

# ECHTSCHIEDINGSCONVENANT EN BOEDELSCHEIDING

Preadviezen, uitgebracht voor de  
Vereniging voor Burgerlijk Recht

door  
Prof.mr. E.A.A. Luijten  
Mr. J.A.M.P. Keijser

1989  
Koninklijke Vermande bv, Lelystad  
*Uitgevers sinds 1750*

651  
E  
38



ISBN 90 6040 909 4/CIP  
NUGI 692

© 1989 Koninklijke Vermande, Lelystad

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig ander manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zicht tot de uitgever te wenden.

## INHOUD

Blz.

### Het echtscheidingsconvenant

#### Ontwikkeling, in het bijzonder in relatie tot huwelijksvoorwaarden

|                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Inleiding .....                                                        | 7  |
| 2. De geschiedenis van het echtscheidingsconvenant .....                  | 7  |
| 3. Echtscheidingsconvenant en huwelijksvoorwaarden; twee uitersten? ..... | 16 |
| 4. Les extrêmes se touchent .....                                         | 23 |
| 5. Conclusies; komend recht; wenselijk recht .....                        | 29 |

#### Overwegingen bij het opstellen van convenanten

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Afbakening van het onderwerp .....                                                                 | 41 |
| 2. Kinderen .....                                                                                     | 42 |
| 2.1 Voortzetting van de ouderlijke macht en alimentatie .....                                         | 42 |
| 2.2 De hoogte van de kinderalimentatie .....                                                          | 43 |
| 2.3 De kosten van de verzorgende ouder .....                                                          | 44 |
| 2.4 Kosten van kinderopvang .....                                                                     | 46 |
| 2.5 In welke verhouding moeten de ouders bijdragen .....                                              | 47 |
| 2.6 Meerderjarige kinderen .....                                                                      | 48 |
| 2.7 Kinderalimentatie en de Wet op de Studiefinanciering .....                                        | 48 |
| 3. Alimentatie voor de gewezen echtgenoot .....                                                       | 49 |
| 3.1 Wijziging van alimentatie-afspraken door de rechter .....                                         | 49 |
| 3.2 Afbouw en limitering .....                                                                        | 51 |
| 3.3 Kortingsregelingen .....                                                                          | 52 |
| 3.4 Huwelijk of concubinaat van de alimentatiegerechtigde .....                                       | 53 |
| 3.5 Afkoop van alimentatie .....                                                                      | 54 |
| 3.6 Overlijden en pensionering alimentatieplichtige, en ouderdomsvoorziening gewezen echtgenoot ..... | 56 |
| 4. Vermogensrechtelijke afwikkeling .....                                                             | 58 |
| 4.1 Inventarisatie van enkele problemen .....                                                         | 58 |
| 4.2 Vraagpunten .....                                                                                 | 61 |
| 4.3 Het tijdstip van de ontbinding van de goederengemeenschap en de scheiding en deling .....         | 62 |
| 4.4 Welke goederen vallen (niet) in de gemeenschap .....                                              | 63 |

|     |                                                             |    |
|-----|-------------------------------------------------------------|----|
| 4.5 | Wie heeft aanspraak op toescheiding van bepaalde goederen . | 69 |
| 4.6 | Hoe waarden . . . . .                                       | 70 |
| 4.7 | Gebruiksvergoeding . . . . .                                | 78 |
| 4.8 | Pensioenverrekening . . . . .                               | 83 |
| 5.  | Het sluitstuk: de procedure . . . . .                       | 86 |
| 6.  | Enige conclusies . . . . .                                  | 87 |

## HET ECHTSCHIEDINGSCONVENANT

### Ontwikkeling, in het bijzonder in relatie tot huwelijksvoorwaarden

Prof. mr. E.A.A. Luijten

#### 1. Inleiding

De oorsprong van de term echtscheidingsconvenant ligt in het duister. In de literatuur van de laatste decennia is zij gemeengoed geworden doch omtrent het ontstaan van de term wordt niets medegedeeld; in de oudere literatuur komt de term niet voor. Waarschijnlijk is het gebruik ervan in de praktijk ontstaan. Op zich is het uiteraard vreemd, dat het woord „convenant”, waarmee men niet meer dan het algemene juridische begrip „overeenkomst” wil aanduiden, niet in de officiële woordenlijst van onze taal voorkomt, zodat de uitdrukking ook in samenhang met het begrip „echtscheiding” in onze woordenboeken en encyclopedieën ontbreekt. Van directe overname uit een vreemde taal is ook geen sprake nu het Engelse en Franse synoniem „convention” luidt en de Romeinsrechtelijke term „conventio” was<sup>1)</sup>. Wij hebben hier derhalve waarschijnlijk met een verbastering te maken, die echter — althans in het juristenjargon — algemeen ingang heeft gevonden ondanks haar niet-legitieme afkomst<sup>2)</sup>.

Ook ik zal mij in het vervolg gemakshalve van dit spraakgebruik bedienen, waarbij ik onder de term „echtscheidingsconvenant” zal verstaan de overeenkomst, waarbij echtgenoten of ex-echtgenoten de rechtsgevolgen van een tussen hen komende of reeds tot stand gekomen echtscheiding regelen, eventueel — voorzover nodig of gewenst — onder voorbehoud van rechterlijke bekrachtiging. Of deze overeenkomst ook reeds gesloten kan worden tussen a.s. echtgenoten is een der vragen, die in dit preadvies zullen worden behandeld.

#### 2. De geschiedenis van het echtscheidingsconvenant

Niet alleen ligt de oorsprong van de term echtscheidingsconvenant — gelijk gezegd — in het duister, ook het verschijnsel zelf heeft een duister verleden, echter in andere zin daar zijn oorsprong lag in een sfeer van strijdigheid met openbare orde, goede zeden en dwingende wetbepalingen.

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende immers in art. 263<sup>3)</sup> (oud) de nadrukkelijke regel:

„Echtscheiding kan nimmer door onderlinge toestemming plaats hebben”. Ongetwijfeld was deze bepaling een reactie op de Code civil, die scheiding bij onderlinge toestemming wel had toegelaten (art. 233 C.c.), nader uitgewerkt in Livre I Titre VI Chapitre III „Du divorce par consentement mutuel” (art. 275 t/m 289 C.c.)

Onze nationale wetsgeschiedenis vertoonde daarna een wisselend beeld.<sup>4)</sup> Het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland verbood nog uitdrukkelijk de echtscheiding bij onderlinge toestemming (art. 218), doch het Ontwerp 1816 kende wederom de echtscheiding krachtens overeenkomst, echter niet lang want na het advies van de Raad van State verdween deze mogelijkheid weer<sup>5)</sup>.

In overeenstemming hiermede werd in het Ontwerp 1820 de echtscheiding bij onderlinge toestemming verboden,<sup>6)</sup> zodat teruggekeerd werd tot het beginsel van het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland, waaraan ook het Wetboek 1830 en onze nationale wetgeving van 1838 vast bleven houden.

Toch kende ons Wetboek van 1838 in tegenstelling tot de daaraan voorafgaande wetgeving een merkwaardig novum. De scheiding van tafel en bed, die het oud-vaderlandse recht reeds kende als de „separatio thori et mensae” van het canonieke recht, kon ten onzent ook op gezamenlijk verzoek van de echtgenoten worden uitgesproken (artt. 291 e.v., oud) en kon na een duur van vijf jaar leiden tot ontbinding van het huwelijk, zoals thans nog is geregeld in de artt. 1:179 e.v., zij het met een beperking van de termijn tot drie jaar. Aldus kende het BW van 1838 reeds in feite — de terminologie werd opzettelijk vermeden — een vorm van echtscheiding bij onderlinge toestemming, zij het in twee étappen en met vele en langdurige formaliteiten.<sup>7)</sup> Te weinig aandacht is m.i. besteed aan het feit, dat de wetgever van 1838 daarbij ook reeds de rechtsfiguur van het convenant kende in art. 292 (oud), zij het dat dit convenant betrekking had op de voluntaire vorm van de scheiding van tafel en bed.

De inhoud luidde:

„Art. 292. — 1. Alvorens scheiding van tafel en bed te vragen, zijn de echtgenooten verplicht, bij eene authentieke akte, alle de voorwaarden dier scheiding te regelen, zoo wel te hunnen opzichte als ten aanzien van de uitoefening van de ouderlijke magt en de verzorging en opvoeding hunner kinderen.

— 2. De schikkingen tusschen hen beraamd, om plaats te hebben gedurende het regterlijk onderzoek, moeten aan de bekrachtiging van de regtbank worden onderworpen, om, desnoods, door haar geregeld te worden.”

Deze bepaling — na de invoering van Boek 1 NBW vernummerd tot art. 1:183 — heeft bestaan tot de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht op 1 oktober 1971, waarbij zij is opgegaan in art. 1:155, dat bij scheiding van tafel en bed toepasselijk is ex art. 1:169, lid 2. De notariële vorm ging hierbij verloren.<sup>8)</sup>

Ik vermeld deze wetshistorie en deze bijzondere trek, omdat hieruit blijkt, dat in ons rechtssysteem vanaf de codificatie de mogelijkheid aanwezig is geweest om in onderling overleg de huwelijksband te slaken, omdat zoals Diephuis het al uitdrukte:

„... de band ondraaglijk kan worden, de vereeniging niet enkel ongeschikt om aan haar doel te beantwoorden en een gezin gelukkig te maken, dat lief en leed tezamen deelen zal, maar zelve een bron te zijn van leed zonder vreugde op te leveren; dan is ontbinding verkieslijk boven het vasthouden van hetgeen onhoudbaar geworden is en de mogelijkheid daarvan wenselijk voor de maatschappij in het algemeen”<sup>9)</sup>.

Dit betekende niet en zal zelfs de lege ferenda<sup>10)</sup> niet betekenen, dat geen rechterlijke uitspraak nodig is om de echtscheiding te bewerkstelligen.

Wel staat vast, dat een overeenkomst tussen echtgenoten, waarbij zij zich verbonden tot echtscheiding over te gaan naar toenmalig recht nietig was nu zij een geoorloofde oorzaak ontbeerde op grond van strijd met de goede zeden (art. 1373 BW<sup>11)</sup>).

Hierna zal deze vraag in het licht van het nieuwe echtscheidingsrecht opnieuw aan de orde worden gesteld.

In de vorige eeuw en de eerste helft van deze eeuw stond echter dit uitgangspunt in elk geval onaantastbaar vast, zij het, dat jurisprudentie daarover schaars was, daar echtscheiding in die tijd sporadisch c.q. weinig voorkwam<sup>12)</sup>.

Van belang in dit kader is echter de sanctionering door ons hoogste rechtscollege van de „grote leugen”-praktijk (HR 22 juni 1883, W. 4924) waarbij — uiterst sober gemotiveerd — werd beslist, dat de bekentenis van — veelal gefingeerd — overspel volledig bewijs oplevert en de echtscheidingsgrond doet vaststaan (art. 1962, oud).<sup>13)</sup> Vóór dit arrest wilde de lagere jurisprudentie van deze praktijk doorgaans niets weten, doch daarna werd de aldus goedgekeurde methode al spoedig gemeengoed en steeg de echtscheidingscurve snel. In de doctrine bleef echter de mening overheersend, dat ons hoogste rechtscollege zich hiermede op een glibberig pad had begeven<sup>14)</sup>, dat de weg had vrijgemaakt voor praktijken die de rechterlijke macht juist behoorde te keren, zoals art. 422 van het Ontwerp 1820 het zo fraai uitdrukte:

„De regters moeten toezien, dat geen huwelijken ontbonden worden uit versierde oorzaken of bedekte overeenkomsten der partijen”.

Niettemin was het kwaad — zoals de doctrine het toen zag — geschied en zullen vele „bedekte overeenkomsten” tot echtscheiding geleid hebben.

Het zou vijftig jaar duren voor opnieuw — wat de Procureur-Generaal Langemeijer later<sup>15)</sup> noemde — een standaardarrest in deze werd gewezen. In de procedure leidende tot HR 10 maart 1933, NJ 1933, 804, W. 12590<sup>16)</sup>, kwam immers de vraag aan de orde of de in een op bovengemelde grond nietige overeenkomst tot echtscheiding overeengekomen alimentatie-afkoop som, mede voldaan als contra-prestatie tegenover de belofte aan de echtscheiding mee te werken kon worden teruggevorderd. In deze zaak

stond de geldigheid der uitgesproken echtscheiding — evenals het huwelijk een abstract rechtsfeit — buiten kijf, maar hoe stond het nu met de betaalde som, de prijs van de gekochte vrijheid?

Men dient hier te onderscheiden; voor zover de betaling als werkelijk verschuldigde alimentatie in de vorm van een afkoopsom kon worden beschouwd had zij een geldige causa.

Was zij — geheel of ten dele — echter tegenprestatie voor de met de goede zeden strijdige toezegging tot medewerking aan de echtscheiding, dan miste zij een geoorloofde oorzaak en was zij onverschuldigd voldaan.

Lang blijft het in deze materie dan stil. Op 1 oktober 1971 wordt tenslotte het lang bepleite nieuwe echtscheidingsrecht van kracht, dat de echtscheiding belangrijk vergemakkelijkt en de echtscheidingscurve in de hoogte jaagt maar tevens het echtscheidingsconvenant „salonfähig” maakt door zijn uitdrukkelijke toelating in de artt. 1:153, 155, 158 en 159.

Kort vóór deze novelle was echter een arrest gewezen, dat m.i. op het toen nog komende recht anticipeerde.

In de procedure, die leidde tot HR 29 april 1971, NJ 1972, 336, m.o. schr. dezes, stond een drie-partijen-contract centraal, waarin Y, die met X gehuwd was in eerste echt en met Z wilde hertrouwen, op 16 jan. 1948 met X en Z een regeling trof, inhoudende, dat Z zich jegens X verplichtte om, zo zij na Y's overlijden een weduwepensioen zou ontvangen op grond van de dienstbetrekking van Y bij de Nederlandse Omroep Stichting, 50% van elke pensioentermijn aan X zou uitkeren, zulks met een maximum van f 120,— per maand. Van een bijzonder weduwepensioen was in die dagen nog niet vernomen<sup>17)</sup>. Na Y's overlijden in 1969 weigerde Z de overeengekomen afdracht, stellende, dat de overeenkomst nietig zou zijn op grond van een ongeoorloofde oorzaak nu X haar bereidheid om tegen Y een vordering tot echtscheiding in te stellen afhankelijk had gemaakt van de toezegging van voormelde financiële regeling. Nadat de Rb. in deze blijk had gegeven van een eigen denkwijze door te overwegen:

„dat niet, met name ook niet aan de hand van de door Z aangehaalde rechtspraak valt in te zien, dat de overeenkomst niet aan het wettelijk vereiste van een geoorloofde oorzaak voldoet”;

besliste het Hof in klassieke trant:

„dat het toch strijdt met de goede zeden om, gelijk X heeft gedaan, het haar — naar in confesso is — op zich toekomende recht om een vordering tot echtscheiding tegen Y in te stellen, te bezigen als hefboom ter verkrijging van alimentatie-aanspraken tegenover Z op wie zonder dien de verplichting tot betaling van alimentatie aan X uit géén hoofde zou rusten”.

De Hoge Raad besliste echter anders:

„dat deze opvatting door het middel terecht worden bestreden;

„dat immers de wet aan de echtgenoot die recht heeft om echtscheiding te

vorderen, de keuze laat, om al of niet van dit recht gebruik te maken, en het deze echtgenoot niet onder alle omstandigheden euvel kan worden geëind, dat hij van deze positie gebruik maakt door, in geval de wederpartij echtscheiding wenst, zijn bereidheid om daaraan door het instellen van een vordering mede te werken van bepaalde, door de wederpartij of door een derde te vervullen, voorwaarden afhankelijk te stellen;

„dat de sterke positie waarin de echtgenoot die recht heeft echtscheiding te vorderen, aldus door de wet is geplaatst, ertoe kan leiden dat deze echtgenoot van de wederpartij of van derden voordelen bedingt, waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kan maken;

„dat in zodanig geval de door de wederpartij of door een derde aangegane overeenkomst door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen en derhalve in strijd moet worden geacht met de goede zeden;

„dat het evenwel ook mogelijk is, dat de echtgenoot door bepaalde voordelen te bedingen niet onredelijk handelt, en in dat geval de overeenkomst rechtsgeldig is;

„dat 's Hofs arrest, nu daarin met laatst bedoelde mogelijkheid geen rekening is gehouden, niet in stand kan blijven;”

Het arrest is gewezen in overeenstemming met de fraaie conclusie van de Procureur-Generaal Langemeijer, waarvan ik niet kan nalaten het onderdeel te citeren waarin hij de moeilijke omstandigheden van X belicht en dan vervolgt:

„Onder die omstandigheden, zo zou ik menen, is er alle reden rekening te houden met de mogelijkheid dat X alle mogelijke motieven had om de echtscheiding te vorderen en slechts één motief om dit niet te doen, namelijk het zelfs niet in bescheiden mate verzekerd zijn van haar economische toekomst. Onder die omstandigheden zou het veeleer in strijd met de goede zeden zijn geweest wanneer X Y als het ware in het huwelijk had vastgehouden alleen om zich een weduwepensioen te verzekeren dan wanneer zij zich had laten bewegen dit niet te doen, mits haar een aandeel in dat pensioen (indien er van een pensioen sprake zou zijn!) werd verzekerd dat, naar zich voorschijnt, laat aanzien, het redelijke niet te boven ging.

Deze conclusie en de daarop gevolgde uitspraak leiden tot het aansnijden van de problematiek, onder welke omstandigheden een echtscheidingsconvenant dan nog nietig zou kunnen zijn.

Het is hier de plaats om nog eens te wijzen op het verschil van opvatting tussen de Procureur-Generaal en de Hoge Raad in deze.

Langemeijer houdt vast aan het beginsel, dat de vrijheid om echtscheiding te vorderen niet mag worden gebruikt om voordelen te bedingen waarop men rechtens géén aanspraak heeft. In deze opvatting heeft derhalve een convenant waarin zulks geschiedt een ongeoorloofde oorzaak wegens strijd met de goede zeden, tenzij er een rechtvaardigingsgrond bestond voor het beding<sup>18)</sup>. De Hoge Raad plaats echter het convenant geheel buiten het vraagstuk of deze overeenkomst inhoudelijk in strijd met de goede zeden is; een even-

tuele nietigheid kan evenwel gelegen zijn in het misbruik dat een der pp. van de concrete omstandigheden heeft gemaakt<sup>19)</sup>.

Het praktisch verschil zou zijn, dat naar geldend recht beide visies leiden tot de conclusie van nietigheid ex art. 1373 BW, maar naar komend recht een rechtshandeling in strijd met de goede zeden nietig is (art. 3.2.7 lid 1) doch misbruik van omstandigheden een wilsgebrek oplevert, dat de rechtshandeling vernietigbaar maakt (art. 3.2.10). Deze vernietiging geschiedt dan hetzij door een buitengerechtigde verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak (art. 3.2.13)<sup>20)</sup>.

Mijn voorkeur gaat in deze uit naar de visie van de Hoge Raad, nu in het nieuwe recht het echtscheidingsconvenant een hechte basis heeft verkregen als wettelijk erkende familierechtelijke overeenkomst, waarvan de geldigheid naar algemene rechtsbeginselen moet worden beoordeeld, waarbij men zoals bij elke andere overeenkomst — naar komend recht bij elke rechtshandeling — tot de conclusie kan komen dat gehandeld werd onder misbruik van omstandigheden.

Tot de aan de orde gestelde problematiek behoort voorts de in de literatuur nog steeds omstreden vraag of men in een echtscheidingsconvenant zich in het licht van het thans geldend recht kan verplichten tot medewerking aan een echtscheiding in dier voege, dat van deze verplichting nakoming in rechte kan worden gevorderd. Veelal wordt deze vraag ook heden ten dage ontkennend beantwoord<sup>21)</sup>.

Ik sluit mij bij deze auteurs aan nu weliswaar de wet geen duidelijke algemene regel stelt, maar toch uit incidentele verbodsbepalingen is af te leiden, dat de wetgever in familierecht en erfrecht hoogst persoonlijke bevoegdheden en beslissingen erkent, die niet door contractuele verplichtingen daartoe mogen worden bevorderd of belemmerd. Deze incidentele bepalingen zijn echter talrijk. Zo signaleer ik zonder op volledigheid aanspraak te maken: art. 1:49 (trouwbeloften geven geen rechtsvordering), art. 1:103 (recht tot afstand doen van de gemeenschap), art. 1:121 lid 3 (verbod afstand te doen van rechten uit de ouderlijke macht of aan de langstlevende echtgenoot toegekend), art. 1:400 lid 2 (afstand van alimentatierechten bij voorbaat), artt. 1109 en 1370 (verbod van pacta de succedendo), art. 1112 lid 2 (recht op scheiding en deling), art. 1166 (afstand van het recht een boedelscheiding te doen vernietigen).

Tenslotte vormt de beperking, die de aanhef van art. 1:155, lid 1 — dat de dadelijk aan de orde komende inhoud van het convenant regelt — bevat, zelf al een duidelijke fingerwijzing in deze nu omtrent de rechtsverhouding van de ouders tot hun minderjarige kinderen geen bindende regelingen kunnen worden getroffen, doch slechts voorstellen aan de rechter kunnen worden gedaan. Mijn oordeel luidt dus, dat een overeenkomst om tot echt-

scheiding over te gaan geen afdwingbare verbintenis en zelfs geen natuurlijke verbintenis in het leven roept<sup>22)</sup>.

Overigens heeft deze vraag m.i. veel aan praktisch belang verloren nu duurzame ontwrichting de enige echtscheidingsgrond is geworden en het bestaan hiervan in de rechtspraak al spoedig wordt aangenomen; de bepaling van art. 1:152, hoe goed ook bedoeld, heeft in de praktijk niet veel te betekenen. De schuldvraag speelt immers nauwelijks nog een rol en de medewerking van de onschuldige echtgenoot is niet langer vereist om tot de gewenste echtscheiding te komen, zodat de „koop van echtscheiding” zich niet of nauwelijks meer zal voordoen.

Tenslotte blijft nog de mogelijkheid, dat een echtscheidingsconvenant nietig is, indien in de totale regeling een of meer onderdelen voorkomen, die aan nietigheid lijden, doch zo wezenlijk waren, dat moet worden aangenomen, dat partijen niet of anders gecontracteerd zouden hebben, indien zij de nietigheid gekend zouden hebben. Het standaardvoorbeeld hiervan is te vinden in de procedure beëindigd door HR 28 november 1958, NJ 1959, 125, A.Ae. 1958/59 p. 103, m.o. Polak, waarin de geldigheid van een convenant, waarin behalve de scheiding en deling van de ontbonden huwelijks-gemeenschap ook was overeengekomen, dat de vrouw alleen de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen van pp. zou dragen, nu zij bij de boedelscheiding sterk zou worden overbedeeld.

Daar de regeling omtrent de draagplicht van de kosten van verzorging en opvoeding strijdig was — en nog steeds is — met de dwingende wetsbepaling van art. 467 (oud), thans art. 1:404, werd door het Hof de nietigheid van het convenant in zijn geheel met inbegrip van de boedelscheiding uitgesproken, welk oordeel in cassatie werd bevestigd.

Hiermede is verbonden de bekende vraag naar het causale of abstracte karakter van de boedelscheiding. Evenals Polak in zijn bovenvermelde annotatie ben ik van opvatting, dat de Hoge Raad in dit arrest haar causale karakter heeft aanvaard, zulks in afwijking van eerdere jurisprudentie<sup>23)</sup>, ofschon hierover ook anders wordt gedacht<sup>24)</sup>.

De conclusie uit het voorgaande moet zijn, dat het echtscheidingsconvenant vanuit de sfeer van ongeoorloofd handelen is geëvolueerd tot een maatschappelijk en juridisch geaccepteerde overeenkomst, die weliswaar zo zij nog steeds de plicht tot medewerking aan de huwelijksontbinding zou inhouden op dit punt niet verbindt, doch overigens slechts bedreigd zou kunnen worden door een beroep op gebreken, zoals in het overeenkomstenrecht in het algemeen.

De invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht op 1 oktober 1971 heeft deze ontwikkeling bevestigd en afgerond<sup>25)</sup>. Het convenant is maatschap-

pelijk geaccepteerd en doet zijn intrede in het familierecht. De bepalingen van de artt. 1:153 (billijke regeling ter compensatie van het verlies van pensioenrecht), 1:158 (alimentatieregeling tussen ex-echtgenoten) en 1:159 (beding van niet-wijziging van alimentatieverplichting) regelen nog — zij het belangrijke — details, doch art. 1:155 bevat bij de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek een hele kataloog van onderwerpen, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen hetgeen de echtgenoten in hun onderlinge verhouding mogen *regelen* en hetgeen zij t.a.v. hun minderjarige kinderen aan de rechter mogen *voorstellen*.

Vat men de artt. 1:153, 155, 158 en 159 samen, dan kan het convenant bevatten:

a. een *regeling* van:

- een voor beide echtgenoten billijke voorziening inzake bestaande vooruitzichten op uitkeringen aan de andere echtgenoot bij vooroverlijden van de echtgenoot, die echtscheiding vordert, welke door de echtscheiding zouden verloren gaan of verminderen (art. 1:153, lid 1);
- de onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen der echtgenoten (art. 1:155, lid 1), waaronder de boedelscheiding der door de echtscheiding te ontbinden huwelijksgemeenschap wordt begrepen;
- het bestaan en de omvang van hun onderlinge alimentatieplicht (artt. 1:155, lid 1 en 158);
- de onwijzigbaarheid van een overeengekomen alimentatieplicht (art. 1:159);

b. een *voorstel* aan de rechter tot:

- voorziening in de voogdij en de toeziende voogdij over hun minderjarige kinderen (art. 1:155, lid 1);
- voorziening in de kosten van hun verzorging en opvoeding (art. 1:155, lid 1);
- vaststelling van een omgangsregeling tussen de minderjarige kinderen en de ouder, die niet met de voogdij is of zal worden belast (art. 1:161, lid 5).

Ook na 1 oktober 1971 is de ontwikkeling in de jurisprudentie inzake het convenant onverminderd voortgegaan waarbij ons hoogste rechtscollege van verder verruimde inzichten heeft doen blijken. Ik moge volstaan met in dit deel van het preadvies de vier meest saillante uitspraken te vermelden:

- HR 15 november 1974, NJ 1974, 122, m.o. schr. dezes:  
er is geen misbruik van omstandigheden als de vrouw in een echtscheidingsconvenant voordelen bedingt, waarop zonder convenant geen aanspraak zou kunnen worden gemaakt, nu sinds 1 oktober 1971 van een „alleenrecht” echtscheiding te vorderen niet meer kan worden gesproken;

- HR 18 mei 1979, NJ 1980, 5, m.o. schr. dezes:  
de enkele omstandigheid, dat de vrouw slechts medewerking aan de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed heeft willen verlenen op de voorwaarde, dat hertrouwen van de man geen grond zou zijn voor alimentatievermindering, maakt het convenant niet nietig als ontberende een ongeoorloofde oorzaak;
- HR 22 juli 1981, NJ 1982, 12, m.o. schr. dezes:  
in het convenant mag worden afgeweken van de wettelijke bepaling, dat de alimentatieplicht eindigt bij hertrouwen van de alimentatiegerechtigde of wanneer deze gaat samenleven met een ander als ware men gehuwd (art. 1:160); deze afwijking hoeft niet expressis verbis in het convenant te zijn opgenomen, doch kan ook door uitleg daaruit worden afgeleid;
- HR 19 november 1982, NJ 1983, 494, m.o. schr. dezes:  
wordt op verzoek van pp. de door hen in het convenant overeengekomen alimentatieregeling in het vonnis opgenomen, dan laat dit de inhoud van deze regeling onverlet zodat ook het daarin opgenomen beding van niet-wijziging van kracht blijft<sup>26</sup>).

Onbeslist is nog gebleven de vraag wat rechtens is als partijen in een convenant hun vermogensrechtelijke verhoudingen met betrekking tot boedelscheiding en alimentatieplicht regelen en aan de rechter voorstellen doen betreffende het dragen van de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen, doch de rechter een van deze voorstellen belangrijk afwijkende beslissing geeft.

Als nu bij de inhoud van de regeling der onderlinge vermogensrechtelijke verhoudingen met de voorgestelde verdeling van draagplicht rekening is gehouden, waarbij komt vast te staan, dat zij anders gecontracteerd zouden hebben, indien zij met de afwijkende rechterlijke uitspraak rekening hadden kunnen houden, lijkt mij de conclusie gerechtvaardigd, dat de partij die de wederpartij dan niettemin aan het voor hem of haar dan zeer nadelige resultaat wil houden, handelt in strijd met de objectieve goede trouw, die dan derogerende werking verkrijgt.

Tot besluit van dit onderdeel nader ik aldus als vanzelf tot de werking van de objectieve goede trouw bij het echtscheidingsconvenant in het algemeen, culminerend in de beslissing gegeven in de „Katwijkse boedelscheiding”<sup>27</sup>).

Na echtscheiding kwamen pp. tot de conclusie, dat de vrouw met de kinderen in de tot de ontbonden gemeenschap behorende woning moest blijven wonen. Na wat beschreven werd als „moeizame onderhandelingen” onder leiding van de wederzijdse advocaten, werd overeengekomen, dat de voormalige echtelijke woning aan de vrouw zou worden toebedeeld, waarbij zij

wegens overbedeling aan de man f 35.000,— zou uitkeren. Nadat de vrouw in gebreke was gebleven aan haar verplichting te voldoen, daar zij stelde er niet in geslaagd te zijn een hypothecaire financiering te vinden, vorderde de man nakoming van deze overeenkomst, doch zijn vordering werd hem in drie instanties ontzegd nu Rb. en Hof beslisten, dat de man in strijd met de goede trouw handelde door zijn ex-vrouw aan deze overeenkomst te houden, waarna de Hoge Raad het cassatieberoep hiertegen verwierp.

In mijn annotatie heb ik hiertegen bedenkingen geuit en opgemerkt dat aldus tussen ex-echtgenoten blijkbaar een ruimere werking van de objectieve goede trouw geldt dan tussen vreemden. Opmerkelijk is immers, dat de overeenkomst werd gesloten na gedegen overleg en onder deskundige leiding, waarbij toch welbewust rekening moet zijn gehouden met de mogelijkheid dat de financiering moeilijkheden zou opleveren.

Ook van Kleijn heeft het arrest ernstige kritiek ondervonden.<sup>28)</sup> Terecht merkt hij op, dat het mogelijk is, dat de man intussen zelf een huis heeft gekocht gezien de in uitzicht gestelde som van f 35.000,— en een hypothecaire lening van bijv. f 65.000,— heeft afgesloten. Het transport is bepaald kort na de vastgestelde dag van de boedelscheiding; zijnerzijds moet hij nu ook in gebreke blijven jegens zijn verkoper. Kan hij zich ook op de derogende goede trouw beroepen? Met Kleijn geloof ik niet dat dit zou opgaan en bovendien spoort het niet met het bepaalde in art. 3.1.1.13 NBW, zoals dit gaat luiden volgens de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6:

„Bij vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening gehouden worden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuiging en met de eisen van maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval betrokken zijn”.

Juist op grond van dit laatste criterium lijkt ons de uitspraak in deze van twijfelachtige aard; aan deze overweging ontleende Kleijn de titel van zijn in noot 28 genoemde opstel.

### 3. Echtscheidingsconvenant en huwelijksvoorwaarden; twee uitersten?

Voor de niet-ingewijde is het wellicht bevreemdend deze twee rechtsfiguren met elkaar in verband te zien gebracht. Zij lijken immers weinig gemeenschappelijks te hebben en zelfs een tegenstelling in te houden; huwelijksvoorwaarden zijn immers te omschrijven als de regels tussen (aanstaande) echtgenoten van de vermogensrechtelijke gevolgen van een aanstaand of bestaand huwelijk in afwijking van het tevoren krachtens wet of eerdere huwelijksvoorwaarden geldende stelsel<sup>29)</sup>, terwijl een echtscheidingsconvenant aan het (andere) einde staat en de vermogensrechtelijke gevolgen van een ontbonden huwelijk regelt.

De eerstbedoelde overeenkomst regelt derhalve gevolgen in abstracto, is een voortdurende overeenkomst en stelt een statuut vast; de andere geeft oplossingen in concreto en is een voorbijgaande overeenkomst, die een periode afsluit.

Een schematische vergelijking<sup>30)</sup> van beide rechtsfiguren geeft dan ook de volgende verschillen te zien:

|                           | <i>Huwelijksvoorwaarden</i>                                                                                           | <i>Echtscheidingsconvenant</i>                                                                                              |
|---------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Partijen:                 | (aanstaande) echtgenoten                                                                                              | (ex)-echtgenoten                                                                                                            |
| Tijdstip:                 | vóór of tijdens huwelijk                                                                                              | tijdens of na huwelijk                                                                                                      |
| Vorm:                     | notariële akte                                                                                                        | vormloos (behoudens art.1:159, lid 1)                                                                                       |
| Onderwerpen:              | afwijking van huwelijksvermogensrechtelijke regels bestaande krachtens wet of eerdere huwelijksvoorwaarden (art.1:93) | regeling der „onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen, waaronder een uitkering tot levensonderhoud” (art.1:155, lid 1) |
| Goedkeuring door rechter: | staande huwelijk vereist (art.1:119)                                                                                  | niet vereist                                                                                                                |

Vanuit deze verschilpunten redenerend kon ik instemmen met twee beslissingen van ons hoogste rechtscollege, die m.i. duidelijke grenslijnen trokken tussen deze beide rechtsfiguren.

De eerste betrof de vraag of een scheiding en deling tussen echtgenoten van de door de echtscheiding te ontbinden huwelijksgemeenschap bij voorbaat, waarbij afgeweken wordt van de verdeling bij helfte, die art.1:100, lid 1, voorschrijft, als een regeling van huwelijksvoorwaarden of als een onderdeel van een echtscheidingsconvenant moet worden beschouwd. Zeer gebruikelijk is deze afwijking als daardoor tevens de alimentatieverhouding wordt geregeld, bijvoorbeeld aldus, dat aan de vrouw de gemeenschapsactiva worden toegescheiden zonder daarvoor een uitkering wegens overbedeling aan de man schuldig te worden, terwijl zij daartegenover afziet van elke alimentatie-aanspraak tegen hem. Een minderheid der auteurs zag in deze regeling geen huwelijksvoorwaarden, zodat zij niet aan de voorschriften van de artt.1:118 en 119 zou zijn gebonden<sup>31)</sup>. Een meerderheid echter leerde, dat door de afwijking van art.1:100, lid 1, hier sprake was van huwelijksvoorwaarden, zodat bij niet-inachtneming van de wettelijke regels absolute nietigheid het gevolg zou zijn<sup>32)</sup>.



In deze controverse was de Rb. aan de eigenlijke vraag niet toegekomen daar zij overwoog er niet van overtuigd te zijn dat het convenant de wil van pp. weergaf, nu iedere wilsuiking van de vrouw — of van haar raadsman — in dit stuk ontbreekt”.

Dit oordeel was merkwaardig gezien de vormvrijheid van het convenant, want zijn inhoud was op kantoor van de advocaat van de vrouw afgesproken en door de man bevestigd, waarna de advocaat van de vrouw deze inhoud in een verklaring vastlegde, de man dit stuk ondertekende en aan genoemde advocaat terugzond.

Het Hof liet dit oordeel in het midden, maar — veronderstellenderwijs uitgaande van het bestaan van het convenant — kwam het tot de conclusie dat het stuk een regeling van huwelijksvoorwaarden bevatte nu daarin een ongelijke verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap was opgenomen zodat deze regeling:

„daarmede de materiële gelijkheid als tot uiting komende in en voorgeschreven bij art. 100 Boek 1 BW doorbreekt en hetzelfde dan ook naar zijn aard als een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden moet worden aangemerkt”.

De Hoge Raad<sup>33</sup>) heeft na de volgende vrij beknopte overweging de visie van het Hof verworpen:

„O. omtrent het middel:

Uit art. 155 van het Boek 1 BW blijkt dat de wetgever bij de regeling van de echtscheiding in de Wet herziening echtscheidingsrecht er, overeenkomstig een reeds jaren bestaande praktijk, van is uitgegaan dat echtgenoten met het oog op een door hen voorgenomen echtscheiding hun onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen kunnen regelen, zonder dat een dergelijke regeling aan een bepaalde vorm is gebonden. Zo een overeenkomst kan mede inhouden een verdeling of toescheiding van tussen echtgenoten gemeen zijnde vermogensbestanddelen. Daarin kan t.a.v. in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten ook worden afgeweken van de verdeling bij helften als voorzien in art. 100, lid 1, van Boek 1, voor een hoedanige afwijking, buiten het geval van een regeling met het oog op een voorgenomen echtscheiding als hier bedoeld, aan de bij de wet voor huwelijksvoorwaarden gestelde eisen zou moeten zijn voldaan. Terecht keert het middel zich dan ook tegen de opvatting van het Hof, welke inhoudt dat — aannemende dat pp. een overeenkomst van boedelscheiding hebben aangegaan, zoals weergegeven in de ten processe bedoelde „Akte van domicilie-keuze en boedelscheiding” — het beding in deze overeenkomst krachtens hetwelk wordt afgeweken van de verdeling bij helften van de goederengemeenschap de overeenkomst stempelt tot een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden, die bij gebreke van de daarvoor voorgeschreven vormvereisten krachteloos is.”

Hierna volgde vernietiging van het Hof-arrest en verwijzing naar het Hof ter verdere afdoening; op 23 mei 1979 besliste dit dat pp. een overeenkomst als door vrouw gesteld hadden aangegaan inhoudende „een vermogens-

gensrechtelijke regeling met het oog op de door de echtgenoten aangenomen en overeengekomen echtscheiding”.

De Hoge Raad heeft in deze de volgende twee argumenten aangevoerd om de visie van het Hof te verwerpen, dat hier sprake was van een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden in materiële zin:

- a. een echtscheidingsconvenant is blijkens art. 1:155 niet aan enige vorm gebonden; de daarin vervatte regeling mag met het oog op de voorgenomen echtscheiding een afwijking van art. 1:100, lid 1, omvatten;
- b. ook vóór de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht was het niet anders blijkens een toen „reeds jaren bestaande praktijk”, die in art. 1:155 slechts is bevestigd.

In mijn NJ-annotatie heb ik met deze uitspraak instemming betuigd en erop gewezen, dat er reeds in het BW van 1838 een regeling voorkwam, die vergelijkbaar was met de inhoud van art. 1:155, nu het in de aanhef van § 2 reeds genoemde art. 292 (oud) de eis stelde, dat pp. bij een minnelijke scheiding van tafel en bed tevoren bij authentieke akte de gevolgen van de voorgenomen scheiding moesten regelen „zoowel te hunnen opzichte als ten aanzien van de ouderlijke magt en de verzorging en opvoeding hunner kinderen”.

Ofschoon het tweede lid van deze bepaling de indruk wekte, dat een beoordeling van de inhoud van deze regeling slechts plaats had betreffende „de schikkingen tussen hen beraamd om plaats te hebben gedurende het registerlijk onderzoek” bleek uit art. 302 (oud), dat de inhoud van de gehele overeenkomst getoetst werd want het schreef voor:

„Wanneer de regter, *na de overeenkomst te hebben overwogen* (curs. van mij, EAAL) waarvan in het eerste lid van art. 292 gesproken wordt, de scheiding van tafel en bed op verzoek der beide echtgenooten toestaat, zal die scheiding alle de gevolgen hebben, welke bij de overeenkomst zijn bedongen”.

Ziedaar een convenant in optima forma, echter onder rechterlijk toezicht gesloten. Ook deze wetshistorie had m.i. als argument ter ondersteuning van de — juiste — uitspraak kunnen dienen.

Naar aanleiding van dit arrest is door Lubbers<sup>34</sup>) de vraag opgeworpen wat de Hoge Raad eigenlijk met deze voor wetenschap en praktijk zo belangrijke beslissing had bedoeld, nu hij opmerkte dat hiermede niet uitgemaakt is of de vormvrijheid i.c. bestaat:

- a. omdat het convenant in dit onderdeel materieel géén huwelijksvoorwaarde is; dan wel:
- b. omdat het dit wel is, doch niettemin vormvrijheid geniet omdat de wetgever van 1971 een „reeds jaren bestaande praktijk” heeft willen legaliseren.

De schrijver blijkt verder t.a.p. tegen een ongelijke verdeling bezwaren te blijven koesteren indien zij niet gepaard gaat met een „rechtstrekking” door een gelijktijdige alimentatieregeling; zou deze compensatie niet aanwezig zijn, dan zou er sprake kunnen zijn van een schenking, die slechts aan de dreiging van een beroep op art. 1:155 en 119 zouden zijn in acht genomen, i.e. als de overeenkomst in dit opzicht als huwelijksvoorwaarden zou zijn te duiden.

Hoewel ik aanvankelijk voor de twijfel van Lubbers wel enig begrip had, ben ik later<sup>35)</sup> tot de overtuiging gekomen, dat de Hoge Raad wel degelijk bedoeld moet hebben, dat het convenant ook wanneer het tot een ongelijke verdeling van de gemeenschap verplicht vormvrij is, omdat het in materiële zin géén huwelijksvoorwaarde is.

Met name pleit hiervoor het sub b omschreven argument. Hoe zou immers enkel „een reeds jaren bestaande praktijk” — die vóór de wettelijke regeling van art. 1:155 bestond — een uitzondering kunnen scheppen op dwingende wetsvoorschriften als de notariële vorm (art. 1:115) en de rechterlijke goedkeuring (art. 1:119)? Nadere overweging van het bepaalde in art. 292 (oud) — later, tot 1 oktober 1971, art. 183 (oud) — heeft mij in deze opvatting gesterkt als ik daarover de toenmalige literatuur raadpleeg.

Zo schreef P. Scholten in zijn Asser-bewerking<sup>36)</sup> na erop gewezen te hebben, dat het toenmalige recht elke wijziging staande huwelijk van het van de aanvang af bestaande huwelijksgoederenstelsel van de echtgenoten had verboden:

„Deze bepalingen brengen sommigen tot de gevolgtrekking, dat de overeenkomst van art. 292 B.W. geen inbreuk mag maken op den tusschen partijen, volgens wet of huwelijksche voorwaarden, bestaanden vermogenstoestand (zie o.a. Opzoomer, II, 147, noot 1). Deze leert, dat partijen, die in algeheele gemeenschap gehuwd zijn, b.v. niet mogen bepalen, dat de goederen anders dan in twee gelijke delen mogen worden vereeld. Wij zouden willen vragen: waarom niet? Ook bij ontbinding der huwelijksgemeenschap mogen partijen toch zaken als deze regelen, zooals zij willen, waarom zou het anders zijn, wanneer reeds van te voren de gevolgen der ontbinding worden geregeld. Natuurlijk mogen partijen door deze regeling aan de rechten van derden niet te kort doen<sup>37)</sup>.”

Het tweede arrest, dat mij deed aannemen, dat de Hoge Raad een duidelijke afgrenzing voorstond van huwelijksvoorwaarden en echtscheidingsconvenant, werd ruim een jaar later gewezen<sup>38)</sup>.

Een jong paar, zich van de broosheid van de hedendaagse huwelijksband bewust, trouwt op 4 december 1976, na tevoren huwelijksvoorwaarden te hebben gemaakt, waarin elke gemeenschap wordt uitgesloten en voorts het beding wordt opgenomen, dat zij voor het geval hun huwelijk anders dan

door overlijden wordt ontbonden jegens elkaar afstand hebben gedaan van een eventueel recht op levensonderhoud.

Dit blijkt geen ijdele frase want reeds na vijftien maanden huwelijk vordert de man echtscheiding, de vrouw refereert zich aan het oordeel van de Rb. maar vordert alimentatie ten bedrage van f 600,— per maand, stellende, dat het nihil-beding omtrent de alimentatie niet valt onder art. 1:158 en nietig is ex art. 1:400 lid 2.

De Rb. stelt de vrouw in het gelijk en nadat pp. overeenkwamen de appèl-instantie over te slaan, bevestigde de Hoge Raad dit vonnis met de volgende summierië motivering:

„Het middel stelt aan de orde de vraag of de op deze bepaling door art. 158 Boek 1 gemaakte uitzondering zich ook uitstrekt tot vóór het huwelijk door de aanstaande echtgenoten gesloten overeenkomsten waarbij zij van het volgens de wet na echtscheiding verschuldigde levensonderhoud afzien.

Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Bij het maken van de in art. 158 vervatte uitzondering hebben aan de wetgever uitsluitend voor ogen gestaan overeenkomsten door echtelieden tijdens hun huwelijk aangegaan met het oog op een voorgenomen echtscheiding.

Dat vloeit niet alleen voort uit de bewoordingen van het artikel, waarin slechts sprake is van echtgenoten en niet ook — zoals in de artt. 114 en 146 Boek 1 — van aanstaande echtgenoten, en waarin de beperking is vervat dat de overeenkomst „vóór of na het vonnis” moet zijn gesloten. Het blijkt tevens uit het bepaalde in het tweede lid van art. 159 Boek 1, met welk artikel volgens de MvT art. 158 nauw verband houdt.”

Het arrest is gewezen in overeenstemming met de conclusie van de Advocaat-Generaal Franx, doch in afwijking van de opvatting van enkele auteurs<sup>39)</sup>.

In navolging van de Advocaat-Generaal voert de Hoge Raad twee argumenten aan voor zijn beslissing.

Het eerste hiervan acht ik niet zo sterk; het gebruik van het woord „echtgenoten” is immers ook onjuist als de alimentatieregeling na inschrijving van het vonnis wordt getroffen. Het tweede argument heb ik in mijn annotatie onderschreven nu zowel historische, taalkundige als teleologische uitleg tot de conclusie voert, dat er een nauw verband bestaat tussen de artt. 1:158 en 1:159.

In de laatste bepaling komt het beding van niet-wijziging aan de orde, het sluitstuk op de regels van art. 1:158, ook wanneer sprake is van een nihil-beding.

Het beoogt — zoals de Advocaat-Generaal Franx het uitdrukte — „de blijvende werking van het nihil-beding te verzekeren behoudens toepasselijkheid van art. 159 lid 3” en behoudens — zo zou ik willen toevoegen — toepassing van art. 1:401 lid 3.

Dit alles past derhalve slechts op een overeenkomst, gesloten met het oog op een naderende echtscheiding, derhalve op een echtscheidingsconvenant, maar slaat niet op een abstracte veronderstelling van een mogelijkheid in de toekomst.

× Heeft de Hoge Raad nu beslist, dat een convenant met betrekking tot de daarin vervatte alimentatieregeling slechts bestand is tegen de „rebus sic stantibus”regel van art. 1:401 lid 1 en de daarin vervatte wijzigingsmogelijkheid — behoudens de beide genoemde uitzonderingen — en aldus, wat ik noemde, een in dit opzicht „beschermde” convenant zal zijn als het is aangegaan *na* het tijdstip, gelegen drie maanden vóór de instelling van de vordering of de indiening van het gemeenschappelijk verzoek tot echtscheiding?

Het is niet woordelijk uit de tekst af te leiden, maar het feit, dat het nauwe verband tussen de bepalingen uitdrukkelijk wordt beperkt tot het *tweede* lid van art. 1:159 wijst toch enigszins in deze richting, hoewel de conclusie dan zou moeten zijn, dat alle nihil-bedingen inzake alimentatie nietig zijn ook al zijn zij staande huwelijk gesloten met het oog op een reëel naderende echtscheiding, doch vóór het in art. 1:159 lid 2 bedoelde tijdstip.

Men kan echter evenmin uit het arrest afleiden, dat elke bij huwelijksvoorwaarden overeengekomen alimentatieregeling terzake van een mogelijke echtscheiding nu nietig is; men zou deze nietigheid moeten beperken tot die bedingen, die leiden tot een lager bedrag dan later bij echtscheiding verschuldigd zal blijken te zijn volgens de geldende wettelijke maatstaven. Het overeengekomen te laag blijvende bedrag hield dan immers een ex art. 1:400 lid 2 nietige afstand van alimentatierechten in<sup>40</sup>).

Zo bezien, is de opneming van alimentatieregelingen in huwelijksvoorwaarden derhalve te ontraden; zij zijn ab initio nietig bij een nihilbeding, kunnen nietig blijken als zij tot een te laag bedrag leiden en zijn buiten de beschermende werking van art. 1:159 steeds onderhevig aan de wijzigingsmogelijkheden van art. 1:401. Zij delen niet in de stabiliteit van de huwelijksvoorwaarden zelf, nu zij niet binnen het materiële begrip van deze rechtsfiguur vallen en zijn daarom ook niet aan de vorm daarvan onderworpen.

Het toch opnemen daarin wekt een valse schijn; behalve de vlag deugt ook de lading niet, zo schreef ik in mijn annotatie.

#### 4. Les extrêmes se touchent

Zou men uit de inhoud van het voorgaande afleiden, dat aldus een zekere scheidslijn was getrokken, de rechtsontwikkeling, die daarop volgde heeft een ander beeld te zien geven.

In de late zeventiger jaren had zich immers in de echtscheidingspraktijk nog een ander probleem geopenbaard, zich voornamelijk voordoende bij huwelijken, waarin bij huwelijksvoorwaarden elke vermogensgemeenschap was uitgesloten. Aldus scheen hier de tegenhanger van de figuur, die zich had voorgedaan in het arrest van 26 januari 1979 — de wettelijke gemeenschap, die men ongelijk wenst te verdelen om aldus tevens de alimentatieverhoudingen te regelen — aan de orde te zijn, doch in wezen was er een belangrijke parallel te trekken. Ook hier wenste men immers ditzelfde doel te bereiken, doch de gekozen huwelijksvoorwaarden waren hiervoor een belangrijke hindernis. Het veelal aan de zijde van de man aanwezige vermogen — of een belangrijk deel daarvan — moest bij de vrouw belanden, zulks zonder contraprestatie harerzijds, echter met afstand door haar van haar alimentatieaanspraken jegens de man. Niets belette partijen om dit alles bij echtscheidingsconvenant te regelen en ter uitvoering daarvan het vermogen, dat men wilde overhevelen, aan de vrouw in eigendom over te dragen. Niets, behalve één overweging van fiscale aard; behoorde immers tot dit vermogen onroerend goed — veelal de gezinswoning — dan zou op deze overdracht overdrachtsbelasting worden geheven. Ter besparing hiervan werd nu een *trouvaille* gedaan: men wikkeld het navolgende programma af:

- a. een verzoek aan de rechtbank tot goedkeuring van huwelijksvoorwaarden waarin de wettelijke gemeenschap van goederen wordt ingevoerd al of niet onder opgaaf van de werkelijke gronden;
- b. na verkregen goedkeuring, invoering dezer gemeenschap, waardoor ook het betrokken onroerend goed gemeen wordt;
- c. procedure tot echtscheiding met inschrijving van het vonnis;
- d. boedelscheiding tussen de echtgenoten met toedeling van het onroerend goed aan de vrouw tegen afstand van haar alimentatierechten; op deze toedeling is geen overdrachtsbelasting verschuldigd ex art. 3 letter b Wet op Belastingen van Rechtsverkeer.

Het verschijnsel deed zich nu voor, dat op verzoeken tot goedkeuring van ontwerp-huwelijksvoorwaarden in deze geest door onderscheiden rechtbanken in verschillende zin werd beslist. Werden de ware motieven verhuuld, bijvoorbeeld door algemene fraai klinkende omschrijvingen van het karakter der wettelijke gemeenschap die — zo werd gesteld — beter zou passen bij de hoge opvattingen van het huwelijk, doch die niet gekozen was vóór het huwelijk ten gevolge van verkeerde adviezen, dan waren weinig moeilijkheden te vrezen. De eerlijken echter, die hun echtscheidingsplannen in het rekest van art. 1:119, lid 1 openlijk etaleerden en daarbij zelfs nog het fiscale motief aanvoerden, ontmoetten vaak weerstand en een afwijzing van hun verzoek.

Zo werd beslist, dat de wet de mogelijkheid staande huwelijk huwelijksvoorwaarden te maken of te wijzigen heeft geschapen „in de veronderstelling van een huwelijk, dat voor zover dat van de wil van partijen afhankelijk is, bestendig, althans voor onbepaalde tijd zal blijven voortduren”, doch dat nu zij hun verzoek plaatsen in het kader van hun echtscheidingsplannen het verzoek niet kan worden ingewilligd „nu ook aan partijen andere mogelijkheden openstaan om tot het beoogde doel te geraken”<sup>41</sup>).

Anderzijds werd echter beslist, dat het partijen „vrijstaat in hun eigen belang, zoals zij dit verstaan, hun handelen zo in te kleden als naar hun oordeel voor hen economisch en fiscaal het voordeligst zal zijn, en er geen reden is i.c. met betrekking tot de voorgenomen overeenkomst van huwelijksvoorwaarden anders te oordelen”<sup>42</sup>).

Annotaties van uitspraken van lagere rechterlijke colleges zijn in de NJ zeldzaam; vanwege het belang voor de praktijk werden mij echter beide uitspraken voorgelegd. In deze onderschriften heb ik mij ten faveure van de beschikking van de Bredase Rechtbank uitgesproken, doch tevens benadrukt dat gezien de verschillen van opvattingen, die intussen bij onderscheiden rechtbanken gebleken waren<sup>43</sup>) een duidelijke uitspraak van de Hoge Raad in het belang van de rechtszekerheid gewenst zou zijn.

Deze wens is enkele jaren later in vervulling gegaan. De Procureur-Generaal Berger heeft zich in cassatie in het belang der wet voorzien tegen de beschikking van Rb. Breda, genoemd in noot 41, waarin als volgt was beslist:

„O., dat pp, in hun request hebben aangevoerd, dat tussen hen laatstelijk een zodanige verwijdering is ontstaan, dat zij hebben besloten, in ieder geval voor enige tijd, gescheiden te gaan wonen, waaraan wij, (bedoeld zal zijn: „zij”, EAAL) in raadkamer gehoord hebben doen toevoegen, dat zij voornemens zijn een verzoek tot echtscheiding aanhangig te maken;

O., dat zulks meebrengt, dat het onderhavige verzoek als strijdig met de bedoeling van de wetgever bij de openstelling van de mogelijkheid tot wijziging staande huwelijk van het huwelijksgoederenregime niet voor inwilliging vatbaar is nu ook aan pp. andere mogelijkheden openstaan om tot het beoogde doel te geraken;

Beschikkende: wijst het verzoek van de hand”.

Tegen deze beschikking richt zich het cassatiemiddel, dat aanvangt met de stelling, dat de weigeringsgronden van art. 1:119, lid 3 niet limitatief zijn bedoeld, daar het anders voor de hand zou hebben gelegen het woord „slechts” in te voegen vóór „geweigerd”, zoals bijv. is geschied in de artt. 1:285, lid 3 en 1:287, lid 5<sup>44</sup>).

Het komt echter aan op de vraag of de door de echtgenoten aangevoerde grond al dan niet redelijk is<sup>45</sup>).

vervolgens merkt de Procureur-Generaal op, dat het denkbaar is, dat pp. in het zicht van een echtscheiding wensen te komen tot gewijzigde vermogensverhoudingen, waartoe men het echtscheidingsconvenant zou kunnen hanteren, maar ook aan invoeren, wijziging of opheffing van huwelijksvoorwaarden zou kunnen denken. Het cassatiemiddel vervolgt dan aldus:

„Men kan zich afvragen of niet de rechter, wanneer hij tot de mening mocht komen, dat de voorgestelde wijziging in wezen een echtscheidingsconvenant is, niet zijn goedkeuring moet weigeren, maar het verzoek niet ontvankelijk moet verklaren. Immers hoezeer men ook met een wijziging van de huwelijksvoorwaarden eenzelfde eindresultaat op het oog kan hebben als met een echtscheidingsconvenant, het wijzigen van huwelijksvoorwaarden, staande huwelijk, verschilt naar aard en rechtsgevolgen van het echtscheidingsconvenant.

Een convenant is een regeling, die wordt getroffen onder de opschortende voorwaarde van de totstandkoming der echtscheiding en daarin is vastgelegd, hetgeen in concreto op het moment van de echtscheiding met betrekking tot de dan aanwezige activa en passiva zal geschieden.

(Sprake is hier van een convenant dat nog staande huwelijk gesloten wordt; EAAL)

Tijdens het huwelijk gemaakte of gewijzigde huwelijksvoorwaarden beginnen te werken op de dag, volgende op die waarop de akte is verleden of op een in die akte aangewezen later tijdstip (art. 1:120 eerste lid BW). Dat tijdstip kan niet zijn „het moment waarop de echtscheiding tot stand komt”, in de eerste plaats niet omdat daarin geen aanwijzing van een later tijdstip is gelegen maar een voorwaarde en in de tweede plaats niet omdat de gewijzigde huwelijksvoorwaarden dan niet tijdens het huwelijk beginnen te werken waarvoor zij immers naar hun aard zijn bedoeld. M.a.w. op het in art. 120, eerste lid, bedoelde tijdstip heeft de wijziging der huwelijksvoorwaarden consequenties voor het huwelijksregime en geeft daarvoor in abstracto een regeling (zie: noot EAAL sub 2 onder HR 26 jan. 1979, NJ 1980, 19), die voortduurt tot het huwelijk eindigt en in stand blijft zolang het huwelijk in stand blijft.”

In het vervolg van zijn betoog vraagt de Procureur-Generaal zich dan af of besparing van belasting een redelijke grond kan zijn tot invoering, wijziging of opheffing van huwelijksvoorwaarden. Hij onderkent daarbij dat bij de figuur, waarbij men overgaat van uitsluiting van elke gemeenschap naar de algehele gemeenschap, het motief vermijding van overdrachtsbelasting is, als bijv. het onroerend goed eigendom van de man is, doch het uitsluitend eigendom van de vrouw moet worden, terwijl bij de omgekeerde figuur vaak besparing van successierecht het motief is, als pp. op leeftijd zijn, de toenmalige gronden voor de gekozen huwelijksvoorwaarden niet meer bestaan en de vermogens zeer ongelijk zijn<sup>46</sup>).

Het cassatiemiddel besluit dan, na de opmerking, dat pp. hun motief tot belastingbesparing vaak verbergen achter gezochte gevoelsmotieven:

„Ik geloof niet dat een juiste rechtsbedeling er mee wordt gediend, wanneer men partijen noopt om hun werkelijke bedoelingen weg te moffelen achter niet goed te beoordelen, voor de rechter ongrijpbare gevoelsmotieven.

Het lijkt mij dus dienstig zonder meer de vraag onder ogen te zien of belastingbesparing op zichzelf als een redelijke grond kan worden aangemerkt voor het wijzigen van huwelijkse voorwaarden. Ik ben van mening, dat in het algemeen niet kan worden gezegd, dat aan een handeling — en met name die welke strekt tot het wijzigen van huwelijkse voorwaarden, staande huwelijk — welke de echtgenoten in hun belang achten, zelfs in het zicht van een einde van hun huwelijk, een redelijke grond ontbreekt, wanneer dat belang hierin is gelegen, dat die handeling bij de realisatie van de gevolgen van die beëindiging van hun huwelijk aan de echtgenoten, of aan een hunner, belasting bespaart. Het is immers te doen gebruikelijk — op diverse terreinen — dat men zich bij zijn handelen laat leiden door hetgeen ook uit oogpunt van belastingheffing het voordeligst is (ofwel het minst schadelijk). Het is, naar mijn oordeel, de (belasting)wetgever, die zich te dezen dient te occuperen met de vraag of en in hoeverre maatregelen dienen te worden genomen om deze (voor de fiscus — te zeer — schadelijke) voordelen teniet te doen.”

De Hoge Raad<sup>47)</sup> heeft na een summier overweging deze conclusie gevolgd. Na gesteld te hebben, dat de Rb. had geoordeeld dat „voor het wijzigen van huwelijksvoorwaarden geen plaats is, als deze wijziging is gericht op de financiële en fiscale gevolgen van een voorgenomen echtscheiding” wordt beslist:

„Het standpunt van de Rb. komt erop neer dat voor het wijzigen van huwelijkse voorwaarden geen plaats is als deze wijziging is gericht op de financiële en fiscale gevolgen van een voorgenomen echtscheiding. Dit standpunt vindt geen steun in tekst of geschiedenis van art. 1:119 BW. In het bijzonder biedt de wetsgeschiedenis geen steun voor de veronderstelling van de Rb. dat een verzoek om goedkeuring van een op zodanige gevolgen gerichte wijziging van huwelijkse voorwaarden „als strijdig met de bedoeling van de wetgever” niet voor inwilliging vatbaar is.”

In mijn annotatie heb ik erkend, dat deze uitspraak niet overeenkomt met hetgeen ik had verwacht na de hierboven behandelde uitspraken van ons hoogste rechtscollège van 26 januari 1979 en 7 maart 1980, doch dat aldus een tolerante uitleg van het begrip huwelijksvoorwaarden is ontstaan, die aan de wensen van de praktijk tegemoetkomt.

Uiteraard blijven er gevaren bestaan, waarop men bedacht dient te zijn. Op de eerste plaats dient de gehele operatie tevoren bij convenant geregeld te worden, waarbij waarborgen moeten worden ingebouwd voor de nakoming van de afzonderlijke onderdelen daarvan.

Zo zal:

- a. het verzoek tot goedkeuring van de concept-huwelijksvoorwaarden, waarover men tevoren overeenstemming heeft bereikt niet doorkruist mogen worden door wilsverandering bij een der partijen;
- b. het verlijden der huwelijksvoorwaarden na deze goedkeuring volgens plan moeten verlopen;

- c. de echtscheiding volgens het scenario moeten worden voltrokken en
- d. de na de inschrijving van het vonnis uit te voeren boedelscheiding/alimentatieregeling niet gefrustreerd mogen worden door plotseling onwil of andere onvoorziene omstandigheden<sup>48)</sup>.

Er zijn echter nog andere risico's.

Zo kan er in de — korte — tijd tussen de wijziging van de huwelijksvoorwaarden en de inschrijving van het echtscheidingsvonnis aan wederwaardigheden des levens nog van alles intreden.

Zo kunnen er onvoorziene schulden — bijv. ex art. 1401 — ten laste der ingevoerde gemeenschap opkomen en kunnen er toevallige baten, zoals erfrechtelijke verkrijgingen, in de gemeenschap belanden, die zonder de wijziging eigen schulden c.q. baten zouden zijn gebleven.

Nu kan men — bij convenant dit voorziende — daarin weer maatregelen treffen, die dit corrigeren, doch ook bij huwelijksvoorwaarden kan men dit trachten uit te sluiten door slechts een gemeenschap aan te gaan van het actief en passief, dat op de in art. 1:120, lid 1 bedoelde dag aanwezig is, c.q. een algehele gemeenschap met uitsluiting van alle activa en passiva, die *na* die dag opkomen.

Sterker nog, als het alleen om de belastingvrije overheveling van het woonhuis gaat, zou men kunnen overwegen slechts daarvan een gemeenschap aan te gaan. Echter dan dreigen nieuwe voetangels, daar primo de regeling dan, met een fiscaal oog bezien, wel erg doorzichtig is en secundo omdat er ook privaatrechtelijke bezwaren zijn: huwelijksvoorwaarden, zo is gesteld<sup>49)</sup>, houden immers een regeling in abstracto in, die zich slecht verdraagt met een huwelijksgemeenschap van één met name genoemd onroerend goed.

In de doctrine heeft de uitspraak weinig kritiek ontmoet.

De handboeken Asser-Moltmaker II<sup>50)</sup> en Pitlo-Van der Burght/Rood-De Boer<sup>51)</sup> vermelden het arrest weliswaar zonder commentaar, doch overigens vindt men in het algemeen instemming<sup>52)</sup>.

Naar ik meen, is echter het inzicht in de problematiek van de grensbepaling tussen de begrippen huwelijksvoorwaarden en echtscheidingsconvenant door dit arrest niet verhelderd.

Ook een laatste — zeer recente — uitspraak van ons hoogste rechtscollège heeft tot deze verheldering m.i. niet bijgedragen<sup>53)</sup>. Het ging in deze om een na de inschrijving der echtscheiding door de vrouw tijdig gedane afstand van de huwelijksgemeenschap (art. 1:103). Ik citeer uit de gedingstukken de beschrijving van de casus:

„Pp. zijn op 19 juni 1968 in gemeenschap van goederen gehuwd. In 1978 heeft de man, die toen een bruto inkomen had van f 70.000,— per jaar (maar ook de vrouw genoot inkomen uit arbeid, zij was hoofd van een

lagere school), met behulp van twee hypothecaire leningen een echtelijke woning gekocht voor ca. f 900.000,—. Pp. kregen huwelijksproblemen en op 15 mei 1983 heeft de vrouw de echtelijke woning verlaten. In overleg met de man heeft zij enige tot de gemeenschap behorende inboedelgoederen en een auto en een fiets meegenomen; daarvan, en van de goederen die in de echtelijke woning zijn achtergebleven, zijn lijsten gemaakt. Op vordering van de man is op 23 dec. 1983 de echtscheiding uitgesproken, en het vonnis is op 30 jan. 1984 in de registers ingeschreven. De woning is in maart 1984 verkocht voor ca. f 400.000,—, waardoor een negatief vermogen van f 320.000,— ontstond. Op 20 maart 1984 heeft de vrouw de door haar meegenomen goederen laten opslaan en ter beschikking van de man gesteld, en diezelfde dag ook heeft zij ter griffie van de Rb. afstand gedaan van de gemeenschap.

De man heeft daarop een vordering tegen de vrouw ingesteld; hij verzocht een verklaring voor recht dat de vrouw op 20 maart 1984 het voorrecht van art. 1:103 lid 1 BW niet meer kon uitoefenen en derhalve geen afstand van de gemeenschap heeft gedaan, en subs. dat de vrouw zich niet te goeder trouw op die afstand kon beroepen. In cassatie is nog slechts de primaire vordering aan de orde.

De Rb. overwoog dat het meenemen van de goederen uit de echtelijke woning door de vrouw niet meebracht dat zij zich de goederen zou hebben „aangehouden” in de zin van art. 1:107 BW, zodat zij geen afstand meer zou kunnen doen, maar beschouwde dit slechts als „een voorlopige regeling van feitelijk gebruik” en niet als een definitieve (partiële) verdeling; zij heeft de vorderingen van de man afgewezen.

Het Hof evenwel heeft op het hoger beroep van de man zijn primaire vordering toegewezen. Daartegen richt zich het cassatieberoep van de vrouw.”

De Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh heeft zich in haar conclusie grotendeels verenigd met de visie van het Hof en geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De Hoge Raad heeft haar echter niet gevolgd, het Hof-arrest vernietigd en de zaak ter nadere behandeling en beslissing verwezen naar het Hof te 's-Gravenhage.

Beslist werd daarbij in deze bijzonder belangwekkende — tot dusver nog onbekende — rechtsvraag, dat van een „zich aantrekken van goederen” in de zin van art. 1:107, lid 1 in beginsel slechts sprake kan zijn indien de betrokken echtgenoot *na* de ontbinding der huwelijksgemeenschap gedragingen stelt op een wijze waaruit redelijkerwijze af te leiden is, dat hij zich als rechthebbende op die goederen beschouwt.

In mijn annotatie heb ik deze beginsel-uitspraak begroet doch daarbij enkele kritische kanttekeningen gesteld; dit deel van de uitspraak en dit commentaar raken echter ons onderwerp in deze niet.

Van importantie daarvoor zijn wel de overwegingen die de Hoge Raad daarna in onderdeel 3.3 geeft; deze luiden:

„Ook indien, zoals het Hof aanneemt, zowel door de vrouw als door de man „op het moment dat de samenleving tussen hen werd verbroken een

scheiding en deling van de gemeenschappelijke inboedel en daarmee een partiële boedelscheiding werd beoogd” en deze „partiële boedelscheiding” — naar de HR 's hofs gedachtengang verstaat: op dat moment — „in gemeenschappelijk overleg is geëffectueerd”, wettigen deze omstandigheden niet het aanvaarden van een uitzondering op het hiervoren onder 3.2 vooropgestelde beginsel, nog daargelaten dat op evenbedoeld moment, toen de gemeenschap nog bestond, van het effectueren van een „partiële boedelscheiding” nog geen sprake kon zijn.

Opmerking verdient in dit verband dat het Hof niet heeft vastgesteld dat de verdeling van de gemeenschappelijke inboedel op 15 mei 1983 geschiedde ter uitvoering van een door de echtgenoten met het oog op een door hen voorgenomen echtscheiding aangegane overeenkomst strekkende tot regeling van hun onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen.

In het midden kan dan ook blijven in hoeverre een dergelijke overeenkomst in het licht van het hiervoren onder 3.2 overwogene in de weg kan staan aan uitoefening van het recht om afstand van de gemeenschap te doen.”

Ik vestig de aandacht op twee merkwaardige aspecten van dit onderdeel:

- a. De Hoge Raad overweegt enerzijds, dat van „het effectueren” van een partiële boedelscheiding geen sprake kan zijn nu de gemeenschap nog bestond en dat in elk geval zodanige overeenkomst geen inbreuk kan maken op het „hiervoren onder 3.2 vooropgestelde beginsel”, waarmee m.i. bedoeld is, dat dit een nietige, immers met art. 1:103, lid 1 strijdige, afspraak zou zijn;
- b. Anderzijds wordt overwogen, dat niet gebleken is, dat de verdeling van goederen op 15 mei 1983 geschiedde ter uitvoering van een echtscheidingsconvenant, waarbij in het midden wordt gelaten of men daarin wel rechtsgeldig het recht op afstand van art. 1:103, lid 1 zou kunnen opgeven.

Ik meen, dat ook deze uitspraak — gezien het voorbehoud — het kluwen geenszins heeft ontward.

## 5. Conclusies; komend recht; wenselijk recht

Het komt voor, dat rechtsfiguren aan elkaar verwant zijn, terwijl zij in de wet een verschil in behandeling kennen. Zo is er verschil tussen een vaststellingsovereenkomst, die vormloos tot stand komt en de dading, waarvoor geschrift een constitutief vereiste is (art. 1888, lid 2). Zo is de koop op afbetaling vormloos, doch is voor de huurkoop een authentieke of onderhandse akte vereist (art. 1576 i) en is de maatschap niet aan vorm gebonden, doch is voor de vennootschap onder firma weer een authentieke of onderhandse akte vereist (art. 22 K).

Elk van deze voorbeelden verhoudt zich echter als genus tot species; zuiver-

der is het beeld van de schenking door levering, die — behoudens de uitzondering van handgiften — aan de authentieke vorm van art. 1719 is gebonden, terwijl een kwijtschelding vormloos is, ofschoon beide figuren toch species zijn van het genus materiële bevoordeling uit vrijgevigheid.

Ook de rechtsfiguren huwelijksvoorwaarden en echtscheidingsconvenant zijn verwant; zij zijn overeenkomsten, die op een huwelijk in zijn opgang, voortgang of neergang betrekking hebben; de contracterenden zijn dan ook steeds aanstaande echtgenoten, echtgenoten of ex-echtgenoten.

Van wezenlijk belang is het evenwel te weten met welke van beide figuren men nu in concreto te maken heeft, want de verschillen betreffen niet slechts één aspect zoals in bovengenoemde voorbeelden het geval was.

De volgende markante verschilpunten blijken immers in het algemeen tussen beide rechtsfiguren te bestaan:

- a. huwelijksvoorwaarden zijn gebonden aan een notariële akte, een volmacht daartoe aan de schriftelijke vorm, die de bepalingen der huwelijksvoorwaarden moet bevatten (art. 1:115); het echtscheidingsconvenant en een volmacht daartoe zijn vormvrij;
- b. huwelijksvoorwaarden kunnen slechts vóór het huwelijk tot stand komen of staande huwelijk, wanneer het huwelijk tenminste één jaar heeft bestaan (art. 1:117 en 118); het echtscheidingsconvenant kent géén voorschriften van deze aard maar uit de jurisprudentie is af te leiden, dat de overeenkomst gericht moet zijn op een reeds ingetreden echtscheiding of op een naderende echtscheiding, een vaag vereiste waarop nog zal worden ingegaan;
- c. huwelijksvoorwaarden staande huwelijk zijn onderworpen aan rechterlijke goedkeuring (art. 1:119 lid 1); het echtscheidingsconvenant kent deze contrôle niet, maar in geval van een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek bestaat er een mededelingsplicht omtrent de onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen der echtgenoten (art. 1:155, lid 1);
- d. de inhoud van huwelijksvoorwaarden is beperkt tot het huwelijksvermogensrechtelijk terrein (art. 1:121) en in één bijzonder opzicht tot het erfrechtelijk terrein (artt. 1:146 en 147); het echtscheidingsconvenant van art. 1:155 kan naast vermogensrechtelijke regelingen als boedelscheiding en alimentatie tussen pp. ook regelingen betreffende het gezag over der pp. minderjarige kinderen, de omgangsregeling met hen en de kosten van hun verzorging en opvoeding omvatten, doch deze laatste zijn als voorstellen te beschouwen, waarover de rechter dan beslist (art. 1:155);
- e. bij handelingsonbekwaamheid der (a.s.) echtgenoten zijn er bijzondere

regelingen bij huwelijksvoorwaarden, die afwijken van het gemene recht (artt. 1:117, lid 2 en 118, lid 2); voor het echtscheidingsconvenant is géén bijzondere regeling gegeven;

- f. huwelijksvoorwaarden werken vanaf de huwelijksluiting, c.q. staande huwelijk gesloten huwelijksvoorwaarden vanaf de dag, volgende op die waarop zij tot stand kwamen, behoudens een beperkte uitzondering (art. 1:120, lid 1) terwijl men algemeen aanneemt, dat voorwaardelijke huwelijksvoorwaarden verboden zijn;

een echtscheidingsconvenant kenmerkt zich juist door zijn voorwaardelijk karakter als het staande huwelijk wordt gesloten; het wordt immers aangegaan onder de opschortende — niet-terugwerkende — voorwaarde, dat de echtscheiding volgt.

De problematiek, die zich nu openbaart, is dat echter géén duidelijke onderlinge afbakening tussen huwelijksvoorwaarden staande huwelijk en een staande huwelijk gesloten echtscheidingsconvenant gegeven is en dat deze situatie nog verder vervaagd is door de aanvaarding van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk die de facto niet beogen een huwelijksvermogensrechtelijk statuut met uitzicht op enige duur te scheppen, doch waarbij partijen andere bedoelingen koesteren, zo bijv. de verzorging van de echtgenoot, die naar te verwachten is niet lang daarna langstlevende zal zijn<sup>54)</sup> of de overheveling van vermogen naar een echtgenoot, die naar reeds overeengekomen is binnen afzienbare tijd de voormalige echtgenoot zal zijn<sup>55)</sup>. Vormt dit dan een oneigenlijk gebruik van deze rechtsfiguur? De heersende leer beantwoordt — zoals wij zagen — deze vraag ontkennend en kan zich terecht beroepen op het feit dat in deze gevallen — zij het voor korte tijd — toch belangrijke huwelijksvermogensrechtelijke wijzigingen staande huwelijk intreden, zodat aan de materiële eis, die de rechtsfiguur kenmerkt, is voldaan. Zo ontstaat dan een ruim begrip huwelijksvoorwaarden in materiële zin, dat zelfs is omschreven als omvattende elke afwijking van de vermogensrechtelijke regels van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 BW<sup>56)</sup> waaraan in de doctrine nog is toegevoegd, dat dit een regeling in abstracto moet betreffen<sup>57)</sup>.

Ik kan hiermede wel instemmen; ook mijn eigen begripsomschrijving wijkt daarvan niet wezenlijk af<sup>58)</sup>. De moeilijkheid is echter dat dan derhalve ook — onomstreden — als huwelijksvoorwaarden is te beschouwen het heden ten dage zeer gebruikelijke zgn. finale verrekenbeding tussen echtgenoten, waarbij staande huwelijk bijv. uitsluiting van elke gemeenschap wordt overeengekomen, doch aan dit zakenrechtelijke stelsel het — obligatoire — beding wordt toegevoegd, dat bij ontbinding van het huwelijk *door overlijden* een verrekening plaats heeft alsof tussen echtgenoten de wettelijke gemeenschap of een beperkte gemeenschap had bestaan. Daar



dit impliceert, dat deze verrekenplicht *niet* intreedt bij ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, is men derhalve in deze huwelijksvoorwaarden ook doende — implicite — vermogensrechtelijke gevolgen van een mogelijke echtscheiding te regelen, zij het in negatieve zin.

Dit is de ene zijde van het probleem; anderzijds echter staat — en voegt zich daar nog bij — de vaagheid van het begrip echtscheidingsconvenant, omschreven als een regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van een tot stand gekomen of naderende echtscheiding. Juist in dit laatste aspect schuilt de problematiek.

Hoe nabij moet die echtscheiding zijn? Moeten pp. haar veronderstellen als theoretisch mogelijk, reëel mogelijk, waarschijnlijk of onafwendbaar? Wie beoordeelt deze gradaties? Doet het tijdstip terzake; is een echtscheidingsconvenant reeds mogelijk vóór het huwelijk, tijdens het huwelijk, als de echtscheiding aanstaande is of als de termijn van art. 1:159, lid 2 loopt? En tenslotte: als het echtscheidingsconvenant of een deel daarvan tevens valt onder de omschrijving van het begrip huwelijksvoorwaarden, wat prevaleert dan, de vormvrijheid of de stringente regeling van art. 1:119?

Een baaierd van problemen, waarop het antwoord uiterst moeilijk of zelfs onmogelijk te geven is, nu een wettelijke regeling ontbreekt en de Hoge Raad slechts incidentele beslissingen heeft gegeven, echter zonder een duidelijke uitspraak te doen omtrent de begripsbepaling zelf. Bij de taak, die ons hoogste rechtscollege zich in de huidige tijd heeft toegedacht c.q. heeft moeten aanvaarden<sup>59</sup>), zou m.i. — anders dan vroeger — ook een gepaste leerstelligheid niet ontsierd hebben.

Met welke schaarse bouwstenen moeten wij nu werken? Ik som nog eens op:

- HR 26 jan. 1979: een ongelijke scheiding van de te ontbinden gemeenschap zou buiten een echtscheidingsconvenant moeten voldoen aan de regeling van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk; in het kader van „een voorgenomen echtscheiding” is zij echter vormvrij;
- HR 7 maart 1980: een alimentatie-nihilbeding in voorhuwelijkse huwelijksvoorwaarden is nietig ex art. 1:400, lid 2; om geldig te zijn moet er „een voorgenomen echtscheiding” zijn en de regeling onder art. 1:158, dat echter met art. 1:159, lid 2 nauw verband houdt, vallen;
- HR 23 sept. 1983: de financiële en fiscale gevolgen van „een voorgenomen echtscheiding” kunnen ook een redelijke grond zijn voor het toelaten van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk;
- HR 29 april 1988: bij „een voorgenomen echtscheiding” kan in het

midden blijven of een door echtgenoten aangegane „overeenkomst strekkende tot regeling van hun vermogensrechtelijke betrekkingen” ook een partiële scheiding der gemeenschap bij voorbaat en een prijsgeven van het recht op afstand van art. 1:103, lid 1 kan omvatten.

Uit het aldus verzamelde materiaal is af te leiden:

1. dat in *alle* vier uitspraken de woorden „een voorgenomen echtscheiding” worden gebezigd, waaruit te concluderen valt dat tussen partijen in elk geval echtscheiding — zij het in niet-afdwingbare zin — moet zijn overeengekomen;
2. dat het moet gaan om een regeling van vermogensrechtelijke gevolgen, die ontstaan bij de concretisering van dit voornemen;
3. dat daartoe o.m. een alimentatieregeling kan behoren die, wil zij soliditeit bezitten, dan moet worden opgenomen in een convenant, dat — waarschijnlijk — in de periode van art. 158 j° art. 159, lid 2 moet worden gesloten;
4. dat tenslotte tot die vermogensrechtelijke regeling ook een ongelijke verdeling der gemeenschap kan behoren, die dan materiëel géén regeling van huwelijksvoorwaarden en dus uit zichzelf vormvrij is<sup>60</sup>);
- ↓ 5. dat een scheiding bij voorbaat van de te ontbinden gemeenschap anders dan bij echtscheidingsconvenant niet mogelijk is en dat ook een van art. 1:103, lid 1 afwijkend beding misschien alleen in een echtscheidingsconvenant geldig is.

De vraagtekens, die blijven, zijn niettemin talrijk.

Met name de essentie van het begrip echtscheidingsconvenant blijft vaag en de formulering van de Hoge Raad te algemeen. Zo blijft ook in de doctrine de opvatting bestaan, dat een regeling van de gevolgen van een *eventuele* echtscheiding — zelfs vóór het huwelijk — een echtscheidingsconvenant oplevert, waarbij dan nog wordt aangenomen, dat deze tevens materiëel een regeling van huwelijksvoorwaarden kan beduiden<sup>61</sup>).

Sttaande huwelijk geldt dit in niet mindere mate, nu zowel van het begrip huwelijksvoorwaarden als van de figuur echtscheidingsconvenant géén algemeen aanvaarde duidelijke definities bestaan, zodat overlapping intreedt.

Een gevolg hiervan is, dat men de keuze zou hebben en fiscale nevengevolgen het gedrag gaan bepalen. Vreemd is dan, dat pp. door hun keuze rechterlijke controle en vormvoorschriften zouden kunnen ontgaan. Tenslotte geldt nog dat het tijdstip waarop, in de visie van de Hoge Raad, een regeling moet worden aangegaan om als een onaantastbaar echtscheidingsconvenant te gelden, onduidelijk is.



Summa summarum: de rechtszekerheid is in het geding nu de wetgeving ten achter is gebleven en de rechtspraak bij een maatschappelijk zo belangrijk verschijnsel slechts incidenteel uitspraken kan doen.

### *Komend recht*

Wie zou verwachten, dat het nog steeds niet tot wet geworden Wetsontwerp 19242<sup>62</sup>) enig soulaas zou bieden, komt bedrogen uit.

Naast het verval van de verplichte procureurstelling ingeval aan vier eisen is voldaan (Ontw. art. 819 Rv<sup>63</sup>), dat de quintessens van het ontwerp vormt, valt op — en is voor ons onderwerp van enig belang — dat art. 1:155 in onderdeel G van het ontwerp een grondige wijziging ondergaat.

De bepaling gaat luiden:

„Artikel 155. De rechter kan op gemeenschappelijk verzoek van de echtgenoten de getroffen onderlinge regelingen, daaronder begrepen afspraken omtrent uitkeringen tot levensonderhoud en omtrent de kosten van verzorging en opvoeding van een minderjarige, geheel of ten dele in de beschikking opnemen.”

Ik teken hierbij aan dat de bepaling niet meer beperkt is tot de echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek, maar ook zal gelden bij echtscheiding op tegenspraak wanneer pp. het met elkaar over een convenant eens worden tijdens de procedure. Voorts is merkwaardig, dat de thans bestaande tegenstelling regeling/voorstel in het ontwerp is verdwenen. Ook t.a.v. de verdeling van de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen zal men een *regeling* kunnen treffen<sup>64</sup>).

Veel meer brengt de novelle niet in de onderhavige materie, nu ook iedere verdere aanduiding van de aard van „de getroffen onderlinge regelingen” ontbreekt.

Wel spreekt de M. van T. sub 1.4 de verwachting uit, dat veel meer echtscheidingen op gemeenschappelijk verzoek tot stand zullen komen, zodat meer onderling overleg zal ontstaan, waarop de optimistische passage volgt:

„Onder die omstandigheden zullen echtgenoten, naar wij verwachten, er ook eerder toe komen over andere onderwerpen die met de scheiding samenhangen, overeenstemming te bereiken.”

### *Wenselijk recht*

Tot afsluiting komende, geloof ik, dat een verbetering van de huidige situatie niet zo zeer bevorderd zou worden door opneming van leerstellige definities in de wet, nu deze waarschijnlijk spoedig nieuwe vragen zouden veroorzaken, terwijl overlappingsen ook dan nauwelijks vermijdbaar zouden zijn.

In plaats daarvan zou ik de volgende aanbevelingen willen doen:

- A. De wetgever stelle, zo hij — in tegenstelling tot wat men bij gelegenheid hoort verluiden — de overdrachtsbelasting in de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer wenst te handhaven, de overdracht van onroerend goed tussen echtgenoten en ex-echtgenoten, bijv. gedurende drie jaar na de inschrijving der echtscheiding, vrij van overdrachtsbelasting. Een groot deficit in de schatkist is hier evenmin te vrezen als de mogelijkheid, dat terwille van deze faciliteit schijnhuwelijken plaatsvinden. Het verdwijnen van gekunstelde constructies en belasting van notariaat, advocatuur en rechterlijke macht met onnodig werk zou daarvan het voordeel zijn.
- B. De wetgever schaffe nu snel de verbodsbepalingen der artt. 1503, 1637 i en 1715 af; zij hebben in onze maatschappij elke zin verloren, het gemeene recht van BW en NBW kent voldoende correctiemiddelen om uitwassen tegen te gaan<sup>65</sup>). Overdracht van vermogen en betaling van verrichte arbeid wordt dan — onaantastbaar — mogelijk staande huwelijk.
- C. De wetgever schaffe ook art. 1:119 af; weliswaar heb ik in mijn handboek<sup>66</sup>) nog een voorzichtiger standpunt verdedigd; langjarige praktijkervaring en de bezinning op dit onderwerp brachten mij hier toe. Ook hier zijn de wapenen van het gemeene recht tegen misbruik m.i. in voldoende mate aanwezig, wat met name de praktijk in de Duitse Bondsrepubliek, waar geen bepaling als art. 1:119 bestaat, ons leert.
- D. Tenslotte heb ik overwogen of ook t.a.v. het echtscheidingsconvenant een wettelijke regeling gewenst is, bijv. door de exceptie van art. 1:153 belangrijk te verbreden tot de eis van de totstandkoming van een billijke regeling op *alle* punten, die vermogensrechtelijk en/of familierechtelijk partijen kunnen verdeeld houden, maar dit heb ik opgegeven. Lange procedures en beroepen op de inhoud van art. 12 EVRM zouden daarvan het gevolg zijn. Wel zou te overwegen zijn, of de wetgever de notariële vorm niet zou moeten voorschrijven voor het echtscheidingsconvenant, indien en voorzover dit vermogensrechtelijke regelingen inhoudt waarbij wordt *afgeweken* van hetgeen krachtens de wet of bestaande huwelijksvoorwaarden tussen partijen zou gelden. Dit slaat dan op een verdeling anders dan bij helfte c.q. anders dan bij huwelijksvoorwaarden was bepaald, op een afrekening in afwijking van een overeengekomen verrekenstelsel, een gehele of gedeeltelijke afkoop van alimentatie via deze boedelscheiding of afrekening, etc.

Aldus zou bij een convenant van bedoelde aard, dat vóór de inschrijving van het echtscheidingsvonnis tot stand komt — gezien het gestelde sub C — elk verschil met een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk — en daarmee veel rechtsonzekerheid — verdwijnen.

Als bezwaar tegen mijn voorstel hoor ik al de gang naar de notaris en het kostenprobleem noemen. Hieraan til ik niet zwaar; vooreerst is dit een kwestie van goede tariefvoorschriften, maar ik wijs er verder op, dat van dit vormvoorschrift zouden zijn vrijgesteld alle convenanten, die slechts familierechtelijke regelingen en/of vermogensrechtelijke regelingen inhouden waarbij géén afwijking van wet of huwelijksvoorwaarden optreedt<sup>67)</sup>.

De facto zullen voorts buiten spel blijven verdelingen van inboedel etc., die feitelijk veelal reeds vóór de inschrijving van het vonnis plaats vinden en daarna in stand blijven en aldus stilzwijgend worden bekrachtigd<sup>68)</sup>.

Heerlen, in mei 1989.

E.A.A.L.

## Noten

- 1) Vgl. Van Oven „Leerboek van Romeinsch privaatrecht”, p. 194 e.v.
- 2) Ook in het publiekrecht wordt de uitdrukking „convenant” wel gebezigd voor overeenkomsten tussen publiekrechtelijke rechtspersonen; zie Gilhuis, oratie Tilburg (1988).
- 3) Alle in dit pre-advies vermelde wetsartikelen van oud, geldend of toekomstig recht zijn bepalingen uit het B.W., tenzij het tegendeel uitdrukkelijk blijkt.
- 4) Ook de Franse trouwens, want reeds bij de Wet van 8 mei 1816 werd de echtscheiding geheel afgeschaft om eerst in 1884 weer in de C.c. terug te keren, echter met behoud van het verbod van de „divorce par consentement mutuel”.
- 5) Vgl. Voorduin I, 1, 46 en 146.
- 6) Art. 422 j° art. 424.
- 7) Aldus ook Asser-Scholten I (7de druk) p. 239; anders: Diephuis „Het Nederlandsch Burgerlijk Recht” IV (1886), p. 493: „In allen gevallen is deze eene zelfstandige wijze van ontbinding, van de echtscheiding in verschillende opzichten onderscheiden, en daarom acht ik het verwijt ongegrond, dat de wetgever, echtscheiding door onderlinge toestemming in art. 263 verbiedende, ofschoon dan onder een anderen naam de zaak langs een zijpad weder zou hebben ingevoerd”.
- 8) Uit de M. van T. II blijkt niets van enige motieven voor deze ingreep; medegedeeld wordt slechts dat de tekst „in een modernere vorm is gegoten dan art. 292 (oud)”(!)
- 9) Diephuis, op. cit., p. 432.
- 10) Zie het Ontwerp van wet tot wijziging van het echtscheidingsprocesrecht (Wetsontwerp 19 242).
- 11) Vgl. hieromtrent Luijten-Roes, „Het personen- en familierecht in het NBW”, p. 199, Asser-Molmaker II no. 513, Van der Grinten, A.Ae. 1971, p. 504 e.v. ad HR 29 april 1971 en Van Mourik „Handboek voor het Nederlands Vermogensrecht bij echtscheiding” (1983), p. 56, die deze afspraak niet een nietige overeenkomst doch een „waardeloze handeling” noemt.
- 12) Zo in 1867: 113; in 1907: 829; in 1932: 2917, in het niet vallend t.o. de cijfers der laatste decennia: in 1960: 5670 in 1970: 10320; in 1982: 30880.
- 13) De motivering luidde, dat het verbod de bekentenis als volledig bewijs aan te nemen (art. 810 Rv) niet analogisch mag worden toegepast.
- 14) Aldus Land-Eggens VI, p. 233, Hamaker, WPNR 1622/24, Asser-Scholten I (7de druk), p. 249 e.v.; als verdediger van de leer van de Hoge Raad trad op Van Brakel, WPNR 3244 e.v.
- 15) In zijn conclusie tot HR 29 april 1971, NJ 1972, 336, m.o. schr. dezes, hierna te behandelen.
- 16) Uitvoerig besproken door G.J. Scholten in „De oorzaak der verbintenis uit overeenkomst”, diss. Amsterdam (1934), p. 177 e.v.; vgl. ook Asser-Scholten I (7de druk), p. 271 en F.M. Westerouen van Meeteren in de Scholten-bundel (1932).
- 17) Ten tijde van het cassatieberoep in deze zaak was aanhangig het Wetsontwerp 1971/72, 11529, tot wijziging van de Pensioen- en Spaarfondsenwet, waarbij in art. 8a de regeling van het bijzonder weduwepensioen was voor-

- zien. In de Algemene Burgerlijke Pensioenwet van 6 jan. 1966, artt. G4 en H5 bestond zij toen reeds voor ambtenaren.
- 18) Vgl. de eerdere jurisprudentie in deze: HR 11 jan. 1957, NJ 1959, 36, HR 4 juni 1965, NJ 1965, 277 en HR 31 okt. 1969, NJ 1970, 57.
  - 19) Deze van de inzichten van Langemeijer afwijkende visie van de Hoge Raad blijkt nog eens uit de afscheidsrede van Mr. F.J. de Jong als president van de Hoge Raad, gepubliceerd in NJB 1970, p. 572.
  - 20) Naar geldend recht heeft Van der Grinten in zijn in noot 11 vermelde commentaar de visie van de Hoge Raad in twijfel getrokken nu z.i. aldus het begrip misbruik van omstandigheden te sterk wordt uitgedijd.
  - 21) Aldus van de in de noot 11 genoemde schrijvers: Asser-Moltmaker II t.a.p. en Van Mourik t.a.p.;  
Van der Grinten t.a.p. twijfelt in deze tussen ongeldigheid op grond van het hoogst persoonlijke karakter van familierechtelijke bevoegdheden, enerzijds, en anderzijds geldigheid op grond van de vrijheid van de mens tot „zelfbepaling”; ik zou hier liever de term „zelfbeschikking” gebruiken, maar ook daarin geen argument pro geldigheid zien.
  - 22) Ook de nietigheid c.q. niet-afdwingbaarheid van de verbintenissen uit zgn. draagmoedercontracten, die wij — heden nog — aanvaarden wijst in deze richting; vgl. A.M.L. van Broekhuijsen-Molenaar „Draagmoederschap, civielrechtelijke aspecten van kunstmatige voortplanting”, verschenen in „Personenrecht in beweging”, Deel XXXIX Ars Notariatus (1988), p. 11 e.v.
  - 23) HR 12 dec. 1947 (Arnold Meijer-arrest), NJ 1948, 109 m.o. Veegens.
  - 24) Vgl. Asser-Meijers-Van der Ploeg (1988), no. 491; als in de tekst ook W.R. Meijer, „Kiezen of delen; enkele beschouwingen over de boedelscheiding”, oratie Heerlen (1986), p. 18 e.v.
  - 25) Wet Herziening Echtscheidingsrecht van 6 mei 1971, S. 291.
  - 26) Bij HR 10 jan. 1969, NJ 1969, 181 en HR 9 dec. 1977, NJ 1978, 439, was beslist, dat de overeenkomst door het vonnis is vervangen voorzover daarbij de alimentatie op hetzelfde bedrag was vastgesteld als in het convenant vermeld; vgl. over deze problematiek vooral M.W.E. Koopmann „Alimentatieovereenkomst en beding van niet-wijziging”, WPNR 5574.
  - 27) HR 16 jan. 1981, NJ 1981, 312, m.o. schr. dezes, o.m. besproken door W.R. Meijer, op. cit. p. 50.
  - 28) Kleijn „Plus loyaliste que la loi?” in „Een kapitein, twee schepen” (Luijten-bundel), p. 99 e.v.
  - 29) In Klaassen-Eggens-Luijten I „Huwelijksgoederenrecht” (1984), p. 176 betrok ik in de definitie ook de eventueel overeengekomen erfrechtelijke gevolgen, welke hier echter niet terzake doen; vgl. ook de opsomming der in de doctrine gangbare definities bij De Bruijn-Soons-Kleijn p. 344 e.v. en bij Hidma in zijn Nijmeegse dissertatie „Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk” (1986), p. 43/45.
  - 30) Ontleend aan mijn opstel „Het grensgebied tussen huwelijksvoorwaarden en echtscheidingsconvenant” in „Met recht verenigd” (Dijk-bundel), p. 83/96.
  - 31) Aldus Polak, preadv. BN 1957, suppl. no. 19, Asser-Scholten-Wiarda, p. 443 en schr. dezes o.m. in Klaassen-Eggens-Luijten I, p. 180.
  - 32) Vgl. de door mij in Klaassen-Eggens-Luijten I, p. 180 (noot 18) genoemde auteurs; als dezen ook Hof 's-Hertogenbosch 28 sept. 1977, vernietigd bij HR 29 jan. 1979, hierna te behandelen.

- 33) HR 26 jan. 1979, NJ 1980, 19, m.o. schr. dezes (welk arrest naar de woonplaatsen van de partijen X en Y wel wordt aangeduid als „Stramproy/Le-lystad”).
- 34) NJB 1979, 20, p. 339 e.v.; als deze ook Van Mourik op. cit. p. 71 en Cohen Henriquez, WPNR 5532.
- 35) In mijn in noot 30 genoemde opstel; als in de tekst: Hidma, diss. p. 49.
- 36) Asser-Scholten I, 7de druk (1936) p. 286.
- 37) Als Scholten oordeelden vóór hem: Diephuis IV, p. 470 en na hem: Asser-Scholten-Wiarda, p. 443.
- 38) HR 7 maart 1980, NJ 1980, 363, m.o. schr. dezes, na sprongcassatieberoep bevestigend Rb. 's-Gravenhage 18 april 1979.
- 39) Hidma, WPNR 5470 en Van Mourik, op. cit., 1ste druk (1978), p. 90; begrip ik laatstgenoemde auteur goed in de 2de druk van dit werk, p. 73 dan neemt hij — ook hier — thans een ander standpunt in.
- 40) Aldus ook Rb. 's-Gravenhage 20 maart 1974, NJ 1975, 235, de A.G. Franx in zijn conclusie tot het onderhavige arrest en Van Mourik, op. cit. (2de druk), p. 73.
- 41) Rb. Breda 13 juli 1979, NJ 1980, 595, m.o. schr. dezes.
- 42) Hof 's-Hertogenbosch 2 okt. 1980, NJ 1981, 631, m.o. schr. dezes.
- 43) Zo beslisten Rb. Haarlem 1 april 1982 en Rb. Assen 12 jan. 1983 (beide niet gepubliceerd) in gelijke zin als het Hof 's-Hertogenbosch, vermeld in noot 42.
- 44) Aldus ook de heersende leer: Asser-Moltmaker II, no. 317 en Klaassen-Eggens-Luijten I, p. 192, De Bruijn-Soons-Kleijn, p. 383; anders Lubbers-Hermans „Personen- en Familierecht”, aant. 3a ad art. 1:119; vgl. ook Hidma, diss. p. 42.
- 45) Hidma, t.a.p. merkt terecht op, dat, wanneer het begrip „redelijke grond” maar ruim genoeg wordt opgevat, de vraag of art. 1:119, lid 3 limitatief of enuntiatief op te vatten is, iedere betekenis verliest.
- 46) Niet ten onrechte wijst de P.G. hier op het bekende arrest HR 17 maart 1971, NJ 1972, 136, m.o. schr. dezes en BNB 1971, 94, m.o. Schuttevâer, waarin terecht werd geoordeeld dat deze wijziging geen schenking oplevert, ondanks het feit, dat de man ten tijde van de wijziging zeer ernstig ziek was en drie maanden later overleed.
- 47) HR 23 sept. 1983, NJ 1984, 544, m.o. schr. dezes.
- 48) Vgl. hierover ook Hidma, diss. p. 60 en Van Mourik, op. cit. p. 76 e.v.
- 49) Hidma, diss. p. 195.
- 50) 12de druk (1986) no 320.
- 51) 7de druk (1985), p. 263.
- 52) Zo bij Hidma, diss. p. 54 en bij Van Mourik „Huwelijk en Vermogensrecht” (1988), p. 121, die opmerkt, dat „Luijten hier onze sympathie verdient”, maar dat het niet „verstandig is zijn opvatting te volgen”, voorwaar een opmerkelijke mededeling!
- 53) HR 29 april 1988, NJ 1989, 155, m.o. schr. dezes; niet geheel duidelijk is wat de HR met de niet-juridische term „effectueren” heeft bedoeld. Deze term moet m.i. worden verstaan als „onvoorwaardelijk aangaan”, anders is de betrokken passage onbegrijpelijk.
- 54) Zo in HR 28 jan. 1959, NJ 1959, 171 en in HR 17 maart 1971, NJ 1972, 136, m.o. schr. dezes.

- 55) Zo in het in § 4 behandelde arrest HR 23 sept. 1983, NJ 1984, 544, m.o. schr. dezes, doch ook in het merkwaardige geval, berecht bij Hof 's-Gravenhage 22 dec. 1983, NJ 1985, 860.
- 56) Zo Van Mourik, „Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding” p. 69, die daaraan nog toevoegt „of waarbij een overeengekomen afwijking ongedaan wordt gemaakt”.
- 57) Aldus Hidma, diss. p. 50.
- 58) Vgl. Klaassen-Eggens-Luijten I, p. 176.
- 59) Men denke hier aan de rijke jurisprudentie inzake de werking van de objectieve goede trouw en over de toepassing van het EVRM.
- 60) Anders Van Mourik, „Huwelijk en Vermogensrecht” (1988), p. 114.
- 61) Zo Van Mourik, Handboek voor het Nederlands Vermogensrecht bij echtscheiding (1983), p. 72.
- 62) Herziening van het echtscheidingsprocesrecht; de M. van T. II dateert reeds van het zittingsjaar 1985/86.
- 63) De M. van T. II spreekt in deel 1.4 de verwachting uit, dat 20 à 30% van de echtscheidingen zich aldus zal gaan voltrekken.
- 64) Aannemelijk is dan wel, dat deze regeling m.i. volledig beheerst blijft door de beginselen van art. 1:401.
- 65) Deze wens schijnt thans t.a.v. art 1637i in vervulling te gaan blijkens Kamerstuk II 88/89, Wetsontwerp 19622 no. 13; vgl. NJB 1989, p. 616 en 622.
- 66) Klaassen-Eggens-Luijten I, p. 195.
- 67) Hoe wenselijk het overigens ook is, dat een boedelscheiding waarbij onroerend goed wordt verdeeld, notariëel dient te worden verleden; dit desideratum komt echter tot stand via art. 3.7.1.14a NBW.
- 68) Aan het slot van dit preadvies past een woord van dank aan mijn ambt- en echtgenote W.R. Meijer, die mijn manuscript zuiverde van ongerechtigheden en die met kritische opmerkingen mij op verschillende punten stimuleerde tot nieuwe gedachten.

## OVERWEGINGEN BIJ HET OPSTELLEN VAN CONVENANTEN

Mr. J.A.M.P. Keijzer

### 1. Afbakening van het onderwerp

De opsteller van (echt)scheidingsconvenanten onderscheidt zich van de wetenschapsbeoefenaar en de rechter. Hij is primair practicus en geeft vorm aan de regeling waarover tussen de scheidende echtgenoten overeenstemming is bereikt.

Hij kan daarbij voorbij gaan aan de dogmatiek, door bijvoorbeeld goederen als verknocht aan te merken die dat volgens „de heersende leer” niet zijn en bij het opstellen van alimentatie-afspraken voorbij gaan aan „de wettelijke maatstaven”. Ook zal hij oplossingen moeten vinden voor vragen waar de wet en de rechtspraak geen duidelijk antwoord op geven.

Het zijn deze twee aspecten waarop dit pre-advies zich in het bijzonder zal richten: de spanning tussen theorie en praktijk, en het vinden van oplossingen voor met de wet in de hand niet of moeilijk oplosbare vragen.

De hoofdzaken van het (echt)scheidingsconvenant laten zich als volgt rubriceren:

1. Regelingen met betrekking tot de kinderen: gezagsvoorziening (of voortzetting van de ouderlijke macht door beide ouders), omgang en alimentatie.
2. Bepalingen met betrekking tot de uitkering die de ene echtgenoot verschuldigd zal zijn voor het levensonderhoud van de andere echtgenoot, waarbij onder meer aan de orde kunnen komen afspraken over limitering, afbouw, kortingsregelingen bij eigen inkomen van de alimentatiegerechtigde, afkoop, en met betrekking tot concubinaat en hertrouwen van in het bijzonder de alimentatiegerechtigde.
3. Vermogensrechtelijke afrekening rekening houdende met het goederenregime waarin partijen zijn gehuwd.
4. Afspraken over de procedure.

Deze lijn volgend, zullen per onderdeel slechts enkele onderwerpen aan de orde kunnen komen.

## 2. Kinderen

### 2.1 Voortzetting van de ouderlijke macht en alimentatie

Sinds de Hoge Raad mogelijk heeft gemaakt dat na echtscheiding en scheiding van tafel en bed beide ouders de ouderlijke macht blijven uitoefenen (H.R. 4 mei 1984, N.J. 1985, 510), bestaat onduidelijkheid over de vraag hoe moet worden voorzien in de kosten van de verzorging en opvoeding van de minderjarige. In het algemeen wordt aangenomen dat de rechter in een dergelijke situatie geen alimentatie kan vaststellen (vgl. rechtbank Breda 18 september 1986 en Hof Den Bosch 18 december 1986, N.J. 1988, 885, m.o. EAAL en WHH). Gelet op de voorwaarde die wordt gesteld voor de voortzetting van de ouderlijke macht door beide ouders, dat zij op een goede manier met elkaar overleg moeten kunnen plegen over de verzorging en opvoeding van de kinderen, zou zo'n alimentatievaststelling ook overbodig moeten zijn. Hoewel door de rechter pleegt te worden getoetst of aan deze voorwaarde wordt voldaan, zijn er situaties, waarin dit overleg tussen de ex-echtgenoten te wensen over laat.

De praktijk toont gevallen waarin meer de angst om de kinderen kwijt te raken en gezichtsverlies bepalend zijn voor de wens gezamenlijk de ouderlijke macht te blijven uitoefenen, dan het gegeven dat partijen in een zo goede verstandhouding de kinderen kunnen blijven verzorgen en opvoeden. Om die reden kan het derhalve van belang zijn dat de rechter alimentatie vaststelt.

Er is nog een andere reden. Immers, degene bij wie de kinderen niet wonen, kan voor buitengewone lastenaftrek in aanmerking komen wanneer hij een voldoende hoog alimentatiebedrag betaalt, terwijl degene die als verzorgende ouder wordt aangemerkt in aanmerking komt voor kinderbijslag, wanneer het tenminste gaat om kinderen die nog niet vallen onder de studiefinanciering. In verband met deze regelingen is in de praktijk duidelijkheid gewenst. Immers, beide ouders dragen op hun wijze bij aan de vervulling van de financiële behoeften van de kinderen, althans in vele gevallen, en er zijn ook situaties genoeg waarin de ouders bij toerbeurt voor de kinderen zorgen, hetzij in de voormalige echtelijke woning of elders, hetzij om beurten bij ieder der ouders. In een dergelijk geval kan het ook de vraag zijn wie van de ouders in aanmerking komt voor de alleenstaande-oudertoeslag. Zie voor een geval waarin deze kennelijk aan beide ouders werd toegekend Hof Den Haag, 2 april 1987 nr. 2220/86.

Het is duidelijk dat het van belang is dat een en ander goed geregeld wordt, en bij voorkeur in een convenant wordt vastgelegd. Veelal wordt de rech-

ter gevraagd in de beschikking waarbij niet voorzien wordt in de voogdij of de uitoefening van de ouderlijke macht na scheiding van tafel en bed „te verstaan” dat de kinderen woonachtig zullen zijn bij de ene echtgenoot en dat de andere echtgenoot voor hun verzorging en opvoeding een bepaald bedrag aan deze voldoet.

### 2.2 De hoogte van de kinderalimentatie

Bij convenant pleegt de hoogte van de kinderalimentatie te worden geregeld. Weliswaar is de rechter hieraan niet gebonden: hij kan ambtshalve van de regelingen tussen partijen afwijken. De alimentatierechter heeft echter niet de vrijheid een hogere bijdrage vast te stellen dan verzocht en ook niet een vermindering toe te passen waarom niet is gevraagd; hij mag niet treden buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep (H.R. 27 november 1987, N.J. 1988, 294 m.o. WHH en H.R. 21 oktober 1988, N.J. 1989, 101). Ook kan de rechter niet op een wijzigingsverzoek beslissen zonder eerst te onderzoeken of zich een geval voordoet als bedoeld in artikel 1:401 lid 1 of 2 B.W. als daarop een beroep wordt gedaan (H.R. 22 juli 1988, N.J. 1988, 911, geannoteerd door W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd in FJR 1988 blz. 239; zie ook FJR 1989 blz. 32). De vrijheid van de rechter om ambtshalve de kinderalimentatie vast te stellen en af te wijken van hetgeen partijen daaromtrent hebben afgesproken, lijkt derhalve zeer beperkt. Zeker, wanneer zonder voorbehoud zou gelden, dat de rechter een alimentatiebijdrage niet hoger mag stellen dan verzocht hetgeen A-G van Soest en annotatie WHH lijken te stellen onder de geciteerde uitspraak NJ 1988, 294. Vooralsnog houd ik het erop dat de eerste rechter zelfstandig de kinderalimentatie vaststelt op grond van de wettelijke maatstaven, zolang op een hoger bedrag dan verzocht (HR 24 november 1972, NJ 1973, 288 m.o. EAAL).

Wat de hoogte van de kinderalimentatie betreft zijn er geen duidelijke richtlijnen. Soms wordt houvast gezocht bij de pleeggezintarieven en de door het Nibud (Nederlands Instituut van Budgetvoorlichting) ontwikkelde rekenwijzen. Het lijkt erop dat zich in de praktijk een zekere bandbreedte aan het ontwikkelen is. Veelal wordt er gestreefd naar een minimum-alimentatie van f 250,— per kind per maand, om de alimentatieplichtige in aanmerking te doen komen voor de buitengewone lastenaftrek (om daarvoor in aanmerking te komen moet f 56,— per week worden betaald, hetgeen correspondeert met f 242,67 per maand). Bij alimentatiebedragen van bijvoorbeeld f 200,— vraagt men zich af, of wel aan de buitengewone lastenaftrek is gedacht. Bij oudere kinderen, en bij grotere welstand, wordt al gauw gekoerst op bedragen die tenderen naar f 500,— per maand per kind.

Doch ook hogere bedragen komen wel voor. Er zou wel een en ander voor te zeggen zijn om de maximum kinderalimentatie te forfaiteren, zoals ook bij de studiefinanciering van geforfaiteerde bedragen wordt uitgegaan. Een recente uitspraak van de Hoge Raad (H.R. 15 april 1988, N.J. 1989, 49 m.o. EAAL) geeft echter duidelijk aan dat rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden en specifieke behoefte. De welstand (van de ouders) waarin het kind is opgegroeid kan daarbij dus een rol spelen. De kinderalimentatie behoort natuurlijk niet de kosten van de verzorging en opvoeding, respectievelijk die van studie en levensonderhoud (artikel 1:395a B.W.) te boven te gaan en dient hierop te worden getoetst.

Zoals gezegd, moet niet alleen met de financiële behoeften van het kind maar ook met het welstandsniveau van de ouders rekening worden gehouden. Een voorbeeld van een systeem waarin dit laatste element duidelijk tot uitdrukking komt, is te vinden in de richtlijnen van het Nederlands Instituut voor Budgetvoorlichting (Nibud). Dit instituut heeft een schema ontworpen waarin alle, althans de meeste componenten van de kosten van kinderen op een rij zijn gezet, die men rubriek voor rubriek kan invullen. Naar het schijnt worden deze Nibud-normen slechts in beperkte mate bij de vaststelling van kinderalimentatiebedragen gehanteerd. In ieder geval kunnen zij daarbij een hulpmiddel zijn. Bij invulling blijkt al wel dat de kosten van kinderen sterk afhankelijk zijn van het uitgavenpatroon van het gezin. Aldus blijkt dat de kosten van één kind de kosten van een geheel gezin dat op bijstandsniveau leeft, kunnen benaderen. Bij de pleeggezinartieren, die veelal een aanknopingspunt vormen bij de vaststelling van alimentatiebedragen voor kinderen geldt de subjectivering als hierboven bedoeld niet. Naar een meer objectieve benadering van „de kosten van kinderen”, althans ten aanzien van de bovengrens, zou mijn voorkeur uitgaan.

### *2.3 De kosten van de verzorgende ouder*

In het verleden heb ik wel eens betoogd (Alimentatie na scheiding, NJB 1974 blz. 49 e.v.), dat tot de kosten voor de kinderen eigenlijk medegerekend zouden moeten worden de kosten van het levensonderhoud van de verzorgende ouder, indien deze full-time met de zorg voor de kinderen is belast. Dit idee heeft weinig of geen bijval gevonden. Overigens heb ik eraan toegevoegd dat een dergelijke gedachte niet aansluit bij het fiscale systeem, omdat de alimentatie voor kinderen niet fiscaal aftrekbaar is (afgezien van de geforfaiteerde buitengewone-lastenaftrek) maar ook niet belast bij de verkrijger, terwijl de alimentatie voor de ex-echtgenoot wel aftrekbaar respectievelijk belast is. Het is ondoenlijk onderscheid te maken tussen gevallen waarin de verzorgende ouder een dagtaak heeft aan de ver-

zorging van de kinderen en daarom geen inkomen kan verwerven, en het geval dat deze thuis is maar eigenlijk wel zou kunnen werken doch dat niet doet om andere redenen. Tussenvormen zijn te bedenken die sterk gerelateerd zijn aan verschillen in omstandigheden, leeftijden, afstanden van scholen en dergelijke. Het geldende systeem houdt in zoverre rekening met de aanwezigheid van kinderen, dat bij de beoordeling van de vraag, of een ex-echtgenoot aanspraak heeft op alimentatie, ook rekening kan worden gehouden met de aanwezigheid van kinderen die verzorgd moeten worden. De mogelijkheden om eigen inkomsten te verwerven zijn vaak sterk beperkt door de taak die een verzorgende ouder ten opzichte van de kinderen heeft. Dat de kinderalimentatie ook invloed kan hebben op de behoefte van de gewezen echtgenote aan alimentatie voor zichzelf, blijkt uit H.R. 13 februari 1987, N.J. 1988, 69.

In casu ging het om een geval waarin „het aanvankelijke ontbreken aan de zijde van de vrouw van de behoefte aan een uitkering voor haar eigen levensonderhoud mede werd veroorzaakt doordat de man haar een bijdrage in het levensonderhoud van de bij haar verblijvende minderjarige kinderen betaalde”. Dit sloot niet uit dat in een later stadium alsnog aanspraak kon worden gemaakt op een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud. In de praktijk wordt de dogmatiek in deze gelaten voor wat zij is omdat het er veelal meer om gaat dat de voor alimentatie beschikbare ruimte ter beschikking komt van de verzorgende ouder en de kinderen tezamen, en de vraag hoe het bedrag uitgesplitst wordt over kinderen en ouder vaak door overwegingen van doelmatigheid wordt beheerst. Zo kan volledige toerekening van de ruimte aan de kinderen fiscaal eenvoudig zijn, omdat dan geen sprake is van belastbare en aftrekbare alimentatie. Wanneer de alimentatie voor de gewezen echtgenoot fiscaal niet aftrekbaar is bijvoorbeeld omdat de alimentatieplichtige in het buitenland woonachtig is en het belastingstelsel aldaar deze mogelijkheid niet biedt, lijkt het doelmatig zoveel mogelijk alimentatie toe te rekenen aan de kinderen, omdat anders in feite een dubbele belasting zou plaatsvinden. Wanneer de alimentatieplichtige een heel hoog inkomen heeft, dan kan het gunstig zijn de alimentatie voor de kinderen betrekkelijk laag te houden (zodanig dat de buitengewone lastenaftrek in ieder geval wordt benut) en zoveel mogelijk toe te rekenen aan de gewezen echtgenoot om ten volle te profiteren van de fiscale aftrekbaarheid. Een uitsplitsing van de alimentatie voor de kinderen op grond van fiscale motieven werd ongewest geacht door het Hof Den Bosch 3 april 1986, N.J. 1987, 89, doch diende naar het oordeel van het Hof te geschieden op grond van hun behoeften.

Het is evident dat in dit soort gevallen duidelijk moet worden opgenomen wat partijen precies voor ogen heeft gestaan en waarom. Immers, indien om bijvoorbeeld fiscale redenen de kinderalimentatie relatief hoog is

gesteld en de alimentatie in feite ten dele bedoeld is voor de gewezen echtgenoot, dient bijvoorbeeld herziening mogelijk te zijn indien de ouder hertrouwt of duurzaam gaat samenwonen als bedoeld in artikel 1:160 B.W. Is de alimentatie voor de verzorgende ouder kunstmatig hoog gesteld, en vervalt deze, dan is er aanleiding de alimentatie voor de kinderen te verhogen.

#### *2.4 Kosten van kinderopvang*

Een interessante vraag is, of de kosten van kinderopvang gerekend moeten worden tot de kosten verbonden aan de verzorging en opvoeding van minderjarigen. Het staat zeker niet op gespannen voet met de wettekst om de kosten van een oppas daartoe te rekenen. In beginsel zou ik dan ook een redelijke bijdrage van de andere ouder in de kosten van de oppas niet willen uitsluiten. Het moet dan wel redelijk zijn dat een verzorgster wordt ingeschakeld en ook de omvang van die inschakeling en de hoogte van de kosten moeten redelijk zijn. Bovendien moet uiteraard sprake zijn van werkelijke uitgaven.

Het vraagstuk is echter ingewikkelder dan het lijkt. Een full-time oppas voor kinderen kost, uitgaande van de Wet op het Minimumloon, al gauw f 12.000,— per jaar. Stel dat een moeder die het gezag over kinderen heeft, besluit om buitenshuis te gaan werken en een kinderoppas in dienst te nemen, kan zij dan in het kader van kinderalimentatie aanspraak maken op vergoeding van de kosten van die verzorgster of een deel daarvan? Ook wanneer zij netto evenveel verdient als zij bruto besteedt aan de oppas, kan haar toch niet het recht ontzegd worden om aan het arbeidsproces deel te nemen.

Stel dat zij haar aanspraken op alimentatie verloren heeft door duurzaam te gaan samenwonen, kan zij dan door full-time te gaan werken economisch het resultaat bereiken dat „haar kosten” worden betaald in de vorm van kinderalimentatie?

Dezelfde vraag doet zich in feite voor, wanneer kinderen naar een internaat worden gestuurd, al dan niet met het oogmerk de verzorgende ouder in de gelegenheid te stellen aan het arbeidsproces deel te nemen.

Hoe moet hierover worden gedacht wanneer de andere ouder graag met de verzorging van de kinderen zou worden belast, met wellicht als achterliggend motief dat op die manier hoge kosten kunnen worden vermeden? Of met als motief dat de nieuwe partner van de man wel voor de kinderen kan zorgen? Ik zou menen dat deze elementen op zichzelf geen rol spelen bij de vraag aan wie het gezag over de kinderen wordt gegeven. Voor de beantwoording daarvan is maatgevend, welke beslissing het meest in overeenstem-

ming is met het belang van de kinderen. In dat kader zou wel relevantie kunnen worden toegekend aan de omstandigheid dat de verzorging en opvoeding van de kinderen door de ene ouder klaarblijkelijk voor een groot deel aan een oppas worden overgelaten.

Wanneer de kosten van een oppas in de alimentatie voor de kinderen zouden worden begrepen, komt het resultaat dicht bij de situatie dat de kosten van de verzorgende ouder tot de kinderalimentatie worden gerekend.

#### *2.5 In welke verhouding moeten de ouders bijdragen*

Op grond van artikel 1:397 lid 2 B.W. moeten de ouders ieder bijdragen naar draagkracht. De toevoeging in dit artikel dat mede rekening wordt gehouden met de verhouding waarin een ieder tot de gerechtigde staat, is niet van groot belang nu er in de regel van uitgegaan mag worden dat de verhouding van beide ouders tot het kind dezelfde is.

In de praktijk merkt men er niet veel van dat ieder van de ouders moet bijdragen, omdat die bijdrageplicht meestal rust op één van hen. Zo wordt doorgaans de ene ouder belast met de voogdij of de uitoefening van de ouderlijke macht, en wordt de ander veroordeeld tot het betalen van een bijdrage voor de verzorging en opvoeding. Het komt minder vaak voor dat de rechter uitdrukkelijk overweegt dat een bepaald gedeelte van de kosten verbonden aan de verzorging en opvoeding van de kinderen voor rekening van de verzorgende echtgenoot komt. De moderne alimentatierekenmethoden bieden echter mogelijkheden om ten aanzien hiervan een regeling te geven. Zo zou het denkbaar zijn dat de draagkrachtruimte die voor ieder der echtgenoten overblijft — voor de alimentatieplichtige na aftrek van de alimentatie voor de ex-echtgenote, en voor de alimentatiegerechtigde op basis van de alimentatie met eventuele eigen inkomsten — te gebruiken als maatstaf voor de verdeling van de kosten van de kinderen. Naar verhouding van de draagkrachtruimte bij ieder der echtgenoten zouden de kosten kunnen worden verdeeld. Hoe hoog die kosten zijn, kan dan weer worden afgeleid uit het eventueel te forfaiteren bedrag, ofwel gerelateerd worden aan de pleeggezinrentes die veelal uitgangspunt zijn bij de vaststelling van alimentatiebedragen, danwel worden vastgesteld aan de hand van de feitelijke omstandigheden. Het lijkt redelijk dat door iedere echtgenoot naar rato van de draagkrachtruimte wordt bijgedragen in de kosten van de verzorging en opvoeding. De vraag is of daarbij in bijzondere mate rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat, zoals in de praktijk meestal het geval, één der ouders met de daadwerkelijke verzorging van de kinderen is belast.

Met andere woorden, moet degene die de daadwerkelijke en feitelijke verzorging heeft ook nog eens van het beschikbare inkomen een gedeelte bij-

dragen in de kosten die ten behoeve van de kinderen worden gemaakt. Ik meen dat het antwoord hierop bevestigend moet luiden. Immers, indien de gewezen echtgenoot die de kinderen verzorgt een inkomen verwerft (uit arbeid, vermogen of in de vorm van alimentatie) dat een noodzakelijk basisinkomen voor het eigen levensonderhoud te boven gaat, dan valt niet goed in te zien waarom die echtgenoot ook niet een financiële bijdrage voor de verzorging en opvoeding van de kinderen zou kunnen leveren. De verzorgingsplicht berust op het ouderschap en de omstandigheid dat de andere ouder niet de gelegenheid heeft om die verzorging te bieden is geen reden om deze andere ouder ook nog eens extra te laten betalen voor die ouderlijke zorg door geen financiële bijdrage van de verzorgende ouder te vergen.

## 2.6 Meerderjarige kinderen

Een specifiek probleem dat bij het maken van convenanten af en toe opduikt, maar eigenlijk buiten de wet staat, is de wens van ouders een regeling te treffen — in beginsel ten laste van de ouder die het (hoogste) inkomen verwerft — met betrekking tot de kinderen wanneer zij meerderjarig zijn. Zie ook hierover K. Slob-Schuit, *Advocatenblad* 1988, jrg. 68, blz. 207 e.v. en 412 e.v. Bedoeld wordt hier niet de categorie van „jong-meerderjarigen”, maar van de „echte” meerderjarigen van 21 jaar en ouder. Zo wordt veelal de wens geuit, dat in het convenant opgenomen wordt, dat de andere ouder ook de studie van de kinderen moet bekostigen wanneer zij meerderjarig zijn. De wet biedt daarvoor geen aanknopingspunt omdat alleen van alimentatieplicht sprake is ten behoeve van meerderjarige kinderen wanneer deze behoeftig zijn (artikel 1:392 lid 2 B.W.). Veelal blijft het dan ook in de formulering steken bij het woord intentieverklaring waarop geen aanspraken kunnen worden gebaseerd. Het is evenwel technisch denkbaar dat voornoemde aanspraken als een derdenbeding worden geformuleerd, zodanig dat niet uit te sluiten is dat de meerderjarige kinderen t.z.t. aanspraak maken op de afspraken welke te hunnen behoeve zijn gemaakt. Ik ben hiervan geen voorstander. Er is geen goede reden aan te geven waarom kinderen bij scheiding van hun ouders bovenwettelijke contractuele aanspraken zouden moeten worden toegekend. Iets anders is, dat het zinvol kan zijn een gedeelte van het gezamenlijke vermogen voor toekomstige studiekosten af te zonderen.

## 2.7 Kinderalimentatie en de Wet op de Studiefinanciering

Actueel is de vraag hoe de aanspraken op alimentatie zich verhouden tot de ouderlijke bijdrage die wordt vastgesteld op grond van de Wet op de Studiefinanciering, en of uitbetaling van die bijdrage met succes in rechte

kan worden gevorderd. De conclusies uit een reeks rechterlijke uitspraken verband houdende met deze vragen, zijn kort samen te vatten als volgt.

- De alimentatierechter oordeelt op grond van het Burgerlijk Wetboek en niet op grond van de Wet op de Studiefinanciering.
- Naast de ouderlijke bijdrage ingevolge de Wet op de Studiefinanciering is alimentatie mogelijk.
- Anderzijds is het mogelijk dat ingevolge de Wet op de Studiefinanciering „recht” bestaat op een ouderbijdrage, terwijl geen aanspraak op alimentatie bestaat.
- Wat de alimentatie betreft is het zinvol onderscheid te maken tussen minderjarigen tot 18 jaar, meerderjarigen in de leeftijdscategorie 18 tot 21 jaar, en meerderjarigen van 21 jaar en ouder die alleen in geval van behoeftigheid aanspraak kunnen hebben op alimentatie.

Zie Rechtbank Almelo 11 november 1987, N.J. 1988, 672; Pres. Rechtbank Middelburg 14 december 1987, KG 1988, 25; H.R. 15 april 1988, N.J. 1989, 49 m.o. EAAL en de aldaar genoemde literatuur; H.R. 1 juli 1988, NJ 1989, 388. Zie ook de discussie in het *Advocatenblad* 1988, jrg 68, blz. 163 e.v. en 207 e.v. tussen R.P. Heeren en K. Slob-Schuit.

Pogingen om de op grond van de Wet op de Studiefinanciering vastgestelde ouderlijke bijdrage in kort geding te vorderen zijn steevast mislukt: Pres. Rechtbank Haarlem 20 mei 1988, KG 1988, 310, NJ 1989, 169; 9 augustus 1988, KG 1988, 370; 16 september 1988 KG 1988, 427 en Pres. Rechtbank Rotterdam, 24 november 1987, KG 1988, 115.

## 3. Alimentatie voor de gewezen echtgenoot

### 3.1 Wijziging van alimentatie-afspraken door de rechter

De concipiënt van het echtscheidingsconvenant dient zich enerzijds bewust te zijn van de mogelijkheid dat afspraken over de alimentatie kunnen worden gewijzigd door de rechter, anderzijds dient hij er rekening mee te houden dat een bewuste afwijking van de wettelijke maatstaven tot gevolg kan hebben dat de rechter niet wijzigt, ook al zouden daarvoor gronden aanwezig zijn indien van een alimentatie-overeenkomst geen sprake zou zijn geweest.

Vooreerst is wijziging mogelijk op grond van verandering van omstandigheden op grond van artikel 1:401 lid 1 B.W. Deze wijzigingsmogelijkheid kan bij overeenkomst worden uitgesloten op de voet van artikel 1:159 lid 1.



Die uitsluiting kan echter weer doorbroken worden op grond van zwaarwegende omstandigheden op grond van artikel 1:159 lid 3.

Daarnaast is wijziging mogelijk op grond van artikel 1:401 lid 3, indien de afspraken zijn gemaakt met grove miskenning van de wettelijke maatstaven. Uitsluiting van deze wijzigingsbevoegdheid van de rechter is niet mogelijk.

Wanneer echter bewust is afgeweken van de wettelijke maatstaven, dan is er een gerede kans dat een verzoek tot wijziging niet wordt gehonoreerd, maar ook al zou sprake zijn van een ingrijpende wijziging van omstandigheden als bedoeld in artikel 159 lid 3, of van grove miskenning van de wettelijke maatstaven als omschreven in artikel 401 lid 3.

Enkele uitspraken waarin deze lijn is neergelegd zijn de navolgende:

- Indien een beroep wordt gedaan op wijziging van omstandigheden ex artikel 1:401 lid 1 en geen niet-wijzigingsbeding is overeengekomen: H.R. 23 oktober 1987, N.J. 1988, 438. (Wijziging niet geheel uitgesloten, maar terughoudendheid geboden.)
- Indien een beroep wordt gedaan op artikel 1:401 lid 1 B.W. en wel een niet-wijzigingsbeding is overeengekomen en een beroep wordt gedaan op artikel 1:159 lid 3 B.W.: vgl. H.R. 15 juni 1985, N.J. 1986, 489, H.R. 25 oktober 1985, N.J. 1986, 749, en H.R. 23 december 1988, NJ 1989, 263 (zware eisen aan de stelplicht van verzoeker en motivering van de rechter die wijziging vaststelt).
- Bij een beroep op het aangaan van de overeenkomst met grove miskenning van de wettelijke maatstaven (niet-wijzigingsbeding niet mogelijk) ex artikel 1:401 lid 3 B.W.: Hof Arnhem 28 april 1987, N.J. 1989, 114; H.R. 15 november 1974, N.J. 1976, 122, m.i. EAAL; en P.A.S. in AA juni 1975 blz. 465 e.v.; laatstelijk Hof Arnhem 28 april 1987, N.J. 1989 114, waarbij nadat een echtscheidingsconvenant in een vonnis was neergelegd werd geconstateerd dat artikel 1:401 lid 2 (wijziging van rechterlijke uitspraak) en lid 3 toepassing missen, omdat partijen zich niet hebben willen richten op de wettelijke maatstaven; wijziging werd derhalve alleen mogelijk geacht op grond van artikel 1:401 lid 1 B.W. in geval van wijziging van omstandigheden.

Uit laatst gemelde uitspraak blijkt dat een vonnis waarin de tekst van het convenant is opgenomen of dat een veroordeling inhoudt op grond van bij convenant gemaakte afspraken, niet is aan te merken als een rechterlijke uitspraak in de zin van artikel 1:401 lid 2, die vatbaar is voor wijziging omdat zij van aanvang niet aan de wettelijke maatstaven heeft beantwoord doordat bij de uitspraak van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan.

Men bedenke overigens dat voor de indexering de datum van het vonnis bepalend is.

Men dient erop bedacht te zijn dat de werking van artikel 1:160 B.W. ook impliciet kan worden uitgesloten (zie A.A.L. Minkenhof in Rechtspraak-overzicht Familierecht in WPNR 5747; Hof A'dam 16 februari en 20 april 1983, N.J. 1984, 364).

### 3.2 Afbouw en limitering

Artikel 1:157 lid 3 regelt uitdrukkelijk de mogelijkheid dat de rechter een alimentatie-uitkering voor bepaalde tijd en onder bepaalde voorwaarden vaststelt. Blijkens constante jurisprudentie van de Hoge Raad worden echter aan rechterlijke uitspraken die dergelijke bepalingen vatten strenge motiveringseisen gesteld (zie H.R. 11 juli 1982, N.J. 1983, 595 en 596 en W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd in FJR 1987 blz. 189 e.v.; zie ook H.R. 12 december 1986, N.J. 1987, 625). Dit wordt met name onderbouwd doordat gewezen wordt op het ingrijpende karakter dat verbonden is aan het definitief eindigen van de alimentatie-aanspraken. Bij het vastleggen van afspraken over limitering en afbouw van alimentatie, dienen de opstellers van convenanten zich zowel bewust te zijn van de mogelijkheid dat de rechter gemaakte afspraken wijzigt, alsook van de mogelijkheid dat ingrijpen van de rechter achterwege blijft omdat bewust van de wettelijke maatstaven is afgeweken. Een andere ontwikkeling is dat een wetsontwerp is ingediend met betrekking tot limitering van de alimentatieduur na scheiding (19.925), waarvan nog moet worden afgewacht of het de Eerste Kamer — gelet op het zeer kritische voorlopig verslag — zal passeren. Vgl. in dit verband Hof Den Haag 21 maart 1986, N.J. 1987, 471: nog geen consensus in de maatschappelijke opvattingen over limitering en zeer recent H. van Son in het Advocatenblad 1989, blz. 256 e.v. en H. Sniijders-Borst, NJB 1989, blz. 670 e.v. Op dit alles kan worden gepreludeerd, door de relevante omstandigheden en gronden in het convenant op te nemen alsmede mogelijke wijzigingen van omstandigheden die niet tot alimentatie-verandering kunnen leiden, teneinde de afspraken een zo stabiel mogelijk karakter te geven, als men dat tenminste wil. Aldus kan getracht worden te bewerkstelligen dat limiterings- en afbouwregelingen door de rechter niet worden opengebroken, op grond van de omstandigheid dat partijen bewust van de wettelijke maatstaven zijn afgeweken. Ook kan aldus remmend worden gewerkt op de aandrang de rechter te adiëren op grond van financieel relevante veranderingen in omstandigheden, hoewel ik de indruk heb dat de neiging om naar de rechter te stappen teneinde wijziging te verkrijgen afneemt naar mate de scheiding langer geleden is. Er bestaat nog altijd een

redelijke drempel voor het indienen van een wijzigingsrequest. Het kan ook een zekere rust geven, te weten wat de consequenties zullen zijn van zich eventueel in de toekomst voordoende omstandigheden, zoals het openvallen van een nalatenschap en dergelijke. Een limiteringsafspraken is vatbaar voor wijziging, indien zij ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen als gevolg van een wijziging van aan de overeenkomst ten grondslag liggende omstandigheden met welke wijziging partijen ten tijde van het aangaan van de overeenkomst geen rekening hebben gehouden, ook al was de mogelijkheid van die wijziging toen te voorzien: HR 17 maart 1989, RvdW 1989, 85.

Afbouwregelingen die uitgaan van de reële kans dat de alimentatiegerechtigde zelf in het levensonderhoud zal kunnen gaan voorzien, bijvoorbeeld nadat betrokkene een opleiding zal hebben voltooid, lopen het risico te falen indien de verwachting dat een toereikend inkomen kan worden verworven niet wordt bewaarheid. Ook wanneer de redactie van het convenant zodanig is dat het risico bij de alimentatiegerechtigde ligt, loopt de alimentatieplichtige naar mijn gevoel een reële kans toch alimentatie te moeten betalen. Uiteraard zal hier een afweging van omstandigheden en oorzaken noodzakelijk zijn en wellicht de doorslag geven.

Ten aanzien van deze thematiek zou ik mij wat formeel willen opstellen. Mijn uitgangspunt is dat degenen die welbewust in overleg met advocaten, alimentatie-overeenkomsten sluiten elkaar daaraan ook mogen houden. Het is de taak van de adviserende advocaten hun partijen van ondoordachte afspraken te weerhouden. Niettemin wijst de praktijk uit dat er vaak situaties zijn waarin men om emotionele of andere redenen bereid is overeenkomsten te sluiten die niet per se de meest gunstige behoeven te zijn. Psychische druk kan zo'n factor zijn, maar deze biedt naar mijn mening geen houvast om alimentatie-afspraken, veelal als resultaat van uitvoerig onderhandelen, ongedaan te maken.

### 3.3 Kortingsregelingen

Een van de toekomstige omstandigheden waarmee bij het opstellen van het convenant rekening kan worden gehouden is het geval dat de alimentatiegerechtigde eigen inkomen verwerft of mogelijk zal verwerven. Het is niet altijd eenvoudig een goede regeling te ontwerpen welke de instemming heeft van beide partijen. Enerzijds moet de afnemende behoefte van de alimentatiegerechtigde duidelijk vertaald worden in verlaging van de alimentatie, zolang diens basisinkomen zich tenminste op een redelijk niveau bevindt, anderzijds dient er voldoende stimulans te zijn om inderdaad (meer) te gaan werken. Het inkomen mag ook weer niet te hoog worden ten op-

zichte van dat van de alimentatieplichtige, en voorts moet zorgvuldig met de fiscale consequenties rekening worden gehouden. Bovendien moet de regeling niet te ingewikkeld en controleerbaar zijn. Samenvattend kunnen enkele uitgangspunten zijn: een minimum vrijlaten, een eventueel progressief percentage van de toekomstige inkomsten korten op de alimentatie, de omvang van de alimentatie relateren aan een bepaald norminkomen van de alimentatiegerechtigde, uitgaan van het bruto-jaarinkomen met een vaste periode, bij voorkeur gelijklopend met het fiscale jaar, hantering van een voorschotregeling en opname van een mogelijkheid van (accountants-)controle.

### 3.4. Huwelijk of concubinaat van de alimentatie-gerechtigde

Een interessante mogelijkheid is gelegen in eventuele uitsluiting van de werking van artikel 1:160 B.W. Dit regelt een rechtens vervallen van alimentatie-aanspraken voor de ex-echtgenoot indien een nieuw huwelijk wordt gesloten of met een andere partner een duurzaam samenlevingsverband wordt aangegaan dat gelijk te stellen valt aan een huwelijk. De omstandigheid dat in de jurisprudentie meer het economische verzorgingselement maatgevend lijkt te worden geacht voor een aan het huwelijk gelijkend samenlevingsverband dan seksuele, emotionele of familie-achtige karaktertrekken, is wellicht een symptoom van deze tijd.

Over de wenselijkheid van artikel 160 zijn de meningen verdeeld. Wat men er ook van denkt, de bepaling werkt (te) rigide. Een samenlevingsverband van heel korte duur doet reeds de alimentatie-aanspraken volledig verloren gaan (zie voor het oude recht Hof Den Haag 8 mei 1985, N.J. 1987, 88 en H.R. 26 oktober 1984, N.J. 1985, 545). Dit kan bezwarend werken. Deze werking wordt echter tegengegaan op twee manieren. In de eerste plaats zijn langzamerhand alle alimentatiegerechtigden zich wel van het risico bewust bij een nieuw huwelijk of duurzaam samenlevingsverband. Veelal wordt dan ook bij het aangaan van nieuwe relaties grote omzichtigheid betracht teneinde vooral maar niet een relatie aan te gaan die als een concubinaat in de zin van artikel 160 kan worden bestempeld. De vindigheid die daarbij ten toon wordt gespreid, wordt soms beloond maar ook wel eens afgestraft. Zo is er zelfs een geval bekend waarin mensen met ieder nog een eigen woning toch „als waren zij gehuwd” zijn beschouwd (Hof Den Haag 27 maart 1987, N.J. 1988, 431).

De tweede manier is gelegen in de mogelijkheid die vaak in convenanten wordt opgenomen dat een soort proefsamenleving kan worden aangegaan zonder dat de alimentatie wordt geriskeerd. Zo'n regeling kan er zo uitzien dat een dergelijk proefsamenleven wordt gemeld en gedurende een bepaal-

de periode straffeloos kan geschieden. Slaagt dit samenlevingsverband dan vervalt de alimentatie, zo niet dan moet uiteraard de samenwoning worden verbroken en blijven de alimentatierechten doorlopen. Ook hier dus weer een stukje para-wetgeving op kleine schaal door opstellers van convenanten. Men dient echter op te passen dat een beroep op artikel 1:160 B.W. niet impliciet wordt uitgesloten: zie hierboven (paragraaf 3.1 slot).

### 3.5 Afkoop van alimentatie

Voorop staat dat afkoop van alimentatie alleen bij overeenkomst kan plaatsvinden. De rechter heeft, naar mijn overtuiging, niet de bevoegdheid de alimentatieplichtige te veroordelen tot betaling van een bedrag ineens ter afkoop van de alimentatieverplichtingen. Steun voor deze opvatting meen ik te vinden in H.R. 4 december 1987, N.J. 1988, 678: in een geval van koude uitsluiting heeft de vrouw op grond van artikel 1:81 B.W. vergeefs overdracht gevorderd van een deel van het vermogen van de man in plaats van een periodieke uitkering tot levensonderhoud. Absolute zekerheid dat een dergelijke vordering geen kans van slagen heeft bestaat echter niet, nu in het onderhavige geval artikel 1:81 B.W. aan de vordering ten grondslag was gelegd. Zie hierover ook A.H.M. Santen, WPNR 5871 blz. 244 en W.W. Elzinga, Echtscheiding en koude uitsluiting, NJB 1988, blz. 1442.

Op de overwegingen die tot afkoopconstructies leiden, behoeft niet uitvoerig te worden ingegaan. De alimentatiegerechtigde kan zich laten leiden door de behoefte aan zekerheid over het bedrag dat wordt verkregen, twijfel aan de solvabiliteit en bereidheid tot betalen van de alimentatieplichtige in de toekomst, de eigen huwelijkskansen of kansen op een duurzaam samenlevingsverband of eigen inkomsten in de nabije toekomst. Ook de inschatting van sterftেকansen kunnen een rol spelen. De alimentatiegerechtigde verkiest de zekerheid van wat verkregen wordt boven de onzekerheid van datgene wat eventueel meer zou kunnen worden verkregen aan periodieke betalingen.

Bij de alimentatieplichtige prevaleert de behoefte aan de zekerheid boven de kans dat in het kader van een normale doorlopende alimentatieverplichting uiteindelijk minder betaald zou moeten worden.

Fiscale motieven spelen meestal wel enige rol bij dit soort afspraken, al worden de fiscale aspecten wellicht overschat. Zie over de fiscale aspecten van afkoop van alimentatie H.P.A.M. van Arendonk, Enige fiscale aspecten van echtscheiding, MBB 1987 blz. 151 e.v.

De alimentatieplichtige kan de afkoopsom — mits na echtscheiding of ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed — fiscaal aftrekken. Niet zelden echter is de afkoopsom groter dan zijn inkomen van het desbetreffende jaar, zodat het surplus met voorgaande of volgende jaren verrekend moet worden. Het voordeel wordt daarmee minder groot omdat een belastingvrije som wordt opgesoupeerd en het voordeel ook betrekking heeft op lagere schijven. Ook moet echter rekening worden gehouden met besparing van premie volksverzekeringen. Voor de belastingplichtige is het in de regel aantrekkelijker periodieke alimentatie te voldoen, omdat daardoor besparing wordt verkregen op basis van de hoogst verschuldigde tarieven.

De alimentatiegerechtigde heeft het voordeel dat volgens het bijzonder tarief wordt belast. Daarenboven kan in de sfeer van de premieheffing volksverzekeringen, wanneer de afkoopsom uitgaat boven de premiegrens, een interessant neveneffect worden bereikt ten opzichte van periodieke alimentatieontvangsten.

In het algemeen verdient het aanbeveling dit soort regelingen tevoren voor te leggen aan de Inspecteur teneinde te voorkomen dat de aftrek geweigerd wordt. In het bijzonder is voorzichtigheid geboden bij betaling van de afkoopsom in termijnen, waarbij in ieder geval een rente moet worden overeengekomen en betaald.

Voorzichtigheid is vooral ook geboden indien de afkoopsom niet wordt betaald in geld, maar wordt verrekend bij de boedelscheiding of bij de vermogensrechtelijke afwikkeling ingeval er geen gemeenschap van goederen is. Wordt bijvoorbeeld de echtelijke woning aan de alimentatiegerechtigde toegescheiden en wordt daarmee de afkoopsom verrekend, dan is het in de regel zaak dat een taxatierapport voorligt aan de hand waarvan kan worden aangetoond dat sprake is van een reële afkoopsom en niet van een opgeschroefde waarde.

Bij boedelscheiding is men niet verplicht op 50/50 basis af te rekenen. Men moet erop bedacht zijn, dat de andere ex-echtgenoot zou kunnen stellen, dat bij de boedelscheiding meer aan de ander is toegescheiden en dat dit meerdere moet worden aangemerkt als een (gedeeltelijke) afkoopsom van de alimentatie. Zou dit door de Inspecteur gevolgd worden, dan betekent dit een aftrekpost voor de alimentatieplichtige, en een aanslag inkomstenbelasting en premieheffing (behalve bij 65+) voor de andere gewezen echtgenoot! Dit zou zich niet alleen kunnen voordoen bij toescheiding van activa, maar ook in geval de ene echtgenoot een groter deel van de gezamenlijke schulden op zich neemt. In zo'n geval ontvangt de andere echtgenoot

niets, behalve dan een aanslag in verband met de pretense afkoopsom voor alimentatie. Waakzaamheid is derhalve geboden.

Een expliciete afspraak, dat het bedrag der overbedeling niet als (gedeeltelijke) afkoopsom heeft te gelden, biedt mijns inziens voldoende bescherming. Zo de onderbedeelde ex-echtgenoot toch tracht het bedrag fiscaal als alimentatie in aftrek te brengen — en de fiscus, die een eigen bevoegdheid heeft, dit volgt —, handelt hij in strijd met het convenant en heeft de andere echtgenoot aanspraak op schadevergoeding.

Indien een bevoordeling plaatsvindt als hiervoor omschreven, zonder dat deze wordt geduid als afkoopsom alimentatie, is deze in beginsel belast met schenkingsrecht. De gevolgen daarvan worden echter gemitigeerd door de zogeheten kwijtscheldingsresolutie. Het systeem daarvan is dat mits bevoordeling plaatsvindt in het kader van een regeling omtrent de scheiding, het echtgenotentarief wordt gehanteerd en de vrijstelling welke voor echtgenoten geldt. De resolutie is gepubliceerd in de Vakstudie Successiewet artikel 33 aantekening 31 en WPNR 5904 (1989), blz. 100. Zie ook W. Aerts en J.A.M.P. Keijser, *Echtscheiding en fiscus*, Deventer 1980.

### *3.6 Overlijden en pensionering alimentatieplichtige en ouderdomsvoorziening gewezen echtgenoot*

De wet biedt de mogelijkheid voor de rechter rekening te houden met de behoefte aan een voorziening in het levensonderhoud voor het geval van *overlijden van de alimentatieplichtige* (artikel 1:157 lid 1 B.W.). Ook bij het opstellen van covenanten dient daarmee rekening te worden gehouden. Niet altijd bestaat daaraan behoefte in verband met de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AWW) en de aanspraken op (bijzonder) weduwenpensioen ingevolge pensioenregelingen. Zonodig kan gedacht worden aan risicoverzekeringen of dienovereenkomstige voorzieningen die voorzien in een extra uitkering in geval van vooroverlijden van de alimentatieplichtige.

Anders is het gesteld met de behoefte van de alimentatiegerechtigde aan een *oudedagsvoorziening*. Een veel gehoorde klacht is, dat de alimentatieplichtige (de man) veelal over een adequate voorziening beschikt en dat zijn positie alleen maar sterker wordt door de verdere opbouw van pensioenrechten. De Algemene Ouderdomswet (AOW) wordt veelal ontoereikend geacht om in deze behoefte van de alimentatiegerechtigde te voorzien. Dit bezwaar is onvoldoende te weerleggen op de grond dat de alimentatieplicht blijft bestaan, ook wanneer de alimentatieplichtige met pensioen gaat, om-

dat het veelal onzeker is of de alimentatiegerechtigde dan nog aanspraak op alimentatie heeft, en zo dat het geval is de pensionering of vervroegde uitkering in beginsel met een merkbare inkomensdaling gepaard gaat waardoor de alimentatierechten in het gedrang kunnen komen.

De pensioenverrekening — waarover straks meer — biedt evenmin voldoende soelaas. Immers daarbij worden ook de weduwenpensioenrechten verdisconteerd — het voorontwerp van wet (waarvan onzeker is, of het de eindstreep zal halen) voorziet echter in de mogelijkheid dat de weduwenpensioenrechten niet in de pensioenverrekening worden verdisconteerd — zodat een aandeel in het oudedagspensioen in de regel relatief bescheiden is. Bovendien moet er naar het huidige recht rekening mee worden gehouden dat op pensioenverrekening geen aanspraak bestaat indien er geen goederengemeenschap is of een zodanig deelgenootschap dat op pensioenverrekening aanspraak kan worden gemaakt. Of bij een verrekenbeding aanspraak bestaat op pensioenverrekening, is m.i. afhankelijk van de inhoud daarvan; zie voor een recente gepubliceerde uitspraak waarbij bij een deelgenootschap pensioenverrekening diende plaats te vinden: Rechtbank Rotterdam, 13 oktober 1986 N.J. 1989, 419. Vervaltermijnen bij verrekenbedingen hebben m.i. ten aanzien van pensioenrechten geen effect gelet op het voorwaardelijke karakter daarvan. Volgens het voorontwerp dient pensioenverrekening plaats te vinden ongeacht het huwelijksgoederenregime; de vóórhuwelijkse jaren tellen echter niet mee (nu wel; zie Pres. Rb. Den Haag 15 maart 1989, KG 1989, 154). Indien geen pensioenrechten zijn opgebouwd (maar bijv. wel bij koude uitsluiting vermogen is gevormd), valt ook volgens de systematiek van het voorontwerp niets te verrekenen. Voorts verdient aandacht de mogelijkheid van pensioenopbouw in de jaren na de scheiding.

In dit verband wordt niet meer gedaan dan het signaleren van het probleem, waarvoor ad hoc, afhankelijk van de samenstelling van de vermogens van decheidende echtgenoten, oplossingen gezocht moeten worden. Wel zou ik ervoor willen pleiten dat artikel 1:157 aldus wordt aangevuld dat de rechter ook een voorziening kan treffen voor het geval van pensionering van degene die tot uitkering is gehouden, althans dat de alimentatie zodanig wordt bepaald dat daaruit (evenals uit ander lopend inkomen) een oudedagsvoorziening kan worden getroffen. Bij het treffen van regelingen verdient het aanbeveling binnen het kader van de mogelijkheden rekening te houden met de wenselijkheid dat een oudedagsvoorziening kan worden getroffen voor de alimentatiegerechtigde dan wel een voorziening voor het wegvallen of lager worden van de alimentatie bij het ingaan van de pensioendatum van de alimentatieplichtige. Dit echter onder de voorwaarde dat

voor deze ook een zodanige voorziening geldt of hij in de gelegenheid is deze te treffen. Daarbij kan mede in aanmerking worden genomen, of en in hoeverre tot aan de ontbindingsdatum van het huwelijk al voorzieningen zijn getroffen en in hoeverre de alimentatiegerechtigde daarin deelt. De gedachte, dat de alimentatiegerechtigde zelf enige ouderdomsvoorziening behoort te treffen, is o.a. te vinden in H.R. 29 januari 1988, N.J. 1988, 1031 m.o. EAAL. Bij het vaststellen van de omvang van de bijdrage behoort daarmee dan ook rekening te worden gehouden.

Dat aflossingen op een lening van de vrouw voldoening kan zijn aan een natuurlijke verbintenis om naar rato van het mogelijke te zorgen voor het onderhoud van de vrouw na het eventueel vooroverlijden van de alimentatieplichtige, is te vinden in H.R. 4 december 1987, N.J. 1988, 610 m.o. EAAL (De Brouwer/Leenaarts).

#### 4. Vermogensrechtelijke afwikkeling

##### 4.1 Inventarisatie van enkele problemen

Het onderwerp „vermogensrechtelijke afrekening” is algemeen gekozen. Waar in het andere pre-advies uitvoeriger ingegaan wordt op de koude uitsluiting, komt hier het accent te liggen op gemeenschap van goederen, terwijl een en ander geheel of ten dele ook toepassing kan hebben op beperkte gemeenschappen en bepaalde vormen van deelgenootschap c.q. verrekstelstels (zie E.A.A. Luijten, WPNR 5801 blz. 642).

Bij echtscheidingen worden wij geconfronteerd met een aantal relevante momenten. Zo zijn er de tijdstippen van

- het feitelijk uiteen gaan van de echtgenoten
- de aanvang van de procedure door middel van dagvaarding, gemeenschappelijk verzoek of een verzoekschrift voorlopige voorzieningen
- de eerste uitspraak van de rechter in het bijzonder met betrekking tot voorlopige voorzieningen
- het scheidingsvonnis
- de inschrijving van het echtscheidingsvonnis c.q. het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis houdende scheiding van tafel en bed
- de scheiding en deling van de goederengemeenschap (eventueel in fasen)
- de feitelijke verkoopdatum van activa en betaling van passiva.

Het is duidelijk dat deze tijdstippen niet samen kunnen vallen. Sommige momenten echter wel, zoals het feitelijk uiteengaan kan samenvallen met de aanvang van de procedure, en de boedelscheiding al geregeld kan zijn voor

de inschrijving van het echtscheidingsvonnis zodat deze geëffectueerd wordt per de datum waarop de huwelijksgoederengemeenschap wordt ontbonden. Het feit dat de momenten veelal ver uiteen liggen en er grote tijdsruimten tussen gelegen zijn, kan tot aanmerkelijke problemen in de praktijk aanleiding geven.

Volgens de wet moet worden gescheiden en gedeeld hetgeen tot de goederengemeenschap behoort op het moment van de ontbinding van die goederengemeenschap. Voor de waardebepaling moet volgens literatuur en jurisprudentie in beginsel uitgegaan worden van het moment van de scheiding en deling (zie ook blz. 70 e.v.). Laten wij eens enkele voorbeelden onder de loep nemen.

- Nadat de echtelieden feitelijk gescheiden zijn gaan wonen, maakt de ene echtgenoot schulden. De echtscheiding volgt pas enkele jaren later in verband met een uitvoerige procedure over de alimentatie, die de uitspraak van de echtscheiding vertraagt. Volgens het wettelijk systeem moet de andere echtgenoot in beginsel voor 50% in die schulden delen.
- In dezelfde casus werkt de andere echtgenoot hard en zet hetgeen overgespaard wordt op een bankrekening. Dit saldo moet bij de scheiding en deling in beginsel gelijkelijk worden verdeeld. De ega van degene die de besparingen niet zichtbaar heeft overgehouden, heeft het nakijken.
- De rechtbank heeft voorlopige voorzieningen vastgesteld waaronder een redelijke alimentatie voor de alimentatiegerechtigde, doch deze komt daar niet mee uit en reserveert niet voor de te verwachten aanslagen inkomstenbelasting en premieheffing volksverzekeringen. Na enkele jaren volgt de echtscheiding. De (latente) schuld terzake en inkomstenbelasting en premien valt (formeel) in de te scheiden en delen goederengemeenschap; de andere echtgenoot moet de helft voor zijn rekening nemen.
- De ene echtgenoot procedeert op een toevoegingsbewijs en behoeft vrijwel niets te betalen voor de bijstand van de advocaat, terwijl de ander een hoge rekening van zijn advocaat krijgt. Er is wel vermogen, want er is een aanzienlijke overwaarde in de echtelijke woning. De advocatenkosten welke ontstaan zijn vóór de ontbinding van het huwelijk, komen voor 50% voor rekening van de „kosteloos procederende” echtgenoot.
- De ene echtgenoot heeft, nadat de andere echtgenoot de echtelijke woning verlaten heeft, leenbijstand genoten van de Sociale Dienst en moet deze na de boedelscheiding terugbetalen. In het geval dat de echtschei-

ding onmiddellijk wordt uitgesproken, komt de leenbijstand, die op de daaropvolgende periode betrekking heeft, geheel voor rekening van de echtgenoot zelf. In het andere geval duurt het enkele jaren voor de echtscheiding een feit wordt, en in dat geval komt die leenbijstand voorzover genoten vóór de scheiding voor 50% voor ieders rekening.

- Echtgenoten wonen geruime tijd gescheiden alvorens het echtscheidingsvonnis in de registers van de Burgerlijke Stand wordt ingeschreven. Krachtens voorlopige voorziening heeft de vrouw in de echtelijke woning gewoond. De man heeft daarvoor alle hypotheeklasten, ook de aflossingen c.q. de premies van de levensverzekering betaald. Bij de scheiding en deling wordt daarmee in de praktijk doorgaans geen rekening gehouden.
- Nog tijdens het huwelijk koopt de man een ander huis waar hij intrekt met een nieuwe vriendin. Niet alleen duurt het geruime tijd alvorens de echtscheiding gerealiseerd wordt, maar dan duurt het ook nog eens jaren voordat de scheiding en deling tot stand komt. Intussen is die woning sterk in waarde gedaald. Bij de scheiding en deling wordt de waarde in aanmerking genomen van dat moment. Het vermogensnadeel komt derhalve in beginsel voor de helft voor rekening van de gewezen echtgenote. Door de hoge consumptieve uitgaven die de man uit zijn lopende inkomen heeft bekostigd, is er minder overgebleven; dit nadeel komt uiteindelijk ook voor de helft voor haar rekening.
- In een vergelijkbare casus heeft de man een dure auto ter beschikking en de vrouw een stadsautootje. Na 4 jaar is de auto van de man f 50.000,— minder waard geworden en de auto van de vrouw f 5.000,—. In aanmerking wordt genomen de waarde van de goederen ten tijde van de scheiding en deling.
- Een der echtgenoten heeft een bedrijf, al dan niet in B.V.-vorm. Het duurt enkele jaren voor de echtscheiding wordt uitgesproken en nog geruime tijd daarna voordat de scheiding en deling tot stand komt. De resultaten van de onderneming zijn inmiddels merkbaar minder geworden, volgens die echtgenoot omdat de spanningen van de echtscheiding zijn werkkraacht sterk hebben aangetast, en het vertrek van de vrouw inzet van ander personeel noodzakelijk heeft gemaakt waaraan hoge kosten zijn verbonden. De andere echtgenoot moet met een aanzienlijk lager bedrag genoegen nemen dan wanneer de waarde van de onderneming in aanmerking zou zijn genomen op het moment dat partijen uit elkaar zijn gegaan (vgl. de casus in Pres. Rechtbank Breda 9 juni 1987, KG 1987, 264, waarin de man wordt verboden zich te bevinden in het restaurantbedrijf dat in de goederengemeenschap valt onder de voor-

waarde dat de vrouw in afwachting van de boedelscheiding uit de opbrengst een uitkering aan de man betaalt).

Zo kunnen nog talrijke voorbeelden worden bedacht. Voorbeelden die overigens niet helemaal verzonnen zijn, maar ontleend zijn aan de rechtspraak.

## 4.2 Vraagpunten

Het lijkt zinvol een aantal vraagpunten te formuleren aan de hand waarvan deesignaleerde problematiek kan worden geanalyseerd.

4.2.1 Op welk moment vinden de ontbinding van de goederengemeenschap en de scheiding en deling plaats.

4.2.2 Welke goederen (bezittingen en schulden) behoren tot de goederengemeenschap, of, anders gezegd, welke vallen erbuiten.

- Welke goederen zijn verknocht.
- Welke goederen vallen krachtens huwelijksvoorwaarden of krachtens artikel 1:94 B.W. buiten de goederengemeenschap; dit mede te bezien in verband met eventuele herbelegging en/of zaaksvervanging.
- Per welke peildatum dient de samenstelling van de goederengemeenschap te worden vastgesteld.

4.2.3 Wie heeft aanspraak op toescheiding van bepaalde goederen.

4.2.4 Wat is de waarde van de diverse componenten van de goederengemeenschap.

- Welke peildatum wordt gekozen voor de waardering van de bestanddelen.
- Welke waarderingsmaatstaven worden aangehouden voor de diverse componenten.

4.2.5 Voor wiens rekening komt het positieve of negatieve waardeverloop en hoe wordt eventueel een vergoeding geregeld voor het gebruik van goederen vóór het moment van de scheiding en deling.

Op bovenstaande onderwerpen zal achtereenvolgens uitvoeriger worden ingegaan, terwijl tenslotte enkele opmerkingen over pensioenverrekening zullen worden gemaakt.

#### 4.3 Het tijdstip van de ontbinding van de goederengemeenschap en de scheiding en deling

Ingeval sprake is van goederengemeenschap, vindt de ontbinding van de goederengemeenschap bij scheiding in de regel plaats doordat het echtscheidingsvonnis wordt ingeschreven in de registers van de Burgerlijke Stand, danwel het vonnis van scheiding van tafel en bed in kracht van gewijsde gaat. Zie over de vordering tot opheffing van de gemeenschap blz. 66. De scheiding en deling van de goederengemeenschap kan op hetzelfde moment plaatsvinden, doch veelal gebeurt dit later.

Indien één der echtgenoten afstand doet van de goederengemeenschap, kan de boedelscheiding achterwege blijven, doch dit komt weinig voor, hetgeen wellicht ten dele is toe te schrijven aan onbekendheid van de advocatuur met dit rechtsmiddel (vgl. H.R. 29 april 1988, N.J. 1989, 155).

Ook wanneer men vóór de scheiding overeenstemming bereikt over de wijze waarop de scheiding en deling zal plaatsvinden, kan de boedelscheiding niet effectief worden vóór de ontbinding van de goederengemeenschap op de hiervoor aangegeven wijze.

Technisch wordt bij convenant dit probleem opgelost door een voorwaardelijke scheiding en deling overeen te komen die van kracht wordt zodra de ontbinding van de goederengemeenschap intreedt. Door daarbij overeen te komen dat nader te verkrijgen bezittingen en te maken schulden toegescheiden worden aan, c.q. voor rekening komen van, degene wie deze betreffen, wordt qua resultaat de ontbinding van de goederengemeenschap naar voren gehaald.

Een centraal probleem bij scheiding is nog altijd dat de boedelscheiding vaak nog geruime tijd na de scheiding afgewikkeld moet worden. Een deel van de geschetste problematiek is daarvan het gevolg. Te wensen ware dat terstond bij de scheiding ook de boedelscheiding wordt geregeld. Hier ligt een belangrijke taak voor de advocaten, maar soms een onmogelijke. Het is derhalve van belang dat de rechter reeds aanstonds, bijvoorbeeld bij comparitie na antwoord, de boedelscheiding aan de orde stelt, tracht deze zoveel mogelijk in overleg met de partijen te regelen, en zonodig dat hij ook bevoegdheden heeft en gebruiken kan om ten aanzien daarvan beslissingen te nemen. De mogelijkheden die het nieuwe scheidingsprocesrecht in dit verband zullen bieden, lijken te beperkt (Advocatenblad 1987 blz. 168).

Een procestechnisch probleem is trouwens de vraag of aan een rechter zwarigheden mogen worden voorgelegd zonder dat sprake is van een procesverbaal van zwarigheden. Zie over de hiermee samenhangende problemen

Van den Dungen c.s. aantekening 15 bij art. 697, Rv.. Van belang is in deze Rb. Rotterdam, 1 oktober 1979, N.J. 1980, 286 alsmede Hof Den Haag 24 november 1983, N.J. 1984, 502 (betr. bepaalde welomschreven kwesties m.b.t. boedelscheiding zonder zwarighedenprocedure) en WPNR 1983 blz. 506; daartegenover echter Hof Den Haag 14 februari 1986, N.J. 1987, 222 (aanvullend p.v. van zwarigheden nodig). Na de invoering van het N.B.W. vervalt de zwarighedenprocedure als verplichte rechtsgang (zie noot WMK onder H.R. 24 april 1987, N.J. 1988, 963). Uit overwegingen van doelmatigheid en proceseconomie ben ik er voorstander van, dat daarop nu reeds wordt geanticipeerd.

Vergelijk in dit verband ook de uitspraak over partiële boedelscheiding in verband met de voldoening van advocatenkosten: Pres. Rb. Den Haag, 29 januari 1985, KG 1986, 56, en de daarop gevolgde discussie in WPNR 5734 blz. 255 e.v. en 5746 blz. 486 e.v.

Over de vordering tot scheiding en deling, met benoeming van een notaris en een onzijdig persoon, zie H.R. 23 oktober 1981, N.J. 1982, 256 m.o. EAAL en rechtspraakoverzicht Luitjens WPNR 5801 blz. 641 e.v. Een dergelijke vordering is een standaardformule die bij deelgenootschappen en (andere) verrekenstelsels niet past. Indien sprake is van een deelgenootschap in de zin van art 1:129 B.W. kan vermogensbeschrijving en deling van de vermogensvermeerdering worden gevorderd, overigens op dezelfde wijze als bij boedelscheiding (art. 1:137 lid 2).

#### 4.4 Welke goederen vallen (niet) in de gemeenschap

Hierbij kan worden onderscheiden in drie categorieën, de goederen die bij beperkte gemeenschappen daar buiten zijn gehouden, waarbij de staat van aanbreng in de regel een belangrijke rol speelt, goederen die ingevolge een uitsluitingsbeding op grond van artikel 1:94 B.W. zijn verkregen en goederen die verknocht zijn en om die reden niet tot de goederengemeenschap worden gerekend.

Voor wat de laatste categorie betreft, kunnen wij kort zijn. Volgens huidige rechtspraak zijn er vrijwel geen goederen meer die nog als verknocht worden aangemerkt. Rechten op een A.O.W.- en een A.W.W.-uitkering vallen bijv. niet in de gemeenschap: Hof Amsterdam 21 april 1986, N.J. 1987, 280. Zo ook H.R. 23 december 1988, RvdW 1989, 12, waarin aanspraken ingevolge een invaliditeitspensioen als zo verknocht worden aangemerkt dat zij niet in de goederengemeenschap vallen, ook niet bij wege van verrekening; deze aanspraken worden op een lijn gesteld met aanspraken op uitkeringen op grond van de Ziektewet, de Wet op de Arbeidsonge-

geschiktheidsverzekering (W.A.O.) en de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (A.W.W.); zij worden vergeleken met toekomstig loon, en onderscheiden van ouderdomspensioenrechten die berusten op opgebouwde aanspraken. Wellicht vallen ook dwangsommen buiten de goederengemeenschap: zie C. Valter, boekgespreking B. Breederveld, Boedelscheiding bij echtscheiding, FJR 1988, blz. 247. Hoe te oordelen over geschenken die de echtgenoten elkaar in de loop der tijd hebben gegeven? De redelijkheid en billijkheid kunnen gebieden tot toedeling aan de begiftigde zonder vergoeding.

A.B.W.-schulden vallen in beginsel wel in de goederengemeenschap: zie Rb. Den Haag 23 september 1987, N.J. 1988, 715. In beginsel ook advocatenkosten, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de vrouw die kosteloos procedeert in feite meebetaalt aan de advocaat van haar man: zie over deze problematiek de discussie in WPNR als vermeld op blz. 63. Het Hof Den Haag, 11 maart 1987, WPNR 5846, achtte een leningschuld niet verknocht, welke verband hield met persoonlijke goodwill. Ook werden als gemeenschapsschulden aangemerkt schulden op grond van uitkeringen van de G.S.D. en de Gemeentelijke Kredietbank welke ongeveer gelijk waren aan huishoudgeld: Rb. Den Haag, 23 september 1987, N.J. 1988, 715. Zelfs aanspraken en verplichtingen uit alimentatie worden tot de goederengemeenschap gerekend.

Tot de goederengemeenschap behoren derhalve ook de goederen die aangeschaft zijn nadat partijen feitelijk gescheiden zijn gaan leven, alsmede schulden die daarna zijn ontstaan. Zoals gezegd is het niet ongebruikelijk dergelijke goederen zonder verrekening toe te scheiden aan degene wie het aangaat. Voor de betekenis van de waardering van deze goederen wordt verwezen naar onderdeel 4.5 dat betrekking heeft op de vraag wie aanspraak heeft op toescheiding van bepaalde goederen behorende tot de goederengemeenschap. Hiermee hangt samen de wijze van waardering van de goederen. Moeten bijv. nieuwe meubels van de echtgenoot die de echtelijke woning verlaat tegen nieuwwaarde worden opgenomen (mede in aanmerking genomen dat tot dat bedrag liquide middelen aan de gemeenschap zijn onttrokken) of op basis van gebruikte waarde in de boedelscheiding worden verdisconteerd.

Over de vraag, of de opbrengst van een huis dat kort voor de scheidingsprocedure verkocht was, nog moet worden verrekend zie H.R. 22 juli 1987, N.J. 1988, 109 (i.c. volledige opbrengst nog te verantwoorden). Zie ook Pres. Rb. Dordrecht 20 april 1989, KG 1989, 182.

Beantwoording van de vraag welke bestanddelen tot de goederengemeenschap behoren, levert niet zelden problemen op. Hoe vaak komt het niet voor dat goederen „er niet meer zijn”. Zie over de verplichting om de ander informatie te verschaffen over de samenstelling van het vermogen H.R. 3 december 1971, N.J. 1972, 338 en Luijten, WPNR 5801 blz. 642. Zie ook art. 1:109 B.W. en Hof Amsterdam 19 november 1974, N.J. 1975, 313.

Ten aanzien van goederen die zijn uitgezonderd hetzij krachtens de inhoud van de huwelijksvoorwaarden hetzij krachtens een uitsluitingsbeding bij schenking of testament, kunnen bewijsrechtelijke problemen rijzen. De op de staat van aanbreng vermelde goederen zijn vaak niet meer aanwezig en vervangen door andere. Ook kunnen problemen ontstaan indien goederen op naam van de ander zijn gezet: zie de discussie tussen A.Eiff-Klein Lankhorst en A.J.H. Pleysier in WPNR 5888 (1988) blz. 555 e.v. en 5898 blz. 732 e.v., alsmede W.M. Kleijn, De positie van de inboedel, in gezamenlijk gebruik geweest bij de echtgenoten bij de ontbinding van het huwelijk, WPNR 5924, blz. 440 e.v. Voorts kunnen moeilijkheden rijzen als gevolg van een beding dat inhoudt dat alle roerende goederen ten tijde van het einde van het huwelijk geacht worden eigendom van bijv. de vrouw te zijn, wanneer sprake is van goederen waarvan de bedoeling wellicht is geweest dat zij eigendom waren of zouden zijn van de man. Een andere complicatie is de waardering van goederen bij de staat van aanbreng, wanneer deze in aanmerking wordt genomen bij verrekenbedingen. Ingevolge artikel 1:143 B.W. en de toelichting daarop van Meijers moet echter wel worden aangenomen dat tegenbewijs mogelijk is: „Een te hoge taxatie is hierbij in het voordeel van de aanbrengende eigenaar, die daardoor het bedrag van de vooruitgang van zijn vermogen bij de eindafrekening drukt. Daartegenover staat aan de andere echtgenoot, behalve een controle vóór de ondertekening van de staat, het middel van tegenbewijs ten dienste; tegenbewijs immers is, als de wet dit niet uitdrukkelijk heeft verboden, steeds toegelaten”.

Problemen kunnen rijzen met betrekking tot herbelegging en zaaksvervanging van uitgezonderde goederen. Naar ik meen kan een beroep op herbelegging slechts slagen indien de uitgezonderde goederen of gelden duidelijk bewijsbaar voor een bepaalde herbelegging zijn aangewend. Van zaaksvervanging zou ik willen aannemen dat deze geldt indien goederen zijn verkocht en de opbrengst daarvan is aangewend voor de aanschaf van vervangende goederen (zie dissertatie Hammerstein en H.R. 15 februari 1985, N.J. 1985, 885 inzake belegging van gezamenlijke besparingen). Daarbij zou mijns inziens de eis moeten worden gesteld dat het gaat om duidelijk afgezonderde vermogensbestanddelen die aanwijsbaar in de gestelde vorm zijn herbelegd.



Hierna zal in het bijzonder worden ingegaan op de vraag welke peildatum in aanmerking dient te worden genomen ten aanzien van de samenstelling van de goederengemeenschap. Het wettelijk systeem in deze is duidelijk: bepalend is de datum waarop de goederengemeenschap wordt ontbonden. Aan de hand van een aantal voorbeelden werd gesignaleerd dat echter aanmerkelijke problemen kunnen ontstaan, indien en doordat de ontbinding van de goederengemeenschap op een aanzienlijk later tijdstip plaatsvindt dan het moment waarop partijen uit elkaar gaan, de echtscheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt, voorlopige voorzieningen door de rechter worden getroffen enz.

De geschetste problemen zijn onder het geldende recht op de navolgende wijzen op te lossen:

- De rechter corrigeert op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die geldt tussen de deelgenoten. Zo kan hij schulden gemaakt na het feitelijk verbreken van de samenwoning buiten aanmerking laten. Bezwaar hiervan is dat men van tevoren niet weet wat de rechter billijk vindt. Men moet maar afwachten hoe het oordeel luidt van de rechter die toevallig de zaak behandelt.
- De wet biedt de mogelijkheid een benadelingsactie in te stellen op grond van de artikelen 1:164 en 1:174 B.W. De benadeling dient te hebben plaatsgevonden te rekenen vanaf 6 maanden voordat de echtscheidingsprocedure aanhangig is gemaakt. Bij mijn weten wordt dit middel zelden gehanteerd. Een bezwaar is, dat het niet eenvoudig zal zijn aan te tonen dat de goederengemeenschap door de gedraging van de andere gewezen echtgenoot is benadeeld en hoe groot dat nadeel precies is. Een van de grote problemen is nu net dat men kennis ontbeert en daarom geen actie kan ondernemen.
- Wie vreest voor benadeling heeft het middel opheffing van de goederengemeenschap te vorderen. Ook dit middel wordt zelden gebruikt. Mogelijk, omdat de procedure publicatie in dagbladen voorschrijft en dat zal voor velen prohibitief zijn. Hierbij wordt nog in het midden gelaten dat dit middel wellicht in de kringen van de advocatuur tamelijk onbekend is.
- Het laatste middel om de gesignaleerde bezwaren te keren, is de datum dat partijen gescheiden gaan wonen, de alimentatieplicht aanvangt (krachtens voorlopige voorziening bijvoorbeeld) of de scheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt als peildatum voor de samenstelling van de goederengemeenschap te kiezen.

In veel convenanten komt bijvoorbeeld de bepaling voor, dat schulden voor rekening komen van degene die ze heeft gemaakt te rekenen vanaf de datum dat partijen gescheiden zijn gaan leven. Ook is min of meer een

standaard bepaling dat de inkomstenbelasting en premieheffing volksverzekeringen voor rekening komen van degene op wiens naam zij zijn gesteld, vanaf de datum dat de andere echtgenoot alimentatie is gaan betalen; immers de alimentatiegerechtigde zal dan ook voor die alimentatie inkomstenbelasting en premïen moeten betalen. Vanaf het moment dat de scheidende echtelieden afzonderlijk wonen, hebben zij doorgaans geen of weinig zicht meer op het financiële gedragspatroon van de ander. Van groot belang acht ik dat schulden die na die datum worden gemaakt niet ook nog eens door de ander voor de helft moeten worden gedragen. Dit gegeven levert in de praktijk veel weerstand op.

Een vroege peildatum sluit overigens aan bij de reeds genoemde benadelingsartikelen (1:164 en 1:174 B.W.), die eveneens uitgaan van een datum vóór de echtscheiding.

Bij het wettelijk deelgenootschap wordt voor de boedelbeschrijving uitgegaan van de dag waarop de scheidingsvordering is ingesteld: art 1:136, lid 2 B.W.

De voorgestelde peildatumkeuze heeft een aantal grote voordelen, in het bijzonder doordat men vanaf genoemde datum niet meer afhankelijk is van de financiële démarches van de andere partij. Er is in ieder geval één nadeel voor de andere echtgenoot, namelijk dat eventuele verkrijgingen, besparingen, winsten en dergelijke van de ene echtgenoot vanaf de peildatum niet meer ten goede komen aan de goederengemeenschap. Of dit argument zwaar moet worden gewogen, betwijfel ik. Immers voor zover niet sprake is van uitgesloten verkrijgingen, bestaat heel wel de kans dat dergelijke voordelen in het geheel niet of slechts ten dele voor de andere echtgenoot te traceren zijn.

Ik zou dan ook willen betogen dat het hanteren van een peildatum enige tijd gelegen vóór de echtscheiding in beginsel aanbeveling verdient en wellicht ook wettelijk voorgeschreven zou kunnen worden. Dit lost tevens problemen op met gebruiksvergoeding, maar daarover later.

De vraag is nu, welke peildatum wordt gekozen. Men zou kunnen kiezen uit de datum waarop partijen gescheiden zijn gaan leven, de datum waarop de scheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt, de datum waarop ingevolge overeenkomst of rechterlijke uitspraak voorlopig of definitief alimentatie wordt betaald, zes maanden vóór de ontbinding van het huwelijk op de voet van de benadelingsartikelen en zo zijn er mogelijk nog wel meer tijdstippen te bedenken.

De datum van het feitelijk duurzaam gescheiden gaan leven is soms niet altijd duidelijk vast te stellen. Weliswaar moet deze fiscaal worden bepaald,

maar dan kan de datum zeer wel afwijken van de werkelijke datum waarop partijen uiteen zijn gegaan. Wanneer een der echtgenoten in het kader van huwelijksproblemen de echtelijke woning verlaat, is veelal onzeker of dit reeds een definitief en duurzaam verbreken van de samenleving inhoudt. De datum waarop de alimentatieplicht is aangevangen, heeft een grote mate van aantrekkelijkheid, omdat in de regel vanaf die datum ook fiscale effecten beginnen te werken. Deze datum heeft bovendien het voordeel, dat hij in de regel nauwkeurig vast te stellen is.

Ook heeft een zekere aantrekkelijkheid de datum waarop de scheidingsprocedure bij de rechter aanhangig is gemaakt, vooral als potentiële wettelijke peildatum. Deze datum heeft als voordeel dat zij duidelijk bepaald is, dat ieder der echtgenoten het in zijn macht heeft om die datum te laten ingaan en dat op die manier een peildatum gegeven is ook wanneer geen alimentatie wordt betaald. Een nadeel is wellicht dat vaak met het aanhangig maken van de scheidingsprocedure wordt gewacht totdat het overleg over de gevolgen van de scheiding is afgerond. In dergelijke situaties is dat echter geen bezwaar, omdat er kennelijk een basis voor overleg is. Bovendien *behoeft* men niet te wachten en is het een eenvoudige formaliteit de procedure in rechte aanhangig te maken. Dit kan ook door middel van een gemeenschappelijk verzoekschrift, waarbij dan aangegeven zal moeten worden dat partijen nog geen vermogensrechtelijke regeling hebben getroffen. De wet bepaalt daaromtrent namelijk dat bij het request aangegeven moet worden of, en zo ja op welke wijze de gevolgen van de echtscheiding zijn geregeld. Zijn zij niet geregeld, dan kan ermee worden volstaan dat te melden.

Een ander nadeel kan zijn, dat degene die een bijstandsuitkering verkrijgt en deze moet terugbetalen na de boedelscheiding, een schuld maakt die niet voor verdeling in aanmerking komt. Althans voor zover die schuld betrekking heeft op de periode na de peildatum. Onder het huidige recht valt een dergelijke schuld die ontstaan is met betrekking tot de periode vóór de ontbinding van het huwelijk wel in de gemeenschap. Overigens is dit betrekkelijk willekeurig, omdat de vraag hoeveel de ander moet meebetalen, afhankelijk is van het tijdstip waarop het echtscheidingsvonnis ingeschreven wordt of het vonnis van scheiding van tafel en bed in kracht van gewijsde is gegaan. Dit kan men wel enigszins manipuleren. Echtscheidingsvonnissen worden vaak zeer vertraagd uitgesproken in verband met alimentatieconflicten. De duur van de procedure en het moment van inschrijving van het echtscheidingsvonnis kan men doelbewust vertragen. De uitkeringsgerechtigde zou, de consequenties doorziende, hierop kunnen aansturen. De vraag is echter, of hier inderdaad sprake is van een bezwaar. Immers, het gaat hier primair om een vraag betreffende levensonderhoud. Wanneer de andere echtgenoot niet in staat is tot het betalen van alimentatie, maar er wel vermogen is, zou men zich kunnen afvragen of er toch niet, gelet op

de vermogenspositie van partijen, aanleiding is een alimentatieplicht op te leggen (bij koude uitsluiting geldt dit immers ook). Aldus dient deze kwestie beoordeeld te worden door de alimentatierechter, waardoor ook het betrekkelijk willekeurige moment van de inschrijving van het echtscheidingsvonnis of het in kracht van gewijsde gaan van de scheiding van tafel en bed zijn relevantie kan verliezen. Met illiquide vermogen zal de alimentatierechter in beginsel echter minder sterk rekening houden, zeker in het kader van voorlopige voorzieningen.

Even terzijde: de gewezen echtgenoot die voor een bijstandsuitkering in aanmerking komt moet in feite eerst het eigen vermogen opsouperen, terwijl de andere echtgenoot die wel inkomen heeft maar geen alimentatie kan betalen zijn vermogen intact kan houden. Zo komt men na een langdurige en heftige strijd over een voor de scheidende echtgenoot zo gunstig mogelijke afwikkeling van de boedelscheiding vaak bedrogen uit, omdat het extra resultaat dat soms met veel moeite en kosten is gerealiseerd de facto slechts tot gevolg heeft dat het een paar maanden langer duurt voordat betrokkene voor een uitkering krachtens de Algemene Bijstandswet in aanmerking komt.

Dezelfde complicatie is er ook wanneer op grond van voorlopige voorzieningen alimentatie wordt betaald en de alimentatiegerechtigde daarnaast schulden maakt en niet reserveert voor de inkomstenbelasting en premieheffing volksverzekeringen. Het is zeer wel denkbaar dat op grond van het huidige systeem de andere echtgenoot de helft daarvan voor zijn rekening heeft te nemen, evenzeer als de alimentatiegerechtigde aanspraak heeft op het restitutiebedrag dat de alimentatieplichtige te zijner tijd kan claimen als hij zich niet bedient van een beschikking van de Inspecteur. Dit meedelen in de aanspraak op restitutie geeft ook weer te denken, omdat bij de vaststelling van alimentatie in de regel met de werkelijke belastingplicht rekening wordt gehouden. Het kan echter redelijk zijn dat de alimentatiegerechtigde schulden maakt, wanneer de alimentatie veel te laag is om van te kunnen leven. De alimentatieberekeningssystematiek gaat namelijk primair uit van de vraag wat de alimentatieplichtige kan opbrengen en gaat uit van een bestaansnimum voor deze. Nogmaals, hier zit de pijn niet in de boedelscheiding, maar in de wijze van vaststelling van de alimentatie. Bovendien zou hier een verschil ontstaan met degenen die buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Per saldo wegen de bezwaren tegen de voorgestelde peildatum — de dag waarop de scheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt — mijns inziens dan ook niet zwaar.

#### 4.5 Wie heeft aanspraak op toescheiding van bepaalde goederen

Op dit vraagstuk zal hier niet uitvoerig worden ingegaan. Van een aantal

goederen die tot de gemeenschap behoren, zal aanstonds duidelijk zijn aan wie zij behoren te worden toegescheiden, zij het met verrekening van de waarde. Dit kan bijv. samenhangen met het gegeven dat goederen uit de familie van een der echtgenoten afkomstig zijn, dat zij nodig zijn voor de uitoefening van beroep of bedrijf, of dat zij duidelijk een bepaalde affectiewaarde voor één der partners hebben. Daarnaast kunnen de financiële mogelijkheden of onmogelijkheden ertoe leiden dat bijv. een kostbaar onderdeel van de goederengemeenschap zoals een huis slechts voor een van hen is weggelegd. De redelijkheid en billijkheid zal uiteindelijk de doorslag moeten geven ten aanzien van goederen waarop beiden een claim hebben. De onderneming die door een der echtgenoten wordt uitgeoefend, zal in beginsel ook aan deze behoren te worden toegescheiden. Dat de echtgenoot van een ondernemer die zijn bedrijf in een B.V.-vorm uitoefende niet zonder meer genoegen behoeft te nemen met de toedeling van certificaten werd beslist in H.R. 1 juni 1984, N.J. 1985, 351; de rechtbank te Rotterdam oordeelde al eerder, 1 oktober 1979, NJ 1980, 286, „voorshands” dat de certificering van aandelen niet tot gevolg mag hebben dat de vrouw in het haar toekomstig deel van de huwelijksgoederengemeenschap financieel nadeel ondervindt, en sprak over een verplichting van de man de aan de vrouw toe te scheiden certificaten op termijn van haar over te nemen en wel tegen een tevoren overeen te komen waarde(-bepaling); vgl. ook HR 1 juli 1988, NJ 1989, 226 m.o. Ma.

Vaak is het voor ieder van partijen aantrekkelijk een gelijk deel te krijgen van de (laag gewaardeerde) gebruikte roerende goederen. In de praktijk kan het wenselijk zijn dat ieder een gelijk gedeelte van de roerende goederen toegescheiden krijgt. Blijft de ene echtgenoot achter met een compleet ingericht huis, dan is het soms niet redelijk dat de ander voor veel geld zich in het nieuw moet steken. In zo'n geval kan het aanbeveling verdienen ook de voor de inrichting van de ander nieuw aangeschafte goederen tegen de waarde in gebruikte staat in de boedelscheiding te betrekken.

Goederen die speciaal door de kinderen worden gebruikt behoren zonder verrekening naar de verzorgende ouder te gaan. Daartoe kan ook de kleurentelevisie behoren. Het verdient echter evenzeer aanbeveling de andere ouder in de gelegenheid te stellen op kosten van de gemeenschap noodzakelijk goederen aan te schaffen om de kinderen in het kader van een omgangsregeling te kunnen ontvangen.

#### 4.6 Hoe waarden

Hebben wij het zoëven gehad over de peildatum om te bepalen hoe het gezamenlijke vermogen is samengesteld, een geheel andere problematiek heeft betrekking op de peildatum voor de waardering van de bestanddelen

van de goederengemeenschap. Volgens literatuur en rechtspraak is de peildatum in beginsel te stellen op het tijdstip waarop de scheiding en deling plaatsvindt (art. 1123 B.W. lijkt daar eveneens vanuit te gaan, maar is onduidelijk). Zie voor een uitzondering het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad, 1 juni 1984, N.J. 1985, 351, waarbij door het Hof als peildatum voor de waardering redelijk werd geacht het tijdstip van de ontbinding van de huwelijksgemeenschap, vermeerderd met een periode van ongeveer één jaar „welke de man na die ontbinding redelijkerwijs nodig heeft gehad om zich omtrent zijn positie te beraden, deskundige adviezen in te winnen en een minnelijke schikking te beproeven”. Uit deze uitspraak blijkt al, dat ook gekozen kan worden voor de ontbindingsdatum van de goederengemeenschap.

In de zaak HR 12 mei 1989, RvdW 1989, 130, heeft het Hof de waarde van de inmiddels total-loss gereden auto bepaald naar het tijdstip waarop een verdeling van de inboedelgoederen was overeengekomen, nu het daarbij evenzeer goederen betrof die bij een van beide partijen in gebruik waren en door dat gebruik in waarde verminderen.

In de praktijk vormt de vraag per welke datum de bestanddelen van de gemeenschap moeten worden gewaardeerd vaak een probleem. De datum van de scheiding en deling wordt veelal niet als redelijk ervaren, vooral niet wanneer een der deelgenoten het desbetreffende goed reeds geruime tijd in gebruik heeft gehad en alle kosten daarvan voor zijn rekening heeft genomen. Soms wordt door een of beide der deelgenoten gekozen voor de datum waarop partijen feitelijk uit elkaar zijn gegaan als het meest redelijke tijdstip van waardering. In andere gevallen wordt geopteerd voor de ontbindingsdatum en nog weer andere gevallen de datum waarop toevallig taxaties hebben plaatsgevonden. Ten aanzien van deze kwestie bestaat bepaald geen eenvormigheid. Geschillen over het waarderingstijdstip worden veelal in der minne opgelost, of men maakt er niet zo'n punt van om de problemen verbonden aan de boedelscheiding niet nog groter te maken.

Dit neemt niet weg dat aan de in jurisprudentie en rechtspraak gevolgde gedragslijn bezwaren zijn verbonden.

Stel dat de echtelijke woning bij het feitelijk uiteengaan van de echtgenoten door één van hen bewoond blijft, dat deze alle kosten voor zijn rekening neemt en het huis aan deze echtgenoot wordt toegescheiden. Is het dan redelijk dat de toescheiding plaatsvindt op basis van de waarde ten tijde van de scheiding en deling, indien de waarde van de woning sedert de datum van het feitelijk uiteengaan respectievelijk de datum van de ontbinding van het huwelijk sterk is gestegen?

En hoe moet de vraag beoordeeld worden wanneer de waarde van het huis sterk is gedaald? Denkbeeldig is een dergelijk voorbeeld allerminst. Zie voor gevallen van waardedaling Hof Den Haag, 14 februari 1986, N.J. 1987, 222 (hertaxatie; de ander krijgt nog een kans) en 16 mei 1986, N.J. 1987, 737. Zie ook Hof Den Bosch, N.J. 1984, 744 (waardedaling voor rekening van eiser die vertraging heeft veroorzaakt).

Een ander voorbeeld: Ten tijde van het uiteengaan van partijen respectievelijk de ontbindingsdatum van het huwelijk rijdt de man in een dure auto met een waarde van f 80.000,— en de vrouw in een gebruikte kleine courante auto met een waarde van f 10.000,—. Aangenomen dat het drie jaren duurt voordat de scheiding en deling plaatsvindt, en dat de dure wagen dan nog f 30.000,— waard is en de kleine auto f 5.000,—, is het dan redelijk dat als peildatum het tijdstip van de scheiding en deling wordt aangehouden?

Nog een voorbeeld: Een man heeft een onderneming, die in de goederengemeenschap valt, en het duurt drie jaar voordat de goederengemeenschap wordt ontbonden en dan nog eens drie jaar voordat de scheiding en deling plaatsvindt. Laten wij eens aannemen dat door heel hard werken de waarde van de onderneming in die periode sterk is toegenomen. Of, dat door tegenvallende bedrijfsresultaten de waarde sterk is afgenomen, of dat dit gevolg is van de omstandigheden dat de man door camouflagetechnieken de cijfers heeft weten te drukken danwel dat dit gevolg is van het feit dat hij zijn energie heeft gericht op andere activiteiten die met de goederengemeenschap niets te maken hebben. Wat is redelijk?

Voor de geschetste problematiek bestaat geen eenduidige oplossing, althans ik heb deze niet kunnen vinden. Wel zijn er mogelijk enkele aanknopingspunten te vinden voor een redelijke benadering. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen om wat voor soort goederen het gaat, in het bijzonder met het oog op eventueel waardeverloop en slijtage, en voorts een relatie te worden gelegd met een eventuele vergoedingsregeling voor het gebruik en het dragen van de aan het bestanddeel van de goederengemeenschap verbonden kosten.

Weinig problemen lijken er te zijn met bestanddelen die niet aan waardeverloop onderhevig zijn. Daarbij valt te denken aan nominale bedragen van vorderingen en schulden. De betaalde en ontvangen renten dienen bij de boedelscheiding te worden verrekend.

Vervolgens zijn er bestanddelen, waarvan de waarde aan fluctuaties onderhevig is. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan onroerende goederen en effecten. De ervaring heeft uitgewezen dat de waarde van onroerend goed aan sterke stijging en daling onderhevig kan zijn en dat dit al evenzeer kan worden gezegd van effecten. Er zou wel wat te zeggen zijn voor de datum van het feitelijk uiteengaan van partijen danwel de datum waarop de echtscheidingsprocedure aanvangt met dien verstande dat toescheiding plaatsvindt aan de echtgenoot die de goederen onder zich houdt, het gebruik en de kosten daarvan heeft en aan wie toescheiding overigens voor de hand ligt. Een dergelijke keuze kan tot problemen leiden, onder andere omdat die echtgenoot niet licht bereid zal zijn een sterke waardedaling voor zijn rekening te nemen, en de andere echtgenoot wel zal willen mee profiteren van waardestijging. Verkoop aan een derde wordt dan ook een voor die andere echtgenoot aantrekkelijk alternatief. Wordt toegescheiden aan de ene echtgenoot en bijvoorbeeld het huis door de andere echtgenoot nog gedurende geruime tijd bewoond, dan wordt de situatie nog gecompliceerder.

Kiest men voor de waarde op de ontbindingsdatum, dan blijven de problemen dezelfde. In de periode tussen die datum en het tijdstip van de scheiding en deling kan veel gebeuren!

Het uitgangspunt dat het tijdstip van de scheiding en deling maatgevend is, is dus alles bijeen genomen nog niet zo slecht. Wel zou ik willen betogen dat onder omstandigheden aanleiding kan zijn voor het kiezen van een ander waarderingstijdstip en dat de rechter ook de vrijheid heeft op grond van redelijkheid en billijkheid de waardestijging of waardedaling voor rekening te doen komen van een der partijen.

Dan zijn er goederenbestanddelen waarvan de waarde beïnvloedbaar is. Als voorbeeld is al genoemd een onderneming, al dan niet in de vorm van een rechtspersoon gedreven. Wanneer het gaat om de onderneming van een der echtgenoten, ten aanzien waarvan duidelijk is dat de onderneming aan die echtgenoot zal worden toegescheiden, is er veel voor te zeggen als uitgangspunt te kiezen de datum waarop partijen feitelijk gescheiden gaan wonen danwel de echtscheidingsprocedure wordt aangevangen. Als argument daarvoor zou ik willen noemen dat een eventuele waardedaling ontstaan kan zijn door toedoen van die echtgenoot, maar ook dat een eventuele waardestijging aan deze is toe te rekenen en er iets voor te zeggen is dat die waardestijging ook al vindt die plaats vóór de ontbindingsdatum niet zonder meer mede ten goede behoeft te komen aan de andere scheidende echtgenoot. Aldus kunnen aanmerkelijke complicaties worden voorkomen en kan worden volstaan met waardering van de onderneming ten tijde van

het feitelijk uiteengaan danwel de aanvang van de procedure. Er is ook nog een praktisch voordeel aan dit uitgangspunt verbonden: bij de waardering van ondernemingen is men sterk afhankelijk van de beschikbare cijfers en gegevens. Niet zelden loopt men achter de feiten aan: het kan soms geruime tijd duren alvorens cijfers bekend zijn en op dat moment zijn die vaak al weer achterhaald. In veel gevallen zal bij het begin van de echtscheidingsprocedure nog geen invloed zijn uitgeoefend op de waarde van de onderneming c.q. de aandelen, behalve dan bij de vooruitziende echtgenoot die het daarop al in vroegtijdig stadium heeft aangestuurd. Geen enkel systeem echter kan dergelijke manipulaties geheel ondervangen.

Het aspect dat de waarde beïnvloed kan worden kan ook aan de orde komen bij goederen waarvan ook het waardeverloop door externe factoren kan fluctueren. Daarbij kan weer aan de echtelijke woning worden gedacht. De waarde daarvan kan worden beïnvloed doordat goed onderhoud is gepleegd en verbeteringen of zelfs verbouwingen hebben plaatsgevonden, het huis is geschilderd en de tuin is opgeknapt enz. enz., waardoor het huis beweerdelijk veel meer waard is geworden, en de mogelijkheid dat het huis is verwaarloosd waardoor de waarde negatief kan zijn beïnvloed.

Vormt de beïnvloedbaarheid van de waarde een argument om de voorkeur te geven aan de datum van het feitelijk uiteengaan danwel de aanvang van de procedure als waarderingstijdstip, men zou ook van een later tijdstip kunnen uitgaan bijvoorbeeld het tijdstip van de ontbinding danwel de scheiding en deling zelf, maar dan zou ik ervoor willen pleiten dat daarbij — eventueel door de rechter — rekening wordt gehouden met de ontwikkeling van de waarde en in redelijkheid en billijkheid wordt beoordeeld in hoeverre deze toekomst aan, danwel voor rekening komt van, een der deelgenoten. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt door verandering in de waarde door toedoen van een der partijen en waardeverandering door externe factoren (onroerendgoedmarkt, aandelencrash).

De laatste categorie bestanddelen die ik hier aan de orde wil stellen zijn de goederen die door het gebruik in waarde dalen. Denk hierbij aan inboedelgoederen, auto's, computers enz. In het hierboven gegeven voorbeeld met betrekking tot de dure auto waarop veel wordt afgeschreven en de kleine courante auto die nauwelijks in waarde daalt, lijkt het allerm minst redelijk uit te gaan van de datum van de boedelscheiding als waarderingstijdstip. Er lijkt veel voor te zeggen dat de waardedaling en de verdere kosten voor rekening behoren te komen van degene die het object in gebruik heeft gehad te rekenen vanaf de datum waarop partijen uiteen zijn gegaan danwel de scheidingsprocedure is ingezet. Dit resultaat kan worden bereikt door

ofwel bij de toescheiding uit te gaan van de waarde per de datum waarop partijen uit elkaar zijn gegaan respectievelijk het begin van de scheidingsprocedure, ofwel, indien het tijdstip van de boedelscheiding in aanmerking wordt genomen voor het gebruik een vergoeding te berekenen waarin de waardedaling is verdisconteerd.

Bij inboedelgoederen zal het probleem wel niet zo groot zijn, omdat de waarde daarvan meestal niet zo snel daalt, behalve kort na de aanschaf. Toch kan het lang duren voordat de boedelscheiding plaatsvindt. Interessant in deze is een niet gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Arnhem, rolnummer 1985/1650: op grond van de goede trouw moeten afgeschreven, versleten, gebruikte goederen worden vervangen, in het bijzonder na het verlaten van de echtelijke woning; de man is aansprakelijk van de schade wegens het niet (tijdig) vervangen van bedoelde goederen.

Het probleem doet zich overigens wel gevoelen in het geval dat de vertrekkende echtgenoot zich vóór de ontbinding van de goederengemeenschap elders opnieuw heeft moeten inrichten. Worden de nieuwe aanschaffingen tot de goederengemeenschap gerekend, dan is waardering op basis van nieuwwaarde veelal niet redelijk, wanneer aan de andere echtgenoot gebruikte laag gewaardeerde goederen worden toegescheiden. Dit probleem kan worden opgelost door uit te gaan van gebruikte waarde ofwel door de inboedelgoederen bij de verdeling als pro memorie-posten te hanteren, waarbij men er dan wel op moet letten dat de nieuwe aanschaffingen dan ook ten laste van de gemeenschap zijn gekomen.

Uit het bovenstaande blijkt, dat het van belang is, zo mogelijk, een peildatum af te spreken met betrekking tot de waardering van de diverse componenten van de goederengemeenschap. Bij gebreke daarvan kan gestreden worden over de vraag per welke datum de waardering dient plaats te vinden. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt naar de aard van de goederen, de mogelijkheid van waardeverandering daarvan tijdens de rit door externe factoren of eventueel door toedoen van een der partijen, en waardevermindering door het gebruik. In verband hiermee kan het van belang zijn te beschikken over gespecificeerde taxaties van de tot de goederengemeenschap behorende onderdelen. Op het moment van de scheiding en deling kan de waarde daarvan aanmerkelijk gewijzigd zijn. Indien niet uitgegaan zou worden van de waarde bij het feitelijk uiteengaan danwel het begin van de echtscheidingsprocedure kan er op grond van de omstandigheden aanleiding zijn de waardevermindering of waardevermeerdering geheel of gedeeltelijk voor rekening te doen komen van een der deelgenoten danwel een redelijk en billijk resultaat te bereiken door toepassing van een gebruiksvergoeding. Daarop zal in onderdeel 4.7 nader worden ingegaan.

Is de boedelscheiding eenmaal tot stand gekomen, dan nog is de waarde bij de boedelscheiding geen onwrikbaar gegeven. Zie bijv. Hof Den Haag, 16 mei 1986, N.J. 1987, 737, waarin werd geoordeeld dat de waardedaling van het tot de huwelijksgemeenschap behorende onroerend goed na de i.c. gesloten overeenkomst een niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheid vormde van zodanige aard, dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onverkort betaling door de man van het overeengekomen bedrag kon worden gevorderd. Voorts het geval van de Katwijkse boedelscheiding: H.R. 16 januari 1981, N.J. 1981, 312 m.o. EAAL.

Over de *waarderingsmaatstaven* is veel gepubliceerd. Hoewel de leegwaarde-theorie niet geheel onbetwist is gebleven, meen ik dat wij er toch van mogen uitgaan dat bij waardering van onroerend (maar ook roerend) goed onderhandse waarde in vrij opleverbare toestand moet worden gehanteerd. Zie voor het leegwaarde-arrest H.R. 11 maart 1977, N.J. 1978, 98 m.o. EAAL en voor een mogelijke afwijking van de leegwaarde Rechtbank Zutphen 23 juni 1983, NJ 1984, 534, Rechtbank Amsterdam 4 juli 1984, N.J. 1985, 260. Zie voorts AA 1978 blz. 229 en WPNR 5401, 5417 en 5428. Het is nu eenmaal in de macht van de verkrijger het te verkrijgen goed te verkopen en aldus die waarde te realiseren. Uit opportunitereïdenen kan wel eens een andere waarde nagestreefd worden, bijvoorbeeld in een geval dat het gaat om toescheiding van een echtelijke woning aan een ex-echtgenote met kinderen, in welk geval men zou kunnen betogen dat verkoop daarvan niet tot de reële mogelijkheden behoort gelet op het belang en de noodzaak van huisvesting voor de ex-echtgenote en kinderen. Men zou echter ook in die situatie in de regel kunnen stellen dat andere huisvesting voorhanden zal zijn indien tot verkoop wordt overgegaan. Het is meer dat men niet wil verkopen dan dat men niet kan verkopen. Ik zou dan ook de vrij opleverbare waarde als uitgangspunt willen blijven nemen. Zou toch voor een lagere waarde worden gekozen, dan kunnen de risico's dat het goed te goedkoop aan de andere partij wordt toegescheiden worden ingedekt door een regeling die inhoudt dat bij verkoop van het goed binnen een bepaalde periode dit aan de ander tegen dezelfde prijs moet worden aangeboden, of dat de meeropbrengst op een bepaalde wijze dient te worden verdeeld.

Ook het huurrecht van de echtelijke woning is een waardebestanddeel, doch de daaraan toe te kennen waarde wordt meestal als nihil aangemerkt. De rechtbank Alkmaar kwam in haar uitspraak van 11 oktober 1984, N.J. 1986, 832 tot een waarde gelijk aan tweemaal de jaarhuur. Zie ook Rechtbank Breda 5 december 1967, N.J. 1968, 98. Bepaling door de rechter dat een der echtgenoten de huurder zal zijn op grond van artikel 1623g B.W.,

staat er op zichzelf niet aan in de weg dat in het kader van de boedelscheiding nog verrekening van dit vermogensrecht dient plaats te vinden.

Voor wat de waardemaatstaf betreft zijn er wel meer problemen. Bijvoorbeeld de waarde van een verzekeringspolis. Moet men daarvoor de afkoopwaarde nemen? Er is jurisprudentie die dit standpunt bevestigt. Het Hof Amsterdam 23 juni 1937, N.J. 1938, 102 gaat uit van de contante waarde van de polis. Men zou echter evengoed kunnen zeggen dat een polis meer waard is wanneer deze niet wordt afgekocht. Voor degene aan wie de polis dan wordt toegescheiden en wie deze niet wil afkopen, heeft deze dus meer waarde. Ook hier zou ik toch de afkoopwaarde willen volgen. Het rechts-geschil zal dan wel beperkt blijven tot de vraag wie die polis toegescheiden zal krijgen.

Soortgelijke problemen doen zich voor ten aanzien van de waardering van latente belastingen. Gaat men ervan uit dat deze op zeer korte termijn voelbaar worden, dan zal het volledige percentage in aanmerking moeten worden genomen. Moet men ervan uitgaan dat het tijdstip zeer ver gelegen is in de toekomst, dan zal met een fractie daarvan kunnen worden volstaan. Of die latente belastingdruk wordt gerealiseerd hangt in hoge mate af van de opstelling van degene die deze voor zijn rekening zal hebben te nemen. Voor deze problematiek gelden geen maatstaven. Het zou wel handig zijn wanneer die er zouden zijn. Is er iets te zeggen voor een vuistregel inhoudende dat men uitgaan van 50% van het volledige tarief? Kan zo ook benaderd worden de vraag in hoeverre rekening moet worden gehouden met een resitutieverplichting van WIR-premies? Of moet nauwgezet „berekend” worden hoe groot de kans is op verkoop en op welke termijn? En hoe staat het met de latente belastingverplichtingen over stille reserves? De doorschuiffaciliteit van artikel 15 lid 3 van de Wet op de Inkomstenbelasting lost dit probleem niet op, integendeel, zonder deze faciliteit zou het niet bestaan.

De waardemaatstaf speelt ook bij goodwill. Aangenomen dat zakelijke goodwill wel en persoonlijke goodwill niet in de scheiding en deling moet worden betrokken, wordt men geconfronteerd met de vraag op welke basis die goodwill moet worden geschat. Het begrip goodwill is niet zelden opgeklapt. Er is veel voor te zeggen dat eerst zorgvuldig moet worden nagegaan hoeveel deze goodwill werkelijk waard is in aanmerking genomen de vraag of er realiter kandidaten zijn die die goodwill tegen betaling daarvan willen overnemen. De beoordeling ervan zal door deskundigen dienen te geschieden; rekening dient te worden gehouden met latente belastingdruk. Het bezwaar dat degene die de goodwill moet verrekenen bij de boedelscheiding alsdan dubbel betaalt omdat hij  n de helft over de goodwill moet voldoen

en bovendien alimentatie uit dezelfde bron, gaat mijns inziens niet op. Die goodwill blijft immers ook bij betaling van de alimentaties gehandhaafd.

Wanneer betrokkene 10 jaar alimentatie heeft betaald is die bron niet opgedroogd maar als de waardering goed is geweest en de omstandigheden niet zijn veranderd, dan zal die goodwill ook na 10 jaar nog zijn waarde hebben behouden. Dat fiscaal op de goodwill is afgeschreven brengt daarin geen verandering, omdat bij eventuele verkoop na die 10 jaar die goodwill als nog wordt gerealiseerd en dan weer belast is.

Toch ontmoet verrekening van goodwill in de praktijk veel weerstand. Niet zelden wordt deze buiten aanmerking gelaten.

#### 4.7 Gebruiksvergoeding

Aan de gebruiksvergoeding wordt voor zover mij bekend in de praktijk weinig aandacht besteed. Het is een onderwerp waarover erg gemakkelijk wordt heengestapt. Veelal ten onrechte, omdat het niet juist lijkt te zijn dat een der deelgenoten in de scheidingsfase, en vooral in de periode tussen de echtscheiding danwel de scheiding van tafel en bed en de boedelscheiding zonder vergoeding kostbare onderdelen van de goederengemeenschap uitsluitend voor zich gebruikt, danwel een gedeelte van de totale goederengemeenschap dat ver uitgaat boven het gedeelte dat hem uiteindelijk toekomt.

In wet en rechtspraak is hierover weinig te vinden. De mogelijkheid van een vergoeding voor het gebruik van de echtelijke woning en de inboedel is geregeld bij het zogeheten voortgezet gebruik (artt. 1:165 en 1:175 B.W.). Deze mogelijkheid geldt ongeacht het goederenregime (vereist wordt dat de woning aan de andere echtgenoot toebehoort of mede toebehoort, dan wel ten gebuik toekomt). Verder zijn er (na de echtscheiding) geen mogelijkheden volgens Hof Den Haag 24 november 1983, N.J. 1984, 502. Zie verder H.R. 11 maart 1977, N.J. 1978, 98, waarin de hypotheeklasten inclusief aflossing voor rekening kwamen van de gebruiker.

Zie verder H.R. 4 december 1987, N.J. 1988, 610 m.o. EAAL waarin aan de orde komt dat het door de man in de loop der jaren aflossen van een hypotheekschuld waardoor de vrouw eigenares werd van een onbelast pand en daaruit revenuen trok, voldoening kan zijn aan een natuurlijke verbintenis. Vergelijk ook A.L.M. Soons, Koude uitsluiting wat minder koud, maar (nog?) niet warm, FJR 1988 blz. 214. e.v.

In het kader van voorlopige voorzieningen „verstaat” de rechter soms, dat de echtgenoot (een gedeelte van) de hypotheeklasten voor zijn rekening neemt. Dit kan de echtgenoot zijn die het uitsluitend gebruik krijgt van de echtelijke woning, of de andere echtgenoot, met dien verstande dat deze omstandigheid mede bepalend kan zijn voor de hoogte van de uitkering voor het levensonderhoud. Het effect van een dergelijke „voorziening” verschilt naar gelang van het huwelijksgoederenregime.

Men kan zich afvragen of de voorlopige-voorzieningenrechter de bevoegdheid zou moeten hebben vergoedingen toe te kennen voor de echtelijke woning en eventueel andere goederen. Daarvoor pleit, dat dit in een aantal gevallen de redelijkheid en de duidelijkheid ten goede zou komen. Bovendien wordt de rechtszekerheid erdoor bevorderd, omdat onder het huidige recht niet kan worden afgedwongen wat de rechter „verstaat”. Het bezwaar dat de rechter zich aldus op het terrein van het huwelijksvermogensrecht zou begeven, zou ik dan ook minder zwaar willen wegen.

Een vorderingsrecht van de ene echtgenoot jegens de andere tot terugbetaling van (een gedeelte) van door hem ten behoeve van de ander tijdens huwelijk betaalde hypotheeklasten, kan worden verwerkt op grond van de redelijkheid en billijkheid: H.R. 22 mei 1987, N.J. 1988, 231 m.o. EAAL. Het Hof overwoog dat de redelijkheid meebrengt, dat door de man verschuldigde rente met betrekking tot schuld aangegaan ten behoeve van de huisvesting van partijen dient te worden beschouwd als kosten van de huishouding gedurende de periode dat partijen samenwoonden. Aflossingen werden *niet* als kosten van huishouding aangemerkt.

Het in gebruik laten van gemeenschapsgoederen bij de andere echtgenoot kan onder omstandigheden worden aangemerkt als alimentatie in natura. Een schoolvoorbeeld daarvan kan zijn het in gebruik laten van de echtelijke woning bij die andere echtgenoot. Dit zou, gelet op de bovenvermelde rechtspraak, ook voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen zijn. Wellicht dient het hoofdbeginsel te luiden dat de kosten verbonden aan de bestanddelen van de goederengemeenschap voor beider rekening zijn. Een uitzondering op die regel zou kunnen worden gevormd door het geval dat een der deelgenoten het exclusieve gebruiksrecht van een bestanddeel heeft en hem dit voordeel oplevert. Eventueel kan dit voordeel onder omstandigheden worden gewaardeerd op de besparing (zie Vakstudie-Nieuws 19 november 1988, blz. 2850 aantekening 21: in casu is de besparing gesteld op het in de bijstandsuitkering begrepen bedrag voor woonkosten; het betreft hier een fiscale zaak). Wordt bijv. de echtelijke woning nog bewoond ter voorkoming van kraken, dan is er wellicht geen aanleiding tot een vergoedingsverplichting. Wellicht ook niet wanneer de afwikkeling van de boedelscheiding te wijten is aan vertraging veroorzaakt door de ander (vgl. H.R.



1 juni 1984, N.J. 1985, 351). Het Hof Den Haag oordeelde op 20 maart 1985, N.J. 1986, 683 dat de vrouw recht had op een redelijke vergoeding voor het woongenot dat de man had van de echtelijke woning die in de goederengemeenschap viel, staande het huwelijk en daarna.

Wanneer wij nog wat nader ingaan op het onderwerp gebruiksvergoeding, kan zowel gedacht worden aan goederen die de andere echtgenoot toebehooren in het kader van huwelijksvoorwaarden, als aan goederen die in de gemeenschap vallen. In het eerste geval kan een vergoeding verschuldigd zijn aan de andere echtgenoot, in het tweede in beginsel aan de gemeenschap (dan wel de helft daarvan aan de andere echtgenoot).

Het lijkt zinvol te onderscheiden in twee tijdvakken: de periode tussen het gescheiden gaan leven en de ontbinding van het huwelijk, en de periode tussen die ontbinding en de scheiding en deling van de goederengemeenschap. Men zou kunnen denken aan twee systemen: de berekening van een rente, of de berekening van een reële gebruiksvergoeding.

De berekening van een rente heeft een zekere attractie omdat dit systeem eenvoudig is. Wanneer bij de scheiding en deling blijkt dat een der partijen voor een bepaald bedrag wordt overbedeeld, dan kan over dat bedrag rente worden berekend. Deze dient tevoren te worden aangezegd op grond van artikel 1286 B.W. De Hoge Raad heeft deze mogelijkheid — met name ten aanzien van vergoedingsrechten ten laste van de gemeenschap — opengelaten in het arrest Kriek/Smit van 12 juni 1987, N.J. 1988, 150 m.o. EAAL. De toepasselijkheid van art. 1286 B.W. maakt echter een gerede kans af te stuiten op het ontbreken van de opeisbaarheid van de vordering. Dit wordt vermoedelijk niet anders door de (nog geldende) terugwerkende kracht van de boedelscheiding. Een gebruiksvergoeding over de periode na de echtscheiding en vóór de totstandkoming van de boedelscheiding werd niet aangemerkt als fiscaal belaste rente, omdat niet sprake was van een vergoeding voor een reeds ter beschikking gestelde hoofdsom (immers, de toescheiding had nog niet plaatsgevonden), in HR 3 mei 1989, nr 26001 en de kritische aantekening daaronder in Vakstudie-Nieuws, 15 juni 1989, blz. 1615 e.v. Het lijkt mij evenwel een goede zaak bij het begin van een scheidingsprocedure alvast maar de rente aan te zeggen om daarop zonodig een beroep te kunnen doen, hetzij op grond van artikel 1286 BW, hetzij onder verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid.

Zo op rente aanspraak zou kunnen worden gemaakt, dan zou ik menen dat die rente-aanspraak slechts kan gelden over de laatstgenoemde periode, de periode tussen de ontbinding van het huwelijk en de scheiding en deling. Over de periode vóór de ontbinding biedt dit dus geen oplossing. Een bezwaar is dat de rente wel eens heel anders kan uitpakken dan een reële ge-

bruiksvergoeding zou hebben te bedragen. Nog een ander bezwaar is dat toescheiding vaak slechts een formeel karakter heeft en dat die toescheiding op het moment van de scheiding en deling nog niet betekent dat degene aan wie toegescheiden wordt het desbetreffende goed ook in gebruik heeft gehad of van het „saldo” het genot heeft gehad. Per saldo zou ik menen dat een gebruiksvergoeding de voorkeur verdient.

Kan deze nu ook worden berekend over de periode tussen het feitelijk gescheiden gaan wonen en de ontbinding van het huwelijk? Dit lijkt mij niet te passen binnen een systeem van de wet. Immers, tot het moment van de ontbinding van het huwelijk is alles gemeenschappelijk en is er voor verrekening geen plaats. Toch wijkt ook hier de praktijk af van de theorie, omdat veelal in het kader van voorlopige voorzieningen of onderlinge afspraken vergoedingsregelingen worden getroffen. De rechter kan dit in het kader van voorlopige voorzieningen formeel niet, zoals boven reeds opgemerkt, maar hij kan wel „verstaan dat” de andere echtgenoot (een deel van) de hypotheeklast betaalt in verband met het uitsluitend gebruik van de echtelijke woning en dat gebeurt ook veelvuldig. Een gebruiksvergoeding is dat strikt genomen echter niet. Ik zou dus als uitgangspunt willen voorstellen dat een gebruiksvergoeding in beginsel verschuldigd is c.q. dat daarop aanspraak bestaat, te rekenen vanaf het feitelijk gescheiden gaan wonen, althans de datum waarop de scheidingsprocedure aanvangt. Ook fiscaal is dat zo. Immers wanneer de ene echtgenoot bij uitsluiting in de echtelijke woning — voor zover deze de ander (mede) toebehoort — mag blijven dan wordt dat voordeel in beginsel als een fiscaal voordeel belast. Vgl. H.P.A.M. van Arendonk, Enige fiscale aspecten van echtscheiding, MBB 1987, blz. 151 e.v., en J.E.A.M. van Dijck, De werking van het nieuwe huurwaardeforfait, WFR 1988 blz. 305 e.v. Het is natuurlijk wel zo dat een dergelijk gebruiksrecht van de echtelijke woning kan gelden als alimentatie in natura. Bij de vaststelling van de uitkeringen voor het levensonderhoud dient met deze gebruiksrechten dan ook terdege rekening te worden gehouden.

Hierboven hebben wij gezien, dat het onder omstandigheden redelijk kan zijn dat voor het gebruik van roerende goederen een vergoeding wordt berekend. Laten wij nog eens het voorbeeld met betrekking tot de auto's bij de kop pakken. Wat te denken van de volgende benadering. Te rekenen vanaf de datum van het uiteengaan van partijen dient door ieder de werkelijke gebruikswaarde aan de goederengemeenschap te worden vergoed. Laten wij er gemakshalve vanuit gaan dat ieder de verzekeringen, wegenbelasting, brandstof en onderhoudskosten voor zijn rekening neemt. Resten dan nog afschrijvingen (in dit geval gelijk te stellen aan de waarde-



daling) en rentelasten c.q. rente over het in de goederen gestoken eigen vermogen. Na drie jaren blijkt de man f 50.000,— aan afschrijving verschuldigd te zijn plus de dalende rente over die f 80.000,—, terwijl de vrouw in te brengen heeft de afschrijving ad f 5.000,— alsmede de rente over de dalende waarde van de kleine auto. Dit lijkt redelijk, omdat ieder al die tijd het genot van het desbetreffende vervoermiddel heeft gehad en dit genot moet worden gewaardeerd op basis van die werkelijke afschrijvingswaarde en rentekosten. Hetzelfde resultaat kan worden bewerkstelligd door bij de toescheiding te bepalen dat het goed vanaf de datum van het feitelijk uiteengaan van partijen of een andere peildatum voor rekening en risico komt van de deelgenoot aan wie het wordt toegescheiden. Hieruit vloeit vanzelf voort dat de afschrijving en verdere lasten voor rekening komen van degene aan wie het object wordt toegescheiden.

Moet men dit systeem ook volgen bij andere roerende goederen? In beginsel is daar veel voor te zeggen. Het verschil met het gekozen voorbeeld is natuurlijk dat die afschrijving op roerende gebruiksgoederen meestal niet zo spectaculair is. De waarde van een stoel die al vijf jaar gebruikt is, is na zeven jaar nog niet zoveel anders. Daarom maakt men daarvan meestal ook niet zo'n punt. Ook hier zou echter een redelijke oplossing kunnen worden bereikt door het feitelijk uiteengaan als peildatum te nemen. Zoals gezegd rijzen er immers problemen omdat goederen versleten raken, weggegooid worden, vervangen worden enz. Zie de reeds geciteerde uitspraak van de Rechtbank Arnhem (blz. 75, waarin bij de gebruiker een verplichting wordt aangenomen om versleten goederen te vervangen. Op zich een redelijke benadering wanneer men, volgens het wettelijk systeem, de ontbindingsdatum van het huwelijk als uitgangspunt neemt. Zou zo'n vervangingsplicht echter ook bestaan met betrekking tot de periode tussen de ontbindingsdatum van het huwelijk en de scheiding en deling? Mij dunkt dat daarvoor veel te zeggen is.

Hoe moeten wij de gebruiksvergoeding benaderen bij onroerend goed? In de praktijk wordt veelal geen vergoeding berekend — vaak is het gebruik dan te beschouwen als alimentatie in natura —, of wordt overeengekomen danwel bepaald dat de gebruiker een deel van de hypotheeklasten of alle hypotheeklasten voor zijn rekening dient te nemen. Daarvoor is ook aansluiting te vinden in diverse rechterlijke uitspraken. Ook hier weer de vraag of onderscheid moet worden gemaakt tussen de periode voorafgaande aan de ontbinding van het huwelijk en de periode daarna tot aan het tijdstip van de scheiding en deling. Wanneer wij ons tot die laatste periode beperken, dan kan men bij zorgvuldige beschouwing toch niet aan de indruk ontkomen dat het niet meer dan billijk is dat door de gebruiker een redelij-

ke gebruiksvergoeding aan de goederengemeenschap wordt voldaan. Dit lijdt slechts uitzondering wanneer het gebruik moet worden gezien als een alimentatie in natura of voldoening aan een natuurlijke verbintenis, waardoor verrekening achterwege kan blijven. Globaal zou men hier twee richtingen kunnen kiezen: de bedrijfseconomische weg zoals boven ook gevolgd, inhoudende dat rente, afschrijving en onderhoudskosten moeten worden betaald, ofwel een vergoeding welke te stellen is op de zogeheten economische huurwaarde.

Een huurvergoeding is echter fiscaal belast en niet aftrekbaar bij de betaler. Het verdient daarom de voorkeur — indien sprake is van financiering — de hypotheeklasten geheel of ten dele voor rekening te laten van de gebruiker. De daarin begrepen rentelasten zijn voor deze fiscaal aftrekbaar. Is de financiering gekoppeld aan een levensverzekering dan dient te worden bepaald wie de (niet aftrekbare) premie betaalt. En dan is het natuurlijk de grote vraag of de hypotheekschuld terzake waarvan de lasten bij de gebruiker worden gelegd, gelijk is aan de aan het onroerend goed toe te kennen waarde. Is de hypotheekschuld lager, dan moet ook gedacht worden aan een vergoeding over het gedeelte van het eigen vermogen dat in de goederengemeenschap valt (waarvan men dan de helft weer terugkrijgt).

Is de hypotheekschuld hoger, dan zou men teveel rente betalen, hetgeen weer met de goederengemeenschap zou moeten worden verrekend. Ten aanzien van het aflossingsbestanddeel zou men dan nog terecht kunnen betogen dat de aflossingen (c.q. het spaardeel van de betaalde levensverzekeringspremies) ook bij de scheiding en deling behoren te worden verrekend. Immers het gaat om aflossingen op een schuld die van beiden is. Het betrekken van de aflossingen in de gebruikskosten lijkt dan ook aanvaardbaar.

#### *4.8 Pensioenverrekening*

Op dit onderwerp wil ik slechts kort ingaan. Hier is al veel over geschreven en bovendien is een wetsontwerp in voorbereiding dat de pensioenverrekening in een geheel ander perspectief plaatst.

Sinds het arrest Boon/Van Loon, H.R. 27 november 1981, N.J. 1982, 503, vindt pensioenverrekening plaats in het kader van de scheiding en deling van de goederengemeenschap. De heersende leer is nog steeds dat bij koude uitsluiting geen aanspraak op pensioenverrekening bestaat, ook al wordt daarover door sommigen anders gedacht. Bij beperkte gemeenschappen

vindt in beginsel wel verrekening plaats, en eveneens bij deelgenootschappen, mijns inziens afhankelijk van de inhoud daarvan. Hierboven heb ik al enkele opmerkingen gemaakt over de behoefte aan een oudedagsvoorziening van de gewezen echtgenoot in het kader van de alimentatieplicht. De gedachte is dat het zinvol zou zijn bij de vaststelling van alimentatie rekening te houden met de opbouw van een oudedagsvoorziening. Wanneer de pensioenverrekening wordt geplaatst in het kader van de zorg voor degene met wie men gehuwd is geweest, wordt deze in het voorontwerp terecht uitgebreid over alle gehuwden, ongeacht hun huwelijksgoederenregime (behoudens afwijkende regeling), terwijl een beperking wordt gesteld tot de uitsluitend tijdens de huwelijksperiode opgebouwde pensioenrechten.

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat men niet tot directe pensioenverrekening kan worden genoodzaakt, doch dat deze kan worden uitgesteld tot het tijdstip waarop de pensioenuitkeringen een aanvang vinden met dien verstande dat vanaf dat tijdstip een gedeelte van de uitkeringen kan worden opgeëist. Dit is ook het systeem van het voorontwerp. De rechtspraak over de vraag of de alimentatie danwel de aanspraak op een gedeelte van het oudedagspensioen voorgaat, is niet eenduidig. Mijns inziens dient primaat te worden toegekend aan het aandeel in het pensioenrecht, omdat dat niet onderhevig is aan wijziging van omstandigheden en andere factoren die in de sfeer van het alimentatierecht wel kunnen spelen.

Voor de rechthebbende op het oudedagspensioen kan directe afrekening te prefereren zijn, wanneer het bedrag dat hij moet betalen niet te hoog is. Het is in beginsel echter weinig aantrekkelijk nu al te moeten betalen voor het volledig behoud van iets dat men misschien nooit krijgt. In de regel gaat de voorkeur van de gerechtigden tot oudedagspensioen uit naar een uitgestelde verrekening. Bij uitgestelde verrekening is het onzeker of het ooit tot verrekening zal komen. Daarvoor is immers noodzakelijk dat zowel de pensioengerechtigde als de gewezen echtgenoot nog in leven zijn. Directe verrekening kan aantrekkelijk zijn wanneer de oudedagspensioengerechtigde er veel waarde aan hecht te zijner tijd volledig over zijn oudedagspensioen te kunnen beschikken, nog afgezien van de vraag of hij dan (nog) alimentatieplichtig is. Heeft directe verrekening plaatsgevonden, dan behoort daarmee m.i. bij de vaststelling van de alimentatie na het ingaan van het oudedagspensioen rekening te worden gehouden.

Ook voor de andere echtgenoot is het in de regel aantrekkelijker de uitgestelde verrekening te prefereren, als een eerste aanzet voor een oudedagsvoorziening. De bedragen die in het kader van directe pensioenverrekening kunnen worden verkregen zijn in de regel niet spectaculair waarbij nog een belangrijk fiscaal aspect een rol speelt.

Bij directe verrekening immers is het bedrag dat uitbetaald wordt voor de oudedagspensioengerechtigde fiscaal aftrekbaar, terwijl dit bij de verkrijger belast is, niet alleen met inkomstenbelasting maar ook met premieheffing volksverzekeringen. Deze omstandigheid werkt remmend op directe verrekening, want de verkrijger houdt er op die manier weinig van over. Hier geldt overigens hetzelfde als bij afkoop van de alimentatie, met name hetgeen is gesteld omtrent de verrekening met de andere activa en passiva in het kader van de boedelscheiding. Deze systematiek werkt in het bijzonder onbevredigend wanneer de verkrijger niet verkrijgt door betaling in geld maar doordat de ander een groter deel van de gemeenschappelijke schulden op zich neemt. Zie over de fiscale aspecten van pensioenverrekening ondergetekende in NJB 1987, blz. 567.

Bij uitgestelde verrekening dient er wel op te worden gelet, of de pensioenen op deugdelijke wijze zijn ondergebracht. Lang niet altijd zijn deze bij assurantiemaatschappijen verzekerd of in een apart pensioenfonds veilig gesteld. Veelal bevinden de middelen zich in de onderneming en vormen deze in feite onderdeel van het risicodragende vermogen. Wordt dus voor uitgestelde verrekening gekozen, dan dient erop te worden toegezien dat de pensioenrechten extern worden ondergebracht. In dit verband wordt er nog op gewezen dat het voorontwerp een rechtstreekse aanspraak creëert jegens het uitvoeringsorgaan. Onder de huidige wetgeving bestaat een dergelijke rechtstreekse aanspraak niet.

Regelingen omtrent het gedeelte dat de andere echtgenoot te zijner tijd toekomt, zijn in principe niet heel ingewikkeld. Het verdient in ieder geval aanbeveling de gekapitaliseerde waarde van de pensioenrechten op te vragen en aan de hand daarvan is het meestal vrij eenvoudig de breuk te bepalen voor de verdeling van het oudedagspensioen tussen de daartoe gerechtigde en de andere echtgenoot. Het pensioen wordt fiscaal nog geheel toegerekend aan de gerechtigde tot het oudedagspensioen, doch het gedeelte dat doorbetaald wordt aan de andere echtgenoot is voor hem aftrekbaar en bij de verkrijger belast.

Omdat het geruime tijd kan duren voordat het pensioen tot uitkering komt, bestaat veelal behoefte aan een bepaling omtrent indexering van het gedeelte dat de andere echtgenoot te zijner tijd kan opeisen. In de literatuur wordt dit een redelijk verlangen genoemd. Dit is het mijns inziens ook, mits maar duidelijk wordt bepaald dat de stijging die toe te rekenen is aan de omstandigheid dat de pensioengerechtigde is blijven werken en eventueel carrière heeft gemaakt, niet toekomt aan de gewezen echtgenoot. De stijging die toe te rekenen is aan het meerdere aantal dienstjaren en aan de

positieverbetering behoort toe te komen aan de pensioengerechtigde. Is het pensioen waardevast, dat wil zeggen, wordt dit aangepast aan de geldontwaarding, dan lijkt het redelijk de medegerechtigden daarin te laten delen. Ditzelfde zou men ook kunnen doen bij de zogeheten welvaartsvastheid van het pensioen, hetgeen betekent aanpassing aan toegenomen welvaart, mits deze ook genoten wordt door de pensioengerechtigde zelf. Wordt een aanpassingscriterium in de pensioenverrekening opgenomen, dan moet men ervoor waken dat dit niet tot andere resultaten leidt dan het aanpassingscriterium dat door het pensioenfonds wordt gehanteerd.

## 5. Het sluitstuk: de procedure

Het belang van een goed convenant is vooral hierin gelegen dat met relatief weinig kosten en zonder langdurige procedures, die ook emotioneel zeer belastend zijn, deugdelijke regelingen worden getroffen voor de gevolgen van de scheiding. Convenanten komen meestal vóór maar ook wel na de scheiding tot stand.

Advocaten kunnen een goede functie vervullen bij het tot stand brengen van convenanten. Het komt regelmatig voor dat scheidende echtgenoten, die tot behoorlijk overleg met elkaar in staat blijven, zich door één advocaat willen laten adviseren over de gevolgen van de scheiding en hem ook verzoeken de regelingen die hen voor ogen staan in een convenant vast te leggen. Krachtens de gedragsregels welke voor advocaten gelden is dit echter niet geoorloofd. Ook de wet geeft een bepaling die erop duidt dat behandeling door één advocaat niet veilig wordt geacht: bij het gemeenschappelijk verzoek wordt de handtekening van een andere advocaat verlangd.

Toch is het zeer wel mogelijk als advocaat voor scheidende echtgenoten op te treden, doch dan in adviserende sfeer. De blokkade die de gedragsregels opwerpen kan worden vermeden door beide echtgenoten te vragen een andere advocaat te kiezen die voor ieder van hen kan toetsen of het ontwerpconvenant in overeenstemming is met de belangen van zijn cliënt.

In het in 1971 ingevoerde nieuwe echtscheidingsrecht is voor het convenant plaats ingeruimd, wanneer men ziet op de regels die worden gegeven over alimentatie-overeenkomsten. Waar het convenant ook de boedelscheiding of vermogensrechtelijke afwikkeling bij huwelijksvoorwaarden placht te regelen, waren alimentatieafspraken een vanzelfsprekend onderdeel. Het convenant heeft impliciet uitdrukkelijk vermelding gekregen bij de regeling van de scheidingsprocedure op gemeenschappelijk verzoek. Aangezien het convenant veelal het resultaat is van goed overleg tussen de partijen en hun

raadslieden, ligt het in de regel voor de hand dat de gemeenschappelijk verzoekschrift-procedure wordt gevolgd ter verkrijging van de scheiding en niet de dagvaardingsprocedure. Het gemeenschappelijk verzoek sluit immers aan bij het gegeven dat partijen samen de gevolgen van de echtscheiding hebben geregeld en hiermee is in overeenstemming dat gezamenlijk aan de rechter wordt gevraagd de echtscheiding of scheiding van tafel en bed uit te spreken.

Het gemeenschappelijk verzoekschrift is niet populair, om voor mij volstrekt onbegrijpelijke redenen. Volgens C. van der Werff, De juridische scheidingsprocedure in cijfers, NJB 1988, blz. 325 e.v. wordt slechts in 8% van alle scheidingen de gemeenschappelijk-verzoekschriftprocedure gevolgd. Wanneer partijen samen de echtscheiding willen, en dat komt veel voor, wat ligt er meer voor de hand dan dat zij gezamenlijk een verzoekschrift bij de rechtbank indienen. Procedureel is dat heel simpel omdat het verzoekschrift door beide partijen en hun raadslieden wordt ondertekend, dit vervolgens wordt ingediend, en in veel gevallen wordt gevolgd door schriftelijke toezending van het echtscheidingsvonnis, zonder dat partijen nog behoeven te verschijnen nu de verplichte comparitie is afgeschaft. Deze procedure werkt sneller, is mogelijk iets goedkoper, en is zeker een fraaiere beëindiging van het huwelijk, dan dat de ene echtgenoot de ander voor het gerecht daagt, mede nu het huwelijk toch ook gezamenlijk is gesloten. In het wetsontwerp tot herziening van het scheidingsprocesrecht (19 242) is de mogelijkheid van het gemeenschappelijk verzoekschrift nog iets vereenvoudigd, doordat niet meer de eis wordt gesteld tot het overleggen van een voorstel met betrekking tot het gezag en de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen en het meedelen of, en zo ja hoe de vermogensrechtelijke gevolgen van de scheiding zijn geregeld (zie voor een overzicht van de veranderingen ten opzichte van het huidige recht: W. Hammerstein-Schoonderwoerd, NJB 1988 blz. 321 e.v.).

## 6. Enige conclusies

Dit laatste onderdeel van het pre-advies beoogt niet een samenvatting te geven van hetgeen hiervóór aan de orde is geweest en evenmin een opsomming van alle daarin opgenomen stellingen. Volstaan wordt met een willekeurige greep daaruit.

1. In verband met de kinderbijslag, de buitengewone lastenaftrek en de alleenstaande-oudertoeslag is het gewenst bij co-ouderschap een goede regeling te treffen omtrent het feitelijk verblijf en de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarigen.

2. Alimentatiebedragen voor kinderen dienen te worden getoetst aan het criterium voor de buitengewone lastenaftrek bij de alimentatieplichtige.
3. Het verdient aanbeveling te komen tot een zekere forfaitering van alimentatiebedragen voor kinderen, waarbij als maximum ware aan te houden het bedrag van volledige studiefinanciering.
4. De financiële lasten verbonden aan de verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen dienen te worden verdeeld over de beide ouders naar rato van hun draagkrachtruimte; aan de verzorgende ouder als zodanig komt geen „beloning” toe voor de verzorging.
5. Het verdient aanbeveling dat wettelijk een relatie wordt gelegd tussen de kinderalimentatie en de Wet op de Studiefinanciering.
6. Het verdient geen aanbeveling in convenanten afspraken op te nemen met betrekking tot de bekostiging van de studie van meerderjarige kinderen.
7. Bij het redigeren van convenanten dient terdege rekening te worden gehouden met effecten ten aanzien van de mogelijkheid dat wijzigingen op grond van de artikelen 1:401 lid 1, lid 3 en 159 lid 3 worden geremd.
8. Meer gebruik zou moeten worden gemaakt van tijdelijke afstand van een beroep op artikel 1:160 B.W. voor proefsamenwoning.
9. Bij ongelijke verdelingen van goederengemeenschappen dient men met het oog op inkomstenbelasting en premieheffing attent te zijn op vermeende afkoop van alimentatie of vermeende verrekening van pensioenrechten, en voorts rekening te houden met de mogelijke verschuldigdheid van schenkingsrecht.
10. Bij de vaststelling van alimentatiebedragen voor de gewezen echtgenote moet rekening worden gehouden met de opbouw van een oudedagsvoorziening door de alimentatiegerechtigde.
11. Als peildatum voor de samenstelling van de goederengemeenschap wordt aanbevolen het tijdstip waarop partijen gescheiden zijn gaan leven dan wel de scheidingsprocedure aanhangig wordt gemaakt.

12. Bij de bepaling van de peildatum voor de waardering van de bestanddelen van de goederengemeenschap kan rekening worden gehouden met de aard van het bestanddeel, de vatbaarheid voor waardeverandering door externe factoren en door toedoen van een der deelgenoten, in het bijzonder het gebruik.
13. Wordt de waarde aangehouden per de datum van scheiding en deling, dan kan op grond van de redelijkheid en billijkheid (een deel van) de waardestijging of daling toegerekend worden aan één der deelgenoten.
14. Het verdient aanbeveling dat bij het aanhangig maken van de scheidingsprocedure de bestanddelen van de goederengemeenschap worden geïnventariseerd en getaxeerd en dat bij de aanvang van de scheidingsprocedure afspraken worden gemaakt danwel door de rechter beslissingen worden genomen met betrekking tot (onderdelen van) de boedelscheiding.
15. Wordt uitgegaan van een peildatum na het feitelijk uiteengaan van partijen dan wel de aanvang van de scheidingsprocedure en heeft een der deelgenoten gedurende meer dan een korte tijd het exclusieve gebruik gehad van bestanddelen van de goederengemeenschap danwel vermogensbestanddelen van de andere echtgenoot, en is er geen sprake van alimentatie in natura danwel voldoening aan een verplichting uit moraal en fatsoen, dan is er in beginsel reden tot voldoening van een gebruiksvergoeding aan de gemeenschap of de andere echtgenoot, niet alleen over de periode tussen de ontbinding van de gemeenschap en de scheiding en deling, maar eventueel reeds vanaf het feitelijk uiteengaan respectievelijk de aanvang van de scheidingsprocedure.
16. In verband met de eventuele aanspraak op een vergoeding, verdient het overweging bij het feitelijk gescheiden gaan wonen de wettelijke rente aan te zeggen en formeel aanspraak te maken op een vergoeding voor het gebruik van de goederen die de ander onder zich houdt.
17. De aanwending van het gemeenschappelijk verzoekschrift voor scheidingsprocedures verdient sterk aanbeveling.

Bovenstaande stellingen vormen geen uitgewerkte voorstellen, maar zijn bedoeld als discussiestof en uitgangspunt voor nadere gedachtenbepaling.