

ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. J.M. van Dunné, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. A.H. Klip, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.drs. F.C.M.A. Michiels, prof.mr. A.I.M. van Mierlo, prof.mr. K.J.M. Mortelmans, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.mr. G.R. Rutgers, prof.mr. E. Verhulp, prof.mr. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

Huwelijkse voorwaarden en daarvan afwijkend, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 (mrs. P. Neleman, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, F.B. Bakels; A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent)

Huwelijkse voorwaarden; derogerende werking van redelijkheid en billijkheid; afwijken-de partijbedoeling; onderling overeenstem-mend gedrag.

*De feiten*¹

- a. De man en de vrouw zijn op 28 november 1963 met elkaar gehuwd zonder het maken van huwelijksvoorwaarden. Op 6 augustus 1976 hebben zij alsnog huwelijksvoorwaarden gemaakt, houdende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen, met dien verstande dat ingevolge de artikelen 2 en 3 van de huwelijksvoorwaarden (kort gezegd) een (nieuw) Amsterdams verrekeningsbeding tussen hen gold. Bij de scheiding en deling zijn aan de vrouw vrijwel alle activa toegedeeld, waaronder de echtelijke woning (maar ook de op deze woning nog rustende hypothecaire schuld) en een ander woonhuis. De man kreeg wegens onderbedeling een rentedragende vordering op de vrouw. Tijdens het huwelijk heeft de vrouw het andere woonhuis verkocht en geleverd aan een derde. De opbrengst daarvan is op een gemeenschappelijke rekening gestort, waaruit onder meer betalingen zijn gedaan ten behoeve van de verbouwing van de echtelijke woning, en ook andere gemeenschappelijke uitgaven zijn gedaan. Partijen hebben voorts in 1994 een nieuwe hypothecaire geldlening afgesloten; het bedrag van de lening is na aftrek van kosten en aflossing van de oude hypothecaire schuld op de echtelijke wo-

ning, gestort op een gemeenschappelijke bankrekening.

- b. Partijen hebben tijdens hun huwelijk nimmer een staat van afrekening opgemaakt zoals bedoeld in artikel 3 van de huwelijksvoorwaarden. Tijdens het huwelijk had de man inkomsten uit een eigen bedrijf. De vrouw had geen (eigen) inkomsten.
- c. De samenwoning tussen partijen is op 13 september 1996 feitelijk verbroken. Tussen partijen is op 16 mei 1997 echtscheiding uitgesproken; de daartoe strekkende beschikking is op 6 mei 1998 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Aan het einde van het huwelijk waren zowel activa als passiva aanwezig; de activa stonden voornamelijk op naam van de vrouw.

*Het geding in eerste aanleg en in hoger beroep*²

In dit geding hebben de man en de vrouw over en weer vorderingen ingesteld. De door de vrouw ingestelde vorderingen zijn in cassatie niet meer van belang. De man heeft in eerste aanleg primair gevorderd dat hij met de vrouw wil afrekenen op basis van de huwelijksvoorwaarden; subsidiair heeft hij de verdeling van de aan partijen toebehorende goederen gevorderd als waren partijen in gemeenschap van goederen gehuwd.

De rechtbank heeft eerst een comparitie van partijen gehouden. Vervolgens heeft zij bij vonnis van 3 maart 1999 onder meer als volgt overwogen:

‘4.1 Partijen zijn het erover eens dat de huwelijksvoorwaarden die zij staande hun huwelijk hebben gemaakt uitsluitend tot doel hadden het tot dan toe gemeen-

¹ Ontleend aan punt 3.1 (onder *Uitgangspunten in cassatie*) van het arrest van de Hoge Raad.

² Ontleend aan de punten 3.2, 3.3 en 3.4 (onder *Uitgangspunten in cassatie*) van het arrest van de Hoge Raad.

schappelijke vermogen, waaronder de echtelijke woning, te vrijwaren voor uitwinning door mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers van de man. In het licht daarvan is het begrijpelijk dat zij na de verdeling van de boedel in financiële zin hebben gehandeld alsof zij nog steeds in gemeenschap van goederen gehuwd waren; partijen hebben nimmer afgerekend, de verplichting van de vrouw tot betaling van rente aan de man over de geldlening is een dode letter gebleven, de verkoopopbrengst van de woning (...) is op een gemeenschappelijke rekening gestort waaruit betalingen ten behoeve van beiden zijn gedaan, de man heeft (als enige kostwinner) de hypothecaire verplichtingen en de zakelijke lasten voor zijn rekening genomen voor zover die niet betaald zijn van de gemeenschappelijke rekening, partijen hebben op beider naam een nieuwe hypothecaire lening afgesloten waaruit wederom uitgaven zijn gedaan die aan beiden zijn ten goede gekomen.

4.2 Gelet op deze uitdrukkelijke bedoeling van partijen en hun daarmee overeenstemmende handelwijze is de rechtbank van oordeel dat een afrekening tussen partijen alsof zij in algehele gemeenschap gehuwd waren gebleven veel meer in de rede ligt dan een afrekening waarbij van gescheiden vermogens wordt uitgegaan en dringt zich de vraag op of een afrekening volgens de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden, zeker als de uitkomst daarvan in de buurt komt van de berekening van de vrouw, in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid nog wel aanvaardbaar kan worden geacht.'

De rechtbank gelastte vervolgens andermaal een comparitie van partijen. In haar eindvonnis van 29 september 1999 heeft de rechtbank, kort gezegd, eerst alle baten en lasten van beide partijen vastgesteld. Vervolgens overwoog zij:

'2.8 De totale waarde van de bezittingen en schulden van de gemeenschappelijke huishouding is f 316 148,35. Aangezien beide partijen tot de helft daarvan gerechtigd zijn, zal de vrouw aan de man een bedrag van f 113 008,93 dienen te betalen wegens overbedeling.'

De vrouw heeft tegen deze vonnissen hoger beroep ingesteld. Zij heeft met name grieven gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden in het gegeven geval niet van toepassing zijn en dat dient te worden afgerekend alsof partijen in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd.

De man heeft in hoger beroep de grondslag van zijn vordering gewijzigd in die zin dat hij primair verdeling van de aan partijen toebehorende goederen vorderde als waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd, en subsidiair afrekening op basis van de huwelijkse voorwaarden verlangde.

In zijn arrest van 25 september 2002 heeft het hof de door de vrouw aangevoerde grieven gegrond geacht, daartoe in rechtsoverweging 2 met name overwegende:

'Door het maken van huwelijkse voorwaarden hebben partijen uitdrukkelijk gekozen voor een bepaald huwelijksvermogensregime. De akte van huwelijkse voorwaarden is duidelijk en niet voor tweërlei uitleg vatbaar. De bedoeling van partijen noch de redelijkheid en billijkheid kunnen hieraan afdoen. In zoverre slagen de grieven van de vrouw.'

Bij zijn overweging dat de bedoeling van partijen niet kan afdoen aan de tussen hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden, heeft het hof tot uitgangspunt genomen – zulks op basis van hetgeen de rechtbank heeft vastgesteld in rechtsoverweging 4.1 van haar tussenvonnis van 3 maart 1999 – dat partijen bij of na het maken van de huwelijkse voorwaarden in 1976 de gemeenschappelijke bedoeling hadden dat hun vermogensrechtelijke verhouding in hun onderlinge relatie ongewijzigd zou blijven, alsof zij nog steeds in gemeenschap van goederen waren gehuwd.

De zaak vervolgens verder beoordelend, kwam het hof uiteindelijk tot de slotsom dat de vrouw toch nog een relatief aanzienlijk geldsbedrag aan de man dient te betalen en een groot aantal in het dictum van het arrest gespecificeerde goederen aan hem dient af te geven.

*Het geding in cassatie*³

Tegen het arrest van het hof is door de vrouw beroep in cassatie ingesteld, dat – kort gezegd – ertoe strekt dat het hof de vrouw heeft veroordeeld tot betaling van een te hoog geldsbedrag aan de man en dat het hof bovendien ten onrechte de afgifte aan de man heeft gelast van sommige van de goederen die in het dictum van het bestreden arrest worden genoemd.

In het incidentele cassatieberoep heeft de man, kort weergegeven, aangevoerd dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, door te overwegen zoals het in het hierboven aangehaalde citaat (rechtsoverweging 2) heeft gedaan.

De beoordeling door de Hoge Raad van het middel in het incidentele beroep

De Hoge Raad ziet aanleiding eerst het middel in het incidentele beroep te behandelen, aangezien dit van de verste strekking is.

'4.2. Voor zover het hof heeft overwogen dat de bedoeling van partijen niet kan afdoen aan de akte van huwelijkse voorwaarden, moet zijn arrest klaarblijkelijk aldus worden verstaan dat de gemeenschappelijke bedoeling van partijen hun vermogensrechtelijke verhouding in hun onderlinge relatie ongewijzigd te laten, alsof zij nog steeds in gemeenschap van goederen waren gehuwd, de tussen hen

3 Ontleend aan punt 3.5 (onder *Uitgangspunten in cassatie*) van het arrest van de Hoge Raad.

overeengekomen huwelijkse voorwaarden niet kan vervangen. Voor zover het middel tegen deze aldus opgevatte beslissing is gericht, kan het geen doel treffen. 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, nr. R02/057HR, *NJ* 2003, 524); daarom kan van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn (HR 2 mei 1986, nr. 12589, *NJ* 1987, 353). In dit licht heeft het hof terecht beslist zoals het heeft gedaan en kunnen ook de tegen deze beslissing gerichte motiveringsklachten niet tot cassatie leiden.

In dit verband valt overigens nog op te merken dat partijen wél rechtsgeldig in hun huwelijkse voorwaarden kunnen overeenkomen dat bij ontbinding van het huwelijk zal worden afgerekend alsof tussen hen een algehele of gedeeltelijke gemeenschap bestond; een zodanige overeenkomst kan ook rechtsgeldig worden gesloten in een echtscheidingsconvenant.

4.3. 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 toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. onder meer HR 25 november 1988, nr. 13363, *NJ* 1989, 529, en HR 29 september 1995, nr. 15756, *NJ* 1996, 88). 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, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden.

4.4. Het door de vrouw ingestelde principale beroep behoeft daarom geen beoordeling.⁴

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt in het incidentele beroep het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 25 september 2002, verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing en compenseert de kosten van het geding tussen partijen, aldus dat zij ieder de eigen kosten dragen.

NOOT

1 'Nil novi sub sole'

Het onderhavige arrest van de Hoge Raad bevat niets nieuws, afgezien van de laatste volzin van rechtsoverweging 4.3, waarover meer hierna onder punt 2 van deze noot, maar dat is dan ook een uitermate belangrijke volzin. In rechtsoverweging 4.2 stelt de Hoge Raad voorop dat de gemeenschappelijke bedoeling van echtgenoten om zich niet overeenkomstig de tussen hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden te gedragen, deze huwelijkse voorwaarden niet kan vervangen. De echtgenoten gedroegen zich hier alsof zij nog steeds in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd, terwijl zij in werkelijkheid uitsluiting van iedere gemeenschap, gecombineerd met een zogenaamd Amsterdams verrekenbeding, waren overeengekomen. Een Amsterdams verrekenbeding is een periodiek verrekenbeding, waarbij de echtgenoten afspreken dat zij periodiek – meestal jaarlijks – de overgespaarde of onverteerd gebleven inkomsten, die zijn overgebleven na aftrek van de kosten van de huishouding, zullen verrekenen. Sinds 1 september 2002⁴ bevat de wet algemene regels voor verrekenbedingen (art. 1:132-140) en bijzondere regels voor periodieke en finale verrekenbedingen (art. 1:141 respectievelijk de art. 1:142 en 143). Aldus is er extern sprake van goederenrechtelijk gescheiden vermogens, terwijl intern – obligatoir, economisch – is afgesproken dat er wordt verrekend, hetzij periodiek, hetzij finaal. De Hoge Raad motiveert zijn standpunt op overtuigende wijze: die gemeenschappelijke partijbedoeling houdt een stilzwijgend gesloten overeenkomst tussen echtgenoten in, waarbij zij hun vermogensrechtelijke betrekkingen regelen in afwijking van hun bestaande huwelijkse voorwaarden, en dient dus ook zelf te worden aangemerkt als huwelijkse voorwaarde in de zin van artikel 1:114. Huwelijkse voorwaarden zijn echter op grond van artikel 1:115 pas geldig – zowel intern als extern – als zij bij notariële akte worden aangegaan. Terecht verwijst de Hoge Raad in dit verband naar een eerder arrest,⁵ waarin hij heeft beslist dat deze notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat daarom van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn, en verwijst ook hier naar een eerder arrest.⁶ Het komt er dus op neer – in de woorden van Luijten en Meijer⁷ – dat de huwelijkse voorwaarden bij overtreding van het

ders dan bij helfte).

⁴ Wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152, in werking getreden op 1 september 2002, tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (*regels verrekenbedingen*).

⁵ HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524, m.nt. WMK, AA 2004, p. 36-39, m.nt. AJMN (*verdeling ontbonden huwelijksgemeenschap anders dan bij helfte*).

⁶ HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353, m.nt. EAAI (*reparatiehuwelijk*).

⁷ Klaassen-Luijten-Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, Eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, 13e druk, nr. 413.

vormvoorschrift, zelfs tussen partijen, geen enkele kracht hebben; de vorm is hier een bestaansvoorwaarde voor de handeling. De vorm is zowel – solemnitatis causa – in het belang van partijen als – securitatis causa – in het belang van derden voorgeschreven.

De laatste volzin van rechtsoverweging 4.2 bevat een 'obiter dictum'. In deze rechtsoverweging ten overvloede merkt de Hoge Raad op dat partijen wél rechtsgeldig in hun huwelijkse voorwaarden kunnen overeenkomen dat bij ontbinding van het huwelijk zal worden afgerekend alsof tussen hen een algehele of gedeeltelijke – de Hoge Raad bedoelt waarschijnlijk: beperkte – gemeenschap bestond. Volgens de Hoge Raad kan een zodanige overeenkomst ook rechtsgeldig worden gesloten in een echtscheidingsconvenant. Dit oordeel lijkt mij juist, omdat het dan gaat om een afwikkelingsregeling in het zicht van de echtscheiding, dus met het oog op de naderende echtscheiding.⁸ Overigens waren partijen in het onderhavige geval juist niet een finaal verrekenbeding als door de Hoge Raad bedoeld overeengekomen. Zij hadden gekozen voor een Amsterdams verrekenbeding, een periodiek verrekenbeding derhalve, dat zij vervolgens niet hadden uitgevoerd.

Ook de eerste volzin van rechtsoverweging 4.3 biedt ons geen enkele verrassing. Daarin herhaalt de Hoge Raad het eerder door hem⁹ ingenomen standpunt dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Sinds 1992 kan deze opvatting rechtstreeks worden gebaseerd op artikel 6:248 lid 2, voor zover de huwelijkse voorwaarden in het concrete geval als een obligatoire overeenkomst zijn te beschouwen. Is dit laatste niet het geval, dan kan niettemin hetzelfde worden aangenomen op grond van de schakelbepaling van artikel 6:216.¹⁰ Maar dan komt het.

2 'Venenum in cauda est'

Het venijn zit in de staart. In de tweede en laatste volzin van rechtsoverweging 4.3 overweegt de Hoge Raad: '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, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden.' Ik heb mij na het lezen van deze slotzin enkele malen goed de ogen uitgewreven, maar dat hielp niet. Het is niet te geloven, maar het staat er echt: van huwelijkse voorwaarden afwijkend, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten tijdens hun huwelijk kan onder omstandigheden deze huwelijkse voorwaarden opzich zetten! Deze overweging van de Hoge Raad acht ik onaanvaardbaar. Hij doet hiermee het 'pacta sunt servanda'-principe (afspraken moet men nakomen) al te veel geweld aan. Natuurlijk moet er een mogelijkheid zijn om in een concreet geval aan de werking van contractuele bepalingen – en dus ook van huwelijkse voorwaarden – te ontsnappen, maar het gaat mij veel te ver om onderling overeenstemmend gedrag als door de Hoge Raad bedoeld op grond van redelijkheid en billijkheid te beschouwen als een rechtvaardigingsgrond om te kunnen afwijken van huwelijkse voorwaarden. Onderling overeenstemmend gedrag kan naar mijn mening op zichzelf nooit voldoende zijn om een dergelijke afwijking te rechtvaardigen. Niet alleen studenten, maar ook praktijkjuristen nemen veel te snel het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid in de mond. Ik hamer er altijd op dat in de artikelen 6:2 lid 2 en 248 lid 2 niet 'redelijkheid en billijkheid' de belangrijkste woorden zijn, maar dat het in deze beide bepalingen primair gaat om het woord 'onaanvaardbaar'. Wij gaan toch niet afwijken van een overeenkomst op grond van redelijkheid en billijkheid? Wij gaan alleen afwijken van een overeenkomst, als onverkorte toepassing daarvan in een concreet geval tot een resultaat leidt, dat – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, dat wel – onaanvaardbaar is. 'Onaanvaardbaar' is iets anders dan 'onredelijk en onbillijk'. Opvallend is dat de Hoge Raad in de eerste volzin van rechtsoverweging 4.3 volkomen correct formuleert ('naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'), maar vervolgens in de tweede volzin van dezelfde rechtsoverweging de plank volledig mislaat ('op grond van redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwe-

⁸ Zie in dit verband ook HR 26 januari 1979, *NJ* 1980, 19, m.nt. EAAL (*Stramproy-Lelystad*) en art. 1:100 lid 1, waarin huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant naast elkaar worden genoemd (het convenant wordt hier gedefinieerd als 'een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden'). Vergelijk ook E.A.A. Luijten en J.A.M.P. Keijser, *Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding* (preadvis Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Ko-

ninklijke Vermande 1989.

⁹ Vergelijk onder meer HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529, m.nt. EAAL (*Hilversumse horeca*) en HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88 (*melkquotum*).

¹⁰ Zie voor het antwoord op de vraag of huwelijkse voorwaarden in een concreet geval als een obligatoire overeenkomst kunnen worden beschouwd, mijn AA-noot onder HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524, m.nt. WMK, AA 2004, p. 36-39, in het bijzonder p. 38-39 (*verdeling ontbonden huwelijksgemeenschap anders dan bij helfte*).

lijkse voorwaarden'). De Hoge Raad brengt de rechtszekerheid in gevaar en hecht veel te veel waarde aan de redelijkheid en billijkheid. Bovendien is zijn arrest innerlijk tegenstrijdig. Hoe kan de Hoge Raad nu in rechtsoverweging 4.2 benadrukken dat notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen 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? Dat gaat er bij mij niet in. Ik ga een stap verder en durf te stellen dat dit arrest een klap in het gezicht voor de notariële praktijk betekent. Wat is immers nu nog de zin van notariële tussenkomst bij het tot stand komen van huwelijkse voorwaarden, wanneer zoveel belang wordt gehecht – de Hoge Raad zegt letterlijk: 'zeer wel belang kan worden gehecht' – aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk? Hoe kan men dit uitleggen aan notariële juristen?

Luijten en Meijer¹¹ kunnen zich niet voorstellen dat zij uit dit arrest van de Hoge Raad moeten afleiden dat bij ontbreken van huwelijkse voorwaarden het gedrag van de echtgenoten, voor zover het hun vermogensrechtelijke verhoudingen betreft, geen rol speelt, maar tussen echtgenoten die wél huwelijkse voorwaarden hebben gemaakt, de inhoud ervan naar redelijkheid tussen hen kan worden opzij gezet door hun gedragingen. Ook ik kan mij dat niet voorstellen. Even verder voegen Luijten en Meijer¹² hieraan toe dat de Hoge Raad feitelijk gedrag of een aan (een) partij(en) toegeschreven bedoeling geheel ten onrechte verheft tot beslissend over hun gehele rechtsverhouding, waarin de notariële vorm op grond van artikel 1:115 lid 1 nog altijd als strikte norm geldt. Uit het voorafgaande zal duidelijk zijn geworden dat ik hun betoog volledig onderschrijf.

Hoe anders klinkt de reactie van Schoordijk¹³ op het onderhavige arrest, maar verbazing wekt deze niet, want zijn opvattingen in de bekende discussie betreffende rechtszekerheid enerzijds en de beginselen van redelijkheid en billijkheid anderzijds, zowel binnen als buiten het huwelijksvermogensrecht, zijn bekend. Weliswaar heeft ook hij moeite met de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, maar hij wijst het arrest niet af, integendeel.¹⁴ Opmerking verdient evenwel dat Schoordijk¹⁵ niet verheelt dat de bewijsrechtelijke

problemen waarmee het arrest ons opzadelt, niet gering zijn. Zelf verwacht ik dat het aantal procedures fors zal toenemen: advocaten zullen namens hun cliënten proberen de stelling ingang te doen vinden, dat onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk in het concrete geval rechtvaardigt dat wordt afgeweken van de huwelijkse voorwaarden. Het gevolg zal rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid zijn. Met dit arrest is het hek van de dam. Schoordijk¹⁶ noemt het arrest principieel en leerrijk. Ik noem het arrest gevaarlijk. In de trant van Homerus verzucht ik: had de Hoge Raad die laatste volzin van rechtsoverweging 4.3 nu maar niet aan het bolwerk van zijn tanden laten ontsnappen! Het Amsterdamse gerechtshof, waarnaar het geding ter verdere behandeling en besleissing is verwezen, is bepaald niet te benijden. Wat mij betreft is 18 juni 2004 een zwarte dag, niet alleen in de geschiedenis van het huwelijksvermogensrecht, maar ook in die van het contractenrecht in het algemeen. Overigens ben ik het wel met Schoordijk¹⁷ eens, hoezeer men het ook oneens kan zijn met het slot van rechtsoverweging 4.3, dat het niet is uitgesloten dat dit arrest in de toekomst als *het* standaardarrest zal gaan gelden. Het arrest is zeer controversieel, maar wel erg belangrijk. Om die reden acht ik het dan ook volstrekt onbegrijpelijk dat dit arrest in de *NJ*¹⁸ niet is geannoteerd.

3 Ontbinding van huwelijkse voorwaarden?

Los van het onderhavige arrest en ook los van de situatie van echtscheiding, dient zich hier nog een interessante vraag aan, en wel de vraag of huwelijkse voorwaarden kunnen worden ontbonden op grond van wanprestatie (art. 6:265 e.v.). Stel dat A en B met elkaar zijn gehuwd. Zij hebben huwelijkse voorwaarden gemaakt, die uitsluiting van iedere gemeenschap, gecombineerd met een periodiek verrekenbeding, inhouden. A leeft het verrekenbeding niet na. B wil de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden ontbinden, omdat er bij A sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenissen uit hoofde van het periodiek verrekenbeding. Een dreigende echtscheiding is hier niet aan de orde. Is in dit voorbeeld – gehele of gedeeltelijke – ontbinding van de huwelijkse voorwaarden mogelijk? Als de huwelijkse voorwaarden in het concrete geval geen obligatoire overeenkomst opleveren,¹⁹ is ontbinding niet mogelijk, omdat de schakelbepaling van artikel 6:216 uitsluitend naar 'deze en de volgende drie

11 Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht* (zie noot 7), nr. 572.

12 Klaassen-Luijten-Meijer I, *Huwelijksgoederenrecht* (zie noot 7), nr. 573.

13 H.C.F. Schoordijk, 'Een principieel en leerrijk arrest. Huwelijkse voorwaarden en daaraan contrair gedrag (HR 18 juni 2004)', *WPNR* 6611, 2005, p. 158-166.

14 Schoordijk (zie de vorige noot), p. 159, linkerkolom en p. 163, rechterkolom.

15 Schoordijk (zie noot 13), p. 163, rechterkolom.

16 Schoordijk (zie noot 13), p. 158, opschrift.

17 Schoordijk (zie noot 13), p. 158, linkerkolom.

18 *NJ* 2004, 399.

19 Zie daarover noot 10.

afdelingen' verwijst. Dat zijn de afdelingen 6.5.1 tot en met 6.5.4, dus de artikelen 6:213 tot en met 260. De regeling van de wederkerige overeenkomsten in afdeling 6.5.5, dus de artikelen 6:261 tot en met 279, waartoe ook de ontbindingsbepalingen (art. 6:265 e.v.) behoren, is derhalve van de analogische toepassing van het algemene overeenkomstenrecht uitgezonderd. In het onderhavige voorbeeld gaat het echter om een periodiek verrekenbeding. Kennisneming van de hierop toepasselijke wettelijke bepalingen (art. 1:132-141) leidt zonder meer tot de conclusie dat een periodiek verrekenbeding een obligatoire – verbintenisscheppende – overeenkomst is. De wet spreekt in artikel 1:132 lid 1 over 'huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of van vermogen'. Anders gezegd, in de terminologie van artikel 6:213 lid 1: het periodiek verrekenbeding is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen (de ene echtgenoot) jegens een of meer andere (de andere echtgenoot) een verbintenis aangaan. Vervolgens lezen wij in artikel 1:133 lid 1 dat de verplichting tot verrekening van inkomsten of van vermogen wederkerig is. Dan ligt de conclusie voor de hand: een wederkerig periodiek verrekenbeding kan worden beschouwd als een wederkerige overeenkomst in de zin van artikel 6:261 lid 1,²⁰ zodat het in beginsel kan worden ontbonden in geval van een tekortkoming. Dit is slechts anders als de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (art. 6:265 lid 1).

De volgende vraag is dan: wat wordt er ontbonden? Alleen het periodiek verrekenbeding of de gehele overeenkomst van huwelijkse voorwaarden? Met andere woorden: kan men alleen geheel of ook gedeeltelijk ontbinden (art. 6:265 lid 1 jo. art. 6:270)? Als men alleen het periodiek verrekenbeding ontbindt, blijft de uitsluiting van iedere gemeenschap over. Dan is er sprake van uitsluiting zonder verrekening, 'koude uitsluiting' dus. Als men de gehele overeenkomst van huwelijkse voorwaarden ontbindt, is er voor de toekomst sprake van algehele gemeenschap van goederen. De ontbinding heeft immers in beginsel geen terugwerkende kracht (art. 6:269). Maar is het eigenlijk wel mogelijk om alleen het periodiek verrekenbeding te ontbinden? Moet men niet redeneren: de samenhang tussen het periodiek verrekenbeding en de uitsluiting van iedere gemeenschap is zo sterk, dat het alles of niets is? Men kan alleen alles

ontbinden of men kan niets ontbinden, omdat er een onverbreekelijk verband tussen het periodiek verrekenbeding en de uitsluiting van iedere gemeenschap bestaat, zo zou men kunnen betogen. De vergelijking met artikel 3:41 betreffende partiële nietigheid dringt zich op. Daarin is het volgende bepaald: betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in *onverbreekelijk verband* (cursivering van mij, AJMN) met het nietige deel staat. Een soortgelijke bepaling ontbreekt bij de ontbinding; artikel 6:265 lid 1 verschaft de wederpartij alleen 'de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden' en artikel 6:270 werkt de gedeeltelijke ontbinding verder uit.

Op de meeste hierboven geformuleerde vragen weet ik zelf het antwoord nog niet. Eén ding weet ik wel zeker: in beginsel is ontbinding van een wederkerig periodiek verrekenbeding, gelet op het systeem van ons burgerlijk recht, mogelijk. Natuurlijk rijzen er nieuwe problemen, als men de mogelijkheid van ontbinding hier aanwezig acht. Zo zal men de ontbinding van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden pas aan derden te goeder trouw kunnen tegenwerpen, nadat deze is ingeschreven in het openbaar huwelijksgoederenregister. Artikel 1:116 lid 1 biedt echter alleen maar de mogelijkheid om 'bepalingen in huwelijkse voorwaarden' in te schrijven in het huwelijksgoederenregister. Toch lijkt deze laatste bepaling mij geen belemmering om de ontbinding in te schrijven, omdat de wetgever elders toelaat dat verzoeken, akten en rechterlijke beschikkingen worden ingeschreven; zie bijvoorbeeld de artikelen 1:86 lid 3, 91 lid 2, 104 lid 1, 110 lid 1 en 112 lid 1. Daar kan de ontbinding dan ook nog wel bij. Ontbindt men uitsluitend het periodiek verrekenbeding, dan is inschrijving daarvan in het huwelijksgoederenregister strikt genomen niet nodig, omdat een verrekenbeding uitsluitend interne obligatoire werking tussen de echtgenoten en geen werking jegens derden heeft.

Met het opwerpen van de bovenstaande vragen wil ik slechts een aanzet tot verdere discussie geven. Het lijkt mij een prachtig onderwerp voor een dissertatie: 'De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tegen de achtergrond van het algemene vermogensrecht'. Welke pas afgestudeerde jurist neemt de handschoen op? Ik zal hem of haar met alle plezier begeleiden! ❀

20 Twijfelt men hierover, dan is daar nog altijd de schakelbepaling van art. 6:261 lid 2, waarin is geregeld dat de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toe-

passing zijn op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet.