele echtscheiding die een afwijking van de regels van de huwelijksgemeenschap meebrengen.

Een afwijking van de regeling die het aandeel van ieder der echtgenoten in de ontbonden huwelijksgemeenschap bepaalt spreekt hierbij het meest tot de verbeelding maar het betreft uiteraard ook andere denkbare afwijkingen van het bepaalde in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Zodra echtgenoten echter daadwerkelijk een echtscheiding beogen, kunnen zij overstappen op het onderhandse, schriftelijke echtscheidingsconvenant – in enge zin – indien zij concrete regelingen met elkaar willen treffen ten aanzien van de desbetreffende voorgenomen ontbinding van hun huwelijksgemeenschap.

In deze specifieke context vervalt het vormvereiste van huwelijkse voorwaarden ten aanzien van die bedingen waarvoor dit vormvoorschrift buiten deze context wel aan de orde is.

Ook artikel 159 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat in dit opzicht een obstakel in de vorm van een wettelijke vervaltermijn. Deze brengt mee dat een door de echtgenoten in hun partneralimentatieovereenkomst ex artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen beding, inhoudende dat de bedoelde overeenkomst niet bij rechterlijke uitspraak gewijzigd zal kunnen worden op grond van een wijziging van omstandigheden, vervalt indien deze is aangegaan 'vóór de indiening van het verzoek tot echtscheiding', tenzij dit binnen drie maanden 'na de overeenkomst' is ingediend.

Deze hindernis van dwingend recht is ongetwijfeld ingegeven door overwegingen van postmaritale solidariteit, welk beginsel ook aan de onderhoudsregeling *an sich* ten grondslag ligt.[101]

Uiteraard moet erkend worden dat voor deze overwegingen ook iets te zeggen valt. Anderzijds is de vraag gerechtvaardigd of de wetgever niet kan volstaan met het bepaalde in het derde lid van artikel 159 dat de rechter – ook ingeval van een geldig beding – de mogelijkheid biedt om de desbetreffende partneralimentatieovereenkomst te wijzigen 'op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding mag worden gehouden.'

Ik zou deze vraag bevestigend willen beantwoorden, zij het dat ik de woorden 'zo ingrijpende' in dat geval uit de geciteerde passage zou willen schrappen.

Hierdoor zou worden bereikt dat de in mijn opvatting duidelijke afbakening van huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant in stand blijft, de contractvrijheid van partijen wordt gewaarborgd en toch voldoen-

101 Hidma toont mijn inziens overtuigend aan dat dit obstakel kan worden omzeild; Hidma, 1979 (B), p. 556 en 557. Ik ga in paragraaf 5.4.4.2 nader op de door hem gevonden oplossing in.

de ruimte overblijft voor een correctie door de rechter uit hoofde van het rechtsbeginsel van solidariteit.

Het voorgaande betekent beslist niet dat ik van mening zou zijn dat de huidige constellatie verdedigbaar is, waarbij echtgenoten die de gevolgen van hun huwelijk *in abstracto* willen regelen zich voor huwelijkse voorwaarden tot een notaris moeten wenden teneinde diens veronderstelde bescherming te genieten en – ingeval van het aangaan of wijzigen daarvan tijdens het huwelijk –, tot 1 januari 2012 daarnaast ook de rechter dienen in te schakelen, terwijl echtgenoten die hun echtscheiding bij onderhandse overeenkomst willen regelen het daarbij zonder bescherming zouden kunnen stellen.[102]

Het vormvrije echtscheidingsconvenant mag oude papieren hebben in de visie van de Hoge Raad maar dat argument maakt dit fenomeen naar mijn oordeel niet tot een wenselijke rechtsfiguur die in de huidige tijd gehandhaafd kan blijven, ook niet nu bij de hiervoor besproken aanpassing van artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek het schriftelijkheidsvereiste wettelijk is vastgelegd waar het betreft een gewenste afwijking van de verdeling van de huwelijksgemeenschap bij helfte.[103] [104]

Luijten bespreekt mede naar aanleiding van dit arrest de verhouding tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant[105] en constateert dat tussen beide rechtsfiguren in de rechtspraktijk 'een grotere samenhang blijkt te bestaan dan men op het eerste gezicht zou vermoeden':

> Enerzijds hebben jonge mensen, die een huwelijk aangaan, thans voldoende realiteitszin om een mislukking mogelijk te achten en wensen daaromtrent reeds afspraken te maken. Anderzijds overwegen echtgenoten, die besloten hebben hun huwelijk te doen ontbinden, of zij via huwelijksvoorwaarden nog wijzigingen kunnen aanbrengen in hun goederenstelsel, die tot een goede echtscheidingsregeling zouden kunnen bijdragen.[106]

---

102 Verdedigd zou wellicht kunnen worden dat door de voorgeschreven rol van de advocaat in een echtscheidingsprocedure indirect toch sprake is van de tussenkomst van een gekwalificeerd jurist bij het opstellen van het echtscheidingsconvenant. Gezien het feit echter dat de overgrote meerderheid van de advocaten geen bijzondere kwalificaties heeft op het terrein van het echtscheidingsrecht, acht ik dit argument weinig overtuigend.

103 Luijten brengt artikel 292 Boek 1 Burgerlijk Wetboek uit het voorafgaand aan de invoering van de Wet herziening echtscheidingsrecht van 6 mei 1971 (*Stb.* 290, in werking getreden op 1 oktober 1971) geldende echtscheidingsrecht in herinnering dat luidde: *Alvorens scheiding van tafel en bed te vragen, zijn de echtgenooten verpligt, bij eene authentieke akte, alle de voorwaarden dier scheiding te regelen, zoo wel te hunnen opzigte als ten aanzien van de uitoefening van de ouderlijke magt en de verzorging en opvoeding hunner kinderen*. Indien echtgenoten deze tussenstap maakten, konden zij vervolgens vijf jaar later echtscheiding vorderen. Hiermee wordt duidelijk dat notariële tussenkomst – zij het via de omweg van de scheiding van tafel en bed – voorheen was voorgeschreven ter zake van het 'echtscheidingsconvenant'; Luijten, 1986 (B), p. 254. Tevens blijkt hieruit dat het ouderschapsplan oude papieren heeft.

104 Ik kom terug op dit punt in paragraaf 5.7.2.

105 Luijten, 1986 (A) en 1986 (B).

106 Luijten, 1986 (A), p. 83.

Voorts bestaat er geen strenge scheiding in tijdsorde meer. Huwelijkse voorwaarden kunnen ook tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd en het echtscheidingsconvenant kan voorafgaand aan de echtscheidingsprocedure worden gesloten. Luijten stelt dan:

> Bij analyse blijken de raakpunten en mogelijke overlappingen (…) daar te liggen waar 1. partijen nog tegenover elkaar staan als echtgenoten, en 2. hun onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen regelen, anders dan alleen op het terrein van het levensonderhoud.[107]

Dit is een moeilijk begaanbaar gebied waarop echter houvast wordt gevonden door het maken van onderscheid tussen regelingen die *in abstracto* afwijken van de voor de huwelijksgemeenschap gestelde regels enerzijds en regelingen *in concreto* die zien op echtscheiding.

De eerstgenoemde categorie regelingen dient noodzakelijk in huwelijkse voorwaarden te worden neergelegd, de tweede categorie regelingen mag in huwelijkse voorwaarden worden opgenomen maar kan ook in een schriftelijk echtscheidingsconvenant worden vastgelegd.[108]

Uiteindelijk betreft het echtscheidingsconvenant in enge zin derhalve een uitzondering op het voorschrift van huwelijkse voorwaarden. Waar anders aan dit vormvoorschrift had dienen te worden voldaan, kan dit ingeval van een concreet beoogde echtscheiding opzij worden gezet.[109]

In de meer recente literatuur wordt veelal volstaan met een verwijzing naar het in deze paragraaf door mij besproken arrest en de hier tevens door mij behandelde literatuur.[110]

Casus

Een echtpaar – ouders van twee jonge kinderen – besluit na enkele mediationgesprekken dat zij niet willen scheiden maar eigenlijk ook niet gehuwd willen blijven.

De achtergrond hiervan is de grote ergernis die in de voorafgaande jaren bij de vrouw is gerezen over de karakterloosheid aan de zijde van haar man. Deze stopt weinig energie in de door hem gedreven onderneming waardoor deze steeds op de rand van faillissement balanceert maar is ook niet bereid om een baan in loondienst te gaan zoeken. Financieel wordt hij tot deze levenswijze in staat gesteld door toelagen van zijn ouders. De vrouw vindt echter dat een man van 43 voor zichzelf dient te zorgen.

---

107 Luijten, 1986 (A), p. 91.

108 De vraag of concrete regelingen die zien op echtscheiding ook bij huwelijkse voorwaarden kunnen worden overeengekomen, wordt besproken in paragraaf 5.4.

109 Ik beantwoord hiermee de door mij in hoofdstuk 4 gestelde vraag of er uiteindelijk veel licht bestaat tussen de opvatting aan de ene kant dat huwelijkse voorwaarden regelingen *in abstracto* betreffen – en derhalve tussen echtgenoten ook onderhandse overeenkomsten kunnen worden gesloten die regelingen *in concreto* bevatten – en het oordeel aan de andere zijde dat een onderhandse overeenkomst tussen echtgenoten slechts mogelijk is indien deze geen gevolgen heeft voor het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten, in ontkennende zin.

110 Vgl. Asser-De Boer, 2010, p. 481 en 482 en Van Mourik, 2009 (C), p. 100 die het standpunt inneemt dat doorslaggevend zou zijn dat het echtscheidingsconvenant in het zicht van echtscheiding wordt aangegaan.

Omdat voor beide echtgenoten de zorg voor het veilig en evenwichtig opgroeien van hun kinderen voorop staat, de vrouw uit hoofde van haar geloofsovertuiging echtscheiding in beginsel afwijst en de man niet wil scheiden omdat hij van zijn vrouw houdt, wordt afgesproken dat de man de echtelijke woning blijft bewonen en de vrouw een ruim appartement in dezelfde buurt zal betrekken, daartoe in staat gesteld door haar schoonouders.

Bij huwelijkse voorwaarden wordt de huwelijksgemeenschap ontbonden en – bij dezelfde notariële akte – worden tevens de echtelijke woning en de aandelen in de besloten vennootschap aan de man toegedeeld.

Bij onderhandse vaststellingsovereenkomst wordt een ouderschapsplan overeengekomen en wordt de verdeling van de overige bestanddelen van de ontbonden huwelijksgemeenschap vastgelegd. Tevens wordt in deze overeenkomst opgenomen dat deze geldt als echtscheidingsconvenant ingeval tussen de echtgenoten toch een scheiding wordt uitgesproken binnen twee jaar na de ondertekening ervan.

5.4 Kan een echtscheiding bij voorbaat worden vormgegeven in premaritale huwelijkse voorwaarden?

5.4.1 Inleiding

Zoals hiervoor is gebleken, kunnen echtgenoten die hun echtscheiding *in concreto* wensen te regelen, hieraan naar geldend recht noch voorafgaand aan, noch in een vroegtijdig stadium van hun huwelijk in volle omvang gevolg geven bij echtscheidingsconvenant. De reden hiervoor betreft artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat stelt dat het dan om een *aanstaande* echtscheiding dient te gaan.

Ingeval zij regelingen *in abstracto* wensen te treffen die een afwijking impliceren van de voor de huwelijksgemeenschap in Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven bepalingen, zullen zij steeds zijn aangewezen op het opstellen van huwelijkse voorwaarden.

In deze paragraaf wordt daarom onderzocht of aanstaande echtgenoten hun echtscheiding desgewenst in alle opzichten bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden zouden kunnen regelen bij wijze van *divorce estate planning*.[111]

De vraag naar de (on)mogelijkheid voor echtgenoten om een overeenkomst te sluiten over het al dan niet verschuldigd zijn van partneralimentatie na een echtscheiding die gehandhaafd kan worden, staat hierbij centraal.

In het voorgaande is eveneens vastgesteld dat huwelijkse voorwaarden zowel regelingen *in abstracto*, als regelingen *in concreto* kunnen bevatten en dat deze zowel openstaan voor regelingen van vermogensrechtelijke aard als voor andere bepalingen.

Tegen deze achtergrond maak ik in het navolgende geen onderscheid tussen abstracte en concrete regelingen en evenmin tussen vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke bepalingen.

111 Dit begrip is voor het eerst gebezigd door Van der Burght; Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 310.

5.4.2 *Achtergrond en zin van premaritale echtscheidingsregelingen bij huwelijkse voorwaarden*

Echtgenoten worden meer en meer *streetwise* en realiseren zich dat ondanks alle goede intenties, een groot aantal huwelijken schipbreuk leidt ruim vóór het tijdstip waarop de ene echtgenoot de andere ontvalt door overlijden.

De wens óók de (vermogensrechtelijke) gevolgen van een onverhoopte echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden te regelen voorafgaande aan de huwelijkssluiting, is derhalve begrijpelijk:

> Sharon en Paul zien hun toekomst nuchter tegemoet. Ze trouwen op huwelijkse voorwaarden, met clausules over hun pensioen en eventuele alimentatie. Ook houden ze hun eigen bankrekening, naast een gezamenlijke rekening.
> Gaan ze er diep in hun hart vanuit dat het misgaat? "Absoluut niet", zegt Paul. "Ik ben alleen nogal territoriaal ingesteld en wil gewoon dat alles zakelijk wordt geregeld. Wees realistisch, de helft van de stellen haalt het niet samen."
> Sharon: "ik werk bij een advocatenkantoor en heb het vaak genoeg zien misgaan. Liever samen overleggen nu je het nog goed kan vinden met elkaar, dan straks met problemen zitten als je uit elkaar bent.[112]

Huwelijkse voorwaarden kunnen slechts worden aangegaan in noodzakelijke relatie tot een aanstaand of een voortgaand huwelijk aldus Luijten.[113] Ik zou hieraan echter willen toevoegen: of tot een *aflopend* huwelijk, aangezien de wet voor huwelijkse voorwaarden geen restrictie bevat zoals voor het echtscheidingsconvenant vastgelegd in artikel 100 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en er zich ook overigens niets tegen verzet te aanvaarden dat (aanstaande) echtgenoten hun echtscheiding bij (premaritale) huwelijkse voorwaarden vormgeven.

Van der Burght stelt in dit verband geen overwegende bezwaren te zien tegen:

> (...) het in zeer ruime mate aan de (aanstaande) echtgenoten toekennen van de bevoegdheid de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk in alle facetten te regelen.[114]

Daarnaast is door mij hiervoor al betoogd dat het huwelijkvermogensrecht en het echtscheidingsrecht nauw met elkaar zijn verbonden en deze in mijn visie in elkaar overlopen.

---

112 NRC *Next*, woensdag 11 april 2007, p. 35.

113 Luijten, 1986 (A), p. 91.

114 Pitlo-Van der Burght/Doek, p. 309. Ook Van Mourik en Verstappen achten het treffen van echtscheidingsregelingen bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden in het algemeen mogelijk; Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 473. Voorts bepaalt de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding in artikel 4 en 5 dat bij huwelijkse voorwaarden kan worden afgeweken van het bepaalde in de desbetreffende wet.

5.4.3 Regelingen ter zake van echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden

De door Luijten destijds gesignaleerde ontwikkeling[115] waarbij echtgenoten in het zicht van de echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden de wettelijke gemeenschap van goederen of een beperkte huwelijksgemeenschap invoeren teneinde de gewenste vermogensverdeling bij echtscheiding te verwezenlijken en ook fiscaal te optimaliseren, zou beschouwd kunnen worden als de opmaat voor *divorce estate planning* in enge zin. In dat geval liggen aan het civielrechtelijk handelen van de echtgenoten voornamelijk fiscale en financiele motieven ten grondslag die zijn verbonden met een concrete echtscheiding.[116]

In het kader van dit onderzoek is echter *divorce estate planning* in brede zin aan de orde, waaronder ik versta het zoveel mogelijk reeds bij voorbaat in goede banen leiden van de vermogensrechtelijke en andere juridisch relevante gevolgen van een eventuele echtscheiding.[117]

Het oogmerk is dan niet zozeer het behalen van fiscaal of ander financieel voordeel maar de nadruk ligt op het treffen van regelingen die recht doen aan de belangen van beide echtgenoten ingeval van echtscheiding, met welke getroffen regelingen zij – in taakstellende zin – in meer of mindere mate ook rekening kunnen houden tijdens hun huwelijk.

Uiteraard kan een beperkte huwelijksgemeenschap niet alleen in het zicht van de echtscheiding worden overeengekomen bij huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan maar is ook heel gebruikelijk dat deze bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden in het leven wordt geroepen.[118]

Zoals in paragraaf 5.2.4 besproken, heeft ook de praktijk van het overeenkomen van een zogenaamd finaal verrekenbeding onder de opschortende voorwaarde van echtscheiding al oude papieren en wordt deze door de Hoge Raad onderschreven.

Voorts is hetgeen hiervoor is opgemerkt over het treffen van regelingen omtrent pensioenrechten in een echtscheidingsconvenant, ook van toepassing ingeval van huwelijkse voorwaarden.

Tevens kunnen echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden overeenkomen dat tussen hen geen enkele vorm van huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap zal bestaan en dat geen verrekening van inkomen en vermo-

---

115 Luijten, 1986 (A), p. 93 en 94

116 De bedoelde rechtshandeling dient formeel nog beschouwd te worden als een regeling *in abstracto* gezien het karakter van de huwelijksgemeenschap. De omvang hiervan staat immers eerst vast op het moment dat deze wordt ontbonden. Vgl. o.a. HR 28 januari 1959, *NJ* 1959, 171. Desalniettemin zal een dergelijke regeling door de echtgenoten uiteraard bedoeld zijn als een concrete regeling waarmee door hen beoogd wordt om een geformuleerde doelstelling betreffende de verdeling van het vermogen bij de voorgenomen echtscheiding te realiseren.

117 Vgl. Schonewille, 2008 (C).

118 Vgl. bijvoorbeeld Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 310.

gen plaats zal vinden, noch tijdens het huwelijk, noch ten tijde van de ontbinding daarvan.[119] Deze zogenaamde *koude uitsluiting* komt kort aan de orde in hoofdstuk 7.

Ook bestaat er geen bezwaar als het gaat om het treffen van voorhuwelijkse regelingen over meer procedurele afspraken voor het geval van echtscheiding zoals bijvoorbeeld omtrent de voortzetting van de bewoning van de echtelijke woning.

Dat in huwelijkse voorwaarden ook familierechtelijke aspecten kunnen worden geregeld wordt door mij betoogd en onderbouwd in hoofdstuk 8.

Bovenstaande korte inventarisatie maakt duidelijk dat door aanstaande echtgenoten reeds voorafgaand aan het huwelijk in alle facetten van een echtscheiding naar eigen inzicht kan worden voorzien. De enige uitzondering hierop betreft het maken van sluitende afspraken over aanspraken op levensonderhoud na echtscheiding, welke opvatting in de literatuur althans veel wordt aangetroffen. Ik weerspreek deze opvatting echter in de volgende paragraaf.

Casus

Een samenwonend paar kiest ervoor om toch in het huwelijk te treden en wenst hun huwelijkse voorwaarden in *premarital mediation* tot stand te brengen.

De man heeft enkele jaren geleden de gevolgen van een echtscheiding in mediation geregeld en bewaart daaraan relatief goede herinneringen.

De vrouw vindt het erg belangrijk om een aantal constructieve gesprekken te voeren over de vormgeving van het huwelijk omdat zij enerzijds ooit aan den lijve heeft ervaren wat het betekent om te vertrouwen op de redelijkheid van een partner en dat vertrouwen beschaamd te zien ten tijde van de scheiding. Anderzijds is haar partner tamelijk bemiddeld en zij in het geheel niet en wil zij er geen misverstanden over laten ontstaan dat zij niet op zijn geld uit is maar desalniettemin een goede regeling wil voor het geval het huwelijk door echtscheiding eindigt.

Beiden beschouwen een echtscheiding als een reëel risico des levens dat ook hun relatie kan treffen en zij willen daarom in hun huwelijkse voorwaarden concrete afspraken maken over de financiële gevolgen die in dat geval aan de orde zijn.

In huwelijkse voorwaarden wordt – voorafgegaan door een uitvoerige considerans – onder meer bepaald dat elke huwelijksgemeenschap behoudens die van de echtelijke woning wordt uitgesloten. Voorts wordt overeengekomen dat het inkomen van de man € 100.000,= netto per jaar wordt geacht te zijn, waarmee de kosten van de huishouding zullen worden betaald, alsmede de aanvullende pensioenopbouw van de vrouw.

Het jaarlijks van het inkomen resterende bedrag valt in gelijke delen toe aan elk van beide echtgenoten. Verder ontvangt de vrouw een nettobedrag ad € 750,= per maand uit de overige inkomsten van de man die verder buiten beschouwing blijven, evenals het eigen inkomen van de vrouw.

In een kort ouderschapsplan worden de zorg- en opvoedingstaken met betrekking tot het kind uit het eerste huwelijk van de man en het gezamenlijke kind van de partners verdeeld, waarbij uitdrukkelijk rekening wordt gehouden met een relatief kleine rol daarin van de man en een relatief grote van de vrouw.

119 Vgl. Van Mourik, 2009 (C), p. 119 e.v..

Voor het geval van echtscheiding wordt aan het voorgaande toegevoegd dat de vrouw dan het recht op toedeling heeft van de echtelijke woning en zij het aandeel van de man in de overwaarde daarvan schuldig kan blijven. Verder wordt voor dat geval elke vorm van vermogensverrekening alsmede van verevening, verrekening of verdeling van pensioenrechten tussen de echtgenoten uitgesloten, evenals de toepasselijkheid van de wettelijke maatstaven ter zake van partneralimentatie. Voorts zal de man dan, naast de kinderalimentatie, de kosten van bewoning van het huis voor zijn rekening nemen bij wijze van partneralimentatie en ook een bedrag ad € 1.000,= bruto per maand aan de vrouw voldoen voor een periode van zes jaren, ook als zij hertrouwt of gaat samenwonen.[120]

Tot slot wordt vastgelegd dat het ouderschapsplan één keer per jaar zal worden besproken en aangepast, waartoe de family mediator de echtgenoten zal uitnodigen en dat het ten tijde van de echtscheiding vigerende ouderschapsplan het ouderschapsplan zal zijn dat wordt bedoeld in artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

5.4.4 De voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst[121]

Nahuwelijkse onderhoudsverplichtingen kunnen ontstaan op grond van het in artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bepaalde; daarbij dienen de artikelen 158 tot en met 160, alsmede 397, 400 en 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek mede in aanmerking te worden genomen.[122]

De Nederlandse wetgever lijkt op het eerste gezicht een enigszins ambiguë houding in te nemen ten aanzien van de wijze waarop de uitkering tot levensonderhoud die de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot verstrekt na de ontbinding van het huwelijk, dient te worden vastgesteld.

De volgorde van de wetsartikelen die dit onderwerp behandelen wekt de indruk dat, waar het betreft de toekenning van partneralimentatie, de rechterlijke tussenkomst van artikel 157 geboden is. Echter, direct aansluitend maakt artikel 158 duidelijk dat echtgenoten ter zake een overeenkomst met elkaar kunnen sluiten.

Dorn stelt dat recht op alimentatie door partijen die gehuwd zijn geweest zelf kan worden vastgesteld, in onderling overleg, maar dat zij dit ook aan de rechter kunnen overlaten.[123]

Aannemelijk is dat dit inderdaad de juiste volgorde is en dat de wetgever niet heeft beoogd om de contractvrijheid van (gewezen) echtgenoten op dit punt terug te dringen door de gerechtelijke procedure voorop te stellen.

---

120 Uiteraard worden alle bedragen jaarlijks geïndexeerd met het inflatiepercentage.

121 De inhoud van deze paragraaf is grotendeels ontleend aan mijn artikel *De voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst revisited. Of: het belang van het opnemen van een considerans in huwelijkse voorwaarden*; Schonewille, 2007 (A).

122 De wetsartikelen van Afdeling 2, Titel 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zijn bij een wetswijziging vernummerd: in dit artikel wordt de huidige nummering aangehouden, derhalve ook waar de desbetreffende artikelen voorheen een ander nummer hadden en zij in dit historisch perspectief worden besproken.

123 Dorn, 2005, p. 276.

Ook Vlaardingerbroek maakt melding van het uitgangspunt dat echtgenoten vrij zijn de financiële gevolgen van hun scheiding zelf te regelen en daartoe een alimentatieovereenkomst te sluiten.[124]

Beoordeeld vanuit het perspectief van contractvrijheid zou vervolgens de vraag kunnen worden gesteld of de wetgever dan wellicht een zeker ontmoedigingsbeleid heeft willen voeren op dit terrein. Dit blijkt echter niet het geval te zijn. De memorie van toelichting van destijds vermeldt op dit punt:

> Aldus is het alimentatierecht losgemaakt van de formele procespositie van partijen en is er meer ruimte voor de rechter om naar billijkheid te beslissen, indien partijen niet in onderling overleg een regeling treffen.[125]

Resteert derhalve te constateren dat artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zowel de rechtsgrond voor de verplichting van echtgenoten om – indien aan de gestelde normen is voldaan – nahuwelijkse alimentatie te betalen omvat, àls de bedoelde voorwaarden zelf,[126] àls één van de beide wijzen waarop de desbetreffende verplichting kan worden gematerialiseerd. Dit valt te betreuren. Wetssystematisch bezien hadden hier bepaald helderder keuzen gemaakt kunnen worden.

Van Mourik wijst op het dwingende karakter van de onderhoudsplicht van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, dat in zijn opvatting logischerwijs doorklinkt in de in artikel 157 geformuleerde posthuwelijkse solidariteit omdat, ware dit anders, deze tijdens het huwelijk bestaande onderhoudsplicht sterk zou worden gerelativeerd.[127] Het voert echter te ver om te spreken van afdwingen zoals schrijver in dit verband doet. Van een absoluut *Gij zult alimentatie betalen* is immers geen sprake. Zoals eerder is gebleken, kan in het algemeen ook worden gesteld dat dwingend recht een diffuus begrip is.[128]

Weliswaar bevat de tekst van artikel 158 beperkende elementen, doch dwingend recht is – anders dan als echo van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, in welke echo uiteraard ook het rechtsbeginsel van solidariteit doorklinkt – in het geheel niet aan de orde.

---

124 Vlaardingerbroek, 2004, p. 141. Voorts wijst De Boer op de vergaande vrijheid die de wetgever hier aan de echtgenoten heeft verleend; Asser-De Boer, 2010, p. 536

125 *TK* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 13. Langemeijer schijnt echter een andere opvatting toegedaan te zijn in zijn conclusie bij HR 12 oktober 1973, *NJ* 1974, 271, stellende: *(…) nu toch de taak om te beoordelen wat in het individuele geval redelijk is (...) primair aan de rechter is toevertrouwd (…).*

126 Opgemerkt moet in dit verband worden dat ook ingeval van (gewezen) echtgenoten normen ontleend worden aan in Titel 17 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen bepalingen, zoals bijvoorbeeld aan artikel 397 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dat *draagkracht* als norm noemt, een norm die niet staat vermeld in artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

127 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 671.

128 H.J. Snijders, 1999, p. 153 e.v..

Bepaald wordt immers dat echtgenoten vóór of na de beschikking tot echtscheiding bij overeenkomst kunnen bepalen of, en zo ja tot welk bedrag, na de echtscheiding de één tegenover de ander tot een uitkering tot diens levensonderhoud zal zijn gehouden.

In de eerste plaats wordt hiermee duidelijk gemaakt dat het aangaan van de bedoelde overeenkomst in elk geval gedurende de gehele duur van het huwelijk mogelijk is, alsook nog na de beschikking tot echtscheiding. De tekst lijkt door het gebruik van de term 'echtgenoten' echter grenzen te stellen waar dit begrip het aangaan van voorhuwelijkse overeenkomsten ter zake van alimentatie, alsmede van overeenkomsten die worden gesloten na de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking, uitsluit.[129]

Wat betreft de eerste categorie wordt thans op grond van twee uitspraken van de Hoge Raad[130] veelal aangenomen dat het voorafgaand aan de huwelijkssluiting slechts mogelijk is om een nahuwelijkse onderhoudsverplichting overeen te komen die gelijk is aan of hoger dan de wettelijke alimentatie.[131]

Andersluidende afspraken zijn in deze visie nietig wegens strijd met het in de *lex generalis* – artikel 400, lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek –, bepaalde, dat overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, verbiedt. De Hoge Raad overweegt in zijn genoemde arrest uit 1980 daaromtrent:

> Bij het maken van de in art. 158 vervatte uitzondering hebben aan de wetgever uitsluitend voor ogen gestaan overeenkomsten door echtelieden tijdens hun huwelijk aangegaan met het oog op een voorgenomen echtscheiding. Dat vloeit niet alleen voort uit de bewoordingen van het artikel (…). Het blijkt tevens uit het bepaalde in het tweede lid van art. 159 Boek 1, met welk artikel volgens de MvT art. 158 nauw verband houdt.

De Boer voert in dit verband aan dat toelating van een overeenkomst waarbij reeds vóór het huwelijk iedere alimentatieplicht wordt uitgesloten, een ander huwelijkstype zou introduceren waarover de wetgever zich zou dienen uit te spreken, gezien de verstrekkende implicaties.[132]

Ik meen dat deze opvatting weinig overtuigend is. Het komt mij voor dat de wetgever alleen een taak zou hebben indien een wezenskenmerk van het huwelijk geëcarteerd wordt, zoals bijvoorbeeld aan de orde is geweest ten aanzien van het schrappen van de samenwoonverplichting van echtgenoten in 2001.[133]

---

129 Van der Burght meent wat betreft de tweede categorie echter dat ex-echtgenoten na inschrijving van de echtscheidingsbeschikking zonder meer een overeenkomst als bedoeld in artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek met elkaar kunnen aangaan; Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 308.

130 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363 m.nt. EAAL en HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352.

131 Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 309; in deze zin eveneens de daar aangehaalde auteurs.

132 Asser-De Boer, 2010, p. 537.

133 De Boer lijkt zich elders ook in deze zin uit te spreken: Asser-De Boer, 2010, p. 179 en 180.

Van ecartering van het principe van de nahuwelijkse zorgplicht is naar mijn oordeel in het geheel geen sprake indien echtgenoten in de gelegenheid zouden zijn om deze voorafgaande aan hun huwelijk uit te sluiten dan wel naar eigen inzicht te modelleren. Het principe blijft dan immers overeind als uitgangspunt van regelend recht.[134]

Bovenstaande zienswijze van de Hoge Raad leidt in de eerste plaats tot de vraag wat onder het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud dient te worden verstaan, nu de wet ter zake van nahuwelijkse alimentatie slechts impliciet een norm stelt en daarmee geen duidelijkheid verschaft omtrent hetgeen daadwerkelijk verschuldigd is door de ene ex-echtgenoot aan de andere.

Wortmann is van oordeel dat met deze wettelijke maatstaven, voor zover betrekking hebbend op de uitkering tussen (gewezen) echtgenoten, gedoeld wordt op de grotendeels door de jurisprudentie – op basis van de artikelen 81, 84 en 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – ontwikkelde regels.[135] Die lijn volgend, zou aangenomen moeten worden dat dan in praktisch opzicht mag worden aangesloten bij de (uitkomst van de) door de Werkgroep Alimentatie-

134 Ik laat het bepaalde in artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek buiten beschouwing omdat ik deze bepaling zie als een *Fremdkörper* die zich buiten het door de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bestreken gebied bevindt. Gesteld kan worden dat het artikel uitdrukking geeft aan de gedachte dat de financiële gevolgen van een echtscheiding niet op de algemene middelen mogen worden afgewenteld, nu deze ook bij de gewezen partner kunnen worden gelegd indien deze tenminste voldoende draagkracht heeft. Het artikel legt daarmee echtgenoten een vorm van solidariteit jegens de maatschappij op. Een andere visie hierop is naar mijn mening zeer wel verdedigbaar. In deze zienswijze zou na echtscheiding sprake zijn van een *clean break* die ertoe leidt dat beide gewezen echtgenoten na het verbreken van de huwelijksrelatie met een schone lei kunnen beginnen. Indien een ingezetene na echtscheiding met te weinig middelen van bestaan achterblijft, kan deze een beroep doen op de geldende sociale voorzieningen. In dit verband is relevant dat een onderhoudsverplichting ingeval van gewezen echtgenoten die tevens ouders van minderjarige kinderen zijn, de ouderrelatie tussen de desbetreffende ex-echtgenoten sterk onder druk pleegt te zetten, deze in zeer veel gevallen als onrechtvaardig wordt ervaren door de betalende partij omdat bijvoorbeeld de ontvangende partij de echtscheiding heeft veroorzaakt of gewild en ook omdat er soms aan de zijde van de ontvangende partij een afhankelijkheid ontstaat die onwenselijk is omdat deze het op eigen benen staan niet bevordert. Ik merk hier nog op dat de huidige Wet werk en bijstand de uitkeringsgerechtigde prikkelt om snel zelf in het eigen levensonderhoud te voorzien. Voorts wijs ik erop dat voor ongehuwd samenwonende partners na scheiding geen belemmering bestaat om een beroep te doen op een bijstandsuitkering, waardoor thans *de facto* gelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Ook vormt de bepaling een hindernis in die gevallen waarin de echtgenoten een finale regeling willen treffen door een partneralimentatieverplichting af te kopen en deze afkoop te betrekken bij de overigens door hen te treffen financiële afspraken. In hoofdstuk 9 verdedig ik bij wijze van middenweg een vorm waarin tussen gewezen partners alleen een kortdurende verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud ontstaat na scheiding ingeval – kort gezegd – het gekozen of geleefde *Ehetyp* daartoe aanleiding geeft.

135 Wortmann en Van Duijvendijk-Brand, 2009, p. 259.

normen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak aanbevolen wijze van berekening, die op de bedoelde jurisprudentie is gebaseerd.[136]

Van Mourik wijst op de onhanteerbaarheid van de desbetreffende maatstaven in de periode voorafgaande aan de huwelijkssluiting, daarbij vermoedelijk in gedachten houdend dat deze gewoonlijk huwelijksgerelateerd worden toegepast.[137]

Hetzelfde argument van onhanteerbaarheid heeft mijns inziens echter ook te gelden gedurende de gehele huwelijkse periode, zij het dat het aan kracht inboet naarmate de beëindiging van het huwelijk dichter in het verschiet ligt. Waar de wettelijke normen onhanteerbaar zijn (vlak) voorafgaande aan de huwelijkssluiting, zullen zij dat immers *ipso facto* evenzeer zijn kort daarna alsmede op latere tijdstippen tijdens het huwelijk.

5.4.4.1 Wetsgeschiedenis

Artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is neutraal geformuleerd waar het echtgenoten de vrijheid biedt overeen te komen of, en zo ja tot welk bedrag nahuwelijkse alimentatie zal worden betaald.

Niettemin maakt de wetsgeschiedenis duidelijk dat de bepaling met name ook is bedoeld om een zogenaamd nihilbeding mogelijk te maken, zulks in lijn met het voordien geldende recht.[138] Hieronder wordt verstaan een overeenkomst waarbij de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot afziet van nahuwelijkse alimentatie.

Ook in de beide hiervoor aangehaalde door de Hoge Raad gewezen arresten was sprake van een nihilbeding. Dit gegeven doet vervolgens de vraag rijzen of de hiervoor behandelde bezwaren ook standhouden ingeval de door de echtgenoten gesloten overeenkomst een andere strekking heeft.

Het genoemde bezwaar van De Boer moet uitdrukkelijk tegen de achtergrond van het nihilbeding worden verstaan. Van Mourik maakt – evenmin als andere schrijvers – het bedoelde onderscheid met zoveel woorden. Het wordt uit de context desalniettemin duidelijk dat hun commentaar vooral het voorhuwelijks aangaan van een nihilbeding door echtgenoten betreft.

Interessant is in dit kader nog de kanttekening van Vranken. Deze merkt in zijn conclusie bij het genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1996 op dat:

> (…) zich in casu niet de situatie voordoet dat het overeengekomen nihilbeding beantwoordt aan de wettelijke maatstaven. In dat geval zou (…) het beding wèl geldig zijn geweest.

Ik breng hier ook in herinnering dat artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek het afzien van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud bedreigt met nietigheid.

---

136 De zogenaamde *Tremanormen*.

137 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 474.

138 Minister Polak merkt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel hierover op: *Ook moet worden bedacht dat de uitsluiting van de onderhoudsplicht, afgezien van de vorm van de regeling van het ontwerp, niets nieuws bevat*; (…)'. *TK* 1970/71, 10 213, nr. 6, p. 12.

Nu de wet slechts bepaalt dat nahuwelijkse alimentatie in beginsel is verschuldigd, zou ook kunnen worden geconcludeerd dat dit artikel uitsluitend betrekking kan hebben op het zogenaamde nihilbeding, derhalve een clausule waarin door de ene echtgenoot afstand wordt gedaan van het recht op nahuwelijkse alimentatie als zodanig.

De vraag rijst nu of de contractvrijheid van echtgenoten op het terrein van de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst zou moeten worden verruimd.

Van der Burght[139] stelt in dit verband dat de rechter in dat geval altijd nog kan ingrijpen uit hoofde van het bepaalde in de artikel 2, 248 en 258 Boek 6 Burgerlijk Wetboek:

> Immers, tussen de echtelieden gelden niet alleen de overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (…). Bij de vaststelling van de inhoud van de rechtsverhouding op het moment van de echtscheiding moet men mee overwegen het feit dat partijen destijds van oordeel waren, dat tussen hen geen (of een lagere) posthuwelijkse verzorgingsplicht behoorde te bestaan en dat gegeven afzetten tegen de inmiddels ontstane omstandigheden: art. 159. Deze rechterlijke toetsing kan leiden tot een vaststelling van de inhoud van de huwelijksvoorwaarden, die afwijkt van de letterlijke tekst (…).

Van der Burght bepleit derhalve in wezen vernietigbaarheid in plaats van nietigheid. Naar mijn mening vereist dit een op zich verdedigbare ruimere interpretatie van de uitzondering die artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek vormt op het bepaalde in artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, die tot stand komt door onder het in artikel 158 gebezigde begrip 'echtgenoten' ook 'aanstaande echtgenoten' te verstaan.

De Hoge Raad bevestigde echter laatstelijk in 1996 dat zijn uitspraak uit 1980 nog niet aan actualiteit had ingeboet, overwegend dat daartoe geen reden zou bestaan.[140] Dit brengt vermoedelijk mee dat de hiervoor geciteerde centrale overweging uit dat arrest onverminderd toepassing vindt in de opvatting van de Hoge Raad. Zeker is echter dit niet omdat een gelijkluidende overweging ontbreekt en er wordt volstaan met een verwijzing naar het eerdere arrest.

Nu sedert het verschijnen van het laatstgenoemde arrest inmiddels ruim vijftien jaren zijn verstreken, zal derhalve een nieuwe uitspraak moeten worden afgewacht. De besproken geharnaste stellingname van de Hoge Raad lijkt echter weinig ruimte te bieden aan een ommezwaai op dit terrein, met name ook omdat de motivering is gegrond op een grammaticale en wetshis-

---

139 Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 309.

140 HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352. A-G Vranken werpt in zijn conclusie (onder nr. 7) licht op dit standpunt door te stellen dat de in het desbetreffende arrest gehanteerde argumenten nog steeds gelden en niet door veranderingen of ontwikkelingen elders zijn aangetast; hij voert voorts aan dat degenen die aanvankelijk een ander standpunt innamen dit later evenmin hebben herhaald. De A-G sluit echter niet uit dat de discussie over dit thema opnieuw zal oplaaien en toont zich hierin profetisch.

torische uitleg van de wettekst. Uiteraard dient de vraag te worden gesteld of die onderbouwing gerechtvaardigd is.

De memorie van toelichting maakt waar het betreft de wetsgeschiedenis van artikel 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een aantal zaken duidelijk.

In de eerste plaats betreft dit het feit dat de wetgever heeft beoogd om met het stelsel van artikel 157 en 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te bepalen dat ook een nihilbeding geldig kan worden aangegaan. Vervolgens wordt met zoveel woorden gesteld dat het adagium *pacta sunt servanda* in dit opzicht het uitgangspunt vormt.

De wetgever heeft willen bewerkstelligen dat de destijds bestaande bevoegdheid van de rechter om in elke tussen partijen gemaakte alimentatieafspraak in te grijpen wegens gewijzigde omstandigheden, zou worden beperkt:

> De voorgestelde regeling strekt tot grotere bescherming van de economisch zwakste, tot alimentatie gerechtigde partij, maar zij voorkomt tevens dat de tot alimentatie verplichte partij slachtoffer wordt van het vermeerderen van de eisen van de wederpartij.[141]

Verder wordt melding gemaakt van een aantal veiligheidskleppen dat in artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is ingebouwd: het vereiste dat het beding van onvatbaarheid voor wijziging schriftelijk moet worden aangegaan, alsmede de voor uitzonderlijke gevallen opgenomen wijzigingsmogelijkheid door de rechter van artikel 159 lid 3.

Lid 2 van artikel 159 stelt daarnaast dat het niet-wijzigingsbeding dat is overeengekomen voorafgaand aan het indienen van het verzoek tot echtscheiding, vervalt, indien dit verzoek niet binnen drie maanden volgend op het maken van het beding is ingediend.

Naar mijn oordeel heeft de wetgever destijds primair de contractvrijheid van echtgenoten willen vergroten en heeft deze alleen ingeval partijen een beding van niet-wijziging aan hun alimentatieovereenkomst wensen te koppelen, enkele beperkingen gesteld.

Uit de genoemde regeling van artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zou voorts kunnen worden afgeleid dat de sanctie van het vervallen van het niet-wijzigingsbeding uitsluitend geldt voor een niet-wijzigingsbeding dat is aangegaan in een concrete echtscheidingssituatie, en dus niet voor niet-wijzigingsbedingen die door de echtgenoten op andere momenten zijn gemaakt.

Resteert het punt van de grammatica. De wetsgeschiedenis laat zich er niet over uit of doelbewust is gekozen voor de term 'echtgenoten' en geeft derhalve geen aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag of deze term 'aanstaande echtgenoten' uitsluit. In dit verband moet er op worden

141 *TK* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 24.

gewezen dat de wet in het algemeen niet consequent is waar het betreft het maken van het desbetreffende onderscheid.[142]

Het feit dat de Hoge Raad in diens arrest van 1996 slechts verwijst naar de eigen uitspraak uit 1980, zou hem mitsdien een ontsnappingsmogelijkheid kunnen bieden teneinde alsnog te komen tot een uitleg die recht doet aan de toenmalige bedoelingen van de wetgever.

5.4.4.2 Opvattingen vóór HR 7 maart 1980

Het is interessant om kennis te nemen van opvattingen die in de literatuur naar voren zijn gebracht over de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst voordat de Hoge Raad in 1980 zich uitliet over de vraag of deze geldig is.

In 1978 vond een discussie plaats tussen Hidma en De Jong die de kern van de onderhavige problematiek raakt.[143]

Hidma verdedigt in diens genoemde bijdragen de stelling dat partijen voorafgaande aan hun huwelijk kunnen vastleggen dat er na de echtscheiding geen sprake zal zijn van enige vorm van alimentatie, daartoe aanvoerend dat noch de woorden van de wet, noch de goede zeden daaraan in de weg staan. Tevens constateert hij dat uit de door artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aan het niet-wijzigingsbeding verbonden geldigheidstermijn van drie maanden, *a contrario* kan worden afgeleid dat er mitsdien aan de alimentatieovereenkomst zelf geen beperkingen waren gesteld door de wetgever.

Het gevaar dat het eerste en het vijfde lid van artikel 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek op zouden kunnen leveren voor de door de echtgenoten gesloten (voorhuwelijkse) alimentatieovereenkomst is, zo leidt Hidma af uit een arrest van de Hoge Raad,[144] niet aanwezig indien de echtgenoten de wettelijke maatstaven niet tot richtsnoer hebben willen nemen: afwijking of grove miskenning daarvan is dan überhaupt niet aan de orde.

Hidma stelt voorts dat het derde lid van artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek evenmin een rol speelt naar de letter van de tekst beoordeeld. Echtgenoten die bewust afwijken van de wettelijke maatstaven hebben immers geen niet-wijzigingsbeding nodig om aan de werking van het eerste en vijfde lid van artikel 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te ontkomen. Anderzijds acht hij de gelijkenis met de algemene imprévisionregeling echter te groot om in het geheel geen betekenis toe te kennen aan het derde lid van artikel 159 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

De Jong bestrijdt de visie van Hidma, daartoe de bijzondere aard van de alimentatieverhouding aanvoerend. Zij meent voorts dat het criterium 'wettelijke maatstaven' in het kader van de door partijen gesloten alimentatieovereenkomst in het geheel niet is te handhaven omdat de wetgever partijen immers bewust de vrijheid heeft toegekend zelf de uitkering vast te stellen.

142 Zie hiervoor de conclusie van A-G Franx bij het arrest uit 1980.
143 Hidma, 1979 (A), p. 170-172; De Jong, 1979, p. 552-555; Hidma, 1979 (B), p. 556-557.
144 HR 15 november 1974, *NJ* 1976, 122

De Jong treft evenmin beletselen aan in wettekst en wetsgeschiedenis die aan een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst in de weg staan, maar ziet door de drie maandentermijn van artikel 159 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek anderzijds geen mogelijkheden om daaraan een niet-wijzigingsbeding toe te voegen dat stand houdt.

Zij komt vervolgens tot de conclusie dat daardoor de hoofdregel van artikel 401 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek van toepassing zal zijn op de door partijen gesloten alimentatieovereenkomst en is van oordeel dat de door Hidma aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1974 – die aan het vijfde lid van artikel 401 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een zeer beperkte werking toekent –, niet mag worden uitgebreid tot het eerste lid van dit artikel.

De Jong stelt zich met andere woorden op het standpunt dat alleen wanneer partijen in hun concrete situatie welbewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven – het geval waarop artikel 401 lid 5 Boek 1 Burgerlijk Wetboek doelt –, de rechter niet tot aanpassing van de desbetreffende (voorhuwelijkse) overeenkomst kan overgaan indien die situatie zich tijdens het huwelijk niet heeft gewijzigd. Dit is in haar visie niet anders indien partijen in hun overeenkomst een aantal omstandigheden als zijnde door hen voorzien opvoeren zoals voorgesteld door Hidma.

Het debat overziend kan worden gesteld dat Hidma en De Jong uiteindelijk slechts van mening verschillen over het antwoord op de vraag of ook artikel 401, lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek door de echtgenoten opzij kan worden gezet. Hidma is ten aanzien van dit laatste punt overtuigender in zijn argumentatie. Hij maakt daarin duidelijk dat indien een overeenkomst bij het aangaan daarvan niet voldoet aan de wettelijke maatstaven omdat partijen daarvan bewust zijn afgeweken – hetgeen wordt gesanctioneerd door de Hoge Raad in genoemd arrest –, deze overeenkomst later niet alsnog zal gaan voldoen aan de wettelijke maatstaven. Dit impliceert vanzelfsprekend dat de rechter de wettelijke maatstaven dan evenmin als toetsingsmaatstaf kan aanleggen.

Minkenhof[145] markeert in haar beschouwing over het destijds nieuwe echtscheidingsrecht drie interessante punten.

De eerste is dat de invoering van dit nieuwe echtscheidingsrecht ertoe heeft geleid dat er in veel mindere mate sprake is van een sterkste partij bij de echtscheiding, waardoor het stellen en doorzetten van onredelijke eisen eveneens veel minder vaak zal voorkomen.

In de tweede plaats meent zij dat een rechter niet snel hetgeen door partijen is overeengekomen opzij zal kunnen zetten op grond van artikel 159, derde lid Boek 1 Burgerlijk Wetboek, als blijkt dat de ingrijpende wijziging van omstandigheden door partijen is voorzien, dit ondanks het feit dat volgens haar dit artikel niet spreekt over onvoorziene omstandigheden; indien

145 Minkenhof, 1971, p. 97.

partijen wel hadden kunnen voorzien maar dat niet hebben gedaan, kan de rechter wel tot wijziging overgaan.[146]

Tot slot merkt ook zij op dat er eigenlijk geen wettelijke maatstaven zijn die zien op het onderhoud tussen echtgenoten en gewezen echtgenoten:

> (...) Natuurlijk gelden de maatstaven van artikel 397 ook voor echtgenoten en gewezen echtgenoten, alleen gelden daarnaast ook andere factoren en daaronder dan ook dat de echtgenoten vrij zijn de uitkering zelf vast te stellen. Dat is ook een "maatstaf van de wet". Er zal alleen duidelijk moeten blijken dat de echtgenoten welbewust die uitkering lager of hoger dan normaal hebben vastgesteld.[147]

5.4.4.3 Lagere rechtspraak omtrent de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst

In de lagere rechtspraak springt een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in het oog.[148]

Omdat naar mijn mening niet uitgesloten moet worden dat met deze uitspraak een nieuwe koers is ingezet, is een meer gedetailleerde bespreking van deze beschikking geboden.

De casus betreft de echtscheiding van een echtpaar, gehuwd in 1996, dat in hun voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking opgemaakte huwelijkse voorwaarden een artikel had opgenomen dat onder meer bepaalt:

> (…) Voorts verklaren partijen te zijn overeengekomen dat in geval hun huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden, geen van hen jegens de ander aanspraak zal maken op alimentatie.

Nadat de rechtbank heeft geconcludeerd dat aan de vrouw moet worden toegegeven dat het stelsel van de wet, neergelegd in artikel 400 tweede lid juncto 158 Boek 1 Burgerlijk Wetboek leidt tot nietigheid van de geciteerde bepaling – daarbij met zoveel woorden refererend aan de beide hiervoor besproken uitspraken van de Hoge Raad waarin deze zienswijze is neergelegd –, overweegt zij vervolgens echter:

> De bijzondere omstandigheden van het geval kunnen evenwel meebrengen dat een beroep op deze nietigheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De rechtbank laat een nadere motivering van haar visie achterwege met betrekking tot de wetsartikelen waarop deze is gebaseerd. Aangenomen moet daarom worden dat het bepaalde in het tweede lid van artikel 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek ten grondslag ligt aan de desbetreffende beschikking.

De rechtbank blijkt derhalve van oordeel te zijn dat ook een vermeend dwingendrechtelijke wetsbepaling kan worden *overruled* indien is voldaan aan de door artikel 248 lid 2 gestelde criteria.

---

146 Minkenhof, 1971, p. 72. Deze laatste interpretatie wordt overigens door Hidma bestreden, stellende dat indien partijen hadden *kunnen* voorzien, dan niet aan de orde kan zijn dat een van hen later naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan het beding mag worden gehouden; Hidma, 1979 (A), p. 172.

147 Minkenhof, 1971, p. 72 e.v..

148 Rb. Zwolle-Lelystad 20 juli 2005, *RFR* 2006, 46.

Hartkamp bevestigt dat het artikel deze strekking kan hebben, voor de motivering van zijn zienswijze verwijzend naar enkele arresten van de Hoge Raad, waarin echter wel hoge eisen worden gesteld aan de desbetreffende derogatie.[149]

Vervolgens somt de rechtbank een grote hoeveelheid relevante bijzondere omstandigheden op: het feit dat partijen gedurende zeven jaren voorafgaand aan hun huwelijk hebben samengewoond, het leeftijdsverschil – de man was ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden 57, de vrouw 46 –, de omstandigheid dat beide partijen eerder gehuwd waren geweest en ieder van hen kinderen uit het eigen eerdere huwelijk had, de man langjarige – en ten tijde van de echtscheiding nog steeds bestaande – alimentatieverplichtingen had jegens zijn eerste echtgenote (waarover bovendien enkele voor de man emotioneel belastende procedures waren gevoerd), partijen de geciteerde bepaling wensten te handhaven in hun huwelijkse voorwaarden ondanks het feit dat de (kandidaat-)notaris die bij de totstandkoming van de akte was betrokken (schriftelijk) had laten weten niet te kunnen garanderen dat de rechter deze in het voorkomende geval zou aanvaarden, beide partijen zowel in de voorhuwelijkse periode als tijdens het huwelijk (vrijwel) full time hebben gewerkt op grond waarvan de rechtbank aanneemt dat de huwelijkse situatie als zodanig geen aanmerkelijke invloed heeft gehad op de verdiencapaciteit van de vrouw, de arbeidsongeschiktheid van de vrouw is ontstaan door RSI, rug- en knieklachten, ten aanzien waarvan niet aannemelijk is gemaakt dat deze verband houden met haar zorgtaken voor de man tijdens het huwelijk en tot slot het gegeven dat de man ten tijde van de gevraagde beschikking 66 was en de vrouw 56.

De rechtbank overweegt dan:

> Deze omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, brengen de rechtbank tot de conclusie dat partijen destijds kennelijk uitdrukkelijk hebben beoogd uiting te geven aan hun wens om zowel tijdens als na het huwelijk geen financiële afhankelijkheid jegens elkaar te scheppen, alsmede dat de vrouw zich ten tijde van het ondertekenen van de akte huwelijkvoorwaarden volledig bewust was van deze strekking.[150]

Vervolgens wordt het accent gelegd:

> Mede gezien de verander(en)de maatschappelijke opvattingen over de financiële zelfstandigheid van (ex-) partners, met name ook wanneer – zoals in casu – geen sprake is van zorgverplichtingen jegens (jonge) kinderen, is deze wens ook niet zeer bijzonder of opmerkelijk te noemen.

149 Vgl. Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 352 e.v. en de daar aangehaalde literatuur.

150 Dat de rechtbank in deze zaak met name oog voor de man lijkt te hebben, blijkt voorts wanneer zij tevens overweegt dat juist de concrete ervaringen van de man met de tegengestelde situatie jegens zijn eerste echtgenote, de in het geding zijnde bepaling uit de huwelijkse voorwaarden zeer *invoelbaar* maken.

Het lijdt naar mijn oordeel geen twijfel dat de rechtbank er de voorkeur aan zou hebben gegeven te komen tot een meer principiële uitspraak, gezien de bepaald uitvoerige motivering van haar beschikking, doch zich – kennelijk onbekend met het feit dat De Hoge Raad de echtscheidingswet van 1971 op dit punt verkeerd heeft uitgelegd –, daarin gedwarsboomd zag door diens op dit terrein vigerende jurisprudentie.

Een andere uitspraak inzake een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst die kort vermelding verdient, is gedaan door de rechtbank Den Haag[151]

In deze zaak ging het om naar Duits recht gesloten (voorhuwelijkse) huwelijkse voorwaarden waarin de echtgenoten hadden bepaald dat ingeval van echtscheiding en wederkerig *den gegenseitigen und vollständigen Verzicht auf die Gewährung nachehelichen Unterhalts, auch für den fall der Not* tussen hen zou gelden.

De rechtbank concludeert – na ampele overwegingen omtrent de internationaal-privaatrechtelijke aspecten –, dat naar Duits recht voorafgaand aan het huwelijk rechtsgeldig afstand kan worden gedaan van het recht op partneralimentatie, zodat het beroep van de man op de desbetreffende clausule leidt tot het verlies van de vrouw van het recht op partneralimentatie.

De rechtbank betrekt in haar beschouwingen de mogelijkheid dat de door partijen ter zake gesloten overeenkomst in strijd is met de goede zeden, alsmede de mogelijkheid dat een beroep van de man op het nihilbeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, maar komt op procesrechtelijke gronden helaas niet toe aan een afweging op deze punten omdat de man onweersproken stelt dat in het Duitse familierecht groot belang wordt gehecht aan de contractvrijheid van partijen, die – naar hij aanvoert – wordt gewaarborgd door artikel 6 lid 1 van de Duitse grondwet.[152]

5.4.4.4 Beoordeling

Vanzelfsprekend dient niet op lichtvaardige wijze te worden omgesprongen met het opzij zetten van een – in de visie van de Hoge Raad in 1996 – uit de wet voortvloeiende nietigheid, op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Niettemin behoeft de omstandigheid dat een wezenskenmerk van het huwelijk in het geding zou zijn, hier naar mijn mening als zodanig niet in de weg te staan aan toepassing van de artikelen 2, lid 2 en 248 Boek 6, lid 2 Burgerlijk Wetboek.

---

151 Rb. Den Haag 21 augustus 2006, *LJN* AY8308.

152 Dat de man vermoedelijk wel op de hoogte was met de recente *relativering* van de vergaande contractvrijheid van echtgenoten door het *Bundesverfassungsgericht* en het *Bundesgerichtshof*, blijkt uit het feit dat deze in zijn verweerschrift kennelijk uitvoerig heeft betoogd dat in casu de huwelijkse voorwaarden niet het resultaat zijn geweest van de *overheersing door de ene echtgenoot van de andere echtgenoot* (omdat de vrouw een universitaire graad heeft en in het verleden een vaste dienstbetrekking heeft gehad), waarmee een centrale rechtsoverweging van het *BVerfG* wordt geciteerd. Zie over de desbetreffende ontwikkeling in Duitsland zeer uitvoerig hoofdstuk 6.

Ik herhaal daartoe dat van het schrappen van het principe van de nahuwelijkse zorgplicht immers geen sprake is indien echtgenoten in de gelegenheid zouden zijn om deze voorafgaande aan hun huwelijk uit te sluiten dan wel naar eigen inzicht te modelleren.

Een ondersteunend argument wordt in dezen gevormd door de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Deze wet stelt voorop dat tijdens het huwelijk opgebouwd pensioen gelijkelijk toekomt aan beide echtgenoten maar laat hen vrij om dit uitgangspunt voorafgaand aan hun huwelijk opzij te zetten. Naar mijn oordeel liggen partneralimentatie en pensioen in elkaars verlengde en valt niet goed te begrijpen waarom het ene thema zich niet zou lenen voor premaritale afwijkende afspraken en het andere wel.

Hartkamp[153] stelt dat bij het oordeel over de vraag of het beroep op de wettelijke (nietigheids)bepaling onaanvaardbaar is, de aard van de bepaling dient te worden meegewogen, waarbij met name gedacht moet worden aan de aard van het belang dat de dwingendrechtelijke regel beoogt te beschermen.

Indien nu wordt aangenomen dat het tweede lid van artikel 400 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in de eerste plaats het belang dient dat ieder der echtgenoten heeft om een uitkering tot levensonderhoud te ontvangen als daartoe behoefte bestaat (hierin klinkt het rechtsbeginsel van de solidariteit door), moet ook worden aanvaard dat de rechter niet zeer terughoudend behoeft te zijn in het niet-honoreren van een beroep van een echtgenoot op artikel 400, lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, in het geval de echtgenoten bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden welbewust geheel of gedeeltelijk hebben afgezien van partneralimentatie.

Dit is te meer het geval nu voor de rechter het bewandelen van een meer koninklijke weg vooreerst – zoals ik heb aangetoond: ten onrechte – lijkt te zijn afgesloten door de Hoge Raad.

Ik wijs in dit verband nog op de verplichte tussenkomst van de notaris ingeval van het aangaan van huwelijkse voorwaarden, die uitdrukkelijk mede strekt tot bescherming van de partijen bij de akte.[154] Indien partijen na *belehrt* te zijn door de notaris, er welbewust voor kiezen zich niet te storen aan het bepaalde in artikel 400, tweede lid, behoeft een rechter mijns inziens derhalve aanmerkelijk minder terughoudend te zijn in het toepassen van artikel 248, tweede lid Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

Als een beroep op de nietigheid van hetgeen voorafgaande aan het huwelijk werd overeengekomen van de hand wordt gewezen, speelt nog de vraag of wat is afgesproken daarmee dan rechtsgeldig is.[155]

Zoals ook duidelijk naar voren komt in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, zou een echtgenoot kunnen stellen dat de prehuwelijkse alimentatieovereenkomst strijdt met de goede zeden of

153 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 354.

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

155 Ik laat hierbij de (mogelijk bestaande) rechtsfiguur 'het niet geldend kunnen maken van een aanspraak' buiten beschouwing. Vgl. HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 (*Breezand/Veere*) en Bartels, 2004, p. 78 e.v..

de openbare orde, alsmede dat sprake is geweest van misbruik van omstandigheden of een ander wilsgebrek.[156]

Het eerste wordt, meen ik, door niemand meer verdedigd en of sprake is van het tweede dient in elk afzonderlijk geval te worden beoordeeld, waarbij echter terughoudendheid op zijn plaats is.[157]

Tot slot dient een rechter vanzelfsprekend te beoordelen of de alimentatieregeling ook rechtsgevolgen heeft die voortvloeien uit onder meer de eisen van redelijkheid en billijkheid: artikel 248 lid 1 Boek 6 lid 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede of onvoorziene omstandigheden moeten leiden tot aanpassingen van de overeenkomst: artikel 258 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

De zorgvuldige motivering van de rechtbank Zwolle-Lelystad zou derhalve gemaakt moeten worden in deze context – zoals naar Duits recht wordt geïllustreerd door de aangehaalde uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage – en geeft dan een goed inzicht in de wijze waarop aan een dergelijke afweging gestalte zou kunnen worden gegeven, uitgaande van de partijautonomie van partijen.

Het geheel overziend kan in de eerste plaats worden vastgesteld dat de wetgever eind jaren zestig van de vorige eeuw heeft beoogd de contractvrijheid van partijen ter zake van het sluiten van alimentatieovereenkomsten aanmerkelijk te vergroten. Dit rechtsbeginsel is door de wetgever voorop gesteld en er werden slechts enkele veiligheidsmechanismen aangebracht voor het geval partijen – opererend *binnen* de wettelijke maatstaven – tevens een niet-wijzigingsbeding wilden aangaan.

In de literatuur uit de periode na de invoering van de nieuwe echtscheidingswetgeving en vóór het eerste arrest van de Hoge Raad, wordt de voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst mogelijk geacht omdat de opzet van de wetgever wordt begrepen. Men wijst het grammaticale argument in dat licht beschouwd van de hand.

Ten tweede is duidelijk dat de Hoge Raad kennelijk moeite heeft gehad met de bedoelde vernieuwing – zoals overigens voorspeld door Minkenhof[158] – en tegen die achtergrond is overgegaan tot een op grammaticale exegese en – onjuist geïnterpreteerde – overwegingen van de wetgever gegronde wetsuitleg. Dit was mede mogelijk omdat de wetgever zich niet duidelijk over het fenomeen voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst heeft uitgelaten en de destijds geconcipieerde wetteksten evenmin uitblinken ter zake van systematiek en heldere verwoording van bedoelingen. Als voorbeeld van dit laatste kan het begrip wettelijke maatstaven worden genoemd dat

156 Het betreft hier respectievelijk de artikelen 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en de artikelen 40 en 44 Boek 3 Burgerlijk Wetboek.

157 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 541 e.v.. In paragraaf 7.6 ken ik aan het goede zedencriterium van artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek echter een nieuwe lading toe waardoor het onder omstandigheden ook de toetssteen kan worden voor in huwelijkse voorwaarden opgenomen alimentatieclausules.

158 Minkenhof, 1971, p. 97.

algemeen als van niet-dwingendrechtelijke aard en voorts als niet-hanteerbaar wordt beschouwd.

Ook het feit dat de focus in de beide Hoge Raaduitspraken sterk was gericht op het nihilbeding heeft deze gang van zaken in de hand gewerkt. Duidelijk is op dit moment dat de Hoge Raad zich diep in de eigen wets- en tekstuitleg lijkt te hebben ingegraven. Diens arrest uit 1996 biedt echter een achterdeur waarlangs dit college – naar valt te hopen – in de eerste zaak die zich op dit terrein aandient weet te ontsnappen.[159]

Een derde punt betreft de uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad. Deze beschrijft de route die thans in elk geval begaanbaar is, mits de notaris zijn werk goed heeft gedaan. Indien de notaris het op dit punt heeft laten afweten toont de bedoelde uitspraak echter dat de rechter heel ver kan komen waar het een reconstructie van de bedoelingen van de (aanstaande) echtgenoten betreft.

Voorts dient te worden vastgesteld dat met de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht begin jaren zeventig, de goede zeden inzake (voorhuwelijks) contracteren over alimentatie geen belangrijke rol meer spelen.

Waar de Hoge Raad in 1996 oordeelde dat zijn arrest uit 1980 nog niet achterhaald was, is zonneklaar dat de rechtbank Zwolle-Lelystad – terecht – van mening is dat dit in 2005 zonder enige twijfel wel het geval is.

De ook in mijn oordeel achterhaalde visie van de Hoge Raad waarvan nu, ruim vijftien jaren later, niet duidelijk is of deze door hem nog steeds wordt gehuldigd, remt nieuwe ontwikkelingen af, te weten allerlei genuanceerde en op de specifieke situatie toegespitste maatwerkregelingen.[160] Het niet-wijzigingsbeding vormt hiervan (slechts) één van de facetten.

Ik vraag volledigheidshalve aandacht voor het feit dat een onaantastbaar niet-wijzigingsbeding ook heel goed ter bescherming van de vrouw kan uitpakken. Indien de echtgenoten een alimentatie zijn overeengekomen en daaraan een niet-wijzigingsbeding hebben gekoppeld, brengt dit voor de vrouw immers de zekerheid mee dat een wijziging van omstandigheden aan de zijde van de man niet zal leiden tot een verlaging van het na een eventuele echtscheiding aan haar uit te keren alimentatiebedrag.

---

159 Hiermee doel ik op de verwijzing zonder verdere onderbouwing naar het genoemde eerdere arrest uit 1980. De Hoge Raad zou daarom indien hem een nieuw geval wordt voorgelegd eenvoudigweg kunnen stellen dat de inmiddels gewijzigde maatschappelijke opvattingen (in 2011) een koerswijziging in dezen rechtvaardigen.

160 Bruinsma stelt dat juristen tegen de Hoge Raad aankijken 'alsof het een orakel is' en relativeert daarmee naar mijn mening terecht het gewicht dat door hen wordt toegekend aan arresten van de Hoge Raad; deze situatie verklaart mogelijk ook dat advocaten een grote terughoudendheid aan de dag leggen om te procederen over kwesties als de onderhavige en voorts dat notarissen cliënten die in voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden afspraken over nahuwelijkse partneralimentatie wensen op te nemen, daarin sterk ontmoedigen. Daarnaast blijkt uit de hier besproken uitspraak van de Rechtbank Zwolle dat lagere rechters evenmin hun vingers willen branden door een andere – in het onderhavige geval mijns inziens juiste – koers te kiezen; F. Bruinsma in *Mr.* 2010/2, p. 18 e.v..

Het rechtsbeginsel solidariteit kan mitsdien ook – of wellicht: juist – goed tot zijn recht komen indien men de onaantastbare totstandkoming van een niet-wijzigingsbeding aanneemt.

Het is voorts opmerkelijk dat aanstaande echtgenoten desgewenst alle aspecten van een eventuele echtscheiding bij huwelijkse voorwaarden kunnen regelen, met uitzondering echter van het aspect partneralimentatie. Dit zou tot de in mijn ogen ongerijmde situatie voeren dat aanstaande echtgenoten wel rechtsgeldig elke vorm van vermogensverdeling en – verrekening, alsmede van pensioendeling kunnen uitsluiten, doch dat het hun niet vrij staat om zonder beperkingen bij voorhuwelijkse huwelijkse voorwaarden een regeling omtrent nahuwelijkse partneralimentatie te treffen.[161]

Ik meen dat een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst zich principieel in niets onderscheidt van de andere in paragraaf 5.3 genoemde afspraken met betrekking tot echtscheiding die door aanstaande echtgenoten zonder problemen voorafgaand aan het huwelijk kunnen worden gemaakt en daarom is een dergelijke afwijkende benadering derhalve niet gerechtvaardigd.

Tegen deze achtergrond kan ik mij geheel vinden in de woorden van Hidma die *Pudels Kern* reeds in 1979 aldus verwoordt:

> Wanneer een aanstaand echtpaar van mening is dat 'hun' huwelijk niet moet impliceren dat een (economische) afhankelijkheid van de een van de ander en hun huwelijksbeleving het betalen van alimentatie na een eventuele echtscheiding 'verbiedt', is het naar mijn mening een 'redelijke wens' van partijen dat zij de uit deze huwelijksbeleving voortvloeiende spelregels middels een vóórhuwelijkse overeenkomst binnen het burgerlijk recht willen brengen om aan de ware aard van 'hun' huwelijk – ook juridisch – gestalte te geven![162]

Het komt er – in mijn woorden – derhalve op aan dat echtgenoten in vrijheid een *Ehetyp* moeten kunnen nastreven en vormgeven dat geheel aan hun wensen voldoet, daarbij niet belemmerd door een bevoogdende wetgever.[163] De zorgplicht die de wetgever in dezen wel heeft is zodanige omstandigheden te scheppen dat bij beide echtgenoten sprake is van *informed consent* ten tijde van de ondertekening van de huwelijkse voorwaarden.

De *Commission on European Family Law* stelt in 2004 in *Principle* 2.10 (1) in meer algemene bewoordingen hetzelfde voor:

> Spouses should be permitted to make an agreement about maintenance after divorce. The agreement may concern the extent, performance, duration and termination of the maintenance obligation and the possible renouncement of the claim to maintenance.[164]

---

161 Zoals eerder gesteld, laat ik het bepaalde in artikel 159a Boek 1 Burgerlijk Wetboek onbesproken. Ik merk hier echter volledigheidshalve wel op dat dit artikel ook betrekking heeft op voorhuwelijks gemaakte afspraken over partneralimentatie en daarmee geen argument levert contra het toestaan van dergelijke overeenkomsten.

162 Hidma, 1979 (A), p. 172.

163 Ook Reijnen pleit hiervoor; Reijnen, 2010, p. 927.

164 Boele-Woelki e.a., 2004, p. 133. In het commentaar op het desbetreffende Principle 2.10 wordt duidelijk gemaakt dat het ook ziet op de *voorhuwelijkse* alimentatieovereenkomst.

Tot slot moet helaas worden geconstateerd dat de wetgever ook op het terrein van de alimentatiewetgeving bepaald geen proactieve houding inneemt.[165] Zoals ook elders in het familierecht, hobbelt deze ver achter de maatschappelijke ontwikkelingen aan, waar mijns inziens juist actuele, richtinggevende wetgeving gewenst zou zijn en ook mag worden verlangd.[166]

5.4.4.5 Een considerans in huwelijkse voorwaarden

Vooruitlopend op een bespreking van de positie van de notaris in het algemeen hierna in paragraaf 5.7, is duidelijk dat de handelswijze van de notaris uit de hiervoor geschetste casus van de rechtbank Zwolle-Lelystad geen navolging verdient.

De desbetreffende alimentatieclausule was dermate kort en onduidelijk geformuleerd dat de rechter uiteindelijk het werk mocht opknappen. Voorts mag een notaris uiteraard niet bij voorbaat rekenen op een rechter die daartoe bereid is.

Een notaris dient naar mijn oordeel daarentegen in een uitvoerige – en in het geheel van de huwelijkse voorwaarden consistent geformuleerde – considerans duidelijk te maken wat partijen voor ogen staat wanneer zij afspraken wensen te maken ter zake van nahuwelijkse alimentatie en van welke bijzondere omstandigheden in hun concrete casus sprake is. De uitspraak van de rechtbank Zwolle-Lelystad biedt in dezen voldoende inspiratie.

De notaris moet er tevens zorg voor dragen dat partijen zich volledig bewust zijn van hetgeen zij op dit punt overeenkomen en hiervan op heldere wijze melding te maken in de bedoelde considerans.

Een en ander is op gelijke wijze aan de orde ingeval van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd, al dan niet met het oog op een voorgenomen echtscheiding.

Ingeval een niet-wijzigingsbeding wordt toegevoegd, dient de notaris met partijen uitvoerig stil te staan bij voorzienbare en denkbare toekomstige ontwikkelingen of ingrijpende wijzigingen van de omstandigheden en vervolgens in de huwelijkse voorwaarden duidelijk te maken of deze al dan niet, in welke mate en afhankelijk van het vervuld raken van welke voorwaarden, aanleiding zullen zijn voor het wijzigen van hetgeen door partijen is overeengekomen.

---

165 De door Huijgen tegen de achtergrond van het thema partneralimentatie gesignaleerde maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen decennia die ertoe hebben geleid dat *ook de gehuwde vrouw meer zelfstandig is geworden en dat de autonomie van het individu voorop staat*, zouden naar mijn mening de wetgever toch in beweging moeten brengen; Huijgen, 2009 (B), p. 205.

166 De hoofdgedachte van de reeds tien jaren geleden ingevoerde Wet verevening pensioenrechten bij scheiding is een goed voorbeeld van moderne wetgeving op het terrein van het familierecht. Deze wet verwoordt een heldere wettelijke norm van regelend recht en laat het aan partijen over om deze over te nemen, te modificeren of uit te sluiten. Eerder heb ik in dit verband de suggestie geopperd over te gaan tot *Wikiwetgeving*, als een onorthodoxe manier om de huidige werkwijze te hervormen; Schonewille, 2006 (B), p. 27 e.v..

Kortom: een genuanceerd niet-wijzigingsbeding dat is ingebed in overwegingen, is heel goed denkbaar en in veel gevallen wenselijk. De notaris dient tot slot niet te vergeten te vermelden dat partijen zich realiseren dat ze – in hun voorhuwelijkse staat – veelal slechts *in abstracto* kunnen denken en praten over toekomstige ontwikkelingen tijdens het huwelijk maar dat zij hun geformuleerde opvattingen ter zake niettemin als taakstellend aanvaarden. De echtgenoten zullen zich daarvan dan bij tijdens hun huwelijk te maken keuzen eerder rekenschap geven en zelf voorzien in de consequenties daarvan.

Dit is naar mijn mening een overtuigender werkwijze dan de aanpak die voortvloeit uit de visie dat iemand pas weet wat een afspraak betekent als hij de gevolgen daarvan aan den lijve ondervindt. De implicatie hiervan is immers dat iemand kennelijk pas gaat nadenken als de echtscheiding naakt.

Mij lijkt het veeleer wenselijk dat echtgenoten reeds voor het huwelijk gedachten hierover vormen en daarnaar gaan leven, gezien het grote risico op echtscheiding. De notaris behoort deze gedachtevorming te stimuleren.

Natuurlijk kan een notaris echtgenoten geen volstrekte zekerheid bieden over de houdbaarheid van de door hen voorafgaand aan het huwelijk gemaakte afspraken omtrent partneralimentatie. Daartoe is helaas het wachten op een nieuwe uitspraak van de Hoge Raad of ingrijpen door de wetgever.

Wel mag in redelijkheid ten minste worden verwacht dat in gevallen waarin de nahuwelijkse situatie vrijwel gelijk is aan de voorhuwelijkse, er een zeer grote kans bestaat dat de rechter de contractvrijheid van partijen zal eerbiedigen, ook ingeval zij voorafgaande aan hun huwelijk afspraken maken.

Dit is bijvoorbeeld aan de orde indien er tijdens het huwelijk geen kinderen zijn geboren, ingeval van een kortdurend huwelijk en wanneer de financiële situatie door het huwelijk weinig is veranderd. Het rechtsbeginsel solidariteit vraagt in deze gevallen naar mijn oordeel niet dat tot correctie van de gemaakte afspraken wordt overgegaan. Voorts mag zeker niet uitgesloten worden geacht dat meer mogelijk is.

Zelf beschouw ik de opvatting van de Hoge Raad als ten principale onjuist en in dit tijdsgewricht zonder enige twijfel als achterhaald.

De grensverleggende familienotaris die een bijdrage aan de rechtsontwikkeling wil leveren, ziet de daartoe vooreerst te bewandelen weg beschreven door Hidma. Het bewandelen daarvan vereist echter de nodige omzichtigheid.

5.5 Tussentijdse analyse

Toepassing van de in paragraaf 4.1 door mij ontwikkelde criteria waaraan getoetst kan worden ter bepaling van de verhouding tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij het door (aanstaande) echtgenoten contracteren omtrent hun huwelijk en echtscheiding, levert een tamelijk duidelijk beeld op.

In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat contractvrijheid prevaleert. Echtgenoten kunnen in hoge mate een eigen *Ehetyp* vormgeven bij huwelijkse voorwaarden en er staan hun evenmin veel obstakels in de weg indien zij hun echtscheiding wensen te regelen, ook niet ingeval zij dat voorafgaand aan hun huwelijk wensen te doen (criterium 1).

In het geval echtgenoten een voorwaardelijke goederenrechtelijke regeling of een voorhuwelijks beding omtrent nahuwelijkse partneralimentatie willen opnemen in huwelijkse voorwaarden dient extra zorgvuldigheid te worden betracht waar het betreft handelswijze en redactie. Daarnaast kunnen echtgenoten niet bepalen dat een van hen tot een groter aandeel in de schulden is gerechtigd dan diens aandeel in de goederen bedraagt ex artikel 121 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Waar het betreft criterium 2 zij hier herhaald dat (aanstaande) echtgenoten *ipso facto* slechts met elkaar kunnen contracteren ter zake van de (vermogensrechtelijke) gevolgen van hun huwelijk en echtscheiding.

Echtgenoten kunnen voorts zelf de inhoud, werking en voorwaarden van hun huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant tot op grote hoogte bepalen (criterium 3). Met betrekking tot criterium 4 dat de vrijheid van echtgenoten centraal stelt om zelf de vorm van hun overeenkomst te bepalen, geldt dat door hen in elk geval voor huwelijkse voorwaarden dient te worden gekozen indien zij wensen af te wijken van de bepalingen uit Titel 6 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek, alsmede van de bepalingen van Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek, zij het in dat geval slechts indien het om afwijkingen *in abstracto* gaat.

Op grond van een door de wetgever gemaakte keuze daartoe, dient door echtgenoten veiligheidshalve eveneens de vorm van huwelijkse voorwaarden in acht te worden genomen ingeval zij een regeling over de verrekening van hun inkomens wensen te treffen.

Een echtscheidingsconvenant in enge zin dient in schriftelijke vorm te worden aangegaan en kent de beperking dat dit door echtgenoten slechts tijdens het huwelijk met het oog op een aanstaande echtscheiding kan worden gesloten.

Ten aanzien van het vijfde criterium betreffende de mogelijkheid de door de echtgenoten gesloten huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant te handhaven, merk ik in het algemeen op dat beide overeenkomsten aan uitleg conform de zogenaamde Haviltexcriteria zijn onderworpen.[167] Het is mitsdien niet zo dat de grammaticale interpretatie de doorslag geeft. Dit thema zal door mij uitvoeriger worden besproken in hoofdstuk 7.

Voorts vloeit uit het voorgaande voort dat naar huidig recht niet bij voorbaat vaststaat dat een door de echtgenoten voor of tijdens het huwelijk getroffen regeling over partneralimentatie in alle gevallen stand zal houden bij de rechter en dat is evenmin het geval waar het een door de echtgenoten aan een goederenrechtelijke regeling in hun huwelijkse voorwaarden verbonden voorwaarde betreft.

---

167 Vgl. HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116 en HR 5 maart 2004, *NJ* 2005, 494.

5.6 Bescherming van derden

Onder verwijzing naar hetgeen ik al over derdenbescherming heb geschreven in paragraaf 4.6 en vooruitlopend op mijn pleidooi voor het ecarteren van de speciale positie van de schuldeiser van een echtgenoot, maak ik hier slechts enkele opmerkingen over de bescherming van de crediteuren van echtgenoten die huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen.

In het kader van het thans nog in artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek opgenomen voorschrift dat huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan rechterlijke goedkeuring behoeven, heeft zich in de rechtspraak de gewoonte ontwikkeld om – ingeval echtgenoten overgaan van de huwelijksgemeenschap naar een ander stelsel –, aan de desbetreffende goedkeuring de voorwaarde te verbinden dat in de huwelijkse voorwaarden een zogenaamde *Dozy*-clausule of hoofdelijkheidsbeding wordt opgenomen.[168]

Deze clausule houdt in dat de echtgenoten zich ieder hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de gemeenschap en kan worden gekwalificeerd als een derdenbeding in de zin van artikel 253 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.[169]

Het is merkwaardig dat opname van het beding in huwelijkse voorwaarden tot gevolg heeft dat – indien echtgenoten ervoor kiezen om gedurende het huwelijk de huwelijksgemeenschap te ontbinden –, een echtgenoot hoofdelijk aansprakelijk wordt voor het geheel van de schulden die door de andere echtgenoot tijdens het huwelijk zijn gemaakt, terwijl ingeval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap door echtscheiding, de desbetreffende hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van het bepaalde in artikel 102 Boek 1 Burgerlijk Wetboek beperkt blijft tot de helft van de schulden die de andere echtgenoot tijdens het huwelijk is aangegaan.[170]

Voorts brengt deze door rechters aan het verlenen van hun goedkeuring gestelde voorwaarde mee dat echtgenoten worden beknot in het uitoefenen van hun contractvrijheid, terwijl daarvoor geen rechtvaardiging bestaat uit hoofde van het rechtsbeginsel solidariteit.

Van Mourik en Verstappen wijzen er daarom naar mijn oordeel terecht op dat een standaardmatige opname van het onderhavige beding in de meeste gevallen veel verder gaat dan nodig is op grond van het bepaalde in artikel 119 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.[171]

---

168 Vgl. Luijten en Meijer, 2005, p. 365.

169 Zie ook Kraan, 2008, p. 168.

170 Twee recente uitspraken betreffende de reikwijdte van de Dozy-clausule zijn Rb. Amsterdam 25 november 2009, *LJN* BL5240 en Rb. Leeuwarden 17 maart 2010, *LJN* BL9768. In de eerste casus werd de vrouw uit hoofde van het beding ook aansprakelijk geacht te zijn voor belastingschulden van vennootschappen waarvoor de man zich in het verleden borg had gesteld in diens hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder. In de tweede zaak bleek een vordering van de faillissementscurator op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ook onder het bereik van de clausule te kunnen worden gebracht.

171 Van Mourik-Verstappen, 2006, p. 353.

In een geval waarin het hof opname van een Dozy-clausule in de huwelijkse voorwaarden wenste met het argument dat – kort gezegd – voor bestaande schuldeisers niet alleen van belang is dat zij niet door de wijze van verdeling van de huwelijksgemeenschap in hun verhaalsmogelijkheden worden beperkt, maar tevens dat toekomstig inkomen of vermogen niet aan hun verhaal wordt onttrokken, maakt de Hoge Raad korte metten met de wildgroei op dit terrein:

> In een dergelijk geval wordt in beginsel reeds in de bescherming van de schuldeisers van de gemeenschap voorzien door art. 1:102. Dit artikel is hier van toepassing (…). Het artikel heeft tot gevolg dat na de ontbinding ieder van de echtgenoten aansprakelijk is voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was en dat hij voor de overige gemeenschapsschulden voor de helft aansprakelijk is.
> Met dit wettelijk stelsel zou het niet stroken om in het kader van art. 1:119 aan de schuldeisers een verder gaande bescherming te geven door onder het in lid 3 van die bepaling bedoelde gevaar voor benadeling mede te begrijpen het aan elke opheffing van de gemeenschap verbonden gevolg dat aan schuldeisers van die gemeenschap het voordeel wordt onthouden van de mogelijkheid van verhaal op de goederen die zonder die opheffing in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen.[172]

Nu het hiervoor genoemde en in hoofdstuk 9 nog nader te bespreken wetsvoorstel betreffende de zogenaamde derde tranche van het huwelijksvermogensrecht per 1 januari 2012 in werking zal treden, wordt artikel 102 Boek 1 Burgerlijk Wetboek aangepast in dier voege dat een echtgenoot ingeval van ontbinding van de huwelijksgemeenschap hoofdelijk met de andere echtgenoot verbonden is voor de door de laatstgenoemde echtgenoot gemaakte schulden, met dien verstande echter dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen de eerstgenoemde echtgenoot uit hoofde van de verdeling van de huwelijksgemeenschap heeft verkregen.[173]

Deze aanpassing brengt naar mijn mening weliswaar een duidelijke verbetering ten opzichte van de huidige regeling, bezien vanuit het perspectief van de contractvrijheid van echtgenoten, doch gaat nog niet ver genoeg.

Het is voorts niet ongebruikelijk dat in een in huwelijkse voorwaarden opgenomen inkomensverrekenbeding wordt bepaald dat een daaruit voortvloeiende vordering van de ene op de andere echtgenoot niet opeisbaar is ingeval de echtgenoot-crediteur failliet gaat, terwijl anderzijds daarin voor het omgekeerde geval – de echtgenoot-debiteur geraakt in een faillissement –, niet een vergelijkbare bepaling wordt opgenomen, met als gevolg dat de echtgenootcrediteur in dat geval wel een bestaande verrekenvordering te gelde kan maken.

---

172 HR 21 februari 1997, *NJ* 1998, 205 m.nt. WMK (*Witlofkwekers)*.

173 *EK* 2008/09, 28 867; *Stb.* 2011/205; artikel 102 (nieuw). In de memorie van toelichting op artikel 102 (nieuw) wordt over de Dozy-clausule opgemerkt: *Waar dergelijke clausules geen beperking kennen ten aanzien van het bedrag waarvoor of de goederen waarop verhaal kan worden genomen, gaan zij verder dan passend is en kunnen zij beter achterwege blijven.*; *TK* 2002/03, 28 867, nr. 3, p. 20.

Van Mourik beschrijft deze – vanuit het oogpunt van contractvrijheid in relatie tot de positie van een schuldeiser van een echtgenoot –, interessante kwestie en komt tot de gevolgtrekking dat het eerste gedeelte van de hiervoor omschreven clausule als Paulianeus dient te worden aangemerkt omdat deze *er enkel en alleen op gericht is de crediteuren van de verrekengerechtigde echtgenoot een loer te draaien*.[174]

Ik zou echter menen dat het tussen echtgenoten vigerende rechtsbeginsel van solidariteit meebrengt dat echtgenoten moeten kunnen bepalen dat dit zwaarder weegt dan het belang van schuldeisers, indien op het moment waarop het verrekenbeding rechtskracht krijgt tenminste geen sprake is van een dreigend faillissement.

Casus

Echtgenoten die zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden die elke huwelijksgemeenschap en elke inkomensverrekening uitsluiten ('koude uitsluiting'), kiezen voor mediation teneinde hun echtscheiding te regelen.

De man heeft aan diens eerste huwelijk een schuld van € 25.000,= overgehouden die door de echtgenoten tijdens het huwelijk is afgelost door het aangaan van een consumptief krediet waarvoor zij ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn. Beide echtgenoten verdienen een modaal inkomen.

Ten tijde van de echtscheiding is op het bedoelde krediet nog niet afgelost en verwachten de echtgenoten bovendien te blijven zitten met een restschuld van € 40.000,= na de verkoop van de echtelijke woning die tussen hen een eenvoudige gemeenschap vormt.

Tussen de echtgenoten is verder *in confesso* dat door hen is afgesproken dat de man de schuld van € 25.000,= geheel dient te dragen en te voldoen.

De bank is niet bereid de vrouw uit haar hoofdelijke aansprakelijkheid te ontslaan en het blijkt voor de man evenmin mogelijk om een nieuwe lening af te sluiten, teneinde daarmee het bedoelde consumptief krediet af te lossen en zodoende te bewerkstelligen dat de vrouw daarvoor niet meer aansprakelijk is.

De man ziet geen andere oplossing voor zijn deplorabele financiële situatie dan het aanvragen van een schuldsaneringsregeling. Indien deze wordt uitgesproken zou het gevolg daarvan hoogstwaarschijnlijk zijn dat de vrouw uiteindelijk een groot gedeelte van de aflossing van het bedoelde krediet voor haar rekening dient te nemen, daartoe aangesproken door de bank. De man stelt na de schuldsaneringsperiode met een schone lei te kunnen beginnen en derhalve ook niet meer gebonden te zijn aan de met de vrouw gemaakte afspraak. De mediation eindigt in een patstelling.

5.7 De tussenkomst van de notaris

5.7.1. Inleiding[175]

In zijn eerder door mij aangehaalde arrest *Zweedse vrouw*[176] beslist de Hoge Raad dat de door artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven nota-

174 Van Mourik, 2009 (C), p. 143-146.

175 Deze paragraaf is deels ontleend aan mijn artikel *Gelukkig Getrouwd! Mediation voorafgaand aan het huwelijk*; Schonewille, 2010.

176 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524.

riële tussenkomst, óók geldt voor een voorovereenkomst die strekt tot het tot stand brengen van huwelijkse voorwaarden, op grond van het bepaalde in artikel 226 Boek 6 Burgerlijk Wetboek.

De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de desbetreffende notariële tussenkomst die voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden is voorgeschreven:

> (...) immers mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.

Wat onder de door de Hoge Raad bedoelde 'bescherming' moet worden verstaan, kan worden afgeleid uit het eerdere arrest dat bekendheid geniet onder de naam *Groningse huwelijksvoorwaarden*, waarin wordt overwogen:

> Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van vergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.

Waarna de kernoverweging volgt, die luidt:

> De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (…) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.[177]

Deze overweging keert in enigszins andere bewoordingen terug in een later arrest (*Zeeuwse notaris*) waarin de Hoge Raad onder meer stelt:

> In de hiervoor (…) geschetste gedachtegang van het hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin A. in strijd met het vertrouwen dat B. in hem als echtgenoot (…) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten.[178]

De desbetreffende bescherming, die naar mijn mening ook als *zorgplicht* van de notaris kan worden gekwalificeerd, is mitsdien tweeledig. Enerzijds heeft deze betrekking op het verstrekken van juridische voorlichting door de notaris aan de echtgenoten, dat het bereiken van de situatie van *informed consent* tot doel heeft en anderzijds dient de notaris te voorkomen dat de ene

---

177 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL. Inmiddels is deze overweging deels gecodificeerd in artikel 43 Wet op het notarisambt dat luidt: *(…) Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen of één hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien.(…).*

178 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*).

echtgenoot de andere overstemt, hetgeen immers zou leiden tot een akte van huwelijkse voorwaarden die door de overstemde echtgenoot in meer of mindere mate met een innerlijk voorbehoud zou worden ondertekend.[179]

Hidma brengt in herinnering dat het vereiste van de notariële akte voor huwelijkse voorwaarden bij de invoering daarvan mede werd ingegeven door het voorheen geldende onveranderlijkheidsbeginsel dat ik hiervoor heb behandeld.

Het desbetreffende vormvoorschrift bracht de garantie dat de huwelijkse voorwaarden daadwerkelijk voorafgaand aan het huwelijk waren aangegaan.[180] Onnodig te constateren dat dit argument naar huidig recht geen hout meer snijdt, nu ook de wachttijd van één jaar die gold tussen de huwelijkssluiting en het moment waarop tijdens het huwelijk huwelijkse voorwaarden konden worden aangegaan, al geruime tijd is geschrapt.

Met de woorden van De Bruijn resteren dan nog als punten die pleiten voor de notariële tussenkomst dat de notariële akte een degelijke regeling garandeert en zij partijen het grote gewicht van de handeling inscherpt,[181] bij welke veronderstelde voordelen naar mijn oordeel ten minste vraagtekens moeten worden geplaatst.

Het arrest *Zweedse vrouw* maakt tevens duidelijk dat echtgenoten die van elkaar willen scheiden, daartoe eenvoudigweg een gewone schriftelijke overeenkomst met elkaar kunnen sluiten, dus zonder verplichte inschakeling van een notaris of het in acht nemen van andere vormvoorschriften.

Geconstateerd kan derhalve worden dat – zoals hiervoor reeds besproken – voor een echtscheidingsconvenant merkwaardig genoeg geen vormvoorschriften gelden,[182] terwijl deze voor huwelijkse voorwaarden juist streng worden gehandhaafd door de Hoge Raad.

De onderhavige uitspraak van de Hoge Raad geeft aanleiding tot enkele vragen die betrekking hebben op de rol van de notaris; ik bespreek deze vragen hierna.

---

179 Luijten stelde reeds in 1986 – derhalve vóór het arrest *Groningse huwelijkse voorwaarden* – met betrekking tot huwelijkse voorwaarden: *De notaris draagt hier een grote verantwoordelijkheid. Op zijn advies vertrouwt men op dit gebied doorgaans blindelings.*; Luijten, 1986 (A), p. 86.

180 Hidma, 1986, p. 91. In een later artikel benadrukt Hidma de verantwoordelijkheid van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden in het algemeen en in het bijzonder vanuit het oogpunt van het verrekenbeding; Hidma, 1993, p. 473 e.v..

181 De Bruijn, 1958, p. 407.

182 Waar voorheen het echtscheidingsconvenant in vrijwel alle gevallen door een advocaat weer opgesteld is dat heden ten dage niet meer het geval en kan mitsdien niet worden gesteld dat er in dit opzicht sprake is van een informeel vorm'voorschrift'.

5.7.2 Biedt de notariële tussenkomst bescherming?

De eerste vraag die in dit verband opkomt is of echtgenoten in een echtscheiding het dan wellicht goed kunnen stellen zonder notariële bescherming, in tegenstelling tot twee mensen die met elkaar gaan huwen.

Deze vraag laat zich eenvoudig ontkennend beantwoorden: echtgenoten die gaan scheiden hebben in veruit de meeste gevallen juist veel baat bij deskundige begeleiding, aangezien zij zich voor de taak gesteld zien om in een periode van emotionele ontwrichting, conflict en uiteenlopende belangen een juridisch tamelijk ingewikkelde overeenkomst – het echtscheidingsconvenant – met elkaar te sluiten.

Per 1 maart 2009 is daarnaast voor echtgenoten die willen scheiden de verplichting ingevoerd om voorafgaand daaraan een ouderschapsplan op te stellen.[183] Inmiddels gaan in de Tweede Kamer stemmen op om echtgenoten te verplichten om tevens een *partneralimentatieplan*[184] op te stellen, hetgeen logisch zou zijn, gezien de nauwe samenhang tussen de thema's ouderschap en partneralimentatie.[185]

Dit betekent mijns inziens dat er bij echtscheiding juist steeds meer behoefte zal zijn aan deskundige begeleiding, welke begeleiding vanzelfsprekend bescherming zou behoren te impliceren.

De tweede vraag is of de notaris eigenlijk wel de bescherming biedt aan (aanstaande) echtgenoten die huwelijkse voorwaarden willen opmaken.

Dat notarissen ook op het beperkte terrein waarop door hen thans voorlichting en advies wordt gegeven als het gaat om huwelijkse voorwaarden – dat van het huwelijksgoederenrecht –, in veel gevallen toch niet presteren als mag worden verwacht, kan worden afgeleid uit de vele procedures die over huwelijkse voorwaarden worden gevoerd ten tijde van de echtscheiding. Schoordijk merkt hieromtrent op:

> Wat de notaris doet, is lang niet meer welgedaan – zo wordt beseft. Huwelijksvoorwaarden vormen te lang reeds een verre van rustig bezit (…).[186]

Breederveld legt ook de vinger op deze zere plak waar hij zich afvraagt of huwelijkse voorwaarden wel het exclusieve domein van notarissen zouden moeten zijn en in dat licht wijst op het feit dat *notarissen veelal hebben volstaan met het 'plakken en knippen' uit bestaande modellen*.[187]

---

183 Vgl. artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
184 Motie De Wit (SP), *TK* 2008/09, 31 575, nr. 9.
185 Schonewille, 2008 (B), p. 46-51.
186 Schoordijk, 2001, p. 616 en 617.
187 B. Breederveld, 'Huwelijkse voorwaarden exclusief terrein notaris?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2009/5, editorial.

Van Mourik gaat in elk geval waar het betreft toonhoogte nog een forse stap verder:

> Het notariaat is er tot op heden niet in geslaagd om een rechtvaardige overeenkomst van huwelijkse voorwaarden te ontwikkelen die over een breed front kan worden ingezet en rekening houdt met wijziging van omstandigheden.
> Integendeel! Talrijk zijn de voorbeelden waaruit blijkt dat het notariaat er weinig van heeft gebakken gedurende de afgelopen veertig jaren.
> Koude uitsluitingen, vervalbedingen, verrekenbedingen die verwijzen naar het fiscale inkomensbegrip en achterhaalde, duistere teksten bepalen het beeld.
> Ongeïnteresseerdheid en belabberde voorlichting, in combinatie met de onmogelijkheid van de overeenkomst, doen verlangen naar rechters die ruim baan geven aan redelijkheid en billijkheid.[188]

Ook Kocken komt na empirisch onderzoek tot een toch wel alarmerende conclusie:

> Ongelijkheid werd bij voorbaat geacht het sterkst te zijn bij het maken van huwelijksvoorwaarden en samenlevingsovereenkomsten. Men thematiseerde daar de ongelijkheid in de traditionele man-vrouw verhouding. In een flink aantal van die gevallen kwam men aan de bestrijding van die ongelijkheid echter niet toe omdat men om andere redenen adviezen gaf die de traditionele verhouding juist bevestigden.[189]

Gezien de tarieven die op sommige internetsites[190] voor het opstellen van huwelijkse voorwaarden worden gevraagd, lijkt voorts in elk geval bij een deel van het notariaat een belangrijk element te ontbreken om tot evenwichtige huwelijkse voorwaarden te komen, te weten de ambitie om van huwelijkse voorwaarden een *premium product* te maken en mitsdien de ambitie om (aanstaande) echtgenoten op een eigentijdse en voor hen aansprekende manier begeleiding te bieden bij het vormgeven van hun huwelijk, waarbij de door de Hoge Raad bedoelde bescherming een groot gewicht in de schaal legt. De in 1999 in het notariaat ingevoerde marktwerking lijkt op dit terrein op het eerste gezicht een averechts effect te hebben gehad.

De derde vraag die ik zou willen opwerpen is of ook anderen dan de notaris deskundige begeleiding – en daarmee bescherming – zouden kunnen bieden aan echtgenoten bij het maken van huwelijkse voorwaarden?

In de eerste plaats kan hierbij worden gedacht aan de advocaat die veel echtscheidingen begeleidt omdat deze immers in de afgelopen decennia een grote ervaring heeft opgedaan bij het interpreteren en uitvoeren van huwelijkse voorwaarden, getuige de in de desbetreffende periode sterk toegenomen hoeveelheid jurisprudentie op dit terrein. Breederveld merkt in dit verband op:

---

188 Van Mourik, 2009 (B), p. 135.
189 Kocken, 1997, p. 198.
190 Vgl. bijvoorbeeld www.degoedkoopstenotaris.nl.

> Wat maakt huwelijkse voorwaarden als overeenkomst nu zo bijzonder dat in afwijking van de andere overeenkomsten in het familierecht, zoals een samenlevingscontract, echtscheidingsconvenant of verdelingsovereenkomst een notariële akte vereist is?
> Daarvoor zijn nauwelijks argumenten aanwezig. Het feit dat de echtgenoten bij overeenkomst afwijken van het hoofdstelsel acht ik daarvoor onvoldoende.
> De huwelijkse voorwaarden als exclusief domein van de notaris, bij uitstek de deskundige, is niet langer te rechtvaardigen, indien we tegelijkertijd moeten vaststellen dat het notariaat het kennelijk op dit punt zo heeft laten afweten. Daartegenover heeft de familierechtadvocaat zich de afgelopen decennia zeer bekwaamd in het opstellen van familierechtelijke overeenkomsten. Hij is daardoor inmiddels beter of evengoed in staat 'maatwerk' te leveren aan de (aanstaande) echtgenoten en hen op de gevolgen te wijzen van de huwelijkse voorwaarden en voor de echtgenoten een deugdelijke overeenkomst op te stellen waarin de gevolgen van deze keuze verder worden geregeld.[191]

Maar ook komt wat mij betreft de *family mediator* hier in beeld: de ervaren mediator die zich heeft toegelegd het toepassen van de mediationmethode bij echtscheiding maar ook bij het opstellen van ouderschapsplannen, de afwikkeling van nalatenschappen en de overdracht van het familiebedrijf door de ene aan de andere generatie.

Deze family mediator is naar mijn oordeel tevens zeer goed in staat om (aanstaande) echtgenoten bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden te begeleiden en heeft – evenals de echtscheidingsadvocaat – het voordeel dat daarbij veelal een grote ervaring in het interpreteren en afwikkelen van huwelijkse voorwaarden kan worden ingebracht.

Aanstaande echtgenoten die thans kiezen voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden worden op het terrein van het huwelijksvermogensrecht voorgelicht door de notaris. Niet mag worden verwacht dat in een dergelijk gesprek de onderlinge communicatie van de partners, de relationele aspecten van het huwelijk of hun mogelijk toekomstige ouderschap aan de orde worden gesteld.

Vaker zal door de notaris een eventuele echtscheiding met de aanstaande echtgenoten worden besproken maar op dit terrein lijkt nog een zekere terughoudendheid aan de dag te worden gelegd.

Het voorgaande heeft uiteraard geen betrekking op de notaris die tevens gekwalificeerd family mediator is en ook ingeval van het opstellen van huwelijkse voorwaarden als zodanig – en derhalve niet primair als notaris – optreedt.

In deze context rijst voorts de interessante vraag hoe het door een advocaat of mediator opgestelde echtscheidingsconvenant dat eveneens door hem of haar is gelegaliseerd, zich verhoudt tot een akte van de notaris.

Zoals in paragraaf 4.4.2.2 al is aangehaald, wijst Van Mourik er op dat het van belang kan zijn dat een onderhandse overeenkomst *niet op een onbewaakt moment in de keuken tot stand is gekomen maar met behulp van een mediator.*

---

191 B. Breederveld, 'Huwelijkse voorwaarden exclusief terrein notaris?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2009/5, editorial.

Mocht blijken dat een door een advocaat of mediator[192] opgestelde – en gelegaliseerde – overeenkomst waar het de bewijskracht daarvan betreft, in de visie van de rechter dicht aanschurkt tegen een notariële akte, dan zou verdedigd kunnen worden dat huwelijkse voorwaarden ook zeer wel in deze met zekere waarborgen omklede onderhandse vorm zouden kunnen worden opgemaakt.

In dat geval zou niet alleen de bescherming door de notaris moeten worden gerelativeerd maar tot op zekere hoogte ook de bewijskracht van de notariële akte.[193]

5.7.3 Mediation en de preventieve toepassing daarvan

Mediation is een methode van bemiddeling in conflicten waarbij een neutrale deskundige – de mediator – de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale overeenkomst te komen.[194]

In mediation gaat het er derhalve om dat partijen worden aangemoedigd om de (werkelijke) belangen die ten grondslag liggen aan de door hen ingenomen standpunten op te sporen en daarover op een gestructureerde wijze met elkaar te communiceren en *integratief* te onderhandelen, onder leiding van een neutrale derde, de mediator.

Dit heeft tot gevolg dat mediation een gefaseerde aanpak kent waarin sprake is van achtereenvolgens een relationele fase, een zakelijke fase en een juridische fase. In de eerste fase wordt de relatie tussen partijen onderzocht en besproken en worden zoveel mogelijk aspecten van het conflict in kaart gebracht. In de tweede fase wordt onderhandeld en in de laatste fase worden de bereikte resultaten en gemaakte afspraken juridisch vertaald en vastgelegd in een overeenkomst.

In de gegeven definitie heeft mediation in het afgelopen decennium een hoge vlucht genomen en vinden mediations plaats op het terrein van echtscheidingen, tussen ouders in gezags- en omgangskwesties, in conflicten tussen werkgever en werknemer, tussen overheid en burger, binnen maatschappen, waar het betreft de afwikkeling van nalatenschappen en in zakelijke geschillen.[195] Steeds is echter sprake van een conflict of geschil dat zich heeft geopenbaard en vaak al in meer of mindere mate is geëscaleerd.

Naar mijn mening verzet zich er echter niets tegen om mediation zoals hiervoor geduid in *preventieve* zin toe te passen, te weten daar waar partijen een langdurige relatie met elkaar aangaan, ten minste deels tegenstrijdige verwachtingen, zienswijzen en belangen van partijen mogen worden veron-

192 Het is in dezen uiteraard wel relevant dat de mediator jurist is.

193 Dat deze gedachte niet zomaar uit de lucht is gegrepen, bewijst ook de aanstaande introductie in Frankrijk van een "advocatenakte"; vgl. *Notariaat*, 2010/3, p. 35.

194 Brenninkmeijer, 2009, p. 6.

195 Vgl. M. Guiaux e.a., *Mediation Monitor 2005-2008*, WODC, Ministerie van Justitie, Cahier 2009-9.

dersteld en juridische aspecten vaak een rol spelen, welke aspecten bij partijen niet of gebrekkig bekend zijn. In een dergelijke situatie is het noodzakelijk dat partijen effectief met elkaar kunnen communiceren en de beschikking hebben over vaardigheden en technieken om in een tijdig stadium mogelijk conflicterende verwachtingen, zienswijzen en belangen te detecteren en te benoemen en dat zij uiteindelijk in staat zijn om deze met elkaar te verzoenen.

Een huwelijksrelatie draagt alle hiervoor genoemde facetten in zich en leent zich naar mijn oordeel daarom bij uitstek voor de toepassing van *premarital* mediation, derhalve mediation voorafgaand aan de sluiting van het huwelijk die de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden tot doel heeft.

In het algemeen gesteld zal de mediator in een mediation als door mij bedoeld met de aanstaande echtgenoten bespreken welk *Ehetyp* hun voor ogen staat, welke verwachtingen zij van het huwelijk hebben en welke concrete afspraken zij in dat verband met elkaar zouden wensen te maken.

Zo zou door de aanstaande echtgenoten bewust kunnen worden gekozen voor een klassiek kostwinnershuwelijk met duidelijk afgebakende taken maar ligt het in deze tijd meer voor de hand dat een huwelijksvorm wordt geprefereerd waarin beide echtgenoten de zorg voor eventuele kinderen, werk buitenshuis en huishoudelijke taken op een voor hen gelijkwaardige en evenwichtige wijze verdelen.

Elk huwelijkstype kent consequenties en deze dienen te worden geïnventariseerd en geverifieerd, waarna *in concreto* de taken kunnen worden geformuleerd die iedere echtgenoot op zich zal moeten nemen. Tijdens dit proces analyseert de mediator de communicatie tussen de partners, draagt hij er indien nodig zorg voor dat partijen zich van hun communicatiepatronen bewust worden en kan hij hun communicatietechnieken en – vaardigheden aanreiken en hen daarin trainen.

Ook worden moeilijke punten bespreekbaar gemaakt, zoals bijvoorbeeld een ontbrekende kinderwens bij de ene echtgenoot, terwijl deze bij de andere echtgenoot sterk aanwezig is. Hierdoor wordt voorkomen dat deze punten tijdens het huwelijk uitgroeien tot grote proporties.

Vervolgens komen de vermogensrechtelijke en financiële aspecten aan de orde, zowel ter zake van de huwelijkse periode als waar het een eventuele echtscheiding betreft.

Het perspectief van echtscheiding is een belangrijk thema dat bespreking behoeft omdat gesteld kan worden dat de echtscheiding in zekere zin de lakmoesproef vormt van het huwelijksvermogensrecht. Voorts is de kans dat het huwelijk in een echtscheiding eindigt statistisch beschouwd zodanig groot[196] dat het tot de verantwoordelijkheid van de family mediator behoort om dit thema in de veilige setting van een mediation bespreekbaar te maken, net als andere confronterende onderwerpen zoals faillissement, overlijden en arbeidsongeschiktheid.

196 Vgl. *Bevolkingstrends*, Statistisch kwartaalblad van het CBS over de demografie van Nederland, Jaargang 59 – 1e kwartaal 2011, p. 11 en 12.

Partijen kunnen desgewenst zover gaan om alle facetten van hun echtscheiding bij voorbaat te regelen in hun huwelijkse voorwaarden, zoals hiervoor reeds door mij behandeld.

5.7.4 Bescherming van echtgenoten in het algemeen

De vierde door mij geformuleerde vraag luidt of het niet zo zou moeten zijn dat alle paren die in het huwelijk willen treden, kunnen profiteren van de bescherming door een deskundige notaris, advocaat of family mediator die op eigentijdse wijze vorm geeft aan deze bescherming?[197]

Het al eerder door mij genoemde arrest *Zwijgzame bruid* geeft een voorbeeld van een conflict op het terrein van het huwelijksvermogensrecht dat was ontstaan doordat de aanstaande echtgenoten voorafgaand aan hun huwelijk niet waren geïnformeerd over de juridische consequenties daarvan.[198]

In deze casus had de vrouw voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking een aanzienlijk deel van haar spaargeld opgenomen en 'afgedragen aan haar moeder', terwijl de man een 'niet met hypotheek belaste woning' ten huwelijk aanbracht. Partijen waren gehuwd in gemeenschap van goederen en de man stelde in de echtscheidingsprocedure dat het weggesluisde spaargeld van de vrouw ook bij de verdeling van de desbetreffende gemeenschap betrokken diende te worden, omdat anders geen rechtvaardige uitkomst zou worden gerealiseerd.

Waar het Hof in hoger beroep had vastgesteld dat het geld door de vrouw uitsluitend op grond van het huwelijk aan haar moeder was gegeven en dit in strijd met redelijkheid en billijkheid achtte, oordeelt de Hoge Raad:

> (…) de niet-gehoudenheid van de vrouw tot afgifte kort vóór het huwelijk van het tot haar vermogen behorende spaartegoed aan haar moeder en de reden van die afdracht, vormen evenwel op zichzelf dan wel in samenhang met de omstandigheid dat het onbelaste woonhuis van de man in de gemeenschap zou vallen beschouwd, onvoldoende grondslag voor een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting van de vrouw om vóór het huwelijk aan de man mededeling te doen van de plaatsgevonden hebbende vermindering van haar vermogen en van de reden van de vermindering als door het Hof aangenomen.

Indien deze partijen tijdig zouden zijn voorgelicht over de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk, was dit conflict vermoedelijk niet ontstaan.

Een ander voorbeeld betreft de reeds in paragraaf 4.4.2.1 besproken nalatenschappen en schenkingen die voorafgaand aan of tijdens het huwelijk worden verkregen door de echtgenoten. Heeft de erflater of schenker daaraan de uitsluitingsclausule van artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verbonden, dan valt een nalatenschap of schenking niet in de huwelijkgemeenschap.

---

197 Deze kwestie is – beschouwd vanuit het perspectief van contractvrijheid – ook aan de orde gekomen in paragraaf 4.4.

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

Ontbreekt een dergelijke clausule echter, dan vormt de desbetreffende verkrijging wel een bestanddeel van de gemeenschap.

Omdat het uiteraard voorkomt dat de ouders van de ene echtgenoot wel een uitsluitingsclausule opstellen en de ouders van de andere echtgenoot niet en de Hoge Raad heeft bepaald dat echtgenoten de wil van een erflater of schenker in dit opzicht niet kunnen *overrulen*,[199] mag het niet zo zijn dat aanstaande echtgenoten hierover in het ongewisse blijven.

De wettelijke gemeenschap van goederen pakt bij echtscheiding – maar ook tijdens het huwelijk – beslist niet altijd redelijk uit en is ook zeker niet in alle gevallen wat partijen hadden gewild, waren zij daarover voorgelicht en *belehrt*; het is derhalve zaak dat alle aanstaande echtgenoten goed worden geïnformeerd over de *ins and outs* van het huwelijksvermogensrecht en zij er tevens op worden gewezen dat hun partijautonomie in dezen prevaleert.

Casus

In het eerste gesprek van een *premarital* mediation vertellen de man en de vrouw – beiden hoogopgeleid – dat zij ieder een eerder huwelijk achter de rug hebben waarin sprake was van de wettelijke gemeenschap van goederen.

Op grond van hun ervaringen met dit stelsel tijdens hun respectieve echtscheidingsprocedures staat het voor hen vast dat zij beslist huwelijkse voorwaarden willen maken waarin elke vorm van huwelijksgemeenschap wordt uitgesloten.

De vrouw is evenals haar gewezen echtgenoot architect en dreef samen met hem een goedlopend architectenbureau waarvan de man de administratie voor zijn rekening nam. In de echtscheidingsprocedure is zij er achtergekomen dat haar man gedurende vele jaren van hun huwelijk stelselmatig gelden aan de onderneming heeft onttrokken.

Haar advocaat heeft haar verteld dat het door de werking van de wettelijke gemeenschap van goederen niet mogelijk is om te eisen dat de desbetreffende onttrekkingen worden toegedeeld aan haar ex-echtgenoot. Zij leidt door deze gang van zaken een zeer groot vermogensrechtelijk nadeel.

De man had voorafgaand aan diens huwelijk juist zijn woning verkocht en daarop een winst van Fl. 300.000,= geboekt. Zijn advocaat heeft hem duidelijk gemaakt dat hij dit bedrag niet terug kan nemen uit de gemeenschap alvorens deze gelijkelijk wordt verdeeld.

De man acht deze gang van zaken zeer onrechtvaardig nu zijn ex-echtgenote een studieschuld ten huwelijk heeft aangebracht en de echtscheiding door haar is geforceerd.

5.7.5 De keerzijde van de notariële tussenkomst

Zoals hiervoor al besproken, heeft het vormvoorschrift van de notariële akte ingeval van huwelijkse voorwaarden automatisch de actieve inmenging in de totstandkoming van de overeenkomst van de notaris tot gevolg. Deze heeft de bescherming van de echtgenoten ten doel maar kan naar mijn mening – evenals de betrokkenheid van de rechter ingeval van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk – ook een beperkende of zelfs remmende invloed uitoefenen op de vrijheid van echtgenoten naar eigen inzicht met elkaar te contracteren bij huwelijkse voorwaarden.

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

Betoogd zou kunnen worden dat de met de notariële bemoeienis gepaard gaande effecten, te weten het modelmatig werken van veel notarissen,[200] de *Belehrung*, alsmede de door Kocken gesignaleerde vooringenomenheid van de notaris, in zekere mate bemoeilijken of zelfs verhinderen dat door (aanstaande) echtgenoten wordt gecontracteerd vanuit hun partijautonomie.

De aan de notariële tussenkomst verbonden kosten maken voorts dat in een onbekend aantal gevallen door in beginsel in huwelijkse voorwaarden geïnteresseerde aanstaande echtgenoten, überhaupt van contracteren wordt afgezien.

Pleysier heeft ook oog voor deze keerzijde van het onderhavige vormvoorschrift waar hij zich afvraagt of *verplichte notariële interventie bij meerzijdige rechtshandelingen een beperking inhoudt van (…) 'de contractvrijheid'* en hij beantwoordt deze vraag in beginsel bevestigend.[201]

Uiteraard gelden de hier aangehaalde bezwaren tot op zekere hoogte ook ingeval de tussenkomst van een advocaat of een family mediator zou zijn voorgeschreven.[202]

5.8 Afsluiting

Evenals in het vorige hoofdstuk, is hier opnieuw gebleken dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig voor de Nederlandse wetgever geen leidraden zijn geweest bij het opstellen van de regels die het contractuele huwelijksvermogensrecht uitmaken, welke regels voornamelijk zijn neergelegd in Titels 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Evenmin zijn de beide rechtsbeginselen tot wasdom gekomen in de literatuur over dit onderwerp.

Hartkamp brengt naar voren dat het beginsel van partijautonomie op ieder van de bij een overeenkomst betrokken partijen van toepassing is, waardoor de totstandkoming van de overeenkomst – van huwelijkse voorwaarden – het resultaat is van de aanwending van de wederzijdse mogelijkheid zichzelf te ontplooien.[203]

Het contractuele huwelijksvermogensrecht wordt weliswaar sterk gekleurd door contractvrijheid maar het is zeer de vraag of (aanstaande)

200 Kocken concludeert dat *(…) het optreden van de notarieel juristen in de meeste gevallen niet als onpartijdig kan worden gekwalificeerd. De inventarisatie was vaak te beperkt om de verhoudingen tussen de cliënten onderling en anderen in te schatten. De explicatie was vaak nogal kort en routinematig. De distantie was te groot als men eigen morele oordelen en rol liet spelen en de distantie ontbrak in de zaken waarin men zich uitsluitend de belangen van de eigen cliënt aantrok.*; Kocken, 1997, p. 198.

201 Pleysier, 1999, p. 452 en 459.

202 Zo werken advocaten die bij de Vereniging voor Famillierecht Advocaten en Scheidingsmediators (vFAS) zijn aangesloten met een door de desbetreffende vereniging ontwikkeld model voor een echtscheidingsconvenant.

203 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.

echtgenoten daardoor worden gestimuleerd om tot zelfontplooiing of *Selbstbestimmung* te komen.

Het is daarnaast bepaald twijfelachtig of het contractuele stelsel partijautonomie als inclusief rechtsbeginsel bevordert, daar noties van solidariteit grotendeels ontbreken.

Het opstellen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden voorafgaand of tijdens het huwelijk heeft immers tot gevolg dat de door de wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven goederenrechtelijke rechtsverhouding – waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze de solidariteit tussen echtgenoten belichaamt – niet tot stand komt, respectievelijk wordt doorbroken. Dit is een direct effect van het rechtsbeginsel contractvrijheid en de hier tegenover staande solidariteit tussen echtgenoten speelt daarbij in Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol.[204] Wel kan dit anders liggen indien de (aanstaande) echtgenoten ervoor kiezen om een beperkte huwelijksgemeenschap op te nemen in hun huwelijkse voorwaarden.

De wet prikkelt (aanstaande) echtgenoten derhalve niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren om tot *Selbstbestimmung* voor ieder van hen te komen. Het is daarom aan de door de wetgever voorgeschreven notaris om te bewerkstelligen dat huwelijkse voorwaarden tussen (aanstaande) echtgenoten worden gerealiseerd op basis van *informed consent*, waarbij de echtgenoten zich ten volle rekenschap geven van de gevolgen op lange termijn van hetgeen door hen wordt vastgelegd en zij in staat worden gesteld om het door hen gewenste en bij hen passende *Ehetyp* vorm te geven, in welk proces de spanning tussen contractvrijheid en solidariteit voortdurend aanwezig is.

Of diens tussenkomst dit effect echter heeft, dient te worden betwijfeld, om welke reden ik heb verdedigd dat de family mediator over betere kaarten beschikt om adequate bescherming te kunnen bieden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Deze speelt thans al veelvuldig een belangrijke – beschermende – rol bij het opstellen van een echtscheidingsconvenant.

Echtgenoten behoeven naar mijn oordeel voorts niet slechts bescherming bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden maar evenzeer bij het aangaan van een echtscheidingsconvenant.

Niet gebleken is verder dat het in dit hoofdstuk besproken onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en het echtscheidingsconvenant waar het gaat om het regelen van een echtscheiding voorafgaand aan of tijdens het huwelijk, op enigerlei wijze verdedigd zou kunnen worden met argumenten

204 De meest vergaande vorm hiervan, de zogenaamde 'koude uitsluiting' komt in hoofdstuk 7 alsmede in hoofdstuk 9 kort aan de orde, waarbij ik in hoofdstuk 9 ook de vraag stel of het rechtsbeginsel van solidariteit in bepaalde gevallen mee zou kunnen brengen dat dergelijke huwelijkse voorwaarden nietig worden verklaard.

die voortvloeien uit het rechtsbeginsel solidariteit. Ook de opvatting in de literatuur dat voorafgaand aan het huwelijk in huwelijkse voorwaarden geen rechtsgeldige regelingen kunnen worden getroffen over partneralimentatie kan niet goed op deze wijze worden verdedigd. De bedoelde opvatting is door mij overigens bestreden in dit hoofdstuk.

Het is zelfs zo dat in het algemeen kan worden vastgesteld dat de belemmeringen die in Titel 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan waar het de contractvrijheid van (aanstaande) echtgenoten betreft, niet worden ingegeven door solidariteitsoverwegingen, waar dit rechtsbeginsel in mijn visie juist de enige rechtvaardiging hiervoor vormt.