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).

Party-outonomie in die verhoudingsvermoënsreg

Samevatting

Party-outonomie in die huweliksvermoënsreg moet verstaan word as die vryheid om te geraak tot *Selbstbestimmung* van elk van die eggenote deur samewerking met die ander eggenoot. Dit gaan hier om ’n in redelikheid en billikheid ingebedde vryheid van die eggenote, waarby die klem val op die besondere verantwoordelikheid wat elkeen van hulle teenoor die ander het wanneer hy van hierdie vryheid gebruik maak. Hierdie besondere verantwoordelikheid vloei voort uit die noue persoonlike band wat deur die huwelik in die lewe geroep word.

Hierdie definisie impliseer dat daar binne die regsbeginsel party-outonomie, kontrakvryheid in ’n kontinuum teenoor solidariteit staan, en tussen hierdie teenpole juis as gevolg daarvan steeds ’n spanningsveld aanwesig is. Daar sal dus van geval tot geval vasgestel moet word waar die ewewig tussen die twee pole bereik word.

Dit het wel geblyk dat die regsbeginsels kontrakvryheid en solidariteit, as sodanig die Nederlandse wetgewer nie regstreeks geïnspireer het by die opstel van die regulasies wat die algemene huweliksvermoënsreg uitmaak en wat vervat word in Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek nie. In alle geval is beide beginsels in hierdie verband nie op ’n gestruktureerde wyse teen mekaar opgeweeg nie, wat gelei het tot ’n huweliksvermoënsregstelsel waarin daar op ‘n dergelike grondslag deur die wetgewer duidelike keuses gemaak word.

Voorts het daar uit hierdie ondersoek na vore gekom dat beide regsbeginsels ewemin tot besprekings in die literatuur oor die huweliksvermoënsreg aanleiding gegee het. Kontrakvryheid van eggenote kan hom slegs op die aandag van enkele skrywers verheug, en word dan gewoonlik in meer algemene terme bespreek.

Indien die algemene huweliksvermoënsreg nietemin gesien word deur die bril van beide genoemde regsbeginsels, kan dit enersyds gesê word dat dit in hoë mate deur solidariteit gekleur word. Andersyds staan dit die eggenote egter in beginsel vry om ten volle gebruik te maak van hulle selfbeskikkingsreg om die reëls van Titels 6 en 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek tersyde te stel, of dit aan te vul, te wysig of – in bepaalde gevalle – ’n ander interpretasie daaraan te gee en dit sodoende te laat aansluit by die deur die partye verlangde huweliksverhouding.

Die kontraktuele huweliksvermoënsreg – vorm gegee in Titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek – word weliswaar sterk gekleur deur die regsbeginsel kontrakvryheid, maar dit is wel die vraag of (voornemende) eggenote daardeur gestimuleer word om tot selfontplooiing te kom.

Dit is daarbenewens te betwyfel of die kontraktuele stelsel party-outonomie as inklusiewe regsbeginsel bevorder, omdat nosies van solidariteit grotendeels ontbreek.

Die opstel van die huweliksvoorwaardekontrak voor of tydens die huwelik het immers tot gevolg dat die goedereregtelike regsverhouding soos deur die wet in Titel 7 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek aangegee – waarvan verklaar kan word dat dit die solidariteit tussen eggenote beliggaam – nie tot stand kom nie, onderskeidelik verbreek word. Dit is ’n direkte uitvloeisel van die regsbeginsel kontrakvryheid, en die hier teenoorstaande solidariteit tussen eggenote speel daarby in Titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek in beginsel geen rol nie, behalwe op die gebied van die verrekeningsbedinge. Die wetlike regulasies moedig (voornemende) eggenote dus in beginsel nie aan om binne die kontraktuele huweliksvermoënsregdomein vir hulself ’n goeie ewewig te vind tussen die twee genoemde regsbeginsels nie, en om sodoende die moontlikheid om tot *Selbstbestimmung* van beide partye te kom, te optimaliseer. Dit gee aan die deur die wetgewer voorgeskrewe notaris die taak om te bewerkstellig dat huweliksvoorwaardes tussen (voornemende) eggenote gerealiseer word op grond van *informed consent*. Die eggenote moet deur die notaris in staat gestel word om vorm te gee aan die tipe huwelik (*Ehetyp)* van hul keuse en wat by hulle pas, in welke proses die spanning tussen kontrakvryheid en solidariteit voortdurend aanwesig is. Ook moet hulle terdeë ingelig word oor die gevolge op langtermyn van dit wat deur hulle vasgelê word. Of sy tussenkoms egter hierdie uitwerking het, is te betwyfel. Daarom sou daar ’n saak wees vir die *family mediator* wat oor beter kaarte beskik om voldoende beskerming by die opstel van huweliksvoorwaardes te kan bied. Hierdie persoon speel tans reeds op vele maniere ’n belangrike – en beskermende – rol by die opstel van die egskeidingskontrak.

In hierdie verband is trouens vasgestel dat eggenote nie slegs beskerming nodig het by die opstel van huweliksvoorwaardes nie, maar ook by die aangaan van ’n egskeidingskontrak.

Wat nie geblyk het nie, is dat die onderskeid tussen huweliksvoorwaardes en die egskeidingskontrak, waar dit gaan om die reël van ’n egskeiding voorafgaande aan of tydens die huwelik, op enige wyse verdedig sou kon word met argumente wat voorvloei uit die regsbeginsel solidariteit. Ook die opvatting in die literatuur dat, voorafgaande aan die huwelik, in huweliksvoorwaardes geen regsgeldige reëlings getref kan word oor lewensonderhoud nie, kan nie goed op hierdie manier verdedig word nie.

Dit is selfs so dat daar in die algemeen vasgestel kan word dat die belemmerings wat in Titel 8 en 9 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek bestaan, waar dit die kontrakvryheid van (voornemende) eggenote betref, nie deur solidariteitsoorwegings geïnspireer word nie, terwyl juis hierdie regsbeginsel die enigste regverdiging daarvoor sou moes vorm.

In Duitsland het die *Wirksamkeitskontrolle* ex § 138 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) en die *Ausübungskontrolle* van § 242 BGB deur die uitsprake van die

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) – wat voortkom uit die grondwetlike beskerming van die huwelik in Duitsland – en die daaruit voorvloeiende jurisprudensie van die *Bundesgerichtshof* (BGH) 'n nuwe lading gekry wat betref die toetsing van huweliksvoorwaardes. Ook het die BGH albei beoordelings duidelik van mekaar onderskei.

Die *Wirksamkeitskontrolle* voer die feiteregter na die beantwoording van die vraag of dit wat ten tyde van die sluiting van die huweliksvoorwaardes ooreengekom word weens stryd met die goeie sedes, moontlik geheel of gedeeltelik vervang behoort te word deur die wetlike regulasies. Hierdie toetsing vind *ex tunc* plaas, wat beteken dat die toekomstige huwelikontwikkelinge hierby buite beskouing bly.

By die *Ausübungskontrolle* verskuif die perspektief na die egskeiding en word die maatstawwe van redelikheid en billikheid hanteer, sy dit binne die kaders soos gestel deur die BGH. In hierdie toetsing kan wat daar tydens die huwelik voorgeval het, wel relevant wees. In beide gevalle speel die *Kernbereichslehre des Scheidungsfolgenrechts* 'n rol.

Enersyds lei die deur die BGH gekose interpretasie van die opdrag soos gegee aan die BVerfG en die daaruit voortvloeiende toetsingstelsel tot 'n bepaalde beperking van die kontrakvryheid van eggenote, andersyds word die voorrang van hulle party-outonomie daardeur bevestig.

Die BGH kies deur hierdie sienswyse nie daarvoor om bepaalde soort afsprake per definisie nietig te verklaar of 'n bepaalde situasie (byvoorbeeld 'n voorhuwelikse swangerskap) altyd deurslaggewend te laat wees nie, maar kies ten gunste van 'n genuanseerde, tweevoudige toetsing waarop voornemende eggenote by die sluiting van die huweliksvoorwaardekontrak kan reken. In die eerste plek kan dit deur die toevoeging van 'n uitvoerige, sorgvuldig opgestelde konsiderans aan hulle huweliksvoorwaardes. Hierin behoort oorwegings met betrekking tot die konkrete situasie van die voornemende eggenote ten tye van die opstel van die huweliksvoorwaardes opgeneem word.

Ten tweede kan die bydraende notaris die voornemende eggenote begelei by 'n *antizipierte Ausübungskontrolle*, wat ten doel om in die huweliksvoorwaardes die *typische Abweichungen der dem Ehevertrag zugrunde liegenden Lebensplanung* te antisipeer.

De twee hooflyne wat in die resente jurisprudensie van die Hoge Raad oor die uitleg van huweliksvoorwaardes waargeneem kan word, bevredig – te oordeel na die maatstawwe van kontrakvryheid en solidariteit – geen van beide. Die belangrikste redes hiervoor is dat daar in die Nederlandse regspraak nie 'n beoordelingsinstrument tot stand gekom het wat reg laat geskied aan die sterkte van beide regsbeginsels nie, of wat bowendien op stelselmatige en voorspelbare wyse toegepas kan word nie.

Wat in die lig hiervan geblyk het, is dat die sienswyse wat in die Duitse regspraak ontwikkel is, goed sal inpas in die Nederlandse konteks, en reeds ten dele daarby aansluit. In die praktyk sou dit beteken dat in die eerste plek 'n toetsing van die huweliksvoorwaardes *ex tunc* plaasvind, wat onder

omstandighede daartoe kan lei dat hierdie voorwaardes as nietig beskou kan word weens die stryd met die goeie sedes in die geaktualiseerde interpretasie daarvan. Die bestaande artikel 121 lid 1 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek sou die grondslag hiervoor kon vorm. Vervolgens vind daar *ex nunc* 'n tweede toetsing plaas, waarby die redelikheid en billikheid ex artikel 248 lid 2 van Boek 6 Burgerlijk Wetboek sentraal staan.

By beide beoordelings is die doel vas te stel wat die bedoelings van die eggenote met hul huweliksvoorwaardes is. Indien hulle bedoelings ten tye van die aangaan van die huweliksvoorwaardes nie met soveel woorde in hierdie ooreenkoms vermeld word of andersins vasgestel kan word nie, moet die regter by sy uitleg van die huweliksvoorwaardes die feitelike gedrag van die eggenote as rigsnoer neem, omdat hulle kennelike bedoelings hieruit afgelei kan word.

In die eerste toetsing word die feitelike (werklike) gedrag wat die eggenote hulle voorgeneem het ten tye van die sluiting van die huweliksvoorwaardekontrak vergelyk met die inhoud daarvan. By die tweede toetsing gaan dit oor die vraag of die daadwerklik deur die eggenote vertoonde feitelike gedrag tydens hul huwelik moontlik daartoe gelei het dat geen beroep gedoen mag word op een of meer bepalings uit die huweliksvoorwaardes nie.

Bostaande neem nie weg dat die kontraktante in die eerste plek self die aangewese persone is om hul ooreenkoms uit te lê nie, en juis wanneer die kontraktante eggenote is wat die duurkontrak huweliksvoorwaardes sluit. Die juridiese afsprake wat daarin vasgelê word, is immers sterk verweef met die verhoudingsdimensie van die baie besondere regsverhouding wat die huwelik is.

Die juridiese prosedure is dus in baie gevalle 'n ongeskikte weg om te bewandel indien uitleg van huweliksvoorwaardes die doel is. Mediasie is hier die beter opsie, omdat dit 'n metode is om te kan waarborg dat die juridiese aspekte van huweliksvoorwaardes wat bespreek moet word, by egskeiding ingebed is in die praktiese huweliksverhouding wat daadwerklik deur die eggenote geleef is.

Die regte en pligte wat vir ouers voortvloei uit hul gesamentlike toesig oor hul kinders, bevind hulle in 'n kader wat 'n dwingend regtelike karakter het.

Nietemin gaan dit hier om norme wat deur die ouers in gesamentlike oorleg uitgewerk moet word. Dit is derhalwe so dat daar, prakties gesien, vir ouers 'n veel groter kontrakvryheid bestaan as wat op eerste gesig voorsien is. Daar is hier geen nodigheid vir 'n betoog dat solidariteit vir eggenote as (kontrakterende) ouers 'n baie groot rol speel nie, egter op 'n ander manier as vir die vermoënsregtelike temas soos in die hoofstukke 4 en 5 bespreek. Solidariteit word tussen eggenote wat ouers is immers sterk gelaai deur die belang van hulle kinders. Hierdie belang vereis dat ouers in die eerste plek in hierdie hoedanigheid simpatiek teenoor mekaar sal wees, in die wete dat ouerskap 'n lewenslange lotsverbintenis impliseer. Die wetlike norme van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verleen hieraan nog 'n ekstra betekenis.

Die belang vir ouers van die oorkoepelende beginsel party-outonomie as dit gaan om die praktiese uitlewing van hul ouerskap, word hiermee gegee.

Ondanks die feit dat huweliksvoorwaardes gewoonlik primêr 'n vermoensregtelike inslag het, bestaan daar geen formele beletsels nie, en word daar ook in die literatuur geen steekhoudende argumente aangevoer wat verhinder dat daar ook andersoortige afsprake deur die (voornemende) eggenote in opgeneem word. 'n Ouerskapsplan kan in die lig hiervan 'n onderdeel uitmaak van huweliksvoorwaardes, en na my mening behoort dit selfs aangemoedig te word.

Die uitvoerig bespreekte norm van gelykwaardige ouerskap is ook by die vormgewing en verdeling deur die ouers van hul versorgings- en opvoedingstake tydens die huwelik rigtinggewend: dit lê opgesluit in die eerste drie paragrawe van artikel 247 Boek 1 Burgerlijk Wetboek, soos bevestig deur die vierde paragraaf van hierdie artikel.

Hoewel dit in baie gevalle slegs 'n vertrekpunt kan wees, word in die bedoelde werkswyse die hooflyne geformuleer van die taakverdeling tussen die (voornemende) ouers, waar dit betref die versorging en opvoeding van hul kinders in verhouding tot die vormgewing van die loopbane van albei eggenote, asook die oorwegings wat daartoe gelei het. Hierdeur raak hulle bewus van die in meerdere of mindere mate taakstellende karakter van die ouerskapsafsprake wat deur hulle gemaak is, en van die vrae wat daaruit voortvloei en wat deur hulle beantwoord moet word.

Die siviele vennootskap soos in hoofstuk 9 uiteengesit en uitgewerk in 'n proef van 'n daartoe strekkende wetsvoorstel het geen betrekking op enige wetlike reëling van die huwelikvermoënsreg in die tradisionele sin soos wat die gemeenskap van goedere dit is nie, maar op 'n norm daarstellende kader wat die partye inspireer om ten volle gebruik te maak van die party-outonomie wat tot hulle beskikking staan. Dit maak die siviele vennootskap 'n eietydse verhoudingsvermoënsregstelsel waarin kontrakvryheid en solidariteit 'n dinamiese ewewig gevind het.

Die handhaaf van 'n aparte verhoudingsvermoënsreg is geregverdig, omdat dit aansluit by die herhaalde duursame affektiewe verhouding tussen twee mense en voorsien in 'n maatskaplike behoefte aan 'n sekere ordening op hierdie gebied.

Die invoering van die siviele vennootskap as wetlike stelsel vir getroudes maar ook vir saamblyers, kan beskou word as 'n paradigmaverskuiwing, en lei in die eerste plek tot 'n radikale breuk met die tot op hede deur die wetgewer gehandhaafde voorkeursposisie van die aan die huwelik gekoppelde huweliksvermoënsreg. Die burgerlike huwelik word in hierdie wetsvoorstel nie afgewys nie, maar die klassieke huweliksvermoënsreg wel.

Die siviele vennootskap is 'n basisstelsel wat aan saamblyvennote tot op bepaalde hoogte wedersydse versorging en beskerming bied, maar wat andersyds veral die klem lê op die eie verantwoordelikheid en maak van eie

keuses deur die saamblyers. Indien die uitwerkings van die regsbeginsel solidariteit wat in die wetsvoorstel opgeneem is deur die lewensmaats onder oë gesien word – wat outomaties gebeur deur die bespreking van die norme wat in die stelsel opgeneem is vanuit die perspektief van skeiding – kan hulle amper alles wat hulle wil, afspreek, omdat daar daadwerklik sprake is van *informed consent*.

Die siviele vennootskap gee daarmee in die mees optimale vorm uitdrukking aan die party-outonomie van die lewensmaats.