



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).

10.1 INLEIDING

In dit laatste hoofdstuk breng ik de reeds per hoofdstuk getrokken conclusies samen en beantwoord ik vervolgens de in hoofdstuk 2 gestelde hoofdvraag en de daaruit voortvloeiende subvragen.¹

Afsluitend geef ik een overzicht van de door mij in het voorgaande met zoveel woorden alsook impliciet geformuleerde aanbevelingen.

10.2 CONCLUSIES EN BEANTWOORDING ONDERZOEKSVRAGEN

In hoofdstuk 2 heb ik het centrale thema van dit onderzoek omschreven als de partijautonomie van echtgenoten voorafgaand aan, tijdens en ten tijde van de beëindiging van het huwelijk en meer in het bijzonder de verhouding tussen contractvrijheid en solidariteit – de rechtsbeginselen die tezamen het beginsel partijautonomie vormgeven – bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden.

De daaruit voortvloeiende hoofdvraag is of het geldend Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht kan worden begrepen in termen van contractvrijheid en solidariteit.

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

De hoofdvraag is met name behandeld in de hoofdstukken 4 en 5 maar komt ook aan de orde in hoofdstuk 7 en – nadat deze beantwoord is – in hoofdstuk 9.

Aan de beantwoording van de vraag naar een beter wettelijk systeem van huwelijksvermogensrecht – verbreed naar relatievermogensrecht – is een heel hoofdstuk (9) gewijd. Ook de vraag of tot een betere rechtspraak kan worden gekomen op het terrein van de beoordeling van huwelijkse

1 Een korte feitelijke samenvatting volgt hierna zowel in het Nederlands als in enkele andere talen.

voorwaarden ten tijde van echtscheiding heb ik in een apart hoofdstuk (7) besproken.

De vraag die betrekking heeft op een verbetering van de praktijk van de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden is in enkele paragrafen in verschillende hoofdstukken beantwoord (5.7, 7.4.3.3 en 7.6.2; het punt komt ook in paragraaf 6.9 aan de orde).

Hierna laat ik de door mij getrokken conclusies ten aanzien van deze en de overige door mij geformuleerde subvragen terugkeren en ik sluit deze paragraaf af met de beantwoording van de hoofdvraag.

Subvraag 1

Hoe laten de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit zich definiëren binnen het kader van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht?

In hoofdstuk 3 ben ik tot een zienswijze gekomen op de verhouding tussen de beginselen van contractvrijheid en solidariteit ten aanzien van echtgenoten in het algemeen en in het bijzonder waar het betreft echtgenoten die huwelijkse voorwaarden aangaan,² deze ontleend aan de discussie die daarover is gevoerd tegen de achtergrond van het algemene overeenkomstenrecht.

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

Ik vat deze 'definitie' hier samen. Partijautonomie³ dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de ander heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk in het leven roept.

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

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

2 Of een echtscheidingsconvenant of vaststellingsovereenkomst.

3 In hoofdstuk 3 is tevens gesteld dat partijautonomie gelijk kan worden gesteld met 'contractvrijheid in brede zin'.

Subvraag 2

Staat het echtgenoten vrij om – binnen het kader van het gemene huwelijksvermogensrecht van Titel 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek – naar eigen inzicht afspraken te maken met betrekking tot de vermogensrechtelijke aspecten die kunnen worden onderscheiden bij het aangaan van hun huwelijk en zodoende vorm en inhoud te geven aan een door hen gewenst Ehetyp?

In hoofdstuk 4 is gebleken is dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig de Nederlandse wetgever niet op directe wijze lijken te hebben geïnspireerd bij het opstellen van de regels die het gemene huwelijksvermogensrecht uitmaken en die zijn neergelegd in de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek.

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

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

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

Subvraag 3

Staat het echtgenoten vrij om in huwelijkse voorwaarden vorm en inhoud te geven aan een door hen verkozen Ehetyp en hoe verhouden huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant zich tot elkaar, beschouwd vanuit het gezichtspunt van het maken van afspraken over de gevolgen van een echtscheiding?

Ook in hoofdstuk 5 is naar voren gekomen dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit als zodanig de Nederlandse wetgever niet lijken te hebben geïnspireerd bij het opstellen van de regels die het contractuele huwelijksvermogensrecht uitmaken, welke regels voornamelijk zijn neergelegd in Titels 8 en 9 Boek 1 Burgerlijk Wetboek. Evenmin zijn de beide rechtsbeginselen tot wasdom gekomen in de literatuur over dit onderwerp.

Hartkamp brengt naar voren dat het beginsel van partijautonomie op ieder van de bij een overeenkomst betrokken partijen van toepassing is, waardoor de totstandkoming van de overeenkomst – van huwelijkse voor-

waarden – het resultaat is van de aanwending van de wederzijdse mogelijkheid zichzelf te ontplooien.⁴

Het contractuele huwelijksvermogensrecht wordt weliswaar sterk gekleurd door contractvrijheid maar het is zeer de vraag of (aanstaande) echtgenoten daardoor worden gestimuleerd om tot zelfontplooiing of *Selbstbestimmung* te komen.

Het is daarnaast niet zo dat het contractuele stelsel partijautonomie als inclusief rechtsbeginsel bevordert, daar noties van solidariteit grotendeels ontbreken.

Het opstellen van de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden voorafgaand of tijdens het huwelijk heeft immers tot gevolg dat de door de wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek gegeven goederenrechtelijke rechtsverhouding – waarvan gesteld zou kunnen worden dat deze de solidariteit tussen echtgenoten belichaamt – niet tot stand komt, respectievelijk wordt doorbroken. Dit is een direct effect van het rechtsbeginsel contractvrijheid en de hier tegenover staande solidariteit tussen echtgenoten speelt daarbij in Titel 8 Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol. Wel kan dit anders liggen indien de (aanstaande) echtgenoten ervoor kiezen om een beperkte huwelijksgemeenschap op te nemen in hun huwelijksvoorwaarden. Tevens moet worden vermeld dat redelijkheid en billijkheid ook in het contractuele huwelijksvermogensrecht toepassing vinden; indien dit speelt kan via die band het rechtsbeginsel solidariteit toch doorklinken.

De wet prikkelt (aanstaande) echtgenoten derhalve niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren dat ieder van hen tot *Selbstbestimmung* kan komen.

Echtgenoten behoeven voorts niet slechts bescherming bij het opstellen van huwelijksvoorwaarden maar evenzeer bij het aangaan van een echtscheidingsconvenant.

Niet gebleken is verder dat het in dit hoofdstuk besproken onderscheid tussen huwelijksvoorwaarden en het echtscheidingsconvenant waar het gaat om het regelen van een echtscheiding voorafgaand aan of tijdens het huwelijk, op enigerlei wijze verdedigd zou kunnen worden met argumenten die voortvloeien uit het rechtsbeginsel solidariteit. Dit geldt evenzeer voor het feit dat wordt aangenomen dat voorafgaand aan het huwelijk geen rechtsgeldige regelingen kunnen worden getroffen over partneralimentatie, welke opvatting door mij overigens is bestreden in dit hoofdstuk.

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

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

Subvraag 4

Wat houdt het in de Duitse rechtspraak ontwikkelde beoordelingsinstrument voor Eheverträge in en op welke wijze wordt hierin uitdrukking gegeven aan de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit?

Deze subvraag heb ik beantwoord in hoofdstuk 6.

De in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) opgenomen *Wirksamkeitskontrolle* en *Ausübungskontrolle* hebben door de uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) – gebaseerd op de in de Duitse grondwet in artikel 6 geformuleerde bescherming van het huwelijk –, een nieuwe lading gekregen waar het betreft de toetsing van *Eheverträgen*. Ook de hoogste Duitse rechter – het *Bundesgerichtshof* (BGH) – heeft daaropvolgend beide beoordelingen duidelijk van elkaar onderscheiden.

De *Wirksamkeitskontrolle* voert de feitenrechter naar de beantwoording van de vraag of hetgeen ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden werd overeengekomen – *losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse* – wegens strijd met de goede zeden geheel of gedeeltelijk niet kan worden gehandhaafd, derhalve nietig is, en vervangen dient te worden door de wettelijke regelingen. Bij de *Ausübungskontrolle* verschuift het perspectief van de *Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* naar het *Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft* en worden de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehanteerd, zij het binnen de door het BGH gestelde kaders. Voor beide te onderscheiden beoordelingen dient de *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* te worden toegepast.

Enerzijds brengt de door het BGH gekozen interpretatie van de door het BVerfG aan hem gegeven opdracht en het daaruit voortvloeiende toetsingssysteem een zekere beperking van de contractvrijheid van echtgenoten mee, anderzijds wordt het primaat van hun partijautonomie erdoor bevestigd.

Het BGH opteert er in deze zienswijze niet voor om bepaalde soorten afspraken per definitie nietig te verklaren of een bepaalde situatie (bijvoorbeeld een voorhuwelijkse zwangerschap) altijd doorslaggevend te laten zijn, doch kiest voor een genuanceerde tweevoudige toetsing waarop door aanstaande echtgenoten kan worden geanticipeerd bij het sluiten van het *Ehevertrag*, in de eerste plaats door het toevoegen aan hun huwelijkse voorwaarden van een uitvoerige, zorgvuldig opgestelde considerans. Hierin dienen overwegingen met betrekking tot de concrete situatie van de aanstaande echtgenoten ten tijde van het opstellen van de huwelijkse voorwaarden te worden opgenomen.

Ook kan de instrumenterend notaris de aanstaande echtgenoten begeleiden bij een *antizipierte Ausübungskontrolle*, waarmee wordt bedoeld op het in de huwelijkse voorwaarden anticiperen op *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung*. Diens eerste zorg is echter het voorkomen dat huwelijkse voorwaarden worden gesloten die *unwirksam* zijn. Hierbij komt de notaris een actieve rol toe waarin hij dient te onderzoeken of de door de aanstaande echtgenoten gewenste regeling die afwijkt van de wettelijk vastgelegde standaardgevolgen van echtscheiding – in relatie

tot het door de echtgenoten nagestreefde *Ehetyp* – leidt tot een evident eenzijdige lastenverdeling die niet van de desbetreffende echtgenoot kan worden gevergd. De notaris kan hier mitsdien niet volstaan met de gebruikelijke *Belehrung*.

Het voorgaande overziend, toont de Duitse jurisprudentie op het terrein van het omgaan met huwelijksvoorwaarden ten tijde van de echtscheiding een naar mijn oordeel zeer interessante ontwikkeling die weliswaar is verbonden met een grondwettelijke bepaling maar toch ook geheel los daarvan kan worden gezien.

Het is immers zeer goed verdedigbaar – gezien de zeer bijzondere aard van de rechtsverhouding die het huwelijk meebrengt –, dat aan de *Wirksamkeitskontrolle*, respectievelijk de *Ausübungskontrolle* de in dit hoofdstuk besproken invulling kan worden gegeven, zonder dat deze gefundeerd is in een grondwettelijke bepaling.

De in de Duitse grondwet verwoorde bescherming van het huwelijk vormt mitsdien niet een *condicio sine qua non* voor de door het BVerfG en – in navolging daarvan – het BGH gekozen weg, maar moet denk ik veeleer worden begrepen als een extra aansporing tot een zorgvuldige beoordeling door de rechter van huwelijksvoorwaarden ten tijde van de echtscheiding dan wel als de bevestiging van de noodzaak daartoe.

Subvraag 5

Past de Hoge Raad de beginselen contractvrijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten toe in geval van de uitleg van huwelijksvoorwaarden en zou het in de Duitse jurisprudentie ontwikkelde beoordelingsinstrument vertaald kunnen worden naar Nederlands recht, teneinde te kunnen worden aangewend door de Nederlandse rechter?

Naar uit hoofdstuk 7 blijkt, bevredigen de twee hoofdlijnen die in de recente jurisprudentie van de Hoge Raad over de uitleg van huwelijksvoorwaarden kunnen worden ontwaard, beoordeeld naar de maatstaven van contractvrijheid en solidariteit, geen van beide.

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

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

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

Het betreft hier in de eerste plaats een toetsing van de huwelijksvoorwaarden *ex tunc* die er onder omstandigheden toe kan leiden dat deze als zijnde nietig worden beschouwd wegens strijd met de goede zeden in de

door Nieuwenhuis⁵ bedoelde, geactualiseerde interpretatie daarvan. Hier toe dient het bestaande artikel 121 lid 1 Boek 1 Burgerlijk Wetboek te worden aangewend. Vervolgens vindt een toetsing *ex nunc* plaats, bij welke tweede toetsing de redelijkheid en billijkheid ex artikel 248 lid 2 Boek 6 Burgerlijk Wetboek centraal staan.

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

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

Het voorgaande neemt niet weg dat ik de zienswijze van Hartkamp⁶ dat de contractanten in de eerste plaats zelf de aangewezen personen zijn om hun overeenkomst uit te leggen, ten volle onderschrijf, juist wanneer de contractanten echtgenoten zijn die het duurcontract huwelijkse voorwaarden aangaan. De daarin vastgelegde juridische afspraken zijn immers sterk verweven met de relationele dimensie van de zeer bijzondere rechtsverhouding die het huwelijk is.

De juridische procedure is daarom een ongeschikte weg om te bewandelen indien uitleg van huwelijkse voorwaarden het doel is.

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

Subvraag 6

Spelen contractvrijheid en solidariteit een rol bij het maken van afspraken door echtgenoten in hun hoedanigheid van ouders belast met het gezamenlijk gezag over hun minderjarige kinderen?

De zesde subvraag is door mij behandeld in hoofdstuk 8.

De rechten en plichten die voor ouders voortvloeien uit hun gezamenlijk gezag over hun kinderen bevinden zich in een wettelijk kader dat dwingendrechtelijk van karakter is.

Niettemin gaat het hier om normen die door de ouders moeten worden uitgewerkt in gezamenlijk overleg. Het is derhalve zo dat er praktisch gezien voor ouders een veel grotere contractvrijheid bestaat dan op het eerste

5 Vgl. Nieuwenhuis, 2007.

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

gezicht gedacht zou kunnen worden. Het behoeft hierbij geen betoog dat voor echtgenoten als (contracterende) ouders het rechtsbeginsel solidariteit een zeer grote rol speelt, zij het op een andere wijze dan aan de orde is voor de in de hoofdstukken 4 en 5 besproken vermogensrechtelijke thema's. Solidariteit wordt tussen echtgenoten die ouders zijn immers sterk geladen door het belang van hun kinderen. Dit belang vereist dat ouders in de eerste plaats in die hoedanigheid solidair zijn met elkaar, in de wetenschap dat ouderschap een levenslange lotsverbondenheid impliceert. De wettelijke normen van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verlenen hieraan nog een extra betekenis.

Het belang van het overkoepelende beginsel partijautonomie is hiermee gegeven.

Ondanks het feit dat huwelijkse voorwaarden gewoonlijk primair een vermogensrechtelijke inslag hebben, bestaan er geen formele beletselen, noch zijn er in de literatuur steekhoudende argumenten aangevoerd die verhinderen dat daarin door de (aanstaande) echtgenoten ook andersoortige afspraken worden opgenomen.

Een ouderschapsplan kan in dit licht beschouwd onderdeel uitmaken van huwelijkse voorwaarden en dit dient naar mijn oordeel zelfs te worden aangemoedigd.

De in dit hoofdstuk uitvoerig besproken norm van gelijkwaardig ouderschap is ook bij het vormgeven en verdelen door de ouders van hun zorg- en opvoedingstaken tijdens het huwelijk richtinggevend: deze ligt besloten in de eerste drie leden van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek zoals wordt bevestigd door het vierde lid van dit artikel.

Hoewel het daartoe in veel gevallen slechts een aanzet kan zijn, worden in deze door mij voorgestane werkwijze de hoofdlijnen van de taakverdeling tussen de (aanstaande) ouders waar het betreft de verzorging en opvoeding van hun kinderen in relatie tot de vormgeving van de loopbanen van beide echtgenoten geformuleerd en worden zij zich daardoor bewust van het in meer of mindere taakstellende karakter van de door hen gemaakte ouderschapsafspraken en van de daarmee samenhangende beslissingen die door hen zullen moeten worden genomen.

Hiermee wordt het ontstaan van een vanzelfsprekende communicatie over dit thema bevorderd, hetgeen idealiter leidt tot een voor de desbetreffende ouders optimale situatie ten tijde van de geboorte van hun kind en daarna. Tevens mag dan worden verondersteld dat het thema ouderschap geen splijtzwam meer zal zijn ingeval zich een echtscheiding aandient. Het bij tijd en wijle bijstellen van het ouderschapsplan is in dit verband zeer wenselijk.

Subvraag 7

Is in recente wetsvoorstellen een visie te ontwaren op de toepassing van de rechtsbeginselen contractorijheid en solidariteit van, respectievelijk tussen echtgenoten? Hoe ziet een relatievermogensrechtelijk stelsel eruit dat een eigentijds evenwicht tussen contractorijheid en solidariteit weerspiegelt?

In hoofdstuk 9 heb ik deze subvraag in ontkennende zin beantwoord aan de hand van twee recente wetsvoorstellen. Elementen van contractvrijheid en solidariteit zijn met enige goede wil wel te ontwaren maar een visie op partijautonomie wordt door de wetgever niet geformuleerd, noch speelt deze indirect een rol in de beide door mij besproken wetsvoorstellen.

Indien het eindresultaat van de langdurige wetgevingsexercitie die uiteindelijk heeft geleid tot het aannemen door de Eerste Kamer van wetsvoorstel 28 867,⁷ wordt gezien vanuit het perspectief van de partijautonomie van echtgenoten kan slechts worden vastgesteld dat het vervallen van het ver-eiste van artikel 119 Boek 1 Burgerlijk Wetboek een verbetering betreft van-uit het oogpunt van contractvrijheid en daarmee in beginsel ook vanuit het oogpunt van het rechtsbeginsel solidariteit.

Echtgenoten staat hiermee immers een veel eenvoudiger procedure ter beschikking om hun huwelijkse voorwaarden aan te passen aan gewijzigde omstandigheden of inzichten en daarin in voorkomende gevallen beter uitdrukking te geven aan de solidariteit die de huwelijksrelatie kenmerkt, zoals door mij onder meer betoogd in de paragrafen 3.5 en 7.6.

Indien het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel 28 867 ongewijzigd zou zijn aangenomen, had kunnen worden gesteld dat de dan van kracht geworden beperkte huwelijksgemeenschap een inperking zou hebben betekend van het rechtsbeginsel van de solidariteit omdat belangrijke vermogensbestanddelen in dat geval niet meer een onderdeel van de huwelijksgemeenschap zouden hebben gevormd.

Zoals gezegd, lijkt de wetgever echter niet te denken in termen van partijautonomie en is deze derhalve evenmin op zoek naar het bewerkstelligen van het – naar gangbare maatschappelijke opvattingen gemeten – juiste evenwicht tussen contractvrijheid en solidariteit in het wettelijke huwelijksvermogensrechtelijke basisstelsel.

Het wetsvoorstel dat de *chtscheidingsnotaris* wilde introduceren,⁸ leek op het eerste gezicht tot een vergroting van de partijautonomie te leiden voor de overigens zeer beperkte groep echtgenoten voor wie deze route open zou hebben gestaan.

De notaris was op grond van dit wetsvoorstel immers gehouden om te waarborgen dat bij beide echtgenoten sprake zou zijn van *informed consent* waar het betreft de inhoud en strekking van de afspraken die door hen zouden worden vastgelegd in een echtscheidingsconvenant. Daarmee werd het voortouw aan de scheidende echtgenoten gegeven en was voor de notaris de rol van begeleidend deskundige weggelegd, een andere rol derhalve dan de sturende positie die de notaris traditioneel inneemt.

Het is echter de vraag of dit punt voldoende tot uitdrukking zou zijn gekomen in de notariële praktijk nu in de memorie van toelichting op ver-

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

8 TK 2008/09, 31 714.

schillende plaatsen het argument van kostenbesparing voor echtgenoten die hun scheiding op eenvoudige wijze willen regelen wordt genoemd.

In hoofdstuk 1 heb ik erop gewezen dat er in de afgelopen jaren een tendens zichtbaar is die de contractvrijheid van echtgenoten vergroot.

Zo is het verbod op het aangaan van arbeids- en schenkingsovereenkomsten tussen echtgenoten geschrapt en is de samenwoningverplichting voor echtgenoten komen te vervallen. Verder is – door de invoering van wetsvoorstel 28 867 zoals al opgemerkt –, de rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden die tijdens het huwelijk worden aangegaan of gewijzigd per 1 januari 2012 niet meer vereist, hetgeen, zoals door mij reeds geconcludeerd, de contractvrijheid van echtgenoten eveneens verruimt. Deze ontwikkeling berust echter niet op een bewust door de wetgever gemaakte (beleids)keuze.

Het bevorderen van de partijautonomie van (aanstaaende) echtgenoten en het in dit kader vinden van een goed evenwicht tussen de rechtsbeginselen solidariteit en contractvrijheid, vormt voor de wetgever mitsdien kennelijk niet het uitgangspunt bij het opstellen van wetsvoorstellen op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.

Met betrekking tot het tweede onderdeel van deze subvraag moet worden opgemerkt dat de hiervoor genoemde gedachte van Tweede Kamerlid Berndsén (D66) dat de ‘algehele’ gemeenschap van goederen als wettelijk standaardstelsel zou moeten vervallen en het maken van huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan een huwelijk de norm zou dienen te zijn, nadere concretisering behoeft. Het *civil partnership* zoals door mij voorgestaan en in hoofdstuk 9 uitgewerkt en onderbouwd, sluit naar mijn oordeel zeer nauw aan bij de door Berndsén naar voren gebrachte uitgangspunten. De reden hiervan is dat het *civil partnership* een normstellend kader betreft dat de partijautonomie van de partners sterk bevordert en geen wettelijk statuut dat aan echtgenoten wordt aangereikt.

De door mij ter zake van de proeve van het wetsvoorstel *civil partnership* gemaakte rechtspolitieke keuzen vloeien alle rechtstreeks voort uit de wens een eigentijds en gestroomlijnd basisstelsel te ontwerpen waarvan het rechtsbeginsel partijautonomie het fundament vormt. Slechts indien aspecten van het rechtsbeginsel solidariteit zwaarder wegen wordt de contractvrijheid van de partners ingeperkt. Partners kunnen er in die gevallen mitsdien vrijwel steeds voor kiezen om de wettelijke normen die wortelen in solidariteit, terzijde te stellen.

Daarnaast hangen de desbetreffende keuzen nauw samen met de door mij gewenste uitgangspunten dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen huwelijkse en niet-huwelijkse relaties, dat het aangaan van de relatie en het beëindigen ervan als twee momenten in een continuüm worden beschouwd, dat het moet gaan om een eenvoudig, kort en bondig geformuleerd en zeer toegankelijk stelsel dat aansluit bij de heersende maatschappelijke opvattingen over wat het relatievermogensrecht inhoudt, dat het stelsel de partners dient aan te zetten tot het maken van eigen keuzen en het nemen van eigen

verantwoordelijkheid en tot slot dat het stelsel ingeval van beëindiging van de relatie leidt tot voorspelbare uitkomsten. Het civiel partnerschap richt zich derhalve primair op de contracterende partners en faciliteert hen hun eigen verantwoordelijkheid te kunnen dragen. Daarnaast is dit stelsel materieel en niet procedureel van aard. Waar rechtshulpverleners als notarissen, advocaten, mediators en rechters een rol spelen, is deze derhalve ondersteunend.

Het wetsvoorstel civiel partnerschap betreft in essentie een kaderregeling waarin de contractvrijheid van partners in evenwicht wordt gebracht met het rechtsbeginsel solidariteit dat tot uitdrukking komt in de zorgplicht die de kern vormt van een civiel partnerschap. Het civiel partnerschap is altijd aan een huwelijk gekoppeld maar kan ook door ongehuwde partners worden aangegaan.

Deze kaderregeling voorziet in alle belangrijke vermogensrechtelijke gevolgen van een (affectieve) relatie en is niet automatisch van toepassing in alle gevallen maar dient door de partners bewust te worden gekozen en voorafgaand daaraan te worden doordacht, besproken en op de maat van het eigen civiel partnerschap te worden toegesneden. Deze insteek voorkomt dat de wettelijke bepalingen zelf worden belast met het standaard willen voorzien in regels voor bijzonderheden.

De door mij voorgestane regeling van het civiel partnerschap stoelt derhalve op maatschappelijk aanvaarde normen die op het moment van invoering daarvan door de wetgever worden beschouwd als redelijke en billijke normen ingeval van een affectieve relatie tussen twee volwassenen.

De partners staan bij het maken van de specifieke afspraken die gelden voor hun civiel partnerschap in essentie voor de keuze *to comply or to explain*; hierdoor worden hun bedoelingen ten aanzien van de invulling van het civiel partnerschap duidelijk.

De regeling van het civiel partnerschap lost tot slot tevens de knelpunten van het thans vigerende stelsel op die ik vooral in de hoofdstukken 4, 5 en 7 heb gesignaleerd.

Subvraag 8

Op welke wijze kan worden gekomen tot een betere praktijk ter zake van de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden, indien daarbij telkens het uitgangspunt zou zijn dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in levenwicht gebracht dienen te worden?

In de paragrafen 5.7, 7.4.3.3, 7.6 en – waar het betreft het voorbeeld van de Duitse notariële praktijk – in paragraaf 6.9 is door mij kritiek gegeven op de huidige huwelijkse voorwaardenpraktijk en een visie geformuleerd op verbetering hiervan, uitgaande van het rechtsbeginsel partijautonomie.

De wet prikkelt (aanstaande) echtgenoten thans niet om binnen het contractuele huwelijksvermogensrechtelijke domein het voor hen juiste evenwicht te vinden tussen de beide genoemde rechtsbeginselen, teneinde de kans te optimaliseren om tot *Selbstbestimmung* voor ieder van hen te komen.

In dat geval is het daarom aan de door de wetgever voorgeschreven notaris om te bewerkstelligen dat huwelijkse voorwaarden tussen (aanstaande) echtgenoten worden gerealiseerd op basis van *informed consent*, waarbij de echtgenoten zich ten volle rekenschap geven van de gevolgen op lange termijn van hetgeen door hen wordt vastgelegd en zij in staat worden gesteld om het door hen gewenste en bij hen passende *Ehetyp* vorm te geven.

Of diens tussenkomst dit effect echter heeft, dient te worden betwijfeld. Dat notarissen ook op het beperkte terrein waarop door hen thans voorlichting en advies wordt gegeven als het gaat om huwelijkse voorwaarden – dat van het huwelijksgoederenrecht –, in veel gevallen toch niet presteren als mag worden verwacht, kan immers worden afgeleid uit de vele procedures die over huwelijkse voorwaarden worden gevoerd ten tijde van de echtscheiding.

Onder andere om deze reden ik heb verdedigd dat de family mediator over betere kaarten beschikt om adequate bescherming te kunnen bieden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Ook de gespecialiseerde advocaat is naar mijn oordeel uitstekend in staat om aanstaande echtgenoten te begeleiden bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. Beide professionals spelen thans al een belangrijke – beschermende – rol bij het opstellen van het echtscheidingsconvenant.

Uiteindelijk gaat het om de deskundigheid van de rechtshulpverlener op inhoudelijk terrein maar zeker ook waar het de werkwijze betreft die leidt tot de totstandkoming van de huwelijkse voorwaarden.

Vanzelfsprekend zou introductie van het civiel partnerschap meebrengen dat een naar mijn oordeel optimale praktijk wordt gerealiseerd; ik verwijs hiervoor naar mijn beantwoording van subvraag 7.

Hoofdvraag

Kan het geldend Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht worden begrepen in termen van contractvrijheid en solidariteit?

Mijn hoofdvraag laat zich na de voorgaande bespreking van mijn subvragen thans kort en bondig beantwoorden.

Gesteld kan worden dat de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit in het huidige Nederlandse huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht op verschillende plaatsen tot uitdrukking komen. De wetgever heeft echter geen visie geformuleerd op beide rechtsbeginselen, noch deze ten grondslag gelegd aan wetgeving. Hierin is geen wijziging opgetreden waar het recente wetgeving betreft.

Er is met andere woorden geen sprake van een systeem voor wetgeving op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht waaraan partijautonomie ten grondslag is gelegd.

Het voorgaande is *mutatis mutandis* ook aan de orde ter zake van de actuele jurisprudentie van de Hoge Raad.

Tot slot kan volledigheidshalve worden vastgesteld dat de in hoofdstuk 2 verwoorde drie doelstellingen van dit onderzoek alle zijn gerealiseerd. Het betreft:

1. de formulering van een eigentijds relatievermogensrecht, gefundeerd op het rechtsbeginsel partijautonomie;
2. de definitie van een instrument ten behoeve van toepassing door de rechter, dat kan dienen om een evenwicht te vinden tussen de rechtsbeginselen contractvrijheid en solidariteit bij de beoordeling van huwelijkse voorwaarden in geval van echtscheiding;
3. een beschrijving van de modernisering van de wijze waarop huwelijkse voorwaarden (en het echtscheidingsconvenant) in de praktijk tot stand komen.

10.3 AANBEVELINGEN

Ik heb in dit onderzoek verscheidene aanbevelingen geformuleerd die in de voorgaande paragraaf vrijwel alle expliciet of impliciet weer aan de orde zijn gekomen.

Omwille van het overzicht herhaal ik mijn belangrijkste aanbevelingen hier kort. Daarmee sluit ik dit hoofdstuk, alsmede mijn boek af.

Aanbevelingen

1. Op het terrein van het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht dient te worden gekomen tot een nieuw paradigma dat is gefundeerd op het rechtsbeginsel partijautonomie. Het desbetreffende paradigma gaat uit van een stelsel van relatievermogensrecht waarin het aangaan en het beëindigen van de relatie als twee momenten in een continuüm worden beschouwd, hetgeen meebrengt dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen huwelijksvermogensrecht en echtscheidingsrecht. Dit stelsel staat op gelijke voet open voor gehuwde en ongehuwde partners.
2. Het Philipsmotto *Sense and Simplicity* dient ten grondslag te liggen aan het wettelijk stelsel van relatievermogensrecht. Hiermee is gezegd dat dit stelsel eenvoudig, toegankelijk en kort en bondig dient te zijn geformuleerd opdat partners zelf verantwoordelijk kunnen zijn voor de door hen gemaakte keuzen op dit terrein.
3. Een huwelijksvermogensrechtelijk stelsel dat een goederenrechtelijke gemeenschap centraal stelt is gecompliceerd en achterhaald. Een modern stelsel van relatievermogensrecht wordt derhalve geconstrueerd op contractuele basis.
4. Bij het aangaan van een relatievermogensrechtelijke overeenkomst is de bijstand van een deskundige gewenst. De bedoelde deskundigheid is niet automatisch gekoppeld aan de kwaliteit van notaris, advocaat of mediator. In de relatievermogensrechtelijke praktijk dient de ingeschakelde deskundige de partijautonomie van de partners te bevorderen en te waarborgen dat overeenkomsten slechts tot stand komen indien sprake is van *informed consent*.

5. De contractvrijheid van partners op het terrein van het relatievermogensrecht mag in een wettelijk stelsel alleen worden ingeperkt door bepalingen van regeland recht die actuele maatschappelijke normen reflecteren ter zake van het rechtsbeginsel solidariteit tussen partners in een affectieve relatie. Het moet partners derhalve vrijstaan om het door hen gewenste *Ehetyp* vorm te geven.
6. Op het gebied van het relatievermogensrecht dient niet in termen van conflict te worden gedacht maar in termen van de belangen van de partners. De desbetreffende belangen behoren met elkaar in evenwicht te worden gebracht. Het systeem dient geen regels te bevatten die partners ertoe prikkelen zijn of haar gelijk te willen halen.
7. De aanbevelingen sub 1. tot en met 6. leiden ertoe dat het wenselijk zou zijn indien de wetgever het *civiel partnerschap* zoals uitgewerkt in hoofdstuk 9 kracht van wet zou verlenen.
8. De Hoge Raad dient een instrument te ontwikkelen voor de beoordeling van huwelijkse voorwaarden ingeval van echtscheiding dat op systematische en voorspelbare wijze recht doet aan contractvrijheid (rechtszekerheid) en solidariteit (rechtvaardigheid). De in de Duitse jurisprudentie ontwikkelde werkwijze in dezen leent zich er goed voor om door de Hoge Raad te worden overgenomen.
9. Artikel 68 Boek 1 Burgerlijk Wetboek dient te worden geschrapt.
10. Het geregistreerd partnerschap dient te worden afgeschaft.