

De verwatering van het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 30 maart 2012, LJN: BV3103, *NJ* 2012, 422, m.nt. L.C.A. Verstappen (mrs. E.J. Numann, J.C. van Oven, F.B. Bakels, W.D.H. Asser en M.A. Loth; wnd. A-G mr. A. Hammerstein)

Niet-nakoming periodiek verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden. Bij echtscheiding gesloten overeenkomst over verrekening vermogen niet vernietigbaar op grond van artikel 6:229 BW (voortbouwende overeenkomst). Artikelen 1:132 e.v. BW ook van toepassing op bij echtscheiding overeengekomen verrekening. Artikel 3:199 BW (uitsluiting dwalingsregeling art. 6:228-230 BW) niet beperkt tot dwaling over waarde.

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De vrouw en de man zijn op 7 maart 1986 op huwelijkse voorwaarden gehuwd. In de huwelijkse voorwaarden van partijen is iedere gemeenschap van goederen uitgesloten en is een jaarlijks verrekenbeding van overgespaard inkomen overeengekomen. Tijdens het huwelijk heeft geen verrekening plaatsgevonden. Een op 12 september 2003 door partijen ondertekende onderhandse akte houdt onder meer in:

‘verklaren vast te stellen c.q. overeen te komen als volgt: [...] Indien ondergetekenden te eniger tijd uit elkaar mochten gaan zullen zij, mede in verband met het overeengekomene in hun huwelijksvoorwaarden in financieel opzicht met elkaar afrekenen als ware het dat alle vermogensbestanddelen van hen samen zijn, ieder voor de helft;’

(ii) Het huwelijk is op 14 augustus 2007 ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 9 augustus 2007 in de registers van de burgerlijke stand.

In deze beschikking is bepaald dat de daaraan gehechte overeenkomst als in de beschikking herhaald en ingelast wordt beschouwd. De desbetreffende overeenkomst (van 25 juni 2007) vermeldt onder meer:

‘Uitgangspunt is dat beide echtelieden ieder een gelijk deel zullen ontvangen nadat alle bezittingen zijn verkocht, dan wel te gelde zijn gemaakt. Het gaat hierbij om de navolgende eigendommen: [...]’ (volgt een opsomming van een aantal onroerende zaken; toevoeging annotator).

De overeenkomst van 25 juni 2007 is kort na de echtscheiding aangevuld bij overeenkomst van 16 augustus 2007.

Het geding in feitelijke instanties²

In het onderhavige geding vorderen partijen over en weer afrekening met betrekking tot hun huwelijksvermogensbestanddelen. De rechtbank heeft (in conventie) de vrouw onder meer veroordeeld tot betaling van (in totaal) € 281.296,25 en de daarover verschuldigde wettelijke rente.

De vrouw is tegen dat vonnis in hoger beroep gekomen. In hoger beroep heeft zij aangevoerd dat de overeenkomst van 12 september 2003 een wijziging van de huwelijkse voorwaarden staande het huwelijk inhoudt en dat een dergelijke wijziging op straffe van nietigheid bij notariële akte en met goedkeuring van de rechtbank³ had moeten geschieden. Nu de overeenkomst van 12 september 2003 volgens de vrouw niet op de voorgeschreven wijze tot

¹ Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

² Ontleend aan de punten 3.2.1 t/m 3.2.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de

Hoge Raad.

³ Op grond van art. 1:119 BW (oud). De rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk is afgeschaft bij de Wet aanpassing

wettelijke gemeenschap van goederen (Wet van 18 april 2011, *Stb.* 2011, 205, in werking getreden op 1 januari 2012).

stand is gekomen, is die overeenkomst nietig en zijn de daarop voortbouwende overeenkomsten van 25 juni 2007 en 16 augustus 2007 vernietigbaar.

Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, geoordeeld dat de grieven waarmee een beroep werd gedaan op de nietigheid en de vernietigbaarheid van de genoemde overeenkomsten, niet kunnen slagen. Het hof heeft het vonnis waarvan beroep vernietigd en opnieuw rechtdoende de vrouw veroordeeld tot betaling van € 276.475,75 en de daarover verschuldigde wettelijke rente.

Het cassatiemiddel⁴

Het tegen het oordeel van het hof door de vrouw aangevoerde cassatiemiddel bevat vier onderdelen, waarvan het eerste onderdeel, dat in twee subonderdelen uiteenvalt, het belangrijkste is.

Het eerste onderdeel van het middel komt op tegen het oordeel van het hof dat de overeenkomsten uit 2007 als een echtscheidingsconvenant kunnen worden aangemerkt met daarin een finale verrekening ter afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden, als gevolg waarvan de nietigheidsvraag in het midden kan blijven. Het hof heeft daartoe het volgende overwogen (rov. 3.3, tweede alinea):

‘In de overeenkomst van 25 juni 2007, die kort voor de echtscheiding is gesloten en deel uitmaakt van de echtscheidingsbeschikking, en kort na de echtscheiding is aangevuld bij de overeenkomst van 16 augustus 2007, hebben partijen de vermogensrechtelijke gevolgen van de echtscheiding geregeld. Gezamenlijk behelzen deze overeenkomsten derhalve een echtscheidingsconvenant, waarin zij, gelet op de inhoud van de huwelijksvoorwaarden, het feit dat tijdens het huwelijk vóór de akte van 12 september 2003 geen uitvoering is gegeven aan de periodieke verrekeningsverplichting, waarvan zij zich blijkens de bewoordingen van die akte bewust waren, en het feit dat ook na die akte niet periodiek is afgerekend, een finale verrekening zijn overeengekomen ter afwikkeling van de huwelijksvoorwaarden. Ingevolge de artikelen 3:199 juncto 1:135 lid 2 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) is de regeling voor voortbouwende overeenkomsten van artikel 6:229 BW niet van toepassing op verrekening. De vraag of de overeenkomst van 12 september 2003 vanwege vormgebreken nietig is en de overeenkomsten van 25 juni 2007 en 16 augustus 2007 daarop voortbouwen en daarom vernietigbaar zijn kan derhalve in het midden blijven.’

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door de vrouw tegen het arrest van het hof gerichte cassatiemiddel in zijn vier onderdelen als volgt.

‘3.3.2 Onderdeel 1.1 klaagt dat de overeenkomsten van 2007 niet los kunnen worden gezien van de overeenkomst van 2003 en dat zij derhalve moeten worden gezien als voortbouwende overeenkomsten, zodat het hof niet in het midden had mogen laten of de overeenkomst van 2003 nietig is.

Deze klacht faalt. Nu het hof de regeling voor voortbouwende overeenkomsten van art. 6:229 BW – terecht, zoals hierna zal worden overwogen – niet van toepassing achtte, behoeft het niet in te gaan op het betoog van de vrouw dat de overeenkomsten van 2007 voortbouwden op de overeenkomst van 2003, omdat ook als van de juistheid daarvan zou worden uitgegaan, de gestelde nietigheid van de overeenkomst

van 2003 niet op de voet van art. 6:229 tot vernietigbaarheid van de overeenkomsten van 2007 zou leiden.

3.3.3 Onderdeel 1.2 klaagt dat het hof in de hiervoor aangehaalde overweging ten onrechte uitgaat van de toepasselijkheid van art. 1:135 lid 2 BW en art. 3:199 BW. Het betoogt in dit verband dat art. 1:132 lid 1 BW de, mede in art. 1:135 neergelegde, algemene regels voor verrekenbedingen slechts van toepassing verklaart op huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of van vermogen, terwijl de onderhavige huwelijkse voorwaarden slechts een periodiek verrekenbeding van inkomsten bevatten en geen verplichting bevatten om privé-eigendom van de vrouw te verrekenen. De klacht berust kennelijk op de opvatting dat in geval van huwelijkse voorwaarden die slechts een periodiek verrekenbeding van inkomsten bevatten, de algemene regels voor verrekenbedingen (art. 1:132-140 BW) niet van toepassing zijn op een echtscheidingsconvenant waarin vermogen verrekend wordt, zodat op die verrekening de art. 1:135 lid 2 en 3:199 niet van (overeenkomstige) toepassing zijn en vernietigbaarheid op de voet van art. 6:229 BW dus niet is uitgesloten.

Deze opvatting is onjuist. Zij ziet eraan voorbij dat de art. 1:132 e.v. BW niet uitsluitend van toepassing zijn op de verrekening van de vermogensbestanddelen waarvan in de huwelijksvoorwaarden is bepaald dat zij in een eventuele verrekening zullen worden betrokken, maar ook op de vermogensbestanddelen ten aanzien waarvan zulks nadien is overeengekomen. Het staat de partijen immers vrij om – al dan niet in de vorm van een echtscheidingsconvenant – nader overeen te komen dat bij een ontbinding van het huwelijk zal worden afgerekend alsof tussen hen een algehele gemeenschap bestond (vgl. HR 18 juni 2004, LJN AO7004, NJ 2004/399, rov. 4.2). Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof dan ook terecht art. 1:135 lid 2 BW en art. 3:199 BW van toepassing geacht.

3.4 Het tweede onderdeel klaagt in de kern dat art. 3:199 BW in dit geval toepassing mist omdat die bepaling enkel een beroep op dwaling uitsluit over de waarde van de te verdelen goederen en niet het beroep van de vrouw op dwaling omtrent het bestaan van een (algehele) gemeenschap. Daargelaten dat de vrouw zich in hoger beroep niet op dwaling heeft beroepen en dit niet voor het eerst in cassatie kan doen, faalt het onderdeel omdat het berust op een onjuiste, want te beperkte opvatting met betrekking tot de reikwijdte van art. 3:199 BW, zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 13.

3.5 Onderdeel 3 bouwt voort op de voorgaande onderdelen en deelt het lot daarvan. De in onderdeel 4 aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.’

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de vrouw en compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Noot

1 Huwelijkse voorwaarden versus echtscheidingsconvenant

Het lijkt op het eerste gezicht zo eenvoudig: het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant. Huwelijkse voorwaarden regelen immers de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk. Zij

4 Ontleend aan punt 3.3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

geven 'leefregels' voor de periode van het huwelijk. Het echtscheidingsconvenant regelt de vermogensrechtelijke gevolgen van de echtscheiding, zoals de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap of de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden (bijvoorbeeld de afwikkeling van de verrekenverplichting), de partneralimentatie en de pensioevening. Het convenant geeft 'leefregels' voor de periode na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood.⁵ Ik beperk mij hierbij tot de relatie tussen de ex-echtgenoten onderling. Uiteraard is in geval van aanwezigheid van minderjarige en jongmeerderjarige kinderen in het convenant ook de verplichting van de ex-echtgenoten jegens elkaar tot betaling van kinderalimentatie aan de orde, maar voor de bespreking van het onderhavige arrest is de relatie van de ex-echtgenoten tot genoemde kinderen niet van belang.

Bij nader inzien ligt het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant toch enigszins ingewikkelder en is er sprake van een grijs gebied: een grensgebied waarin het moeilijk is scherpe onderscheidingen tussen beide rechtsfiguren te maken. Gedurende de laatste tientallen jaren is het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant verder verwaterd.⁶

2 De wetgever in Boek 1 BW en in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding

Aan deze 'verwatering' heeft de wetgever zelf in belangrijke mate bijgedragen. Zo heeft hij het in voetnoot 6 eerstgenoemde arrest (*Stramproy / Lelystad*) gecodificeerd in artikel 1:100 lid 1 BW. Deze bepaling houdt in dat de echtgenoten in beginsel een gelijk aandeel hebben in de ontbonden huwelijksgemeenschap. Voor zover het gaat om ontbinding van de huwelijksgemeenschap door indiening van het verzoek tot echtscheiding (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder b, BW), zou men verwachten dat de aanstaande ex-echtgenoten van deze hoofdregel alleen kunnen afwijken bij echtscheidingsconvenant, in de terminologie van de wetgever: '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'. Dit is echter niet het geval, want zij kunnen ook anders bepa-

len bij huwelijkse voorwaarden. Huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant zijn dus volstrekt gelijkwaardig als mogelijkheid om af te wijken van de hoofdregel van artikel 1:100 lid 1 BW.⁷ Soortgelijke voorbeelden treft men aan in de artikelen 2 lid 1, 3a lid 4, 4 lid 1, 5 lid 1 en 11 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.⁸ Deze wet is van regelen of aanvullend recht en een typische scheidingswet.⁹ Daarom zou men ook hier verwachten dat afwijking slechts bij echtscheidingsconvenant is toegestaan, maar dit is niet het geval. Laatstgenoemde bepalingen houden immers alle vijf in dat afwijking van de desbetreffende bepaling is toegestaan 'bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding'. Ook hier zijn huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant dus volstrekt gelijkwaardig als mogelijkheid om af te wijken van de genoemde artikelen van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Het enige verschil tussen de 'definitie' van het (echt)scheidingsconvenant in het BW en die van het convenant in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding is gelegen in het in artikel 1:100 lid 1 BW voorkomende woord 'aanstaande', dat in de genoemde bepalingen van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding ontbreekt. Anders gezegd: in de omschrijving van het BW moet de scheiding 'aanstaande' zijn, het moet gaan om een 'voorgenomen' echtscheiding; 'met het oog op' mag hier dus mede worden verstaan als 'in het zicht van' (onder punt 5 kom ik hierop terug bij de bespreking van het onderhavige arrest).

3 De literatuur

Ook in de literatuur is de verwatering van het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant onderkend. Huwelijkse voorwaarden regelen allang niet meer uitsluitend de periode van het huwelijk. Integendeel: een groot gedeelte van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden regelt de vermogensrechtelijke gevolgen van de ontbinding van het huwelijk, hetzij door echtscheiding, hetzij door overlijden, zodat er sprake is van *afwikkeling*, die men – althans wat de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding betreft – eerder in een echtscheidingsconvenant zou verwachten. Ik hoef in dit verband alleen maar te wijzen op het finaal verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden met werking in geval

5 Uiteraard geldt hetzelfde voor het geregistreerd partnerschap. Voor 'huwelijkse voorwaarden' leze men dan 'partnerschapsvoorwaarden' of – minder gebruikelijk – 'registratievoorwaarden' en voor 'echtscheidingsconvenant' leze men dan 'scheidingsconvenant', met dien verstande dat scheiding van tafel en bed niet aan de orde is in geval van een geregistreerd partnerschap (art. 1:80b BW). Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 7, nr. 70-74a.

6 Ingezet met HR 26 januari 1979, LjN: AC6480, NJ 1980, 19 (concl. A-G Th.B. ten Kate), m.nt. E.A.A. Luijten (soms – naar de woonplaats van partijen – aangeduid met de roepnaam

Stramproy / Lelystad). Zie in dit verband ook HR 18 mei 1979, LjN: AC6583, NJ 1980, 5 (concl. A-G J. Rammelink), m.nt. E.A.A. Luijten (*geen nietige alimentatieovereenkomst*), HR 7 maart 1980, LjN: AB7449, NJ 1980, 363 (concl. A-G J.K. Franx), m.nt. E.A.A. Luijten (*afstand van alimentatie I*), HR 23 september 1983, LjN: AG4648, NJ 1984, 544 (concl. P-G W.J.M. Berger), m.nt. E.A.A. Luijten (*huwelijkse voorwaarden in extremis*) en HR 12 januari 1996, LjN: ZC1959, NJ 1996, 352 (concl. A-G J.B.M. Vranken) (*afstand van alimentatie II*). Wat de literatuur betreft verdient naast de bekende huwelijksvermogensrechtelijke hand- en studieboeken over dit onderwerp vooral de aandacht E.A.A. Luijten en J.A.M.P. Keijser, *Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding* (preadviezen uitgebracht voor de Vereniging

voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1989.

7 Zie hierover ook HR 27 juni 2003, LjN: AF7541, NJ 2003, 524 (concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense), AA 2004, p. 36-39, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20040036 (*verdeling ontbonden huwelijksgemeenschap anders dan bij helfte?*).

8 Wet van 28 april 1994, Stb. 1994, 342, in werking getreden op 1 mei 1995, tot vaststelling van regels met betrekking tot de verevening van pensioenrechten bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed (Wet verevening pensioenrechten bij scheiding) en daarmee verband houdende wijzigingen in andere wetten.

9 Zie immers de in de vorige voetnoot opgenomen omschrijving en citeertitel van de wet.

van echtscheiding en overlijden (art. 1:142 en 143 jis. art. 1:132-140 BW). Het is vooral mijn Nijmeegse collega F. Schols geweest, die aandacht voor dit fenomeen heeft gevraagd.¹⁰ Hij vraagt zich af waarvoor de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden primair dient. Zijn antwoord luidt: voor het regelen van de gevolgen van het einde van het huwelijk door *echtscheiding*. Hij noemt als onderdelen van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden in volgorde van belang: (1) echtscheiding, (2) overlijden, (3) ‘tijdens de rit’ en (4) verhaal/crediteuren. Ik denk dat hij hierin gelijk heeft, mede gelet op de ontwikkelingen van de afgelopen 30 jaar in de notariële praktijk en de jurisprudentie, in het bijzonder die van de Hoge Raad over periodieke en/of finale verrekenbedingen. Want laten wij eerlijk zijn: formeel gaat het hierbij om huwelijksvermogensrecht (afdeling 1.8.2 BW), maar materieel is toch in feite echtscheidingsrecht aan de orde. Niet-nageleefde periodieke verrekenbedingen worden van rechtswege geconverteerd in finale verrekenbedingen (art. 1:141 lid 1 BW), die vervolgens ter gelegenheid van de echtscheiding worden afgewikkeld. Hetzelfde verschijnsel, te weten dat het formeel gaat om huwelijksvermogensrecht, maar materieel om echtscheidingsrecht, doet zich sinds 1 januari 2012 – de datum van inwerkingtreding van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen¹¹ – voor in geval van toepassing van de leer der economische deelgerechtigdheid (art. 1:87 BW). Dit is formeel een bepaling van huwelijksvermogensrecht (titel 1.6 BW), maar in de rechtspraak zal zij toch vooral in de situatie van echtscheiding tot toepassing komen. Redelijkheid en billijkheid zullen zich immers meestal verzetten tegen een aanspraak uit hoofde van dit artikel, voor zover deze eerder dan ter gelegenheid van de echtscheiding geldend wordt gemaakt. Ten slotte zal dit laatste veelal eveneens het geval zijn bij het bestaan van ‘reprises’ en ‘récompenses’ (de vergoedingsrechten van art. 1:96 leden 3 en 4 BW). Ook daarmee bestoken echtgenoten elkaar doorgaans niet tijdens hun huwelijk, maar pas na het einde daarvan door echtscheiding. Uiteraard kan het hierbij ook gaan om de ene echtgenoot en de erfgenamen van de andere echtgenoot ingeval het huwelijk door overlijden van laatstgenoemde is geëindigd.

4 De Hoge Raad in het onderhavige arrest

In deze procedure heeft de vrouw zich op het standpunt gesteld dat de overeenkomst van 12 september 2003 de eerdere huwelijkse voorwaarden van 1986 wijzigt en dus zelf materieel een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is, zodat op straffe van nietigheid een notariële akte (art. 1:115 lid 1 BW) en goedkeuring van de rechtbank (art. 1:119 BW oud) zijn vereist. Nu deze ontbreken, is de overeenkomst van 12 september 2003 nietig en zijn de daarop voortbouwende overeenkomsten van 25 juni 2007

en 16 augustus 2007 vernietigbaar (art. 6:229 BW). Op zichzelf is dit helemaal geen merkwaardige redenering. Integendeel: zij klinkt zelfs zeer plausibel. De Hoge Raad volgt echter een geheel andere redenering.

De artikelen 1:132 e.v. BW zijn volgens de Hoge Raad niet alleen van toepassing op bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen verrekenverplichtingen, maar ook op bij echtscheiding – al dan niet in de vorm van een echtscheidingsconvenant – overeengekomen verrekenverplichtingen (rechtsoverweging 3.3.3). Men mag artikel 1:132 lid 1 BW dus niet *a contrario* aldus uitleggen, dat afdeling 1.8.2 BW (art. 1:132-143 BW) niet van toepassing is op echtscheidingsconvenanten die een of meer verplichtingen tot verrekening van inkomsten of van vermogen inhouden. Dit betekent dat ook de schakelbepaling van artikel 1:135 lid 2 BW van toepassing is op bij echtscheiding(sconvenant) overeengekomen verrekenverplichtingen, hetgeen neerkomt op het van overeenkomstige toepassing zijn van de artikelen 3:181, 183 en 195-200 BW op de verrekening. Van belang is dan vooral artikel 3:199 BW, dat de artikelen 6:228-230 BW betreffende de algemene, voor obligatoire overeenkomsten geldende dwalingsregeling en de voortbouwende overeenkomst *uitschakelt*. Een artikel dat juist is *ingeschakeld*, is de bijzondere dwalingsregeling van artikel 3:196 BW. Een verdeling – dus ook een verrekening – is vernietigbaar op grond van dwaling omtrent de waarde, bijvoorbeeld ten gevolge van een onjuiste taxatie, waardoor een benadeling voor meer dan een vierde gedeelte is ontstaan (de zogenaamde *laesio enormis*, buitensporige benadeling). De Hoge Raad behoeft dus evenmin als het hof in te gaan op het betoog van de vrouw dat de overeenkomsten van 2007 voortbouwden op de overeenkomst van 2003: ook als van de juistheid daarvan zou worden uitgegaan, zou de door de vrouw gestelde nietigheid van de overeenkomst van 2003 niet op de voet van artikel 6:229 BW tot vernietigbaarheid van de overeenkomsten van 2007 leiden (rechtsoverweging 3.3.2).

Overigens heeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4 terecht korte metten gemaakt met het tweede onderdeel van het cassatiemiddel, waarin wordt gesteld dat artikel 3:199 BW enkel een beroep op dwaling uitsluit over de waarde van de te verdelen goederen. Dit standpunt is onjuist, want dit artikel sluit de artikelen 6:228-230 BW in hun geheel uit. Het beroep van de vrouw op dwaling omtrent het bestaan van een (algehele) gemeenschap is volstrekt irrelevant, niet alleen omdat zij zich in hoger beroep niet op dwaling heeft beroepen en dit niet voor het eerst in cassatie kan doen, maar ook omdat dwaling in dit verband alleen relevant is voor zover zij binnen het kader van artikel 3:196 BW valt, zoals ik hierboven heb uiteengezet. Nergens is gesteld of gebleken dat aan de vereisten van deze *lex specialis* (ten opzichte van de *lex generalis* van de art. 6:228-230 BW) is voldaan.

¹⁰ F.W.J.M. Schols, ‘Er was eens ... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren. Enkele gedachten betreffende de opzet van en

de creativiteit met huwelijkse voorwaarden’, *WPNR* 2010-6860, p. 754-759, in het bijzonder p. 756, punt 3.2, over de functie van huwelijkse

voorwaarden.
¹¹ Zie voetnoot 3.

5 Hoe moet de overeenkomst van 12 september 2003 worden gekwalificeerd?

Naar mijn mening is de overeenkomst van 12 september 2003 een voorwaardelijk echtscheidingsconvenant. De passage 'Indien ondergetekenden te eniger tijd uit elkaar mochten gaan' maakt duidelijk dat de echtgenoten hier weliswaar niet contracteren 'in het zicht van' de echtscheiding, maar wél 'met het oog op' de echtscheiding. Op laatstgenoemde datum was de echtscheiding nog niet voorgenomen, dus nog niet aanstaande. Zodra de echtscheiding is gerealiseerd, is de voorwaarde voor het in werking treden van de overeenkomst, houdende een finaal verrekenbeding, vervuld. Vandaar dat ik spreek over een voorwaardelijk echtscheidingsconvenant. Het hof heeft in rechtsoverweging 3.3, tweede alinea, van zijn arrest (door de Hoge Raad geciteerd in rechtsoverweging 3.3.1) de beide overeenkomsten van 25 juni 2007 en 16 augustus 2007 gezamenlijk gekwalificeerd als een echtscheidingsconvenant. Nu gaat het wél om een onvoorwaardelijk echtscheidingsconvenant. Op 25 juni 2007 was de echtscheiding (die een feit was op 16 augustus 2007) in zicht, dus aanstaande. Op 16 augustus 2007 was de echtscheiding zelfs al twee dagen eerder tot stand gekomen. Er zitten in de onderhavige procedure dus bijna vier jaren tussen het voorwaardelijke echtscheidingsconvenant en het onvoorwaardelijke echtscheidingsconvenant. Mijns inziens is de overeenkomst van 12 september 2003 zowel naar de inhoud als naar de vorm rechtsgeldig. Ook voor een voorwaardelijk echtscheidingsconvenant behoeft de vorm van de notariële akte, die de wetgever voor huwelijkse voorwaarden voorschrijft in artikel 1:115 lid 1 BW, niet te worden in acht genomen. De wetgever hanteert geen uniforme definitie van het echtscheidingsconvenant in Boek 1 BW en in de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, zoals ik hierboven aan het slot van punt 2 al heb aangegeven. In de definitie van artikel 1:100 lid 1 BW moet de ontbinding van de huwelijksgemeenschap (door indiening van het verzoek tot echtscheiding) 'aanstaande' zijn, maar in de artikelen 2 lid 1, 3a lid 4, 4 lid 1, 5 lid 1 en 11 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding ontbreekt dit woord en volstaat de wetgever met de woorden 'met het oog op de scheiding'. Men kan dus niet volhouden dat de overeenkomst van 12 september 2003 geen echtscheidingsconvenant is, enkel en alleen omdat de

echtscheiding nog zo ver weg is, dus nog niet aanstaande is, met andere woorden: de echtgenoten zich nog niet hebben voorgenomen te gaan scheiden. Laatstgenoemde overeenkomst is wél een echtscheidingsconvenant, zij het voorwaardelijk.

6 Conclusie

Ik onderschrijf het oordeel van de Hoge Raad in het onderhavige arrest. In de literatuur is dit standpunt al eerder ingenomen. Zo schrijven Luijten en Meijer in 2005 in het kader van de behandeling van artikel 1:135 lid 1 BW, dat inhoudt dat de verrekening van inkomsten of van vermogen bij helfte geschiedt, dat zij aannemen dat ook voor deze verrekening bij helfte volgens de huwelijkse voorwaarden geldt dat men hiervan bij echtscheidingsconvenant kan afwijken, hoewel de wet hierover met betrekking tot de verrekenbedingen zwijgt.¹² De wet bepaalt immers alleen bij de regeling van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap in artikel 1:100 lid 1 BW dat afwijking van de hoofdregel dat de echtgenoten een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap hebben, mogelijk is bij huwelijkse voorwaarden of bij echtscheidingsconvenant. Deze regel ontbreekt in artikel 1:135 lid 1 BW voor verrekenbedingen, maar ik ben het met genoemde auteurs eens dat hier hetzelfde heeft te gelden als in artikel 1:100 lid 1 BW.

Het onderhavige arrest is wederom een bevestiging dat het onderscheid tussen huwelijkse voorwaarden en echtscheidingsconvenant in toenemende mate verwatert. Huwelijkse voorwaarden regelen steeds meer en steeds vaker echtscheidingsrechtelijke aangelegenheden,¹³ terwijl de echtgenoten in hun – al dan niet voorwaardelijk – echtscheidingsconvenant hun huwelijkse voorwaarden kunnen wijzigen, aanvullen en/of nader uitwerken. Ik stel dan ook (bij gebreke van partijnamen) voor om dit arrest de roepnaam *verwateringsarrest* mee te geven.

Ten slotte merk ik nog op dat mijn Groningse collega Verstappen het onderhavige arrest in de *NJ* heeft geannoteerd.¹⁴ Hij gaat in zijn noot onder meer in op het arrest van de Hoge Raad uit 2004, waarnaar de Hoge Raad ook zelf verwijst aan het slot van rechtsoverweging 3.3.3 van het onderhavige arrest. Ik heb hierboven geen aandacht meer aan het arrest uit 2004 besteed, omdat ik dit arrest al eerder in dit tijdschrift heb geannoteerd.¹⁵ ■

12 E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte: Huwelijksgoederenrecht* (bewerking van Klaassen-Eggens), Deventer: Kluwer 2005, nr. 626.

13 Zie voetnoot 10.

14 *NJ* 2012, 422, m.nt. L.C.A. Verstappen.

15 HR 18 juni 2004, LJN: AO7004, *NJ* 2004, 399 (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent), *AA* 2005,

p. 472-477, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20050472 (*huwelijkse voorwaarden en daarvan afwijkend, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten*).