



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gehuwd op huwelijkse voorwaarden of toch niet?

Huijgen, W.G.; Biemans, J.W.A.; Plank, P.J. van der; Schoenmaker, F.A.M.

Citation

Huijgen, W. G. (2021). Gehuwd op huwelijkse voorwaarden of toch niet? In J. W. A. Biemans, P. J. van der Plank, & F. A. M. Schoenmaker (Eds.), *Ars Notariatus* (pp. 127-136). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3277182>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3277182>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gehuwd op huwelijkse voorwaarden of toch niet?

Prof. mr. W.G. Huijgen¹

1. Inleiding

Jaap van Straaten is een veelzijdig man. Dat blijkt heel duidelijk wanneer men zijn loopbaan beziet. Hij was jarenlang kandidaat-notaris en ook notaris. Maar na afsluiting van die periode was hij actief bij de Belastingdienst. Dat is iets wat men weinig van voormalige notariële juristen ziet. Alsof dat nog niet genoeg was, is hij – voor zover mijn herinnering reikt – ook altijd met een kleine aanstelling actief gebleven als notarieel docent aan de Universiteit Utrecht. In aansluiting op die laatste functie is hij steeds blijven publiceren, de laatste jaren met name in FBN als JBN.² Dat sloot mooi aan bij de brede interesse van Jaap op zowel fiscaal als civielrechtelijk gebied.

Hoewel Jaap een duidelijke voorkeur had voor het deelgebied van het registergoederenrecht binnen het notariaat – hij schreef er verschillende boeken ³en vele artikelen over – lijkt het door mij gekozen onderwerp voor dit liber amicorum daarbuiten te liggen. Hier geldt echter voor een deel: schijn bedriegt. Veel van de problematiek zoals die hieronder sub 2 wordt geschetst vindt zijn oorsprong in onroerend-goed-bezit van samenlevende partners casu quo echtgenoten. Die problematiek is met name – maar niet uitsluitend – actueel geworden sinds het inwerking treden van de vernieuwde titel 1.7 BW inzake de beperkte gemeenschap van goederen per 1 januari 2018.

2. Achtergrond van de problematiek

Veel ongehuwde samenwoners kopen vroeg of laat gezamenlijk een woning aan en verkrijgen die op beider naam. Bij die verkrijging in een eenvoudige gemeenschap als bedoeld in afdeling 3.7.1 BW kunnen de partners de woning ieder voor de onverdeelde helft verkrijgen, maar ook een andere gerechtigheid

¹ Hoogleraar Notarieel recht Universiteit Leiden.

² FBN staat voor Fiscale Berichten voor het Notariaat en JBN voor Juridische Berichten voor het Notariaat.

³ Zie de boeken: Kadaster, openbare registers en derdenbescherming, serie Recht en praktijk deel 59, 1992 en Wegwijs in de overdrachtsbelasting, laatste druk 2020.

afspreken bijvoorbeeld partner A voor 60% en partner B voor 40%.⁴ Hetgeen ook veelvuldig voorkomt, is de situatie dat de partners weliswaar ieder voor de onverdeelde helft gerechtigd worden in de gezamenlijke woning maar de ene partner aanzienlijk meer aan de koopprijs bijdraagt (hierna te noemen: meerinbreng) dan de andere partner.

Sedert de inwerkingtreding van het nieuwe art. 1:94 BW op 1 januari 2018 geldt weliswaar dat wat betreft aangebrachte goederen die goederen in beginsel buiten de nieuwe beperkte gemeenschap blijven, maar dat geldt niet voor goederen die de (aanstaande) echtgenoten reeds vóór het huwelijk gezamenlijk toebehoorden. Kortom, de hierboven bedoelde woning zal door boedelmenging⁵ in de beperkte huwelijksgemeenschap terecht komen waarin iedere echtgenoot uiteindelijk voor de helft gerechtigd is,⁶ ook al waren de ongehuwde partners in die woning voor een ander breukdeel gerechtigd. Voorts kan de ene partner ter zake van de hiervoor bedoelde meerinbreng mede op grond van daarover gemaakte afspraken in een (samenlevings)overeenkomst een vordering op de andere partner hebben die als een schuld in de zin van art. 1:94 lid 7 BW kwalificeert. Men ziet deze schuld van de andere partner jegens de meer inbrengende partner dan als een schuld betreffende een goed dat reeds vóór het huwelijk aan de partners gemeenschappelijk toebehoorde.⁷ De lezer zal begrijpen dat sommige ongehuwde partners als zij later alsnog in het huwelijk treden de desbetreffende woning waarin zij voor ongelijke gedeelten gerechtigd waren en/of de vordering wegens meerinbreng buiten de beperkte gemeenschap willen houden en daartoe dan huwelijkse voorwaarden moeten opstellen. Dit was een niet voorzien gevolg van de invoering van de beperkte huwelijksgemeenschap op 1 januari 2018. Toen is de vraag gerezen of men ook in andere akten dan een eigenlijke akte van huwelijkse voorwaarden, zoals een notarieel samenlevingscontract of een akte van levering waarbij de ongehuwde partners de gemeenschappelijke woning verkrijgen, huwelijkse voorwaarden kan

⁴ Met name deze breukdelen komt men nogal eens tegen want indien het verschil in verkrijging niet groter is als hier bedoeld kan een eventuele toedeling aan één van de partners bij het einde van de relatie plaatsvinden vrij van overdrachtsbelasting gelet op het bepaalde in art 15 lid 1 sub g BW.

⁵ Zie art. 3:80 lid 2 BW.

⁶ Zie art. 1:100 lid 1 BW.

⁷ Zie hierover art. 1:94 lid 7 (aanhel) en in die zin het Beleidsbesluit van het Ministerie van Financiën d.d. 29 maart 2018, nr. 2018-45958 (Stcrt. 2018, nr. 18050) en Notamail 2018, nr. 77 Een andere opvatting hierover heeft L.M. de Hoog, De economische gerechtigdheid van samenwoners tot hun voorhuwelijkse gezamenlijke woning, *JBN* 2019/1.

opnemen.⁸ Dergelijke huwelijkse voorwaarden zouden – volgens de voorstanders van deze opvatting – bijvoorbeeld uitsluitend kunnen bestaan uit de bepaling in de hier bedoelde leveringsakte dat voor het geval de partners ooit zouden huwen de woning buiten de gemeenschap van goederen zal blijven.⁹

De hier – opnieuw – aangesneden problematiek blijkt echter meer omvattend te zijn. Na de tussen Reijnen, Brinkman, De Jong en ondergetekende ontstane discussie uit 2019¹⁰ zijn twee rechterlijke beslissingen verschenen die de situatie betreffen dat aanstaande echtgenoten huwelijkse voorwaarden laten opmaken in een klassieke notariële akte van huwelijkse voorwaarden maar het jarenlang daarna niet komt tot een huwelijk. Wanneer het uiteindelijk toch tot een huwelijk komt, rijst de vraag of de huwelijkse voorwaarden die vele jaren voordien door de partners zijn opgesteld het huwelijksvermogensregime van die echtgenoten regeren? Hoewel deze situatie iets anders ligt dan het geval dat partners in een geheel andere akte dan een akte van huwelijkse voorwaarden – bijvoorbeeld een leveringsakte of een notarieel samenlevingscontact – ook huwelijkse voorwaarden opnemen en vele jaren nadien huwen, is de problematiek daaraan wel verwant. Immers de vraag rijst of ‘huwelijkse voorwaarden’ die ofwel reeds jaren vóór het huwelijk zijn aangegaan door partners die op dat moment nog helemaal geen concreet huwelijk voor ogen hadden, dan wel het geval dat partners weliswaar een concreet voorgenomen huwelijk hadden maar daar na het opmaken van de akte van huwelijkse voorwaarden van hebben afgezien en (veel) later alsnog met elkaar huwen, desondanks op het huwelijksvermogensregime van die echtgenoten van toepassing worden?

3. De beslissing van Rb. Den Haag van 7 februari 2020¹¹

⁸ Men zie hierover de bijdragen van T.F.H. Reijnen, ‘Huwelijkse voorwaarden: Nomen est omen of What’s in a name?’, *WPNR* 2018/7195, p. 422 e.v.; W.G. Huijgen, ‘Wanneer kan een notariële akte huwelijkse voorwaarden bevatten?’, *WPNR* 2019/7225, p. 79 e.v. en de reacties op laatstgenoemd artikel van: R.E. Brinkman, T.F.H. Reijnen en E.A. de Jong met naschrift van W.G. Huijgen in *WPNR* 2019/7237, p. 357 e.v.

⁹ Zie T.F.H. Reijnen, a.w., p. 424/425 en sinds kort ook L.C.A. Verstappen & W. Burgerhart, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding (deel A)*, Deventer: Wolters Kluwer, 2020, nrs. 325-326.

¹⁰ Zie voor de vindplaatsen daarvan noot 7.

¹¹ ECLI:NL:RBDHA:2020:1044.

In een echtscheidingsprocedure was onder meer in geschil of huwelijkse voorwaarden die in 2006 tussen partijen met het oog op een op 2 juni 2006 te sluiten huwelijk waren opgemaakt ook van toepassing waren op een huwelijk dat – nadat het huwelijk in 2006 niet was doorgedaan – tussen die partijen eerst in 2009 tot stand was gekomen? De rechtbank oordeelde over deze vraag als volgt:

"Volgens de tekst van de door de man overgelegde (kopie) akte huwelijkse voorwaarden zijn partijen op [datum huwelijkse voorwaarden] 2005 huwelijkse voorwaarden aangegaan met het oog op een huwelijk op [datum voorgenomen huwelijk] 2006 te [plaats voorgenomen huwelijk]. Ter zitting is duidelijk geworden dat partijen vóór hun huwelijk op [datum huwelijk] 2009 niet, danwel niet meer, over de toepasselijkheid van huwelijkse voorwaarden hebben gesproken. Tevens is gebleken dat in 2007 en 2008 de vermogenspositie van partijen aanzienlijk is gewijzigd, de man heeft de sportschool verkocht en heeft dit geld (onder meer) aangewend voor de aankoop van de echtelijke woning en de storting van een bedrag van € 200.000,-- in een lijfrenteplan bij [naam verzekeraar 2].

Nu blijkt de bewoordingen van de huwelijkse voorwaarden deze zijn opgemaakt met het oog op het huwelijk op 2 juni 2006 en de daarmee verband houdende vermogensrechtelijke situatie op [datum voorgenomen huwelijk] 2006, de vermogensrechtelijke uitgangspunten daarna aanzienlijk zijn gewijzigd en voorts vast staat dat tussen partijen na deze datum op geen enkele wijze over huwelijkse voorwaarden is gecommuniceerd, is de rechtbank van oordeel dat niet is komen vast te staan dat partijen met de overeenkomst van de huwelijkse voorwaarden uit 2006 ook bedoeld (kunnen) hebben om deze van toepassing te laten zijn op hun huwelijk op [datum huwelijk] 2009."

Vervolgens concludeert de rechtbank dat 'het voorgaande betekent dat partijen zijn gehuwd in algehele gemeenschap van goederen.' De rechtbank acht derhalve van belang dat partijen de huwelijkse voorwaarden waren aangegaan met het oog op een concreet voorgenomen huwelijk op 2 juni 2006 en dat de vermogenspositie van partijen nadien aanzienlijk was gewijzigd (de man was o.a. geen ondernemer meer) waarbij de partners vóór het huwelijk in 2009 niet meer over de huwelijkse voorwaarden gesproken hadden. Op die gronden gaat de rechtbank ervan uit dat de huwelijkse voorwaarden niet langer geldend zijn. Ik kan me in het resultaat van de rechtbank goed vinden maar merk ook op dat ik met name het argument dat partijen vóór het huwelijk niet meer over de huwelijkse voorwaarden gesproken hadden niet erg sterk vind. Men kan dat argument m.i. even zo goed omkeren: er waren huwelijkse voorwaarden opgemaakt in 2006 en daarover hebben partijen nadien niet meer gesproken dus zijn ze van toepassing (wie zwijgt, stemt toe). Het kernargument waarom de

huwelijkse voorwaarden in 2009 toepassing missen is dat ze zijn opgemaakt *met het oog op* een concreet voorgenomen huwelijk in 2006 en de toen bestaande vermogenspositie van partijen. In dat licht bezien kunnen die huwelijkse voorwaarden niet – en met name niet nu de vermogenspositie van partijen aanzienlijk is gewijzigd – op het huwelijk van 2009 van toepassing zijn. Niet kan worden aangenomen dat de wilsovereenstemming van partijen wat betreft de inhoud van de huwelijkse voorwaarden uit 2006 zich ook tot de situatie in 2009 uitstrekt.

4. De beslissing van hof Amsterdam van 18 augustus 2020¹²

In het geval dat beslist is door hof Amsterdam is de akte van huwelijkse voorwaarden op 12 juli 1999 verleden en het huwelijk tussen partijen eerst op 6 augustus 2010 tot stand gekomen. De vrouw stelde zich op het standpunt dat geen huwelijkse voorwaarden tot stand gekomen waren gelet op – kort gezegd – het grote tijdsverloop tussen het opmaken van de akte van huwelijkse voorwaarden en het tot stand komen van het huwelijk. De rechtbank had de stelling van de vrouw verworpen en het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank. Het hof overwoog in dit verband onder meer:

"[3.5] Vóór het huwelijk gemaakte huwelijkse voorwaarden beginnen te werken van het tijdstip der voltrekking van het huwelijk; geen ander tijdstip kan daarvoor worden aangewezen (artikel 1:117 lid 2 BW). De wet geeft geen termijn waarbinnen vóór het huwelijk gemaakte huwelijkse voorwaarden door een huwelijk moeten zijn gevolgd. Ook hoeft voor het maken van huwelijkse voorwaarden niet sprake te zijn van een concreet voorgenomen huwelijk. Een dergelijke eis wordt niet gesteld. Artikel 1:114 BW spreekt weliswaar van 'aanstaande echtgenoten', maar nu deze woorden destijds (in artikel 194 (oud) BW) waren bedoeld om aan te geven dat staande het huwelijk geen huwelijkse voorwaarden konden worden gemaakt en tegenwoordig de mogelijkheid bestaat om huwelijkse voorwaarden zowel vóór als tijdens het huwelijk te maken, in welk verband de wetsbepaling is gewijzigd in 'aanstaande echtgenoten en echtgenoten', volgt uit (de ontstaansgeschiedenis van) deze woorden niet dat van een concreet voorgenomen huwelijk sprake moet zijn. Denkbaar is dat huwelijkse voorwaarden hun geldigheid kunnen verliezen indien door tijdsverloop of andere omstandigheden het huwelijk dat partijen (uiteindelijk) aangaan niet het huwelijk is dat zij beoogden te sluiten toen zij de huwelijkse voorwaarden maakten en hun wil niet langer strookt met hetgeen zij eerder hebben afgesproken. De stelplicht en de bewijslast van het verliezen van de

¹² ECLI:NL:GHAMS:2020:2347.

geldigheid van de huwelijkse voorwaarden rust op degene die zich daarop beroept.

3.6

De tussen [appellante] en erflater in 1999 gemaakte huwelijkse voorwaarden zijn door hun huwelijk in 2010 in werking getreden. Het tijdsverloop tussen het aangaan van de huwelijkse voorwaarden en het huwelijk maakt dat niet anders nu de wet, zoals gezegd, geen termijn kent waarbinnen vóór het huwelijk gemaakte huwelijkse voorwaarden door een huwelijk moeten zijn gevolgd. Voor het oordeel dat de huwelijkse voorwaarden in werking zijn getreden is verder van belang dat in de huwelijkse voorwaarden niet over een concreet voorgenomen huwelijk wordt gesproken, zodat daaruit niet volgt dat van een concreet voorgenomen huwelijk is afgezien, en dat ook overigens niet van een dergelijk concreet voorgenomen huwelijk is gebleken. [appellante] heeft weliswaar gesteld dat zij en erflater op het moment dat de huwelijkse voorwaarden zijn gemaakt feitelijk voornemens waren in het huwelijk te treden, maar [geïntimeerden] hebben dit weersproken en [appellante] heeft haar stelling niet met concrete feiten of omstandigheden onderbouwd. De stelling van [appellante] dat de artikelen 1:114 en 1:117 lid 2 BW toepassing missen ten aanzien van - althans geen werking hebben gehad voor wat betreft - het in 2010 gesloten huwelijk omdat het voornemen om te huwen destijds in 1999 niet is uitgevoerd, kan dan ook niet slagen. (...).

3.9

Daarnaast is het hof van oordeel dat - mede in het licht van de betwisting daarvan door [geïntimeerden] - geen, althans onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld voor de conclusie dat het huwelijk dat [appellante] en erflater uiteindelijk zijn aangaan, niet het huwelijk is dat zij beoogden te sluiten toen zij de huwelijkse voorwaarden maakten.

Zoals hiervoor is overwogen, is allereerst niet gebleken dat eerder - in of omstreeks 1999 - van een concreet voorgenomen huwelijk sprake was. Daarnaast geldt dat niet is komen vast te staan dat de situatie van [appellante] en erflater ten tijde van hun huwelijk in 2010 zo wezenlijk anders was, dat om die reden niet kan worden gezegd dat dit huwelijk niet het huwelijk is dat zij bij het maken van de huwelijkse voorwaarden hadden beoogd. [geïntimeerden] hebben weersproken dat de bedrijfsactiviteiten van de onderneming van erflater na 1999 zijn verkocht en aangevoerd dat de onderneming ook daarna nog inkomsten had. Tevens hebben zij erop gewezen dat de door [appellante] gestelde onderlinge zorgplicht ook met het aangaan van de huwelijkse voorwaarden bestond en werd uitgevoerd. Gelet op dit verweer, en nu [appellante] voor het overige geen concrete omstandigheden heeft aangevoerd die haar stelling staven, heeft [appellante] niet aannemelijk gemaakt dat zij en erflater in of omstreeks 2010 in zodanig andere omstandigheden verkeerden dat om die reden het huwelijk dat zij toen zijn aangaan niet het huwelijk is dat zij beoogden te sluiten toen zij in 1999 de huwelijkse voorwaarden overeen kwamen."

Allereerst is in de zaak die door hof Amsterdam werd beslist – en anders dan in de hierboven sub 3 beschreven Haagse zaak – van groot belang dat in de akte van huwelijkse voorwaarden van 1999 geen datum en plaats van enig door

partijen – de aanstaande echtgenoten¹³ – concreet voorgenomen huwelijk was vermeld (zie ro. 3.6). Ik deel overigens in dat verband niet de opvatting van het hof in rechtsoverweging 3.5 dat de woorden ‘aanstaande echtgenoten’ in art. 1:114 BW zonder betekenis zijn. Het hof wijst erop dat deze woorden in het oud BW destijds zijn opgenomen om – in het licht van het toenmalige onveranderlijkheidsbeginsel – duidelijk te maken dat echtgenoten tijdens huwelijk geen huwelijkse voorwaarden konden opmaken. Dat moge wellicht het geval zijn, maar dan zou er juist vanaf de afschaffing van het onveranderlijkheidsbeginsel in 1957¹⁴ – toen echtgenoten voortaan ook staande huwelijk huwelijkse voorwaarden konden opmaken of wijzigen – geen enkele reden meer bestaan om nog van ‘aanstaande echtgenoten’ of ‘echtgenoten’ te spreken. Art 1:114 BW is dan in wezen betekenisloos geworden en had eenvoudig kunnen worden geschrapt omdat alle partijen die ooit met elkaar in het huwelijk kunnen treden te allen tijde huwelijkse voorwaarden kunnen opmaken. Dat heeft de wetgever – ook bij de vele wetwijzigingen die het huwelijksvermogensrecht nog na 1957 heeft ondergaan – niet gedaan.

Daarnaast blijkt het begrip ‘aanstaande echtgenoten’ veelvuldig voor te komen in titel 1.5 BW dat gaat over ‘het huwelijk’.¹⁵ Het begrip heeft daar een duidelijk vaste betekenis van echtgenoten die van plan zijn een bepaald concreet huwelijk - waartoe zij het voornemen hebben geuit - te laten voltrekken.¹⁶ Overigens is het opmerkelijk dat het hof in rechtsoverweging 3.9 er zelf ook blijk van geeft dat het voor het geldend worden van voorhuwelijkse huwelijksvoorwaarden van belang is dat alsdan enig concreet huwelijk door partijen wordt beoogd. Het hof overwoog immers:

“Daarnaast geldt dat niet is komen vast te staan dat de situatie van [appellante] en erflater ten tijde van het huwelijk in 2010 zo wezenlijk anders was, dat om die reden niet kan worden gezegd dat *dit huwelijk* (cursivering WH) niet het huwelijk is dat zij bij het maken van de huwelijkse voorwaarden hadden beoogd.”

¹³ Zie daarover art. 1: 114 BW.

¹⁴ Zie daarover: De Bruijn/Huijgen/Reinhartz, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht* 2019/IV.10.

¹⁵ Zie in dit verband art. 1:44, 1:45, 1:45a, 1:50, 1:51, 1:53, 1:58, 1:63, 1:65 en 1:67 BW.

¹⁶ Zie eveneens in die zin Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht*, 2005, nrs. 384 en 385.

Kortom, het hof hinkt in deze problematiek van de betekenis van het begrip 'aanstaande echtgenoten' in art. 1:114 BW enigszins op twee gedachten. Uiteindelijk is het kernargument van het hof wat betreft de vraag of de huwelijkse voorwaarden uit 1999 van toepassing zijn op het in 2010 gesloten huwelijk het bepaalde in art. 1:117 lid 2 BW, te weten dat vóór het huwelijk opgemaakte huwelijkse voorwaarden beginnen te werken op het tijdstip van de voltrekking van het huwelijk. In aanvulling daarop merkt het hof – in rechtsoverweging 3.10 – ook nog op dat in casu onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken die ertoe zouden leiden dat moet worden aangenomen dat de wil van appellante en erflater ten tijde van het huwelijk in 2010 niet langer strookte met hetgeen zij eerder in 1999 in de huwelijkse voorwaarden hadden afgesproken. Partijen hadden de eerder opgestelde huwelijkse voorwaarden in de periode tussen 1999 en 2010 ook niet herroepen.

Naar mijn mening is het cruciale verschil tussen de Haagse en de Amsterdamse zaak dat in de Haagse beslissing een notariële akte van huwelijkse voorwaarden was opgemaakte met vermelding van de plaats en datum van het voorgenomen huwelijk, terwijl dat in de Amsterdamse zaak niet het geval was. Al eerder merkte ik op dat 'best practice' en ook volstrekt gebruikelijk in het notariaat is dat de notaris bij het opstellen van voorhuwelijkse huwelijksvoorwaarden plaats en datum van het voorgenomen huwelijk in de akte van huwelijkse voorwaarden vermeldt.¹⁷ Daarvan gaan ook de modelakten van huwelijkse voorwaarden uit en dit sluit ook geheel aan bij het bepaalde in art. 1:114 BW dat vereist dat minimaal sprake is van 'aanstaande echtgenoten'.¹⁸ Daarnaast zijn huwelijkse voorwaarden die vóór het huwelijk zijn opgemaakt zonder dat zij de plaats en datum van het huwelijk vermelden niet inschrijfbaar in het huwelijksgoederenregister.¹⁹ De notaris die dergelijke akten van huwelijkse

¹⁷ Zie W.G. Huijgen, 'Wanneer kan een notariële akte huwelijkse voorwaarden bevatten?', *WPNR* 2019/7225, p. 81.

¹⁸ Zie de KNB modellen en alle modelakten huwelijkse voorwaarden en partnerschapsvoorwaarden - steeds opgenomen in de slotverklaringen van de akten - vermeld sub 1.1.27 t/m 1.1.32.20 van de Modellen voor de rechtspraktijk, Kluwer, Deventer.

¹⁹ Art. 3 lid 1 Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 gaat ervan uit dat slechts echtgenoten of geregistreerde partners inschrijvingen kunnen doen plaatsvinden in het huwelijksgoederenregister. Indien een akte van huwelijkse voorwaarden vlak voor het huwelijk ter inschrijving wordt aangeboden dient deze akte de plaats en datum van het huwelijk te vermelden. Zo niet, dan vindt inschrijving slechts plaats indien de betrokken notaris schriftelijk alsnog die plaats en datum van het huwelijk bevestigt aan de griffie van de betrokken rechtbank. De

voorwaarden passeert, stelt dus eigenlijk een gebrekkig product op met alle risicovolle gevolgen van dien.²⁰

5. Wat leren de sub 3 en 4 voormelde beslissingen ons wat betreft het opnemen van 'huwelijkse voorwaarden' in geheel andere akten ver vóór het huwelijk?

Zoals hierboven sub 2 uiteengezet ligt de situatie van klassieke akten van voorhuwelijkse huwelijksvoorwaarden in gevallen zoals die waarover de rechterlijke beslissingen sub 3 en 4 hierboven gaan, iets anders dan dat het betreft geheel andersoortige notariële akten – zoals een akte van levering of een samenlevingscontract – waarbij ongehuwde partners partij zijn en die iets voor tijdens het huwelijk beogen te regelen. Die twee situaties zijn weliswaar verschillend maar kennen wel een verwante problematiek. Immers, in beide gevallen is sprake van notariële akten waarin (ook) huwelijkse voorwaarden zijn opgenomen, maar waarbij het huwelijk ofwel eerst vele jaren later of in het geheel niet tot stand komt tussen de betrokken partijen. In het laatste geval is er geen probleem omdat de huwelijkse voorwaarden dan nooit in werking zullen treden.²¹

Wat betreft het geval dat het huwelijk eerst vele jaren later tussen de partners tot stand komt, leren wij uit de beslissingen sub 3 en 4 hierboven dat het nogal verschil uitmaakt of de akte van 'huwelijkse voorwaarden' een plaats en datum van een concreet voorgenomen huwelijk vermeldt of niet. Vermeldt de akte een datum voor het voorgenomen huwelijk – zoals in de Haagse zaak aan de orde was – en kan op grond van de overige omstandigheden van het geval, zoals een inmiddels gewijzigde vermogenspositie van partijen, worden aangenomen dat het veel latere huwelijk dan het voorgenomen huwelijk *niet* het huwelijk was dat

plaats van het huwelijk is ook relevant voor de bepaling van de rechtbank bij wiens griffie de huwelijkse voorwaarden dienen te worden ingeschreven.

²⁰ Zie in dit verband ook: HR 27 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1887 waarin de Hoge Raad expliciet in r.o 3.1.3 overweegt dat de notaris huwelijkse voorwaarden met de meeste spoed na het passeren van de akte dient in te schrijven in het huwelijksgoederenregister, doch in ieder geval binnen zes weken nadien. Zie over e.e.a. L.C. Dufour, 'Notariële fouten en de twintigjarige verjaringstermijn (art.3: 310 lid 2 BW)', *JBN* 2021/15.

²¹ Zie art. 1: 117 lid 2 BW.

partijen met die huwelijkse voorwaarden beoogden te regelen, dan zijn die huwelijkse voorwaarden ongeldig.

Ook in de Amsterdamse zaak waarin geen plaats en datum van een voorgenomen huwelijk in de akte van huwelijkse voorwaarden was vermeld en het hof besliste dat deze huwelijkse voorwaarden op een elf jaar later gevolgd huwelijk tussen partijen van toepassing waren, speelt de vraag of dat huwelijk het door die partijen reeds vele jaren voordien *beoogde* huwelijk was een rol. Het hof oordeelde immers dat niet was komen vast te staan dat de situatie tussen partijen ten tijde van het huwelijk zo wezenlijk anders was, dat niet kon worden gezegd dat dit elf jaar latere huwelijk niet het huwelijk was dat zij bij het maken van de huwelijkse voorwaarden hadden beoogd.

Bij het opmaken van geheel andere akten dan eigenlijke akten van huwelijkse voorwaarden, zoals samenlevingscontracten en akten van levering van een woning aan ongehuwde partners, zal het redelijkerwijs onmogelijk zijn plaats en datum van een voorgenomen huwelijk in de akte te vermelden omdat partijen op dat moment in het geheel geen trouwplannen zullen hebben. Die partners zijn dan ook geen 'aanstaande echtgenoten' in de zin van art. 1:114 BW. Reeds daarom kan m.i. geen sprake zijn van huwelijkse voorwaarden. Maar ook volgens de visie en bewoordingen van de hierboven sub 4 beschreven beslissing van Hof Amsterdam zal in zo'n situatie niet snel sprake zijn van huwelijkse voorwaarden. Immers jaren later - als het huwelijk tussen die samenwoners tot stand zou komen - moet worden nagegaan of dat huwelijk het huwelijk was dat partijen (al) beoogden toen ze gingen samenleven. Mijns inziens zal die vraag slechts in uitzonderlijke gevallen positief beantwoord kunnen worden. Immers de partijen beoogden op het moment van (gaan) samenwonen nog helemaal geen huwelijk doch slechts een (regeling van de) voorgenomen samenwoning.

Overigens laat de beslissing van het Amsterdams hof ook zien tot welke – in mijn eerdere bewoordingen²² – extreem onwenselijke gevolgen huwelijkse voorwaarden kunnen leiden die zonder vermelding van een plaats en datum van een concreet voorgenomen huwelijk door het notariaat worden opgesteld. Als ze dan vele jaren later alsnog tot verrassing van één of beide partijen van toepassing blijken te zijn geworden, regeren ze de vermogensrechtelijke

²² Zie W.G. Huijgen, a.w., p.83.

gevolgen van dat huwelijk in al hun gestrengheid. Wat dit betreft is veelzeggend dat het hof de huwelijksvoorwaarden op grond van art. 1:117 lid 2 BW toepasselijk acht op het huwelijk dat eerst elf jaren later tussen partijen tot stand kwam. Het beroep op zowel (rechts)dwaling als de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid door de vrouw werd niet gehonoreerd.²³ In de discussie met Brinkman in het WPNR van 2019 had ik deze benaderingswijze door rechters reeds voorspeld.²⁴ Het op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid buiten toepassing laten van eenmaal geldig tot stand gekomen huwelijksvoorwaarden komt in de praktijk slechts (zeer) zelden voor.

6. Kan het Belgische recht ons in deze nog iets leren?

Tot slot is er – los van de hierboven sub 3 en 4 besproken rechterlijke beslissingen – nog een aanwijzing dat echtgenoten niet bij een geheel andere notariële akte dan een eigenlijke akte van huwelijksvoorwaarden kunnen bepalen dat een (onroerende) zaak of een vordering buiten de beperkte gemeenschap als geregeld in art. 1:94 BW kan blijven. Dat argument vinden wij in de rechtsvergelijking met het Belgische recht. Kort gezegd is bij de invoering van de beperkte gemeenschap van goederen veelvuldig gewezen op het feit dat het Nederlandse huwelijksvermogensrecht meer in de pas diende te lopen met andere Europese rechtsstelsels die in een aantal gevallen reeds een beperkte gemeenschap van goederen kenden. Daarbij is met name gewezen op het recht van de ons omringende landen zoals België en Frankrijk.²⁵ Evenals in ons artikel 1:94 lid 2 (aanhef) BW is in het Belgisch BW bepaald dat goederen die de echtgenoten reeds vóór het huwelijk in eigendom hebben in beginsel buiten de beperkte gemeenschap blijven.

Het Belgisch recht kent *niet* de uitzondering dat – kort gezegd – de goederen en daarmee samenhangende schulden die reeds vóór het huwelijk aan de toen samenwonende partners gezamenlijk toebehoorden vanaf het huwelijk eveneens tot de beperkte gemeenschap gaan behoren.²⁶ In België is de situatie juist

²³ Zie de rechtsoverwegingen 3.13 en 3.14 van het arrest van het hof.

²⁴ Zie WPNR 2019/7237, p. 367 rechter kolom.

²⁵ Zie MvT, *Kamerstukken II 2013/14*, 33987, 3, p. 7/8 in samenhang met MvT, *Kamerstukken II 2002/03*, 28867, 3, p. 13/14.

²⁶ Zie art 1:94 lid 2 (aanhef) en lid 7 BW.

andersom in die zin dat *alle* goederen en schulden die de partners reeds vóór het huwelijk hadden – gezamenlijk of niet – in beginsel buiten de beperkte gemeenschap vallen.²⁷ De ongehuwde partners kunnen echter bij verwerving van een gemeenschappelijk (onroerend) goed op grond van een expliciet in de wet opgenomen mogelijkheid dienaangaande, te weten een zgn. clause van anticipatieve inbreng, in de akte van levering bepalen dat het gemeenschappelijke (onroerend) goed met de daarmee samenhangende gemeenschappelijke (hypotheek)schuld in geval van een huwelijk tot de beperkte huwelijksgemeenschap zal gaan behoren.²⁸ Kortom, afwijken van het wettelijk huwelijksvermogensregime door middel van de bijzondere rechtsfiguur van een clause van anticipatieve inbreng kan uitsluitend omdat de *wet* daar een expliciete basis voor verschaft. Zo’n wettelijke grondslag voor het – in de Nederlandse situatie juist andersom – *buiten* de beperkte gemeenschap houden van enig reeds ver vóór het huwelijk aan partijen toebehorend gemeenschappelijk goed dat in beginsel in de beperkte gemeenschap zou vallen, ontbreekt in Nederland. Daarom kan een dergelijk resultaat slechts bereikt worden langs de weg van klassieke huwelijkse voorwaarden opgemaakt door aanstaande echtgenoten voorafgaand aan hun alsdan concreet voorgenomen huwelijk.

7. Tot besluit

Mijn bovenstaande bijdrage laat – als het goed is – zien hoe in het (civiele) recht iets dat op het eerste gezicht simpel is juridisch toch tot allerlei vragen kan leiden. Immers, voor de gemiddelde Nederlander gaat het bovenstaande grotendeels slechts over twee mensen die gaan samenwonen, een huis kopen en (veel) later gaan trouwen. Die op het eerste gezicht uiterst eenvoudige casus blijkt desondanks tot allerlei complexe vragen te kunnen leiden. Jaap van Straaten is altijd een man geweest die graag gecompliceerde juridische vraagstukken onderzocht. Dat gold temeer als de casus (ook) onroerend goed betrof. Naar ik hoop, stelt mijn bijdrage aan dit vriendenboek hem niet teleur.

²⁷ Zie art 1399 BBW.

²⁸ Zie art 1452 BBW.

