

# Samenlevingsovereenkomst vernietigbaar op grond van dwaling?

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:416 (mrs. E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spangens, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion en G. de Groot; A-G mr. M.H. Wissink)

Vordering tot vernietiging samenlevingsovereenkomsten. Titel 6.5 BW in beginsel van overeenkomstige toepassing (art. 6:216 BW). Voor zover overeenkomst vermogensrechtelijke onderwerpen regelt, staat aard van overeenkomst niet aan beroep op dwaling (art. 6:228 BW) in de weg. Vrijheid om hoogstpersoonlijke informatie (waaronder informatie over gevoels- en liefdesleven, in dit geval vreemdgaan) niet met partner te delen. Schending mededelingsplicht ter zake niet snel aan te nemen. Bijzondere, door dwalende aannemelijk te maken, omstandigheden kunnen dit anders maken. Sterk met feiten en inhoud van overeenkomst verweven oordeel.

## De feiten<sup>1</sup>

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- 1 De vrouw en de man hebben een affectieve relatie met elkaar gehad. Vanaf 1986 hebben zij samengewoond, vanaf 1996 in een woning die eigendom was van de man. Uit hun relatie zijn drie kinderen geboren. Eind augustus 2007 is de relatie beëindigd.
- 2 In april 1999 en in april 2004 hebben de vrouw en de man huwelijkse voorwaarden in een notariële akte doen opnemen. Bij notariële akte van 5 april 2004 is onder meer bepaald dat geen gemeenschap van goederen zal bestaan, overgespaarde inkomsten jaarlijks moeten worden verrekend en in geval van echtscheiding zal worden afgerekend alsof partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd. Verder bevatten de voorwaarden een regeling tot verrekening van de waardestijging van aandelen/ondernemingswinst, een bepaling over

pensioenverevening en afspraken met betrekking tot verrekening van de waarde van de echtelijke woning.

- 3 Op 3 augustus 2004 hebben de vrouw en de man een samenlevingsovereenkomst gesloten, waarin zij de bepalingen uit de huwelijkse voorwaarden voor zover mogelijk van overeenkomstige toepassing hebben verklaard. De samenlevingsovereenkomst is vervangen door een samenlevingsovereenkomst die is vastgelegd in een notariële akte van 29 april 2005.

## Het geding in feitelijke instanties<sup>2</sup>

De man heeft in conventie, voor zover in cassatie van belang, vernietiging van de hiervoor onder 3 genoemde samenlevingsovereenkomsten gevorderd wegens dwaling. De vrouw heeft in reconventie nakoming van de samenlevingsovereenkomsten gevorderd.

De rechtbank heeft de vorderingen in conventie afgewezen, in reconventie een comparitie van partijen gelast en iedere verdere beslissing aangehouden.

Het hof heeft het vonnis in conventie vernietigd en beide samenlevingsovereenkomsten op grond van dwaling vernietigd. Daartoe heeft het hof, samengevat, als volgt overwogen.

De vrouw en de man hebben al vanaf 1980 een affectieve relatie. Door het sluiten van de samenlevingsovereenkomst op 3 augustus 2004 is de vrouw in een betere positie komen te verkeren dan daarvoor. (rov. 5.13) Partijen hadden geen open relatie, in die zin dat tussentijdse affaires met derden normaal of geaccepteerd waren. Beide partijen hebben wel een zodanige relatie gehad, de man kennelijk rond 1992 en de vrouw in 2003 en 2004. Ook zijn partijen

1 Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad. Ter wille van de leesbaarheid heb ik overal 'eiseres',

'verweerder' en 'betrokkene 1' vervangen door respectievelijk 'de vrouw', 'de man' en 'de derde'.

2 Ontleend aan punt 3.2 (onder *Beoordeling van het*

*middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

het erover eens dat, nadat de relatie tussen de vrouw en de derde voor de eerste keer was verbroken, partijen meerdere gesprekken hebben gevoerd om een en ander te evalueren en om te bespreken hoe zij de toekomst zagen. Na verloop van tijd hebben partijen besloten om gezamenlijk door te gaan. (rov. 5.14) Het hof acht bewezen dat de vrouw en de derde in ieder geval een relatie hebben gehad vanaf augustus 2003 tot en met 31 december 2003 en ook in ieder geval in juni tot eind juli 2004. (rov. 5.15-5.16) Tussen eind juli 2004 en de ondertekening van de eerste samenlevingsovereenkomst zitten slechts enkele dagen. Gezien de stellingen van partijen, dat meerdere en uitvoerige gesprekken hebben plaatsgevonden na de eerste beëindiging van de relatie tussen de vrouw en de derde, kan het hof de stelling van de vrouw dat zij de man in die korte periode heeft geïnformeerd omtrent de hervatting en beëindiging van haar relatie met de derde, waarna binnen enkele dagen een eerste samenlevingsovereenkomst wordt getekend, niet volgen. In hoger beroep heeft zij geen bewijs van deze stelling aangeboden en het hof ziet geen aanleiding de vrouw ambtshalve hiertoe toe te laten, zodat zij niet wordt toegelaten tot het leveren van bewijs van haar stelling. Het hof stelt derhalve rechtens vast dat de samenlevingsovereenkomst van 3 augustus 2004 is gesloten op een tijdstip dat de man niet op de hoogte was van de hervatting van de relatie van de vrouw met de derde. (rov. 5.17)

Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat de man onder invloed van dwaling de samenlevingsovereenkomst van 3 augustus 2004 is aangegaan. Nadat de relatie tussen de vrouw en de derde voor het eerst was verbroken, eind december 2003, hebben partijen immers wegens de impact op hun relatie uitvoerig bij de consequenties daarvan stilgestaan. Alvorens de eerste samenlevingsovereenkomst werd gesloten, had de vrouw de man derhalve moeten inlichten over de hervatting van de relatie met de derde. Het is evident dat de man bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet op dat moment en niet met dezelfde inhoud zou hebben gesloten. (rov. 5.18)

Nu niet is gebleken dat ten tijde van het sluiten van de tweede samenlevingsovereenkomst op 29 april 2005 de omstandigheden anders waren en deze samenlevingsovereenkomst kennelijk slechts om logistieke redenen is vastgesteld en in wezen slechts een herformulering is van hetgeen partijen al eerder waren overeengekomen, volgt deze het lot van de eerste samenlevingsovereenkomst. (rov. 5.18)

### Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen als volgt.

3.3.1 Onderdeel 1.1 is gericht tegen de verwerping door het hof van de stelling van de vrouw dat zij de man tussen eind juli 2004 en 3 augustus 2004 heeft ingelicht over de hervatting en beëindiging van de relatie met de derde, en tegen het oordeel dat de vrouw geen bewijs van haar stelling heeft aangeboden (rov. 5.17). Volgens het onderdeel zijn deze oordelen onjuist of onbegrijpelijk, aangezien die stelling een betwisting inhoudt van de door de man gestelde onjuiste voorstelling van zaken, waarvan de bewijslast op de man rust.

3.3.2 Aan het bestreden oordeel gaat vooraf dat het hof heeft vermeld dat in geschil is of sprake is van dwaling bij de totstandkoming van de samenlevingsovereenkomsten (rov. 5.2). De door het hof samengevatte stellingen van de man komen erop neer dat hij de samenlevingsovereenkomsten onder invloed van dwaling heeft gesloten doordat hem niet bekend was dat de relatie tussen de vrouw en de derde was hervat, en hij deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten.

Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat de vrouw die stellingen van de man onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, waar het heeft overwogen dat het de door het onderdeel aangehaalde stelling van de vrouw niet kan volgen en heeft vastgesteld dat de samenlevingsovereenkomst van 3 augustus 2004 is gesloten op een tijdstip dat de man niet op de hoogte was van de hervatting van de relatie van de vrouw met de derde (rov. 5.17).

In dit oordeel ligt het – juiste – uitgangspunt besloten dat de bewijslast ter zake van de door de man gestelde dwaling op hem rust. Hetgeen het hof daarna heeft overwogen omtrent het bewijsaanbod van de vrouw, kan niet tot een ander oordeel leiden. Voor bewijsoverlevering door de vrouw was naar het oordeel van het hof geen plaats, omdat zij de stellingen van de man onvoldoende gemotiveerd had betwist.

Het onderdeel faalt.

3.4 Onderdeel 1.5 klaagt dat, voor zover het hof in rov. 5.17 heeft geoordeeld dat op de vrouw een mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW rustte in verband met de hervatting en beëindiging van haar relatie met de derde, dit oordeel onjuist en/of onbegrijpelijk is. De onderdelen 2.1 en 2.2 betogen onder meer dat in het oordeel dat de man de eerste samenlevingsovereenkomst is aangegaan onder invloed van dwaling (rov. 5.18), niet of onvoldoende is betrokken hetgeen partijen met het aangaan van de eerste samenlevingsovereenkomst over en weer hebben beoogd. Onderdeel 2.3 voert onder meer aan dat in het licht van de door de vrouw gestelde partijbedoeling onjuist of onbegrijpelijk is dat het hof heeft geoordeeld dat de vrouw de man over de hervatting van de relatie met de derde had moeten inlichten. Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.5.1 Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt het volgende vooropgesteld.

3.5.2 Indien partijen (gaan) samenleven en zij de rechtsgevolgen daarvan regelen in een samenlevingsovereenkomst, is op die overeenkomst in beginsel Titel 5 van Boek 6 BW van overeenkomstige toepassing (art. 6:216 BW). Voor zover de in de overeenkomst geregelde onderwerpen van niet-vermogensrechtelijke aard zijn, kan de aard van de overeenkomst meebrengen dat zij in zoverre niet kan worden vernietigd op grond van dwaling (art. 6:228 lid 2 BW). Voor zover de in de overeenkomst geregelde onderwerpen van vermogensrechtelijke aard zijn, verzet de aard van de overeenkomst zich niet tegen de mogelijkheid van een zodanige vernietiging.

3.5.3 In een affectieve relatie zijn partijen in beginsel vrij om te bepalen in hoeverre hoogstpersoonlijke informatie, waaronder informatie over het gevoels- en liefdesleven, wordt gedeeld met de partner. Indien bij het sluiten van een samenlevingsovereenkomst de ene partner aan de andere hoogstpersoonlijke informatie als zojuist bedoeld niet mededeelt, en voor zover de aard van de overeenkomst (dan wel van het gedeelte daarvan dat de andere partner op grond van dwaling wenst te vernietigen) zich niet tegen de mogelijkheid van een zodanige vernietiging verzet, heeft het volgende te gelden. Het antwoord op de vraag of de samenlevingsovereenkomst in een zodanig geval vernietigbaar is wegens dwaling, is ervan afhankelijk of de andere partner feiten en omstandigheden stelt (en zo nodig bewijst) op grond waarvan moet worden aangenomen dat deze de samenlevingsovereenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten, en dat de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, die andere partner had behoren in te lichten. Uit

het vorenoverwogene volgt dat aan deze laatste eis in gevallen als hier bedoeld niet spoedig is voldaan, maar dat dit in bijzondere, door de dwalende aannemelijk te maken, omstandigheden anders kan zijn. In verband met dat laatste valt te denken aan informatie waarvan de juistheid en volledigheid, naar de ene partner weet of behoort te begrijpen, in de bijzondere omstandigheden van het geval voor de andere partner essentieel zijn voor de beslissing de samenlevingsovereenkomst te sluiten, ondanks het hoogstpersoonlijke karakter van die informatie.

3.5.4 Aldus is het antwoord op de vraag of het niet mededelen van hoogstpersoonlijke informatie bij het sluiten van een samenlevingsovereenkomst, tot vernietiging wegens dwaling kan leiden, sterk verweven met de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval. Het oordeel van de feitenrechter daaromtrent is derhalve in cassatie slechts in beperkte mate op juistheid te onderzoeken.

3.6 Volgens de door het hof weergegeven stellingen van de man (rov. 5.3-5.8) heeft hij aangevoerd dat voor hem bij het sluiten van de hiervoor in 3.1 onder (iii) vermelde samenlevingsovereenkomsten, die de vrouw financieel in een aanmerkelijk betere positie brachten, in de bijzondere omstandigheden van het geval essentieel was dat de relatie van de vrouw met de derde was geëindigd, alsmede dat voor de vrouw kenbaar was dat dit voor hem essentieel was.

De vaststellingen omtrent de feitelijke gang van zaken waartoe het hof in rov. 5.13-5.17 is gekomen, zijn niet onbegrijpelijk. Het oordeel van het hof in rov. 5.18 komt erop neer dat die vaststellingen in de bijzondere omstandigheden van dit geval – in het bijzonder de uitvoerige gesprekken die partijen hebben gevoerd voordat zij besloten met elkaar verder te gaan na de eerste beëindiging van de relatie tussen de vrouw en de derde in december 2003 – tot de gevolgtrekking leiden dat de vrouw voorafgaand aan de totstandkoming van de eerste samenlevingsovereenkomst aan de man had moeten mededelen dat haar relatie met de derde tot kort voordien hervat was geweest, dat de vrouw die mededeling niet heeft gedaan, en dat ook aan de overige vereisten voor dwaling is voldaan, zodat het beroep op dwaling slaagt. Dit oordeel geeft geen blijk van miskennis van hetgeen hiervoor in 3.5.2-3.5.3 is overwogen, geeft ook anderszins geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voor het overige verweven met waarderings van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk. De onderdelen falen derhalve.

3.7 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.<sup>7</sup>

## De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het beroep van de vrouw en compenseert de proceskosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## Noot

### 1 Inleiding

Het samenleven zonder huwelijk of geregistreerd partnerschap, de zogenaamde informele relatie, komt steeds vaker voor en leidt ook steeds vaker tot juridische procedures, in het bijzonder bij de feitelijke scheiding van de ongehuwde en ongeregistreerde partners. Het standaard-arrest is nog steeds het arrest van de Hoge Raad van 2006,<sup>3</sup> maar ook zijn vrij recente arrest van 2012 mag hier zeker niet onvermeld blijven.<sup>4</sup> In het onderhavige arrest van 2014 gaat het om de vraag of een samenlevingsovereenkomst kan worden vernietigd op grond van dwaling in de zin van artikel 6:228 BW.

### 2 Obligatoire overeenkomsten en andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen

De vernietigbaarheid op grond van dwaling in de zin van artikel 6:228 BW geldt in beginsel slechts voor obligatoire of verbintenisscheppende overeenkomsten in de zin van artikel 6:213 lid 1 BW. De schakelbepaling van artikel 6:216 BW breidt echter de toepasselijkheid van de artikelen 6:213 tot en met 260 BW, waaronder dus ook de dwaling van artikel 6:228 BW valt, uit tot 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen'.<sup>5</sup> Met 'andere' worden andere rechtshandelingen dan de obligatoire overeenkomsten van artikel 6:213 lid 1 BW bedoeld. Hierbij kan men in het bijzonder denken aan overeenkomsten van huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden in de zin van de artikelen 1:114 e.v. in verbinding met artikel 1:80b BW. Zo vernietigde de Hoge Raad in 2005 een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden op grond van dwaling, overigens zonder artikel 6:216 BW in dat geval met name te noemen.<sup>6</sup> Ook kan men denken aan het (echt)scheidingsconvenant, voor zover hierin vermogensrechtelijke aangelegenheden zijn geregeld. Artikel 6:216 BW heeft naar mijn mening geen betekenis voor het ouderschapsplan, omdat dit geen familievermogensrechtelijke overeenkomst is, althans niet primair, maar slechts een familierechtelijke overeenkomst. Slechts indirect gaat het hier om vermogensrechtelijke aspecten, te weten voor zover de kinderalimentatie aan de orde is (art. 815 lid 3, aanhef en onder c, Rv).<sup>7</sup>

3 HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX1571 (concl. A-G F.F. Langemeijer), *NJ* 2006/521; AA 2007-01, p. 58-65, m.nt. A.J.M. Nuytinck, [AA20070058](#) (*ex-samenuwoners, uitleg van hun samenlevingsovereenkomst en vergoedingsrechten*).

4 HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9539 (concl. A-G M.H. Wissink), *NJ* 2012/364 (*beëindiging affectieve relatie zonder samenlevingscontract*).

5 Sinds 1 april 2014 heeft art. 6:216 BW een correctie ondergaan: het hoofdtelwoord 'drie' is vervangen door 'vier'. De wetgever beoogt te verwijzen naar de afdelingen 6.5.1 tot en met

6.5.4 BW (art. 6:213 tot en met 260 BW). Toen afdeling 6.5.2A BW (art. 6:230a tot en met 230f BW) betreffende informatie over dienstverrichters en hun diensten naar aanleiding van de Dienstenrichtlijn op 28 december 2009 in werking trad, klopte de verwijzing in art. 6:216 BW naar het aantal afdelingen binnen titel 6.5 BW niet meer. Ruim vier jaar later wordt deze fout hersteld. Zie de Wet van 27 november 2013, *Stb.* 2013, 486, in werking getreden op 1 april 2014 blijkens het Besluit van 20 maart 2014, *Stb.* 2014, 134.

6 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8238 (concl. P-G A.S. Hartkamp), *NJ* 2006/99;

AA 2006-01, p. 46-51, m.nt. A.J.M. Nuytinck, [AA20060046](#) (*vernietiging van huwelijkse voorwaarden, houdende 'koude uitsluiting', op grond van dwaling: Zeeuwse huwelijkse voorwaarden*).

7 Zie hierover HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407 (concl. A-G F.F. Langemeijer), *NJ* 2010/398, m.nt. S.F.M. Wortmann; AA 2010-09, p. 601-605, m.nt. A.J.M. Nuytinck, [AA20100601](#) (*Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding en overgangsrecht*), in het bijzonder AA 2010-09, p. 603-604, punt 1 (Ouderschapsplan).

In dit licht begrijp ik de tweede volzin van rechtsoverweging 3.5.2 van het arrest van de Hoge Raad niet goed. Hij overweegt: ‘Voor zover de in de overeenkomst geregelde onderwerpen van niet-vermogensrechtelijke aard zijn, kan de aard van de overeenkomst meebrengen dat zij in zoverre niet kan worden vernietigd op grond van dwaling (art. 6:228 lid 2 BW)’. Zelf zou ik als volgt willen redeneren: voor zover de in de (samenlevings)overeenkomst geregelde onderwerpen van niet-vermogensrechtelijke aard zijn, komt men niet toe aan vernietigbaarheid op grond van dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 BW. Laatstgenoemde bepaling is immers alleen van toepassing op vermogensrechtelijke rechtshandelingen, hetzij rechtstreeks voor zover het om een obligatoire overeenkomst gaat (art. 6:213 lid 1 BW), hetzij analogisch voor zover het om een andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling gaat (art. 6:216 BW). Als het om een niet-vermogensrechtelijke rechtshandeling gaat, is vernietiging op grond van dwaling slechts mogelijk als de wetgever hiervoor een bijzondere voorziening heeft getroffen, zoals bijvoorbeeld in artikel 1:71 lid 2 BW in geval van vernietiging van het huwelijk, een familierechtelijke – dus geen familie*vermogensrechtelijke* – overeenkomst, en wel op grond van dwaling van de ene echtgenoot in de identiteit van de andere echtgenoot of omtrent de betekenis van de door de ene echtgenoot afgelegde verklaring. Artikel 1:71 lid 2 BW is dan ook te beschouwen als een ‘lex specialis’ ten opzichte van artikel 6:228 BW. Blijkbaar komt de Hoge Raad in geval van een niet-vermogensrechtelijke rechtshandeling wél aan dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 BW toe, maar kan volgens hem in dat geval vernietiging op grond van dwaling zijn uitgesloten, omdat de dwaling in verband met de aard van de overeenkomst voor rekening van de dwalende behoort te blijven als bedoeld in artikel 6:228 lid 2 BW. Dit lijkt mij op z’n zachtst gezegd een merkwaardige redenering. Met de derde volzin van rechtsoverweging 3.5.2 van het arrest van de Hoge Raad – ‘Voor zover de in de overeenkomst geregelde onderwerpen van vermogensrechtelijke aard zijn, verzet de aard van de overeenkomst zich niet tegen de mogelijkheid van een zodanige vernietiging’ – ben ik het overigens helemaal eens, omdat deze recht doet aan de schakelbepaling van artikel 6:216 BW, in het bijzonder de ontsnapingsclausule, waarmee ik bedoel de passage ‘voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet’.

Gaat het om andere wilsgebreken dan dwaling, bijvoorbeeld om bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden, dan kunnen vermogensrechtelijke rechtshandelingen, dus niet alleen huwelijkse voorwaarden en partnerschapsvoorwaarden, maar ook samenlevingscontracten en (echt)scheidingsconvenanten voor zover hierin vermogensrechtelijke onderwerpen zijn geregeld, rechtstreeks worden vernietigd op grond van artikel 3:44 BW. Niet-vermogensrechtelijke rechtshandelingen kunnen in geval van bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden worden vernietigd op grond van de schakelbepaling van artikel 3:59 BW. Buiten het vermogensrecht,

dus ook in het personen- en familierecht voor zover dit niet-vermogensrechtelijk van aard is, vinden de bepalingen van titel 3.2 BW, dus de artikelen 3:32 tot en met 58 BW, waartoe ook de wilsgebreken van artikel 3:44 BW behoren, overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Aldus heeft de schakelbepaling van artikel 3:59 BW een bereik buiten het vermogensrecht, maar die van artikel 6:216 BW niet, nu het in laatstgenoemd artikel wel degelijk moet gaan om *vermogensrechtelijke* rechtshandelingen.

### 3 Dwaling op grond van schending mededelingsplicht

In dit geval gaat het om de vraag of de samenlevingsovereenkomst kan worden vernietigd op grond van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW. Alle vereisten voor een succesvol beroep op deze bepaling passeren de revue in rechtsoverweging 3.5.3 van het arrest van de Hoge Raad, die daarmee de kernoverweging is. De Hoge Raad stelt voorop dat partijen in een affectieve relatie de vrijheid hebben om te bepalen of zij hoogstpersoonlijke informatie, waaronder informatie over het gevoels- en liefdesleven, met elkaar delen. In dit geval gaat het om informatie over het vreemdgaan van de vrouw. De man beroept zich op een onjuiste voorstelling van zaken ten tijde van het aangaan van de samenlevingsovereenkomst: als hij had geweten dat de vrouw was vreemdgegaan, had hij de samenlevingsovereenkomst niet, althans niet op dit moment en niet op dezelfde voorwaarden, dus niet met dezelfde inhoud, gesloten. De samenlevingsovereenkomst pakte vooral gunstig uit voor de vrouw: zij kwam financieel in een aanmerkelijk betere positie te verkeren dan daarvoor. Deze sterk verbeterde positie vloeide voort uit het feit dat de inhoud van huwelijkse voorwaarden – partijen hadden blijkens de hierboven weergegeven feiten tweemaal op het punt gestaan een huwelijk met elkaar aan te gaan, te weten in april 1999 en in april 2004 – was overgenomen in de samenlevingsovereenkomst. Het ging onder andere om een periodiek verrekenbeding betreffende overgespaarde inkomsten, een finaal verrekenbeding in geval van scheiding, verrekening van de waardeestijging van aandelen/ondernemingswinst, pensioenverevening en verrekening van de waarde van de woning, die eigendom van de man was.

Naar de mening van de man had de vrouw moeten begrijpen dat de wetenschap omtrent het vreemdgaan van de vrouw voor hem essentieel was voor het al dan niet aangaan van de samenlevingsovereenkomst en dat dit ook voor haar kenbaar was, zodat zij hem hierover had moeten informeren. Nu zij dit niet heeft gedaan, heeft zij haar mededelingsplicht ter zake geschonden en is de samenlevingsovereenkomst vernietigbaar op grond van artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder b, BW. De Hoge Raad vindt dat schending van de mededelingsplicht in dit soort gevallen – niet zomaar een overeenkomst, maar een samenlevingsovereenkomst, die een affectieve relatie betreft – niet snel mag worden aangenomen. Als de dwalende echter

bijzondere omstandigheden aannemelijk maakt (in dit concrete geval zijn dat vooral de uitvoerige gesprekken die partijen hebben gevoerd voordat zij besloten met elkaar verder te gaan na de eerste beëindiging van de relatie tussen de vrouw en de derde in december 2003), kan dit anders zijn. Naar de mening van het hof is de man geslaagd in het aannemelijk maken van dergelijke bijzondere omstandigheden en de Hoge Raad vindt dat hij dit oordeel in cassatie slechts in beperkte mate op juistheid kan onderzoeken. In dit concrete geval heeft het hof het beroep op dwaling terecht gehonoreerd, aldus de Hoge Raad.

#### 4 Ook schending mededelingsplicht in geval van huwelijk of geregistreerd partnerschap?

Interessant is de vraag of partijen ook in een geformaliseerde affectieve relatie, dus binnen een huwelijk of geregistreerd partnerschap, in beginsel vrij zijn om te bepalen in hoeverre hoogstpersoonlijke informatie wordt gedeeld met de echtgenoot of geregistreerde partner. De Hoge Raad gaat hierop niet in, omdat het in deze procedure nu eenmaal om een informele relatie gaat. Naar mijn mening geldt de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel ook in geval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap en maakt artikel 1:81 in verbinding met artikel 1:80b BW dit niet anders. Ik lees de beginwoorden van rechts-overweging 3.5.3 van het arrest van de Hoge Raad dus als: ‘In een *al dan niet geformaliseerde* affectieve relatie (...)’. Weliswaar verplichten de genoemde wetsartikelen echtgenoten en geregistreerde partners tot getrouwheid, hulp en bijstand jegens elkaar en tot verschaffing van het nodige aan elkaar, maar dit houdt nog niet een verplichting in tot het delen van hoogstpersoonlijke informatie met elkaar. In die zin moet men volgens mij de betekenis van artikel 1:81 BW enigszins relativeren. Steun voor deze opvatting vind ik onder andere in een vonnis van de Arnhemse rechtbank uit 2009,<sup>8</sup> waarin het ging om de vraag of overspel van de moeder en haar verzwijging van het biologisch vaderschap van een derde tegenover haar echtgenoot/juridisch vader een onrechtmatige daad en dus een verplichting tot schadevergoeding opleverden jegens laatstgenoemde. De rechtbank vond van niet en motiveerde haar vonnis met een beschouwing over artikel 1:81 BW. Het gaat om rechtsoverweging 3.4 van dit vonnis.

‘3.4. Artikel 1:81 BW bepaalt: ‘Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen’. Weliswaar volgt uit deze bepaling dat echtgenoten elkaar huwelijkstrouw verschuldigd zijn, doch aangenomen moet worden dat het hier een ideële verplichting betreft die niet in rechte afdwingbaar is. Aan het niet nakomen van een dergelijke ideële, niet in rechte afdwingbare verplichting kan geen vordering tot schadevergoeding worden verbonden, al was het maar omdat deze verplichting daarmee – weliswaar via een omweg – toch in rechte afdwingbaar zou worden. Daarom kan niet worden aangenomen dat overspel onrechtmatig is op de grond dat sprake is van een doen in strijd met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 BW.

Hoewel kan worden aangenomen dat de norm van huwelijkstrouw binnen de maatschappij breed gedragen wordt, brengt dat niet mee dat een schending van die norm een handelen is in strijd met hetgeen jegens de echtgenoot volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt in de zin van artikel 6:162 BW. De beslissing met wie een mens al dan niet seksuele gemeenschap heeft is – mits binnen de grenzen van het (straf)recht wat betreft onder meer leeftijd en consensualiteit – uiteindelijk een hoogstpersoonlijke keuze, waaraan een ander geen rechtens afdwingbare aanspraken kan ontleen, ook niet de echtgenoot. Dat wil zeggen dat het feit dat de vrouw in 1986 gemeenschap heeft gehad met een ander dan de man – kort gezegd: het overspel – op zichzelf bezien niet tot het oordeel kan leiden dat zij onrechtmatig heeft gehandeld jegens de man. Ook kan het overspel niet bijdragen tot het oordeel dat in samenhang met de overige omstandigheden sprake is van een onrechtmatige daad.’

Ook De Boer<sup>9</sup> laat zich uit over de mogelijkheid van een vordering tot schadevergoeding van de ene echtgenoot wegens onrechtmatig handelen van de andere echtgenoot. De Boer is hier zeer terughoudend blijkens het volgende citaat.

‘Ook in de rechtspraak is geen neiging te bespeuren om ontrouwe echtgenoten te dwingen hun leven te beteren, waar het gaat om aan de persoon gebonden en de persoonlijke affectie veronderstellende (morele of ideële) verplichtingen.’

En even verderop, waar het gaat om de mogelijkheid van een vordering tot vergoeding van immateriële schade (art. 6:106 BW), merkt De Boer het volgende op.

‘De rechter zal zich erg diep met de persoonlijke verhoudingen tussen de echtgenoten moeten inlaten om enig aanknopingspunt te kunnen vinden voor de betekenis van de nalatigheid en voor de omvang van de schade. Verder heeft de wetgever juist omdat in de praktijk van het leven schuld bij de ene of de andere echtgenoot zo moeilijk is vast te stellen, de rol van de schuld deels nader (en beperkt) gedefinieerd en grotendeels uitgebannen.’

Ik onderschrijf volledig de opvatting van de Arnhemse rechtbank en die van De Boer.

#### 5 Rechtsgevolgen van vernietiging van de samenlevingsovereenkomst

Nadat de samenlevingsovereenkomst is vernietigd, wordt zij geacht nooit te hebben bestaan. Vernietiging heeft immers op grond van artikel 3:53 lid 1 BW in beginsel terugwerkende kracht. De rechter heeft in dit geval geen gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:53 lid 2 BW om aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking te ontzeggen, omdat hem dit niet was gevraagd (let op het woord ‘desgevraagd’ in laatstgenoemde bepaling).

Stel nu dat de man ter uitvoering van de samenlevingsovereenkomst overgespaarde inkomsten, waardeinstijging van aandelen, ondernemingswinst en/of de waarde van zijn woning met de vrouw heeft verrekend. Dan heeft hij dit zonder rechtsgrond gedaan, nu de samenlevings-

<sup>8</sup> Rb. Arnhem 15 april 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI2224, NJ 2009/392, ook geciteerd door A-G Wissink in punt 3.25.3 van zijn conclusie van 1

november 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1144.  
<sup>9</sup> J. de Boer in zijn bewerking van *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands*

*burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Asser/De Boer 1\*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 186.

overeenkomst succesvol is vernietigd, en kan hij de desbetreffende bedragen terugvorderen van de vrouw op grond van onverschuldigde betaling in de zin van artikel 6:203 BW. Ingeval de samenlevingsovereenkomst de bepaling bevat dat, voor zover goederen aan de ene partner zijn geleverd, hij verplicht is de onverdeelde helft hiervan door te leveren aan de andere partner en deze doorlevering daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, blijkt na de vernietiging van de samenlevingsovereenkomst dat deze doorlevering een geldige titel in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW ontbeert (de desbetreffende bepaling in de samenlevingsovereenkomst fungeert immers als obligatoire overeenkomst tot levering en dus als geldige titel in de zin van laatstgenoemde bepaling), waardoor deze levering op grond van het causale stelsel bij overdracht geen effect heeft gesorteerd. De ene partner die zonder rechtsgrond heeft geleverd, kan de onverdeelde helft van de desbetreffende goederen hetzij terugvorderen van de andere partner op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW), hetzij revindiceren van de andere partner (art. 5:2 BW). Een verdeling in de zin van de artikelen 3:182 e.v. BW is hier dus niet aan de orde. In geval van faillissement van laatstgenoemde zal de ene partner uiteraard kiezen voor de revindicatie als goederenrechtelijke actie en niet voor de onverschuldigde betaling als slechts verbintenisrechtelijke actie. In het eerste geval treedt de ene partner immers op als separatist en in het tweede geval slechts als concurrent crediteur in het faillissement van de andere partner. Dit alles uiteraard onverminderd de toepassing van de normale regels van derdenbescherming (art. 3:24-27, 36, 86 en 88 BW) als een partner heeft doorgeleverd aan derden te goeder trouw. Aldus kan vernietiging van de samenlevingsovereenkomst in de praktijk verstrekkinge gevolgen hebben. Mochten derden indertijd gedurende de samenwoning van de partners goederen aan hen beiden

tezamen hebben geleverd, dan is tussen hen gewoon een eenvoudige gemeenschap in de zin van de artikelen 3:166 e.v. BW ontstaan, die zij uiteraard ter gelegenheid van hun feitelijke scheiding kunnen verdelen overeenkomstig de artikelen 3:182 e.v. BW.<sup>10</sup>

## 6 Ten slotte

De Hoge Raad heeft een belangrijke uitspraak gedaan over de mogelijkheid van vernietiging van een samenlevingsovereenkomst op grond van dwaling. Het belang van dit arrest is vooral gelegen in de verbinding tussen het algemene overeenkomstenrecht en het relatievermogensrecht, die tot stand wordt gebracht door de schakelbepaling van artikel 6:216 BW. Uiteraard worden in geval van dwaling alleen de vermogensrechtelijke bepalingen van de samenlevingsovereenkomst vernietigd en blijven de niet-vermogensrechtelijke bepalingen hiervan in stand, zodat sprake is van partiële vernietiging (zie rechtsoverweging 3.5.2 van het arrest van de Hoge Raad). In de praktijk zal het soms lastig kunnen zijn om uit te maken of een bepaling van de samenlevingsovereenkomst van vermogensrechtelijke dan wel van niet-vermogensrechtelijke aard is. Iets anders is dat de werking van de bepalingen van de samenlevingsovereenkomst eindigt met de beëindiging van de relatie, in dit geval per eind augustus 2007. Uiteraard bevatten de meeste samenlevingsovereenkomsten een bepaling met een dergelijke strekking. Dit staat echter geheel los van de problematiek van de vernietiging van de samenlevingsovereenkomst en haar gevolgen.

Behalve voor de samenlevingsovereenkomst is dit arrest ook van belang voor huwelijkse voorwaarden, partnerschapsvoorwaarden en het (echt)scheidingsconvenant voor zover hierin vermogensrechtelijke onderwerpen aan de orde zijn, maar in beginsel niet voor het ouderschapsplan. ■

<sup>10</sup> Zie hierover uitvoeriger mijn noot onder het in voetnoot 3 genoemde arrest, in het bijzonder

AA 2007-01, p. 60-61, punt 1 (Het samenlevingsvermogensregime van samenwoners).