

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85347>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-26 and may be subject to change.

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	141
Publicatiedatum	23-10-2010
Afleveringsnummer	6860
Titel	Er was eens ... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskieren
Auteurs	Prof. mr. F.W.J.M. Schols, Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht verbonden aan het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen, estate planner te Nijmegen en vaste medewerker van het WPNR. (freek@scholsburgerhartschols.nl)
Samenvatting	Is het niet vreemd dat (koudere) huwelijkse voorwaarden niet op de echtscheiding focussen? En waarom wordt de contractsvrijheid die tussen echtgenoten geldt niet optimaal benut? Mede aan de hand van een sprookje doet de auteur een poging om deze vragen van een antwoord te voorzien.
Paginanummers	754-759
Rubriek	Artikel

WPNR 2010(6860) Er was eens ... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskieren

Er was eens ... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskieren

Enkele gedachten betreffende de opzet van en de creativiteit met huwelijkse voorwaarden

1. Er was eens een onderzoeker ...

Niet zo lang geleden toog een onderzoeker op een mooie dag met een rieten mand vol onderzoeksformulieren naar het openbare huwelijksgoederen-register dat zich in de donkere gewelven van een rechtbank bevond. De spanning was van zijn gezicht te lezen. Wat zou hij aantreffen? Een schat met de meest fraaie huwelijksvermogensrechtelijke bedingen? Daar hoopte hij vurig op. Vóórdat hij de huwelijksvermogensrechtelijke oase betrad, flitste zijn verleden door zijn hoofd. Hij had ook zelf heel wat besprekingen over huwelijkse voorwaarden gevoerd. Hij maakte bij een dergelijke bespreking altijd een prachtige tekening ter illustratie van zijn betoog met aan de ene kant de 'M' van 'man' en de andere kant de 'V' van 'vrouw'. Met een prachtige ovaal om de 'M' en 'V' gaf hij het wettelijke systeem van de wettelijke gemeenschap van goederen aan. Nadat hij wat nadelen van ons basisstelsel had besproken, trok hij een dikke streep tussen 'M' en 'V'. Vervolgens be sprak hij met vuur de problematiek van de kosten van de huishouding en daarna het periodieke ver rekenbeding om de koude boel, die werd veroorzaakt door de dikke streep, op te warmen. Met pijlen van de ene zijde naar de andere zijde werd de verrekentechniek gedemonstreerd en toegelicht. De aandacht van de aanstaande echtgenoten was hij, zonder dat hij dat besepte, waarschijnlijk reeds verloren. 'M' droomde over het vrijgezellenfeest en 'V' dacht aan haar kanten trouwjurk. Als klap op de vuurpijl presenteerde hij finale bezems bij echtscheiding en

overlijden. Maar goed, dat was het verleden ... nu was hij in de gelegenheid om als onderzoeker te genieten van andermans werk.

De meeste van de onderzochte akten begonnen in art. 1 met de uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen. Eerst het huwelijksvermogensrechtelijke basisstelsel slopen en dan iets moois opbouwen, doet vanzelfsprekend niet vreemd aan. De onderzoeker had het zelf nog niet in de gaten, maar de bewoordingen van de akte trokken een rookgordijn op. Soms ging dit rookgordijn al vooraf aan art. 1, te weten in de 'algemene bepalingen', alwaar een uitgebreid inkomstenbegrip was geformuleerd. De nog steeds nietsvermoedende onderzoeker keek dan vol bewondering naar hetgeen aan het aktepapier was toevertrouwd. Zo mooi had hij het zelf nooit gemaakt. Het formuleren van een inkomstenbegrip is immers een hele opgave.[\[noot:1\]](#)

De vorser verheugde zich dan ook op hetgeen nog zou moeten komen. Een uitgewerkt inkomstenbegrip belooft immers dat we in een warm huwelijksvermogensrechtelijk bad zullen vallen, met op zijn minst een periodiek verrekenbeding van inkomsten. Waarom anders zo'n uitgebreide regeling van het inkomstenbegrip? De teleurstelling was echter enorm. Bij grondige lezing van de akte - door de rook heen kijkend - bleek dat een periodiek verrekenbeding ontbrak en het inkomensbegrip slechts was opgetuigd voor de regeling van de kosten van de huishouding (schoolgeld, de 'vervoermiddelen', de gebruikelijke vakanties, huishoudelijke apparatuur en dergelijke). Op de keper beschouwd - uitzonderingen daargelaten - gaat dat veelal nergens over.[\[noot:2\]](#) De onderzochte huwelijksvoorwaarden oogden toch warm. Dat kwam in het bijzonder door de uitvoerige bepalingen betreffende het begrip 'inkomsten' en de regeling van de kosten van de huishouding. Allerlei standaardbepalingen betreffende het bestuur, premies van levensverzekering, vergoedingsrechten en dergelijke maakten het huwelijksvermogensrechtelijke geheel nog indrukwekkender.

De wolf in schaapskledij had zich tot schrik van de onderzoeker aangediend.

Door het opgetrokken rookgordijn had de onderzoeker moeite om de regeling bij echtscheiding te achterhalen. De clou ontbrak in de akte. Alleen tussen de regels door las de onderzoeker: "bij echtscheiding krijg je niets". [\[noot:3\]](#)

Soms kon de onderzoeker in akten nog restanten zien van de verkleedpartij, waarbij de wolf (koude uitsluiting) zich camoufleerde met schaapachtige onderdelen (van een periodiek verrekenbeding). De nummering van de artikelen waarin het periodieke verrekenbeding had gestaan, welke regeling een uitgebreid inkomstenbegrip zou kunnen rechtvaardigen, stond dan nog keurig in de akte. De inhoud was evenwel 'vervallen', zo stond er vermeld naast het artikel. Gemak siert de mens? De koude uitsluiting, die niet meer iedere dag voorkomt,[\[noot:4\]](#) was blijkbaar gezeefd uit een warm model met een periodiek verrekenbeding, hetgeen het rookgordijn dichter maakte. Was de onderzoeker, die moedig en ijverig doorvorste, nauwelijks bekomen van de schok van de zojuist besproken akte, sloeg hem bij een volgende akte de schrik weer om het hart. Dezelfde opzet: uitsluiting van iedere gemeenschap, een nauwkeurig geformuleerd inkomensbegrip, een prachtige uitwerking van de kosten van de huishouding, maar geen periodiek verrekenbeding. Hij werd echter gerustgesteld door het kopje: 'Einde huwelijk *alsof gemeenschap* van goederen'. Het betreffende artikel opende in lid 1 met de volgende zinsnede: "*Indien het huwelijk eindigt, wordt door partijen afgerekend alsof zij gehuwd waren in gemeenschap van goederen. De afrekening geschiedt als volgt ...*". De onderzoeker veegde het zweet van zijn voorhoofd. Dit

finale verrekenbeding bracht hem tot rust: een economische gemeenschap van goederen. Geen wolf maar een schaap. Op het moment dat hij op het onderzoeksformulier wilde aantekenen dat er een schaap was aangetroffen, viel zijn blik op lid 17 van het betreffende finale verrekenbeding. De adem stakte in zijn keel.[\[noot:5\]](#) Lid 17 luidde immers als volgt: “*Deze verrekening geldt slechts indien het huwelijk eindigt door overlijden.*”

De wolf onthulde zijn ware aard. De bepaling dat er geen pensioenverevening gold, was ver weggestopt aan het eind van de akte. Gelukkig is onze onderzoeker zo ver niet meer gekomen; het zou te veel voor hem zijn geworden. Diep teleurgesteld, en niet alleen omdat hij niet op de verwachte huwelijksvermogensrechtelijke schat was gestoten, verliet hij de registers van de rechtbank. Hij trouwde in de ouderwetse wettelijke gemeenschap van goederen, maar veel meer heeft men van de goede man niet meer vernomen.

2. De aanleiding voor dit sprookje

Het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit is thans druk met de voorbereiding van de volgende ronde van het huwelijkse voorwaardenonderzoek. Het laatste onderzoek betreft de periode 1997 - 2003. Ik bezocht destijds voor dit onderzoek ook zelf een tweetal huwelijksgoederenregisters en had heel wat huwelijkse voorwaarden in handen. Wat viel er op? In overmoed dacht ik dat het scannen van het huwelijksvermogensrechtelijk regime in enkele tellen zou moeten kunnen, maar het viel tegen. Het was elke keer weer terugbladeren en goed zoeken ook in de verre uithoeken van de akte. Een jurist, zeker een onderzoeker, is dat gewend, maar toch ... Het duurde langer dan verwacht. Sommige akten, zo viel mij op, verdienen het predikaat: ‘wolf in schaapskleren’. Het veldonderzoek inspireerde mij tot het sprookje: ‘Een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren’. Vanzelfsprekend berust iedere overeenkomst met de werkelijkheid op toeval.

Wat leert ons het sprookje?

3. Een analyse van het sprookje

3.1. Algemeen

Dat de onderzoeker in de registers geen schat aantroef, verbaast mij niet. Uit eigen ervaring als onderzoeker in de huwelijksgoederenregisters kan ik melden dat het veelal eenheidsworst betreft. Het is, denk ik, niet te gewaagd te stellen, mede gesteund door het Nijmeegse huwelijkse voorwaarden onderzoek, dat de ruimhartige contractsvrijheid die tussen echtgenoten geldt, niet optimaal benut wordt. Waar is al dat moois dat men verwacht omdat sprake is van contractsvrijheid? Er is toch veel tussen hemel en aarde, tussen het ‘alsof’-beding bij echtscheiding en de koude uitsluiting? Waar zijn de huwelijkse voorwaarden, bij de grotere vermogens, waarbij echtgenoten afspreken dat de ene echtgenoot bij echtscheiding het vakantiehuis om niet krijgt of een concreet bedrag, dat geïndexeerd kan worden? Een en ander vanzelfsprekend indien bij de echtgenoot die zich verplicht voldoende ruimte bestaat. Waarom wordt er niet vaker gewerkt met ingroeiregelingen, waarbij de omvang van de verrekenplicht afhankelijk wordt gemaakt van de duur van het huwelijk of de geboorte van kinderen? Waarom geen ander regime in het leven roepen als er ‘toch’ kinderen geboren worden. Waar zijn de huwelijkse voorwaarden die een apart regime in het leven roepen voor de waardeestijging van ‘ab-aandelen’ tijdens het huwelijk. Waar met ‘hard and fast’ rules, wordt aangegeven wie, hoe, met welke (waardering)maatstaven, deze waardeestijging wordt berekend[\[noot:6\]](#) om vervolgens op deze waardeestijging, deze rekenmassa, een

verdeelsleutel los te laten al dan niet met een ingroeieregeling en/of maxima. De ondernemer, en zijn echtgenote, weten dan waar ze aan toe zijn.

Sinds in het erfrecht de testeervrijheid is toegenomen, als gevolg van de denaturering van de legitieme portie tot een (soms niet-opeisbare) geldaanspraak, is er op grote schaal gebruik gemaakt van de nieuwe ruimte. Het ene testament is nog exotischer dan het andere, zo zie ik iedere dag. Aan de creativiteit in het notariaat zal het dan ook wel niet liggen, zo zou geruststellend betoogd kunnen worden. Wellicht zal men in het geval van een eenzijdige regeling eerder uitgenodigd worden tot het tonen van creativiteit dan in het geval er sprake is van een overeenkomst.

Men wordt dan, anders dan bij huwelijkse voorwaarden, immers niet getemperd door de comparant 'ter andere zijde'.

Het kan ook zo zijn, zo wil ik snel opgemerkt hebben, dat de in de praktijk ontwikkelde sjablonen voldoende gereedschap opleveren om de aanstaande echtgenoten op maat te bedienen. Maar toch vraag ik me af waarom wij niet regelmatig stuiten op specifieke, creatieve, exotische en vernieuwende clausules.[\[noot:7\]](#) Ik probeer in dit stuk antwoord te geven op deze vraag. Maar alvorens daar nader op in te zoomen, wil ik eerst ingaan op de problematiek hoe voorkomen kan worden dat huwelijkse voorwaarden de verkeerde indruk kunnen wekken en niet verworden tot een wolf in schaapskleren. Voor de goede orde: het gaat om de boodschap. Vanzelfsprekend kunnen er veel meer nuances worden gemaakt of bijzondere gevallen van stal worden gehaald dan ik nu zal doen.

3.2. De functie van huwelijkse voorwaarden

Waarvoor dient de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden primair? Voor het regelen van de gevolgen van het einde van het huwelijk door *echtscheiding*, luidt mijn antwoord. De crux zit in de echtscheiding, en hier zou ook het zwaartepunt op moeten rusten wat de Belehrung door de notaris betreft. Secundair dienen huwelijkse voorwaarden voor het geval het huwelijk eindigt door *overlijden*. Bovendien zou men huwelijkse voorwaarden een taak kunnen toedichten voor het reguleren van een en ander 'tijdens de rit', maar ik acht dat - in de regel - van ondergeschikt belang aan de primaire functie: regeling bij echtscheiding. Als laatste zouden huwelijkse voorwaarden nog een functie kunnen hebben op het terrein van de bescherming tegen *schuldeisers* (van de ander). De onderdelen zijn dan:

- 1) Echtscheiding;
- 2) Overlijden;
- 3) 'Tijdens de rit';
- 4) Verhaal/Crediteuren.

3.3. Geen verkeerde indruk wekken

Het ene onderdeel mag geen verkeerde indruk wekken wat betreft de gevolgen die op het andere onderdeel spelen. De akte is vanzelfsprekend het vertrekpunt voor het verschaffen van duidelijkheid. Met de akte als zodanig is het vanzelfsprekend evenwel niet gedaan:

“Aangezien huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid moeten worden aangegaan bij notariële akte, komt bij de uitleg mede gewicht toe aan hetgeen de notaris in het kader van zijn voorlichting aan partijen heeft medegedeeld omtrent de inhoud en de strekking van de bepalingen in de huwelijkse voorwaarden en aan de betekenis die veel voorkomende bepalingen in huwelijkse voorwaarden volgens notarieel gebruik normaal gesproken hebben...”[noot:8]

Men dient dan ook niet alleen wat betreft de opbouw van de akte, maar ook bij de bespreking, de toelichting en Belehrung de onderdelen goed uit elkaar te trekken. Als ik schrijf over de akte dan doel ik mede op de bespreking en dergelijke.

De verrassing van ‘lid 17’ uit het sprookje zou in mijn optiek niet aan de orde zijn indien de onderdelen echtscheiding en overlijden scherper uit elkaar getrokken zouden zijn. Het warme onderdeel dat de onderzoeker had aangetroffen, zag alleen op overlijden. Bij echtscheiding was het een koude aangelegenheid. Was de akte zo opgetuigd dat er geopend werd met het onderdeel ‘echtscheiding’, alwaar ge lezen kon worden dat indien het huwelijk eindigt door echtscheiding ‘de een niets van de ander krijgt’ dan was op de eerste blik duidelijk dat het een koude uitsluiting betrof. Man en paard zijn genoemd.

Het warme element bij overlijden vertroebelde het beeld, terwijl in mijn optiek dit onderdeel niets te zoeken heeft in ‘huwelijkse voorwaarden’, waarin het primair moet draaien, zoals betoogd, over de gevolgen bij echtscheiding. Vanzelfsprekend betreft het finale verrekenbeding bij overlijden een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden, maar feitelijk hoort dit onderdeel thuis bij de bespreking van de uiterste wil.

Het is dan wel geen uiterste wilsbeschikking in de zin van art. 4:42 BW, maar de leek zal het zien als erfrecht. Het is materieel een contractueel legaat, het is, zoals ik dat duid, quasi-erfrecht. Te weten overeenkomsten die in hun feitelijke uitwerking op (contractueel) erfrecht lijken, die worden gebruikt als een alternatief voor het erfrecht en waar bindende elementen, anders dan in het erfrecht, niet wezensvreemd zijn.[noot:9] De notaris dient aan de cliënten te vragen of zij de wensen terzake des doods ‘herroepelijk’ dan wel met (enige) binding willen vormgeven. Wordt gekozen voor een herroepelijke variant dan komt de uiterste wilsbeschikking in beeld. Valt de keuze op een variant met enige binding dan komt de overeenkomst als beste advies uit de bus.[noot:10]

Ik stel dan ook voor te werken met de volgende akten: de echtscheidingsakte, het testament en/of de overeenkomst ter zake des doods. Dit alles om verwarring te voorkomen, want verwarring ontstaat, en niet alleen bij de onderzoeker in het sprookje.

Net als de onderdelen echtscheiding en overlijden lopen ook de onderdelen echtscheiding en verhaal/ crediteuren wel eens door elkaar. De casus die aan de orde was in Hoge Raad 19 september 2005[noot:11] (Zeeuwse huwelijkse voorwaarden), waar huwelijkse voorwaarden werden vernietigd wegens dwaling (art. 6:228 BW), spreekt boekdelen. Echtelieden waren gehuwd in gemeenschap van goederen. Bij de bespreking van de huwelijkse voorwaarden, inhoudende een koude uitsluiting, was gefocust op de bescherming van de vrouw tegen de crediteuren van de man die als notaris ging ondernemen. Het motief om tot wijziging over te gaan, te weten de beperking van de risico’s die uit het toekomstige ondernemerschap van de man voortvloeiden, was in de akte opgenomen. Zou in de akte, de toelichting of in de begeleidende brief waarbij de stukken werden aangeboden, onder het kopje ‘echtscheiding’ geopend zijn met de zinsnede: ‘bij echtscheiding krijg je niets’,[noot:12] dan was de zaak

wellicht anders afgelopen. Misschien was er dan zelfs geen zaak geweest, omdat de vrouw dan waarschijnlijk de wijziging van het huwelijksvermogensregime zou hebben afgeblazen.[[noot:13](#)]

Ook illustratief is de overweging van de rechtbank in de zaak die leidde tot Hoge Raad 18 juni 2004 (Contrair gedrag):[[noot:14](#)]

“4.1 Partijen zijn het er over eens dat de huwelijkse voorwaarden die zij staande hun huwelijk hebben gemaakt uitsluitend tot doel hadden het tot dan toe gemeenschappelijke vermogen, waaronder de echtelijke woning, te vrijwaren voor uitwinning door mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers van de man en dat zij ook na de verdeling van de boedel in financiële zin hebben gehandeld alsof zij nog steeds in gemeenschap van goederen waren gehuwd.”

De Hoge Raad oordeelde in deze zaak overigens dat niet mag worden 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 en 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. Een recente zaak waar gefocust werd op het onderdeel verhaal/crediteuren is van 14 januari 2009 (Rechtbank Leeuwarden) betreffende een koude uitsluiting. In rechtsoverweging 3.4 wordt onder meer het volgende opgemerkt:[[noot:15](#)]

“[...] - Partijen hadden met het maken van de huwelijkse voorwaarden uitsluitend het doel de woning van [eiseres] te vrijwaren voor uitwinning door mogelijke toekomstige zakelijke schuldeisers van Camping [a] en hadden geenszins de bedoeling [a] ten opzichte van [eiseres] te bevoordelen.[...]”

De huwelijkse voorwaarden zijn, zo kan betoogd worden, slechts opgesteld om crediteuren buiten de deur te houden en niet de echtgenoot in geval van echtscheiding.[[noot:16](#)]

Het devies luidt dan ook: open de bespreking (en ook de akte, en in het bijzonder de toelichting) met het item echtscheiding. Dat is het punt waarop bij de Belehrung gefocust moet worden. Dit is de crux. Vanzelfsprekend mag men vooraf feliciteren met het voorgenomen huwelijk, maar dan vervolgens snel naar de vraag: ‘hoe wilt u het geregeld hebben bij echtscheiding’. De notaris is er immers niet om vrienden te maken en moet de knuppel tot vervelens toe in het hoenderhok gooien.[[noot:17](#)]

Men zou de aanstaande echtgenoten ook de opdracht kunnen verstrekken om los van elkaar op een A-4tje in hun eigen woorden aan te geven wat zij zouden willen bij echtscheiding.[[noot:18](#)] Schrijft de een: ‘alles delen’ en de ander ‘niets delen’ dan is ook meteen duidelijk wat het vertrekpunt is en in welke moeilijke positie de notaris zich bevindt.

De regeling bij overlijden komt aan bod indien het testament op het programma staat. Zoals gezegd, prefereer ik dat de regeling die ziet op het einde van het huwelijk door overlijden wordt opgenomen in een aparte akte met als opschrift ‘contractueel testament’, ook al fluistert het dogmatische duiveltje in mijn oren dat deze tekst niet door de beugel kan. Het Belehrungsengeltje op mijn andere schouder overtuigt evenwel.

De huidige praktijk lijkt te zijn dat, behoudens art. 1, de akte (en waarschijnlijk ook de bespreking) begint met de kosten van de huishouding en dergelijke, een regeling die speelt tijdens het huwelijk. Deze is op de keper beschouwd in de regel bijzaak en leidt af van het belangrijkste onderdeel: de echtscheiding. De problematiek van pensioenverevening/verrekening dient ook op het hoogste niveau aandacht te krijgen en niet pas ergens aan het slot van de akte/bespreking. Ook indien huwelijkse voorwaarden inderdaad 'slechts' gemaakt worden om te beschermen tegen crediteuren, of om estate planningsdoeleinden rondom het overlijden, dienen op echtscheidingsniveau duidelijke en concrete conclusies getrokken te worden. Deze conclusies ontbreken veelal, zo is mijn indruk. Hetgeen geldt bij echtscheiding mag niet in het midden worden gelaten met de gedachte dat indien alleen een finaal verrekenbeding werkend bij overlijden is opgenomen, het voor iedereen wel duidelijk is dat het bij echtscheiding koude boel is. In het bijzonder in een toelichting dienen de diverse onderdelen en met name het echtscheidingonderdeel een prominente plaats te krijgen met een krachtige conclusie. In een aantal zinnen kan een en ander ook worden aangestipt in een kort begeleidend schrijven. En de mededeling 'bij echtscheiding krijgt u niks' blijft wel hangen, denk ik.

Overigens is het openen met het echtscheidingsverhaal ook van belang voor de warmere huwelijkse voorwaarden. Stel er wordt gewerkt met een finaal verrekenbeding 'alsof gemeenschap van goederen' met uitzondering van diverse posten als:

- a. alle aanbrengsten ten huwelijk;
- b. al wat krachtens erfrecht is verkregen;
- c. al wat door schenking is verkregen;
- d. al wat klaarblijkelijk onverteerd is overgehouden van hetgeen tijdens het huwelijk op grond van de jaarlijkse verrekening werd verkregen;
- e. al hetgeen verkregen is uit inkomsten die op grond van het bepaalde in art. 139 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek niet meer verrekend hoeven worden;
- f. alle opbrengsten van de voorgaande categorieën;
- g. tevens al wat door 'zaaksvervanging' voor het onder a, b, c, d, e en f genoemde in de plaats is gekomen, voorzover niet verteerd.

Ook dan dienen op echtscheidingsniveau de conclusies getrokken te worden, thans met name voor de partij die belang heeft bij de clausulering van a tot en met g. Degene die in de praktijk door de wol geverfd is, weet dat van de administratie die nodig is om een en ander te laten werken niets terecht zal komen. Hij zal dan ook bij de Belehrung focussen op de bewijsregel, die hij, bijvoorbeeld, zou kunnen lenen van art. 1:141 BW. Niet alleen omdat cliënten thuis in de regel geen wetboek hebben, maar met name omdat de notaris in concreto op de gevolgen wil wijzen, neemt hij een bewijsregel op die de strekking heeft dat indien het bestaan van een post niet kan worden aangetoond het alsdan aanwezig vermogen in de afrekening dient te worden betrokken. Deze bewijsregel zal overigens verworden tot de hoofdregel.[\[noot:19\]](#)

Een wolf in schaapskleren dient zich overigens weer aan indien een belangrijke post, bijvoorbeeld het pakket aandelen in de eenmans-BV, waarin een van de partijen zijn beroep of bedrijf uitoefent, wordt opgenomen onder, bijvoorbeeld, 'letter h'. Op het 'alsof-gemeenschap'-uitgangspunt wordt dan te zeer ingeboet. Een uitsluiting van een dergelijke belangrijke post verdient een eigen zichtbare regeling, om de gezellige sfeer, die het onderhavige finale verrekenbeding bij echtscheiding met zich brengt, te temperen.

Kortom: door zowel te openen met het echtscheidingsverhaal, het trekken van conclusies in concreto als het eruit lichten van uitzonderingen op de hoofdregel die feitelijk de hoofdregel zullen vormen, krijgen de wolven geen kans. Op toelichtingsniveau is dit vanzelfsprekend net zo belangrijk als in de akte. Man en paard noemen, daar waar het kan, is ook het devies op huwelijksvermogensrechtelijk niveau.

Het starten van het gesprek met de echtscheiding heeft een bijkomend voordeel: het geeft de creativiteit waarschijnlijk ruim baan.

4. Het verstarrende ‘tijdens de rit’-verhaal

Waarom zou de onderzoeker uit het sprookje niet gestoten zijn op een huwelijksvermogensrechtelijke schat? Mijn veronderstelling luidt als volgt: Indien de adviseur zijn bespreking start met het verhaal tijdens de rit (kosten van de huishouding/periodieke verrekening) - waarschijnlijk geïnspireerd of gesteund door de opbouw van het model dat gehanteerd wordt - dan bindt hij zich met handen en voeten. Na de bespreking van de kosten van de huishouding zal het al snel gaan over de ‘overgespaarde inkomsten’ na betaling van de kosten van de huishouding. Het periodieke verrekenbeding staat immers nog steeds hoog in het vaandel. Een mooie regeling, goed bedoeld, maar we weten inmiddels wel dat de cliëntèle van de notaris dit mooie product niet aan kan. Het regent jurisprudentie over de niet uitgevoerde bedingen. Dit is niet de schuld van de notaris, maar van de - meestal ex-echteliëden. Daarom is de praktijk, zo schat ik in, er wel van overtuigd dat het verrekenbeding ‘sec’, dat wil zeggen ‘zonder finaal verrekenbeding’, [\[noot:20\]](#) in de ban moet. [\[noot:21\]](#) Op dit punt richt ik me thans niet. Ook indien het periodieke verrekenbeding - indachtig het feit dat niet verrekend wordt - keurig is voorzien van een finaal verrekenbeding bij echtscheiding, als vangnet, dan is het nog steeds het verhaal ‘tijdens de rit’, het periodieke verrekenbeding, dat het regime dicteert. En daardoor worden mijns inziens de mogelijkheden die men heeft, beperkt en daarmee de creativiteit. Waarom?

Wanneer een regeling tijdens de rit als uitgangspunt wordt genomen en wordt voorzien van een vangnet bij echtscheiding voor het geval de verrekening niet is nageleefd, zal dit vangnet tot een resultaat moeten leiden dat - in ieder geval in grote lijnen - aansluit bij het resultaat dat zou hebben gegolden indien partijen het verrekenbeding wel zouden hebben uitgevoerd. Dit past bij het karakter van een bezem. De bezem mag wel wat grover zijn, maar moet niet te zeer uit de pas lopen met hetgeen primair is afgesproken.

Zou men in het finaal verrekenbeding bij echtscheiding, bijvoorbeeld, een maximum verrekenbedrag willen invoeren, dan doet het vreemd aan indien bij een verrekening tijdens het huwelijk van een dergelijk maximum geen sprake is. Er geldt dan een straf op ‘het niet vorderen van verrekenen tijdens de rit’, hetgeen doet denken aan het vervalbeding. De straf is weliswaar geen verval, doch een beperking van de aanspraak. De regeling tijdens de rit loopt niet synchroon met de finale bezem en dat ligt niet meteen voor de hand.

Als geopend wordt met en gefocust wordt op de echtscheiding dan is er geen handicap en kan de creativiteit mijns inziens beter zegevieren. De ontwerper van de akte zit niet met de - waarschijnlijk in de praktijk onbewuste - worsteling om finaal en periodiek op elkaar aan te laten sluiten.

Het zou zelfs overwogen kunnen worden, gelet op de ervaring dat echtgenoten de huwelijksvoorwaarden tijdens de rit niet naleven, om alleen te werken met finale regelingen. Een

periodieke regeling geeft onder omstandigheden wel een titel om vermogen over te hevelen naar de andere echtgenoot, hetgeen interessant zou kunnen zijn in het kader van de verhaalspositie van schuldeisers. Overwogen zou kunnen worden om dan toch een periodiek verrekenbeding als *subsidiare* regeling op te nemen, doch voor wat betreft de echtscheiding zich te blijven richten op de finale afspraken die zijn gemaakt. De huwelijkse voorwaarden openen dan nog steeds met de (finale) regeling bij echtscheiding. Is men banger voor crediteuren dan voor een echtscheiding dan kan men zijn heil zoeken bij dit subsidiaire periodieke beding.[\[noot:22\]](#)

5. Tot slot

Vaak kan er iets uit een sprookje worden geleerd. Geldt dat ook voor het sprookje van de huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren? Ik laat deze conclusie graag aan de lezer. Of de praktijk inderdaad beperkt wordt in creativiteit door het feit dat in de regel het ‘tijdens de rit’-verhaal het regime dicteert, is maar een veronderstelling. Dat het creatiever kan, volgt mijns inziens wel uit het huwelijksvoorwaardenonderzoek. In het volgende onderzoek zullen we proberen hier extra aandacht aan te geven. Voor mij staat vast dat in de koudere huwelijkse voorwaarden geen of nauwelijks concrete conclusies worden getrokken op het niveau van echtscheiding. Dit moet anders. Ook op dit punt is evenwel nader onderzoek in de registers noodzakelijk. Met een ‘alsof-beding’ wordt toch niet bedoeld dat er gedaan wordt alsof er bij echtscheiding rechten zijn?

[\[1\]](#)

Zie Gräler, Het inkomensbegrip in huwelijkse voorwaarden, WPNR (2001) 6438.

[\[2\]](#)

Onderlinge afrekening dient jaarlijks plaats te vinden, HR 29 april 1994, NJ 1995, 561 (Ter Kuile/Kofman). Ik besef dat de regeling in voorkomende gevallen van groot belang kan zijn. Ook hier geldt soms wie het kleine niet eert, is het grote niet weert.

[\[3\]](#)

Vanzelfsprekend kan, onder omstandigheden, wel recht op alimentatie bestaan.

[\[4\]](#)

Nog slechts in ongeveer 6% van de gevallen waarin huwelijkse voorwaarden worden gemaakt. Ik denk dat dit een passend percentage is. Zie Burgerhart, Van Mourik, De ontwikkeling in de praktijk der huwelijks en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003, WPNR (2005) 6648.

[\[5\]](#)

Tussen de leden 1 en 17 waren vanzelfsprekend belangrijke aangelegenheden geregeld. Denk bijvoorbeeld aan het peilmoment, waarderingsaspecten (van lopende polissen) en regelingen omtrent de beschrijving van het vermogen, enzovoorts.

[\[6\]](#)

Waarbij men, bijvoorbeeld, bepaalde ‘balansposten’ buiten beschouwing zou kunnen laten.

[\[7\]](#)

Verstappen, Naar nieuwe verrekenstelsel (II, slot) WPNR (2007) 6388, bedacht een stelsel van periodieke verrekening van *vermogensvermeerdering*. Dit verdient een notariële pluim. Hoewel hier niet specifiek op werd onderzocht, lijkt dit stelsel nog niet in de praktijk (op grote schaal) in zwang te zijn geraakt.

[\[8\]](#)

Aldus Hoge Raad 4 mei 2007, NJ 2008, 187 m.nt. M.H. Wissink.

[\[9\]](#)

Over deze materie, alsmede over de behoefte aan erfrechtelijke binding, F.W.J.M. Schols, Quasi-erfrecht met bindende elementen, Radboud Universiteit Nijmegen Nederland, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, deel 3, Deventer: Kluwer 2005.

[\[10\]](#)

Art. 4:4 lid 2 BW beperkt de contractsvrijheid niet ingrijpend.

[\[11\]](#)

HR 9 september 2005, NJ 2006/99, AA 2006, p. 46-51, m.nt. AJMN.

[\[12\]](#)

Is men er al aan toe om zich te bedienen van een kleurenprinter en de belangrijkste bepaling, in casu ‘je krijgt niets’, in een rode kleur af te drukken?

[\[13\]](#)

In het concrete geval ontving de vrouw geen conceptakte vooraf. Haar blinde vertrouwen in haar echtgenoot die bovendien kandidaat-notaris was zou haar misschien toch, ondanks een mooiere opzet van akte en toelichting, de das omgedaan hebben.

[\[14\]](#)

NJ 2004, 399.

[\[15\]](#)

LJN BH0633.

[\[16\]](#)

De motieven voor wat betreft ‘oude’ huwelijkse voorwaarden zijn terug te vinden in de opgave van de redelijke grond als bedoeld in art. 1:119 (oud) BW. Een bron van informatie voor de echtscheidingsadvocaat.

[17]

De vraag is of de notaris, met de te scherpe spagaat (gekneveld ondernemerschap versus ambtenaarschap) voldoende beschermd is om zijn taak goed te kunnen uitoefenen.

[18]

De notaris dwingt de partijen zelf richting te geven. Zie, over dit punt, Gijbels, Mellema-Kranenburg en Van Gompel, *Huwelijksvoorwaarden: het kan (moet) beter*, JBN 2001, 10, welk artikel is voorzien van een praktische vragenlijst.

[19]

In deze warmere huwelijkse voorwaarden zou deze bewijsregel, als impliciete hoofdregel, een mooi rood kleurtje verdienen.

[20]

Voor de zekerheid: bij echtscheiding.

[21]

Ter voorkoming van misverstanden meld ik dat in voorkomende gevallen het beding ‘sec’ dienst kan doen. Men dient dan wel, bij wijze van spreken, een accountant aan de akte te hechten. Het nog in de kinderschoenen staande, wat ik noem, ‘notarieel accountmanagement’ zou ook dienst kunnen doen. Zie F.W.J.M. Schols, *Naar ‘notarieelaccount-management’ en een ‘notarieel’ onderhouds contract*, in *Liber Amicorum Guus Rieter Notaris*, p. 60-67, Hekkelman Terheggen & Rieter 2000.

[22]

Als er gefocust wordt op de finale regeling bij echtscheiding als hoofdregime waar, bijvoorbeeld, concrete maxima zouden kunnen gelden, dan kan men de verrekenplichtige echtgenoot wat meer invloed geven op de bepaling van de omvang van de periodieke verrekenplicht. Een op de millimeter uitgewerkt inkomstenbegrip is niet nodig, omdat de te beschermen echtgenoot het niet hiervan moet hebben doch van de finale regeling. Is de echtgenoot bang voor (toekomstige) crediteuren dan verrekent hij ruimhartig met het gevaar dat hij het ook (geheel of gedeeltelijk, afhankelijk van het finale regime) kwijt is bij echtscheiding. Of en in hoeverre een en ander daadwerkelijk werkt jegens crediteuren is overigens maar de vraag. Vgl. Van Mourik, *Periodiek verrekenbeding en faillissement*, rechtsvragenrubriek, WPNR (1993) 6122. Omdat de finale regeling de afspraken weergeeft die gelden bij echtscheiding, waar ook op voorgelicht is, is dit geen wolf in schaapskleren. Dit zou wel het geval kunnen zijn indien de verrekenplichtige echtgenoot de verrekenplicht kan beïnvloeden en het periodiek verrekenbeding geldt als hoofdregime. Het is ook geen fopspeen zoals de facultatieve verrekenbeding zoals besproken door Verstappen, *Een verrekenbeding als fopspeen*, WPNR (2007) 6725.

» [Help](#) Gebruiker: kunrecht (netwerk) » [Sluiten](#)

© 2012 Sdu Uitgevers bv [Leveringsvoorwaarden](#) | [Privacy](#)