

Vergaderjaar 2011–2012

28 867

Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)

Nr. 23

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 26 september 2011

Op 31 maart 2011 heb ik u het rapport «Koude uitsluiting -Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om ze tegen te gaan-» aangeboden¹.

Hierbij doe ik u de reactie op dit onderzoek toekomen.

Gelijktijdig wordt ingegaan op het voorstel van mevrouw Berndsen, gedaan bij de behandeling van de begroting voor 2011 van mijn departement, om huwen buiten gemeenschap van goederen als hoofdregel in het Burgerlijk Wetboek op te nemen.

1. Het onderzoek over koude uitsluiting

Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft aan het Netherlands Institute for Law and Governance, een samenwerkingsverband tussen de rechtenfaculteiten van de Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen opdracht verleend om een onderzoek te doen naar de mogelijkheden van een aanvullende wettelijke regeling met betrekking tot «koude uitsluiting» te verrichten. Het onderzoek is toegezegd naar aanleiding van een tweetal moties² waarin werd verzocht een wettelijke regeling te treffen om koude uitsluiting te voorkomen.

Het doel van het onderzoek was inzicht te verkrijgen in de problematiek van de koude uitsluiting en haar mogelijke oplossingen. Het gaat hierbij om gescheiden echtgenoten of geregistreerde partners die in koude uitsluiting waren gehuwd of geregistreerd en op gescheiden ongehuwden die geen of een weinig vergaande samenlevingsovereenkomst hebben gesloten.

¹ Kamerstukken II 2010–2011, 28 867, nr. 22.

² Kamerstukken II 2007–2008, 28 867, nr. 20 en 21, d.d. 11 september 2008.

Van koude uitsluiting is sprake in geval van huwelijkse voorwaarden waarbij elke gemeenschap van goederen is uitgesloten, zonder enige verrekening van inkomen of vermogen. In het onderzoek worden ook andere huwelijkse voorwaarden daarmee gelijk gesteld, zoals huwelijkse voorwaarden waarbij finaal wordt verrekend alleen in geval van overlijden of aan huwelijkse voorwaarden met een zogenaamd facultatief verrekenbeding met vetorecht, inhoudende dat verrekening alleen plaatsvindt als beide echtelieden het na het einde van het huwelijk willen.

Ongehuwde paren die geen samenlevingsovereenkomst hebben gesloten, bevinden zich volgens de onderzoekers in een situatie die in hoge mate lijkt op koude uitsluiting bij gehuwden, met dien verstande dat na scheiding geen recht op alimentatie bestaat. Maar ook als er wel een samenlevingsovereenkomst is gesloten, komt deze in veel gevallen neer op koude uitsluiting, aangezien zij vaak niet veel verder gaat dan afspraken over kosten van de huishouding, over pensioenaanspraken en over wat er bij overlijden gebeurt met gezamenlijke goederen. Slechts zelden worden ook afspraken over verrekening van inkomen of vermogen gemaakt of partneralimentatie overeengekomen.

De onderzoekers concluderen onder meer dat aan de keuze van koude uitsluiting bij gehuwden uiteenlopende motieven ten grondslag liggen, zoals huwen op latere leeftijd, aanwezigheid van eigen vermogen of van een onderneming. Voor koude uitsluiting bij ongehuwden gelden eveneens verschillende redenen.

Het onderzoek bestond uit een normatief, een empirisch en een rechtsvergelijkend gedeelte en heeft plaatsgevonden aan de hand van twee centrale vragen:

1. Wat is de aard en omvang van de problematiek van (echt)scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtparen, wat zijn de oorzaken en wat zijn mogelijke oplossingen?
2. Wat is de aard en omvang van de problematiek van scheiding van ongehuwd samenlevende partners, wat zijn de oorzaken en wat zijn mogelijke oplossingen?

Het onderzoek heeft zich in de eerste plaats gericht op vrouwen die na een huwelijk¹ in koude uitsluiting zijn gescheiden of na een ongehuwde samenleving uit elkaar zijn gegaan en daarna de zorg voor kinderen houden. Het gaat dan vooral om de vrouwen die daarbij materiële problemen en achterstanden ondervinden. Daarnaast gaat het ook om ex-partners, al dan niet met de zorg voor kinderen, die in verband met de koude uitsluiting of de voor de ongehuwde samenleving geldende regels geconfronteerd worden met vermogensrechtelijke onbillijkheden. Het gaat dan met name om gevallen waarin de ene partner substantieel heeft bijgedragen aan de vermogensvorming bij de ander en daarop geen of onvoldoende aanspraak kan maken. Daar de omvang van deze groep niet met enige mate van zekerheid te bepalen is, is de schatting van de omvang van de problematiek daarom beperkt tot eenoudergezinnen met kinderen onder de armoedegrens (de lage-inkomensgrens), waarvan bekend is dat zich in die groep ernstige problemen voordoen. Het totale aantal probleemgevallen is mogelijk groter, maar voor de onderzoeksgroep niet met redelijke zekerheid te bepalen. De omvang van de probleemgroep is door de onderzoekers met een beredeneerde schatting vast gesteld op:

- circa 1500 vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd, de zorg voor thuiswonende kinderen hadden en met materiële problemen kampen;
- circa 20 000 vrouwen die ongehuwd hebben samengeleefd, de zorg voor thuiswonende kinderen hadden en waarbij zich materiële problemen voordoen.

¹ Met het huwelijk wordt ook het geregistreerd partnerschap bedoeld. Op een geregistreerd partnerschap zijn de titels 6 (rechten en verplichtingen van echtgenoten), 7 (wettelijke gemeenschap van goederen) en 8 (huwelijkse voorwaarden) van overeenkomstige toepassing.

Uit het onderzoek komt naar voren dat koude uitsluiting thans zowel absoluut als relatief veel minder frequent voorkomt. Vanaf 1999 tot en met 2003 – de laatste vijf jaren waarover cijfers beschikbaar zijn – betreffen tussen de ongeveer 4 en 10% van de gemaakte huwelijkse voorwaarden koude uitsluiting. Volgens de onderzoekers is er de laatste jaren na 2003 weer sprake van enige stijging van het aantal koude uitsluitingen. Er zijn geen gegevens bekend over het totale aantal samenlevingsovereenkomsten, noch over het aantal op koude uitsluiting gelijkende samenlevingsovereenkomsten.

In 2010 kende Nederland 835 000 ongehuwd samenlevende paren. Een op de vijf paren behoort tot deze categorie. Naar verwachting zal in Nederland voor 2 050 een op de drie paren ongehuwd samenwonen. Ruim de helft van het hiervoor genoemde aantal ongehuwde paren heeft een notarieel samenlevingscontract. Het aantal samenwoners met onderhandse akte is onbekend.

De oorzaken voor de problemen en onbillijkheden kunnen volgens de onderzoekers worden gevonden in een aan het huwelijk gerelateerde vermindering van verdien capaciteit van vrouwen in het algemeen, waarbij de gevolgen versterkt worden door het bij deze groepen ontbreken van compenserende werking van huwelijksvermogensrechtelijke figuren als gemeenschap van goederen of verrekenbedingen. Bij ongehuwde samenlevers speelt daarnaast het ontbreken van alimentatieaanspraken een negatieve rol. Wel zijn ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen gemiddeld hoger opgeleid dan gehuwde vrouwen met kinderen, het geen leidt tot een lagere economische kwetsbaarheid bij scheiding.

Voor een overzicht van de onderzoeks aanpak, de gemaakte rechtsvergelijkingen en de verdere onderzoeksresultaten verwijs ik naar de conclusies en samenvatting zoals deze in het onderzoeksrapport zijn opgenomen.

2. Rechtvaardiging voor wettelijk ingrijpen bij gehuwden

Alvorens in te gaan op de voorgestelde wettelijke instrumenten om de negatieve gevolgen van de koude uitsluiting tegen te gaan, dient aandacht te worden geschonken aan de vraag of het gesignaleerde probleem wettelijk ingrijpen rechtvaardigt. Met andere woorden: is een wettelijke regeling noodzakelijk dan wel wenselijk?

Ik wil voorop stellen dat (aanstaande) echtgenoten zelf een keuze dienen te maken voor een bepaald huwelijksvermogensregime. Zij hebben daarin een eigen verantwoordelijkheid. Aan eenmaal met elkaar gemaakte afspraken dienen zij zich vervolgens te houden. Wel kunnen zij samen besluiten om tot een andere regeling te komen door gemaakte huwelijkse voorwaarden te wijzigen of alsnog huwelijkse voorwaarden te laten opmaken. Daarnaast kent ons recht algemene voorzieningen, zoals de mogelijkheid een beroep te doen op de regelingen over wilsgebreken, onvoorziene omstandigheden en de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan een eenmaal gemaakte afspraak kan worden aangetast. De onderzoekers hebben aan deze mogelijkheden in hoofdstuk 2 uitgebreid aandacht geschonken.

Door de onderzoekers is geconcludeerd dat de wet weliswaar verscheidene voorzieningen bevat op grond waarvan onbillijkheden die ten gevolge van de overeengekomen koude uitsluiting voorkomen binnen het bestaande systeem kunnen worden bestreden, maar dat slechts in een aantal uitzonderingssituaties daarvan daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt.

Zij wijzen erop dat in exceptionele gevallen een beroep op wilsgebreken (dwaling en misbruik van omstandigheden) is aangenomen. Op de

beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is diverse malen (niet steeds zonder succes) een beroep gedaan. De onderzoekers concluderen dat hoewel de problemen in de praktijk niet zeer omvangrijk zijn en door de rechtspraak soms op creatieve wijze tot een redelijk resultaat wordt gekomen, er behoefte bestaat aan instrumenten om onbillijkheden beter te bestrijden.

De literatuur laat volgens de onderzoekers twee stromingen zien. Een stroming die de bezwaren van koude uitsluiting onderkent, maar het beginsel van gebondenheid aan het contract laat prevaleren en de stroming die vindt dat op een of andere manier mogelijk moet zijn koude uitsluiting in geval van onbillijkheden open te breken. De onderzoekers stellen dat de literatuur in het algemeen in meerderheid voor het op een of andere manier openbreken van koude uitsluiting is, maar dat de meningen verschillen over hoe dit het beste kan gebeuren.

De inhoudelijke rechtvaardiging voor overheidsingrijpen bij gehuwden en geregistreerde partners schuilt volgens de onderzoekers in het op rechtvaardige en evenwichtige wijze regelen van de vermogensrechtelijke verhoudingen die een duurovereenkomst als huwelijkse voorwaarden in het leven roept tussen personen die in de eerste plaats een affectieve relatie hebben. Het bijzondere ten opzichte van andere overeenkomsten schuilt volgens hen enerzijds in het gegeven dat het primair om een affectieve relatie gaat en anderzijds in het bijzondere karakter van huwelijkse voorwaarden: het betreft veelal een abstracte regeling voor een onbepaald aantal situaties dat voor langere duur geldt. Personen die een affectieve relatie hebben, zijn vaak niet goed in staat hun onderlinge verhouding vooraf daadwerkelijk voor langere tijd goed te overzien en daarvoor regelingen te treffen waarin ook negatieve scenario's daadwerkelijk zijn verdisconteerd. Dit geldt volgens de onderzoekers temeer waar behalve de belangen van de partners ook de belangen van een of meer kinderen betrokken zijn. Zij menen dat de overheid is gerechtigd – of zelfs is gehouden – zich laatstbedoelde belangen aan te trekken, als die in het gedrang komen door de wijze waarop de partners in hun onderlinge verhouding regelingen treffen waarvan zij de mogelijke onbillijke uitkomsten vooraf niet werkelijk goed overzien.

Uit het onderzoek blijkt verder dat steeds meer landen in Europa op dit punt over gaan tot een regeling. Het traditionele beeld van enerzijds de flexibele benadering van common law-landen, die geen bindende huwelijkse voorwaarden toelaten en de rechter discretionaire bevoegdheid geven om huwelijksvermogen aan het eind van het huwelijk naar billijkheid te realloceren, en anderzijds de rigide benadering van landen van continentaal Europa, die bindende huwelijkse voorwaarden toelaten die in beginsel onaantastbaar zijn, spoort volgens de onderzoekers niet meer met de werkelijkheid. In de landen van continentaal Europa bestaat een trend om huwelijkse voorwaarden in geval van extreme onbillijkheid door de rechter te laten aanpassen. Deze nieuwe flexibele benadering is waarneembaar in een toenemend aantal landen van continentaal Europa, waaronder klassieke civil law-landen als Duitsland en Zwitserland, maar ook de Oost-Europese landen Hongarije, Litouwen, Oekraïne en Rusland. In al deze landen, behalve Duitsland, is de mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie verankerd in de wet.

Wanneer in de praktijk de bestaande algemene voorzieningen die voor verschillende overeenkomsten gelden niet steeds voldoende soelaas blijken te bieden aan in koude uitsluiting gehuwden, is de vraag of de overeenkomst van deze echtgenoten bijzonder genoeg is om het opnemen van (een) speciale voorziening(en) te rechtvaardigen. Een

dergelijke voorziening zou overigens aan beide huwelijkspartners ter beschikking staan. Het hoeft niet altijd de vrouw te zijn die met onbillikheden ten gevolge van koude uitsluiting wordt geconfronteerd.

Ik kan mij vinden in het standpunt dat het hier om bijzondere overeenkomsten gaat. Zo vormt een handelscontract een contract van andere aard dan een contract betreffende huwelijke voorwaarden. Het gaat bij deze laatste categorie om een overeenkomst waarin vaak voor lange termijn zaken worden geregeld door personen die een affectieve relatie hebben. De inhoud is vooraf door deze partners vaak moeilijk objectief te beoordelen. Personen met een affectieve relatie kunnen vaak niet alle gewenste en niet gewenste consequenties van hun afspraken voorzien. De vraag is daarmee niet beantwoord of er dan ook noodzaak bestaat dan wel ruimte is voor een wettelijke regeling. De vraag is immers ook wat die wettelijke regeling in aanvulling op de bestaande algemene voorzieningen dan zou moeten of kunnen inhouden. Een aanvulling op de bestaande mogelijkheden moet een zekere meerwaarde hebben en meer inhouden dan een toets aan de redelijkheid en billijkheid of aan onvoorziene omstandigheden. Hieronder wordt bij de te overwegen instrumenten nader op dit punt ingegaan.

3. Te overwegen instrumenten met betrekking tot gehuwden

A. Specifieke voorlichting in wet

De onderzoekers komen tot de conclusie dat er termen aanwezig zijn om de voorlichting aan (aanstaande) echtelieden over de bijzondere aard van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting extra te verankeren in de wet. Om de voorlichting aan partijen bij het sluiten van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting nog meer dan thans kracht bij te zetten, kan worden overwogen in de wet op te nemen dat partijen voorafgaand ieder afzonderlijk deskundig worden voorgelicht. Ook zou eveneens kunnen worden voorgeschreven dat deze voorlichting in een verslag wordt neergelegd, te hechten aan de huwelijkse voorwaarden, dan wel dat van de voorlichting expliciet melding wordt gemaakt in de huwelijkse voorwaarden.

Ik merk hierover het volgende op.

De notaris heeft op grond van de Wet op het notarisambt (art. 43) de verplichting om partijen te instrueren over de gevolgen van de totstandkoming van de akte. In de rechtspraak is uitgemaakt dat de notaris naar vermogen dient te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht bij partijen (HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766, Groningse huwelijkse voorwaarden). De notaris zal dan ook wijzen op de verstrekkende gevolgen van koude uitsluiting. Ook bij de zwakkere partij moet immers sprake zijn van «informed consent».

Ik ben van mening dat door het notariaat op een juiste wijze voorlichting wordt gegeven aan partijen. Vaak krijgen cliënten een brochure en een uitgebreide vragenlijst toegezonden ter voorbereiding op het gesprek bij de notaris. Ik zie geen noodzaak voor het opnemen van een specifieke verplichting voor de notaris op dit terrein.

Het voor deze zeer specifieke situatie wettelijk regelen van voorlichting door de notaris acht ik daarnaast onwenselijk, omdat dit inbreuk maakt op ons wettelijk stelsel waarin een algemene plicht voor de notaris is opgenomen in de wet die over de notarissen en hun werkzaamheden gaat. Wij kennen geen afzonderlijke voorlichtingsplichten in andere regelingen van de notaris voor specifieke terreinen.

Zoals de onderzoekers zelf ook aangeven zijn er behalve op dit terrein wel meer gevallen denkbaar waarin, als er bij voorgenomen koude uitsluiting

tot een wettelijke regel voor voorlichting zou worden overgegaan, eveneens een dergelijke (omslachtige) voorlichtingsplicht opgenomen zou kunnen worden.

Wanneer er geen bezwaren zouden bestaan tegen een specifieke wettelijke verplichting, dan is het voorts zeer de vraag of partijen die een affectieve relatie hebben prijs stellen op en open staan voor een afzonderlijke voorlichting. Het gaat immers om voorlichting over een onderwerp dat hen beiden aangaat en waarover zij samen afspraken willen maken. Ik betwijfel of een afzonderlijke voorlichting van partijen enige uitwerking zal hebben op de inhoud van de door partijen gewenste overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.

Daarnaast betekent een afzonderlijke voorlichting aan de (aanstaande) echtgenoten ook aanzienlijke hogere kosten voor partijen. Dezelfde voorlichting dient door de notaris immers twee maal te worden gegeven. Het opnemen van de voorlichting in een verslag of het expliciet vermelden hiervan in de huwelijkse voorwaarden, heeft, gelet op de hiervoor genoemde verplichting in de wet en de door de rechtspraak hieraan gegeven invulling, eveneens geen meerwaarde ten opzichte van de huidige regeling.

Ik wijs er ten slotte op dat uit het onderzoek blijkt dat onze regeling aansluit bij die van het merendeel van de Europese civil law-landen waar de voorlichting wordt gegeven door de notaris aan de partijen gezamenlijk.

Ik zie dan ook geen reden om tot het extra verankeren in de wet van een plicht tot (afzonderlijke) voorlichting in geval van voorgenomen koude uitsluiting over te gaan.

B. Som ineens

Als mogelijk instrument noemen de onderzoekers de som ineens: indien partijen bij huwelijkse voorwaarden afwijken van de regels van de wettelijke gemeenschap kan de echtgenoot die arbeid heeft verricht in het door de andere echtgenoot uitgeoefende beroep of bedrijf of in diens huishouding, zonder voor die arbeid een passende beloning te ontvangen, aanspraak maken op een billijke vergoeding van de andere echtgenoot. Bij een dergelijke regeling dient de wet bij voorkeur ook criteria te vermelden die door de rechter kunnen worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of een som ineens moet worden toegekend, en zo ja, in welke omvang.

In het erfrecht kennen we sinds enige jaren het salaire différé, neergelegd in artikel 4:36 BW voor de erfgenaam die arbeid heeft verricht in het door de erflater uitgeoefende beroep of bedrijf of in diens huishouding. Het in maart 2008 door het lid Anker ingediende amendement (kamerstukken II 2007–2008, 28 867, nr. 15) stoelt op deze regeling en geeft een vergelijkbare aanspraak aan de echtgenoot die arbeid heeft verricht in het bedrijf of in de huishouding. Het is ingetrokken – de indiener meende dat het niet zomaar en marge van het debat van destijds te regelen was – onder gelijktijdige indiening van een motie. In deze motie (kamerstukken II 2007–2008, 28 867, nr. 20) wordt gevraagd om met een wetsvoorstel te komen voor een wettelijk recht op een billijke vergoeding voor de niet beroepsactieve echtgenoot. Naar aanleiding hiervan is het onderzoek naar koude uitsluiting toegezegd en is de motie ingetrokken.

De tekst van art. 4:36 BW biedt geen duidelijke houvast over de berekening van de omvang van de aanspraak. Wel staat in art. 4:37, vierde lid, BW een plafond vermeld. De onderzoekers wijzen erop dat in de jurisprudentie extensief op de nadere omlijning van art. 4:36 BW is

ingegaan. Zo wordt de eis gesteld dat er sprake moet zijn van langdurig verrichte arbeid in het beroep of bedrijf of in de huishouding van de erflater. Ook wordt de eis gesteld dat de arbeid een economische waarde heeft gehad. De jurisprudentie laat voorts zien dat de slagingskans voor de erfrechtelijke som ineens niet hoog moet worden ingeschat en dat de rechtspraak een restrictieve koers vaart.

Daar bij komt dat de eiser de aard, duur en omvang van de verrichte arbeid aannemelijk moet maken.

De onderzoekers stellen dat in de literatuur kritiek wordt geleverd op de erfrechtelijke regeling. In de literatuur waarnaar verzoekers verwijzen wordt onder meer het bestaansrecht van het artikel ter discussie gesteld. Bij de parlementaire behandeling van artikel 4:36 BW is eveneens gediscussieerd over het bestaansrecht van het artikel.

Voor de huwelijksvermogensrechtelijke som ineens zullen volgens onderzoekers vooral twee obstakels een rol spelen: de ongewisse omvang van de som en daardoor de toename in geschilvorming. Zij wijzen er op dat wanneer in de wet duidelijke criteria worden opgenomen, dit deze obstakels in belangrijke mate wegneemt.

Een regeling op de voet van het salaire différé lijkt gezien de kritiek op deze regeling niet op voorhand een oplossing. Wanneer er een voorziening wordt getroffen, kan ik mij indenken dat (ook) andere omstandigheden dan het verrichten van arbeid een rol kunnen spelen. Ik verwijs naar hetgeen hierover hieronder in het kader van de billijkheids-correctie wordt opgemerkt.

C. Billijkheidscorrectie

Als mogelijk instrument noemen de onderzoekers daarnaast een specifieke billijkheidscorrectie voor het geval dat de bepalingen van de huwelijksvoorwaarden door de veranderde omstandigheden onaanvaardbaar ongunstig zijn geworden voor de ex-echtgenoot die al dan niet de zorg voor de kinderen (mede) op zich heeft genomen. Deze mogelijkheid zou de rechter in staat stellen om huwelijksvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, aan te passen in gevallen dat binnen de relatie kinderen zijn geboren, of wanneer de kinderen of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijksvoorwaarden bijvoorbeeld ernstig ziek of gehandicapt is geraakt. Mogelijk is volgens de onderzoekers ook een meer algemene billijkheidscorrectie, inhoudende de mogelijkheid om huwelijksvoorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij te zetten of aan te passen indien die onredelijk zijn in het licht van alle omstandigheden van het geval.

Het merendeel van de Europees civil law-landen kent een benadering waarin geen bijzondere mogelijkheden passen voor de aantasting van onbillijke huwelijksvoorwaarden. Een in omvang toenemende minderheid van landen in Europa is tot een andere benadering overgegaan, waarin het de rechter is toegestaan in uitzonderlijke gevallen de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te corrigeren. Het gaat hier om de Scandinavische landen (Finland, Noorwegen en Zweden) maar ook klassieke civil law-landen als Duitsland en Zwitserland waar de correctie vrij restrictief is beschreven en het karakter van een laatste remedie heeft. In Hongarije, Litouwen en Rusland bestaat er aan de hand van een open norm een ruime beoordelingsvrijheid.

In Finland mag de rechter tot een aanpassing van de overeengekomen huwelijksvoorwaarden overgaan als verdeling zonder aanpassing tot een onredelijk resultaat zou leiden, of aan een van de echtgenoten een ongerechtvaardigd financieel voordeel zou verschaffen. Daarbij wordt

bijzonder gewicht toegekend aan de duur van het huwelijk, de verdeling van de huishoudelijke activiteiten en de activiteiten die tot opbouw en besparing van het vermogen hebben geleid, alsmede andere factoren betreffende de financiële situatie van de echtgenoten. In het kader van deze aanpassing heeft de rechter de mogelijkheid om ook de gescheiden vermogens geheel of gedeeltelijk als huwelijksvermogen te beschouwen. In Noorwegen heeft de rechter een mogelijkheid tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van huwelijkse voorwaarden die voor een van de echtgenoten een onbillijk effect sorteren. In plaats van vernietiging kan de rechter de benadeelde echtgenoot een geldelijke compensatie toekennen. (In de praktijk wordt deze regel zeer restrictief geïnterpreteerd en wordt er zelden een beroep op gedaan.)

Zweden kent een wettelijke regeling sinds 1987 op grond waarvan de huwelijkse voorwaarden opzij kunnen worden gezet wanneer deze onredelijk zijn in het licht van het onderwerp van de overeenkomst, de omstandigheden waarin de overeenkomst tot stand is gekomen, nadien opgekomen omstandigheden en alle omstandigheden van het geval. Uit respect voor de bindende kracht van huwelijkse voorwaarden is in de travaux préparatoire aangegeven dat rechter van de mogelijkheid om huwelijkse voorwaarden opzij te zetten of aan te passen teughoudend gebruik moet maken.

In Duitsland is de correctiemogelijkheid in 2001 door de rechtspraak gecreëerd. De afwijking bij huwelijkse voorwaarden van het wettelijk stelsel mag er niet toe leiden dat de beschermende strekking van de wettelijke bepalingen wordt ondermijnd door huwelijkse voorwaarden die een van de echtgenoten opzadelen met onaanvaardbare, evident eenzijdige verdeling van lasten. De rechter heeft een rangorde ontworpen; de wettelijke huwelijksvermogensregime heeft de laagste rang. Huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting komen in het algemeen ongeschonden door de rechterlijke revisie.

In Zwitserland is het wettelijk regime de gemeenschap van aanwinsten. In geval van koude uitsluiting kent de wet een mogelijkheid voor compensatie ten gunste van de echtgenoot die een uitzonderlijke bijdrage heeft geleverd aan de huishouding of aan de professionele activiteiten van de andere echtgenoot. Daarbij valt te denken aan een uitzonderlijk grote bijdrage in de vorm van huishoudelijke arbeid, de zorg voor kinderen of het onbetaald werken in het bedrijf of in de praktijk van de andere echtgenoot. Daarbij kijkt de rechter naar de voordelen die door de bijdrage zijn ontstaan voor de ene echtgenoot als naar de voor en nadelen die zijn ontstaan voor de andere echtgenoot en niet naar de marktwaarde van de bijdrage, berekend aan de hand van de salarislasten.

In de Oekraïne kan wijziging van de huwelijkse voorwaarden worden gevraagd als de belangen van een echtgenoot of de belangen van de minderjarige of afhankelijke gehandicapte meerderjarige kinderen dat vergen alsmede op basis van andere gewichtige redenen. In Litouwen is de rechter bevoegd om huwelijkse voorwaarden geheel of gedeeltelijk te vernietigen als deze de gelijkheid van de echtgenoten op ernstige wijze schenden of extreem ongunstig zijn voor een van hen. De huidige Russische mechanismen kunnen volgens de onderzoekers niet makkelijk dienen als inspiratie voor de Nederlandse wetgever.

De vraag dient te worden beantwoord wat een billijkheidscorrectie toevoegt ten opzichte van de huidige wettelijke instrumenten. Een wijzigingsbevoegdheid ligt inhoudelijk dicht bij de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en de wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).¹

¹ De artikelen zijn van toepassing op obligatoire overeenkomsten en krachtens de schakelbepaling van 6:216 van overeenkomstige toepassing op andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen.

Art. 6:248 BW bepaalt in lid 1 dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar

de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (aanvullende werking). Lid 2 bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (beperkende werking, zie ook art. 6:2 lid 2 BW).

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad het mogelijk acht 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 (onder meer HR 25 november 1988, NJ 1989, 529 en HR 29 september 1995, NJ 1996, 88). Daarbij verdient aantekening dat zeer wel belang worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden (HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399).

Na de uitspraak van 18 juni 2004 is volgens onderzoekers in een aantal andere zaken vergeefs gepoogd eenzelfde uitkomst te bereiken. Er zijn echter ook uitspraken te vermelden waarin het overeengekomen regime van koude uitsluiting door lagere instanties wel wordt doorbroken met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Art. 6:258 BW vormt een *lex specialis* van artikel 6:248 lid 2 BW.

Dit artikel bepaalt dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Deze voorziening ziet niet op de geldigheid van de eenmaal gemaakte huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, maar op de bevoegdheid van de rechter om eenmaal gesloten huwelijkse voorwaarden aan te passen wegens gewijzigde omstandigheden.

Onder «onvoorziene omstandigheden» moeten worden verstaan omstandigheden, ingetreden na het sluiten van de overeenkomst, die partijen niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) in hun overeenkomst hebben verdisconteerd, omstandigheden waarin zij niet hebben voorzien. Of de omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voorzienbaar waren, is niet beslissend.

De omstandigheden die de onbillijkheid veroorzaken, moeten niet reeds aanwezig zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst en partijen moeten in de overeenkomst met het ontstaan van die omstandigheden ook geen rekening hebben gehouden. Of daarvan sprake is, zal afhangen van de concrete beoordeling door de rechter. Van groot belang zal daarbij zijn het verwachtingspatroon dat de echtelieden hadden ten tijde van het maken van de huwelijkse voorwaarden in het licht van hetgeen werkelijk is gebeurd.

Voorts moet sprake zijn van omstandigheden die van dien aard zijn, dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Blijkens de parlementaire geschiedenis zal hieraan slechts bij hoge uitzondering zijn voldaan, omdat redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord vereisen. Als onbillijk kan immers ook worden aangemerkt het niet hoeven nakomen van hetgeen is overeengekomen. Een beroep op het intreden van een onvoorziene omstandigheid mag derhalve slechts bij (hoge) uitzondering worden gehonoreerd¹. Het arrest Kriek-Smit (HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150) vormt een bekend voorbeeld van toepassing van de *imprévision*, evenals het Melkquotumarrest (HR 29 september 1995, NJ 1996, 88).

¹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 974.

Bedacht dient te worden dat een regeling inhoudende een billijkheidscorrectie niet voor elk probleem dat wordt ondervonden bij koude uitsluiting een oplossing kan bieden. Een billijkheidscorrectie blijft een uitzondering op de regel dat men zich aan gemaakte afspraken dient te houden. Naar mijn oordeel moet veel gewicht worden toegekend aan wat huwelijkspartners zelf overeenkomen.

Zoals de rechtspraak laat zien wordt in een aantal als onbillijk gekwalificeerde gevallen (o.a. door toepassing van de beperkte werking van de redelijkheid en billijkheid) de koude uitsluiting doorbroken. Het is thans op grond van dit onderzoek onvoldoende helder te duiden welke als onbillijk te beschouwen gevallen niet onder de bestaande voorzieningen vallen en wel onder een regeling met betrekking tot een billijkheidscorrectie zouden dienen te vallen. De vraag is immers welke gevallen zo onbillijk kunnen worden beschouwd dat een aanvullende voorziening gerechtvaardigd is en welke criteria dan voor deze gevallen zouden moeten gelden. Om onbillijkheden in het geval van koude uitsluiting beter te bestrijden is het nodig dat er hanteerbare criteria gevonden worden. Om tot deze criteria voor de toepassing van een billijkheidscorrectie te komen, zou in ieder geval overleg met de praktijk wenselijk zijn en zou in de jurisprudentie nader moeten worden bezien in welke onbillijke gevallen er geen doorbreking van de koude uitsluiting heeft plaatsgevonden waar dat wel wenselijk kan worden geacht. Ik ben van mening dat niet zonder meer geconcludeerd kan worden dat een billijkheidscorrectie van nut is.

4. Rechtvaardiging voor wettelijk ingrijpen bij ongehuwden

Over het ingrijpen op het terrein van ongehuwde partners kan het volgende worden opgemerkt.

Ons burgerlijk recht verbindt – op enkele uitzonderingen na – geen vermogensrechtelijke gevolgen aan de feitelijke gedraging inhoudende samenwonen. Uitzonderingen zijn bijvoorbeeld art. 1:160 BW (einde alimentatie bij «samenwonen als waren zij gehuwd, art. 4:28 lid 2 BW (dwingend woonrecht na overlijden partner) en art. 7:268 lid 2 BW (voortzetting huur na overlijden partner).

Bij het verbreken van de samenwoning tussen ongehuwde partners die weinig tot niets hebben geregeld doet de vraag zich voor hoe het ingrijpen gerechtvaardigd kan worden ten opzichte van degenen die in een samenlevingsovereenkomst afspraken hebben gemaakt en met name ten opzichte van de partners die geen overeenkomst zijn overeengekomen (de vrijheid om niet te contracteren).

Gewezen zij ook hier op hetgeen is opgemerkt bij (aanstaande) echtgenoten met betrekking tot het maken van keuzes en het dragen van verantwoordelijkheid daarvoor. Ook hier kan gewezen worden op het ontoereikend zijn van de huidige wettelijke instrumenten en het specifieke karakter van de overeenkomst tussen de partners. Ik verwijs naar hetgeen hiervoor bij gehuwden is opgemerkt.

Met betrekking tot degenen die geen overeenkomst zijn aangegaan wijzen de onderzoekers er terecht op dat als de reden om niet te huwen gelegen is in een bewuste en gezamenlijke keuze van partners om niet onder de wettelijke regeling van het huwelijk te vallen, wetgeving die hen daar toch onderbrengt een inbreuk inhouden op de autonomie van deze partners. Bij mannen blijkt dit om een kwart te gaan, bij vrouwen om een nog iets lager percentage. Voor een groot deel van de samenwoners geldt het argument van het bewust niet willen vallen onder regelgeving derhalve niet.

De onderzoekers concluderen dat er zeker termen aanwezig om een wettelijke regeling te introduceren om onbillijkheden te ondervangen die zich bij het ontbreken van een aan bepaalde criteria beantwoordende relatie van ongehuwd samenwonenden kunnen voordoen met het oog op

de positie van minderjarige kinderen of meerderjarige kinderen die wegens studie of opleiding afhankelijk zijn van een van de partners. Of en zo ja, in hoeverre die termen daadwerkelijk voldoende zijn om tot wetgeving over te gaan zal uiteindelijk beoordeeld moeten worden door de wetgever.

Uit het onderzoek blijkt voorts dat een algemeen zichtbare trend is dat wetgevers van steeds meer landen de noodzaak voelen om ongehuwd en ongeregistreerd samenlevende partners enige bescherming te bieden tegen vermogensrechtelijke problemen. Deze trend is ingegeven door het almaar groeiende aantal ongehuwd samenlevende partners en het feit dat een steeds groter aantal kinderen in deze samenlevingsvorm opgroeit. Daarnaast speelt een rol dat uit sociaal-empirisch onderzoek is gebleken dat de oude opvatting dat niet-trouwen en het niet sluiten van een samenlevingscontract berust op een bewuste keuze van beide partners, veelal niet strookt met de feiten.

Als het gaat om de vormgeving van regelingen voor de vermogensrechtelijke relaties van ongehuwd samenlevende partners, kampen alle landen met dilemma van het vinden van een juiste middenweg tussen respect voor de autonomie van samenwonende paren die, al dan niet willens en wetens, voor deze relatievorm hebben gekozen, en het zonder bescherming laten van de zwakkere partij. De oplossingen die in verschillende landen zijn gekozen, kunnen worden gezien als een glijdende schaal van maatregelen, van het verschaffen van minimale bescherming zoals in Zweden en Noorwegen, tot de volledige gelijkstelling van ongehuwde partners met echtgenoten qua vermogensrechtelijke positie en partneralimentatie. Daarbij wordt de autonomie van de partners in bijna alle landen die een beschermde regeling kennen gerespecteerd door een mogelijkheid om de wettelijke regeling contractueel uit te sluiten (opting out).

Wanneer in de praktijk de bestaande algemene voorzieningen die voor verschillende overeenkomsten gelden niet steeds voldoende soelaas blijken te bieden aan in koude uitsluiting gehuwden, is de vraag of de overeenkomst van deze echtgenoten bijzonder genoeg is om het opnemen van (een) speciale voorziening(en) te rechtvaardigen. Bij het overwegen van een wettelijke regeling voor ongehuwde samenwoners dient daarnaast een juiste balans gevonden te worden tussen enerzijds respect voor de autonomie van samenwonende paren die voor deze relatievorm hebben gekozen en anderzijds de bescherming van de zwakkere partij. De onderzoekers wijzen op dit punt op de hiervoor genoemde mogelijkheid een in te voeren wettelijke bescherming contractueel uit te sluiten. De mogelijkheid van opting out verzekert dat de partijautonomie wordt gerespecteerd van partners die willens en wetens aan hun relatie geen financiële gevolgen willen toekennen. Zij vragen voorts aandacht naar nadere voorwaarden van deze «uitweg». Gewezen wordt op een wettelijke «tenzij-clausule», erop neerkomende dat de opting out niet van toepassing is indien de rechter dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht.

Evenals in het geval van huwelijkse voorwaarden gaat het ook in het geval van een samenlevingsovereenkomst om een bijzondere overeenkomst tussen partijen met een affectieve relatie die voor de lange termijn afspraken maken. De inhoud is vooraf ook door deze partners vaak moeilijk objectief te beoordelen en niet alle gewenste en niet gewenste consequenties van de afspraken kunnen van te voren worden voorzien. Wanneer er geen overeenkomst tussen de partners bestaat, is kan de bijzondere relatie van samenwoners een reden zijn om tot een wettelijke beschermingsregeling te komen. Eigen verantwoordelijkheid van

samenwonenden zonder samenlevingsovereenkomst moet in beginsel worden gerespecteerd.

De vraag of er ook een noodzaak bestaat dan wel ruimte is voor een wettelijke regeling is daarmee nog niet beantwoord. De vraag is immers ook hier wat die wettelijke regeling dan zou moeten of kunnen inhouden en wat de meerwaarde van deze regeling is.

Hieronder wordt bij de te overwegen instrumenten op dit punt nader ingegaan.

5. Te overwegen instrumenten met betrekking tot ongehuwden

A. Partneralimentatie

Het meest voor de hand liggende instrument is volgens de onderzoekers partneralimentatie, toepasselijk als de partners voor de verbreking van de samenwoning samenleefden alsof zij waren gehuwd. Met dit instrument kan een terugval in verdien capaciteit van de verzorgende partner op een afgewogen wijze voor een beperkt aantal jaren worden gecompenseerd, terwijl rekening gehouden wordt met daadwerkelijk aanwezige draagkracht enerzijds en concreet bestaande behoefte anderzijds.

Anders dan ingeval van een huwelijk, dat een duidelijk wettelijk statuut kent dat echtelieden door het aangaan van het huwelijk geacht kunnen worden expliciet te aanvaarden, menen de onderzoekers dat het voor ongehuwd samenwonenden mogelijk moet zijn om van dit regime uitdrukkelijk af te wijken bij notarieel verleden (samenlevings)overeenkomst.

Uit het onderzoek blijkt dat toekenning van partneralimentatie aan samenlevende partners mogelijk is op de voormalige Nederlandse Antillen, in Slovenië, de Spaanse autonomieën, de Canadese provincies (behalve Quebec), Kroatië, Nieuw-Zeeland, Oekraïne, Servië, Slovenië en Tasmanië.

Op de voormalige Nederlandse Antillen voorziet de wetgeving in een recht op levensonderhoud na het verbreken van een samenleving anders dan door overlijden, indien voldaan is aan twee vereisten. Het eerste is het criterium «na een *langdurige* samenleving als waren zij gehuwd » en als tweede vereiste geldt dat de aanspraak op levensonderhoud «redelijk» dient te zijn. De rechter kan zelfstandig beoordelen wanneer hij een dergelijke samenleving – voor wat betreft een onderhoudsverplichting na beëindiging ervan – gelijkstelt met een huwelijk, zij het dat hiervan slechts sprake zal kunnen zijn ingeval van een samenleven van geruime duur. Het vereiste van langdurigheid zal mede aan de hand van de materiële inhoud van de samenleving kunnen worden beoordeeld.

Wat redelijk is zal door de rechtspraak moeten worden ingevuld. De rechter houdt rekening met alle omstandigheden van het geval. Hierbij valt te denken aan leeftijd, gezondheidstoestand en arbeidsverleden, de tijdens de samenleving aangehouden rolverdeling, de duur van het (langdurige) concubinaat, het feit dat uit het concubinaat kinderen zijn voortgekomen, de leeftijd van deze kinderen en eventuele afspraken ter zake.

Het bepaalde omtrent de echtgenotalimentatie is van overeenkomstige toepassing (regels over behoefte en draagkracht en wettelijke limiteringsregeling).

Ik sta op zich niet onsympathiek tegenover een alimentatievoorziening voor samenwoners. Na een periode van samenleving kan het – met name wanneer er kinderen uit die relatie zijn geboren – onredelijk zijn dat één van de ex-partners geen alimentatie ontvangt. Over het algemeen spreken partners geen alimentatie af in hun contract. Bij toekenning van alimen-

tatie in redelijkheid, zoals in de hiervoor genoemde regeling op de voormalige Antillen, bestaat er geen onderhoudsplicht tussen samenwoners en is het aan de rechter om te oordelen of alimentatie moet worden toegekend. Het in de wet opnemen van een onderhoudsplicht voor samenwoners acht ik, gelet op het feit dat partijen niet voor het huwelijk hebben gekozen, een te ver gaande inbreuk op de partijautonomie. De vraag is echter hoe bepaald kan worden wanneer het toekennen van alimentatie redelijk is. Ik vraag mij af of een regeling op grond waarvan alimentatie kan worden toegekend in het geval van redelijkheid, zonder dat hiervoor criteria worden genoemd, werkbaar is voor de praktijk. Ik zou menen dat een hanteerbare regeling nadere criteria dient in te houden. Alvorens tot de conclusie te kunnen komen dat een alimentatievoorziening hier aangewezen is, zou dit punt met de praktijk nader besproken moeten worden.

B. Van overeenkomstige toepassing regeling gehuwden

De onderzoekers menen verder dat een aantal wettelijke regelingen, geschreven voor gehuwden, van overeenkomstige toepassing zou kunnen worden verklaard op ongehuwd samenwonenden. Zij denken daarbij met name aan de onderstaande regelingen.

- Art. 1:84 BW over kosten van de huishouding

Ten aanzien van de mogelijke analoge toepassing van de in art. 1:84 BW neergelegde draagplichtverdeling bestaat volgens de onderzoekers verschil van mening in de literatuur, maar acht de meerderheid van de auteurs art. 1:84 BW voor analoge toepassing vatbaar.

Dat de partners de kosten van de gemeenschappelijke huishouding naar evenredigheid van hun inkomen zullen willen dragen lijkt voor de hand te liggen. Soms zal dit echter ook anders zijn en zullen partners verder willen gaan door alle inkomsten op een rekening te zetten waarover beide partners vrijelijk kunnen beschikken.

Uit het onderzoek blijkt dat als er een samenlevingsovereenkomst is gesloten, deze vaak niet meer dan afspraken over kosten van de huishouding, over pensioenaanspraken en over wat er bij overlijden gebeurt met gezamenlijke goederen bevat. Ik leid hieruit af dat er vaak wel afspraken over de kosten van de huishouding¹ worden gemaakt. Ik meen dat het niet veel nut heeft deze regeling van overeenkomstige toepassing te laten zijn.

- Het in de wet van tot wijziging van de titels 6,7 en 8 van Boek 1 BW (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen) opgenomen art. 1:87 BW over vergoedingsrechten wegens vermogensverschuivingen

Vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten belopen volgens dit nieuwe art. 1:87 BW niet langer het nominale bedrag, maar zij groeien (of krimpen) mee met het ermee verbonden goed. Deze regel geldt voor alle echtgenoten, onafhankelijk de huwelijksvermogensrechtelijke positie.

In de aanhangige ontwerp-Landsverordening herziening huwelijksvermogensrecht op de voormalig Nederlandse Antillen is eveneens in art. 87 een regeling opgenomen waardoor op vergoedingsrechten de zogenoemde «beleggingsleer» van toepassing kan zijn. In art. 1:87a BWNA (ontwerp) wordt deze regeling voor vergoedingsrechten ook van toepassing verklaard op twee personen die hebben samengeleefd als waren zij gehuwd.

In de toelichting wordt hierover vermeldt dat de beleggingsleer ook toepasselijk wordt verklaard op het geval dat buiten huwelijk is samengeleefd en een der partners goederen van de ander heeft gebruikt. Gedacht kan worden aan een huis door een partner gekocht is deels met geld van

¹ Op grond van art. 1:84, derde lid, kunnen echtgenoten schriftelijk een andere regeling overeenkomen.

de ander. De ander behoort te kunnen meeprofiteren van een waarde-stijging.

Art. 1: 87 BW zal per 1 januari 2012 in werking treden. Er is dan ook nog geen ervaring met dit artikel opgedaan. Van verschillend zijden is gewezen op de niet eenvoudige toepasbaarheid van dit artikel. Ik acht het thans dan ook te vroeg om deze regeling van overeenkomstige toepassing te verklaren op ongehuwde samenwoners.

- Een regeling voor een billijke vergoeding wegens verrichte arbeid (vergelijk koude uitsluiting gehuwden)

Ik wijs op hetgeen hiervoor is opgemerkt over de som ineens bij gehuwden.

- Een specifieke rechterlijke wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van samenlevingsovereenkomsten

Ik wijs op hetgeen hiervoor is opmerkt over de billijkheidscorrectie in het geval van huwelijksvoorwaarden.

- De processuele regels over voorlopige voorzieningen en nevenvoorzieningen in scheidingszaken

Zoals de onderzoekers ook aangeven biedt de wet gehuwden in geval van echtscheiding de mogelijkheid om tegelijk met de echtscheiding in één procedure een of meer nevenvoorzieningen aan de rechter te vragen. Deze voorzieningen kunnen onder meer betrekking hebben op levensonderhoud, het gezag over en de omgang met minderjarige kinderen, de verdeling van de huwelijksgemeenschap of de uitvoering van een verrekenbeding. Samenwonende partners die uit elkaar gaan dienen veelal soortgelijke maatregelen te treffen. Zij zijn echter aangewezen op afzonderlijke verzoekschriftprocedures en, voor een voorziening inzake de vermogensrechtelijke afwikkeling, op de dagvaardingsprocedure. Voor gehuwden is het ook mogelijk om in één verzoekschrift voor de duur van de procedure een of meer voorlopige voorzieningen te vragen, zoals het uitsluitend gerechtigd zijn tot de echtelijke woning, de voorlopige toevertrouwing van de minderjarige kinderen en het vaststellen van een omgangsregeling. Voor soortgelijke voorlopige maatregelen dienen samenwoners een kort geding aan te spannen.

Ik ben voornemens een wetsvoorstel te doen voorbereiden waarin ook voor samenwoners in één verzoekschrift verschillende definitieve of verschillende voorlopige voorzieningen kunnen worden gevraagd. Op deze wijze kan een aanzienlijke effectievere en snellere behandeling van de gevraagde maatregelen plaatsvinden. Deze maatregel zal ook worden aangekondigd in het kader van de innovatieagenda Rechtsbestel.

6. Voorstel mevrouw Berndsen

Naar aanleiding van het voorstel van het lid mevrouw Berndsen gedaan bij de behandeling van de begroting over 2011 van dit departement om huwen buiten gemeenschap van goederen als hoofdregel op te nemen in het Burgerlijk Wetboek (en daarbij uitdrukkelijk de kosten te betrekken) merk ik het volgende op.

Het huwelijksvermogensrecht is de laatste jaren onderwerp van discussie geweest en er zijn drie wijzigingswetten tot stand gekomen betreffende de rechten en plichten echtgenoten, verrekenbedingen en de gemeenschap van goederen. Bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen is gebleken dat de wettelijke

gemeenschap als stelsel zeker bestaansrecht heeft. Ik wijs erop dat aanvankelijk was voorgesteld erfenissen en schenkingen voortaan buiten de gemeenschap te houden, maar dat tijdens de parlementaire behandeling ervoor is gekozen om de bestaande regeling op dit punt te handhaven. Na deze jaren van discussie, zie ik geen reden om thans, nog voor de inwerkingtreding van de wet aangaande wijzigingen van de gemeenschap van goederen, opnieuw het stelsel ter discussie te stellen. Ook de onderzoekers concluderen niet tot een stelselwijziging te komen. Zij stellen voor om in de wet voorzieningen op te nemen om onbillijkheden betreffende een vorm van huwelijkse voorwaarden tegen te gaan (zie hiervoor).

Een belangrijk punt in de discussie zou overigens zijn welk stelsel zou moeten gelden als de wettelijke gemeenschap van goederen niet meer het uitgangspunt zou zijn en de partners geen keuze maken of kunnen maken. Er geldt immers niet een standaardvorm van «huwelijkse voorwaarden». Een ander stelsel dan de wettelijke gemeenschap betekent dat in de wet een keuze gemaakt zou moeten worden voor een bepaalde vorm van huwelijkse voorwaarden.

Dit betekent dat de degenen die in gemeenschap willen huwen of een ander vorm van huwelijkse voorwaarden willen kiezen dan de in de wet opgenomen vorm, naar een notaris dienen te stappen.

Uit het ook in het onderzoek genoemde artikel in WPNR van M.J.A. van Mourik en W. Bugerhart¹ volgt dat over de jaren 1999 tot en met 2003 in 25–30% van de huwelijken huwelijkse voorwaarden werden opgemaakt. In deze jaren hadden tussen ± 63 tot 72% van de akten betrekking op een verrekenbeding. In deze jaren bedragen de percentages voor koude uitsluiting tussen de ongeveer 4 en 10 %.

Dit betekent dat voor tussen 70–75 % van de huwelijken de gemeenschap van goederen geldt voor welk stelsel, bij invoering van de regel om huwen buiten gemeenschap, naar een notaris dient te worden gegaan. Dit percentage zal iets lager liggen omdat, nu voor de gemeenschap van goederen niets hoeft te worden geregeld, voor een aantal echtparen deze gemeenschap geldt omdat zij om verschillende redenen er niet toe zijn gekomen huwelijkse voorwaarden te laten opmaken.

Zoals gezegd zal ook elke andere vorm van huwelijkse voorwaarden dan de gekozen wettelijke vorm via de notaris moeten worden vastgelegd. In de gevallen dat er huwelijkse voorwaarden worden opgemaakt geldt op grond van de hiervoor vermelde cijfers over de jaren 1999–2003 dat tussen de 37 en 28 % van de paren iets anders wil dan een verrekenbeding.

De precieze kosten voor een akte van huwelijksvoorwaarden zijn moeilijk aan te geven. De kosten voor een akte van huwelijkse voorwaarden kunnen per notariskantoor variëren. De bedragen liggen zo tussen de € 500–1000.

Op basis van de bovengenoemde cijfers kan geconcludeerd worden dat meer paren dan nu naar de notaris dienen te gaan en dat er voor de burgers aan een stelselwijziging zoals door mevrouw Berndsen voorgesteld meer kosten verbonden zijn.

De cijfers laten zien dat in veruit de meeste gevallen een verrekenbeding wordt opgemaakt. Het gaat daarbij om een of meer verplichtingen tot verrekening van inkomsten of vermogen.

De wet geeft algemene regels voor verrekenbedingen in huwelijkse voorwaarden (artt. 1:132 tot en met 143 BW). Verrekenbedingen komen in veel varianten voor. Er is destijds in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel verrekenbedingen² opgemerkt dat het maken van een alomvattende regeling over verrekenbedingen ondoenlijk en niet nodig is. Ook is aangegeven dat het niet de bedoeling is om een min of meer

¹ «De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997–2003», WPNR 6 648 (2005).

² Kamerstukken II 2000–2001, 27 554, nr. 3, blz. 9.

uitgewerkt wettelijk verrekenstelsel te introduceren. Gekozen is om alleen die aspecten van verekenbedingen op te nemen in een algemene wettelijke regeling, die voor elk periodiek of finaal verrekenbeding van belang zijn. Een sluitende regeling «het» verrekenbeding ligt daarom niet voor de hand.

Het kiezen van een bepaalde variant van het verrekenbeding als opvolger van de gemeenschap van goederen is naar mijn oordeel dan ook niet aan de orde.

Ook een andere variant van huwelijkse voorwaarden als wettelijk stelsel ligt geenzins voor de hand.

Ik ben dan ook van oordeel dat het huidige stelsel met als wettelijke basis de gemeenschap van goederen gehandhaafd dient te blijven.

De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie,
F. Teeven