

ANNOTATIES

Onder de zorg van prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. J.M. van Dunné, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. G.R. de Groot, prof.mr. M.S. Groenhuisen, prof.mr. T. Hartlief, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. A.H. Klip, prof.mr. G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. 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. R.D. Vriesendorp, prof.dr. J.W. Zwemmer

Verdeling ontbonden huwelijksgemeenschap anders dan bij helfte?

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 27 juni 2003, *RvdW* 2003, 118 (mrs. P. Neleman, D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, F.B. Bakels; A-G mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense)

Verdeling huwelijksgoederengemeenschap; verdeling bij helfte; afwijking in zeer uitzonderlijke omstandigheden; voorovereenkomst tot opstellen huwelijkse voorwaarden; vereiste notariële tussenkomst

De feiten en het geding in feitelijke instanties¹

Partijen zijn op 31 mei 1995 in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. De man heeft de Nederlandse nationaliteit en de vrouw de Zweedse. Het huwelijk is op 16 januari 2002 ontbonden door inschrijving van de beschikking waarbij echtscheiding is uitgesproken (art. 1:163).²

Het gaat in deze procedure om de – naar Nederlands recht te beoordelen – verdeling van de ontbonden gemeenschap. De man heeft voor de rechtbank en voor het Hof tevergeefs bepleit dat in het onderhavige geval sprake is van bijzondere omstandigheden, die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de in artikel 1:100 lid 1 neergelegde regel dat de echtgenoten een gelijk aandeel hebben in de ontbonden gemeenschap, tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant. De door de man gestelde bijzondere omstandigheden zijn, in de samenvatting van het Hof, gelegen in de omvang van zijn vermogen en in het feit dat in een periode waarin de man het zeer druk had met zijn zaken, de vrouw aandrong op een spoedig huwelijk in verband met de verkrijging van een verblijfsver-

gunning en haar wens een winkel te openen in Nederland. Daarbij zou de vrouw meermalen te kennen hebben gegeven dat het haar niet om het geld van de man was te doen, waaruit de man meende te kunnen afleiden dat zij bereid was mee te werken aan het opstellen van huwelijkse voorwaarden na sluiting van het huwelijk. Aangezien tussen hem en de vrouw daarover overeenstemming bestond, traden zij in het huwelijk. Na de huwelijkssluiting heeft de vrouw geweigerd haar medewerking te verlenen aan het opstellen van de door de man voorgestelde huwelijkse voorwaarden. De man is van mening dat de vrouw misbruik heeft gemaakt van zijn vertrouwen in haar.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het cassatiemiddel als volgt. Het middel keert zich tegen een rechtsoverweging uit de beschikking van het Hof, waarin het Hof – evenals de rechtbank – de door de man aangevoerde omstandigheden niet toereikend heeft geoordeeld om een afwijking van de verdeelsleutel van artikel 1:100 lid 1 te rechtvaardigen.

‘3.4 Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Nu partijen gehuwd waren in algehele gemeenschap van goederen en zij geen echtscheidingsconvenant hebben gemaakt, geldt de in art. 1:100 lid 1 BW neergelegde regel van verdeling bij helfte van de ontbonden gemeenschap. Een afwijking van die regel is niet geheel uitgesloten. Zij kan evenwel niet dan in zeer uitzonderlijke gevallen worden aangenomen (HR 7 december 1990, nr. 14036, *NJ* 1991, 593).

¹ Ontleend aan de rechtsoverwegingen 3.1 en 3.2 van de beschikking van de Hoge Raad.

² Wetsartikelen behoren tot het BW, tenzij anders is vermeld.

3.5 De hiervóór in 3.2 vermelde door de man aangevoerde omstandigheden zijn evenwel noch op zichzelf noch in onderlinge samenhang zo uitzonderlijk dat een afwijking als zo-even bedoeld gerechtvaardigd is. Dit geldt ook voor de door het Hof bij de beoordeling betrokken omstandigheid dat volgens de man tussen partijen overeenstemming bestond over het alsnog, na de huwelijksluiting, opstellen van (enige vorm van) huwelijkse voorwaarden. Hierbij verdient aantekening dat, gelet op het bepaalde in art. 6:226 in verbinding met art. 1:115 BW, ook een overeenkomst tot het tot stand brengen van (enige voldoende bepaalbare vorm van) huwelijkse voorwaarden niet vormvrij zou kunnen worden aangegaan. De door art. 1:115 voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven notariële tussenkomst strekt immers mede tot bescherming van de partij- en bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.'

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat het oordeel van het Hof juist is en dat de in het middel vervatte klachten hierop alle afstuiten. Hij verworpt het beroep, waartoe overigens ook de conclusie van de Advocaat-Generaal strekte.

NOOT

1 De hoofdregel van artikel 1:100 lid 1 en afwijkingen daarvan

Door echtscheiding wordt de huwelijksgemeenschap van rechtswege ontbonden (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder a, jo. art. 1:149, aanhef en onder c). Met het vorderen van verdeling behoeft niet te worden gewacht totdat de echtscheiding is voltooid. Artikel 1:99 lid 2 bepaalt immers dat tezamen met een verzoek waarvan toewijzing ontbinding tot gevolg zal hebben, reeds overeenkomstig titel 3.7 een vordering kan worden ingesteld tot verdeling van de gemeenschap, tot gelasten van de wijze van verdeling en tot vaststelling van de verdeling, telkens voor het geval de gemeenschap wordt ontbonden. De hoofdregel is nu dat de echtgenoten een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap hebben, dus ieder de onverdeelde helft (art. 1:100 lid 1, aanhef). Op deze hoofdregel bestaan twee uitzonderingen: bij huwelijkse voorwaarden of bij echtscheidingsconvenant – in de woorden van de wetgever (art. 1:100 lid 1): 'bij 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' – kan anders zijn bepaald.

Artikel 1:100 dateert in zijn huidige redactie van 1992, toen het huwelijksvermogensrecht is aange-

past aan het nieuwe vermogensrecht.³ De verwijzing naar het echtscheidingsconvenant is te beschouwen als de codificatie van een uitspraak van de Hoge Raad.⁴ Toepassing op de ontbonden huwelijksgemeenschap van artikel 3:189 lid 2 in verbinding met artikel 3:166 lid 2 leidt tot hetzelfde resultaat als artikel 1:100 lid 1, althans wat de hoofdregel van verdeling bij helfte betreft. De uitzonderingen zijn in de beide laatstgenoemde bepalingen verschillend geformuleerd: artikel 3:166 lid 2 laat als uitzondering toe 'tenzij uit hun rechtsverhouding [bedoeld is: van de deelgenoten; toevoeging van mij, AJMN] anders voortvloeit', terwijl artikel 1:100 lid 1 huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant als uitzonderingen noemt. Uiteraard heeft artikel 1:100 lid 1 als huwelijksvermogensrechtelijke *lex specialis* voorrang boven artikel 3:166 lid 2 als *lex generalis* uit het algemene vermogensrecht. Nu in het onderhavige geval geen huwelijkse voorwaarden aanwezig waren en evenmin een echtscheidingsconvenant was gemaakt, geldt de hoofdregel van verdeling bij helfte, zo benadrukt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4. Hij voegt daaraan toe dat een afwijking van die regel niet geheel is uitgesloten, maar dat zij niet dan in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden aangenomen. Zo'n uitzonderlijk geval deed zich voor in de casus van de vermoorde bruid, waarnaar de Hoge Raad ook verwijst.⁵

In laatstgenoemd geval had een man zijn echtgenote, met wie hij in algehele gemeenschap van goederen was gehuwd, vermoord. Hij was daarvoor onherroepelijk veroordeeld en dus onwaardig om uit haar nalatenschap voordeel te trekken (art. 4:885, aanhef en onder 1°, oud; thans art. 4:3 lid 1, aanhef en onder a). In beginsel had hij echter wél recht op de helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap, omdat de erfrechtelijke onwaardigheid niet doorwerkt in het huwelijksvermogensrecht. De Hoge Raad anticipeerde echter op het toen nog niet ingevoerde artikel 6:2 lid 2 en besliste in navolging van het Hof dat de onverkorte toepassing van de krachtens artikel 1:100 lid 1 tussen deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap geldende regel van verdeling bij helfte naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Concreet kwam het erop neer dat de ontbonden gemeenschap werd afgewikkeld alsof er uitsluiting van iedere gemeenschap tussen de echtgenoten was geweest: de van de zijde van de vermoorde echtgenote in de gemeenschap gevallen goederen werden aan haar erfgenamen – haar twee kinderen uit

3 Reehuis-Slob, *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, Deventer: Kluwer 1991, p. 62-63.

4 HR 26 januari 1979, *NJ* 1980, 19, m.nt. EAAL (*Stramproy*-

Lelystad).

5 HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593, m.nt. EAAL, *AA* 1991, p. 679-685, m.nt. SCJJK en AJMN (*de vermoorde bruid*).

haar eerste huwelijk – toegedeeld, terwijl de man uitsluitend de van zijn zijde in de gemeenschap gevallen goederen ontving, hetgeen in casu voor hem veel minder dan de helft van de ontbonden gemeenschap opleverde.

Ik acht de beslissing van de Hoge Raad in het onderhavige geval volkomen juist. De omstandigheden, zoals hierboven weergegeven onder de feiten en het geding in feitelijke instanties, rechtvaardigen absoluut niet dat er van de hoofdregel wordt afgeweken. Dit geval is in geen enkel opzicht te vergelijken met de casus van de vermoorde bruid, waarin inderdaad sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden.

2 De voorovereenkomst tot het tot stand brengen van huwelijkse voorwaarden

De man heeft in feitelijke instanties betoogd dat tussen partijen overeenstemming bestond over het alsnog, na de huwelijkssluiting, opstellen van (enige vorm van) huwelijkse voorwaarden. Daaraan besteedt de Hoge Raad aandacht in rechtsoverweging 3.5. Opmerking verdient dat, als partijen inderdaad huwelijkse voorwaarden staande huwelijk zouden hebben gemaakt, daarvoor goedkeuring van de rechtbank vereist zou zijn geweest (art. 1:119). De rechtbank toetst dan of er gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat en of er strijd is met dwingende wetbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. Sinds 22 juni 2001⁶ kan het verzoek om goedkeuring zonder tussenkomst van een procureur worden ingediend (art. 1:119 lid 1, derde zin), iets waarmee in het bijzonder de notariële praktijk is gediend.

Stel dat partijen inderdaad zijn overeengekomen dat zij na de huwelijkssluiting huwelijkse voorwaarden zouden gaan maken. In dat geval is er geen sprake van een overeenkomst *van* huwelijkse voorwaarden, maar wél van een overeenkomst *tot* het aangaan van huwelijkse voorwaarden, anders gezegd: een voorovereenkomst. Deze voorovereenkomst is echter in casu volgens de Hoge Raad nietig, en wel vanwege het bepaalde in artikel 6:226⁷ in verbinding met artikel 1:115. Eerstgenoemd artikel houdt in dat, als de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvereiste stelt, dit voorschrift van overeenkomstige toepassing is op een overeenkomst waarbij een partij in

wier belang het strekt, zich tot het aangaan van een zodanige overeenkomst verbindt, tenzij uit de strekking van het voorschrift anders voortvloeit. Artikel 1:115 verlangt voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden een notariële akte. Wat is de ratio van dit vormvereiste? Luijten⁸ spreekt in dit verband over een gemengd karakter; naar zijn mening is de vorm zowel – *solemnitatis causa* – in het belang van partijen als – *securitatis causa* – in het belang van derden voorgeschreven. De Hoge Raad oordeelt dat de notariële tussenkomst *mede* tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden strekt. Dit laatste is van belang; de Hoge Raad heeft deze overweging nodig, want anders kan hij niet toekomen aan artikel 6:226, nu deze bepaling spreekt over ‘een partij in wier belang het [vormvereiste; toevoeging van mij, AJMN] strekt’. De conclusie luidt dus dat de notariële akte niet alleen dwingendrechtelijk is voorgeschreven voor de overeenkomst *van* huwelijkse voorwaarden, maar ook voor de overeenkomst *tot* het aangaan van huwelijkse voorwaarden. Overigens zijn de woorden ‘op straffe van nietigheid’ in artikel 1:115 lid 1 strikt genomen overbodig, gelet op het bepaalde in artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:39.

Voor welke overeenkomsten geldt artikel 6:226 eigenlijk? In ieder geval voor obligatoire – verbintenisscheppende – overeenkomsten in de zin van titel 6.5 (art. 6:213 e.v.), dus meerzijdige rechtshandelingen waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan, zoals artikel 6:213 lid 1 het uitdrukt. De Hoge Raad lijkt er in rechtsoverweging 3.5 zonder meer van uit te gaan dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden een obligatoire overeenkomst is, nu hij artikel 6:226 rechtstreeks toepast op huwelijkse voorwaarden. Dit is niet, althans niet altijd, juist. De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is soms wel, maar soms ook niet een obligatoire overeenkomst. Dat hangt af van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden.

Huwelijkse voorwaarden regelen de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk in afwijking van de wet of eerdere huwelijkse voorwaarden. Men vergelijkte in dit verband ook artikel 1:121, dat gedeeltelijk (art. 1:121 lid 1, vanaf ‘mits’) overbodig is, gelet op het bepaalde in artikel 3:59 in verbinding met artikel 3:40. Welnu, als de

6 Dit is de datum van inwerkingtreding van de Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275, die enige wijzigingen heeft aangebracht in de titels 1.6 en 1.8 (*rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners*).

7 Zie over dit artikel betreffende de voorovereenkomst Asser-Hartkamp 4-II, *Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeen-*

komsten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, 11^e druk, nr. 220 en *Parl. Gesch. Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 894-895.

8 Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, Eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, 12^e druk, p. 204.

huwelijkse voorwaarden een – periodiek of finaal – verrekenbeding inhouden (art. 1:132-143)⁹, is er sprake van een obligatoire overeenkomst en is artikel 6:226 op de voorovereenkomst rechtstreeks van toepassing.¹⁰ Mochten de huwelijkse voorwaarden echter slechts een bestuursovereenkomst in de zin van artikel 1:97 lid 1, eerste zin, inhouden of een beperkte gemeenschap in de zin van de artikelen 1:123-128 dan wel uitsluiting van iedere gemeenschap zonder verrekenbeding (de zogenaamde ‘koude uitsluiting’), dan is er naar mijn mening geen sprake van een obligatoire overeenkomst en is artikel 6:226 op de voorovereenkomst ‘slechts’ van overeenkomstige toepassing via de schakelbepaling van artikel 6:216. De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is immers een ‘andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling’ in de zin van laatstgenoemd artikel, zodat het algemene overeenkomstenrecht met uitzondering van de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing is op de huwelijkse voorwaarden. Concreet gaat het om de artikelen 6:213-260, waartoe ook artikel 6:226 behoort, terwijl de artikelen 6:261-279 in de schakelbepaling zijn uitgezonderd. Praktisch maakt het overigens weinig verschil uit of artikel 6:226 rechtstreeks geldt dan wel ‘slechts’ van overeenkomstige toepassing is. Het enige verschil is gelegen in de ontsnappingsclausule van artikel 6:216, slot: ‘voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet’. Deze ontsnappingsclausule speelt geen rol in geval van directe toepassing van de artikelen 6:213-260, maar is uitsluitend van belang in geval van analogische toepassing van deze artikelen.

3 Komend recht

In het onderhavige geval waren partijen gehuwd in gehele gemeenschap van goederen. Vermeldenswaard is nog dat deze gemeenschap (art. 1:93 e.v.) waarschijnlijk haar langste tijd heeft gehad en binnen enkele jaren zal worden vervangen door een beperkte gemeenschap van goederen. Bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal is namelijk een wetsvoorstel tot aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen aangehangig.¹¹ De belangrijkste wijziging ten opzichte van het thans geldende recht is dat aankomsten (dat zijn erfrechtelijke verkrijgingen en giften) voortaan buiten de gemeenschap vallen, dus ook als een uitsluitingsclausule in de zin van het huidige artikel 1:94 lid 1 ontbreekt (art. 1:94 lid 2, aanhef en onder a, nieuw), en dat aanbrengsten (dat zijn ten huwelijk aangebrachte goederen en schulden) evenmin in de gemeenschap vallen, tenzij voorafgaand aan het huwelijk in een notariële akte, daaronder begrepen een akte van huwelijkse voorwaarden, of in een door de aanstaande echtgenoten en de notaris ondertekende, aan de notariële akte gehechte beschrijving is bepaald dat zij in de gemeenschap vallen (art. 1:94 lid 3, nieuw). Aldus wordt een resultaat bereikt dat in grote lijnen overeenstemt met de huidige beperkte gemeenschappen van vruchten en inkomsten en van winst en verlies (art. 1:123-128). Laatstgenoemde artikelen vervallen dan ook in het wetsvoorstel, omdat zij in het nieuwe stelsel overbodig zijn geworden. Ik verwacht dat de nieuwe regeling eind 2005, begin 2006 in werking zal treden. ✎

9 Zoals deze artikelen luiden sinds 1 september 2002, de datum van inwerkingtreding van de Wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152, die titel 1.8 heeft gewijzigd (*regels verrekenbedingen*).

10 De stelling dat de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden een obligatoire overeenkomst is als de huwelijkse voorwaarden een verrekenbeding inhouden, heb ik eerder verdedigd; zie Nuytincq, *De invloed van het algemene vermogensrecht op het familie(vermogens)recht*, Van Dunné-bundel *Miscellanea Jurisconsulto vera Dedicata*, Deventer: Kluwer 1997, p. 307-318, in het bijzonder p. 314-315.

11 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nr. 1-2, tot wijziging van de titels 1.6, 1.7 en 1.8 (*aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen*), ook wel de derde tranche genoemd (zie voor de eerste tranche noot 6 en voor de tweede tranche noot 9). Vergelijk Nuytincq, ‘De derde tranche van de herziening van het huwelijksvermogensrecht’, *FJR* 2003, p. 150-156, Breederveld, ‘Afschaffing gehele gemeenschap van goederen, waarom eigenlijk?’, *FJR* 2003, p. 198-203, alsmede de bijdragen van Verstappen, Van Mourik, Vegter, Van der Burght, Luijten, Meijer en Verbeke aan het themanummer *Exit gehele gemeenschap van goederen?*, *WPNR* 6545 (2003), p. 629-664.