



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).

Het spanningsveld tussen contractvrijheid en solidariteit bij de beoordeling van huwelijkse voorwaarden in de Nederlandse jurisprudentie

7.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk analyseer ik eerst de jurisprudentie van de Hoge Raad waar het betreft de beoordeling¹ van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding, waarbij ik mij de vraag stel of de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit daarin een rol spelen. Voorafgaand daaraan vat ik de hoofdlijnen samen van hetgeen ik ter zake van de desbetreffende rechtsbeginselen heb betoogd in de hoofdstukken 3 en 5.

Indien echtgenoten hun huwelijkse voorwaarden tijdens hun huwelijk niet hebben uitgevoerd, wordt de achtergrond hiervan veelal gevormd door het feit dat de inhoud van hun huwelijkse voorwaarden de echtgenoten niet bekend was.

Tevens is mogelijk dat zij anders zijn gaan leven dan voorgeschreven door hun huwelijkse voorwaarden terwijl daarover tussen hen stilzwijgende overeenstemming bestond. Ook kunnen zich gedurende het huwelijk ontwikkelingen hebben voorgedaan die door de echtgenoten niet waren verdisconteerd in hun huwelijkse voorwaarden en die voor hen evenmin aanleiding hebben gevormd om deze tussentijds te wijzigen.

Tot slot is denkbaar dat de echtgenoten bewust hebben besloten om in vermogensrechtelijke zin anders te gaan leven dan door hen bij huwelijkse voorwaarden was afgesproken, zonder echter over te gaan tot het opstellen van nieuwe huwelijkse voorwaarden.²

Steeds vormt echtscheiding de lakmoesproef waarbij de rechter de huwelijkse voorwaarden beoordeelt indien partijen er niet in slagen om in gezamenlijk overleg tot overeenstemming te komen.

De Hoge Raad lijkt met het onderhavige thema te worstelen – gevolgd door de lagere rechterlijke colleges – en zoekt een oplossing in uitleg op grond van de *Haviltex*-normen en in de daarbij aansluitende toetsing aan de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid.

1 Ik hanteer de term *beoordeling* als overkoepelende term voor zowel de uitleg, als de toetsing aan de maatstaf van redelijkheid en billijkheid van de huwelijkse voorwaarden door de rechter.

2 Uiteraard is ook mogelijk dat ingeval van echtscheiding door een echtgenoot een beroep op dwaling of een ander wilsgebrek wordt gedaan. Deze situaties vallen echter buiten mijn onderzoek en laat ik om die reden onbesproken.

Ik betoog echter dat het mogelijk en noodzakelijk is om een andere weg in te slaan door rechtszekerheid niet als een absolute grootheid voor te stellen en parallel daaraan een groter gewicht toe te kennen aan een rechtvaardige uitkomst van uitleg en toetsing van huwelijkse voorwaarden.

Ik verdedig vervolgens de stelling dat de constructie van een nieuw beoordelingsinstrument, ertoe zou kunnen bijdragen dat een juist evenwicht ontstaat tussen het honoreren van de contractvrijheid van echtgenoten enerzijds en het doorklinken van de echtelijke solidariteit anderzijds. Hierdoor zou een inzichtelijke werkwijze worden gecreëerd die door een hoge mate van voorspelbaarheid bovendien de rechtszekerheid zou bevorderen en tevens de (notariële) rechtspraktijk zou veranderen.

In dit kader bespreek ik kort hoe de Nederlandse jurisprudentie zich op hoofdlijnen tot de door mij in hoofdstuk 6 beschreven Duitse jurisprudentie verhoudt en stel ik een Nederlands equivalent voor van het in het vorige hoofdstuk beschreven beoordelingsinstrument van de Duitse rechter.

Afsluitend pas ik mijn benadering toe op een concrete casus die recent is beoordeeld door achtereenvolgens de Rechtbank Leeuwarden en het Hof Leeuwarden.

7.2 DE RECHTSBEGINSELEN PARTIJAUTONOMIE, CONTRACTVRIJHEID EN SOLIDARITEIT

Alvorens te kunnen beoordelen of de Hoge Raad en de lagere rechterlijke colleges in hun uitspraken over de werking van huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding³ op al dan niet gestructureerde wijze de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit toepassen, lijkt het zinvol om hetgeen ik met betrekking tot de desbetreffende rechtsbeginselen in hoofdstuk 3 uiteen heb gezet hier kort in herinnering te roepen.

In de eerste plaats is van belang dat ik in het desbetreffende hoofdstuk heb verdedigd dat het vaak gebezigde begrip contractvrijheid (in enge zin) beschouwd dient te worden als een rechtsbeginsel dat voortvloeit uit het meeromvattende rechtsbeginsel partijautonomie. Beide figuren worden in de literatuur niet steeds duidelijk van elkaar onderscheiden.

Partijautonomie wordt door mij gedefinieerd als contractvrijheid in brede zin, i.e. als omvattend de contractvrijheid in enge zin, alsmede het rechtsbeginsel solidariteit.

3 Dat huwelijkse voorwaarden door rechters steeds worden beoordeeld naar aanleiding van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding is verklaarbaar: indien er tijdens het huwelijk bij de echtgenoten al de behoefte mocht ontstaan aan uitleg over hetgeen bij huwelijkse voorwaarden is overeengekomen of daaromtrent tussen hen een verschil van inzicht bestaat, zijn de huwelijksband en de gemeenschappelijke belangen immers mees-tentijds (nog) sterk, respectievelijk groot genoeg om een notaris of mediator in te schakelen en komt de rechter niet in beeld.

Volgens Nieuwenhuis gaat het in het contractenrecht om zelfontplooiing door middel van samenwerking met anderen, waarmee tevens de kern van het contractenrecht is gegeven.⁴

Ik heb deze opvatting onderschreven maar heb daarbij zelfontplooiing aangescherpt door het te vervangen door het Duitse *Selbstbestimmung* omdat daardoor in elk geval voor de contractuele verhouding tussen echtgenoten naar mijn oordeel veel beter naar voren komt dat partijautonomie als een van de fundamenteën van het recht mogelijk dient te maken dat de ene echtgenoot in de contractuele verhouding tot de andere echtgenoot in vrijheid tot zijn recht en uiteindelijk tot zijn bestemming kan komen, waarbij ik ervan uitga dat een echtgenoot een grote invloed heeft op zijn of haar levensbestemming.

Juist omdat het huwelijk een zeer bepalende factor kan zijn bij het kiezen van en vormgeven aan de levensbestemming, is partijautonomie een essentiële factor bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden die – opgevat in de betekenis die ik daaraan in hoofdstuk 5 heb gegeven – de weerslag vormen van de door de echtgenoten ieder voor zich en vervolgens gezamenlijk gekozen levenskoers.⁵

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

Dit betekent dat waar het gaat om echtgenoten, partijautonomie bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden verstaan dienen te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot.

Ik zie in het licht van het voorgaande partijautonomie derhalve als de in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de verantwoordelijkheid die elk van de echtgenoten voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk is.⁶ Deze verantwoordelijkheid beschouw ik als rechtstreeks samenhangend met de lots-

4 Nieuwenhuis, 1999, p. 26.

5 Hierbij sluit naadloos de opvatting van Nieuwenhuis aan dat ook contractvrijheid een waarde is die haar grondslag heeft in het recht van de persoon. Deze vrijheid is van vitaal belang voor de ontplooiing van de eigen identiteit, die slechts kan worden ontplooid door gebruik te maken van de medewerking van anderen onder wie – gezien vanuit mijn perspectief – de andere echtgenoot de eerste plaats inneemt. Nieuwenhuis onderscheidt de ontplooiing van de eigen identiteit en het dragen van verantwoordelijkheid voor de wederpartij als de beide aspecten van het persoonsbegrip; Nieuwenhuis, 1999, p. 31 en 32.

6 Verbeke, 2009, p. 21.

verbondenheid die het huwelijk inhoudt en daardoor derhalve met het rechtsbeginsel solidariteit.

Vervolgens is de vraag aan de orde of het contractenrecht wellicht een bijzondere bescherming dient te geven aan de zwakkere partij.

Evenals Lindenbergh ben ik van opvatting dat de positie of hoedanigheid van partijen niet steeds een bepalende voorwaarde voor het intreden van een bepaald gevolg zijn. Deze kunnen desalniettemin wel een bruikbaar gezichtspunt opleveren voor het antwoord op de vraag of hetgeen is overeengekomen in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.⁷

Lindenbergh past zijn visie ook toe op echtgenoten die met elkaar hebben gecontracteerd en betoogt naar aanleiding van een concrete casuspositie dat een echtgenoot – veelal de vrouw als de klassiek ‘zwakkere’ echtgenoot – geen bescherming verdient *omdat* zij vrouw is maar omdat de vrouw tot in de huidige tijd veelal de niet-verdienende of niet-betaalde echtgenoot is.

Ik heb vervolgens ‘bescherming van de zwakkere partij’ vertaald door *solidariteit*. Een argument dat voor mij hierin meeweegt is dat het begrip solidariteit de gedachte van *evenwicht* tot uitdrukking brengt, waar het begrip ‘bescherming van de zwakkere partij’ veeleer de notie van *correctie* oproept. Solidariteit beschouw ik als een rechtsbeginsel dat – binnen het overkoepelende beginsel partijautonomie – de tegenpool vormt van de contractvrijheid. Tussen beide polen bestaat in mijn opvatting vrijwel steeds een spanningsveld.

Ik acht deze visie zeer bruikbaar voor toepassing op de rechtsverhouding tussen, en de contractuele positie van echtgenoten. Van geval tot geval zal vervolgens moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

Mak kenschetst het voorgaande voor het contractenrecht in het algemeen als de *double nature of the law* waarmee zij doelt op het feit dat autonoom handelen in rechte betekent dat daarin de belangen van de wederpartij zijn verdisconteerd en dat – andersom geredeneerd – primair handelen in rechte vanuit solidariteit ook het bestaan van contractvrijheid erkent en veronderstelt.⁸

De gebondenheid aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden dient in de eerste plaats te worden teruggevoerd op de wil van partijen zoals deze naar voren komt in hun bedoelingen, omdat anders in rechte überhaupt niet tot juridische kwalificatie kan worden overgegaan van hetgeen door partijen is geschreven, gezegd of gedaan.

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

8 Mak, 2003, p. 174.

Met Vranken meen ik dat het recht vervolgens bepaalt of gebondenheid aan de desbetreffende overeenkomst is ontstaan en dat de wijze waarop de verklaringen en gedragingen van echtgenoten rechtens dienen te worden gewaardeerd, een kwalificatievraag is, waartoe de relevante feiten, normen, beginselen, belangen en gezichtspunten worden geselecteerd en in hun onderlinge betrekkingen bepaald.⁹

Of door ieder van de echtgenoten bij het aangaan van de huwelijksvoorwaarden voldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de andere echtgenoot is een vraag die bij de bedoelde kwalificatie dient te worden beantwoord.¹⁰

Vranken verbindt aan dit rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij de term *zorgplicht*,¹¹ welk begrip mij zeer aanspreekt ter zake van de contractuele relatie tussen echtgenoten. Deze zorg voor elkaar betreft de actieve zijde van het rechtsbeginsel solidariteit en is mijns inziens niet alleen aan de orde in de precontractuele fase, maar ook tijdens de duur van de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden en zelfs daarna als sprake is van een alimentatieverhouding of ingeval van de uitoefening van het gezamenlijk gezag door ex-echtgenoten over hun minderjarige kinderen.

De omvang van de desbetreffende zorgplicht is niet op voorhand te bepalen omdat verschillende omstandigheden hierbij een rol spelen, waaronder de hoedanigheid, de onderlinge verhouding en de deskundigheid van partijen maar ook de aard van de overeenkomst en de wijze waarop deze tot stand is gekomen. Deze factoren wijzen naar mijn oordeel in elk geval op een in beginsel grote zorgplicht van echtgenoten jegens elkaar.¹²

Naar mijn oordeel is vervolgens de essentie van de tussenkomst van de notaris die de huwelijksvoorwaarden verlijdt, het optimaal tot uitdrukking laten komen van de desbetreffende zorgplichten van de echtgenoten jegens elkaar. In tweede instantie is deze specifiek gericht op het doen ontstaan van *informed consent* tussen de echtgenoten, waarbij de notaris zich ingeval van

9 De in hoofdstuk 3 door mij aangehaalde opvatting van De Beneditty sluit hierbij nauw aan: *Zal men thans op zijn minst niet moeten zeggen, dat het rechtseffect van de wilsovereenstemming slechts deels wordt geregeerd door den partijwil, maar anderdeels door de geldende rechtsnormen, en wel in een verhouding, waarvan het zwaartepunt zich allengs meer verlegt van eerstgenoemde naar laatstbedoelde bron?*; De Beneditty, 1934, p. 435.

10 Zie Vranken, 2000, p. 151 e.v..

11 Breedveld-De Voogd bespreekt de zorgplicht als nieuwe open norm naar aanleiding van de dissertatie van T.F.E. Tjong Tin Tai (Zorgplichten en zorgethiek, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2006); Breedveld-De Voogd, 2010, p. 68-71.

12 In zijn afscheidsrede noemt ook Nieuwenhuis de term zorgplicht en stelt hij dat de meeste zorgplichten niet paternalistisch van aard zijn doch 'fraternalistisch': *zij strekken ertoe de autonomie van de ander te optimaliseren*; Nieuwenhuis, 2009, p. 2256. Met fraternalistisch kan vanzelfsprekend sororistisch gelijk worden gesteld. Vertaald naar huwelijksvoorwaarden treden de (aanstaande) echtgenoten derhalve als goede broer, respectievelijk goede zuster jegens elkaar op.

door hem geconstateerde ongelijkwaardigheid van partijen, *compenserend partijdig* op dient te stellen.¹³

In hoofdstuk 5 heb ik mij kritisch opgesteld ten aanzien van de tussenkomst van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden, met name waar het betreft het door de Hoge Raad veronderstelde beschermende effect van diens tussenkomst ter zake van de belangen en de positie van elk van de echtgenoten.

Breedveld-De Voogd beziet de zorgplicht van de notaris bij transacties in het onroerendgoedverkeer en stelt in dit verband eerst de vraag of de zorg van de notaris zich ook dient te richten op de achterliggende belangen die partijen bij de rechtshandeling hebben. Zij koppelt hieraan dan de vraag of – indien de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord – het uitbreiden van de notariële zorgplicht van de rechtshandeling naar de achterliggende belangen van de contractpartijen niet strijdig is met de contractvrijheid van partijen en het autonomiebeginsel waaruit deze vrijheid voortvloeit.¹⁴

De tweede vraag wordt door haar mijns inziens terecht beantwoord met de stelling dat het omgekeerde veeleer het geval is. Tot de behartiging van de belangen van de bij de rechtshandeling betrokken partijen behoort juist het bevorderen van hun autonomie in de zin van het gestalte geven aan het eigenbelang door een contractspartij, op basis van de juiste informatie.

In mijn visie bevindt het vertrouwensbeginsel zich in het verlengde van het rechtsbeginsel solidariteit. Het vertrouwen dat de ene contractpartij bij de andere opwekt – indien gerechtvaardigd – impliceert immers verantwoordelijkheid van de eerstbedoelde voor de andere partij en verantwoordelijkheid maakt onderdeel uit van (de invloedsfeer van) het beginsel van de solidariteit.

Ik heb in hoofdstuk 3 verdedigd dat het voorgaande niet voert tot fundamentele contradicties¹⁵ maar slechts tot paradoxen: het rechtssysteem bestaat in de werking van beide beginselparen tegelijkertijd en het spanningsveld dat daardoor ontstaat doet geen afbreuk aan het systeem maar is integendeel een essentieel onderdeel daarvan.

Uiteindelijk gaat het dan niet om contractvrijheid maar om *contractgerechtigheid*¹⁶, welk begrip mijns inziens is te beschouwen als synoniem voor partijautonomie of contractvrijheid in brede zin: contractvrijheid derhalve waarin de tegenpool daarvan, solidariteit, is verdisconteerd.¹⁷

Indien echtgenoten met elkaar contracteren door huwelijkse voorwaarden op te stellen is naar mijn oordeel snel sprake van een mededelingsplicht omdat zoals eerder door mij aangevoerd dan sprake is van een bijzondere

13 Vgl. Kolkman, 2010, p. 129-130.

14 Breedveld-De Voogd, 2010, p. 68-71.

15 Deze term is van Huls; Huls, 1999, p. 398 en 399.

16 *Vertragsgerechtigheid*; dit begrip is gebezigd door Reuter, vgl. paragraaf 3.5.

17 Vranken noemt in dit verband ook de verschuiving van *procedural* naar *substantive fairness*; Vranken 2000, p. 149

rechtsverhouding. Het opbouwen en vervolgens uitbaten van een voor-sprong in kennis gaat voor hen dan ook niet op. Voor echtgenoten geldt in beginsel dat gesproken dient te worden om te voorkomen dat een verkeerde voorstelling van zaken het huwelijk uiteindelijk vergiftigt.

Het belang dat door een echtgenoot kan worden geschonden is – in de woorden van Nieuwenhuis – het belang van de andere echtgenoot om niet door een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken betrokken te raken in een contract dat deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten. Het gaat hier, zo betoogt Nieuwenhuis, om de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt is onvrij. Het recht van een echtgenoot bij het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden om uit de droom geholpen te worden door de andere echtgenoot en – aanvullend – door de notaris, prevaleert boven de onderzoeksplicht van de andere echtgenoot.¹⁸

Het rechtsbeginsel solidariteit dat de contractuele relatie tussen echtgenoten sterk inkleurt, brengt mee dat echtgenoten die met elkaar contracteren er steeds op toe moeten zien dat ook aan de zijde van de andere echtgenoot sprake is van contractvrijheid. Zoals voor vrijheid in het algemeen geldt, is ook ingeval van contractvrijheid aan de orde dat slechts sprake kan zijn van vrijheid van de een voor zover deze verenigbaar is met de vrijheid van de ander, hetgeen in hoge mate opgeld doet voor echtgenoten in hun onderlinge verhouding. Hartlief spreekt in dit verband van een paradoxale legitimatie: de beperking van de vrijheid omwille van de vrijheid.¹⁹

Ik vat het voorgaande kort samen. Het rechtsbeginsel partijautonomie dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de contractpartijen door samenwerking met de andere partij. Partijautonomie omvat mitsdien contractvrijheid en solidariteit.²⁰

Ingeval van huwelijkse voorwaarden moet partijautonomie worden gedefinieerd als de in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk is.

Deze zienswijze impliceert dat contractvrijheid in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit staat en tussen deze tegenpolen is daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig. Met betrekking tot de contractuele positie tussen echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden zal van geval

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

19 Hartlief, 1999 (B), p. 14.

20 Partijautonomie valt samen met contractvrijheid in brede zin.

tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

7.3 WETTELIJK KADER CONTRACTVRIJHEID

De contractvrijheid van echtgenoten dient zoals in hoofdstuk 3 is gebleken te worden verstaan als de in het rechtsbeginsel van partijautonomie ingebede vrijheid om overeenkomsten van een willekeurige inhoud te sluiten.

Van Schaick constateert dat deze vrijheid in belangrijke mate wordt bepaald door het tijdsbeeld en dat de opvattingen over contractvrijheid – waaronder ook die van echtgenoten –, derhalve in de loop van de tijd veranderen.

In hoofdstuk 5 heb ik uitvoerig stilgestaan bij de contractvrijheid van echtgenoten en ik schets hierna kort de hoofdlijnen van hetgeen daar naar voren is gekomen, teneinde ook in meer technische zin het speelveld van de rechter te verduidelijken.

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

Nuytinck²¹ 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. Hierna betoog ik echter dat aan het bepaalde in artikel 121 lid 1 een eigenstandige betekenis zou kunnen worden toegekend ingeval van de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding.

Het tweede lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bevat een vermogensrechtelijk voorschrift. Het staat echtgenoten niet vrij om te bepalen dat een van hen tot een groter aandeel in de schulden zal zijn gehouden dan overeenstemt met zijn aandeel in de goederen van de *gemeenschap*.²² De ratio van deze inbreuk op de contracteervrijheid van echtgenoten is volgens Luijten gelegen in het grote risico dat anders zou bestaan op een voort-

21 Nuytinck, 2003, p. 38-39.

22 Het laatste lid van artikel 121 bepaalt dat echtgenoten niet kunnen overeenkomen om af te wijken van de rechten die voortvloeien uit het ouderlijk gezag en van de rechten die de wet toekent aan de langstlevende echtgenoot. Van der Burght stelt dat het voorschrift overbodig is aangezien de regels omtrent het ouderlijk gezag niet ter discretie van de ouders staan en artikel 4 Boek 4 Burgerlijk Wetboek voorts reeds de mogelijkheden om de erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot beperkt Pitlo-Van der Burght/Doek, 2002, p. 294. Het is de vraag of in zo algemene termen kan worden gesteld dat ouders niet met elkaar kunnen overeenkomen waar het betreft (de invulling van) het ouderlijk gezag. Ik behandel dit thema uitvoerig in hoofdstuk 8.

urende en oncontroleerbare verrijking door de ene echtgenoot ten koste van de andere echtgenoot.²³ Het betreft hier een dwingende wetsbepaling die de zwakkere echtgenoot zou beschermen tegen het onberaden instemmen met het lijden van een voorzienbaar evident nadeel. In de parlementaire geschiedenis wordt in de toelichting op lid 2 echter tevens gesteld dat het voorschrift is ingegeven om te voorkomen dat een gemeenschap wordt gevormd waarop geen schulden verhaalbaar zijn.²⁴

Andere specifieke onderwerpen van vermogensrechtelijke aard waarover echtgenoten mogelijk met elkaar willen overeenkomen zijn de uitkeringen wegens levensonderhoud, bedoeld in de artikelen 157 en verder Boek 1 Burgerlijk Wetboek en de opgebouwde pensioenrechten ex artikel 155 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

Waar het betreft de vorm schrijft artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek voor huwelijkse voorwaarden dwingend een notariële akte voor. Zoals in hoofdstuk 5 al door mij is aangevoerd, moet vastgesteld worden dat dit vormvereiste de contractvrijheid van echtgenoten in formele zin beperkt maar geen inhoudelijke drempel opwerpt. Immers, het gestelde vormvereiste *an sich* verhindert partijen niet om af te spreken wat zij willen.

De voorgeschreven vorm brengt voor de partijen bij de overeenkomst in elk geval mee dat het sluiten van de overeenkomst niet overijld plaatsvindt en heeft derhalve een vertragend effect op de totstandkoming van de overeenkomst.²⁵ Het vormvoorschrift strekt tevens tot bescherming van de echtgenoten zoals ik reeds in hoofdstuk 5 heb besproken en het speelt voorts een rol bij de rechtsbescherming van derden; dit laatste aspect blijft in deze beschouwing echter onbesproken.

23 Luijten en Meijer vinden dat tegen het bestaan van de onderhavige bepaling niet kan worden aangevoerd dat andere vormen van huwelijkse voorwaarden waarbij een verdeelsleutel wordt aanvaard die afwijkt van de wettelijke ook kunnen leiden tot een bevoordeling van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere. Zij onderbouwen hun opvatting door de stelling dat *men – in deze gedachte – bezwaar (zou) moeten hebben tegen bijna elke regeling van huwelijksvoorwaarden, die de wettelijke gemeenschap uitsluit of beperkt.*; Luijten-Meijer, 2005, p. 218. Deze onderbouwing overtuigt mij niet omdat zij niet verklaart waarom het gerechtvaardigd is dat de wetgever deze constructie wel verbiedt en andere, die op vergelijkbare wijze voorzienbaar nadelig uit kunnen pakken voor een van de echtgenoten, niet. Het zou mijns inziens dan ook te verkiezen zijn dat de desbetreffende bepaling wordt geschrapt.

24 Parlementaire Geschiedenis Boek 1, p. 356.

25 Ik laat hierbij het buiten beschouwing dat vóórhuwelijkse huwelijkse voorwaarden op grond van het bepaalde in artikel 117, tweede lid Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet kunnen worden gesloten onder tijdsbepaling en voorts dat – naar algemeen wordt aangenomen op basis van HR 21 januari 1944, NJ 1944/45, 120 (*Van de Water-Van Hemme*) – huwelijkse voorwaarden in het algemeen niet onder een opschortende of ontbindende voorwaarde mogen worden aangegaan. In paragraaf 5.2.4 heb ik op de desbetreffende zienswijzen kritiek gegeven.

Artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek stelt tot 1 januari 2012 voor huwelijkse voorwaarden die door de echtgenoten tijdens het huwelijk worden gesloten als extra totstandkomingsvereiste de goedkeuring door de rechtbank. Uit het tweede lid van dit artikel blijkt dat de rechtbank deze goedkeuring slechts geheel of gedeeltelijk aan de huwelijkse voorwaarden kan onthouden indien gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat of indien één of meer voorwaarden strijden met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde.

Een mogelijk onbezonnen besluit van een echtgenoot kan door de rechtbank dan ook slechts via de band van de laatstgenoemde drie categorieën worden gesauveerd. In deze mogelijkheid zou de meerwaarde gevonden kunnen worden van deze herhaling van hetgeen ook al wordt uitgedrukt door het tweede lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.²⁶

Geconstateerd kan derhalve worden dat voor echtgenoten bij de aanvang van hun huwelijk een vergaande vrijheid bestaat om in vermogensrechtelijk opzicht met elkaar de afspraken te maken die zij verkiezen. Zij worden in materiële zin slechts beperkt door enkele dwingende wetsbepalingen die in de praktijk nauwelijks beletselen opwerpen naar ik heb aangetoond in hoofdstuk 5.²⁷

7.4 HUWELIJKSE VOORWAARDEN EN DE RECHTER

7.4.1 *Inleiding*

Zoals uit de in de afgelopen decennia sterk toegenomen hoeveelheid jurisprudentie²⁸ over de uitleg van huwelijkse voorwaarden kan worden afgeleid, leggen echtgenoten voorafgaand aan de ondertekening daarvan, alsmede tijdens hun huwelijk in het algemeen weinig tot geen belangstelling aan de dag voor hun huwelijkse voorwaarden en de gevolgen die de daarin opgenomen bepalingen voor hen hebben.²⁹ Indien er bij het aangaan van de overeenkomst wel betrokkenheid is, zakt deze daarna kennelijk weg.

26 Voorheen voorzag het artikel erin dat de rechtbank zijn goedkeuring aan de huwelijkse voorwaarden diende te onthouden indien een redelijke grond voor wijziging ontbrak en werd geen melding gemaakt van dwingende wetsbepalingen, goede zeden of openbare orde als toetsingsgronden. Nu wetsvoorstel 28 867 door de Eerste Kamer is aanvaard, zal de regeling van artikel 119 komen te vervallen.

27 Vgl. met name onder 5.2.2.

28 Hierbij springt met name het sterk toegenomen aantal uitspraken in het oog dat ziet op uitleg van het Amsterdams verrekenbeding. Vgl. in dit verband ook Van Duijvendijk-Brand die stelt dat de laksheid van echtgenoten een rijke jurisprudentie heeft opgeleverd over niet-nageleefde periodieke verrekenbedingen; Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 388.

29 Ik stel in dit hoofdstuk huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk zijn aangegaan door de (aanstaande) echtgenoten centraal maar het meeste van hetgeen wordt gesteld gaat ook op voor huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk door de echtgenoten zijn opgesteld of gewijzigd.

Dit leidt er in deze gevallen logischerwijs toe dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk ook niet hebben gehandeld naar hetgeen door hen in de huwelijksvoorwaarden was afgesproken. Het gevolg hiervan is veelal dat op het moment waarop een echtscheiding aan de orde komt, de ingeschakelde advocaat, mediator of notaris de scheidende echtgenoten moet vertellen hoe zij tijdens hun huwelijk hadden moeten handelen op grond van hun huwelijksvoorwaarden en deze voor de opgave staat hun een idee te geven van de consequenties van het niet-handelen conform de gemaakte afspraken. Het zal immers zelden zo zijn dat echtgenoten hun huwelijksvoorwaarden hebben nageleefd zonder dat de inhoud daarvan hun bekend was.

Indien sprake is van een open rechtsnorm, er ter zake van een bepaald huwelijksvermogensrechtelijk thema dat in de huwelijksvoorwaarden naar voren komt meer opvattingen bestaan in de literatuur of als de waarschijnlijke gevolgen van hetgeen de huwelijksvoorwaarden vermelden voor een echtgenoot nadelig uitpakken, is de gang naar de rechter vervolgens snel gemaakt door een van de echtgenoten.

Dit geldt te meer daar huwelijksvoorwaarden zoals gezegd in de meeste gevallen eerst aan de orde komen in de context van een echtscheiding waarbij emoties vanzelfsprekend vaak een grote rol spelen.

Ingeval echtgenoten hun huwelijksvoorwaarden niet hebben uitgevoerd kan de achtergrond hiervan echter ook zijn dat zij anders zijn gaan leven ten gevolge van expliciete of stilzwijgende overeenstemming daaromtrent. In dit geval zijn de echtgenoten derhalve in meer of mindere mate bewust afgeweken van hetgeen hun huwelijksvoorwaarden hun voorschreven. Vaak speelt in deze gevallen mee dat de huwelijksvoorwaarden primair tot doel hadden het beschermen van de niet-ondernemende echtgenoot tegen mogelijke schuldeisers van de echtgenoot-ondernemer.

7.4.2 *De uitleg van een overeenkomst en de toetsing aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid*

Hartkamp stelt vast dat het huidige Burgerlijk Wetboek – in tegenstelling tot het vorige – de uitleg van overeenkomsten geheel overlaat aan de rechtspraak en de rechtswetenschap.³⁰ Indien het opsporen van de gemeenschappelijke partijbedoelingen mogelijk is, valt het uitleggen van een overeenkomst daarmee samen maar in het algemeen kan niet gesteld worden dat beide steeds gelijk zijn aan elkaar.³¹ Zeer relevant is naar mijn oordeel zijn observatie dat voor *elke* wilsverklaring geldt dat de betekenis daarvan eerst door uitleg kan worden vastgesteld, omdat woorden op zichzelf beschouwd

30 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 299.

31 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 304

nooit klaarheid geven. Derhalve wordt een overeenkomst in het algemeen eerst duidelijk door uitleg.³²

Hartkamp definieert tegen deze achtergrond uitleg als volgt:

(...) het vaststellen van de betekenis die in verband met de omstandigheden van het concrete geval – ten tijde van het aangaan van de overeenkomst – moet worden gehecht aan de verklaringen, door twee of meer personen aan elkaar afgelegd met het oogmerk een overeenkomst aan te gaan en daardoor het vaststellen van de door die verklaringen in het leven geroepen rechtsgevolgen.³³

Belangrijk is vervolgens de logische gevolgtrekking die Hartkamp aan zijn definitie verbindt, te weten dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen.³⁴

In deze definitie ontbreken de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid maar spelen zij uit hoofde van bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad bij het duiden van de verklaringen van de partijen bij de overeenkomst niettemin een rol en derhalve is iedere uitleg uiteindelijk als normatief te kwalificeren, zij het dat het begrip ‘normatieve uitleg’ in de literatuur in enge en in brede zin wordt gebruikt.³⁵

Op grond van overwegingen van ‘doorzichtigheid van het denkproces’ kan het naar het oordeel van Hartkamp zinvol zijn om de uitleg van de overeenkomst te onderscheiden van de aanvulling van de rechtsgevolgen van een overeenkomst met behulp van de redelijkheid en billijkheid, doch hij erkent tevens dat het hier uiteindelijk een theoretische kwestie betreft en het wel of niet maken van het desbetreffende onderscheid in de praktijk veelal niet tot verschillende uitkomsten zal leiden.

Dientengevolge kan worden gesteld dat het vaststellen van de rechtsgevolgen die uit de overeenkomst *an sich* voortvloeien en het vaststellen van de rechtsbetrekking tussen de partijen bij de overeenkomst na toepassing van de artikelen 2 en 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek, in veel gevallen niet van elkaar zullen kunnen worden onderscheiden.³⁶

Hartkamp handhaaft het desbetreffende onderscheid niettemin en ik zou hem hierin willen volgen waar het de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden betreft, met name ook om aldus het moment van het aangaan van de overeenkomst los van later voorgevallen feiten te kunnen beschou-

32 Hartkamp merkt in dit verband op dat *de duidelijkheid omtrent hetgeen is overeengekomen niet ontstaat door de gebruikte woorden uit te leggen in hun taalkundige betekenis, maar pas indien deze in verband worden gebracht met de bedoeling van partijen, de aard en strekking van de overeenkomst, tijd en plaats en gebruiken, het gezond verstand, kortom met een verscheidenheid van omstandigheden.*; Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 309.

33 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 304.

34 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 307.

35 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 305.

36 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 305 en 306.

wen en op die wijze zo zuiver mogelijk een beoordeling *ex tunc* en een beoordeling *ex nunc* plaats te kunnen laten vinden.³⁷

Een andere visie op uitleg is geformuleerd door W. Sniijders die zich – Bregstein parafraserend – gecharmeerd toont van de volgende zienswijze:

(...) uitleg van de overeenkomst dient te worden opgevat als het vaststellen van de rechtsgevolgen daarvan, ongeacht of die rechtsgevolgen worden bepaald door verklaringen of gedragingen van partijen dan wel door aanvullende rechtsbronnen, waaronder de wet.³⁸

Zoveel mogelijk dient vanuit deze startpositie een redelijk resultaat te worden bereikt door uitleg³⁹, wat ertoe dwingt de in aanmerking komende regels en gezichtspunten ‘ten einde te denken’ in het licht van de omstandigheden van het geval.⁴⁰ Volgens W. Sniijders dient hetgeen waarin de verbintenis of overeenkomst reeds voorziet uitgangspunt te blijven, zowel bij de aanvulling van leemten als bij de vraag in hoeverre de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid een in beginsel tussen partijen geldende regel nader bepaalt.⁴¹

Het is duidelijk dat Hartkamp ingeval van uitleg van een overeenkomst de verklaringen van partijen zwaarder laat wegen dan W. Sniijders. Opgemerkt dient voorts te worden dat W. Sniijders de verklaringen en gedragingen van de contractspartijen op één lijn lijkt te stellen, waarbij ik veronderstel dat hij beide vermoedelijk beschouwt als verschijningsvormen van de *bedoelingen*

37 W. Sniijders wijst op het aspect van de controleerbaarheid van het rechterlijk oordeel. Indien alles onder uitleg wordt gebracht zal het feitelijk element van de beslissing gemakkelijker overheersen dan bij toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid die in beginsel een rechtsbeslissing vormt; W. Sniijders, 2007, p. 8.

38 W. Sniijders, 2007, p. 7.

39 W. Sniijders relateert het belang van het maken van onderscheid tussen uitleg enerzijds en de toepassing van redelijkheid en billijkheid anderzijds met een beroep op de zienswijze van Bregstein die inhoudt dat alles aankomt op uitleg van overeenkomst en wet met inachtneming van redelijkheid en billijkheid en dat daaruit voortvloeit dat een aparte beperking uit hoofde van deze rechtsbeginselen niet meer aan de orde komt. Niettemin erkent hij tevens dat zich gevallen laten denken *dat alles onder uitleg brengen contra-productief wordt.*; W. Sniijders, 2007, p. 7. Voorts wijst hij erop dat waar het betreft de leden 1 en 2 van respectievelijk de artikelen 2 en 248 Boek 6 Burgerlijk Wetboek het tweede lid opgesloten ligt in het eerste lid, daarbij de parlementaire geschiedenis citerend waar wordt gesteld dat *het tweede lid telkens neerkomt op een uitwerking van het eerste lid voor een bepaald geval en dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen de in beide leden gebezigde maatstaven*; W. Sniijders, 2007, p. 8. W. Sniijders komt uiteindelijk tot de conclusie dat in beide benaderingen de rechter uiteindelijk in het concrete geval bepaalt wat de in aanmerking komende regels voor het desbetreffende geval betekenen; W. Sniijders, 2007, p. 11.

40 W. Sniijders is van mening dat hierbij ook de ‘proportionele’ benadering van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid past (die hij ook afleidt uit de woorden ‘voor zover’ in het tweede lid van de artikelen 2 en 248 boek 6 Burgerlijk Wetboek): *waarom zou men (...) een bepaald beding slechts voor een deel of alleen in bepaalde omstandigheden buiten toepassing moeten laten?*; W. Sniijders, 2007, p. 8.

41 W. Sniijders, 2007, p. 8.

van partijen. Anderzijds mag denk ik worden aangenomen dat Hartkamp ook de gedragingen van partijen relevant acht bij het achterhalen van hun bedoelingen ingeval van het uitleggen van een overeenkomst.

7.4.3 Uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad⁴²

7.4.3.1 Inleiding

De Hoge Raad heeft in 2003 en 2004 vier belangwekkende arresten gewezen die met elkaar gemeen hebben dat daarin telkens de vraag wordt beantwoord hoe – kort gezegd – moet worden omgegaan met de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden ten tijde van echtscheiding.⁴³

Aan deze uitspraken is in de literatuur door verscheidene auteurs reeds aandacht besteed⁴⁴ maar tot op heden is een analyse van de desbetreffende arresten in onderlinge samenhang vanuit het perspectief van echtelijke contractvrijheid en solidariteit achterwege gebleven, in welke leemte ik hier in kort bestek wil voorzien.

Voorafgaand hieraan maak ik eerst twee lijnen zichtbaar die in de jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden tot het belangrijke *Las Vegas*-arrest van eind 2003 zijn ontwikkeld, welke beide lijnen elk eindigen in een van de hiervoor door mij bedoelde overige drie uitspraken.

7.4.3.2 Twee lijnen in de uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad

De eerste lijn die kan worden ontwaard ingeval van uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad betreft die van de natuurlijke verbintenis. De basis hiervoor werd door de Hoge Raad reeds in 1945 gelegd in de bekende uitspraak *De Visser-Harms*.⁴⁵

In twee arresten – beide gewezen op 4 december 1987 en bekend onder de benamingen *Helmondse kledingbokser* en *Bloemendaalse horeca* –⁴⁶ was sprake van echtgenoten die huwelijkse voorwaarden hadden opgemaakt die ‘koude uitsluiting’ inhielden. Voorts speelde in beide zaken dat de vrouw tijdens het huwelijk had meegewerkt in het bedrijf waarvan de man eigenaar was, zonder daarvoor echter een noemenswaardige vergoeding te hebben ontvangen.

42 Ik gebruik het begrip uitleg hier in beginsel in de ruime betekenis daarvan waarin de toetsing op grond van redelijkheid en billijkheid derhalve meestal is verdisconteerd.

43 HR 27 juni 2003, NJ 2003, 524 (*Zweedse vrouw*); HR 28 november 2003, NJ 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*); HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 (*Contrain gedrag*) en HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 1 (*Natuurlijke verbintenis*).

44 Ik doel hier onder meer op: Van der Burght, 2005, p. 92-106; Dommerholt, 2005, p. 571-578; Kleijn, 2004, p. 3-4; Kraan, 2005, p. 20-25; Luijten, 2004, p. 3-6; Schoordijk, 2005, p. 158-166 en Stollenwerck, 2005 (A), p. 4-10.

45 HR 30 november 1945, NJ 1946, 62.

46 Respectievelijk HR 4 december 1987, NJ 1988, 610 en HR 4 december 1987, NJ 1988, 678. Vgl. ook het hierna besproken arrest *Hilversumse horeca*, HR 25 november 1988, NJ 1989, 529.

In de eerstgenoemde uitspraak oordeelt de Hoge Raad dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet met zich mee brengen dat de vrouw ten tijde van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding aanspraak kan maken op een deel van het vermogen van de man (in casu een onderdeel van diens bedrijf), welk vermogen mede door haar onbeloond gebleven inspanningen tijdens het huwelijk is vermeerderd.

Wel acht de Hoge Raad het denkbaar dat in een dergelijk geval een aanspraak van de vrouw op het vermogen van de man is ontstaan uit hoofde van een natuurlijke verbintenis daartoe.⁴⁷

In de als tweede genoemde uitspraak kwam de Hoge Raad tot een ander oordeel. In deze casus had de man een hypotheekschuld afgelost die de vrouw tijdens het huwelijk had afgesloten met een aan haar in eigendom toebehorende woning als onderpand. De Hoge Raad zag in de aflossing door de man van de privéschuld van de vrouw een verkapte vergoeding van de door haar ten behoeve van zijn bedrijf verrichte arbeid, waarmee hij had voldaan aan een op hem rustende natuurlijke verbintenis een dergelijke vergoeding aan de vrouw te betalen.

In de jaren negentig volgde het *Le Miralda*-arrest⁴⁸ waarin de Hoge Raad een stap verder ging door te erkennen dat met de aankoop en betaling door de man van een appartement dat op naam van de vrouw werd gesteld, de man in beginsel had voldaan aan een op hem rustende morele verplichting, ofwel een natuurlijke verbintenis. De geschetste feitelijke gang van zaken vormde een objectieve aanwijzing in deze richting, aldus de Hoge Raad.

Omdat de vrouw in deze zaak vermogend was werd echter niet voldaan aan een andere objectieve omstandigheid, te weten de behoefte aan de zijde van de vrouw en kon de man een vergoedingsrecht jegens de vrouw geldend maken.⁴⁹

Een voorlopig laatste beweging in dezelfde richting betreft het arrest van 1 oktober 2004 (*Natuurlijke verbintenis*).⁵⁰

Ook in deze casus zijn de echtgenoten op huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren gehuwd. Tijdens het huwelijk wordt bouwgrond gekocht door de man en wordt de helft van het desbetreffende perceel ten name van de vrouw gesteld. Vervolgens wordt op het perceel een huis gerealiseerd, alsmede kantoorruimte. Het huwelijk eindigt door echtschei-

47 De Hoge Raad maakt in deze uitspraak ook duidelijk dat een beroep op artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek niet opgaat omdat de daarin gecodificeerde zorgplicht van echtgenoten over en weer, na echtscheiding wordt vervangen door de zorgplicht van artikel 157 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

48 HR 15 september 1995, NJ 1996, 616.

49 Het arrest van 17 oktober 1997, NJ 1998, 697 vormt een bevestiging van de *Le Miralda*-uitspraak; hierin werd door de Hoge Raad tevens gesteld dat beslissend voor de vraag of aan een natuurlijke verbintenis is voldaan het feit is of de vrouw het aankoopbedrag van de woning ten tijde van de aankoop daarvan zelf had kunnen financieren.

50 HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 1.

ding en het registergoed wordt door partijen verkocht. De vrouw meent dat de helft van de verkoopopbrengst aan haar toe dient te vallen, de man vindt echter dat daarop bedragen in mindering moeten worden gebracht omdat er aan zijn zijde sprake zou zijn van enkele vergoedingsvorderingen op de vrouw.

De Hoge Raad is in dezen van oordeel dat iedere vermogensoverheveling tussen echtgenoten die zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden die uitsluiting van elke vorm van huwelijksgemeenschap met zich brengen, in beginsel dient te worden beschouwd als het nakomen van een natuurlijke verbintenis, waarbij de omstandigheden die ten tijde van het verrichten van de prestatie speelden doorslaggevend zijn.

In uitzonderlijke situaties is, aldus de Hoge Raad, echter niet uitgesloten dat:

(...) partijen de objectieve aanwijzing dat sprake is van voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen doorbreken, bijvoorbeeld door ten tijde van het verrichten van de prestatie overeen te komen dat later ter zake van de prestatie zal worden betaald.⁵¹ Ook de omstandigheid dat partijen een gescheiden boekhouding voeren, kan bijdragen aan het oordeel dat van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis geen sprake is.⁵²

Met Luijten ben ik van mening dat de aanscherping die dit arrest in bewijsrechtelijk opzicht heeft gebracht zeer waarschijnlijk tot de conclusie voert dat de *Kriek-Smit*-uitspraak van 1987 sterk aan betekenis heeft ingeboet en dat mitsdien sinds 1 oktober 2004 sprake is van een nieuwe hoofdregel.⁵³

De Boer observeert dat de 'krachtige bewoordingen' die de Hoge Raad in 1945 gebruikte ten aanzien van de natuurlijke verbintenis, de deur hadden kunnen openen naar een ontwikkeling daarvan tot een rechtens afdwingbare verbintenis maar dat dit niet is gebeurd. Hij acht het niet-doorzetten van die ontwikkeling begrijpelijk omdat tijdens het huwelijk zoveel onzeker is dat:

(...) niet aanvaardbaar is dat tijdens het huwelijk de ene echtgenoot verschaffing van vermogen van de andere echtgenoot kan eisen ter voldoening aan diens verzorgingsplicht.⁵⁴

Ik zou menen dat dit tijdens het huwelijk inderdaad het geval is maar daarover kan anders worden gedacht op het moment van ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, waarbij de toetssteen zou kunnen zijn het tijdens het huwelijk feitelijk vertoonde gedrag door de echtgenoten.

De Boer ziet echter verschil tussen de situatie bij echtscheiding en de situatie bij overlijden zoals in het arrest van 1945, omdat er ingeval van echt-

51 Vgl. in dit verband het vaker genoemde wetsvoorstel 28 867, artikel 87 lid 4 Boek 1 Burgerlijk Wetboek (nieuw).

52 Rechtsoverweging 4.1.

53 Luijten, 2004, p. 5.

54 Asser-De Boer, 2010, p. 188.

scheiding een uitgewerkt en samenhangend geheel van wetsbepalingen bestaat betreffende uitkeringen tot levensonderhoud die in de plaats treden van artikel 81 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.⁵⁵

Naast deze lijn die ingeval van uitleg van huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding de mogelijkheid heeft verruimd om een beroep te doen op het hebben voldaan aan een natuurlijke verbintenis door een van de echtgenoten ten gunste van de andere echtgenoot, is sprake van een tweede lijn die in de jurisprudentie kan worden gezien. Deze betreft de – eveneens verruimde – toepassing van de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid.

De eerste duidelijke uitspraak van de Hoge Raad op dit terrein is het arrest *Hilversumse horeca*⁵⁶ waarin werd geoordeeld dat een krachtens huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en een partij daartoe voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld.⁵⁷

Later volgde het *Melkquotum*-arrest⁵⁸ waarin sprake was van een boerenbedrijf. De man had hier mede op grond van het inzetten van landerijen die aan de vrouw in eigendom toebehoorden, een melkquotum verkregen dat een relatief grote waarde vertegenwoordigde. De vrouw maakt bij de ontbinding aanspraak op een gedeelte van de waarde van dit melkquotum en de Hoge Raad oordeelt dat de man naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mocht verwachten dat hij met teruggave van de landerijen aan de vrouw kon volstaan, zonder enige verrekening van de waarde van het melkquotum.

Ook in de bekende reeks uitspraken betreffende huwelijkse voorwaarden die een periodiek inkomensverrekenbeding bevatten dat tijdens het huwelijk door de echtgenoten niet werd uitgevoerd, neemt de Hoge Raad in vele gevallen een beslissing die mede is gebaseerd op de beginselen van redelijkheid en billijkheid, teneinde tot een aanvaardbaar resultaat te komen.⁵⁹

De meest in het oog springende uitspraken op deze tweede lijn zijn echter de arresten *Lindner-Mannaerts* en *Contrain gedrag*.⁶⁰

55 De Boer constateert voorts – terecht – dat sedert 1 januari 2003 ook ingeval het huwelijk eindigt door overlijden, sprake is van een dergelijk verzorgend stelsel.

56 HR 25 oktober 1988, NJ 1989, 529.

57 De Boer noemt een drietal vanaf 1985 door de Hoge Raad gewezen arresten waarin deze gedachte in zijn visie al zichtbaar was geworden; Asser-De Boer, 2010, p. 378.

58 HR 29 september 1995, NJ 1996, 88.

59 Vgl. onder meer HR 7 april 1995, NJ 1996, 496 (*Vossen/Swinkels*), HR 19 januari 1996, NJ 1996 (*Rensing/Polak*) en HR 28 maart 1997, NJ 1997, 581 (*Burhoven/Jaspers*). Deze reeks werd ingezet met het prototype HR 15 februari 1985, NJ 1985, 885 m.nt. EAAL. Vgl. voor een uitvoerige bespreking van de desbetreffende uitspraken, Zonnenberg, 2009, p. 67-141.

60 HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 93 m.nt. WMK en HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399.

In de eerstgenoemde beslissing handelt de zaak om een echtpaar dat gehuwd was op huwelijkse voorwaarden die elke huwelijksgemeenschap uitsloten en die de echtgenoten er voorts toe verplichtten om tijdens hun huwelijk jaarlijks de overgespaarde inkomens met elkaar te verrekenen.

Ten tijde van de echtscheiding ontstaat een dispuut tussen partijen over het antwoord op de vraag of de met investeringen in twee woonhuizen behaalde winst een vergoedingsrecht voor de man oplevert, dan wel dat deze winst onder de werking van het bedoelde verrekenbeding dient te worden gebracht, waaraan partijen tijdens hun huwelijk geen uitvoering hadden gegeven. De Hoge Raad ziet het als volgt:

(...) bij niet/nakoming van een Amsterdams verrekenbeding zijn partijen gehouden de vermogensbestanddelen die zij tijdens het huwelijk hebben verworven en waarvan niet kan worden vastgesteld dat zij naar de bedoeling van partijen of van een derde zonder enig recht op verrekening behoren tot het vermogen van één van de partijen, alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren. (...)

Vervolgens reconstrueert de Hoge Raad de feitelijke gang van zaken tijdens het huwelijk en overweegt:

(...) in het licht van het hiervoor overwogene, kan uit deze gang van zaken in beginsel, behoudens bewijs van het tegendeel, geen andere conclusie worden getrokken dan dat partijen niet de bedoeling hebben gehad dat de waardevermeerdering van de eerste woning uitsluitend, namelijk zonder dat enige verrekening zou plaatsvinden, ten goede zou komen aan de man, doch dat zij ook met betrekking tot de eerste echtelijke woning ervan zijn uitgegaan dat de uit de opbrengst daarvan verkregen vermogensvermeerdering het resultaat is van voor verdeling als vorenbedoeld in aanmerking komende belegging van overgespaarde inkomsten.⁶¹

In het arrest *Contrair gedrag* dat ruim twee jaar later werd gewezen⁶² ging het om echtgenoten die tijdens hun huwelijk huwelijkse voorwaarden hadden opgesteld teneinde de vrouw te beschermen tegen mogelijke schuldeisers van de man. In de huwelijkse voorwaarden werd elke vorm van huwelijks-

61 Luijten en Meijer constateren dat de Hoge Raad in dit arrest mogelijk lijkt te maken dat het handelen van echtgenoten tijdens hun huwelijk de tussen hen vigerende huwelijkse voorwaarden in hun onderlinge verhouding ook in goederenrechtelijke zin opzij kan zetten. Zij wijzen deze benadering als onaanvaardbaar van de hand; Luijten-Meijer, 2005, p. 302. In de voorlaatste (12^e) druk van dit handboek achtte Luijten het echter wel mogelijk dat het intern-obligatoire gedeelte van huwelijkse voorwaarden overeind blijft ingeval van externe nietigheid; Luijten, 1999, p. 207. Ik neem daarom aan dat hun afwijzing slechts het goederenrechtelijke effect betreft. Ik roep in dit verband nog de uitspraak van de Hoge Raad van 12 december 2003 in herinnering waarin de Hoge Raad de bedoelingen van partijen zodanig interpreteert dat deze goederenrechtelijk effect verwerven; HR 12 december 2003, NJ 2004, 341. Kraan toont zich met reden zeer kritisch over deze beslissing; Kraan, 2005, p. 23 en 24.

62 Het is gezien de overeenstemmende thematiek opvallend dat dit arrest een viertal maanden later wordt gewezen dan de in paragraaf 6.5 door mij besproken baanbrekende uitspraak van het *Bundesgerichtshof*.

gemeenschap uitgesloten en werd tevens een periodiek verrekenbeding opgenomen.

Tussen de echtgenoten was echter *in confesso* dat de desbetreffende huwelijkse voorwaarden alleen werden opgesteld om eventuele schuldeisers van de man buiten de deur te houden en partijen waren zich na het opmaken van de huwelijkse voorwaarden in hun onderlinge verhouding dan ook blijven gedragen alsof tussen hen nog de wettelijke gemeenschap van goederen van kracht was.

De Hoge Raad maakt bij de beoordeling van deze kwestie, daarbij gebruik makend van de hoofdregels uit twee door hem in 2003 gewezen arresten⁶³ die ik hierna nader bespreek, onderscheid tussen de bedoelingen van partijen aan de ene kant en de werking van redelijkheid en billijkheid anderzijds.

De bedoelingen van partijen zijn relevant in het kader van de uitleg van de huwelijkse voorwaarden met behulp van de Haviltexregels en daaraan komt in de visie van de Hoge Raad geen betekenis toe ingeval van huwelijkse voorwaarden omdat het vormvereiste van de notariële akte daaraan in de weg staat. De partijbedoeling kan de huwelijkse voorwaarden ook waar het de interne werking daarvan betreft niet vervangen. Ik zal hierna betogen dat deze opvatting verlaten dient te worden omdat de notariële tussenkost vaak niet de toegevoegde waarde heeft die daaraan door de Hoge Raad wordt toegeschreven.

De daarop volgende toetsing waarbij de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid worden toegepast, leidt de Hoge Raad tot de volgende overweging:

Voor zover het middel opkomt tegen 's hofs overweging dat ook de eisen van redelijkheid en billijkheid niet kunnen afdoen aan de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden, treft het evenwel doel, omdat het hof met dit oordeel heeft miskend dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. (...) Daarbij verdient aantekening dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen voormalige echtelieden na ontbinding van het huwelijk op grond van redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwelijkse voorwaarden zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk,⁶⁴ ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden.⁶⁵

63 HR 27 juni 2003, NJ 2003, 524 (*Zweedse vrouw*); HR 28 november 2003, NJ 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*).

64 Ik wijs er op dat in deze casus sprake was van een afwijkende mondelinge dan wel in elk geval stilzwijgende overeenkomst en niet (alleen) van afwijkend feitelijk gedrag van de echtgenoten. Naar mijn oordeel liggen beide overigens in elkaars verlengde.

65 Volledigheidshalve merk ik op dat door de Hoge Raad in diens uitspraak *Ter Kuile/Kofman* (ook wel bekend onder de benaming *Doktersvrouw*) de gedragingen van de echtgenoten over en weer als belangrijkste maatstaf werden gehanteerd om te komen tot een uitspraak over het al dan niet bestaan van een vergoedingsrecht wegens te veel betaalde huishoudkosten; HR 29 april 1994, NJ 1995, 561.

Luijten en Meijer maken naar mijn mening de terechte gevolgtrekking dat niet goed voorstelbaar is dat uit de beide arresten afgeleid zou moeten worden dat:

(...) bij ontbreken van huwelijksvoorwaarden het gedrag van de echtgenoten, voorzover het hun vermogensrechtelijke verhoudingen betreft, geen rol speelt, maar tussen echtgenoten die wel huwelijksvoorwaarden hebben gemaakt de inhoud ervan naar redelijkheid tussen hen kan worden opzijgezet door hun gedragingen.⁶⁶

Aangenomen dient derhalve te worden dat ook ingeval echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, bij de uitleg daarvan in het geval van echtscheiding hun bedoelingen – zoals naar voren komend uit hun feitelijke, overeenstemmende gedrag tijdens hun huwelijk –, de doorslag dient te geven, op dezelfde voet als dat bij op huwelijkse voorwaarden gehuwde echtgenoten het geval is.

Tussen de arresten *Lindner-Mannaerts* en *Contrair gedrag* in waren door de Hoge Raad in twee uitspraken uit 2003 nog twee belangrijke regels geformuleerd waar het betreft de uitleg van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding.

De eerste regel is afkomstig uit het arrest *Zweedse vrouw*⁶⁷ en wil dat de op straffe van nietigheid voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden voorgeschreven notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.⁶⁸ Dat deze opvatting ten minste sterk gerelativeerd dient te worden heb ik in hoofdstuk 5 reeds betoogd. Hierna geef ik voor deze stelling nog andere argumenten.

Het arrest *Huwelijk Las Vegas*⁶⁹ geeft de tweede door mij bedoelde regel. Hierin bevestigt de Hoge Raad hetgeen al in indirecte zin uit eerdere beslissingen kan worden opgemaakt, te weten dat bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden de Haviltexformule dient te worden gebruikt. In paragraaf 7.4.3.3 ga ik nog uitvoerig in op deze beschikking.

Schoordijk bespreekt de arresten uit 2001 en 2004 in twee artikelen in het *WPNR*.⁷⁰ De kern van zijn pleidooi in beide gevallen is dat er juist tussen echtgenoten die onder het regime van 'koude uitsluiting' zijn gehuwd *een levendig rechtsverkeer bestaat*,⁷¹ wat tot de conclusie leidt dat de obligatoire

66 Luijten-Meijer, 2005, p. 303.

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

68 In HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353 (*Reparatiehuwelijk*) had de Hoge Raad deze opvatting ook al te berde gebracht.

69 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116.

70 Schoordijk, 2002, p. 199-207 en Schoordijk, 2005, p. 158-166. Curieus is dat Schoordijk in zijn tweede artikel kenbaar maakt dat hem aanvankelijk ontgaan was dat het arrest uit 2004 in het verlengde ligt van dat uit 2001 zoals Luijten zeer terecht opmerkt; Schoordijk, 2005, p. 165; Luijten-Meijer, 2005, p. 302 en 303.

71 Schoordijk, 2002, p. 199.

verhouding tussen hen een andere is dan de goederenrechtelijke.⁷² Ik meen dat Schoordijk het in dit verband bij het rechte eind heeft waar het gaat om het door hem geconstateerde uitgangspunt dat uitsluiting van iedere huwelijksgemeenschap echtgenoten in obligatoir opzicht niet handelings-onbevoegd maakt.⁷³ De door hem bedoelde obligatoire rechtsverhoudingen worden volgens Schoordijk in literatuur en praktijk echter nauwelijks onderkend, aangezien hier de nadruk te zeer is komen te liggen op het werken met nominale vergoedingsrechten.⁷⁴

Voorts wijst Schoordijk op de ontwikkeling die in veel landen heeft plaatsgevonden en die waar het huwelijkse voorwaarden betreft betekent dat *een wilsdenken alleen maar aanvaard mag worden, wanneer echtgenoten zich voor elkander ook vermogensrechtelijk verantwoordelijk weten*. In Frankrijk kent men bijvoorbeeld de rechtsfiguur van de *société de fait* die aan de orde kan zijn indien de inspanning van een echtgenoot voor de zaak van de andere echtgenoot verder hebben gestrekt dan *de hand- en spandiensten die een huwelijk plegen te vergezellen*.⁷⁵

Ik kan mij geheel vinden in de lijn van het betoog van Schoordijk – dat valt samen te vatten met het adagium *substance above form* –⁷⁶ maar trek hieruit niet de conclusie dat het de rechter vrij zou moeten staan over te gaan tot ‘reallocatie’ ten tijde van echtscheiding.⁷⁷ Ik stel hierna een alternatieve benadering voor die niet op haar beurt nieuwe rechtsonzekerheid en

72 Vreemd genoeg lijkt Schoordijk zichzelf in diens tweede bijdrage aan het WPNR echter tegen te spreken omdat hij daarin onaanvaardbaar acht de opvatting dat onderlinge afspraken tussen echtgenoten mee kunnen brengen dat intern wordt afgeweken van de externe werking van huwelijkse voorwaarden; Schoordijk, 2005, p. 159. Het bestaan van de desbetreffende tegenstelling is mijns inziens alleen niet aan de orde indien wordt aangenomen dat Schoordijk weliswaar het bestaan van een levendig rechtsverkeer tussen echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd onderkent maar dit rechtsverkeer in zijn visie weer niet zover kan gaan dat er intern andere huwelijkse voorwaarden gelden dan extern. Mij lijkt dit echter een moeilijk houdbare opvatting omdat dit per definitie het geval is (tenzij de tegenstelling afgedaan kan worden als een woordenspel, een kwestie van definities). Een obligatoire afspraak tussen echtgenoten in hun onderlinge verhouding kan immers gelijk worden gesteld aan een interne huwelijkse voorwaarde; indien er meer afspraken zijn gemaakt is mitsdien sprake van interne huwelijkse voorwaarden. Vgl. ook A.-G. Wesseling-Van Gent in haar conclusie bij het arrest *Contrair gedrag* (HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399) waar deze sub 2.11 stelt dat echtgenoten waar het betreft het intern-obligatoire gedeelte van hun huwelijkse voorwaarden in de loop van het huwelijk (stilzwijgend) een van de huwelijkse voorwaarden afwijkende regeling overeen kunnen komen. Ook de gedachte waar Schoordijk mee speelt dat huwelijkse voorwaarden wegens een wilsgebrek intern nietig zouden kunnen zijn, verdraagt zich niet met de opvatting dat huwelijkse voorwaarden extern en intern hetzelfde zouden dienen te zijn; Schoordijk, 2005, p. 161.

73 Schoordijk, 2001, p. 615. Vgl. voor het geval van een gezamenlijke geldlening ook Dommerholt, 2005, p. 571-578.

74 Schoordijk, 2002, p. 206.

75 Schoordijk, 2005, p. 164.

76 Schoordijk, 2005, p. 166.

77 Schoordijk, 2003, p. 277 en 278.

onrechtvaardigheid schept omdat rechters ingeval van reallocatie vermoedelijk toch hun eigen intuïtieve maatstaven gaan hanteren, maar recht doet aan de contractvrijheid van echtgenoten en de solidariteit die hun rechtsverhouding *qualitate qua* beheerst.

7.4.3.3 *Huwelijk Las Vegas*

De Hoge Raad acht zoals besproken in diens arrest van 28 november 2003⁷⁸ ook de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden onderhevig aan uitleg op grond van de bekende *Haviltex*-criteria.⁷⁹

In de desbetreffende zaak had het Hof 's-Gravenhage eerder overwogen dat de bedoeling van partijen en de notaris (sic!) eerst aan de orde komt als de tekst van de huwelijkse voorwaarden reden tot twijfel over de uitleg ervan geeft. De Hoge Raad stelt echter onomwonden:

Ook bij huwelijkse voorwaarden komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen⁸⁰ mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.⁸¹

Het belang van het onderhavige arrest is gelegen in het feit dat de Hoge Raad hiermee duidelijk maakt dat voor de uitleg van huwelijkse voorwaarden niet de regel uit het *Wever-Aruba Bank*-arrest⁸² geldt, doch de criteria uit het *Haviltex*-arrest toepassing vinden, waarbij het in de woorden van Van Duijvendijk-Brand steeds aankomt op de bedoelingen van partijen:

78 HR 28 november 2003, NJ 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*).

79 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

80 De discussie in casu betrof de uitleg van een in de huwelijkse voorwaarden opgenomen verplichting tot verrekening van inkomsten.

81 Tanja-Van den Broek merkt, na te hebben geconstateerd dat de Haviltexmaatstaf van toepassing is op de uitleg van huwelijkse voorwaarden, op: *Even is gedacht dat dat voor de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden anders zou zijn, waarschijnlijk omdat huwelijkse voorwaarden in een notariële akte moeten worden vastgelegd en de Hoge Raad voor de uitleg van notariële transportaktes de CAO-norm hanteert.*; Tanja-Van den Broek, 2005, p. 868.

82 HR 8 april 1983, NJ 1984, 785 m.nt. WMK. De onderhavige uitspraak leidt echter niet tot een volledige breuk met de door de Hoge Raad in dat arrest naar voren gebrachte opvatting dat een notariële akte de bedoelingen van een partij juist en volledig weergeeft, omdat de rechtszekerheid dit vereist. In het arrest *Wever/Aruba Bank* stond immers het vertrouwen van derden centraal, evenals dit het geval was in het arrest van 8 december 2000, NJ 2001, 350 (*Stichting Eelder woningbouw/Van Kammen*). Indien het echter huwelijkse voorwaarden of een samenlevingscontract betreft is de positie van de partijen bij de desbetreffende akte veel relevanter, naast die van derden (vgl. ook HR 22 september 2006, NJ 2006, 521 (*Uitleg samenlevingsovereenkomst*)). Indien het gaat om de externe betekenis van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden – i.e. van huwelijkse voorwaarden als goederenrechtelijk statuut – blijft de in *Wever/Aruba Bank* door de Hoge Raad verwoorde opvatting dan ook van toepassing; waar echter de interne – i.e. de obligatoire – betekenis van huwelijkse voorwaarden aan de orde is, vindt een ruime uitleg plaats aan de hand van de Haviltexformule, waarbij de tekst van de huwelijkse voorwaarden slechts een van de relevante factoren vormt: uitleg is binnen deze aanpak immers ook mogelijk als de tekst niet onduidelijk is.

(...) ook indien in de overeenkomst begrippen zijn gebezigd die (binnen de context van die overeenkomst) een vaste betekenis hebben, is niet die vaste betekenis maar uiteindelijk de partijbedoeling doorslaggevend.⁸³

De desbetreffende bedoelingen zijn volgens Van Duijvendijk-Brand echter erg moeilijk te achterhalen omdat het ingeval van huwelijkse voorwaarden slechts zelden zo is dat de wens bij de (aanstaaende) echtgenoten om een specifieke regeling te treffen voorafgaat aan het vastleggen daarvan in de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Het is volgens Van Duijvendijk eerder omgekeerd:

Het probleem is dat de aanstaande echtgenoten blijven steken in vage noties. Zij hebben er helemaal geen zin in om zich te verdiepen in wat de verschillende mogelijkheden van huwelijkse voorwaarden zijn.⁸⁴

Ik denk dat Van Duijvendijk met haar daarbij aansluitende gevolgtrekking dat de aanstaande echtgenoten de keuze feitelijk overlaten aan de notaris, de vinger legt op een afgeleid probleem. De voorzijde van deze medaille betreft immers de notaris die waar het betreft het opstellen van huwelijkse voorwaarden in de praktijk veelal een lijdelijke positie inneemt en daarmee niet duidelijk maakt waarom zijn tussenkomst 'mede strekt tot bescherming van partijen' zoals de Hoge Raad stelt in het arrest *Zweedse vrouw*.⁸⁵

Van Mourik gebruikt duidelijke taal als hij het ontbreken van de toegevoegde waarde van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden beschrijft. Ik herhaal diens bewoordingen in dezen zoals door mij in paragraaf 5.7.2 aangehaald, hier gedeeltelijk:

Talrijk zijn de voorbeelden waaruit blijkt dat het notariaat er weinig van heeft gebakken gedurende de afgelopen veertig jaren. Koude uitsluitingen, vervalbepalingen, verrekenbepalingen die verwijzen naar het fiscale inkomensbegrip en achterhaalde, duistere teksten bepalen het beeld.⁸⁶

Zelf zou ik echter menen dat het zeer wel mogelijk is dat de notaris door middel van een eigentijdse, professionele werkwijze,⁸⁷ echtgenoten prikkelt om hetgeen hun voor ogen staat met het aangaan van huwelijkse voorwaarden te formuleren en op die wijze hun bedoelingen te achterhalen.

Dit betreft dan de moderne notaris die wordt gedreven door een fraternalistische zorgplicht en niet rust totdat zijn cliënten zelf verantwoordelijkheid nemen voor hun huwelijkse voorwaarden. De notaris heeft als moderne professional eenvoudigweg de taak om zijn werk goed te doen en daaraan op de beschreven wijze uitdrukking te geven. Langenfeld ziet voor

83 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 389.

84 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 389.

85 HR 27 juni 2003, NJ 2003, 524.

86 Van Mourik, 2009 (B), p. 135.

87 Ik verwijs hier naar paragraaf 5.7.2.

de Duitse notaris als belangrijkste taak bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden de *Bewußtmachung des Regelungszusammenhangs* en stelt daaropvolgend dat de *heuristische Wert* van huwelijkse voorwaarden vooral daarin kan worden gevonden.⁸⁸

Van Duijvendijk-Brand noemt aan het slot van haar beschouwing de mogelijkheid van het werken door de notaris met de door mij in hoofdstuk 5 reeds uitvoerig beschreven considerans⁸⁹ en vermeldt verder het werken met vragenlijsten als een werkwijze die navolging verdient.⁹⁰ Met een dergelijke taakopvatting van de notaris kent zij daaraan meen ik toch niet het noodzakelijke gewicht toe.

De observatie van Van Duijvendijk-Brand is niettemin relevant waar zij impliciet stelt dat het in veel gevallen helemaal niet de bedoelingen van de (aanstaande) echtgenoten zelf zijn die hebben geleid tot de specifieke bepalingen die in hun huwelijkse voorwaarden zijn vastgelegd maar de bedoelingen en opvattingen van de instrumenterende notaris, die bovendien in veel gevallen niet over echtscheiding zal zijn begonnen.⁹¹ Ik kom hierna nog uitvoerig terug op de naar mijn opvatting door de Hoge Raad overschatte rol van de klassieke notaris, derhalve de notaris die paternalistisch opereert en mitsdien de (aanstaande) echtgenoten niet activeert.

Van Duijvendijk-Brand ziet tegen de achtergrond van de geschetste problematiek betreffende de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden twee oplossingen als het gaat om de uitleg van de desbetreffende overeenkomst. De eerste betreft de zogenaamde *standaarduitleg* die in aanmerking komt indien in een groot aantal gevallen hetzelfde probleem speelt. Zij werkt deze standaarduitleg uit voor huwelijkse voorwaarden die een verplichting voor echtgenoten inhouden om periodiek het overgespaarde inkomen met elkaar te verrekenen, aan welke verplichting tijdens het huwelijk echter geen gevolg is gegeven.⁹²

De andere oplossing die door haar wordt aangedragen is die van het toepassen van de Haviltex-regels in een meer geobjectiveerde gedaante, door haar *Haviltex-met-een-twist* genoemd:

88 Langenfeld, 2005, p. 2.

89 Ook Mellema-Kranenburg toont zich hiervan een voorstander, zij het dat zij zonder nadere onderbouwing stelt dat het niet nodig is om in alle huwelijkse voorwaarden een considerans op te nemen; Mellema-Kranenburg, 2010, p. 176.

90 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 397.

91 F. Schols benadrukt terecht het belang om huwelijkse voorwaarden juist vanuit deze invalshoek op te stellen; F. Schols, 2010, p. 756. Dat vaak nog niet over echtscheiding wordt besproken hoor ik ook van mijn studenten die stage lopen op notariskantoren, alsmede van (kandidaat-)notarissen tijdens cursussen die ik geef. Ik realiseer mij niettemin dat empirisch bewijs voor deze stelling ontbreekt.

92 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 395 en 396.

Dat zou in concreto betekenen dat het primair nog steeds blijft gaan om het achterhalen van de gemeenschappelijke partijbedoeling, maar als die niet gesteld of bewezen is, het subsidiair zou aankomen op de betekenis die redelijke personen van gelijke hoedanigheid als partijen in dezelfde omstandigheden daaraan zouden hebben toegekend.⁹³

Ik meen dat aan deze zienswijze zeker de verdienste toekomt dat daarin tot op zekere hoogte wordt verdisconteerd dat niet de bedoelingen van de echtgenoten maar veeleer de bedoelingen en opvattingen van de notaris ten grondslag hebben gelegen aan de huwelijkse voorwaarden, zodat die van de echtgenoten moeilijk zullen kunnen worden achterhaald. Deze aangepaste Haviltex-uitleg gaat naar mijn oordeel echter niet ver genoeg, welke stelling ik nader beargumenteer in paragraaf. 7.6.

7.4.4 *Tussentijdse analyse*

Indien de (recente) jurisprudentie van de Hoge Raad wordt gezien vanuit de invalshoek van de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit valt op dat het eerste beginsel veelvuldig wordt genoemd in diens verschijningsvorm van rechtszekerheid en dat het tweede wellicht zichtbaar is in de correctie die in sommige zaken wordt toegepast omdat het onaanvaardbaar zou zijn op grond van redelijkheid en billijkheid om de huwelijkse voorwaarden onverkort uit te voeren.

Ter zake van het eerstgenoemde beginsel moet voorts terstond de kanttekening worden geplaatst dat het in dezen niet – zoals zou mogen worden verwacht –, gaat om de contractvrijheid van de echtgenoten maar veeleer om het handhaven van het resultaat van de notariële tussenkomst waaraan – naar mijn mening grotendeels ten onrechte –, een de echtgenoten beschermend effect wordt toegekend door de Hoge Raad.

Ten aanzien van de eerste door mij zichtbaar gemaakte hoofdlijn in de jurisprudentie zou kunnen worden beweerd dat inmiddels sprake is van een hoge mate van rechtszekerheid. Immers, is door een echtgenoot gepresteerd, kan het bestaan van een daartoe strekkende overeenkomst niet worden aangetoond en is evenmin ten tijde van de prestatie vastgelegd waartoe deze strekte, dan kan de echtgenoot ten gunste van wie de prestatie strekt er vrij zeker van zijn dat aan de presterende echtgenoot geen vergoedingsrecht toekomt omdat deze wordt geacht te hebben voldaan aan een natuurlijke verbintenis. De presterende echtgenoot kan er op dezelfde grond op zijn beurt vanuit gaan dat geen vergoedingsrecht ten gunste van hem is ontstaan.

Tevens wordt in zekere mate voldaan aan het beginsel der solidariteit of rechtvaardigheid. Het kan in bepaalde feitelijke omstandigheden namelijk goed zo zijn dat het rechtvaardig is dat geen vergoedingsrecht is ontstaan. Maar evengoed kan de uitkomst als onrechtvaardig worden betiteld in andere feitelijke situaties. Uiteindelijk speelt het geluk voor de ene echtgenoot en het ongeluk voor de andere echtgenoot dat wel of juist niet is gepres-

93 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 397.

teerd een grote rol.⁹⁴ De willekeur die de natuurlijke verbintenis karakteriseert brengt daarom mee dat naar mijn opvatting de *overall* conclusie waar het deze hoofdlijn in de jurisprudentie betreft moet zijn dat deze niet als rechtvaardig kan worden beschouwd. Hiermee hangt vanzelfsprekend sterk samen het feit dat inherent is aan het fenomeen natuurlijke verbintenis, dat indien niet is gepresteerd en het alsnog presteren rechtvaardig zou zijn in de omstandigheden van een specifiek geval, de vanuit dit oogpunt gewenste prestatie in rechte niet kan worden opgelegd noch afgedwongen.

Het is goed dat de Hoge Raad in deze zaken het uitgangspunt lijkt te hanteren dat feitelijk gedrag – te weten de prestatie van de ene echtgenoot in de bijzondere omstandigheden van het geval –, maatgevend is om de bedoelingen van partijen te kunnen achterhalen. Deze toetsing van feitelijk gedrag kent naar mijn oordeel echter tekortkomingen die zwaar wegen.

Ten aanzien van de tweede hoofdlijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad die ik heb geduid is meen ik een gemiste kans te ontwaren.

Het arrest *Lindner-Mannaerts* leek aanvankelijk de weg vrij leek te maken voor het primaat bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden van de bedoelingen van de echtgenoten zoals deze zich tijdens het huwelijk hebben gematerialiseerd in hun feitelijke gedrag, zodanig dat deze de inhoud van de huwelijkse voorwaarden zouden kunnen *overrulen* waar het de interne werking daarvan betreft. De daarop volgende *Huwelijk Las Vegas*-uitspraak nam elke twijfel over de toepasselijkheid van de Haviltexcriteria ingeval van uitleg van huwelijkse voorwaarden weg en had kunnen worden gezien als een steun in de rug van de richting die de Hoge Raad in *Lindner-Mannaerts* was ingeslagen.

Helaas volgde een half jaar later het arrest *Contrair gedrag* waarin ons hoogste rechtscollege op zijn schreden terugkeert en voor de bedoelingen van partijen nog slechts een plaats reserveert in de bijwagen van de uitleg, te weten het domein van de correctiemogelijkheid die de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid in zich dragen.⁹⁵

Met W. Snijders acht ik de benadering die de Hoge Raad heeft gekozen in het arrest *Lindner-Mannaerts* dan ook aanmerkelijk overtuigender dan de zienswijze die door dit rechtscollege in *Contrair gedrag* naar voren wordt

94 Huijgen spreekt met betrekking tot de uitspraak Helmondse kledingbokser van 'het *geluk* (curs. toegev.) dat de man een betaling voor haar had verricht en nog wel ter zake van een woning, die de vrouw bezat'; Huijgen-Reinhartz, 2010, p. 296.

95 Ik laat hier nog buiten beschouwing dat voor justitiabelen niet gemakkelijk valt te begrijpen dat de Hoge Raad enerzijds benadrukt dat notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te maken akte van huwelijkse voorwaarden, *om vervolgens in rechtsoverweging 4.3 doodleuk op te merken dat onderling overeenstemmend gedrag rechtens relevant kan zijn voor het antwoord op de vraag of men wellicht niet aan de huwelijkse voorwaarden is gebonden*, zoals Nuytinck het enigszins sarcastisch uitdrukt; Nuytinck, 2005 (A), p. 476.

gebracht, omdat – in de woorden van W. Snijders – de eerste uitspraak in de sleutel van de uitleg van de rechtsverhouding van de echtgenoten is gezet:

(...) juist in een situatie dat het mede aankomt op een langdurig gedrag van partijen in een bepaalde rechtsverhouding, wordt in wezen die rechtsverhouding zelf beïnvloed.⁹⁶

Het slechts laten doorklinken van dit langdurige gedrag in de toepassing van redelijkheid en billijkheid is naar mijn stellige overtuiging beslist te mager.⁹⁷

Mijn analyse leidt in het licht van het bovenstaande dan ook tot de gevolgtrekking dat de recente jurisprudentie vanuit de invalshoek van contractvrijheid en solidariteit als gebrekkig en daarom als onbevredigend dient te worden gekarakteriseerd.

In deze jurisprudentie kan weliswaar het vruchtbare element worden aangewezen van de nadruk die bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden in beginsel wordt gelegd op het feitelijke gedrag dat de echtgenoten tijdens het huwelijk hebben vertoond, dat als normatief wordt geduid en waaruit hun kennelijke bedoelingen dientengevolge worden afgeleid door de rechter, maar de wijze waarop dit element vervolgens wordt gehanteerd is bepaald teleurstellend te noemen.

Zoals hiervoor al betoogd leidt de aanpak van de Hoge Raad in een enkel geval tot de conclusie dat rechtszekerheid en rechtvaardigheid beide zijn gediend. Het gaat hier echter niet om een gestructureerde werkwijze ter zake van de van uitleg van huwelijkse voorwaarden in het geval van echtscheiding, welke werkwijze steeds tot doel heeft om rechtszekerheid en rechtvaardigheid in evenwicht te brengen gezien vanuit de interne rechtsverhouding van partijen en daarmee bevredigende beslissingen oplevert. Bovendien moet worden vastgesteld dat de focus in de jurisprudentie sterk is gericht op huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren en dat geen systeem is ontwikkeld dat kan dienen voor alle gevallen waarin huwelijkse voorwaarden ter gelegenheid van echtscheiding uitleg behoeven, welk systeem tevens aan de eis voldoet dat het voorspelbare uitkomsten oplevert. Wat betreft dit laatste aspect is thans eerder sprake van *flipperkast-jurisprudentie* zoals ik in paragraaf 7.6 beargumenteer.

96 W. Snijders, 2007, p. 11.

97 Hier komt uiteraard nog bij dat de correctiemogelijkheid op basis van redelijkheid en billijkheid per definitie een beperkte is omdat daarbij de maatstaf van onaanvaardbaarheid moet worden gehanteerd en het mitsdien om hoge uitzonderingen zal moeten gaan, dan wel om een *standaarduitleg* als bedoeld door Van Duijvendijk-Brand; Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 394. Uit recente jurisprudentie blijkt ook dat het arrest *Contrair gedrag* de deuren zeker niet wagenwijd open heeft gegooit; vgl. bijvoorbeeld HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, *RFR* 2010, 109.

7.5 RECHTVAARDIGHEID

Alvorens mijn visie uiteen te zetten op een eigentijdse uitleg van huwelijkse voorwaarden die uitdrukking geeft aan het belang van de rechtsbeginselen van contractvrijheid en solidariteit, besteed ik eerst kort aandacht aan rechtvaardigheid, het rechtsbeginsel dat enerzijds als equivalent van solidariteit kan worden gezien maar anderzijds ook het honoreren van contractvrijheid in zich draagt.⁹⁸

Ik doe dit aan de hand van de interessante en naar mijn oordeel zeer vruchtbare visie op een rechtvaardige afwikkeling (i.e. uitleg) van huwelijkse voorwaarden die door Gommer wordt gegeven vanuit een onverwacht perspectief, te weten dat van de biologie.⁹⁹

Gommer bekijkt vanuit deze invalshoek de casus van het door mij hiervoor uitvoerig besproken arrest *Lindner-Mannaerts* en stelt zich daarbij de vraag of de Hoge Raad uiteindelijk niet terugvalt op een rechtvaardigheidsgevoel en onbewuste denkprocessen achteraf rationaliseert door te beslissen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de vermogensbestanddelen in casu alsnog verdeeld moeten worden.

Naar aanleiding van de resultaten die recent onderzoek naar chimpansees en kapucijnerapen heeft opgeleverd, concludeert Gommer dat ‘loon naar werken’ een beginsel is dat oude papieren heeft en dat een ieder die zijn bijdrage levert aan de groep daarvoor moet worden beloond. Gemaakte (juridische) afspraken die daarmee in strijd zijn gaan in tegen het gevoel van rechtvaardigheid:

Recht gaat ook om rechtvaardigheid, om een verdeling waarbij ieder krijgt wat hij gezien zijn inspanningen mag verwachten. De regels in het recht zijn noodzakelijk om orde in de samenleving te waarborgen en zij dienen dus ook gevoelens van rechtvaardigheid te weerspiegelen.¹⁰⁰

Gommer komt vervolgens tot een oplossing voor de *Linder-Mannaerts*-casus door eerst de volgende redenering te geven:

1. X en Y hebben afgesproken dat het huis eigendom van X blijft;
2. Als het huis eigendom van X is, komt ook de waardestijging aan hem toe (economisch feit);

98 Het thema rechtvaardigheid in relatie tot het huwelijksvermogensrecht is recentelijk ook door anderen besproken. Ik noem hier in het bijzonder het afscheidscollege van Van Mourik (*Recht, Rechtvaardigheid en Ethiek*); Van Mourik, 2008, p. 3-27 en 33-43; Huijgen (*Relaties en (huwelijks) vermogensrecht*); Huijgen, 2009 (A), p. 83 en Schoordijk (respectievelijk: *Het huwelijk als partnership* en *Het rechtsbeginsel “gij zult een ander niet op het foute been zetten” en zijn reikwijdte*); Schoordijk, 2003, p. 272 e.v., respectievelijk 2007, p. 40.

99 Gommer, 2010.

100 Gommer, 2010, p. 587.

3. Als afspraken niet worden nagekomen, ondermijnt dit de groepsstabiliteit (biologisch feit);
4. Als de groepsstabiliteit ondermijnd wordt, heeft dit nadelige gevolgen voor de reproductiekansen van de groepsleden (biologisch feit);
5. Mensen bestaan doordat onze voorouders in het verleden gekozen hebben voor groepsstabiliteit (evolutionair feit).

De conclusie die uit het voorgaande kan worden getrokken is dat mensen afspraken nakomen om de groepscohesie te bevorderen; derhalve komen zowel het huis als de waardestijging toe aan X. Vertaald in juridische termen verhoogt het nakomen van afspraken de rechtszekerheid en daarmee de stabiliteit van de samenleving.

Indien echter nog enkele feiten worden toegevoegd ontstaat een ander beeld. Er zijn volgens Gommer daarnaast immers nog onderliggende wetmatigheden waaraan men zich ook bij een rechterlijk oordeel niet kan onttrekken:

6. Y krijgt niet wat zij gezien haar inspanningen mocht verwachten;¹⁰¹
7. Als groepsleden niet krijgen wat ze mogen verwachten, ondermijnt dit de groepsstabiliteit.

De groepsstabiliteit wordt derhalve geschraagd door twee factoren: groepsleden dienen zich aan de gemaakte afspraken te houden en groepsleden behoren te delen in de goederen naargelang de door ieder van hen geleverde inspanningen.¹⁰²

Toegepast op de casus van het onderhavige arrest kan nu worden gesteld dat de gezamenlijke keuze om in het huis van de man te gaan wonen tevens de keuze van de vrouw bepaalt om niet zelf een woning te kopen. Hierdoor bouwt de man meerwaarde op ten koste van de vrouw, doordat zij meebetaalt aan de hypotheeklening en – indien dit niet het geval zou zijn geweest – doordat de door de vrouw (als huisvrouw) geleverde inspanningen het voor de man mogelijk hebben gemaakt om zijn verdien capaciteiten op te bouwen en te gelde te maken en daardoor de rente van het huis te betalen:

Door een zo lange tijd van samenleven raken met andere woorden eens gemaakte afspraken achterhaald, omdat de gedane inspanningen deze hebben ingehaald.(...) Het doen en laten van de echtelieden in de tussenliggende periode heeft onmiskenbaar invloed op wat

101 De Y in casu had meebetaald aan de rente en had geen eigen huis gekocht omdat ze samen met X in diens huis woonde. Omdat Y de door haar betaalde rente niet heeft kunnen aanwenden voor een eigen hypothecaire geldlening is ze de waardestijging van een huis misgelopen die X wel deelachtig is geworden.

102 Vgl. in dit verband de door Barendrecht en Gramatikov beschreven aspecten van rechtvaardigheid waaronder in het bijzonder de *distributieve* en *restoratieve* rechtvaardigheid aansluiten bij hetgeen door Gommer wordt betoogd; Barendrecht en Gramatikov, 2010, p. 1105 en 1106.

een 'rechtvaardige verdeling' is. Zou men hiermee geen rekening houden, dan zou het rationele, positieve recht zich verder verwijderen van het rechtsgevoel.¹⁰³

Gommer besluit zijn beschouwing met de observatie dat een evenredige verdeling van goederen aan de hand van gedane inspanningen de groepsstabiliteit meer versterkt, dan het nakomen van afspraken. Als hoeder van de orde in de samenleving heeft de Hoge Raad in *Lindner-Mannerts* derhalve de juiste afweging gemaakt.¹⁰⁴

Omdat hetgeen door Gommer naar voren wordt gebracht naar mijn mening voor zich spreekt, voeg ik slechts toe dat het des te betreurenswaardiger is dat de Hoge Raad kort nadien met diens beslissing in *Contrair gedrag* een ander pad is ingeslagen.

7.6 EEN ALTERNATIEVE UITLEG VAN HUWELIJKSE VOORWAARDEN

7.6.1 Inleiding

Hiervoor in paragraaf 7.4 ben ik tot de slotsom gekomen dat de thans gangbare uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad het rechtsgevoel niet bevredigt.

Weliswaar worden de Haviltexcriteria toegepast waardoor er in beginsel voor de rechter veel ruimte zou bestaan om tot een evenwichtige uitleg te komen die zowel de rechtszekerheid dient als leidt tot een rechtvaardige uitkomst, maar onze hoogste rechter houdt echter tegelijkertijd krampachtig vast aan zijn uitgangspunt dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de externe en de interne werking van huwelijkse voorwaarden. De onderlinge vermogensrechtelijke verhouding tussen echtgenoten zoals deze is vastgelegd in hun huwelijkse voorwaarden, kan daarom niet worden gewijzigd op grond van hun gemeenschappelijke bedoelingen. Dit 'dogma' wordt in zijn volle gedaante verwoord in het arrest *Contrair gedrag*:

Een gemeenschappelijke partijbedoeling als hier aan de orde, die een stilzwijgend gesloten overeenkomst tussen echtgenoten inhoudt waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan, regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden, dient immers ook zelf te worden aangemerkt als huwelijkse voorwaarde in de zin van art. 1:114 BW. Krachtens art. 1:115 BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Deze notariële tussenkomst strekt mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden (vgl. HR 27 juni 2003, (...) NJ 2003, 524); daarom kan van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn (HR 2 mei 1986, (...) NJ 1987, 353).¹⁰⁵

103 Gommer, 2010, p. 588.

104 Gommer, 2010, p. 590.

105 HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 (*Contrair gedrag*), onder 4.2.

Deze – in mijn visie overigens ook onjuiste – opvatting heeft tot gevolg dat de hantering van de Haviltexregels er bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden niet toe kan leiden dat waar het de onderlinge, obligatoire verhouding van de echtgenoten betreft, de inhoud van deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk opzij wordt gezet,¹⁰⁶ terwijl dit bezien vanuit het gezichtspunt van het rechtsbeginsel van partijautonomie naar mijn oordeel toch zeer wenselijk zou zijn.

De oplossing voor dit dilemma moet dan ook worden gezocht in het loslaten van het genoemde dogmatische uitgangspunt. Daarvoor is naar mijn stellige overtuiging veel te zeggen, terwijl er op de keper beschouwd verrassend weinig tegenin is te brengen.

Ik kies in dezen derhalve een andere positie dan Van Duijvendijk-Brand die het probleem wel ziet maar naar mijn oordeel uiteindelijk geen overtuigend en praktisch toepasbaar alternatief aanreikt, al moet worden erkend dat haar pleidooi voor een geobjectiveerde Haviltexnorm¹⁰⁷ wel een eerste stap in de goede richting is.

7.6.2 *De externe en interne betekenis van huwelijkse voorwaarden*

De interne betekenis van huwelijkse voorwaarden betreft de verbintenrechtelijke rechtsverhouding tussen de echtgenoten. Deze interne betekenis is mijns inziens van veel groter belang dan de externe betekenis welke laatste uitsluitend ziet op de goederenrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten zelf en die in het bijzonder betekenis heeft ten opzichte van eventuele schuldeisers.

Hiervoor voer ik in de eerste plaats aan dat er in heel veel huwelijken in het geheel geen sprake zal zijn van andere schuldeisers dan crediteuren die beide echtgenoten ertoe hebben bewogen zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de schuld. Een goed voorbeeld hiervan is de schuld uit hypothecaire geldlening die in veruit de meeste gevallen door beide echtgenoten wordt aangegaan.

Daarnaast kan in de jurisprudentie een groot aantal uitspraken worden aangetroffen die handelen over de onderlinge huwelijksvermogensrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten; hierbij steekt het aantal zaken waarin een schuldeiser tegen (een van) de echtgenoten procedeert schril af.

106 Tanja-Van den Broek voert aan dat de *rechtszekerheidswaarborg* die aan de verplichting huwelijkse voorwaarden bij notariële akte aan te gaan, *zich niet verdraagt met de mogelijkheid dat tussen partijen iets heel anders geldt dan aan het geschrift is toevertrouwd*. Tanja-Van den Broek, 2005, p. 865. Ik meen in paragraaf 7.6.2 aan te hebben getoond dat aan dit argument weinig betekenis toekomt.

107 Van Duijvendijk-Brand, 2007, p. 397.

In contrast hiermee kiezen echtgenoten vaak voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden met het primaire oogmerk om de niet-ondernemende echtgenoot te beschermen tegen aanspraken van schuldeisers van de echtgenoot-ondernemer, waarbij met name het faillissementsrisico tot de verbeelding spreekt.

Dat de beoogde bescherming in veel gevallen waarschijnlijk niet zal worden gerealiseerd leren ons twee recente uitspraken waarin artikel 61 Faillissementswet door rechtbanken zeer ruim wordt geïnterpreteerd.¹⁰⁸

Ook de praktijk waarop ik hiervoor wijs, waarbij beide echtgenoten zich hoofdelijk aansprakelijk stellen, leidt ertoe dat er geen bescherming bestaat tegen verhaal door de bedoelde schuldeisers.

Deze – naar mijn mening onterechte – focus op bescherming tegen schuldeisers brengt mee dat bij het opmaken van huwelijkse voorwaarden de interne rechtsverhouding van de echtgenoten onderbelicht blijft of zelfs (met name in oude gevallen) in het geheel geen aandacht krijgt.

Huwelijkse voorwaarden geven in deze gevallen daarom slechts ten dele uitdrukking aan de bedoelingen van partijen. Naar hun bedoelingen met de huwelijkse voorwaarden voor het geval van echtscheiding is immers niet of onvoldoende gevraagd door de notaris.¹⁰⁹

Dit leidt vervolgens tot de voor de hand liggende vraag of niet aangenomen moet worden dat de echtgenoten dan vaak de intentie zullen hebben gehad dat er intern andere regels gelden dan extern, nu vast lijkt te staan dat huwelijkse voorwaarden in de meeste gevallen worden opgesteld ter bescherming van de vrouw tegen de schuldeisers van de man. Ik bedoel hiermee dat het mogelijk zo is dat echtgenoten er – mede op grond van de notariële werkwijze – onbewust van uitgaan dat huwelijkse voorwaarden een goederenrechtelijke regeling impliceren die erop is gericht bescherming te bieden tegen (zakelijke) schuldeisers en geen betrekking hebben op het gewone leven, althans, zij realiseren zich niet dat huwelijkse voorwaarden deze verdergaande strekking hebben.

Het notariaat laat in dezen steken vallen zoals door mij in hoofdstuk 5 besproken, of lijkt zich ervan af te maken met standaardregelingen zoals ingeval van het Amsterdams verrekenbeding. In elk geval staat vast dat er in de afgelopen decennia binnen het notariaat geen noemenswaardige pro-

108 Rb. Rotterdam 19 augustus 2009, *RFR* 2010, 13 en Rb. Almelo 27 januari 2010, *LJN* BL4397. Huijgen merkt in zijn commentaar op de laatstgenoemde uitspraak op dat deze het notariaat opnieuw laat zien dat huwelijkse voorwaarden slechts een bescheiden bescherming bieden tegen de gevolgen van een faillissement van de andere echtgenoot; Huijgen, 2010, p. 7. Zie over artikel 61 lid 4 Faillissementswet ook Hoens en F. Schols die tot de conclusie komen dat de reikwijdte van het desbetreffende artikel schimmig blijft voor zowel toekomstige debiteuren en echtgenoten als voor crediteuren en curatoren; Hoens en F. Schols, 2010, p. 59 en 60. Vgl. voorts Hof Arnhem 28 juni 2011, *LJN* BR2618.

109 Vgl. in deze zin ook Hoens en F. Schols, 2010, p. 58.

ductontwikkeling heeft plaatsgevonden waar het gaat om de kwaliteit en wijze van totstandkoming van huwelijkse voorwaarden.¹¹⁰

Tegen deze achtergrond mag de gevolgtrekking worden gemaakt dat de rol van de notaris bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad in twee opzichten te zwaar lijkt te zijn aangezet.

Gesteld kan in de eerste plaats worden dat de notariële tussenkomst met name ziet op de externe betekenis van huwelijkse voorwaarden, te weten de totstandkoming van een gefixeerd goederenrechtelijk statuut,¹¹¹ waardoor zowel voor de echtgenoten in hun onderlinge verhouding als voor schuldeisers van de echtgenoten duidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag welke goederen wel en welke niet in de (beperkte) huwelijksgemeenschap vallen.¹¹²

Het vormvoorschrift van artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek is in deze visie slechts in goederenrechtelijk opzicht van belang en uitleg van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden beperkt zich – waar het de goederenrechtelijke inhoud daarvan betreft –, tot de tekst en is derhalve grammaticaal van karakter. Aan een ruime uitleg volgens de Haviltexregels wordt niet toegekomen.

Indien het gaat om de externe betekenis van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden – i.e. van huwelijkse voorwaarden als goederenrechtelijk statuut – blijft, zoals hiervoor al door mij beargumenteerd, de in onder meer het arrest *Wever-Aruba Bank* door de Hoge Raad verwoorde opvatting van toepassing.

Waar echter de interne, obligatoire betekenis van huwelijkse voorwaarden aan de orde is, zou zonder problemen een ruime uitleg door de rechter plaats kunnen vinden aan de hand van de Haviltexformule, waarbij de tekst van de huwelijkse voorwaarden slechts één van de relevante factoren vormt:

110 Reeds in 2001 bepleitte echtscheidingsadvocate Gijbels met anderen een verbeterde praktijkvoering van notarissen waar het de wijze van totstandkoming van huwelijkse voorwaarden betreft. Haar belangrijkste aanbevelingen op dit terrein waren destijds dat de notaris partijen dient te *dwingen* om zelf richting te geven aan de huwelijkse voorwaarden die ontworpen moeten worden en dat de notaris ook vele jaren later nog moet kunnen aantonen dat hij huwelijkse voorwaarden heeft ontworpen die aansluiten bij de doelstellingen en toekomstverwachtingen van partijen; Gijbels e.a, 2001, p. 3 en 4. F. Schols constateert in dit verband dat er in creatief opzicht bijzonder weinig lijkt te worden gedaan met de *ruimhartige contractsvrijheid die tussen echtgenoten geldt*; F. Schols, 2010, p. 755.

111 Vgl. mijn definitie van huwelijkse voorwaarden in paragraaf 5.2.3. Alleen in dit opzicht zijn huwelijkse voorwaarden te karakteriseren als 'status-contract' zoals bedoeld door Schoordijk; Schoordijk, 2005, p. 166.

112 Ik merk in dit verband op dat echtgenoten er ook voor kunnen kiezen om aan hun huwelijkse voorwaarden slechts externe betekenis toe te kennen in hun eigen onderlinge verhouding door deze niet in te schrijven in het in artikel 120 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek bedoelde huwelijksgoederenregister: daarmee ontberen de huwelijkse voorwaarden immers externe betekenis jegens derden.

uitleg is dan immers ook mogelijk als de tekst van de huwelijkse voorwaarden niet onduidelijk is.^{113 114}

De tweede naar mijn mening onjuiste aanname van de Hoge Raad ten aanzien van de notariële tussenkomst, is dat deze mede tot bescherming van de echtgenoten zelf zou strekken. Betoogt zou mogelijk zelfs kunnen worden dat soms het tegendeel veeleer het geval is.¹¹⁵

De ene (vaak, maar niet noodzakelijkerwijs niet-ondernemende) echtgenoot wordt door de notaris ten eerste reeds niet afdoende beschermd tegen aanspraken van schuldeisers van de andere (vaak maar niet noodzakelijkerwijs de ondernemende) echtgenoot ingeval van faillissement. Artikel 61 Faillissementswet biedt zoals genoemd slechts zeer beperkt soulaas en de notariële voorlichting schiet in dit opzicht bepaald tekort.¹¹⁶ Dit probleem speelt ook ingeval een echtgenoot in een schuldsaneringsregeling geraakt.¹¹⁷

Daarnaast wordt in de meeste gevallen evenmin, zoals reeds door mij betoogd, in de huwelijkse voorwaarden op adequate wijze aandacht besteed aan de vermogensrechtelijke gevolgen van echtscheiding voor de ene (niet-ondernemende) echtgenoot, dit terwijl echtscheiding statistisch gezien een veel groter risico vormt dan faillissement.

De uitleg van huwelijkse voorwaarden door de Hoge Raad vertoont trekken van een dogma en leidt in het geval huwelijkse voorwaarden 'koude uitsluiting' inhouden hierdoor tot de naar mijn oordeel tamelijk bizarre gevolgtrekking dat de ene (niet-ondernemende) echtgenoot niet wordt beschermd door de rechter, omdat de tussenkomst van de notaris haar (al) zou hebben beschermd. De eenvoudige realiteit in dezen is echter dat de notaris lange tijd het echtscheidingsperspectief veronachtzaamd heeft bij het bespreken van en opstellen van huwelijkse voorwaarden en hij dit soms nog steeds doet.

Gesteld kan verder worden dat de notaris de andere (ondernemende) echtgenoot ook niet beschermt. Deze loopt namelijk het aanmerkelijke risico om ingeval van echtscheiding in een strijd over de consequenties van de huwelijkse voorwaarden terecht te komen, dan wel van de rechter te vernemen dat geen beroep mag worden gedaan op een of meer bepalingen uit de

113 Vgl. HR 28 november 2003, NJ 2004, 116 (*Huwelijk Las Vegas*).

114 Tanja-Van den Broek merkt in dit verband terecht op dat de gekozen vorm en bewoordingen niet bepalend zijn maar de strekking van de overeenkomst prevaleert en dat dit kan leiden tot een heel ander resultaat dan in de overeenkomst is verwoord: *Wezen gaat voor schijn*; Tanja-Van den Broek, 2005, p. 863.

115 De rechtbank Breda stelt in een zeer recente uitspraak vast dat het feit dat de notaris uitleg heeft gegeven over de inhoud van de huwelijkse voorwaarden niet afdoet aan de bedoeling van beide partijen om de rechten van de vrouw op verrekening niet te beperken; Rb. Breda 9 februari 2011, LJN BP3867.

116 Ik realiseer mij dat dit een aanname is waarvoor empirisch bewijs ontbreekt.

117 Huijgen wijst er op dat artikel 313 Faillissementswet artikel 61 van deze wet van overeenkomstige toepassing verklaart ingeval van de schuldsanering van een natuurlijk persoon; Huijgen, 2010, p. 7.

huwelijkse voorwaarden omdat dit onaanvaardbaar is op grond van redelijkheid en billijkheid.¹¹⁸

Ik maak op grond van het voorgaande de gevolgtrekking dat de Hoge Raad zichzelf onnodig in een spagaatpositie heeft geplaatst als het gaat om de uitleg van de interne betekenis van huwelijkse voorwaarden voor de echtgenoten. Dit valt te betreuren omdat hiermee noch rechtszekerheid, noch rechtvaardigheid worden gediend.

Waar de 'bedoelingen' van de notaris en niet die van de (aanstaande) echtgenoten in huwelijkse voorwaarden in het algemeen zwaar doorklinken en de laatste in zeer veel gevallen zelfs in het geheel niet kunnen worden achterhaald, biedt de hiervoor genoemde geobjectiveerde Haviltexmaatstaf van Van Duijvendijk-Brand een stap in de goede richting.¹¹⁹

Deze stelt centraal wat redelijke personen van gelijke hoedanigheid als partijen in dezelfde omstandigheden redelijkerwijs zouden hebben bedoeld ter zake van de uitwerking van hun huwelijkse voorwaarden, in het bijzonder in het geval van echtscheiding.

Maar een dergelijke werkwijze bij uitleg van huwelijkse voorwaarden zou zoals gezegd naar mijn oordeel niet ver genoeg gaan, omdat zij onvoldoende ruimte biedt voor het noodzakelijke maatwerk dat de partijautonomie vergt. Obligatoir bezien kan aan de hand van de Haviltexcriteria immers een in beginsel vergaande uitleg plaatsvinden en daarop zou niet de rem moeten worden gezet met een beroep op slechts de heilzame werking van de notariële tussenkomst.

Ik verdedig derhalve de stelling dat de vaststelling van de interne betekenis van huwelijkse voorwaarden een toetsing impliceert die los staat van de vaststelling van de externe betekenis van de huwelijkse voorwaarden¹²⁰ en waarbij de tussenkomst van de notaris slechts een factor is die een rol kan spelen bij de uitleg van de desbetreffende overeenkomst.

Zoals hiervoor duidelijk is geworden, is uitleg van huwelijkse voorwaarden (buiten de gevallen waarin schuldeisers een rol spelen), vooral aan de

118 Ik merk op dat ook wordt geprocedeerd over de inhoud van huwelijkse voorwaarden omdat sprake is van het niet-zorgvuldig formuleren daarvan; in dat geval worden beide echtgenoten derhalve niet tegen procedures op deze grond beschermd door de notaris-redacteur. Vgl. in dit verband Reinhartz naar aanleiding van HR 25 februari 2011, *LJN* BO7277; Reinhartz, 2011, p. 14. Vgl. hieromtrent voorts Driessen-Kleijn naar aanleiding van Hof Arnhem 31 augustus 2010, *LJN* NB9598; Driessen-Kleijn, p. 13 en 14.

119 Tanja-Van den Broek wijst ook op de totstandkomingsgeschiedenis (van huwelijkse voorwaarden) als relevante Haviltexfactor; Tanja-Van den Broek, 2005, p. 862.

120 Nuytinck observeert in diens annotatie bij HR 9 september 2006, *NJ* 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*) dat de kern van de dwaling van de vrouw in de casus die ten grondslag aan het arrest is geweest dat de inlichtingen van de echtgenoot en de instrumenterende notaris zich hebben beperkt tot de externe aspecten van de huwelijkse voorwaarden, terwijl de man (en de notaris) hadden kunnen weten dat de vrouw de akte niet ongewijzigd zou hebben ondertekend indien zij ook was voorgelicht omtrent de *interne* aspecten; Nuytinck, 2006, p. 49. In dit arrest ging het om een kandidaat-notaris die op de drempel van een benoeming tot notaris het opmaken van huwelijkse voorwaarden had geïnstigeerd die 'koude uitsluiting' impliceerden. Het huwelijk eindigt jaren later in een echtscheiding.

orde vanuit het perspectief van echtscheiding¹²¹. In het navolgende houd ik dit perspectief dan ook aan. Er kunnen zich nu twee scenario's voordoen.

Het eerste scenario betreft de situatie waarin de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden niets hebben geregeld waar het betreft de vermogensrechtelijke gevolgen van hun echtscheiding, terwijl zij zich hiervan niet bewust waren. Zij hebben er derhalve niet opzettelijk voor gekozen echtscheiding ongeregeld te laten. In dit geval dient in beginsel te worden aangenomen dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden een leemte bevat (type 1).

In het tweede scenario hebben de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden bewust wel voorzien in de vermogensrechtelijke gevolgen van echtscheiding, al dan niet uitputtend (type 2). Zij kunnen specifieke regelingen hebben getroffen voor het geval van echtscheiding maar zij kunnen er ook *bewust* voor hebben gekozen niets te regelen ter zake van echtscheiding. In dit laatste geval is van belang of hun veronderstellingen ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden juist zijn geweest, of zij – in andere woorden – het huwelijk dat hun voor ogen stond ook hebben geleefd.

Het is in dit scenario ook mogelijk dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk afwijkend gedrag hebben vertoond op basis van stilzwijgende of expliciete afspraken daartoe. Tevens kunnen zich tijdens het huwelijk ontwikkelingen hebben voorgedaan die door de echtgenoten niet waren verdisconteerd in de in hun huwelijkse voorwaarden opgenomen echtscheidingsregeling. In de beide laatstgenoemde varianten hadden de echtgenoten ervoor kunnen kiezen om hun huwelijkse voorwaarden te wijzigen maar veelal zullen zij dit hebben nagelaten op grond van de overwegingen die ik heb genoemd in paragraaf 5.2.2.¹²²

Mellema-Kranenburg pleit voor het opnemen in huwelijkse voorwaarden van een 'heroverwegingsintentie', waarbij de achterliggende gedachte is dat partijen bijvoorbeeld na verloop van een periode van vijf jaren na het sluiten van het huwelijk tot heroverweging overgaan, welke heroverweging kan leiden aan het aanpassen van de huwelijkse voorwaarden aan de omstandigheden waarin zij op dat moment verkeren. Tegelijkertijd stelt zij de vraag hoeveel een dergelijke intentie waard is.¹²³

Naar mijn oordeel zou het sluiten van een formele overeenkomst van opdracht met de notaris die de totstandkoming van de huwelijkse voorwaarden heeft begeleid, een route zijn die tot meer zekerheid leidt waar het de periodieke aanpassing van de huwelijkse voorwaarden betreft.

121 Daarnaast kan uitleg van huwelijkse voorwaarden uiteraard ook aan de orde zijn indien een echtgenoot overlijdt.

122 Een variant betreft de situatie waarin de echtgenoten zich er niet bewust van zijn geweest dat hun huwelijkse voorwaarden regelingen bevatten die betrekking hebben op echtscheiding. Voor dit geval geldt *a fortiori* hetgeen ik hierna stel ter zake van huwelijkse voorwaarden van het type 2.

123 Mellema-Kranenburg, 2010, p. 176.

De rechter gaat in mijn zienswijze nu in de eerste plaats toetsen wat partijen voor ogen heeft gestaan met het opmaken van de huwelijkse voorwaarden waar het hun onderlinge verhouding betreft. Zijn doel hierbij is het achterhalen van de interne betekenis van de door de echtgenoten gemaakte afspraken.

Hier zij opnieuw vastgesteld dat deze bedoelingen in het overgrote deel van de gevallen niet rechtstreeks kunnen worden gereconstrueerd omdat een considerans ontbreekt in de akte van huwelijkse voorwaarden. Voorts zullen in veel gevallen ook de bedoelingen van de notaris zijn verwoord. Daarnaast zullen echtgenoten ten tijde van hun echtscheiding geneigd zijn verschillende lezingen van hun toenmalige bedoelingen naar voren te brengen, gezien hun op dat moment vaak uiteenlopende belangen.¹²⁴

Tegen deze achtergrond is de in het hiervoor besproken, door de Hoge Raad gewezen arrest *Lindner-Mannaerts*¹²⁵ gehanteerde uitleg het meest vruchtbaar. Deze wil dat waar andere (directe) bronnen ontbreken en het bestaan van een onderhandse of stilzwijgende overeenkomst niet kan worden aangetoond, de bedoelingen van de echtgenoten uit hun overeenstemmende feitelijke *gedrag* zullen kunnen (en moeten) worden afgeleid.¹²⁶ Ik verwijs hier naar de opvatting van W. Snijders in dezen, door mij aangehaald in paragraaf 7.4.4.

Feitelijk overeenstemmend gedrag – i.e. de wijze waarop de echtgenoten daadwerkelijk hebben geleefd tijdens hun huwelijk –, acht ik doorslaggevend omdat ik geen andere bron zie waaruit de bedoelingen die door de echtgenoten niet als zodanig zijn geformuleerd, achterhaald kunnen worden op een zo objectief mogelijke wijze. Ook weegt voor mij zwaar mee dat het in dezen handelt om een huwelijk, derhalve een situatie waarbinnen het gedrag langdurig is vertoond.

Overigens onderscheid ik hierbij het feitelijk overeenstemmend gedrag *in abstracto* en feitelijk overeenstemmend gedrag *in concreto*, waarbij het eerste criterium betrekking heeft op het ‘grote plaatje’ van het feitelijk overeenstemmende gedrag dat de echtgenoten ten toon hebben gespreid en de tweede op specifieke aspecten daarvan. De relevantie van dit onderscheid blijkt hierna.

Naar mijn oordeel komt in overeenstemmend feitelijk gedrag het hiervoor door mij besproken relevante aspect rechtvaardigheid het meest zuiver tot uitdrukking. De echtgenoten zullen immers aan het desbetreffende gedrag het in de Haviltexformule bedoelde vertrouwen, alsmede hun verwachtingen over en weer hebben ontleend en zij zullen – daaruit voortvloeiend – hun eigen gedrag ook daarop hebben afgestemd.

124 Een voorbeeld hiervan betreft HR 15 oktober 2010, *LJN* BN6373, in het bijzonder de overwegingen 5 van de Hoge Raad en 10-13 van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense.

125 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93.

126 Vgl. ook Schoordijk die betoogt dat *aandacht voor langdurig gedrag een dominantere plaats bij de vermogensrechtelijke afwikkeling van een huwelijk dient in te nemen.*; Schoordijk, 2007, p. 40.

Tevens speelt hier mee dat (aanstaande) echtgenoten hun verwachtingen in beginsel mogen richten op de zorgplicht die de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot aan de dag dient te leggen, welke zorgplicht door mij in de paragrafen 3.4 en 7.2 als fraternalistisch van karakter is gedefinieerd. Ter illustratie van deze opvatting moge de volgende overweging van de Hoge Raad dienen:

In de hiervoor (...) geschetste gedachtegang van het Hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin A. in strijd met het vertrouwen dat B. in hem als haar echtgenoot (in een goede huwelijksrelatie) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten.¹²⁷

Tevens wordt met deze maatstaf voldaan aan de eis van rechtszekerheid omdat echtgenoten die zich bestendig op een bepaalde wijze gedragen er eveneens vanuit dit perspectief van uit moeten (kunnen) gaan dat zij daarop ook een beroep mogen doen, dan wel daarop zullen worden afgerekend indien het huwelijk in een echtscheiding eindigt.

Slechts indien het feitelijk gedrag van de echtgenoten niet voldoende aanknopingspunten zou aandragen, kan de door Van Duijvendijk-Brand voorgestane oplossing soulaas bieden. De vraag die dan moet worden gesteld is wat de geobjectiveerde *maatman-echtgenoten* redelijkerwijs zouden hebben bedoeld in de omstandigheden waarin de werkelijke echtgenoten verkeerden ten tijde van het opstellen van de huwelijksvoorwaarden en daarna, tijdens het huwelijk en voorts wat deze zouden hebben gewild dat rechtens is ten tijde van een echtscheiding.

Uitleg van huwelijksvoorwaarden zoals door mij opgevat zou – naar Duits voorbeeld zoals uiteengezet in hoofdstuk 6 – concreet kunnen worden ingevuld met een tweeledige toetsing, teneinde rechtszekerheid en rechtvaardigheid daarin beide zoveel mogelijk tot uitdrukking te laten komen.

De eerste toetsing¹²⁸ is dan een beoordeling *ex tunc* en behelst de vraag of de desbetreffende huwelijksvoorwaarden destijds mochten worden aangegaan zoals deze zijn aangegaan.

De kernvraag die de rechter daartoe dient te beantwoorden is of de door de echtgenoten in hun huwelijksvoorwaarden gemaakte afspraken passen bij de huwelijksverhouding (*Ehetyp*) die hun destijds voor ogen stond¹²⁹ of waarvan de rechter mag aannemen dat deze hun toentertijd voor ogen zal hebben gestaan.

127 HR 9 september 2005, NJ 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*). In dit arrest stond uiteraard ook de betekenis van de daarin aan de orde zijnde huwelijksvoorwaarden bij echtscheiding centraal.

128 In Duitsland gaat het dan om de zogenaamde *Wirksamkeitskontrolle* van § 138 BGB.

129 Ook Schoordijk wijst erop dat de door (aanstaande) echtgenoten voorgestane huwelijksverhouding in veel gevallen anders uitpakt in de praktijk van het huwelijk; Schoordijk, 2002, p. 206.

De rechter kan tot een dergelijke aanname komen door uit de aangedragen feiten een (stilzwijgend) gesloten echtelijke overeenkomst te reconstrueren, dan wel door daaruit het feitelijk gedrag te destilleren dat de echtgenoten zich kennelijk hadden voorgenomen tijdens hun huwelijk in praktijk te brengen (i.e. het feitelijk gedrag *in abstracto*).

Indien de feiten hiervoor te weinig concreet zouden zijn, zou hij in voorkomende gevallen ook de geobjectiverde Haviltexmaatstaf van Van Duijvendijk-Brand kunnen toepassen.

Het wettelijke aanknopingspunt voor deze eerste toetsing kan worden gevonden in artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.¹³⁰ Ingeval de rechter door uitleg vaststelt dat sprake is van een discrepantie tussen het *Ehetyp* en de inhoud van de huwelijkse voorwaarden, zal hij de huwelijkse voorwaarden derhalve geheel of gedeeltelijk nietig¹³¹ moeten verklaren waar het de interne betekenis daarvan betreft, wegens strijd met de goede zeden.^{132 133}

Waar zoals hiervoor reeds vermeld, in de literatuur wel wordt beweerd dat artikel 121 een overbodige herhaling betreft van het gestelde in artikel 40 Boek 3 Burgerlijk Wetboek dat ook toepassing vindt op het huwelijksvermogensrecht, kan ook worden betoogd dat de wetgever dit voorschrift heeft willen opnemen in Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek wegens het bijzondere karakter van de huwelijksverbintenis naar Nederlands recht en daaruit voortvloeiend, het bijzondere karakter van huwelijkse voorwaarden. De wetsgeschiedenis verzet zich er geenszins tegen om artikel 121 aan te wenden op de door mij voorgestane wijze.¹³⁴

130 In het oude recht zou aansluiting gevonden kunnen worden bij het vereiste van een geoorloofde oorzaak van artikel 1371 BW (oud).

131 Huwelijkse voorwaarden kunnen onder omstandigheden ook waar het de externe betekenis daarvan betreft, derhalve in goederenrechtelijke zin, nietig zijn op grond van artikel 40 lid 1 Boek 3 Burgerlijk Wetboek. Daarnaast is mogelijk dat huwelijkse voorwaarden vernietigbaar zijn indien sprake is van de gronden die artikel 44 Boek 3 Burgerlijk Wetboek noemt. Ook dwaling als bedoeld in artikel 228 Boek 6 Burgerlijk Wetboek kan tot vernietigbaarheid van huwelijkse voorwaarden leiden; een voorbeeld hiervan is het arrest HR 9 september 2005, NJ 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*) waaruit ik hiervoor heb geciteerd.

132 Deze discrepantie kan doorgaans aan de notaris worden toegerekend maar het is ook denkbaar dat deze is ontstaan door toedoen van een van de echtgenoten omdat deze de inhoud van de huwelijkse voorwaarden heeft weten te dicteren (vgl. de *einseitige Dominanz* naar Duits recht); in Haviltextermen van uitleg betreft het dan een factor die gerekend dient te worden tot de categorie van de omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen.

133 Onder omstandigheden zou ook een beroep op dwaling kunnen slagen; vgl. HR 9 september 2006, NJ 2006, 99 (*Zeeuwse notaris*), hiervoor genoemd en de eveneens hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Breda; Rb. Breda 9 februari 2011, LJN BP3867.

134 In de parlementaire geschiedenis wordt voor zover ik heb kunnen vaststellen met name aandacht geschonken aan het bepaalde in het derde lid van artikel 121 Boek 1 Burgerlijk Wetboek en wordt – kort samengevat – het voor vanzelfsprekend gehouden dat huwelijkse voorwaarden niet strijdig mogen zijn met dwingende wetbepalingen, de goede zeden en de openbare orde.

Ingeval van nietigheid 'herleeft' automatisch het wettelijk stelsel, zij het dat dit gemene recht nog dient te worden vertaald in obligatoire termen.¹³⁵ Dit zal, ingeval huwelijksvoorwaarden een 'koude uitsluiting' bevatten, betekenen dat partijen met elkaar dienen af te rekenen alsof er tussen hen de wettelijke gemeenschap van goederen zou hebben bestaan. Uitleg laat de externe – i.e. goederenrechtelijke – betekenis van huwelijksvoorwaarden immers onverlet.¹³⁶

De rechtvaardiging voor deze – vanuit de huidige jurisprudentie en heersende leer bezien – vergaande correctie door de rechter,¹³⁷ kan worden gevonden in de plicht van de overheid om het huwelijk te beschermen, ook al ontbreekt in Nederland een grondwettelijke bepaling die, zoals in Duitsland, daartoe *expressis verbis* oproept.

Doorslaggevend dient hier naar mijn oordeel te zijn dat het huwelijk van oudsher een wettelijk gereguleerd instituut vormt dat een zeer bijzondere status heeft.

Ik zou menen dat het dan vanzelfsprekend niet zo mag zijn dat alleen de contractvrijheid bepalend is en de tegenpool solidariteit geheel terzijde mag worden gesteld. Dit laatste is in mijn zienswijze alleen toegestaan indien de echtgenoten daartoe welbewust overgaan en hun huwelijksverhouding voorts past bij de afspraken die door hen worden gemaakt in hun huwelijksvoorwaarden en zij tot slot ook daadwerkelijk leven naar deze huwelijksverhouding.

Een ondersteunend argument voor mijn opvatting in dezen ontleen ik aan Nieuwenhuis die, waar het betreft de uitleg van overeenkomsten in het algemeen, stelt dat de goede zeden van nu – i.e. het moment waarop de overeenkomst wordt uitgelegd door de rechter – andere goede zeden zijn dan de goede zeden die in zwang waren toen de overeenkomst werd aangegaan:

Er is alle reden om niet alleen bij het bepalen van de betekenis van de (geschreven) wet, maar ook bij de vaststelling van de inhoud van het ongeschreven recht ('hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt', goede zeden) te spreken van uitleg, en ook deze uitleg is noodzakelijkerwijs evolutief.¹³⁸

135 Dit zou naar mijn mening ook gezien kunnen worden als conversie, voor welke rechtsfiguur Abas een lans breekt met het argument dat conversie een mooi middel is *om nietigheden te reduceren en de rechtshandeling haar werking te laten behouden voor zover dat mogelijk is.*; Abas, 2003, p. 338.

136 Anders dan Van Duijvendijk-Brand meen ik derhalve dat een dergelijke, naar haar mening te ver gaande, consequentie van uitleg mogelijk is en ik acht deze zelfs eerder voor de hand liggend dan te ver gaand.

137 Ook in Duitsland werd de door het *Bundesgerichtshof* in 2004 ingeslagen weg als een *Blitzschlag* ervaren door veel schrijvers en practici, hoewel anderen wijzen op het veranderende klimaat in de jurisprudentie dat aan de desbetreffende beslissing voorafging; vgl. hoofdstuk 6. De Duitse notariële praktijk heeft vervolgens de consequenties van de door het BGB ingeslagen koers onderkend en de praktijkvoering daarop aangepast.

138 Nieuwenhuis, 2007, p. 388.

Betoogd kan derhalve worden dat het hier om een gerelativeerde toetsing *ex tunc* gaat waarbij de goede zeden in een geactualiseerde gedaante, derhalve zoals deze ten tijde van de uitleg van de overeenkomst worden verstaan, maatgevend zijn, hetgeen de toetsing tevens een objectief karakter verleent.

De desbetreffende interpretatie van het begrip goede zeden is mijns inziens zeker van toepassing op de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden die toch bij uitstek als een duurcontract moet worden beschouwd dat daardoor aan de tand des tijds onderhevig is.¹³⁹ Huwelijkse voorwaarden vormen veelal de (uitsluitend) vermogensrechtelijke expressie van een zeer bijzondere band, te weten de huwelijksband waaruit direct voortvloeit dat waar het huwelijkse voorwaarden betreft het rechtsbeginsel solidariteit een zwaar tegenwicht dient te vormen van het rechtsbeginsel contractvrijheid als het gaat om de interne verhouding van de huwelijkspartners. Hieruit vloeit voor huwelijkse voorwaarden die een 'koude uitsluiting' impliceren concreet voort dat de goede zeden ten tijde van de uitleg van de huwelijkse voorwaarden geladen zijn met de huidige maatschappelijke opvatting dat het niet aangaat dat een echtgenoot ingeval van echtscheiding met lege handen achterblijft.^{140 141} Voor de goede orde merk ik op dat echtgenoten in een scheidingsmediation vanzelfsprekend zelf kunnen vaststellen wat de interne betekenis is van hun huwelijkse voorwaarden; hierbij vormen de rechtsbeginselen solidariteit en contractvrijheid echter ook het richtsnoer.

Ik versta ook Schoordijk in deze zin waar hij stelt dat rechtlijnige interpretaties van huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren als onzedelijk dienen te worden gekwalificeerd en in strijd met de Europese mensenrechten en ik val hem hierin derhalve bij.¹⁴²

139 Op dit karakter van huwelijkse voorwaarden wijzen ook Van Mourik (2008, p. 40) en Hidma en Van Duijvendijk-Brand (1994, p. 15 en 132) welke laatstgenoemden overigens beiden ook Van der Burght citeren.

140 Dat deze opvatting breed wordt gedeeld blijkt uit het recent verschenen onderzoeksrapport *Koude uitsluiting. Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*; M.V. Antokolskaia e.a. (red.), 2011. Dit onderzoek werd verricht in opdracht van het WODC naar aanleiding van een motie in de Tweede Kamer waarin de minister werd verzocht om een wettelijke regeling te treffen teneinde onbillijke gevolgen tegen te gaan voor gehuwden die in hun huwelijkse voorwaarden 'koude uitsluiting' zijn overeengekomen, alsmede voor samenwoners na het verbreken van een langdurige relatie. Het valt op dat de opstellers van het rapport voor de gevallen van 'koude uitsluiting' de introductie van een billijkheidscorrectie voorstaan, doch geen rechtsvergelijkend onderzoek hebben gedaan in Duitsland, terwijl m.i. daartoe toch alle aanleiding bestond, gezien de door mij in hoofdstuk 6 beschreven ontwikkeling in de Duitse jurisprudentie.

141 Ik realiseer mij dat mijn visie vereist dat de Hoge Raad 'omgaat' en wijs er vervolgens op dat de Hoge Raad waar het huwelijkse voorwaarden betreft nog tamelijk recent eerder is omgegaan ter zake van de uitleg van huwelijkse voorwaarden die een Amsterdams verkenbeding bevatten dat niet is uitgevoerd, welke jurisprudentie ik in paragraaf 7.4.3.2 heb besproken.

142 Schoordijk, 2002, p. 201.

Een voor de hand liggend voorbeeld van het effect van de door mij bedoelde eerste toetsing is de casus waarin de man en de vrouw ten tijde van de huwelijksluiting beiden ver in de veertig, hoogopgeleid en kinderloos zijn en beschikken over ruime verdien Capaciteiten die zij ook te gelde maken.

In deze casus kan goed worden verdedigd dat huwelijkse voorwaarden die ingeval van echtscheiding een zogenaamde 'koude uitsluiting' inhouden passend zijn – de echtgenoten hebben in dit geval *bewust* niets willen regelen voor het geval van echtscheiding – en bestaat er voor de toetsende echtscheidingsrechter derhalve geen aanleiding om tot (gedeeltelijke) vernietiging van de huwelijkse voorwaarden over te gaan, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten.

In mijn voorbeeld zal het de rechter ook niet moeilijk vallen om de feiten en omstandigheden die ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden aan de orde waren op een rijtje te zetten, indien bijvoorbeeld in de huwelijkse voorwaarden een considerans zou ontbreken waaruit de bedoelingen van de echtgenoten rechtstreeks kunnen worden opgemaakt.

Het betreft hier derhalve een geval waarin huwelijkse voorwaarden van het tweede type figureren: de echtgenoten hebben bij het aangaan van deze overeenkomst bewust niets willen regelen voor het geval van echtscheiding, gezien het *Ehetyp* dat hun destijds voor ogen heeft gestaan en waarnaar zij ook daadwerkelijk konden gaan leven.¹⁴³

Ingeval echter in een concrete casus vast komt te staan dat de echtgenoten geen regelingen voor echtscheiding hebben opgenomen in hun huwelijkse voorwaarden zonder dat zij zich daarvan bewust waren – dit gaat dan om huwelijkse voorwaarden van het eerste type –, zal de rechter in de door mij bedoelde eerste toetsing over kunnen gaan tot het nietig verklaren van de huwelijkse voorwaarden in de hiervoor bedoelde obligatoire zin, derhalve waar het de interne betekenis daarvan betreft.

De onderhavige huwelijkse voorwaarden zullen immers zijn ingegeven door het willen vermijden van faillissementsrisico's en dit motief zal daaraan ook als enige ten grondslag zijn gelegd.

Het voorgaande leidt dan ook tot de conclusie dat deze huwelijkse voorwaarden niet bij de door de echtgenoten destijds gewenste (en door hen ook feitelijk geleefde) huwelijksverhouding passen.

Daarna kan door de rechter worden vastgesteld dat het wettelijke huwelijksvermogensrecht van kracht is.

Indien de eerste toetsing niet tot gedeeltelijke of gehele – obligatoire – nietigheid heeft geleid, wordt door de rechter in het kader van diens uitleg¹⁴⁴ van

143 Een en ander neemt niet weg dat het natuurlijk sterk de voorkeur zou verdienen om deze bewuste keuze met zoveel woorden vast te leggen in de huwelijkse voorwaarden.

144 Ik herhaal hier volledigheidshalve dat ik onder uitleg in ruime zin ook de toepassing van redelijkheid en billijkheid breng; daarbinnen worden de uitleg in enge zin (i.e. de door mij voorgestane eerste toetsing) en de correctie op grond van redelijkheid en billijkheid (i.e. de door mij bepleite tweede toetsing) door mij onderscheiden.

huwelijkse voorwaarden vervolgens een tweede controle uitgevoerd waarin niet de goede zeden maar de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid centraal staan.

Bij deze toetsing staat naast de externe betekenis (die bij de eerste toetsing ook een gegeven is), tevens de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden vast omdat de laatste bij de eerste toetsing is geduid. Hierdoor resteert voor de rechter nog de marginale beoordeling *ex nunc* – ten tijde van de echtscheiding – of door een echtgenoot een beroep mag worden gedaan op de bij de eerste toetsing vastgestelde inhoud van de huwelijkse voorwaarden dan wel dat een dergelijk beroep onaanvaardbaar moet worden geacht uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid. Deze onaanvaardbaarheid kan zien op de gehele huwelijkse voorwaarden maar ook op een of meer specifieke bepalingen daaruit.¹⁴⁵

Bij diens beoordeling is voor de rechter de aan te leggen toetsingsmaatstaf in de eerste plaats het feitelijk overeenstemmend gedrag *in concreto* van de echtgenoten tijdens hun huwelijk.

Het wettelijke aanknopingspunt voor deze toetsing betreft uiteraard artikel 248 lid 2 Boek 6 Burgerlijk Wetboek en dit artikel wordt – zoals hiervoor besproken –, in de jurisprudentie ook toegepast, zij het dat dit niet op een systematische wijze gebeurt, waarbij ik aan ‘systematisch’ een tweeledige betekenis toeken.

In de eerste plaats acht ik het van belang dat de bedoelde toetsing *altijd* (i.e. ambtshalve) plaatsvindt en voorts dat deze binnen een afgebakend interpretatiekader wordt ondergebracht. Dit betekent wel dat het element ‘onaanvaardbaar’ in mijn benadering een andere lading krijgt in vergelijking met de huidige jurisprudentie en daarmee eerder aan de orde is.

Een goed voorbeeld van een arrest waarin redelijkheid en billijkheid door de rechter als maatstaf worden aangelegd, betreft de beslissing van de Hoge Raad inzake het vervalbeding dat veelal deel uitmaakte van verrekenstelsels die in huwelijkse voorwaarden werden opgenomen.

Een dergelijk vervalbeding kan volgens de Hoge Raad weliswaar geldig worden overeengekomen maar er mag in beginsel geen beroep op worden gedaan omdat dat onaanvaardbaar zou zijn uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁶

Dit voorbeeld maakt tegelijkertijd duidelijk dat de desbetreffende tweede toetsing veelal alleen zinvol lijkt te zijn ingeval de echtgenoten concrete afspraken hebben opgenomen in hun huwelijkse voorwaarden die zien op

145 De Duitse parallel wordt aangetroffen in de zogenaamde *Ausübungskontrolle* van § 138 BGB.

146 HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617 m.nt. WMK Rensing/Polak I). De Hoge Raad overwoog in dit verband dat partijen zich veelal niet bewust zullen zijn van de consequenties van een beding als het onderhavige en ook als gevolg daarvan jaarlijkse verrekening achterwege zullen laten. De hiervoor besproken uitspraak inzake contrair gedrag is eveneens een recent voorbeeld van de correctie door de rechter op grond van de toepassing van redelijkheid en billijkheid; HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 (*Contrair gedrag*).

echtscheiding en die gerekend moeten worden tot het domein van de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden. Het gaat dan dus om huwelijkse voorwaarden van het hiervoor omschreven type 2.

Niettemin laat zich wel het geval denken waarin bij de eerste toetsing door de rechter is vastgesteld dat de huwelijkse voorwaarden van het type 1 waar het hun interne betekenis betreft nietig zijn en deze vervolgens zijn aangevuld met het gemene recht in de obligatoire vertaling daarvan. Ten tijde van de tweede toetsing wordt echter door de rechter geconcludeerd dat de echtgenoten tijdens hun huwelijk afwijkend feitelijk gedrag hebben vertoond ten opzichte van het gemene recht.

Deze laatstbedoelde vaststelling zal er dan toe moeten leiden dat een correctie wordt aangebracht op de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden die bij de eerste toetsing was vastgesteld. Het feit dat de eerste toetsing een controle *ex tunc* is en de tweede een beoordeling *ex nunc* leidt tot deze logische gevolgtrekking, evenals het systematische karakter van mijn benadering van uitleg van huwelijkse voorwaarden.

Met betrekking tot de tweede toetsing zou mitsdien gesteld kunnen worden dat de rechter – vertaald in termen van de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit – daarin afweegt of huwelijkse voorwaarden die rechtsgeldig tot stand zijn gekomen op grond het rechtsbeginsel van contractvrijheid, in het specifieke geval, wegens ontwikkelingen die zich tijdens het huwelijk hebben voorgedaan, correctie behoeven uit hoofde van het rechtsbeginsel der solidariteit (i.e. een verschijningsvorm van de rechtsbeginselen van redelijkheid en billijkheid).

In grote lijnen vormt het rechtsbeginsel rechtvaardigheid een equivalent van solidariteit en kunnen ook heel goed de op dit terrein door Gommer aangereikte criteria worden gebruikt door de rechter. Ik heb deze in paragraaf 7.5 besproken.

Indien deze tweede toetsing wordt toegepast op mijn voorbeeld van zojuist, betekent dit dat indien de vrouw toch zwanger wordt en het echtpaar na de geboorte van het kind er bewust of onbewust voor kiest dat zij haar carrière geheel of gedeeltelijk opgeeft waardoor haar verdien capaciteit sterk terugloopt (ergo: overeenstemmend feitelijk gedrag), het onaanvaardbaar is dat de man ten tijde van de echtscheiding een beroep doet op de in de huwelijkse voorwaarden vervatte ‘koude uitsluiting’ waar het betreft de interne betekenis daarvan.

Het gevolg hiervan is dat de rechter een correctie toe zal passen op grond van redelijkheid en billijkheid die naar gelang van de specifieke omstandigheden van het geval tot een forse bijstelling van de huwelijkse voorwaarden zal leiden dan wel tot een bijstelling daarvan op onderdelen.

In het kader van deze toetsing zou ook het leerstuk van onvoorziene omstandigheden een rol kunnen spelen al ken ik daaraan niet een grote toegevoegde waarde toe nu dit een species van het genus redelijkheid en billijkheid

betreft en de wetgever artikel 258 slechts op technische gronden heeft opgenomen in Boek 6 Burgerlijk Wetboek.¹⁴⁷

Schoordijk acht artikel 258 Boek 6 Burgerlijk Wetboek niet echt geschreven voor huwelijkse voorwaarden.¹⁴⁸ Van Duijvendijk-Brand gaat dieper in op toepassing van het leerstuk in relatie tot het corrigeren van huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren maar komt uiteindelijk niet tot een heldere stellingname.¹⁴⁹ Van Mourik verdedigt zonder veel onderbouwing de toepassing van het leerstuk op gevallen van 'koude uitsluiting'.¹⁵⁰

Eerder bepleitte Van Dunné – in navolging van Abas – om niet van onvoorziene maar van veranderde of gewijzigde omstandigheden te spreken omdat het er bij deze rechtsfiguur niet om gaat of een ontwikkeling al dan niet is voorzien maar of deze door partijen in hun overeenkomst is verdisconteerd.¹⁵¹

Ik acht het desbetreffende leerstuk ook op een andere dan de hiervoor genoemde grond niet van groot belang binnen de benadering die ik voorsta: het komt er daarbij immers niet alleen op aan of de echtgenoten mogelijke wijzigingen van omstandigheden in hun huwelijkse voorwaarden hebben verdisconteerd maar vooral of zij zich ook daarnaar hebben gedragen in feitelijk opzicht.¹⁵²

Zoals ik in paragraaf 7.4 heb aangetoond is de belangrijkste tekortkoming van de wijze waarop uitleg van huwelijkse voorwaarden thans plaatsvindt dat deze in het algemeen gesteld noch beantwoordt aan beginselen van rechtszekerheid, noch aan beginselen van rechtvaardigheid, waarmee tevens is gezegd dat contractvrijheid en solidariteit hierin niet tot hun recht komen.

Van een alternatieve benadering mag derhalve in elk geval worden verlangd dat deze gebreken worden geheeld. Voor een groot gedeelte wordt reeds voorzien in het evenwicht tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid dat door justitiabelen mag worden verlangd door de systematische werkwijze ingeval van uitleg die ik voorsta en hiervoor heb uitgewerkt.

Deze leidt ertoe dat sprake is van een voor de echtgenoten voorspelbare en inzichtelijke beoordeling door de rechter omdat – indien de bedoelingen van de echtgenoten niet op directe wijze kunnen worden vastgesteld –, deze uit hun feitelijk overeenstemmende gedrag tijdens het huwelijk zullen worden afgeleid.

147 Vgl. Van Duijvendijk-Brand, 1994, p. 140.

148 Schoordijk, 2002, p. 206 en 207.

149 Van Duijvendijk-Brand, 1994, p. 132-141.

150 Van Mourik, 2008, p. 40.

151 Van Dunné, 1987, p. 610. Vgl. voor het perspectief van gewijzigde omstandigheden ingeval van een alimentatieovereenkomst: Asser-De Boer, 2010, p. 539.

152 De Hoge Raad gebruikt het leerstuk van onvoorziene omstandigheden als aanvullend argument voor diens oordeel in het hiervoor door mij besproken *Melkquotum*-arrest; HR 29 september 1995, NJ 1996, 88.

Niettemin speelt de tekst van de huwelijkse voorwaarden ook waar het de interne betekenis daarvan betreft een rol, waarmee de rechtszekerheid wordt gediend. Indien echtgenoten tijdens hun huwelijk het *Ehetyp* hebben geleefd dat hun ten tijde van het opmaken van de huwelijkse voorwaarden voor ogen stond en de in de huwelijkse voorwaarden opgenomen regeling daarbij past, moeten zij er immers zeker van kunnen zijn dat bij de eerste toetsing door de rechter hun contractvrijheid in zal worden gerespecteerd, ook indien zij 'koude uitsluiting' waren overeengekomen.

Indien de inhoud van hun huwelijkse voorwaarden echter niet aansluit bij de huwelijksverhouding die zij ten tijde van het aangaan van de desbetreffende overeenkomst beoogden, moet de echtgenoot die daardoor wordt benadeeld, er bij de eerste toetsing door de rechter evenzeer op kunnen rekenen dat – in relatieve zin – gehele of gedeeltelijke vernietiging van de huwelijkse voorwaarden plaatsvindt omdat het rechtsbeginsel der rechtvaardigheid dit verlangt.

Ook een eventuele bijstelling door de rechter op grond van de toepassing van redelijkheid en billijkheid bij de tweede toetsing, dient voorspelbaar en inzichtelijk te zijn voor de echtgenoten en behoort daarom nader systematisch te worden ingekaderd, teneinde te kunnen voldoen aan hetgeen rechtszekerheid en rechtvaardigheid vergen.

De in hoofdstuk 6 beschreven ontwikkelingen in Duitsland werpen tegen deze achtergrond de vraag op of denkbaar zou zijn dat naar analogie van het Duitse recht ter zake van de door mij bepleite tweede toetsing een beoordelingsinstrument zou kunnen worden ontwikkeld dat de rechter – en uiteraard ook partijen – een inzichtelijk interpretatiekader biedt.

Ik meen dat deze vraag in beginsel bevestigend kan worden beantwoord en werk dit Nederlandse equivalent hierna kort uit, voorafgaand waaraan ik de Duitse zienswijze in herinnering breng.

Zoals door mij in hoofdstuk 6 uitvoerig besproken, dient de Duitse rechter in het kader van de tweede toetsing – de *Ausübungskontrolle* – een *Gesamt-schau* uit te voeren en in dat kader afwegingen te maken:

Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei um so schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten um so genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Als behorende tot dit 'kerngebied' van het echtscheidingsrecht onderscheidt het *Bundesgerichtshof* achtereenvolgens – in een rangorde – de wettelijke regelingen met betrekking tot:

6. *Betreuungsunterhalt* (§ 1570 BGB);
7. *Unterhalt* op grond van ouderdom en ziekte (§ 1571 en 1572 BGB), alsmede de *Versorgungsausgleich*;
8. *Unterhalt* op grond van bij de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot niet in voldoende mate bestaande verdien capaciteit (§ 1573 BGB);

9. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt ziektekosten- en pensioenvoorzieningen te treffen (§ 1578 BGB);
10. *Unterhalt* die de tot onderhoud gerechtigde echtgenoot in staat stelt om een opleiding te volgen en zijn verdien capaciteit te vergroten (§§ 1573 en 1575 BGB).

Uitdrukkelijk bepaalt het BGH voorts dat de *Zugewinnausgleich* zich buiten het bedoelde kerngebied van de regelgeving op het terrein van de echtscheidingsgevolgen bevindt.¹⁵³

Indien de door het BGH geformuleerde rangorde wordt overgezet naar de Nederlandse context, zou de navolgende *ladder van het Nederlandse echtscheidingsrecht* kunnen worden geconstrueerd:

1. Kinderalimentatie;
2. Partneralimentatie;
3. Wettelijke gemeenschap van goederen;
4. (Finaal) verrekenbeding;
5. Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

Ik kom tot deze 'ladder' omdat de Nederlandse regelgeving sterk verschilt van de Duitse.

In de eerste plaats zijn de verschillende categorieën *Unterhalt* in Nederland onbekend. Maar zwaarder weegt dat een afspraak die inhoudt dat een van de echtgenoten niet zal zijn gehouden tot het betalen van kinderalimentatie, nietig is.¹⁵⁴ Evenals in Duitsland het geval is neemt deze categorie – derhalve deels op een andere grond – de eerste trede op de ladder in.

Hier zij voor de goede orde opgemerkt dat thans nog zeer zelden een ouderschapsplan (met een financiële paragraaf) onderdeel uitmaakt van huwelijkse voorwaarden maar ik verwacht dat dit gaat veranderen.¹⁵⁵

Voorts is de heersende leer ten aanzien van de voorhuwelijkse uitsluiting van de verplichting om na echtscheiding partneralimentatie te betalen dat een dergelijke afspraak eveneens nietig is. Ik heb in hoofdstuk 5 daarentegen uitvoerig betoogd dat deze visie de wetsgeschiedenis miskent en het derhalve wel mogelijk is om rechtsgeldig overeen te komen omtrent partneralimentatie bij huwelijkse voorwaarden die voorafgaand aan het huwelijk worden afgesloten.

153 BGH 11 februari 2004, NJW 2004, 930.

154 Artikel 400 lid 2 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Wel is naar Nederlands recht mogelijk dat scheidende echtgenoten in hun echtscheidingsconvenant de bijdrage van één van hen in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen op nul stellen, meestal gecompenseerd door een hogere partneralimentatie. Een dergelijke afspraak wordt veelal op fiscale gronden gemaakt.

155 Vgl. het hieromtrent gestelde in paragraaf 8.17.

Dit neemt niet weg dat erkend moet worden dat een dergelijke afspraak in beginsel diep kan ingrijpen in de kernbepalingen van het Nederlandse echtscheidingsrecht.¹⁵⁶

Tot slot is het Nederlands wettelijk stelsel met betrekking tot het huwelijksvermogensrecht goederenrechtelijk van aard en tevens meeromvattend dan de Duitse *Zugewinnausgleich*. Dit rechtvaardigt mijns inziens dat de wettelijke gemeenschap van goederen de derde plaats in de door mij voorgestelde rangorde in dient te nemen, gevolgd door het economisch equivalent daarvan, te weten de finale verrekenverplichting die het gehele aanwezige vermogen, dan wel een gedeelte daarvan in een eindverrekening van de vermogens van de echtgenoten betreft.

Het argument dat hiervoor kan worden aangedragen is dat sedert 2001 een wettelijke regeling voor verrekenbedingen bestaat waarvan zou kunnen worden gezegd dat die op veel punten convergeert met de wettelijke gemeenschap van goederen en dat deze *de facto* een obligatoir alternatief vormt voor het goederenrechtelijk hoofdstelsel. De consequentie hiervan moet zijn dat het niet-opnemen in huwelijkse voorwaarden van dit alternatief voor de wettelijke gemeenschap gelijk wordt gesteld aan het uitsluiten van de wettelijke gemeenschap.

Ik merk in dit verband nog op dat thans in de notariële praktijk niet de gewoonte bestaat om vermogensverrekening met zoveel woorden uit te sluiten, nu de directe noodzaak daartoe ontbreekt gezien het feit dat verrekenverplichtingen niet automatisch van kracht worden, in tegenstelling tot de bepalingen van de wettelijke gemeenschap van goederen.

Uit de door mij eerder behandelde jurisprudentie omtrent niet-uitgevoerde periodieke inkomensverrekenbedingen kan echter worden afgeleid dat het bestaan van verrekenverplichtingen daarin in bepaalde gevallen toch wordt aangenomen en ik acht het daarom voorstelbaar dat in de nabije toekomst in huwelijkse voorwaarden vaker bepalingen zullen worden opgenomen die tot doel hebben om het bestaan, alsmede ontstaan van verrekenverplichtingen uit te sluiten.

Tot slot zou ik ouderdoms- en partnerpensioenrechten op de vijfde sport van mijn 'ladder' willen positioneren. In dezen volstaat een lichtere beoordeling aangezien de wettelijke regeling van relatief recente datum is en deze er uitdrukkelijk in voorziet dat verevening van pensioenrechten kan worden uitgesloten.¹⁵⁷

156 Ik beweer hiermee niet dat er zoiets als een afgerond en doordacht Nederlands echtscheidingsrecht zou bestaan maar doel op het *patchwork* van verschillende vermogensrechtelijke regelingen die betrekking hebben op echtscheiding en waarvan met enige goede wil kan worden gezegd dat deze een zekere samenhang vertonen.

157 Dat ook verrekening en verdeling van pensioenrechten door de (aanstaande) echtgenoten kunnen worden uitgesloten wordt in de literatuur algemeen aangenomen.

7.6.3 *Rechtbank Leeuwarden versus Hof Leeuwarden*

Ik pas tot slot mijn opvatting over de uitleg van huwelijkse voorwaarden toe op een casus waarin door de rechtbank Leeuwarden op 14 januari 2009 in eerste aanleg uitspraak is gedaan¹⁵⁸ en waarin het hof Leeuwarden vervolgens in appèl een beslissing heeft gegeven op 14 september 2010.¹⁵⁹

Omdat rechtbank en hof op basis van hetzelfde feitencomplex tot twee volstrekt verschillende uitspraken komen, acht ik deze zaak bij uitstek geschikt om de meerwaarde van mijn benadering aan te tonen.

Partijen in de onderhavige casus hebben in 1976 voorafgaand aan hun huwelijk huwelijkse voorwaarden gesloten waarin elke gemeenschap van goederen wordt uitgesloten, ‘ook de gemeenschap van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten.’ De vrouw brengt ten huwelijk een huis aan en de man enkele percelen grond.

In hetzelfde jaar zijn de echtgenoten een camping gestart die ooit was opgezet door de ouders van de man. Later verwierf de man ook de grond waarop de camping was gelegen in eigendom. In 1993 werd de camping die tot dat moment in de vorm van een eenmanszaak op naam van de man werd gedreven, ingebracht in een besloten vennootschap waarvan alle aandelen in handen waren van een holding, van welke holding de man enig aandeelhouder en directeur was.

De desbetreffende holding houdt – via een beheersmaatschappij – tevens alle aandelen in een andere besloten vennootschap, welke laatstgenoemde vennootschap samen met de vrouw participeert in een VOF. In de jaren negentig heeft de man Fl. 2.000.000,= verdiend met de aankoop, gevolgd door de verkoop enkele jaren later, van alle aandelen in een andere BV.

In een tussenvonnis worden door de rechtbank de volgende omstandigheden vastgesteld:

1. Partijen hadden met het maken van de huwelijkse voorwaarden uitsluitend het doel de woning van de vrouw te vrijwaren voor uitwinning door mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers van de camping en hadden geenszins de bedoeling de man ten opzichte van de vrouw te bevoordelen;
2. Partijen hebben de camping vanaf 1976 gezamenlijk gedreven en de vrouw had daarnaast nog de zorg voor de kinderen;
3. De arbeid die de vrouw ten tijde van het huwelijk heeft verricht, hoewel op geld waardeerbaar, is onbeloond gebleven;

158 Rb. Leeuwarden 14 januari 2009, *RFR* 2009, 50.

159 Hof Leeuwarden 14 september 2010, *RFR* 2010, 141.

4. Doordat hem de zorg voor de kinderen uit handen werd genomen alsmede door de arbeidsinspanningen van de vrouw, werd de man in staat gesteld om van de eenmanszaak het concern te maken dat het ten tijde van de huwelijksontbinding was;
5. De vrouw was zich niet bewust van het feit dat zij bij een ontbinding van het huwelijk in beginsel niet zou meedelen in het door de man in zijn vennootschappen opgebouwde vermogen; ter comparitie heeft zij onder meer verklaard dat zij in de veronderstelling verkeerde dat alles wat de man en zij hadden van hen samen was;
6. De wijze waarop partijen tijdens hun huwelijk hebben geleefd, zoals het feit dat de vrouw mede de bestemming van de gelden van de man bepaalde en dat de vrouw al het geld dat zij nodig had uit de kas van de camping kon halen.

De vrouw voert tijdens de rechtbankprocedure daarnaast nog aan dat het geenszins de bedoeling is geweest van de huwelijkse voorwaarden om de man te bevoordelen en hem alleen te laten profiteren van een vermogensvermeerdering die mede door haar inspanningen tot stand is gekomen.

Deze vastgestelde feiten in het bijzonder, voeren de rechtbank tot de conclusie dat – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – een beroep op de huwelijkse voorwaarden door de man onaanvaardbaar zou zijn en er aan de zijde van de vrouw derhalve een ‘redelijk’ vergoedingsrecht bestaat ten laste van de man en dat bij de bepaling van de hoogte van dit vergoedingsrecht:

(...) als uitgangspunt genomen dient te worden dat eiseres in dezelfde toestand gebracht dient te worden als waarin zij zou verkeren als zij met [a] in gemeenschap van goederen was gehuwd.

De rechtbank loopt de door haar ingeslagen weg vervolgens ten einde toe waar zij overweegt:

Nu bij de bepaling van de hoogte van het vergoedingsrecht van [eiseres] als uitgangspunt genomen wordt dat [eiseres] in dezelfde toestand gebracht dient te worden als waarin zij zou verkeren als zij met [a] in gemeenschap van goederen was gehuwd, zal zoals [a] terecht heeft betoogd, ook het (voorhuwelijkse) vermogen van [eiseres] in de berekening betrokken dienen te worden. Immers, als partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd, zou bij de verdeling van de gemeenschap ook het (voorhuwelijkse) vermogen van [eiseres] in de verdeling betrokken worden. Evenzo dienen, anders dan [eiseres] stelt, ook schenkingen en nalatenschappen in de berekening van het vergoedingsrecht betrokken te worden, tenzij sprake is van een zogenaamde uitsluitingsclausule.

In hoger beroep komt het hof Leeuwarden opmerkelijk genoeg tot een volstrekt andere afweging. Het onderschrijft de opvatting van de rechtbank dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een regel die krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldt, niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is maar stelt tevens vast – teruggrijpend

op de regel uit het arrest *Hilversumse horeca*¹⁶⁰ – dat de enkele omstandigheid dat door arbeidsinspanningen van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, niet voldoende is om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap niet toe te passen.

Vervolgens overweegt het hof dat partijen in hun huwelijkse voorwaarden naast de uitsluiting van iedere vorm van huwelijksgemeenschap, geen regeling hebben opgenomen op grond waarvan staande huwelijk of na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, enige verrekening van overgespaarde inkomsten of anderszins een verrekening van de door ieder van partijen verkregen vermogenstoef of afname zou kunnen plaatsvinden.

De stelling van de vrouw dat zij dit gevolg van de huwelijkse voorwaarden niet heeft begrepen, mede door de gebrekkige voorlichting door de notaris, acht het hof onvoldoende onderbouwd, daaraan toevoegend:

Het hof is voorts van oordeel dat, ook al zou juist zijn de stelling van de vrouw dat partijen bij het sluiten van de huwelijkse voorwaarden alleen de bedoeling hebben gehad om het vermogen dat de vrouw bezat in de vorm van een woning veilig te stellen, omdat partijen voornemens waren om een camping te gaan drijven, hieraan niet zonder meer kan worden ontleend dat partijen daarbij tevens de bedoeling hebben gehad om in hun interne verhouding de financiële gevolgen (winst of verlies) van de op naam van de man te drijven camping, dan wel alleen de winst, gemeenschappelijk te laten zijn.

Het hof lijkt vervolgens veel gewicht toe te kennen aan de door de man naar voren gebrachte argumenten, waaronder in de eerste plaats het verweer dat hij het merendeel van de werkzaamheden binnen het campingbedrijf heeft verricht omdat zijn vrouw de zorg voor de kinderen had, alsmede voor de verhuur en de exploitatie van enkele appartementen die zich in haar woning bevonden.

Daarnaast voert de man aan dat er tijdens het huwelijk een volledig aparte boekhouding is gevoerd inclusief gescheiden bankrekeningen, welk feit duidelijk maakt dat het de wil van partijen is geweest om niet te komen tot een verrekenings- c.q. vergoedingsplicht. Ook meent hij dat relevant is dat de vrouw door haar participatie in de VOF kapitaal heeft kunnen verwerven, dat de woning van de vrouw deels op zijn kosten is verbouwd en dat de vrouw de inkomsten uit verhuur van die woning op een afzonderlijke rekening gestort heeft gekregen.

Het hof overweegt dat het door de vrouw genoemde feit dat de huishoudkosten uit de kas van de camping zijn voldaan, niet betekent dat partijen zich hebben gedragen op een wijze alsof zij hun vermogens en inkomens gemeenschappelijk hebben willen doen zijn omdat echtgenoten gehouden zijn elkaar het nodige te verschaffen.

160 HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529

De participatie van de vrouw en een BV van de man in de VOF, de omstandigheid dat de vrouw de inkomsten van de verhuur van de appartementen ontving alsmede het feit dat de echtgenoten geen gemeenschappelijke bankrekening hadden, vormen voor het hof de belangrijkste indicaties van een scheiding van de inkomsten en vermogens van de echtgenoten tijdens hun huwelijk.

Het hof komt dan uiteindelijk tot het volgende niet meer verrassende oordeel:

Een en ander brengt het hof tot het oordeel dat niet aannemelijk is geworden de stelling van de vrouw dat partijen zich staande huwelijk door de wijze waarop zij zich hebben gedragen van de inhoud van de huwelijks voorwaarden zijn afgeweken en/of hebben willen afwijken.

Het hof acht daarom geen omstandigheden aanwezig die de toepassing van de in de huwelijks voorwaarden overeengekomen regel van koude uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar doen zijn. De nog resterende omstandigheid dat de vrouw – ondanks dat zij tijdens het huwelijk voor de kinderen van partijen heeft gezorgd en ten behoeve van de ondernemingen van de man werkzaamheden heeft verricht – niet meedeelt in het door de man opgebouwde vermogen dat aanzienlijk hoger is dan bij aanvang van het huwelijk was verwacht, rechtvaardigt naar het oordeel van het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden geen andere beslissing. Het hof heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat de vrouw naar onbestreden vaststaat recht heeft op haar aandeel in de waarde van de v.o.f groot € 189.913,-, in de door de man in de Holding B.V. opgebouwde pensioenrechten groot € 47.500,- en dat zij de volledige eigendom heeft van de woning.

Beide oordelen naast elkaar leggend moet worden vastgesteld dat de rechter in eerste instantie en die in hoger beroep tot volstrekt tegenovergestelde oordelen komen. Waar de rechtbank veel gewicht lijkt te hebben toegekend aan de door de vrouw aangevoerde feiten en omstandigheden, doet het hof het omgekeerde door kennelijk goed te luisteren naar de argumenten van de man.

Ik acht het om voor de hand liggende redenen zeer onwenselijk dat op grond van hetzelfde feitencomplex tot zulke haaks op elkaar staande uitspraken kan worden gekomen door rechtbank en hof.

Dat dit mogelijk is wordt naar mijn mening grotendeels veroorzaakt door het verlaten door de Hoge Raad van de weg die door hem was ingeslagen in het arrest *Lindner-Mannaerts*,¹⁶¹ waardoor huwelijks voorwaarden ten tijde van echtscheiding nog slechts bijgesteld kunnen worden met toepassing van de in het arrest *Contrair gedrag*¹⁶² samengevatte doctrine zoals door mij aangehaald in paragraaf 7.6.1. Deze brengt een zeer beperkte toetsingsmogelijkheid op grond van redelijkheid en billijkheid mee, die bovendien wordt gekenmerkt door een in mijn ogen hoge mate van subjectiviteit.

161 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93 m.nt. WMK.

162 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399.

Indien de Hoge Raad in deze casus in cassatie mijn benadering van de uitleg van huwelijkse voorwaarden zou volgen, zou naar mijn oordeel een evenwicht kunnen worden bereikt tussen contractvrijheid of rechtszekerheid enerzijds en solidariteit of rechtvaardigheid anderzijds, welk evenwicht tot stand komt met behulp van geobjectiveerde maatstaven. Hierdoor zou de beslissing van de rechter in beginsel ook voorspelbaarder worden.

In de door mij hiervoor beschreven eerste toetsing dienen de bedoelingen van de destijds aanstaande echtgenoten met het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden achterhaald. Het betreft hier een beoordeling *ex tunc*.

Uit de casus komt naar voren dat de echtgenoten tijdens de procedure geen eensluidende verklaringen af hebben gelegd over hun toenmalige bedoelingen. Dat eensluidende verklaringen ontbreken is in een situatie van echtscheiding te verwachten.

De vraag die de rechter dan moet beantwoorden is welke huwelijksverhouding partijen voor ogen zal hebben gestaan ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden, waarvoor een reconstructie van hun feitelijk overeenstemmend gedrag *in abstracto* tijdens het huwelijk de belangrijkste aanwijzing vormt. Op basis van de hiervoor genoemde feiten kan nu vastgesteld worden dat in de onderhavige zaak in wezen sprake is geweest van een huwelijksverhouding waarbinnen de man het verwerven van het inkomen op zich heeft genomen en de vrouw de kinderen heeft verzorgd en opgevoed, alsmede het huishouden heeft bestierd.

Dit leidt tot de vaststelling door de rechter dat er een discrepantie bestaat tussen de huwelijksverhouding die partijen toentertijd kennelijk hebben gewild en de inhoud van de huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' impliceren en geen regelingen bevatten die zien op het risico van echtscheiding. De gemaakte huwelijkse voorwaarden behoren mitsdien tot het door mij hiervoor gedefinieerde type 1.

De desbetreffende huwelijkse voorwaarden zijn in de interne verhouding van partijen daarom nietig uit hoofde van artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, hetgeen meebrengt dat het gemene recht vertaald in obligatoire termen van toepassing wordt.

De aldus door de rechter vastgestelde interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden leidt ertoe dat de gewezen echtgenoten in economische zin met elkaar zullen moeten afrekenen alsof er tussen hen de wettelijke gemeenschap van goederen bestond.

De tweede toetsing die vervolgens door de rechter wordt aangelegd betreft een ambtshalve beoordeling met behulp van de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Bij deze toetsing staat zoals hiervoor is gebleken naast de externe betekenis ook de interne betekenis van de huwelijkse voorwaarden vast omdat de laatste bij de eerste toetsing is gegeven, en resteert voor de rechter nog de marginale beoordeling vanuit het perspectief van het einde van het huwelijk door echtscheiding, derhalve *ex nunc*, of door een echtgenoot een beroep mag worden gedaan op de bij de eerste toetsing vastgestel-

de inhoud van de huwelijkse voorwaarden dan wel dat een dergelijk beroep onaanvaardbaar moet worden geacht uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid.

Onaanvaardbaarheid als bedoeld kan ingeval van huwelijkse voorwaarden die bij de eerste toetsing door de rechter met nietigheid zijn getroffen waar het hun interne betekenis aangaat, uit de aard der zaak alleen betrekking hebben op specifieke aspecten die naar redelijkheid en billijkheid correctie behoeven.

Voor de hier besproken casus zou de desbetreffende correctie kunnen zien op het buiten beschouwing laten van het voorhuwelijkse vermogen, alsmede van erfenissen en schenkingen omdat het concrete gedrag dat partijen tijdens hun huwelijk hebben getoond op veel punten het beeld vertoont van het gescheiden houden van hun vermogens zoals in de procedure bij het hof duidelijk lijkt te zijn geworden.

Een ander argument kan zijn dat in gevallen waarin bij de eerste toetsing is geconcludeerd dat de huwelijkse voorwaarden intern nietig zijn en de wettelijke regelingen derhalve in obligatoire zin in de plaats treden van hetgeen partijen waren overeengekomen, er bij gelegenheid van de tweede toetsing snel tot correctie overgegaan dient te worden omdat naar hedendaagse opvattingen een 'algehele' gemeenschap van goederen niet meer het passende wettelijke systeem is maar alleen het vermogen dat echtgenoten tijdens hun huwelijk door eigen inspanningen verwerven relevant behoort te zijn, zoals door de regering aanvankelijk ook tot uitdrukking gebracht in het al meermalen door mij aangehaalde wetsvoorstel 28 867 dat per 1 januari 2012 in werking treedt.

7.7 AFSLUITING

De twee hoofdlijnen die in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontwaard, bevredigen – beoordeeld naar de maatstaven van contractvrijheid en solidariteit –, geen van beide.

De belangrijkste reden hiervoor is dat in de Nederlandse rechtspraak niet een beoordelingsinstrument tot stand is gekomen dat recht doet aan de kracht van beide rechtsbeginselen en dat bovendien op systematische en voorspelbare wijze kan worden toegepast.

Dat de huidige situatie onwenselijk is, wordt voor de tweede hoofdlijn geïllustreerd door de uitspraken van de rechtbank Leeuwarden en het hof Leeuwarden in de door mij in paragraaf 7.6 besproken zaak. Het lijkt derhalve noodzakelijk dat een nieuwe weg wordt ingeslagen.

Gebleken is in dit licht dat de in de Duitse rechtspraak ontwikkelde zienswijze goed inpasbaar zou zijn in de Nederlandse context en daarbij ook reeds ten dele aansluit.

Concreet zou dit in de eerste plaats een toetsing van de huwelijkse voorwaarden *ex tunc* betekenen die er onder omstandigheden toe kan leiden dat

deze als zijnde nietig worden beschouwd wegens strijd met de goede zeden in de door Nieuwenhuis bedoelde, geactualiseerde interpretatie daarvan.¹⁶³ Hiertoe dient het bestaande artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te worden aangewend. Vervolgens vindt een toetsing *ex nunc* plaats, bij welke tweede toetsing de redelijkheid en billijkheid ex artikel 248 lid 2 Boek 6 Burgerlijk Wetboek centraal staan.

Bij beide beoordelingen gaat het om het achterhalen van de bedoelingen van de echtgenoten met hun huwelijkse voorwaarden, waarbij de rechter zich dient te richten op het feitelijk gedrag van de echtgenoten, indien hun toenmalige bedoelingen niet met zoveel woorden zijn vermeld of anderszins tussen partijen komen vast te staan.

In de eerste toetsing wordt het feitelijk gedrag dat de echtgenoten zich hadden voorgenomen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden vergeleken met de inhoud daarvan. Bij de tweede toetsing gaat het om de vraag of het daadwerkelijk door de echtgenoten vertoonde feitelijk gedrag tijdens hun huwelijk ertoe leidt dat mogelijk geen beroep mag worden gedaan op een of meer bepalingen uit hun huwelijkse voorwaarden.

Het voorgaande neemt niet weg dat ik de zienswijze van Hartkamp¹⁶⁴ dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen, ten volle onderschrijf, juist wanneer de contractanten echtgenoten zijn die het duurcontract huwelijkse voorwaarden aangaan. De daarin vastgelegde juridische afspraken zijn immers sterk verweven met de relationele dimensie van de zeer bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk is. De juridische procedure is daarom in veel gevallen een ongeschikte weg om te bewandelen indien uitleg van huwelijkse voorwaarden het doel is.

Mediation is in dezen de betere optie omdat dit een methode betreft die kan waarborgen dat de te bespreken juridische aspecten van huwelijkse voorwaarden bij echtscheiding zijn ingebed in de daadwerkelijk door de echtgenoten geleefde huwelijksrelatie.

163 Zie paragraaf 7.6.2.

164 Zie paragraaf 7.4.2.

