NILG FAMILIE & RECHT 2

Koude uitsluiting

Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan

Masha Antokolskaia • Bart Breederveld • Liesbeth Hulst • Wilbert Kolkman • Frits Salomons • Leon Verstappen

BJu Boom Juridische uitgevers

Huwelijkse voorwaarden die 'koude uitsluiting' inhouden, zijn omstreden. Dat is niet vreemd, want bij scheiding kunnen zij leiden tot materiële problemen en onbillijkheden, vooral voor moeders die voor de kinderen blijven zorgen. Vergelijkbare onbillijke gevolgen doen zich voor bij scheiding van ongehuwd samenlevende partners, zeker als er – zoals meestal – niets is afgesproken over partneralimentatie. In 2008 heeft de minister van Justitie een onderzoek toegezegd naar de mogelijkheden van een wettelijke regeling in verband met deze problemen. Die toezegging heeft geleid tot dit onderzoek.
Het eerste deel van het onderzoek beschrijft de stand van het positieve recht aan de hand van wetgeving, jurisprudentie en literatuur. In het tweede, empirische, deel staan de vermogensrechtelijke problemen en onbillijkheden centraal die in koude uitsluiting gehuwden dan wel ongehuwd samenlevende partners na scheiding ondervinden. Behalve van sociaal-demografische, sociaal-economische en juridische literatuur en eigen analyse van bestaande statistische gegevens, is ook gebruik gemaakt van semi-gestructureerde interviews met advocaten en notarissen, en van expertmeetings met deskundigen. Het derde deel van het onderzoek brengt in kaart hoe in andere westerse landen – in het bijzonder Australië, Rusland, Zweden, Schotland, Slovenië en de Nederlandse Antillen – met de onderzochte problemen wordt omgegaan.
Tot slot worden de drie deelonderzoeken met elkaar verbonden in een afsluitend hoofdstuk, waarin de onderzoekers een staalkaart aan instrumenten presenteren – zowel in de sfeer van wetgeving als voorlichting – waarmee de Nederlandse overheid de onderzochte problemen zou kunnen ondervangen, althans verzachten.

De reeks **Familie & Recht** is gericht op debat tussen theorie en praktijk op het terrein van het familierecht in brede zin. Kennisuitwisseling met andere wetenschapsgebieden, zoals de sociale wetenschappen, speelt hierbij een belangrijke rol. Monografieën, proefschriften, conferentiebundels en commentaren maken deel uit van de reeks. De uitgaven zijn bestemd voor advocaten, notarissen, rechters, wetenschappers en ambtenaren van de burgerlijke stand.
De reeks **Familie & Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht** en maakt deel uit van de boekenreeks van het **Netherlands Institute for Law and Governance** (NILG). Het NILG is een samenwerkingsverband van universiteiten en andere onderzoeksinstellingen dat zich tot doel stelt onderzoek op het terrein van Law and Governance te bevorderen. Centraal staat de balans tussen publieke en private belangen in het recht en de wijze waarop de regulering van die belangen door de publieke en de private sector plaatsvindt.

ISBN 978-90-8974-406-7
9 789089 744067

NETHERLANDS INSTITUTE FOR LAW AND GOVERNANCE

KOUDE UITSLUITING

Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan

Prof. mr. M.V. Antokolskaia
Mr. B. Breederveld
Mr. J.E. Hulst M.Sc.
Prof. mr. W.D. Kolkman
Prof. mr. F.R. Salomons
Prof. mr. L.C.A. Verstappen

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

Afbeelding omslag: Luke Bakker

© 2011 WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie, auteursrecht voorbehouden. Voor deze publicatie is licentie verleend aan Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-406-7
NUR 822

www.bju.nl

Voorwoord

Op verzoek van de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie heeft het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) van hetzelfde ministerie aan ondergetekenden – als onderzoekers verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen – opdracht verleend tot het verrichten van dit onderzoek naar 'koude uitsluiting'.

Het onderzoek bevat twee hoofdvragen. Ten eerste de vraag naar de aard, omvang en oorzaken van problemen van materiële aard en onbillijkheden als gevolg van echtscheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtparen. Ten tweede de vraag naar de aard, omvang en oorzaken van de vergelijkbare problematiek bij 'scheiding' van ongehuwd samenlevende partners. Bij beide kwesties is tevens ingegaan op de vervolgvraag naar de instrumenten waarmee de overheid deze problematiek kan tegengaan.

De onderzoekers weten zich verenigd in het Netherlands Institute for Law and Governance (NILG), waarin de rechtenfaculteiten van VU en RUG participeren. De centrale onderzoekslijn van het NILG ziet op de interactie tussen de regulering van publieke belangen en de regulering van private belangen. Aangezien het onderhavige rapport onder meer raakt aan de vraag in welke mate de overheid in familierechtelijke verhoudingen dwingende regels dient te introduceren, past dit onderzoek uitstekend in de onderzoekslijn van het NILG.

De onderzoekers van de Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen zien dit project als een gezamenlijk werk, onder de gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle betrokkenen.

Dit onderzoek was niet mogelijk geweest zonder de bereidwillige medewerking van de verschillende respondenten en experts uit advocatuur, notariaat, agrarische sector, rechterlijke macht en wetenschap. Wij danken hen daarvoor hartelijk. In het bijzonder zijn wij Jan de Boer, Arie de Graaf, Suzana Kraljic, Jan Latten, Anna Singer, Maike Vredevoogd en Fran Wasoff erkentelijk voor hun bijstand. Een woord van dank richten wij eveneens aan de door de afdeling Externe Wetenschappelijke Betrekkingen van het WODC ingestelde begeleidingscommissie. De samenstelling van deze commissie is te vinden in bijlage 2.

Het behoeft geen betoog dat dit rapport bevindingen en standpunten van de onderzoekers vertolkt en niet die van de leden van de begeleidingscommissie.

Groningen/Den Haag, november 2010

Masha Antokolskaia
Bart Breederveld
Liesbeth Hulst
Wilbert Kolkman
Frits Salomons
Leon Verstappen

Inhoud

Voorwoord **5**

1 Inleiding **15**
1.1 Aanleiding en doel van het onderzoek 15
1.2 Context 16
1.2.1 Gehuwden 16
1.2.1.1 Verschijningsvormen van koude uitsluiting 16
1.2.1.2 Rechtspraktijk 17
1.2.2 Ongehuwde samenwoners 19
1.3 Probleemstelling en onderzoeksvragen 20
1.3.1 Tweeledige vraagstelling 20
1.3.2 Centrale vragen 21
1.3.3 Deelvragen 21
1.4 Onderzoeksaanpak 22
1.4.1 Inleiding 22
1.4.2 Hoofdstuk 2: wetgeving, jurisprudentie en literatuur 23
1.4.3 Hoofdstuk 3: aard, oorzaken en omvang van de problemen 23
1.4.4 Hoofdstuk 4: het rechtsvergelijkende onderzoek 24
1.4.5 Hoofdstuk 5: conclusies 25

2 Wetgeving, jurisprudentie en literatuur **27**
2.1 Inleiding 27
2.2 Gehuwden 29
2.2.1 Mogelijkheden tot bestrijding van onbillijkheden 29
2.2.1.1 Art. 1:81 BW 29
2.2.1.2 Wilsgebreken bij totstandkoming van huwelijkse voorwaarden 31
2.2.1.3 Imprévision; wijzigingsbevoegdheid van de rechter 36
2.2.1.4 Beperkende en aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid 40
2.2.1.5 Ongerechtvaardigde verrijking 45
2.2.1.6 Vermogensverschuiving tussen echtelieden; vergoedingsvorderingen 47

	2.2.1.7 Economische eigendom, maatschap of onbenoemde overeenkomst	51
	2.2.1.8 Vermogensverschuiving tussen echtelieden; natuurlijke verbintenis	53
	2.2.1.9 Omzetting natuurlijke verbintenis	55
	2.2.1.10 Vergoeding van arbeid in huishouden of onderneming	55
	2.2.1.11 Verrekening van te veel betaalde kosten van huishouding	57
	2.2.1.12 Verrekening/verevening van opgebouwde pensioenrechten	59
	2.2.1.13 Verrekenbedingen met vervaltermijn	59
	2.2.1.14 Facultatieve eenzijdige verrekenbedingen	60
2.2.2	Bekendheid met inhoud van huwelijkse voorwaarden	61
2.2.3	Korte conclusie gehuwden	61
2.3	Ongehuwd samenwonenden	63
2.3.1	Inleiding	63
2.3.2	Terminologie en definitie	64
2.3.3	Vermogensrechtelijke gevolgen; algemeen	64
2.3.4	Huwelijksvermogensrecht	65
	2.3.4.1 Analogie	65
	2.3.4.2 Onderhoudsverplichtingen tussen samenwoners	66
	2.3.4.3 Gemeenschap van goederen, reallocatie	67
2.3.5	Algemeen vermogensrecht	71
	2.3.5.1 Inleiding	71
	2.3.5.2 Impliciete verrekenafspraken	72
	2.3.5.3 Ongerechtvaardigde verrijking	73
2.3.6	Rechtspersonenrecht	74
2.3.7	Erfrecht	74
	2.3.7.1 Erfrecht bij versterf	75
	2.3.7.2 Dwingende erfrechtelijke aanspraken	75
	2.3.7.3 Verblijvensbedingen en testamenten	76
2.3.8	Europese invloed	77
2.3.9	Korte conclusie ongehuwde samenwoners	78
3	**Aard, oorzaken en omvang van de problemen**	**81**
3.1	Wat in dit hoofdstuk aan de orde komt	81
3.2	Literatuuronderzoek: doel, methode en afbakening	82
3.3	Aanvullend onderzoek onder advocaten en notarissen	84
3.3.1	Interviews	84
3.3.2	Expertmeetings	85
3.3.3	Methodologische beperkingen	86

3.4 Vermogensrechtelijke problemen na scheiding algemeen 87
3.4.1 Inleiding 87
3.4.2 Oorzaak van de problemen en achterstanden 88
3.4.3 Aard en ernst van de problemen en achterstanden 89
3.4.3.1 Achteruitgang in woonkwaliteit 90
3.4.3.2 Daling van koopkracht 90
3.4.3.3 Lage inkomsten 91
3.4.3.4 Grote kans op langdurige armoede 91
3.4.4 De omvang van de probleemgroep: een eerste schatting 92
3.4.5 Tussenconclusies 93
3.4.5.1 Probleemgroep: vrouwen met kinderen 93
3.4.5.2 Problemen ondanks de compenserende werking van huwelijksgoederen- en alimentatiestelsel 93
3.4.5.3 Aard en omvang van de problemen 93
3.5 Aard en oorzaken van vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners 94
3.5.1 Inleiding 94
3.5.2 Sociaal-demografische kenmerken van echtgenoten die in koude uitsluiting zijn gehuwd 94
3.5.3 Tussenconclusie: aard en oorzaken van de problemen bij in koude uitsluiting gehuwde partners 98
3.6 De omvang van de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners 98
3.7 Aard en oorzaken van vermogensrechtelijke problemen na scheiding van ongehuwd samenlevende partners 104
3.7.1 Inleiding 104
3.7.2 Opkomst ongehuwde samenleving 104
3.7.3 Motieven om niet te trouwen 105
3.7.4 Vermogensrechtelijke situatie. Samenlevingsovereenkomst 107
3.7.5 Sociaal-demografische kenmerken 108
3.7.6 Samenstelling populatie: drie verschillende groepen ongehuwd samenlevende partners 108
3.7.6.1 Eerste groep: samenleving als ‘proefhuwelijk’ 108
3.7.6.2 Tweede groep: samenleving als alternatief voor het huwelijk 109
3.7.6.3 Derde groep: samenleving als ‘nahuwelijk’ 111
3.7.7 Probleemgroep: ‘definitief’ ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen 111
3.8 De omvang van de groep van ongehuwd samengeleefd hebbende partners met vermogensrechtelijke problemen 113

3.8.1 Eerste stap: omvang van de groep ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen 113
3.8.2 Tweede stap: omvang van de groep na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen met kinderen 114
3.8.3 Derde stap: omvang van de groep na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen met kinderen die met vermogensrechtelijke problemen kampen 117
3.9 Bevindingen uit de interviews en de expertmeetings 118
3.9.1 Bevindingen met betrekking tot in koude uitsluiting gehuwde partners 119
3.9.1.1 Motieven van partners met betrekking tot de keuze voor koude uitsluiting 119
3.9.1.2 Gevolgen bij scheiding en de omvang van eventuele financiële problemen en gevoelens van onbillijkheid 124
3.9.1.3 In hoeverre voor de problemen en onbillijkheden in de praktijk oplossingen worden gevonden 127
3.9.1.4 Mogelijke instrumenten voor de wetgever 129
3.9.2 Bevindingen met betrekking tot ongehuwd samenlevende partners 131
3.9.2.1 Motieven van partners met betrekking tot het al dan niet aangaan van een samenlevingsovereenkomst en de inhoud daarvan 131
3.9.2.2 Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners 143
3.9.2.3 Gevolgen bij scheiding; de omvang van eventuele materiële problemen en gevoelens van onbillijkheid 144
3.9.2.4 In hoeverre voor de problemen in de praktijk oplossingen worden gevonden 150
3.9.2.5 Obstakels voor oplossingen 152
3.9.2.6 Wenselijkheid van een wettelijke regeling? 153
3.10 Samenvatting van dit hoofdstuk 154
3.10.1 Aard, oorzaken en omvang van de problemen 154
3.10.2 In koude uitsluiting gehuwde partners 154
3.10.3 Ongehuwd samenlevende partners 158
3.10.4 Beantwoording van de empirische onderzoeksvragen 162

4 Het rechtsvergelijkende onderzoek 167
4.1 Inleiding 167
4.1.1 Doel van het onderzoek en onderzoeksvragen 167
4.2 Oplossingen voor de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners: een rechtsvergelijkend perspectief 168

4.2.1 Quickscan van westerse landen 168
4.2.1.1 Onderzochte landen 168
4.2.1.2 Korte historische noot 169
4.2.1.3 De huidige stand van zaken 171
4.2.1.4 Matiging van de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting 175
4.2.1.5 Vergelijking 186
4.2.1.6 Selectie van landen voor het nader onderzoek 187
4.2.2 Nader onderzoek naar geselecteerde landen: Nederlandse Antillen, Australië, Rusland en Zweden 188
4.2.2.1 Nederlandse Antillen 188
4.2.2.2 Australië 193
4.2.2.3 Rusland 201
4.2.2.4 Zweden 211
4.2.3 Samenvattende conclusies 225
4.2.3.1 Algemene trend: toenadering tussen *common law* en continentale stelsels 225
4.2.3.2 Instrumenten voor onbillijke gevolgen van koude uitsluiting 226
4.3 Oplossingen voor de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van ongehuwd samenwonende partners: een rechtsvergelijkend perspectief 229
4.3.1 Quickscan van westerse landen 229
4.3.1.1 Onderzochte landen 229
4.3.1.2 Korte algemene opmerkingen 229
4.3.1.3 Landen met een regeling voor de vermogensrechtelijke verhoudingen van ongeregistreerd ongehuwd samenlevende partners 230
4.3.1.4 Vergelijking 243
4.3.1.5 Selectie van landen voor nader onderzoek 246
4.3.2 Nader onderzoek naar de geselecteerde landen: Nederlandse Antillen, Schotland, Slovenië en Zweden 247
4.3.2.1 Nederlandse Antillen 247
4.3.2.2 Schotland 258
4.3.2.3 Slovenië 270
4.3.2.4 Zweden 279
4.3.3 Samenvattende conclusies 288
4.3.3.1 Algemene trend: steeds meer landen regelen ongehuwd samenwonen 288
4.3.3.2 Interessante instrumenten voor vermogensrechtelijke problemen 289

5 Conclusies en slotbeschouwingen 295
5.1 Inleiding 295
5.2 De problematiek 296
5.2.1 Aard, oorzaken en omvang van de problemen 296
5.2.2 In koude uitsluiting gehuwde partners 297
5.2.2.1 Nadere bevindingen uit interviews en tweede expertmeeting 298
5.2.3 Ongehuwd samenlevende partners 299
5.2.3.1 Nadere bevindingen uit interviews en eerste expertmeeting 301
5.2.4 Beantwoording van de empirische onderzoeksvragen 303
5.3 'Instrumenten' met betrekking tot gehuwden 306
5.3.1 Inleiding 306
5.3.2 Ontoereikendheid huidige instrumenten 306
5.3.3 Voorlichting door notaris 311
5.3.3.1 Goede *Belehrung* is essentieel 311
5.3.3.2 Afzonderlijke voorlichting? 313
5.3.4 Som ineens, rechterlijke wijzigingsbevoegdheid en 'reallocatie' 315
5.3.4.1 Som ineens voor de 'koud uitgesloten' echtgenoot 315
5.3.4.2 Wijzigingsbevoegdheid rechter 318
5.3.4.3 'Reallocatie', in het bijzonder van de woning 319
5.3.4.4 Conclusies over som ineens, wijzigingsbevoegdheid en 'reallocatie' 320
5.3.5 Overige praktijkoplossingen 323
5.3.6 Slotconclusies 324
5.4 'Instrumenten' met betrekking tot ongehuwde samenwoners 325
5.4.1 Wenselijkheid van ingrijpen? 325
5.4.2 Afbakening 327
5.4.3 Het samenlevingscontract 330
5.4.4 Partneralimentatie 331
5.4.5 Verplichte verrekening inkomsten of opgebouwd vermogen 333
5.4.6 Bijzondere bescherming woning 334
5.4.7 Opting out 335
5.4.8 Processuele gelijkstelling 337
5.4.9 Overige praktijkoplossingen 338
5.4.10 Slotconclusies 338

Samenvatting 341
Summary 351
Literatuur 361
Jurisprudentie 387

Bijlagen **391**
Bijlage 1. De onderzoekers **392**
Bijlage 2. Samenstelling begeleidingscommissie **393**
Bijlage 3. Vragenlijsten en interviewschema's **394**
Bijlage 4. Stellingen voor de expertmeetings **425**

1 Inleiding

1.1 Aanleiding en doel van het onderzoek

De Minister van Justitie heeft op 11 september 2008 aan de Tweede Kamer toegezegd een onderzoek in te stellen naar de mogelijkheden van een aanvullende wettelijke regeling met betrekking tot 'koude uitsluiting'. Hij doelde daarmee – kort gezegd – op huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden waarbij iedere vorm van gemeenschap of verrekening is uitgesloten. De Minister deed zijn toezegging naar aanleiding van een tweetal moties van de Tweede Kamerleden Anker, Timmer en De Wit, waarin werd verzocht een wettelijke regeling te treffen ter voorkoming van onbillijke gevolgen van koude uitsluiting bij gehuwden, alsmede van dergelijke gevolgen bij het verbreken van een langdurige duurzame relatie door ongehuwden.[1]

Met een wetswijziging wordt gewacht totdat er meer bekend is over de noodzaak van regelgeving op basis van de resultaten van het in te stellen onderzoek. Op 25 mei 2009 heeft het Ministerie van Justitie een expertmeeting georganiseerd om te inventariseren welke vragen in het onderzoek zouden moeten worden beantwoord.

Het doel van het onderzoek is inzicht te genereren in de tweeledige problematiek van de koude uitsluiting en haar mogelijke oplossingen. Het onderzoek concentreert zich op de materiële problemen en op de onbillijkheden die kunnen ontstaan bij de beëindiging van formele dan wel informele relaties. Dat wil zeggen dat wij onze blik richten op gescheiden echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd (formele relatie) en op 'gescheiden' ongehuwden (informele relatie) die ofwel geen ofwel een weinig vergaande samenlevingsovereenkomst

[1] Kamerstukken II, 2007-2008, 28 867, nr. 20 en 21. De moties zijn ingediend bij de behandeling van het op 7 mei 2003 ingediende voorstel van wet tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen) (28 867). De Kamerleden hebben de moties naar aanleiding van de toezegging van de minister ingetrokken.

hebben gesloten.[2] De reikwijdte van dit rapport is derhalve minder ruim dan het gehele relatievermogensrecht.

1.2 Context

1.2.1 Gehuwden

Wanneer een huwelijk wordt gesloten, bestaat tussen de echtgenoten een algehele gemeenschap van goederen, voor zover daarvan niet bij huwelijkse voorwaarden is afgeweken. Behoudens enkele in de wet vermelde uitzonderingen staat het partijen vrij om bij huwelijkse voorwaarden af te wijken van de algehele gemeenschap van goederen. In de praktijk wordt veelvuldig gebruik gemaakt van het verrekenbeding, veelal in de vorm van een combinatie van periodieke en finale verrekening. Dit impliceert mede de uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. Ook komt het voor dat echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden iedere gemeenschap van goederen hebben uitgesloten, zonder enige verrekening van inkomen of vermogen. Men spreekt in dat geval wel van 'koude uitsluiting'.
Bij de mondelinge behandeling van wetsvoorstel 28 867 tot aanpassing van de gemeenschap van goederen is de al vermelde motie ingediend ter bestrijding van onbillijkheden als gevolg van koude uitsluiting.[3] Volgens de indieners zou koude uitsluiting bij beëindiging van het huwelijk onbillijk zijn voor de niet-beroepsactieve echtgenoot die niet in geld, maar wel in arbeid een bijdrage heeft geleverd aan de opbouw van het vermogen binnen het huwelijk.

1.2.1.1 Verschijningsvormen van koude uitsluiting

Koude uitsluiting kan zich in verschillende gedaanten voordoen. Het meest evident is koude uitsluiting in geval sprake is van huwelijkse voorwaarden zonder enige verrekening van inkomen of vermogen, terwijl elke gemeenschap van goederen is uitgesloten. Maar er zijn ook andere huwelijkse voorwaarden, die wij, gelet op hun gelijkenis met de in de vorige zin omschreven 'zuivere' koude uitsluiting, in het kader van dit rapport daarmee gelijkstellen:[4]

---

[2] In dit rapport doelen wij met 'huwelijk', 'echtgenoten' en 'huwelijkse voorwaarden' steeds mede op 'geregistreerd partnerschap', 'geregistreerde partners' resp. 'partnerschapsvoorwaarden', tenzij anders aangegeven.

[3] Kamerstukken II, 2007-2008, 28 867, nr. 20.

[4] Illustratief over deze problematiek: F.W.J.M. Schols, 'Er was eens... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren', *WPNR* 6860 (2010), p. 754-759, die aan de kaak stelt dat veel (vooral 'koudere') huwelijkse voorwaarden zich niet richten op de echtscheiding. De huwelijkse voorwaarden bevatten weliswaar uitgebreide regelingen over bijvoorbeeld de kosten van de huishouding en over het inkomstenbegrip (de schaapskle-

1. Huwelijkse voorwaarden waarbij finaal wordt verrekend alleen in geval van overlijden.
2. Huwelijkse voorwaarden met een zogenaamd facultatief verrekenbeding met vetorecht, inhoudende dat verrekening alleen plaatsvindt als beide echtelieden het willen.
3. Huwelijkse voorwaarden met een periodiek (Amsterdams) verrekenbeding, waarbij aan het verrekenbeding een vervaltermijn is gekoppeld in de zin dat recht op verrekening komt te vervallen indien niet binnen een bepaalde termijn na het desbetreffende jaar is verrekend,[5] al dan niet gecombineerd met een finaal verrekenbeding dat enkel in geval van overlijden werkt.

Motieven voor de keuze voor koude uitsluiting kunnen gelegen zijn in het verlangen vermogensrechtelijk onafhankelijk van elkaar te zijn, de bescherming van de vermogens tegen elkaars crediteuren en de beveiliging van het eigen vermogen met het oog op een eventuele echtscheiding (bijvoorbeeld bij een tweede huwelijk).

1.2.1.2 Rechtspraktijk

Uit een periodiek gehouden onderzoek naar huwelijkse voorwaarden in Nederland zijn de in tabel 1 vermelde kwantitatieve gegevens over koude uitsluiting bekend.

Tabel 1

Jaar	Huwelijken[6]	Akten	Percentage
1916	46 770	2 113	4,52
1930	62 904	3 732	5,93
1954	88 103	6 960	7,90
1960	89 100	6 737	7,56
1970	123 631	12 951	10,48
1975	100 081	13 096	13,09
1980	90 182	13 478	14,95
1985	82 747	16 792	20,29
1990	95 649	21 920	22,92

ren), maar zij verhullen daarmee dat er in veel gevallen weinig tot niets geregeld is (de wolf) met het oog op de echtscheiding.

5 Op grond van rechtspraak is in veel gevallen een beroep op het vervalbeding niet mogelijk, waardoor deze categorie koude uitsluiting in feite alleen echt relevant is wanneer een een echtgenoot stelt en bewijst dat het wel redelijk is op het vervalbeding een beroep te doen. Zie ook paragraaf 2.2.1.13.

6 Vanaf 1998 zijn ook de geregistreerde partnerschappen meegerekend bij de huwelijken.

Jaar	Huwelijken[6]	Akten	Percentage
1994	82 982	23 384	28,18
1995	81 469	21 978	29,01 (26,98)
1997	85 059	26 014	30,58
1998	86 956 + 4 626 = 91 582	28 111	30,69
1999	89 428 + 3 257 = 92 685	27 563	29,74
2000	88 074 + 2 922 = 90 996	26 780	29,43
2001	82 091 + 3 377 = 85 468	23 687	27,71
2002	85 808 + 8 321 = 94 129	24 709	26,25
2003	80 427 + 9 973 = 90 400	22 829	25,25

Bron: M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 6648 (2005).

Over de aard van de gemaakte huwelijkse voorwaarden zijn op grond van hetzelfde onderzoek voorts de in tabel 2 vermelde gegevens bekend.

Tabel 2

Jaar	Koude uitsluiting	Vruchten en inkomsten	Winst en verlies	Wettelijk deelgenoot-schap	Verreken-beding
1902	53,0	10,0	33,0	-	-
1916	61,0	15,0	22,0	-	-
1930	72,8	15,3	10,5	-	-
1957-1961	72,6	9,9	2,7	5,6	-
1970	61,2	7,6	1,4	4,6	14,5
1975	48,4	2,6	0,8	2,5	34,8
1980	27,3	1,4	0,4	2,8	62,4
1985	22,1	0,3	0,1	2,2	70,0
1990	20,1	0,1	0,1	0,8	66,0
1994	14,7	0,1	0,0	0,6	73,0
1995	13,3	0,1	0,0	0,6	73,5
1996	13,5	0,2	0,1	0,7	72,7

Bron: M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 6648 (2005).

En over de jaren na 1996 zijn de in tabel 3 vermelde gegevens bekend.

Tabel 3

Jaar	Koude uitsluiting	Verreken-beding	Beperkte gemeenschap	Overig
1997	3,8	74,2	17,6	4,4
1998	6,0	71,7	18,0	4,3
1999	9,8	63,4	22,9	3,9
2000	3,9	71,5	19,8	4,8

Jaar	Koude uitsluiting	Verreken-beding	Beperkte gemeenschap	Overig
2001	7,2	67,3	22,1	3,4
2002	5,7	66,7	22,4	5,2
2003	6,3	66,6	18,3	7,8

Bron: M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 6648 (2005).

Uit deze cijfers is duidelijk waarneembaar dat het aantal huwelijkse voorwaarden sedert de jaren vlak na de Tweede Wereldoorlog is gestegen tot ongeveer 25-30%. Waar koude uitsluiting in de jaren vijftig en zestig nog in circa 72% van het aantal huwelijkse voorwaarden voorkwam, daalde dit percentage vooral in de jaren zeventig en tachtig fors tot 6,3 % in 2003. Het absolute aandeel van koude uitsluiting beliep in 1970 circa 7900 akten en in 2003 circa 1400 akten.

1.2.2 Ongehuwde samenwoners

In Nederland wonen op dit moment circa 835 000 ongehuwd samenwonende paren, dat wil zeggen dat ongeveer een op de vijf paren tot deze categorie behoort. Dit aantal neemt toe: naar verwachting zal in Nederland vóór 2050 een op de drie paren ongehuwd samenwonen. Ons huidige civiele recht verbindt, op enkele geringe uitzonderingen na, geen vermogensrechtelijke gevolgen aan de feitelijke gedraging inhoudende samenwonen.

Het ontbreken van de compenserende werking van het wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatierecht wordt gedeeltelijk gecorrigeerd door de mogelijkheid in een samenlevingsovereenkomst bepalingen met betrekking tot verdeling, verrekening en partneralimentatie op te nemen. Ruim de helft van alle ongehuwde paren regelt de vermogensrechtelijke gevolgen van hun relatie door middel van een notarieel samenlevingscontract. De inhoud daarvan gaat in veel gevallen echter niet veel verder dan afspraken in het kader van kosten van de huishouding, van pensioenaanspraken en van verblijving van gezamenlijke goederen. Kwantitatieve gegevens zoals hierboven weergegeven over huwelijkse voorwaarden, zijn over samenlevingsovereenkomsten niet voorhanden.

Op de keper beschouwd bestaat er derhalve voor talrijke samenwoners een situatie die grotendeels overeenkomt met de koude uitsluiting bij gehuwden. Dit heeft het Tweede Kamerlid De Wit ertoe gebracht een motie in te dienen met het oog op de mogelijke onbillijke gevolgen die dit met zich brengt.[7] De motie steunt op de gedachte dat het verbreken van een langdurige duurzame relatie door mensen die niet gehuwd waren, noch een samenlevingscontract hebben

[7] Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 28 867, nr. 21.

gesloten waarin een adequate regeling is opgenomen met het oog op de 'scheiding', tot onrechtvaardige situaties kan leiden. Het vermogen en de inkomsten die door gezamenlijke inspanningen zijn gegenereerd behoeven immers niet verdeeld te worden. Bekend is dat er landen in Europa zijn, zoals Hongarije en Zweden, waarin men wel een voorziening heeft getroffen voor dergelijke situaties. In de motie wordt voorts overwogen dat het treffen van een voorziening voor ongehuwden die een duurzame relatie verbreken, de gelijkstelling tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden bevordert, en ook recht doet aan de positie van de economisch zwakkere partij.
De Minister heeft, zoals reeds opgemerkt, toegezegd ook de wenselijkheid te verkennen van een vermogensrechtelijke regeling van de verbreking van een langdurige duurzame relatie door ongehuwde samenwoners.
Parallel aan deze ontwikkelingen loopt een voornemen voor een initiatiefwetsvoorstel van het toenmalig Kamerlid Timmer over partneralimentatie, waarbij ook de alimentatie bij scheiding van ongehuwd samenwonende ouders ter sprake is gekomen. Ten behoeve van dit wetsvoorstel is een expertmeeting georganiseerd waarbij de vraag naar voren kwam of er werkelijk een probleem bestaat dat wetgeving verdient. In dit verband stelde men de vraag naar de grootte van deze groep 'gescheiden' ongehuwde samenwoners en de ernst en oorzaak van de problematiek. Aangezien deze vragen raken aan de onderhavige problematiek zullen zij in het onderhavige onderzoek worden meegenomen.

1.3 Probleemstelling en onderzoeksvragen

1.3.1 Tweeledige vraagstelling

Uitgangspunt van onze opdrachtgever is dat het in dit onderzoek uiteindelijk gaat om het aantal gevallen waarin partners uit elkaar gaan en één van hen in problemen raakt van financiële, althans materiële aard (hierna ook wel aangeduid als 'vermogensrechtelijke problemen') dan wel met onbillijkheden wordt geconfronteerd. Voorts is in het onderzoek telkens een tweedeling zichtbaar van – kortweg – gehuwden en ongehuwd samenwonenden. De vragen die zich ten aanzien van deze twee groepen aandienen, luiden echter in de meeste gevallen nagenoeg gelijk.
Het onderzoek concentreert zich in de eerste plaats op de vaststelling van de aard en oorzaken van de materiële problemen die in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten na scheiding ondervinden, alsmede op de omvang van de groep die met deze problemen te maken heeft. Voorts onderzoeken wij de aard en oorzaken van de materiële problemen die ongehuwd samenlevende partners na verbreking van de relatie ondervinden, en de omvang van die groep.
Los van eventuele materiële problemen die zich bij de twee scheidingsvormen kunnen voordoen, kan koude uitsluiting ook leiden tot als onbillijk ervaren

vermogensverhoudingen, zonder dat daarbij sprake hoeft te zijn van financiële nood. Het gaat dan om situaties waarin een van de partners – veelal de vrouw – zich vaak langdurig heeft ingespannen in de gezamenlijke huishouding of in de onderneming van de andere partner, en de economische vruchten van die inspanningen als gevolg van de koude uitsluiting eenzijdig bij die ander zijn terechtgekomen.
Hoewel deze als onbillijk ervaren vermogensverhoudingen op zichzelf ook zouden kunnen worden aangeduid als 'vermogensrechtelijke problemen', doelen wij met die laatste term in het navolgende in beginsel alleen op de hierboven omschreven *materiële* problemen. Overigens doelen wij met 'vermogensrechtelijke problemen' niet alleen op (materiële) problemen als gevolg van het vermogensrechtelijke regime tijdens de verbroken relatie, maar ook – terminologisch wellicht niet geheel zuiver – op (evenzeer materiële) problemen in de sfeer van levensonderhoud.
Waar wij in het navolgende zowel naar de materiële problemen willen verwijzen als naar de hiervoor bedoelde onbillijkheden, spreken wij ook wel in algemene zin over de 'negatieve gevolgen' van koude uitsluiting.

1.3.2 Centrale vragen

Gelet op de vorige paragraaf kent dit onderzoek twee centrale vragen:

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

1.3.3 Deelvragen

Als nadere uitwerking van de centrale vragen komen – mede als uitvloeisel van de op p. 15 bedoelde expertmeeting – de volgende deelvragen naar voren:

1. Hoe groot is de problematiek van de koude uitsluiting bij gehuwde partners, met of zonder kinderen? Met andere woorden, hoe groot is de groep waar het om gaat, hoe ernstig is de problematiek en waardoor wordt deze veroorzaakt?
2. Dezelfde vraag als hiervoor, maar dan ten aanzien van ongehuwd samenwonende paren.
3. Welke mogelijkheden kent het Nederlandse recht thans om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de formele en de informele relatie te ondervangen, en worden deze al met succes toegepast?
4. Welke regelingen kennen landen waarvan bekend is dat nadere regelgeving op dit punt geldt? Tot welke ervaringen heeft dergelijke regelgeving geleid?

5. Wat is de rechtvaardiging van mogelijk ingrijpen door de wetgever in afspraken die partners hebben gemaakt in huwelijkse voorwaarden of een samenlevingscontract, c.q. van het bieden van een wettelijke regeling aan samenwoners die kennelijk niets zijn overeengekomen?
6. Welke rol speelt de contractsvrijheid bij een mogelijk ingrijpen van de wetgever?
7. Ten aanzien van mogelijke instrumenten die een onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de al dan niet formele relatie tegengaan, wordt het volgende onderzocht.
    a. Wat de aard van een wettelijke regeling zou moeten zijn, die onbillijkheden in huwelijksvermogensregimes tracht te ondervangen: dwingend of regelend recht of gradaties daar tussenin.
    b. Welk gewicht dient te worden toegekend aan de (benutting van de) verdiencapaciteit van betrokkenen bij aanvang van de relatie.
    c. Wat de voor- en nadelen zijn van een regeling die een verrekenplicht inhoudt.
    d. Wat de voor- en nadelen zijn van een alimentatieregeling, eventueel alleen in geval van de zorg voor één of meer kinderen tot een bepaalde leeftijd.
    e. Welke gevolgen de diverse mogelijke regelingen hebben voor de rechtszekerheid, mate van geschilvorming en belasting van de rechterlijke macht.
8. Welke andere mogelijkheden zijn er om de onbillijkheden te ondervangen (voorlichting etc.)?

1.4 Onderzoeksaanpak

1.4.1 Inleiding

Dit rapport bestaat uit vijf hoofdstukken. Gepoogd is deze hoofdstukken zelfstandig leesbaar te maken (de literatuurlijsten achterin dit rapport zijn om die reden per hoofdstuk weergegeven). Daardoor komt soms enige overlap voor: daar waar in het afsluitende hoofdstuk 5 bouwstenen gebruikt zijn uit eerdere delen, is daarnaar niet steeds slechts verwezen, maar is de desbetreffende materie nogmaals (verkort) weergegeven. Dit heeft de omvang van het rapport enigszins vergroot, maar dient naar onze overtuiging in belangrijke mate het gemak van de lezer.

In hoofdstuk 2 wordt uiteengezet hoe het positieve recht thans met de beide vormen van ‘koude uitsluiting’ omgaat. Hoofdstuk 3 is de weergave van het empirische onderzoek naar de aard, oorzaken en omvang van de problematiek. Vervolgens is in hoofdstuk 4 plaats voor rechtsvergelijking. Tot slot worden de

drie hoofdstukken met elkaar verbonden in hoofdstuk 5, dat conclusies, suggesties en slotbeschouwingen bevat.

1.4.2 Hoofdstuk 2: wetgeving, jurisprudentie en literatuur

Het tweede hoofdstuk zet de 'huidige stand van zaken' ten aanzien van koude uitsluiting uiteen. Bezien wordt welke mogelijkheden het Nederlandse recht thans kent om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de huwelijkse en de niet-huwelijkse relatie te ondervangen, en de mate waarin die mogelijkheden al dan niet met succes worden toegepast.
Het hoofdstuk is beschrijvend van aard en richt zich op het bestaande recht en de bestaande rechtspraktijk. Wetgeving, jurisprudentie en literatuur worden geïntegreerd behandeld per mogelijke rechtsgrond. Aan bod komen onder meer art. 1:81 BW, wilsgebreken bij de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden, imprévision en de wijzigingsbevoegdheid van de rechter, beperkende en aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, ongerechtvaardigde verrijking, vermogensverschuivingen en vergoedingsvorderingen, natuurlijke verbintenis, vergoeding van verrichte arbeid in huishouden of onderneming, en verevening van pensioenrechten. Een aantal van deze rechtsfiguren uit dit inventariserende hoofdstuk komt terug in het concluderende hoofdstuk 5.

1.4.3 Hoofdstuk 3: aard, oorzaken en omvang van de problemen

In hoofdstuk 3, het empirische deel van het onderzoek, staan vooral de vermogensrechtelijke problemen centraal die in koude uitsluiting gehuwde partners en ongehuwd samenlevende partners na scheiding ondervinden. Daarnaast hebben wij onderzoek – zij het niet van kwantitatieve aard[8] – verricht naar de onbillijkheden die deze partners na scheiding ondervinden. Wij hebben gebruik gemaakt van onderzoek in de sociaal-demografische, sociaal-economische en juridische literatuur, van analyse van bestaande statistische gegevens, van semi-gestructureerde diepte-interviews met advocaten en notarissen, en tot slot van expertmeetings met deskundigen.
Voor het vaststellen van de aard en de oorzaken van de problemen zijn eerst de beschikbare gegevens in kaart gebracht over de vermogensrechtelijke c.q. alimentatierechtelijke problemen van gescheiden partners uit formele relaties en informele relaties. Vervolgens zijn deze algemene problemen geëxtrapoleerd naar de doelgroep van dit onderzoek: gescheiden ex-echtgenoten die in koude

[8] De groep gescheiden partners die dergelijke onbillijkheden ervaren, leent zich in verband met de subjectieve aspecten daarvan binnen het bestek van dit onderzoek niet goed voor voor kwantitatieve analyse. De onbillijkheden komen wel aan de orde in ons kwalitatieve onderzoek door middel van interviews en expertmeetings.

uitsluiting waren gehuwd en gescheiden ex-samenlevers zonder afspraken over verrekening of alimentatie.
Het vaststellen van de omvang van de problematiek is voor beide groepen geschied door een beredeneerde schatting. Door beperkingen in het beschikbare cijfermateriaal leidt deze schatting slechts tot globale uitkomsten.
Wij hebben gerichte interviews afgenomen met zes notarissen en acht advocaten, gespecialiseerd in het familierecht, door ons geselecteerd op basis van een vragenlijst naar hun ervaring met de in het onderzoek aan de orde zijnde materie. In juni 2010 hebben wij vervolgens twee expertmeetings gehouden, waar wij onze bevindingen hebben besproken en aanvullende informatie en ideeën hebben vergaard. Aan de expertmeeting over ongehuwde samenlevers is deelgenomen door één rechter, vier notarissen en zeven advocaten; aan de expertmeeting over in koude uitsluiting gehuwden is deelgenomen door één rechter, drie notarissen en zeven advocaten.

1.4.4 Hoofdstuk 4: het rechtsvergelijkende onderzoek

Het doel van het rechtsvergelijkende onderzoek is vast te stellen op welke wijze in de regelgeving van andere westers landen is getracht de negatieve gevolgen te ondervangen van – in de eerste plaats – koude uitsluiting voor gehuwde paren en – in de tweede plaats – van vergelijkbare gevolgen, alsmede het ontbreken van alimentatieaanspraken, bij ongehuwd samenwonende paren.
De oplossing van de problemen veroorzaakt door koude uitsluiting bij gehuwden wordt elders vooral gezocht in betere voorlichting vooraf en een eventuele billijkheidcorrectie achteraf. De remedie voor ongehuwd samenlevende paren wordt gezocht in een aparte (beperkte) wettelijke regeling , of in de toepassing van de algemene wettelijke regels betreffende gehuwden. Daarbij is het niet zo dat landen die interessante instrumenten hebben ontwikkeld met betrekking tot gehuwde paren, dat ook hebben voor ongehuwde paren, of omgekeerd. Om die reden bestaat het rechtsvergelijkend onderzoek uit twee delen: het eerste deel behelst een onderzoek naar landen die interessante oplossingen bieden voor de vermogensrechtelijke problemen van in koude uitsluiting gehuwde paren, het tweede deel concentreert zich op landen met interessante oplossingen voor vermogensrechtelijke problemen van ongehuwde samenwoners.
Elk onderzoeksdeel is in twee fasen uitgevoerd. De eerste fase is een quickscan, waarin een inventarisatie is gemaakt van landen die interessante regelingen kennen voor koude uitsluiting (in het kader van het eerste deel) of voor ongehuwd samenwonende paren (in het kader van het tweede deel). Het doel van deze inventarisatie is het identificeren van landen die voor nader onderzoek in aanmerking komen. De tweede fase betreft een nader, uitgebreider onderzoek naar de op grond van de quickscan geselecteerde landen, waarbij het per categorie om vier landen gaat. Dit zijn slechts deels dezelfde landen. Op basis

van de quickscan en het uitgebreidere onderzoek wordt een selectie gemaakt van voor de Nederlandse overheid mogelijk bruikbare instrumenten.
Het onderzoek is uitgevoerd door middel van literatuurstudie. Hier en daar werd aanvullende informatie verkregen door schriftelijke vragen aan gerenommeerde experts op het gebied van familierecht in de desbetreffende landen.

1.4.5 Hoofdstuk 5: conclusies

In dit hoofdstuk worden de bevindingen van de vorige hoofdstukken in samenvattende vorm bij elkaar gebracht, tezamen met de door ons getrokken conclusies. De in de vorige hoofdstukken uitgezette lijnen worden met andere woorden in dit hoofdstuk aan elkaar geknoopt.
In het kader van dit finale hoofdstuk is een derde expertmeeting georganiseerd. Zij vond plaats op 7 september 2010 te Amsterdam. Hierin is aan de deelnemers aan de hand van stellingen gevraagd te reageren op mogelijke instrumenten (zoals die naar voren kwamen uit het onderzoek tot dan toe) voor zowel de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners als van ongehuwd samenlevende partners. Aan deze derde expertmeeting namen deel vier vertegenwoordigers van het notariaat, drie (juridische) wetenschappers, een rechter, een advocaat en – in verband met de bijzondere belangstelling voor de onderhavige materie in de agrarische sector – twee vertegenwoordigers van LTO Nederland.
De beslissing om over te gaan tot wetgeving en het vaststellen van de inhoud daarvan is uiteraard voorbehouden aan de wetgever. Wij kunnen slechts aan de hand van onze bevindingen aangeven of er een zekere noodzaak bestaat tot ingrijpen door de wetgever om onbillijkheden bij ongehuwde samenwoners en bij in koude uitsluiting gehuwden te bestrijden en zo ja, waaruit eventuele maatregelen kunnen bestaan in de context van ons rechtssysteem.
Bij de in koude uitsluiting gehuwden is gekeken naar de mogelijke ontoereikendheid van de huidige juridische instrumenten, naar de voorlichting door de notaris bij het sluiten van de huwelijkse voorwaarden, naar de ‘som ineens’ ter vergoeding van verrichte arbeid, naar de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid van de huwelijkse voorwaarden, en tot slot naar rechterlijke ‘reallocatie’.
Bij de ongehuwden komt aan bod de vraag van afbakening van deze groep, de inhoud van samenlevingscontracten, de partneralimentatie, de verrekening van inkomsten of opgebouwd vermogen, en de bijzondere bescherming van de woning. Ook wordt bezien of de mogelijkheid van *opting out* voor de hand ligt, evenals of een processuele gelijkstelling tussen samenwoners en gehuwden aanbevelenswaardig is.

2 Wetgeving, jurisprudentie en literatuur

2.1 Inleiding

In dit onderdeel staan de volgende vragen centraal:

1. Welke mogelijkheden kent het Nederlandse recht thans om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie te ondervangen?
2. Wat zijn de commentaren hierop vanuit rechtspraktijk en -wetenschap?
3. In welke mate worden die mogelijkheden al dan niet met succes toegepast?

Deze drie vragen zijn beschrijvend van aard en richten zich op het bestaande recht en de bestaande rechtspraktijk. In dit onderzoek naar de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt, worden wetgeving, jurisprudentie[1] en literatuur geïntegreerd behandeld per mogelijke rechtsgrond. In hoofdstuk 5 komen enkele van deze rechtsgronden terug in de slotbeschouwingen.
De beantwoording van de gestelde onderzoeksvragen moet gezien worden tegen het licht van de maatschappelijke veranderingen rondom de rol van het gezin en de rolverdeling tussen man en vrouw binnen het gezin, de toegenomen arbeidsparticipatie van de gehuwde vrouw en de afgenomen huwelijksmoraliteit. Tevens moet ermee rekening worden gehouden dat de voorlichting en advisering van de notaris door de jaren heen mede ten gevolge van de zich geleidelijk vormende jurisprudentie is verbeterd. Er hebben zich duidelijke wijzigingen voorgedaan in de praktijk van het maken van huwelijkse voorwaarden, die vanaf de jaren zeventig een duidelijke trend te zien geven naar – kort gezegd – minder koude uitsluiting en meer verrekenstelsels.[2] Ook moet bedacht worden hoe door de invloed van vakverenigingen als de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators (VFAS) ook de advocatuur in echtscheidingszaken een ontwikkeling heeft meegemaakt naar een meer oplossingsgerichte aanpak, waarbij procedures worden vermeden door in gezamenlijkheid te streven naar billijke oplossingen. In veel gevallen worden de juridische gevolgen van het

---

[1] Wij baseren ons voornamelijk op de rechtspraak van de Hoge Raad en enkele opmerkelijke uitspraken van lagere instanties

[2] Zie paragraaf 2.2.1.2.

tussen partijen geldende huwelijksgoederenregime daarbij gerelativeerd. Het notariaat kent een soortgelijke vakvereniging: de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN). Al deze ontwikkelingen en veranderingen tonen aan, dat de rechtspraktijk de afgelopen jaren bepaald niet stil gezeten heeft. Het voorliggende rapport is dan ook niet meer en kan ook niet meer zijn dan een momentopname.

Voor de begripsvorming is het nodig een heldere definitie te hebben van wat wij met koude uitsluiting bedoelen.[3] Van koude uitsluiting wordt in dit rapport gesproken als echtelieden elke huwelijksgemeenschap hebben uitgesloten en ook geen door ieder van hen bij echtscheiding in te roepen verrekening zijn overeengekomen, behoudens een regeling van de kosten van de huishouding. Onder deze definitie vallen derhalve ook huwelijkse voorwaarden met uitgesloten gemeenschap en een finaal verrekenbeding dat alleen werkt bij overlijden, alsmede een facultatief verrekenbeding dat afhankelijk is van de medewerking van beide echtelieden. Onder de definitie vallen niet huwelijkse voorwaarden die weliswaar een uitgesloten gemeenschap inhouden, maar wel inkomen periodiek of vermogen finaal in de verrekening betrekken, in ieder geval bij echtscheiding.

Soortgelijke gevolgen bestaan – maar dan van rechtswege – voor ongehuwd samenwonenden als de partners geen samenlevingsovereenkomst hebben afgesloten of als zij een samenlevingsovereenkomst hebben met vergelijkbare kenmerken als huwelijkse voorwaarden die koude uitsluiting inhouden zoals hierboven omschreven. Een groot verschil met ongehuwd samenwonenden is dat voor ongehuwden geen wettelijke alimentatieverplichting geldt.[4]

Bij de vraag welke de instrumenten zijn die een onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie kunnen tegengaan, dient in ogenschouw te worden genomen welke de juridische argumenten en de feiten en omstandigheden zijn die zodanig zwaar zijn, dat zij rechtvaardigen om af te wijken van de overeengekomen huwelijkse voorwaarden dan wel de overeengekomen samenlevingsovereenkomst. In die gevallen wegen de contractsvrijheid en de gebondenheid aan de overeenkomst per saldo minder zwaar, ook al kan het afwijken van hetgeen is overeengekomen op zichzelf ook als onbillijk worden gekwalificeerd.

---

3 Zie ook paragraaf 1.2.1.1.

4 Deze verplichting tot het betalen van alimentatie aan de ex-echtgenoot duurt in beginsel maximaal twaalf jaren.

2.2 Gehuwden

2.2.1 Mogelijkheden tot bestrijding van onbillijkheden

In het Burgerlijk Wetboek bestaan geen voorzieningen die specifiek zien op het bestrijden van onbillijkheden ten gevolge van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting. Dat wil echter niet zeggen dat er in het huidige recht in het geheel geen mogelijkheden zouden bestaan om dergelijke onbillijkheden te ondervangen. Hieronder volgt een analyse van de leerstukken die daarvoor zouden kunnen worden benut.

2.2.1.1 Art. 1:81 BW

De rechtsgrondslag die wellicht het eerst in aanmerking komt is art. 1:81 BW, dat voorschrijft dat de echtgenoten elkander getrouwheid, hulp en bijstand zijn verschuldigd, alsmede hun de verplichting oplegt elkander het nodige te verschaffen. De gedachte om dit artikel in verbinding te brengen met vermogensrechtelijke aanspraken is gevoed door de uitspraak van de Hoge Raad in het pensioenarrest Boon/Van Loon.[5] Zoals bekend ging de Hoge Raad daar 'om' met de volgende vaak aangehaalde overweging:

> 'dat het pensioenrecht, zo de rechthebbende gehuwd is, uit maatschappelijk oogpunt bestemd is te voorzien in de behoeften van beide echtgenoten en dat voorts de opbouw van een zodanig pensioen, in verband met de gehele of gedeeltelijke financiering daarvan uit de gemeenschap en de bij velen bestaande taakverdeling binnen het huwelijk, in beginsel moet worden gezien als het resultaat van de gemeenschappelijke inspanning van beide echtgenoten, voortvloeiende uit de zorg die zij krachtens art. 1:81 BW aan elkaar verschuldigd zijn.'

Hier noemt de Hoge Raad de plicht van de echtgenoten om tijdens en na het huwelijk te voorzien in elkaars levensonderhoud (tot uitdrukking gebracht in de art. 1:81 en 157 BW) in verbinding met de vermogensrechtelijke afwikkeling van een huwelijk. Opmerkelijk is dat in het latere arrest van HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 395, waarin het ging om de vraag of pensioen moest worden verrekend in geval van koude uitsluiting, een soortgelijke overweging voorkomt, evenwel met weglating van de vermelding van art. 1:81 BW.
De opvatting dat art. 1:81 BW kan dienen als rechtsgrond voor vermogensaanspraken tussen echtgenoten, is door de Hoge Raad in zijn arrest HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 678, uitdrukkelijk afgewezen. Het ging in deze zaak om het volgende. Man en vrouw waren vanaf 9 juni 1970 in koude uitsluiting gehuwd. De man was eigenaar van een aantal horecabedrijven te Zandvoort en

[5] HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503, met noot EAAL en WHH.

Bloemendaal. Ook de vrouw had enig eigen vermogen opgebouwd, doch dit is in een later stadium weer verdwenen. Nadat de man echtscheiding had gevorderd, vorderde de vrouw in reconventie op grond van art. 1:81 BW juridische dan wel economische overdracht door de man aan de vrouw van een of meer aan de man toebehorende horecagelegenheden. De vrouw maakte aanspraak op overdracht van een deel van het vermogen van de man in de plaats van een periodieke uitkering tot levensonderhoud.
Het cassatiemiddel betoogt dat een zodanige vordering in beginsel toewijsbaar is wanneer zij tot strekking heeft een der echtgenoten na echtscheiding de mogelijkheid te geven in het eigen levensonderhoud te voorzien en tot uitgangspunt heeft dat de in art. 1:81 BW neergelegde verzorgingsplicht die echtgenoten jegens elkander hebben in verband met de echtscheiding, wordt omgezet in een recht op (een gedeelte van) het tijdens het huwelijk door de inspanningen van beide echtgenoten opgebouwde vermogen, dan wel op een uitkering in de plaats daarvan. De Hoge Raad overweegt:

> 'Dat betoog vindt geen steun in het recht. Met juistheid overweegt het hof dat uit de wetsgeschiedenis van art. 92a, met name uit het in zijn arrest aangeduide deel van de Memorie van Toelichting, blijkt dat voor de in art. 81 genoemde verplichting elkander in materieel opzicht het nodige te verschaffen na scheiding van tafel en bed en ook na echtscheiding een (eventuele) verplichting tot het betalen van een uitkering tot levensonderhoud in de plaats treedt, welke thans is neergelegd in art. 157 lid 1 en lid 2.
> Of een zodanige verplichting bestaat, moet worden beoordeeld aan de hand van de na de scheiding ontstane situatie, terwijl zij voorts leidt tot een in beginsel voor wijziging vatbare uitkering, waarvan de omvang telkens naar de omstandigheden moet worden bepaald. Daarmee strookt niet dat een recht zou bestaan op vermogensoverdracht als door het middel voorgestaan. Het middel faalt derhalve.'

Voor deze uitspraak hebben verschillende auteurs gewezen op art. 1:81 BW als rechtsgrond voor een aanspraak op overdracht van vermogen.[6] Andere auteurs

[6] Vgl. P.W. van der Ploeg, 'Het nieuwe erfrecht bij versterf, in het bijzonder de verzorgingsrechten en een trein buiten de dienstregeling', *WPNR* 5273 (1974), p. 543-544; A.H.M. Santen, 'Het ontwerp-erfrecht geeft te denken', *WPNR* 5301 (1975), p. 201-206, A.H.M. Santen, Notaris, echtscheiding en echtelijke woning (preadvies KNB), Deventer: Kluwer 1987, p. 93 e.v., H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 5839 (1987); H.C.F. Schoordijk, Het Huwelijk, 1984, p. 99 en *WPNR* 5868 (1988) alsmede Gr. van der Burght, De notaris en de huwelijksvoorwaarden, Ars Notariatus XXXVIII (1988), p. 232 e.v. Uitgebreid over het artikel eveneens A.J.H. Pleijsier, 'Iets over de inhoud en reikwijdte van art. 1:81 BW', *FJR* 1989, p. 111-116.

hebben zich uitgesproken tegen deze zienswijze.[7] Na voormelde uitspraak is de discussie rondom art. 1:81 BW als rechtsgrond geluwd.[8]

2.2.1.2 Wilsgebreken bij totstandkoming van huwelijkse voorwaarden

Het is mogelijk dat er sprake is van dwaling in de zin van art. 6:228 BW bij de totstandkoming van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. In de meeste gevallen zal dit leiden tot inschakeling van de rechter, die beoordeelt of het beroep op dit wilsgebrek terecht is gedaan. Naast dwaling kunnen ook bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden als wilsgebreken een rol spelen. In het algemeen zal de inschakeling van de notaris voldoende waarborg bieden om wilsgebreken te voorkomen.

In één uitspraak over het maken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk inhoudende koude uitsluiting, zijn de gemaakte huwelijkse voorwaarden op grond van misbruik van omstandigheden vernietigd.[9] In deze zaak stemde de vrouw in met het maken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk inhoudende koude uitsluiting nadat partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd. De man heeft staande huwelijk doelbewust gestreefd naar het volledige bezit van het saldo van de huwelijksgemeenschap, blijkende uit onder meer de verklaring tot afstand van de huwelijksgemeenschap die hij haar liet tekenen.

De wijze waarop de huwelijkse voorwaarden staande huwelijk tot stand zijn gekomen, leverde in casu volgens het hof zozeer misbruik van omstandigheden op door de man, dat de huwelijkse voorwaarden – en daardoor ook de afstand van het aandeel in de huwelijksgemeenschap door de vrouw – als nietig en krachteloos bestempeld dienden te worden. Door in de conceptakte van huwelijkse voorwaarden het beding op te nemen, dat partijen een nadere regeling over de verdeling zouden treffen, terwijl hij haar afstand van de huwelijksgemeenschap heeft laten doen, heeft de man zowel de notaris als de rechtbank misleid. Het bijzondere aan deze zaak was dat de man advocaat en de vrouw kandidaat-notaris was en zij derhalve beiden geacht kunnen worden op de hoogte van deze materie te zijn en in staat te zijn op te komen voor hun eigen belangen. Het hof zag dit echter anders:

> ‘Het hof acht het verweer van de man dat de vrouw als kandidaat-notaris in feite deskundiger op het onderhavige terrein was dan hij niet relevant, omdat het hier niet een zakelijke aangelegenheid tussen twee juristen betrof, doch een

---

7 E.A.A. Luijten, ‘De Hoge Raad, huwelijksvoorwaarden en de rechtszekerheid’, *WPNR* 5865 (1988); alsmede Klaassen-Luijten-Meijer I, Huwelijksgoederenrecht, nr. 565; Genuanceerd zijn Van Mourik-Verstappen, nr. 9.3.1, zie ook M.J.A. van Mourik, ‘Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid’, *WPNR* 5811 (1987).

8 Vgl. H.C.F. Schoordijk, Naar een clean break bij echtscheiding, 2010.

9 Hof Den Haag 22 december 1983, *NJ* 1985, 860.

> emotioneel geladen aangelegenheid tussen echtelieden, waarbij de ene echtgenoot de ander gemakkelijk kan brengen tot iets wat de ander eigenlijk niet wil, ook al is deze jurist.'

Dwaling ziet anders dan de overige wilsgebreken meer op de beweegredenen voor het maken van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, dan op de omstandigheden waaronder de huwelijkse voorwaarden zijn gemaakt. Er bestaat ook een uitspraak van de Hoge Raad, waarin met succes een beroep op dwaling wordt gedaan in een geval waarin het gaat over huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, ingevoerd staande huwelijk.[10]
In dit arrest ging het over een kandidaat-notaris die – omdat hij notaris werd – ter bescherming van zijn vrouw huwelijkse voorwaarden staande huwelijk inhoudende koude uitsluiting wilde aangaan. Door de opheffing van de gemeenschap van goederen en het staande huwelijk overeengekomen regime van koude uitsluiting, had de vrouw echter geen recht meer op het door de man als notaris vergaarde vermogen. Nadat zowel rechtbank als hof het beroep op dwaling had aanvaard, kwam de man (eiser) in cassatie op tegen het oordeel van het hof dat sprake was van dwaling en tegen omkering van de bewijslast. De overwegingen van het hof werden door de Hoge Raad aldus samengevat, dat:

> '- eiser met het oog op de overname van het notariskantoor van N een conceptakte van huwelijkse voorwaarden heeft opgesteld, welke akte verweerster niet vooraf heeft ontvangen en omtrent de inhoud waarvan zij niet deugdelijk door eiser en notaris N is voorgelicht,
> - deze akte, die slechts beperkt is voorgelezen, vermeldt dat het motief tot het aangaan van de huwelijkse voorwaarden is gelegen in het beroep van eiser en, naar het hof aannemelijk achtte, alleen was bedoeld ter beperking van de risico's die uit het toekomstige ondernemerschap van eiser voortvloeiden,
> - verweerster niet heeft overzien wat de vermogensrechtelijke consequenties van de akte waren, zoals de omstandigheid dat verweerster niet langer zou delen in de vruchten van de arbeid van eiser en dat een verrekenbeding voor het geval van echtscheiding ontbrak, en
> - verweerster geen nadere onderzoeksplicht had naar de mogelijke gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden, omdat zij als leek erop mocht vertrouwen dat haar echtgenoot, een ervaren notarieel jurist, met wie de relatie destijds goed was, haar mede gelet op zijn vertrouwensfunctie goed en op onpartijdige wijze had ingelicht omtrent de (werkelijke) gevolgen van de akte.'

De beslissing van het Hof werd in cassatie bij de Hoge Raad vergeefs bestreden:

> '[...] Daarmee heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat weliswaar volgens de hoofdregel van art. 150 Rv in verbinding met art. 6:228 lid 1 BW de bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op dwaling kunnen opleveren, rust

[10] HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99.

> op degene die zich op dwaling beroept, maar dat in het onderhavige geval uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Aldus heeft het Hof, met toepassing van het bepaalde in de slotzin van art. 150 Rv, in afwijking van de hoofdregel de bewijslast niet op (verweerster) gelegd, maar op (eiser). Deze beslissing geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot deze op de eisen van redelijkheid en billijkheid gegronde uitzonderingsbepaling en evenmin van de bij de toepassing daarvan in het algemeen te betrachten terughoudendheid. Het Hof heeft voorts met zijn verwijzing naar r.o. 4 toereikend gemotiveerd vastgesteld welke omstandigheden tot dit oordeel hebben geleid en voldoende inzicht gegeven in de gedachtegang die het daarbij heeft gevolgd. In de hiervoor in 4.1.2 geschetste gedachtegang van het Hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin (eiser) in strijd met het vertrouwen dat (verweerster) in hem als echtgenoot (in een goede huwelijksrelatie) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten. Daarom is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering dat het Hof aan de uitzonderingsbepaling toepassing heeft gegeven.'

Deze uitspraak vormt een illustratie van hoe men in het notariaat destijds soms gebrekkig omging met voorlichting en advisering rondom huwelijkse voorwaarden.[11]

Opmerkelijk is dat aan de in de akte weergegeven motivering voor de wijziging (bescherming van schuldeisers) betekenis is toegekend bij de beoordeling van het beroep op dwaling. Men zou kunnen stellen dat het motief op zichzelf misschien wel redelijk was, maar dat de gekozen methode (koude uitsluiting) ook het niet door de vrouw gekende negatieve neveneffect heeft gehad, dat zij in geval van echtscheiding geen aanspraak op het door hem als notaris gevormde vermogen heeft. Had zij dit wel geweten, dan zou zij waarschijnlijk niet met de wijziging akkoord zijn gegaan.

Deze uitspraak is in zekere zin het spiegelbeeld van de bekende uitspraak inzake de Groningse huwelijkse voorwaarden.[12] Ook in deze zaak ging het om een notarieel echtpaar en om koude uitsluiting. Een verschil was dat hier de koude uitsluiting staande huwelijk werd opgeheven en dat het niet om dwaling ging,

---

[11] Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2005, *LJN* AV2163. Partijen waren gehuwd in koude uitsluiting behoudens de gemeenschap van inboedel. De vrouw had in deze casus onbezoldigd meegewerkt in het bedrijf van de man. In de procedure werd onder meer een beroep op dwaling gedaan, hetgeen door het Hof werd afgewezen. Eveneens werd afgewezen een beroep op een vergoedingsaanspraak en ongerechtvaardigde verrijking.

[12] HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766, waarover: T.R. Hidma, Huwelijkse voorwaarden in harmonie en praktijk, preadvies KNB 1994, p. 9 e.v., E.A.A. Luijten, 'Overzicht van de Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 6100 (1993), alsmede Van Mourik-Verstappen, Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij scheiding, paragraaf 2.7.

maar om de aansprakelijkheid van de notaris die de huwelijkse voorwaarden ophief. De overwegingen van de Hoge Raad zijn echter zo belangrijk voor een goed beeld van de taak en functie van de notaris en hebben een zodanig belangrijke invloed op de rechtsontwikkeling uitgeoefend, dat het wenselijk is deze uitspraak hier uitgebreider te behandelen. Bovendien heeft de casus in de kern evenals die van de vorige uitspraak, te maken met de aspecten die bij dwaling cruciaal zijn: feitelijke kennis en veronderstellingen op basis waarvan overeenkomsten worden gesloten.
De casus was als volgt. De notaris en zijn vrouw zijn in 1951 in het huwelijk getreden op huwelijkse voorwaarden (gemeenschap van vruchten en inkomsten). Eind 1973 geraakte de man, notaris te Groningen, in financiële moeilijkheden. De vrouw wist hiervan niets. In verband met deze moeilijkheden en gelet op de vermogenssituatie van de man, heeft de Kamer van Toezicht in haar vergadering van 18 december 1973, op voorstel van haar lid, notaris X, aan de echtgenoot van de notaris in overweging gegeven voormeld huwelijksgoederenregime om te zetten in een algehele gemeenschap van goederen. In het verzoekschrift aan de rechtbank werd als motief voor de beoogde wijziging opgevoerd:

> 'Bij de man staat voorop een goede verzorging van zijn echtgenote en deze verzorging is naar de mening van verzoekers het best gegarandeerd wanneer tussen verzoekers de wettelijke algehele gemeenschap van goederen zal bestaan.'

Voorafgaand aan het passeren op 11 april 1974 heeft notaris X aan de notaris en zijn echtgenoot een mondelinge toelichting op de inhoud van de akte gegeven. De vrouw stelt dat de reden voor de omzetting en de consequenties daarvan haar destijds niet duidelijk waren. Na ongeveer vijf jaar volgt scheiding van tafel en bed. Bij de verdeling van de daardoor ontbonden gemeenschap bleek dat het vermogen van de vrouw vrijwel geheel was aangewend ter betaling van de schulden van haar echtgenoot. De vrouw spreekt notaris X aan wegens onrechtmatige daad. Zij verwijt hem in verband met de hem bekende bijzondere aspecten van deze zaak, bij het verlijden van de hiervoor bedoelde akte te hebben nagelaten haar te wijzen op de consequenties die de omzetting van het huwelijksgoederenregime voor haar zou kunnen hebben. De Hoge Raad overweegt:

> 'De Hoge Raad begrijpt 's hofs verdere gedachtengang aldus dat het Hof primair van oordeel is dat een notaris beroepshalve nimmer tot méér verplicht is dan tot het geven van evenbedoelde toelichting, maar dat, ook als dat anders zou zijn, de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y tot méér gehouden te achten. Bij dit laatste is voor het Hof beslissend dat notaris Y heeft mogen veronderstellen dat X van de benarde financiële situatie van haar echtgenoot op de hoogte was. Hij behoefde zich – oordeelt het Hof ten

> slotte in het voetspoor van de Rechtbank – alvorens de akte te verlijden niet bij X ervan te vergewissen dat zij van die situatie op de hoogte was.
> 3.3. Deze gedachtengang wordt door het middel terecht als rechtens onjuist bestreden. Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.
> Onjuist is voorts dat de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y gehouden te achten zich, alvorens de akte tot omzetting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten in een algehele gemeenschap van goederen te verlijden, ervan te vergewissen dat X van de benarde financiële situatie van haar echtgenoot op de hoogte was. Notaris Y toch was met die benarde situatie wél bekend, en hij wist daardoor dat gerede kans bestond dat het voor X – die, naar hem bekend was, eigen vermogen had – aan die omzetting verbonden risico zich inderdaad zou verwezenlijken. Onder deze omstandigheden had notaris Y aan die omzetting niet mogen meewerken dan na zich – voor zover, in verband met het bepaalde in art. 73d Wet op het Notarisambt, nodig: met toestemming van de echtgenoot van X – ervan te hebben vergewist dat X, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende besefte. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.'

Deze laatste zin in de uitspraak van de Hoge Raad is tot op de dag van vandaag maatgevend voor de taak en de functie van de notaris in het rechtsverkeer. Deze maatstaf is niet alleen richtsnoer in aansprakelijkheidszaken, maar heeft ook positieve invloed uitgeoefend op de notariële beroepsuitoefening. Zulks blijkt misschien zelfs uit de statistieken, die aangeven dat het aantal huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting na 1989 significant verder is gedaald.[13]
In het arrest van de Groningse huwelijkse voorwaarden was niet zozeer sprake van een onvolledig motief, maar veeleer van een onjuist motief. Verzorging van de langstlevende was immers niet de beweegreden, maar het redden van de onderneming van de man. In de eerste uitspraak was sprake van benadeling vanwege het regime van koude uitsluiting, in de tweede van benadeling doordat het vermogen van de vrouw via de ingevoerde huwelijksgemeenschap ten prooi viel aan de schuldeisers van de man. De lering die uit beide arresten kan worden getrokken is onder meer dat wanneer motieven worden vermeld, zij volledig en juist behoren te zijn.
Daarbij moet worden opgemerkt dat de vermelding van het motief bij de wijziging van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk niet meer dwingend

[13] Zie paragraaf 1.2.1.2.

wordt voorgeschreven. In de eerste tranche van de modernisering van de wetgeving inzake het huwelijksvermogensrecht is in 2001 onder meer de toetsing aan een 'redelijke grond' vervallen in art. 1:119 BW.[14] Anderzijds bestaat de mogelijkheid tot het opnemen van een considerans: men neemt in dat geval zonder dat de wet het voorschrijft – zoals art. 1:119 BW voorheen deed – een motief op.[15] De indruk bestaat dat dit tegenwoordig vaker dan vroeger voorkomt, zie paragraaf 5.3.3.

Tot slot van deze paragraaf over wilsgebreken kan gewezen worden op de omgekeerde situatie, waarin aanstaande echtgenoten trouwen zonder huwelijkse voorwaarden terwijl één van hen dwaalde in het vermogen van de ander. De vraag rijst of hiermee een onbillijke bevoordeling ontstaat door het ontstaan van de algehele gemeenschap van goederen. Zie bijvoorbeeld het arrest over de verzwegen schenking, voorafgaand aan de huwelijkssluiting.[16] Op deze materie wordt nader ingegaan in paragraaf 2.2.1.4 over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bovenstaande uitspraken tonen overigens aan dat onbillijkheden zich zeer wel ook buiten het kader van koude uitsluiting kunnen voordoen door de werking van ons hoofdstelsel, de algehele gemeenschap van goederen.

2.2.1.3 Imprévision; wijzigingsbevoegdheid van de rechter

Art. 6:258 BW bepaalt dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.[17]

Deze voorziening ziet niet op de geldigheid van de eenmaal gemaakte huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, maar op de bevoegdheid van de rechter om eenmaal gesloten huwelijkse voorwaarden aan te passen wegens gewijzigde omstandigheden. Over deze bepaling is zeer veel geschreven, maar er is in betrekkelijk weinig gevallen met succes een beroep op gedaan.

Onder 'onvoorziene omstandigheden' moeten worden verstaan omstandigheden, ingetreden na het sluiten van de overeenkomst, die partijen niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) in hun overeenkomst hebben verdisconteerd, omstandigheden waarin zij niet hebben voorzien. Wat door partijen is verdisconteerd, welke

---

[14] Wet van 31 mei 2001, Stb. 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001.

[15] Zie hierover J. van Duijvendijk-Brand, 'Uitleg van huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 2007 (6709), p. 388-397.

[16] HR 6 oktober 2000, *NJ* 2004, 58

[17] Deze materie sluit nauw aan bij (de derogerende en aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

risico's zij hebben aanvaard, moet door uitleg worden vastgesteld. Bij het stilzwijgen van de overeenkomst moet daartoe worden gelet op de aard en strekking van de overeenkomst, de omstandigheden waaronder zij tot stand is gekomen, de verkeersopvattingen en de redelijkheid en billijkheid. Onverschillig is of partijen al dan niet feitelijk aan de mogelijkheid van het intreden van de omstandigheden hebben gedacht, dus deze *hebben* voorzien; en eveneens of die omstandigheden redelijkerwijze voorzien*baar* waren of niet. Althans in theorie, want uiteraard zal naarmate de desbetreffende omstandigheden minder ver buiten het voorstellingsvermogen c.q. de feitelijke voorstellingen van partijen liggen, eerder het vertrouwen opgewekt worden dat ermee rekening is gehouden (art. 3:35 BW).[18]

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

Voorts moet sprake zijn van omstandigheden die van dien aard zijn, dat de wederpartij *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Blijkens de parlementaire geschiedenis zal hieraan slechts bij hoge uitzondering zijn voldaan, omdat redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord vereisen. Als onbillijk kan immers ook worden aangemerkt het niet hoeven nakomen van hetgeen is overeengekomen. Een beroep op het intreden van een onvoorziene omstandigheid mag derhalve slechts bij (hoge) uitzondering worden gehonoreerd.[19] In de doctrine werpen Hijma en Valk overigens een minder hoge drempel op voor de toepassing van art. 6:258 BW. Hijma stelt dat de toetsing die de rechter in het kader van een beroep op onvoorziene omstandigheden verricht, het midden houdt tussen een marginale en volledige toetsing.[20] Valk betoogt dat de door de rechter te betrachten terughoudendheid niets anders is dan een uitvloeisel van het vereiste dat de ingetreden omstandigheden onvoorzien, dat wil zeggen, niet-verdisconteerd moeten zijn.[21] In zijn visie behoort de bedoelde terughoudendheid geen

[18] Zie Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nr. 441.
[19] MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 974, en Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nr. 444.
[20] Het constitutieve wijzigingsvonnis, oratie 1989, p. 6-7.
[21] W.L. Valk, 'De door de rechter te betrachten terughoudendheid in geval van onvoorziene omstandigheden', *NTBR* 1994-10, p. 258-260.

zelfstandige rol te spelen in het debat over de vraag of in een concreet geval wel of geen plaats is voor een wijziging of ontbinding op grond van art. 6:258 BW.[22] In de jurisprudentie komt de terughoudendheid daarentegen duidelijk naar voren.[23]

Het arrest Kriek/Smit vormt een bekend voorbeeld van toepassing van de imprévision, al is de zaak gewezen is onder vigeur van het oude BW.[24] De centrale vraag in deze zaak was of voor de verwerving van de echtelijke woning op naam van de man door de vrouw ter beschikking gestelde middelen nominaal moesten worden gerestitueerd of dat het bedrag van de restitutie hoger moest worden vastgesteld vanwege de inflatoire waardedaling van het nominaal ter beschikking gestelde enerzijds en de aanzienlijke waardestijging van de woning waarin door de man is geïnvesteerd anderzijds. In concreto ging het om de verkoopopbrengst van de aan de vrouw toebehorende woning ad *f* 39.000, welk bedrag geheel werd gebruikt voor de aankoop door de man in 1964 van de tweede echtelijke woning, die geheel op zijn naam kwam te staan. De man droeg voor *f* 8.000 bij, de vrouw voor *f* 39.000. Deze woning is in 1976 verkocht voor *f* 169.000. In 1976 werd vervolgens de derde woning van partijen gekocht voor een bedrag van *f* 220.000, welk bedrag werd voldaan uit de opbrengst van de tweede woning, alsmede uit een hypothecaire geldlening van *f* 125.000. Ook deze woning kwam op naam van de man. In 1982 volgt echtscheiding. De vrouw vordert vervolgens een bedrag van *f* 153.267, zijnde het aandeel in de waardevermeerdering van de tweede en derde woning, berekend naar haar bijdragen in de koopsommen die voor de beide woningen zijn betaald. De vrouw heeft haar vordering – kort samengevat – gegrond op onverschuldigde betaling, subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking en meer subsidiair op de eisen van de goede trouw die ook bij uitsluiting van elke gemeenschap door echtgenoten jegens elkaar in acht moeten worden genomen. De Hoge Raad oordeelde:[25]

> '3.3. Voorop moet worden gesteld dat tussen echtgenoten die bij hun huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap hebben uitgesloten, vergoedingsrechten kunnen ontstaan doordat de goederen die gedurende het huwelijk op naam van de een zijn verkregen, geheel of ten dele met geld van de ander zijn gefinancierd, evenals blijkens de art. 1:95 lid 2, 1:96 lid 2 en 1:127 BW bij een tussen echtgenoten bestaande gemeenschap ook vergoedingsrechten ten bate en ten laste van deze gemeenschap kunnen ontstaan. Zodanige rechten strekken, naar strookt met de rechtszekerheid, in beginsel tot vergoeding van een gelijk bedrag als destijds door de andere echtgenoot is verschaft, zonder vergoeding

[22] Vgl. Valk, Losbl. Boek 6 BW, aant. 16 op art. 6:258 BW.
[23] Men zie bijvoorbeeld HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679 en HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493.
[24] HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150.
[25] Cursivering door ons toegevoegd.

van rente, zolang niet aan de eisen van art. 1286 BW is voldaan, en zonder verrekening van de waardevermeerdering of waardevermindering die de gefinancierde goederen bij het einde van het huwelijk wellicht blijken te hebben ondergaan, dit laatste behoudens de eventuele werking van de eisen van de goede trouw, die hierna onder 3.4 nog aan de orde komen. In dit stelsel kan een waardevermeerdering of rente als evenbedoeld evenmin worden gevorderd door aan die vordering, zoals de vrouw in dit geding heeft gedaan, onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag te leggen. [...]
3.4. [...] Zoals hiervoor onder 3.3 is overwogen, strekt een vergoedingsrecht als daar bedoeld in beginsel tot terugbetaling van een gelijk bedrag als destijds ten laste van de ene echtgenoot voor de financiering van het goed op naam van de andere echtgenoot is gebezigd. Uitzonderingen op grond van de eisen van de goede trouw zijn evenwel niet geheel uitgesloten.
In het bijzonder kan, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, een uitzondering op haar plaats zijn in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning en vervolgens *door ten tijde van die aankoop niet voorziene omstandigheden*, zoals de ontwikkeling van de Nederlandse onroerend goed-markt sedert die aankoop, een zo aanzienlijke waardevermeerdering van die woning heeft plaatsgevonden dat bij gebreke van enige correctie het gevolg daarvan zou zijn dat bij het uiteengaan van partijen als gevolg van echtscheiding het evenwicht tussen de vordering van de ene partij tot terugbetaling van de destijds verschafte, nadien in koopkracht verminderde geldsom en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere partij ten goede komt, geheel zou zijn verbroken. *Daarbij zal het aankomen op de vraag of de betreffende onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de echtgenoot op wiens naam het huis staat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat hij met de enkele teruggave van het destijds ter beschikking gestelde bedrag zonder enige verrekening van de waardevermeerdering van de woning kan volstaan.*'

Uiteindelijk is door het Hof 's-Gravenhage de correctievergoeding vastgesteld op *f* 20 000.[26]
Het arrest 'Hilversumse horeca' vormt een ander voorbeeld waarin een beroep werd gedaan op onvoorziene omstandigheden.[27] Partijen in deze zaak waren in koude uitsluiting met elkaar gehuwd. De vrouw verrichtte onbetaalde werkzaamheden in een aan de man toebehorend cafébedrijf. De door de man over de litigieuze jaren met zijn onderneming behaalde winst is voor een gedeelte groot *f* 85.000 fiscaal toegerekend aan de vrouw, na aftrek van belastingen. De vrouw vroeg betaling van dit bedrag, omdat haar arbeid in het bedrijf heeft geleid tot een vermogenstoename aan de zijde van de man en hij haar daarom naar redelijkheid en billijkheid deze vergoeding verschuldigd is. De Hoge Raad wees deze wijziging van de overeenkomst af:

[26] Hof 's-Gravenhage 4 november 1988, *NJ* 1989, 540.
[27] HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529.

> 'Het Hof heeft blijkens r.o. 3.5 van het bestreden arrest de door de vrouw tegen die afwijzing gerichte grief aldus opgevat dat de vrouw als grondslag voor haar vordering aanvoert dat gezien de aard van de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden de billijkheid meebrengt dat – nu partijen van echt gescheiden zijn – de man aan de vrouw in ieder geval dient te betalen de toeneming van zijn vermogen voor zover deze is ontstaan door de arbeidsinspanning van de vrouw. Het Hof heeft die grief verworpen op de in zijn r.o. 3.6 vermelde gronden. Hiertegen richt zich het middel van cassatie.
> 3.2. Het Hof heeft in r.o. 3.6 niet geoordeeld dat, indien uitsluiting van iedere gemeenschap is overeengekomen, aanspraken als de onderhavige nimmer uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen voortvloeien. Door te spreken van de 'redelijkheid en billijkheid waarop de vrouw zich beroept' heeft het Hof kennelijk slechts tot uitdrukking willen brengen dat de door de vrouw ter ondersteuning van haar aanspraken gestelde feiten en omstandigheden daartoe niet toereikend zijn.
> Dit oordeel is juist. Weliswaar is ook een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar de enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, is niet voldoende om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap niet toe te passen.'

Het geheel terzijde stellen van eenmaal overeengekomen huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting op de enkele grond dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, wijst de Hoge Raad derhalve af.[28]

2.2.1.4 Beperkende en aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid

Art. 6:248 BW bepaalt in lid 1 dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien (aanvullende werking). Lid 2 bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (beperkende werking, zie ook art. 6:2 lid 2 BW).
Anders dan de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:258 BW werkt deze bepaling van rechtswege, dat wil zeggen dat de redelijkheid en billijkheid aanvullend en beperkend werken ten opzichte van hetgeen is overeengekomen en dat daarvoor op zichzelf geen rechterlijke beslissing nodig is. De rechter die hierover een

[28] Vgl. HR 21 juni 1995, *NJ* 1996, 603, HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, en HR 2 september 2005, *NJ* 2006, 29.

beslissing moet nemen constitueert met zijn beslissing niet een aangepaste rechtsverhouding, maar constateert met andere woorden wat tussen partijen rechtens *is*. Zoals de in de vorige paragraaf behandelde uitspraken al wel aantonen, ligt toepassing van de beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 BW dicht aan tegen wijziging van de overeenkomst. Ook *uitleg* van de overeenkomst kan hier in één adem genoemd worden. De grenzen tussen deze rechtsfiguren zijn vaak vloeiend.[29]

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[30] Een voorbeeld waarin deze materie helder naar voren komt, is HR 18 juni 2004.[31] Partijen maken staande huwelijk huwelijkse voorwaarden, uitsluitend met het oog op het vrijwaren van hun gemeenschappelijk vermogen voor mogelijk toekomstige zakelijke schuldeisers van de man. Het echtpaar heeft zich echter ondanks een overeengekomen regime van koude uitsluiting in vermogensrechtelijk opzicht anders gedragen. Na verdeling van de gemeenschap hebben zij in financiële zin gehandeld alsof zij nog steeds in gemeenschap gehuwd waren. Het Hof oordeelde onder meer dat de akte van huwelijkse voorwaarden duidelijk is en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar. De bedoeling van partijen noch de redelijkheid en billijkheid kunnen hieraan afdoen, aldus het hof. De Hoge Raad corrigeerde het hof:

> '4.3. Voor zover het middel opkomt tegen 's hofs overweging dat ook de eisen van redelijkheid en billijkheid niet kunnen afdoen aan de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden, treft het evenwel doel, omdat het Hof met dit oordeel heeft miskend dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vlg. onder meer HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529 en HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88). Daarbij verdient aantekening dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen voormalige echtelieden na ontbinding van het huwelijk op grond van redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwelijkse voorwaarden, zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden.'

---

29 Vgl. Asser/De Boer 1* 2010, nr. 454.

30 Aldus onder meer HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529.

31 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399. Zie voor het vervolg op deze beslissing Hof Amsterdam 19 januari 2006, *LJN* AV9260, waarin het hof inderdaad concludeerde dat moest worden afgeweken van de gemaakte huwelijkse voorwaarden en dat moest worden verrekend alsof partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd.

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat voor afwijking van de gemaakte huwelijkse voorwaarden in het kader van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, ook belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk.[32] Andersluidende bedoelingen van partijen doen de huwelijkse voorwaarden weliswaar niet anders luiden, maar de rechtsverhouding die door de huwelijkse voorwaarden tussen partijen in het leven is geroepen, wordt niet alleen bepaald door de huwelijkse voorwaarden, maar ook door de redelijkheid en billijkheid. De regels in de huwelijkse voorwaarden kunnen onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Voor de beoordeling of daarvan sprake is, kan aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden, betekenis worden toegekend.

De reikwijdte van deze uitspraak strekt zich ook uit over huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting. Voorstelbaar is de redenering dat indien echtgenoten na invoering van koude uitsluiting zijn blijven voortleven als waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien de overeengekomen koude uitsluiting onverkort zou gelden tussen echtelieden.

Na de uitspraak van 18 juni 2004 is in een aantal andere zaken vergeefs gepoogd eenzelfde uitkomst te bereiken.[33] Er zijn echter ook uitspraken te vermelden waarin het overeengekomen regime van koude uitsluiting door lagere instanties wel wordt doorbroken met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Zo bijvoorbeeld Rechtbank Leeuwarden 14 januari 2009, waarin het ging om een geval waarin het volgens de vrouw nimmer de bedoeling is geweest dat alleen de man zou profiteren van de vermogensvermeerdering die mede door inspanningen van de vrouw tot stand is gekomen.[34] De rechtbank oordeelt dat de man naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverkorte handhaving van de koude uitsluiting niet mag verwachten en dat er tussen man en vrouw finaal moet worden afgerekend alsof zij waren gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. Ook hier was van belang dat bescherming tegen toekomstige schuldeisers van de man het motief voor het maken van de huwelijkse voorwaarden was en dat het niet de bedoeling was een van beide partijen te bevoordelen. Relevant was ook dat de vrouw en de man gezamenlijk het bedrijf hadden geëxploiteerd, dat de vrouw nimmer enige vergoeding daarvoor had ontvangen

[32] Zie voor kritiek op dit arrest Klaassen-Luijten-Meijer I, Huwelijksgoederenrecht, nr. 569 e.v.

[33] Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 2006, *LJN* AU5284 en Hof Arnhem 14 februari 2006, *LJN* AX6403.

[34] Rechtbank Leeuwarden 14 januari 2009, *LJN* BH0633.

en dat zij bovendien de zorg voor de opvoeding van de kinderen op zich had genomen.
Het Hof Leeuwarden heeft onlangs in hoger beroep de rechtbank hierin echter niet gevolgd.[35] Het hof heeft bij zijn beoordeling vooral als richtsnoer aangehouden het arrest van de Hoge Raad van 25 november 1988, waarin is overwogen dat de enkele omstandigheid dat door arbeidsinspanningen van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, niet voldoende is om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap niet toe te passen. Voor het hof is daarnaast niet aannemelijk geworden de stelling van de vrouw dat partijen zich staande huwelijk door de wijze waarop zij zich hebben gedragen, van de inhoud van de huwelijkse voorwaarden zijn afgeweken en/of hebben willen afwijken. Het hof acht daarom geen omstandigheden aanwezig die de toepassing van de in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen regel van koude uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar doen zijn.
Recentelijk is aan de Hoge Raad een soortgelijke zaak voorgelegd.[36] Man en vrouw zijn in 1997 gehuwd in koude uitsluiting. De echtelijke woning is korte tijd na het sluiten van het huwelijk gekocht door de vrouw en aan haar alleen geleverd. In 2003 is een tweede hypothecaire lening afgesloten waarvoor de man zich naast de vrouw als hoofdelijk schuldenaar jegens de bank heeft verbonden. De man en de vrouw zijn beiden verzekeringnemer van de twee kapitaalverzekeringen die op de hypothecaire lening betrekking hebben en aan de hypotheeknemer zijn verpand. In de praktijk werden van het salaris van de man de hypotheeklasten (waarbij het uitsluitend ging om hypotheekrente en niet om aflossingen) en de premies van de kapitaalverzekeringen voldaan. De vrouw droeg zorg voor uitgaven van een meer consumptief karakter alsmede voor de verplichtingen ter zake van de nutsvoorzieningen. De man betoogt dat een beperkte huwelijksgemeenschap (een eenvoudige gemeenschap) met betrekking tot de echtelijke woning bestaat, omvattende de eigendom van de woning, de daaraan verbonden hypothecaire schuld en de kapitaalverzekeringen. Subsidiair heeft hij betoogd dat de vrouw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan hem een uitkering dient te doen waarvan de hoogte dient te worden bepaald aan de hand van de overwaarde van de echtelijke woning.
De rechtbank overweegt dat zij het – nu in feite sprake is geweest van een door partijen uit de gezamenlijke inkomsten dragen van alle financiële lasten – een ongegronde vermogensvermeerdering zou achten indien de inmiddels gerealiseerde waardestijging van het huis alleen aan de vrouw zou toekomen. Zij oordeelt dat de helft van de overwaarde aan de man toekomt. Het hof vernietigt

[35] Hof Leeuwarden 14 september 2010, *LJN* BN7333.
[36] HR 25 juni 2010, *RvdW* 2010, 811; *LJN* BM4649.

de uitspraak en wijst de vordering van de man af. Het cassatieberoep wordt door de Hoge Raad met een beroep op art. 81 RO verworpen. Niet te ontkennen is dat de redelijkheid en billijkheid een aanvullende of beperkende rol kunnen spelen, maar de genoemde feiten zijn daartoe in casu ontoereikend.[37] De vraag is steeds wanneer die feiten en omstandigheden daartoe wel toereikend zijn.

Een uitzondering van andere aard kan worden gevonden in het zogenaamde Melkquotum arrest.[38] Partijen zijn in koude uitsluiting gehuwd. De aanbreng ten huwelijk van de vrouw bestond onder meer uit een boerderij met weiland van 17 ha. De man brengt ook een boerderij met landerijen aan, groot ongeveer 45 ha. De man heeft deze grond van de vrouw tijdens het huwelijk in gebruik gehad; voor dit gebruik heeft de vrouw van de man geen vergoeding ontvangen. In het kader van de Beschikking superheffing 1985 is aan de man een heffingsvrij melkquotum toegekend. Het gaat om een vrij aanzienlijk bedrag. De vraag was of de vrouw recht op de waarde van het quotum had. De Hoge Raad oordeelt bevestigend:

> 'Het Hof heeft kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden mede door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt beheerst, en dat een als gevolg van die overeenkomst tussen partijen geldende regel niet wordt toegepast voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voorts ligt in 's hofs overwegingen, gelezen in onderling verband en samenhang, besloten het oordeel dat te dezen sprake is van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de man naar bedoelde maatstaven niet mag verwachten dat hij zou mogen volstaan met de enkele teruggave van de destijds aan hem ter beschikking gestelde grond zonder enige verrekening van de waarde van het aan hem toegekende melkquotum voor zover dit in verband staat met zijn gebruik van die grond.'

De regel van art. 6:248 BW vindt elders in het huwelijksvermogensrecht vooral toepassing in de sfeer van de uitvoering van verrekenbedingen. Dit komt pregnant naar voren in de jurisprudentie rondom vervalbedingen in huwelijkse voorwaarden.[39] Daarnaast wordt tamelijk veelvuldig een poging ondernomen de

---

[37] Verwezen wordt naar de conclusie van de AG voor een nadere beschouwing. Vergelijk ook Rechtbank Arnhem 16 augustus 2006, *LJN* BB1527 en – wat verder terug – Hof 's-Hertogenbosch 8 september 1982, *NJ* 1983, 436 over de ontkennend beantwoorde vraag of de nalatenschap van de man een schuld heeft aan de weduwe ten titel van vergoeding voor haar werkzaamheden in de onderneming van de erflater. Ook hier: geen doorbreking van de koude uitsluiting op grond van de redelijkheid en billijkheid.

[38] HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88. Vgl. E.A.A. Luijten, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 6279 (1997).

[39] HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463; Sonnevanck; HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 Rensing/Polak, met noot WMK en HR 23 juni 2000, *NJ* 2001, 347; Op de Weegh/Sneek en de uitvoering van niet nagekomen verrekenbedingen (o.a. HR 15 februari 1985, *NJ*

regel van art. 1:100 lid 1 BW (echtgenoten hebben in beginsel een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap van goederen) met een beroep op de redelijkheid en billijkheid terzijde te schuiven. Zie bijvoorbeeld het al genoemde arrest van 6 oktober 2000, inzake een vrouw die het saldo van haar bankrekening vlak voor het huwelijk overboekt naar de bankrekening van haar moeder, terwijl de man daarvan onkundig bleef en het op zijn naam staande huis wel ten huwelijk aanbracht.[40] De man verwijt de vrouw dit niet voor het huwelijk te hebben medegedeeld en dat daarom bij de verdeling afgeweken moet worden van het beginsel van gelijke aandelen. De Hoge Raad wijst dit af, stellende dat een dergelijke afwijking niet geheel is uitgesloten, maar niet dan in zeer uitzonderlijke gevallen kan worden aangenomen. Uit het arrest blijkt dat tussen aanstaande echtgenoten – anders dan het hof in casu had aangenomen – geen 'spreekplicht' bestaat ten aanzien van de stand van hun vermogens. Het verzwijgen van een vermogensverschuiving als de onderhavige vormt geen 'zeer uitzonderlijke omstandigheid' om van art. 1:100 BW af te wijken.
Laatstgenoemd criterium stamt overigens uit de *cause célèbre* HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593, waarin de veel jongere mannelijke partner misbruik maakt van zijn positie als verzorger van een oudere welgestelde dame, door met haar te trouwen in algehele gemeenschap van goederen en haar vervolgens om te brengen.[41] Het ging hier niet om onbillijke benadeling, maar om onbillijke bevoordeling ten gevolge van boedelmenging. Geoordeeld werd dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn als de verzorger aanspraak op toedeling van de helft van de huwelijksgemeenschap zou kunnen maken.

2.2.1.5 Ongerechtvaardigde verrijking

Art. 6:212 lid 1 BW bepaalt dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht is, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Voor zover de verrijking is verminderd als gevolg van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend, blijft zij buiten beschouwing (lid 2). Deze vordering kent dus een dubbele

1985, 885; Belegde besparingen; HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 486; Vossen/Swinkels; HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581; Burhoven Jaspers/De Kroon; HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 383; Bal/Keller 1; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584; Zeevisser; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583; Slot/Ceelen; HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93; Lindner/Mannaerts; HR 6 december 2002, *NJ* 2005, 125; Schwanen/Hundscheid 1; HR 2 september 2005, *NJ* 2006, 29; Rensing/Polak 2; HR 27 januari 2006, NJ 2008, 564, Schwanen/Hundscheid-2; HR 8 juni 2007, *RvdW* 2007, 561; HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 394; HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 400; HR 26 september 2008, *NJ* 2009, 40 en HR 10 juli 2009, *NJ* 2009, 377, Postbode.

40 HR 6 oktober 2000, *NJ* 2004, 58.

41 Het arrest staat dan ook bekend onder de noemer 'Moordhuwelijk'.

bovengrens: de verarming bij de een doch niet meer dan de verrijking bij de ander.

De vraag of ongerechtvaardigde verrijking als rechtsgrond voor correctie kan worden gebruikt is van meet af aan in discussie geweest. Vooral Schoordijk heeft meermaals betoogd dat aan een actie uit ongerechtvaardigde verrijking niet kan worden toegekomen indien sprake is van een contractuele verhouding tussen echtelieden.[42]

In het reeds genoemde arrest Kriek/Smit heeft de Hoge Raad de ongerechtvaardigde verrijking als rechtsgrond voor een verrekenvordering boven het nominale bedrag van het door de vrouw aanvankelijk in de gemeenschappelijke woning geïnvesteerde bedrag, onder oud recht afgewezen omdat geen verarming was opgetreden. Relevant is tevens het arrest van 11 april 1986, waarin de man geen vergoeding werd toegekend wegens door hem aan het huis van zijn vrouw verrichte werkzaamheden, omdat uit niets bleek dat hij zijn werkkracht elders tegen betaling had willen en kunnen aanwenden.[43] Ook in zijn arrest van 22 mei 1987 overweegt de Hoge Raad dat geen sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, wanneer op grond van de redelijkheid en billijkheid een vordering niet of niet meer kan worden geldend gemaakt.[44]

Van recenter datum is een uitspraak over een actie uit ongerechtvaardigde verrijking tussen ongehuwde samenwoners. De woning waarin het ongehuwde stel woonde stond op naam van de vrouw. Tijdens de relatie heeft de man werkzaamheden verricht en uitgaven gedaan ten behoeve van deze woning. De man stelt na het verbreken van de relatie een vordering in op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De woning was echter niet in waarde gestegen; de vrouw betoogde derhalve niet te zijn verrijkt. De Hoge Raad overweegt daarentegen dat van een ongerechtvaardigde verrijking ook sprake kan zijn indien de uitgaven ten behoeve van een verbouwing, ook al heeft die verbouwing niet tot een waardestijging van het pand geleid, voor rekening van de een zijn gekomen en de ander zich die uitgaven aldus heeft bespaard.[45]

Terzijde wordt opgemerkt dat in zeer bijzondere gevallen sprake zou kunnen zijn van een mogelijkheid tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, indien de ene echtgenoot zich op kosten van de andere echtgenoot heeft

---

[42] H.C.F. Schoordijk, 'Aan een actie uit ongegronde verrijking dienen wij in geval van een contract niet toe te komen', *WPNR* 5356 (1976). Zie ook De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz, nr. 277 e.v.

[43] HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622. Besproken door E.A.A. Luijten, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 5964 (1990). Zie ook Asser-De Boer, nr. 453; en Van Mourik-Verstappen, Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij scheiding, paragraaf 9.3.8.

[44] HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 231.

[45] HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 481.

verrijkt op een wijze, die hem naar de in het verkeer geldende opvatting als onrechtmatige daad kan worden toegerekend.[46]

2.2.1.6 Vermogensverschuiving tussen echtelieden; vergoedingsvorderingen

In twee categorieën van gevallen worden thans de gevolgen van koude uitsluiting voor de echtgenoot die geen vermogen heeft opgebouwd, gemitigeerd. In beide gevallen is sprake van een vermogensverschuiving tussen echtelieden waarbij de rechtsgrond voor de vermogensverschuiving niet van meet af aan duidelijk tussen partijen is afgesproken.

De eerste groep (behandeld in deze paragraaf) bestaat uit gevallen waarin een echtgenoot financiële middelen aan de andere echtgenoot ter beschikking heeft gesteld. De tweede groep (zie de volgende paragraaf) bestaat uit gevallen waarin een echtgenoot vermogensbestanddelen op naam heeft gekregen, geheel of gedeeltelijk gefinancierd door de andere echtgenoot.

Voor de eerste groep geldt de hiervoor al behandelde Kriek/Smit doctrine: indien vermogen van de ene echtgenoot is aangewend ter verkrijging van goederen door de andere echtgenoot, ontstaat een vergoedingsrecht ter grootte van het bedrag dat is aangewend. Het vergoedingsrecht behelst een nominale vordering waarover geen vergoeding voor het ter beschikking stellen (d.w.z. rente) verschuldigd is, tenzij op grond van een overeenkomst of uit de wet anders voortvloeit. Uitzonderingen gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid zijn evenwel ook niet geheel uitgesloten. In het bijzonder kan een uitzondering op zijn plaats zijn in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning, en vervolgens door ten tijde van die aankoop niet-voorziene omstandigheden een aanzienlijke waardevermeerdering heeft plaatsgevonden, zoals op de onroerendgoedmarkt.[47] Deze uitspraak heeft heel wat pennen in beweging gebracht.[48] Er openbaart zich een verschil tussen de

---

[46] Vgl. J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss.), Leiden: 1990, p. 182-183 en H.C.F. Schoordijk, 'De betekenis van de rechtswetenschap voor het notariaat', *WPNR* 6207 (1996).

[47] Zie paragraaf 2.2.1.3 over HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150.

[48] M.J.A. van Mourik, 'Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 5811 (1987); A.J.H. Pleysier, 'Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 5826 (1987) met naschrift van Van Mourik in hetzelfde nummer en K. Frielink, eveneens in *WPNR* 5826 (1987), en eveneens met naschrift van Van Mourik in hetzelfde nummer; H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 5839 (1987); J.M. van Dunné, 'Het beginsel van de goede trouw en de afwikkeling van de huwelijksgoederengemeenschap', *WPNR* 5849 (1987), met naschrift van Van Mourik en Van Schilfgaarde in hetzelfde nummer; H.C.F. Schoordijk, 'Twee recente arresten van de Hoge Raad over koude uitsluiting van iedere gemeenschap en hun betekenis voor de

auteurs die de relativering van de nominaliteitsleer toejuichen en de auteurs die deze ontwikkeling zorgelijk vinden.
Volgens heersende jurisprudentie dient de rechter echter terughoudendheid te betrachten bij het aanvaarden van een beroep op onvoorziene omstandigheden.[49] Deze lijn is in de literatuur bekritiseerd.[50]
Men heeft zich in de literatuur afgevraagd waarom de Hoge Raad zo terughoudend is waar het gaat om het aannemen van een correctievergoeding bij vergoedingsrechten, terwijl hij bij verrekenbedingen een ruime beleggingsleer aanneemt.[51] In beide gevallen gaat het immers om geldvorderingen tussen echtelieden, in het ene geval een geldvordering wegens gefourneerde gelden en in het andere geval een geldvordering wegens een verrekenbeding.[52]
Zie het in wetsvoorstel 28 867 voorgestelde art. 1:87 BW en de uitspraak van de Hoge Raad van 21 april 2006.[53] Zie ook HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 110.[54]

---

rechtspraktijk', *WPNR* 5858-5859 (1988); E.A.A. Luijten, 'De Hoge Raad, huwelijksvoorwaarden en de rechtszekerheid', *WPNR* 5865-6 (1988); H.C.F. Schoordijk, 'Luijtens visie op koude uitsluiting', *WPNR* 5868 (1988); A.H.M. Santen, 'Orthodoxie en heterodoxie in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 5871 (1988); A.L.M. Soons, 'Koude uitsluiting wat minder koud maar (nog?) niet warm', *FJR* 1988, p. 214 e.v.; P. Abas, 'De correctievergoeding van Anna Kriek', *WPNR* 5947 (1990); E. Cohen Henriquez, 'De rechtsverhouding tussen buiten elke gemeenschap gehuwde echtgenoten bij bepaalde vermogensverschuivingen', *WPNR* 5947 (1990); E. Cohen Henriquez, 'Lauwe uitsluiting van de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 6053 (1992), alsmede Gr. van der Burght, in: Notariaat en 150 jaar BW, Deventer 1988 en E.A.A. Luijten, Objectieve goede trouw en/of rechtszekerheid?, in Personenrecht in beweging, Ars Notariatus XXXIX, Deventer 1988. Vgl. ook voor een soortgelijk geval Rechtbank 's-Gravenhage 4 september 1985, *NJ* 1988, 336.

49 Vgl. paragraaf 2.2.1.3. Vgl. HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679; HR 30 juli 1989, *NJ* 1989, 786; HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 156 en meer in het bijzonder in het huwelijksvermogensrecht: HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 576 (EAAL; geen pensioenverrekening bij koude uitsluiting) en HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651 (EAAL; Kriek/Smit à l'inverse).

50 H.C.F. Schoordijk, 'Het arrest van Hoge Raad van 26-10-2001 (*RvdW* 2001, 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst', *WPNR* 6479 (2002), 'De syllabus errorum van de koude uitsluiting. Waarom de wetgever aan de zgn. koude uitsluiting bij voorrang aandacht dient te schenken' *NTBR* 2003, p. 7 e.v., *NJB* 2003, p. 218 e.v. en 'Het huwelijk als partnership', *WPNR* 6525 (2003), alsmede Gr. van der Burght, 'Het noodlot van een 'veel voorkomend type': of bij uitsluiting staat de vrouw in de kou', *WPNR* 6072 (1992), p. 890-895. Voorstander van deze lijn is E.A.A. Luijten, Vergoedingsrechten terecht in de lift?, EB klassiek, Deventer 2003, p. 77 e.v.

51 Met 'beleggingsleer' wordt bedoeld dat de vergoedingsaanspraak van een partner wegens door deze partner 'geïnvesteerde' gelden in een goed van de ander naar rato meegroeit (of meedaalt) met de waarde van het desbetreffende goed.

52 Gr. Van der Burght, Familierecht in het perspectief van de 21e eeuw, VPFA Millennium bundel, Deventer 2000, p. 30 e.v.; Pitlo/Van der Burght, Doek, Personen- en familierecht, nr. 235.

53 HR 21 april 2006, *NJ* 2007, 395. In gelijke zin de conclusie van de AG bij HR 25 juni 2010, *LJN* BM4649, waarover paragraaf 2.2.1.4.

De casus van laatstgenoemd arrest is betrekkelijk eenvoudig. Man en vrouw zijn in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. De echtelijke woning, die tot de huwelijksgemeenschap behoort, wordt in 1982 verkocht. Met de opbrengst wordt de bouw van de nieuwe echtelijke woning bekostigd. Die woning wordt gebouwd op een perceel grond dat ingevolge een uitsluitingsclausule aan de vrouw in privé toekomt. De grond wordt in 1984 bebouwd. De bouw wordt voor een bedrag van fl. 109.000 bekostigd uit de verkoopopbrengst van de eerste echtelijke woning en voor een bedrag van fl. 45.000 met een geldlening verstrekt door de moeder van de vrouw. Die moeder had het vruchtgebruik van de grond en bewoonde later zelf een gedeelte van de woning. Op de lening is staande huwelijk niets afgelost. De man wil meer dan de helft van de overwaarde van de vrouw vergoed hebben, stellende dat hij bovenmatige werkzaamheden aan de woning heeft verricht. De vrouw stelt dat hij op niet meer recht heeft dan ongeveer de helft van fl. 109.000. Voor het overige stelt zij dat sprake is van een voldoening aan een natuurlijke verbintenis.
De casus is in zoverre anders dan in het arrest Kriek/Smit, dat het niet ging om huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, maar om een gemeenschap van goederen. De vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden tussen deze gemeenschap en het eigen vermogen van de vrouw. Het voorgestelde art. 1:87 BW is ingevolge wetsvoorstel 28 867 echter op beide situaties toepasselijk.[55] De Hoge Raad heeft overigens reeds eerder geoordeeld dat het voor de toepassing van de Kriek/Smit doctrine niet uitmaakt of het goed dat mede of geheel door de ene echtgenoot is gefinancierd, geheel op naam van de andere echtgenoot staat, dan wel sprake is van meerinbreng door de ene echtgenoot bij gezamenlijke verkrijging. Ook dan is er plaats voor een vergoedingsrecht à la Kriek/Smit.[56] Het hof geeft de man gelijk op grond van de volgende argumenten:

a. De woning die er oorspronkelijk op stond was in slechte staat. Partijen hebben een grote bungalow gebouwd met de opbrengst van de eerste echtelijke woning.
b. Als de récompense aan de gemeenschap volgens de thans nog geldende hoofdregel wordt bepaald op het nominale bedrag van de onttrekking, dan profiteert de man niet mede van de waardestijging. Partijen zijn zich hiervan niet bewust geweest.

[54] Besproken door B.E. Reinhartz, 'Natrekking echtelijke woning door privégrond van de vrouw: Hoge Raad past Kriek-Smit-criterium toe op recompense', *JBN* 2008, nr. 19 en L.C.A. Verstappen, 'Anticipatie op het voorgestelde art. 1:87 BW (wetsvoorstel 28 867): HR 15 februari 2008, NJ 2008, 110', *WPNR* 6767 (2008).
[55] Vergelijk ook de voorgestelde art. 1:95 en art. 1:96 leden 3 en 4 BW.
[56] HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651.

c. De verkrijging van de woning door de vrouw in haar privévermogen is geschied krachtens de uitsluitingsclausule en dus niet op grond van een bewuste keuze van partijen zelf.
d. Zij waren in gemeenschap van goederen gehuwd waaruit voortvloeit dat zij in beginsel in gelijke mate delen in waardestijging en waardedaling.

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand:

> 'Het oordeel van het hof, dat geheel is gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van dit geval, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende begrijpelijk gemotiveerd. Voor zover in dit geval al van belang is of partijen zich tijdens hun huwelijk steeds van alle gevolgen van hun handelen voldoende bewust zijn geweest, heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat, ook indien de man op de hoogte was van de inhoud van het testament van de vader van de vrouw en hij zich heeft gerealiseerd dat hij geen mede-eigenaar was of zou worden van de woning die op de door de vrouw verkregen grond werd gebouwd, daaruit in de omstandigheden van dit geval niet volgt dat hij zich ook ervan bewust was dat hij in beginsel niet zou meedelen in de waardestijging van de echtelijke woning.'

Reinhartz betoogt dat in dit arrest niet wordt geanticipeerd op het voorgestelde art. 1:87 BW.[57] De hoofdregel blijft met andere woorden in stand en slechts in (zeer) bijzondere omstandigheden kan hiervan worden afgeweken. Ook de AG in zijn conclusie bij dit arrest betoogt dat met instandhouding van het arrest van het hof niet wordt geanticipeerd op het voorgestelde artikel. Verstappen heeft deze zienswijze betwist.[58] Het oordeel van het hof en van de Hoge Raad gaat verder dan uit Kriek/Smit voortvloeit. De in het voorgestelde art. 1:87 BW gehanteerde berekeningsmethode wordt immers gebezigd in plaats van een bescheiden correctievergoeding, terwijl de omstandigheden die voor het hof en de Hoge Raad redengevend zijn om te corrigeren à la Kriek/Smit en de facto art. 1:87 toe te passen, op de keper beschouwd niet zo bijzonder waren. Dat wil zeggen: de argumenten die zijn gebezigd gaan in vrijwel alle gevallen op waarin geld uit de gemeenschap wordt geïnvesteerd in vermogensbestanddelen die tot het eigen vermogen van een echtgenoot behoren. Ook in dit opzicht heeft het er alle schijn van dat de Hoge Raad de facto anticipeert op het voorgestelde art. 1:87 BW. De drempel die in Kriek/Smit is opgeworpen, lijkt hiermee te worden

[57] B.E. Reinhartz, 'Natrekking echtelijke woning door privégrond van de vrouw: Hoge Raad past Kriek-Smit-criterium toe op recompense', *JBN* 2008, nr. 19.

[58] 'Anticipatie op het voorgestelde art. 1:87 BW (wetsvoorstel 28 867): HR 15 februari 2008, NJ 2008, 110', *WPNR* 6767 (2008). Vergelijk ook diens 'Modehuis Nolly, art. 1:90 lid 3 en het voorgestelde art. 1:87', *WPNR* 6652 (2006).

afgebouwd, terwijl de berekening van de correctie niet beperkt is tot wat Verstappen beschouwt als 'een karige fooi'.
De minister van Justitie heeft bij de kamerbehandeling in eerste termijn van wetsvoorstel 28 867 het besproken arrest genoemd in zijn betoog over het voorgestelde art. 1:87 BW als voorbeeld van toepassing van de beleggingsleer:

> 'Ook de Hoge Raad heeft in zijn arrest van 15 februari meer ruimte gecreëerd voor de beleggingsleer.' En even verder: 'Recentelijk, op 15 februari 2008, heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest over vergoedingsrecht gewezen waarin de beleggingsleer is toegepast.'[59]

Illustratief is tot slot de casus van Hof 's-Hertogenbosch van 25 oktober 2005.[60] Partijen waren gehuwd in koude uitsluiting, behoudens de gemeenschap van inboedel. De vrouw stelt onder meer dat onverkorte uitvoering van de koude uitsluiting niet redelijk is, omdat zij onbezoldigd in het bedrijf van de man heeft meegewerkt. Het hof is van oordeel dat dit beroep op een vergoedingsrecht niet kan rechtvaardigen om van de huwelijkse voorwaarden af te wijken. Het hof kent daarnaast het beroep van de vrouw op verrekening van de waardestijging van twee registergoederen gedeeltelijk toe. Ten aanzien van het gezamenlijke huis bepaalt het hof dat de vrouw recht heeft op evenredige vergoeding van haar investering, zodat een evenredig deel van de gerealiseerde overwaarde aan haar moet worden uitbetaald.

2.2.1.7 Economische eigendom, maatschap of onbenoemde overeenkomst

Als rechtsgrond voor verrekening van de waarde van de echtelijke woning is in de literatuur ook wel de economische eigendom als rechtsfiguur geopperd. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat een aanspraak op verrekening bestaat die afhangt van de waardeontwikkeling van het goed, meestal de echtelijke woning.[61] De echtelijke woning wordt dan gezien als 'economische mede-eigendom', hoewel die alleen op naam van een echtgenoot staat. Santen heeft het begrip 'Inversie van verknochtheid' geïntroduceerd om deze uitzondering op de hoofdregel van koude uitsluiting (geen gemeenschappelijk vermogen) op treffende wijze te kenschetsen.[62]

---

59 Handelingen Tweede Kamer 26 maart 2008, p. 68-4758 en p. 68-4761 en 4762.

60 Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2005, *LJN* AV2163.

61 Vgl. J.M.A. Waaijer, *Het moderne vermogensrechtelijke echtscheidingsrecht*, diss. Leiden, 1981, p. 145 e.v. Pitlo/Van der Burght-Doek, nr. 328 en 556, J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding,* diss. Leiden, 1990, p. 55-90 en H.C.F. Schoordijk, 'Het arrest van Hoge Raad van 26-10-2001 (*RvdW* 2001, 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst', *WPNR* 6479 (2002).

62 A.H.M. Santen, *Notaris, echtscheiding en echtelijke woning* (preadvies KNB), 1987.

Ook zijn pogingen ondernomen om de maatschap als rechtsfiguur op te voeren. Evenals de figuur van de economische eigendom kan worden betoogd dat tussen twee in koude uitsluiting gehuwde echtelieden een maatschapsverhouding zou moeten worden aangenomen.[63] Met name Cohen Henriquez[64] heeft erop gewezen, dat hiervan onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn, met name indien beide echtgenoten regelmatig samenwerken in een bedrijf waarvan de opbrengsten aan beiden ten goede komen. In dit verband is geopperd dat men zich erop zou kunnen beroepen dat stilzwijgend een maatschap is ontstaan. De omstandigheden zouden dan kunnen worden gevonden in actieve samenwerking van partijen, met inbreng van (tenminste) hun nijverheid (arbeid).[65]
Deze redenering heeft weinig bijval gevonden, omdat zij zich zonder nadere overeenkomst tussen echtelieden moeilijk laat combineren met de expliciete uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. De Hoge Raad heeft de redenering voor de ongehuwd samenwonenden expliciet verworpen.[66] Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad in geval van buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten niet anders zal oordelen.
Tot slot kan – in het verlengde van bovenstaande, maar ook in nauwe aansluiting op paragraaf 2.2.1.4 over de redelijkheid en billijkheid – nog worden gewezen op de mogelijkheid dat wordt aangenomen dat sprake is van een nadere (eventueel stilzwijgende) overeenkomst tussen de echtgenoten. Het is niet ondenkbaar dat de echtgenoten in de loop van hun huwelijk stilzwijgend een overeenkomst tot bijvoorbeeld verrekening (en/of tot vertegenwoordiging in geval van verkrijging van andere dan registergoederen) hebben gesloten in afwijking van de huwelijkse voorwaarden.[67] Hier valt een parallel te ontwaren met enkele arresten over ongehuwde samenwoners, waar de Hoge Raad onder bepaalde omstandigheden een (stilzwijgende) overeenkomst tot verrekening aanwezig acht.[68]
De vraag rijst of het bestaan van een dergelijke overeenkomst binnen het huwelijk minder snel moet worden aangenomen dan in een buitenhuwelijkse samenleving.[69] De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 juni 2004 expliciet

---

63 Vgl. Asser/De Boer 1* 2010, nr. 454.
64 E. Cohen Henriquez, 'Miskende maatschappen', *WPNR* 6000 (1991).
65 Vgl. Hof 's-Gravenhage 22 oktober 1953, *NJ* 1954, 205. Vgl. ook J. van Duijvendijk-Brand, Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict, preadvies KNB 1994, p. 104.
66 Vergelijk HR 8 juli 1985, *NJ* 1986, 358, BNB 1985/239.
67 Vgl. Asser/De Boer 1* 2010, nr. 454.
68 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912 en HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23. Zie daarover paragraaf 2.3.4.3b.
69 In ontkennende zin antwoordt Asser/De Boer 1* 2010, nr. 454. Vgl. ook HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23 en J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, diss. Leiden, 1990, p. 89-91 en 173, alsmede G.J. Dommerholt, 'Vermogensrechtelijke aanspraken ondanks koude uitsluiting in geval van een gezamenlijke geldlening', *WPNR* 6629 (2005).

aangegeven dat huwelijkse voorwaarden niet door een andersluidende partijbedoeling of impliciete overeenkomst kunnen worden gewijzigd, maar dat daarvoor een notariële akte is vereist:

> 'Een gemeenschappelijke partijbedoeling als hier aan de orde, die een stilzwijgend gesloten overeenkomst tussen echtgenoten inhoudt waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan, regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden, dient immers ook zelf te worden aangemerkt als huwelijkse voorwaarde in de zin van art. 1:114 BW. Krachtens art. 1:115 BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Deze notariële tussenkomst strekt mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden (vlg. HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524); daarom kan van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn (HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353). In dit licht heeft het Hof terecht beslist zoals het heeft gedaan en kunnen ook de tegen deze beslissing gerichte motiveringsklachten niet tot cassatie leiden.'[70]

Onderscheid moet worden gemaakt tussen een (stilzwijgende) overeenkomst tot verrekening in afwijking van de huwelijkse voorwaarden en het doen ontstaan van een eenvoudige gemeenschap tussen echtgenoten, hoewel in koude uitsluiting gehuwd. Het eerste lijkt – indachtig HR 18 juni 2004 – moeilijk voorstelbaar, al zal onder omstandigheden op grond van onvoorziene omstandigheden of redelijkheid en billijkheid wel sprake kunnen zijn van een zekere verrekenplicht. Van het tweede is sprake indien de desbetreffende goederen aan hen gezamenlijk zijn geleverd.[71]

2.2.1.8 Vermogensverschuiving tussen echtelieden; natuurlijke verbintenis

Mitigatie van de gevolgen van koude uitsluiting treffen wij voorts aan bij een andere groep van gevallen: als de echtgenoot die geen vermogen voor zichzelf heeft kunnen opbouwen, vermogensbestanddelen op naam heeft gekregen, gefinancierd door de andere echtgenoot.

Het op naam krijgen van goederen, geheel of gedeeltelijk betaald door de andere echtgenoot, kan een voldoening van een tussen echtgenoten bestaande natuurlijke verbintenis inhouden, bijvoorbeeld wegens te laag beloonde werkzaamheden van de ene echtgenoot in de onderneming van de andere echtgenoot[72] of

---

70 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399.

71 Vergelijk ten aanzien van dat laatste de conclusie van de AG bij HR 25 juni 2010, *LJN* BM4649.

72 HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 en *NJ* 1988, 678, met noot EAAL (Bloemendaalse horeca).

wegens de verzorgingsbehoefte van de langstlevende echtgenoot.[73] Ook kan tussen echtelieden anders zijn overeengekomen of uit de redelijkheid en billijkheid, in verband met de omstandigheden van het geval, anders voortvloeien.[74]
Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een natuurlijke verbintenis, moet worden uitgegaan van de algemene maatstaf die wordt omschreven in art. 6:3 lid 2 aanhef en letter b BW. De problematiek moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven; geen beslissende betekenis komt toe aan het subjectieve inzicht van degene die de prestatie voldoet.[75]
Een objectieve aanwijzing dat het gaat om een naar maatschappelijke opvattingen dringende morele verplichting, kan worden gevonden in het gegeven dat de prestatie bestaat in het financieren van een woning die strekt tot waarborg dat de andere echtgenoot ook na het einde van het huwelijk in de woning mag blijven wonen. Deze waarborg zou niet tot zijn recht komen, als die andere echtgenoot het gevaar zou lopen de woning te moeten verkopen om aan de vergoedingsplicht jegens de ene echtgenoot of diens erfgenamen te kunnen voldoen. Het verschaffen van een zodanige waarborg zal vaak naar maatschappelijke opvattingen kunnen worden beschouwd als een prestatie die aan de andere echtgenoot op grond van een dringende morele verplichting toekomt. Daarbij zal acht moeten worden geslagen op de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijdse welstand en behoefte.[76]
Denkbaar is ook dat zich de situatie voordoet dat naar objectieve maatstaven weliswaar sprake is van een natuurlijke verbintenis, doch dat niettemin het verrichten van een bepaalde prestatie niet als het voldoen aan de natuurlijke verbintenis is te beschouwen. In uitzonderlijke situaties is niet uitgesloten dat partijen de objectieve aanwijzing dat sprake is van voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen doorbreken, bijvoorbeeld door ten tijde van het verrichten van de prestatie overeen te komen dat later ter zake van de prestatie zal worden betaald. Ook de omstandigheid dat partijen een gescheiden boekhouding voeren, kan bijdragen aan het oordeel dat van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis geen sprake is.[77]

---

[73] HR 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191.

[74] HR 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616. Vgl. voor een geval waarin het beroep op een natuurlijke verbintenis is afgewezen: Rechtbank Arnhem 2 juli 2009, *LJN* BD9230.

[75] HR 9 november 1990, *NJ* 1992, 212 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616.

[76] HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616. Vgl. ook HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 692: partijen zijn gehuwd in koude uitsluiting; de voormalige echtelijke woning, waar de vrouw met de kinderen woont, is eigendom van de vrouw. De koopsom en de daarop verschuldigde kosten zijn door de man voldaan. De voldoening van de koopsom door de man wordt aangemerkt als een voldoening aan een op hem rustende natuurlijke verbintenis.

[77] HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1. Vgl. Hof 's-Gravenhage 13 oktober 2004, *LJN* AR4247 voor een soortgelijk geval, waarin geoordeeld werd dat het feit dat de man meer dan de

In Hof Den Bosch 19 oktober 2004[78] luidde tot slot de conclusie dat de keuze om de woning gemeenschappelijk eigendom te maken ondanks de volledige financiering door een van partijen, gemaakt is ter voldoening aan een dringende morele verplichting als bedoeld in art. 6:3 BW, namelijk om de ene echtgenoot verzorgd achter te laten na een eventueel overlijden van de ander. Hierbij werd acht geslagen op de duur van het huwelijk (22 jaren), het feit dat de vrouw steeds voor het huishouden, de man en de dochter van partijen heeft gezorgd, alsmede dat de vrouw tijdens het huwelijk geen eigen inkomsten heeft genoten en geen vermogen opgebouwd.

2.2.1.9 Omzetting natuurlijke verbintenis

Een variant van de hiervoor genoemde mitigatie is de omzetting van een natuurlijke verbintenis in de zin van art. 6:5 BW. Van een dergelijke omzetting kan bijvoorbeeld blijken doordat een echtgenoot een levensverzekering afsluit, met de andere echtgenoot (met wie hij in koude uitsluiting is gehuwd en die is onterfd in zijn testament) als enige onherroepelijke begunstigde, en een van de twee termijnen van premiebetaling voldoet en dan overlijdt. Door de omzetting in een civiele verbintenis zijn de erfgenamen gehouden de tweede termijn ook te voldoen.[79]

2.2.1.10 Vergoeding van arbeid in huishouden of onderneming

De in de vorige paragrafen genoemde wijzen waarop de koude uitsluiting kan worden gemitigeerd, hebben gemeen dat ze veronderstellen dat er vermogen van de ene naar de andere echtgenoot is overgegaan. Deze gevallen betreffen echter slechts een deel van het totaal. Een vermoedelijk groot deel bestaat uit gevallen waarin geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden ten gunste van de echtgenoot die niet aan vermogensvorming heeft kunnen werken. Kan die echtgenoot in geval van werk verricht in het huishouden of in de onderneming van de andere echtgenoot vergoeding claimen voor verrichte werkzaamheden?
Er bestaat in ieder geval geen directe wettelijke grond om, als daarover geen afspraken zijn gemaakt, een aanspraak op vergoeding van arbeid in het huishouden of in de onderneming verricht op te baseren. Dientengevolge kunnen niet zonder meer aanspraken worden gebaseerd op verrichte werkzaamheden voor het gezin of voor de onderneming van de andere echtgenoot. Jurisprudentie hierover is schaars. Als gezegd is wel duidelijk dat de Hoge Raad de enkele

vrouw bijdroeg aan de verwerving van de op beider naam staande echtelijke woning geen voldoening aan een natuurlijke verbintenis constitueerde.

78 Hof Den Bosch 19 oktober 2004, *LJN* AS4514; RFR 2005, 41; VN 2005/16.17.

79 HR 6 oktober 1995, *NJ* 1996, 105. Zie J.B. Vegter, 'Omzetting en nakoming natuurlijke verbintenis, Huwelijksvoorwaarden, Nalatenschapschuld', *NTBR* 1996, nr. 4.

omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, niet voldoende acht om het tussen hen overeengekomen regime van uitsluiting van elke gemeenschap niet toe te passen.[80]
Evenmin vormt de onbezoldigd verrichte arbeid een rechtsgrond voor vermogensoverdracht op billijkheidsgronden. De Hoge Raad heeft deze rechtsgrond expliciet afgewezen.[81]
In de literatuur is van verschillende zijden aangedrongen op een regeling ter vergoeding van de arbeid verricht door de huishoudelijke echtgenoot.[82] Wortmann bepleit een regeling analoog aan de dwingendrechtelijke verzorgingsaanspraken in het erfrecht. Het zou een dwingendrechtelijke regeling moeten zijn die de huwelijksvermogensrechtelijke contractsvrijheid beperkt. Zij moet gelden in die gevallen waarin echtgenoten in koude uitsluiting zijn gehuwd ten behoeve van de echtgenoot die door arbeidsinspanningen in de huishouding of in het bedrijf van de andere echtgenoot heeft bijgedragen aan de vermogensvorming zonder zelf een passende vergoeding voor de verrichte arbeid te ontvangen. Volgens Wortmann past een dergelijke regeling bij de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin natuurlijke verbintenissen tot verzorging werden aangenomen om een vergoedingsplicht van de vrouw ter zake van door haar man ter beschikking gestelde gelden ter financiering van een huis te sluiten.[83]
Verbeke is voorstander van een dwingend participatierecht van huwelijksaanwinsten. Hij betoogt dat elke partner in een duurzame partnerrelatie, ongeacht de door hen getroffen onderlinge vermogensrechtelijke regeling, bij

---

80 HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529, met noot EAAL (Hilversumse horeca) en HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, met noot WMK (Rensing/Polak). Vgl. voor het vervolg HR 2 september 2005, *NJ* 2006, 29. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 8 september 1982, *NJ* 1983, 436). Uit de huwelijkse voorwaarden kan echter anders voortvloeien (Hof Amsterdam 10 maart 1988, *NJ* 1989, 579). Ook in fiscaal opzicht is men tamelijk terughoudend dergelijke vergoedingsaanspraken wegens verricht werk te aanvaarden; vgl. HR 21 juni 1995, VN 1995, p. 2415 e.v., waarover J.H. Weenink 'De onbetaalde onderneemster en de koude uitsluiting', *FBN* 1995, nr. 98.

81 HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622.

82 Vgl. Gr. Van der Burght, 'De huishoudelijke echtgenoot behoort bij echtscheiding niet zonder enige vergoeding voor de verrichte arbeid achter te blijven', *VPFA Millennium bundel*, Deventer 2000, p. 27 e.v.; Gr. van der Burght, 'De vervaltermijn, het verrekenbeding en de gratis arbeid', *WPNR* 1990/5962; J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss.), Leiden: 1990; W.E. Elzinga, 'Echtscheiding en koude uitsluiting', *NJB* 1988, p. 1439-1443; T.R. Hidma, 'Koude uitsluiting en huishoudelijke arbeid als redelijke grond voor wijziging van huwelijksvoorwaarden', in: *Een kapitein Twee schepen, Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. E.A.A. Luijten*, Zwolle: 1984, p. 73-87); M.J.A. van Mourik, 'Echtgenote of onbezoldigd huishoudster?', *FJR* 1986, p. 217; M.J.A. van Mourik, 'De huishoudelijke maatschap', *NJB* 1987, p. 178 e.v.; A.J.H. Pleijsier, 'Iets over de inhoud en reikwijdte van art. 1: 81 BW', *FJR* 1989, p. 111.

83 S.F.M. Wortmann, 'Bloemendaalse horeca en hoe verder?', *EB klassiek*, Deventer 2003, p. 86 e.v.

ontbinding van de relatie op dwingende wijze recht heeft op een in beginsel gelijke en verbintenisrechtelijke participatie in de aanwinsten uit arbeid die tijdens de relatie zijn opgebouwd.[84]
Van Duijvendijk-Brand komt in haar preadvies tot de conclusie dat de causa voor de huishoudelijke arbeid in de levensgemeenschap zelf is gelegen. Een echtscheiding maakt dat achteraf niet onverschuldigd. Er is daarom ook geen plaats voor ongerechtvaardigde verrijking. Een natuurlijke verbintenis is wel aannemelijk, ook al is het verrichten van de huishoudelijke arbeid op zich een voldoening aan de verbintenis die voor de huishoudelijke echtgenoot voortvloeit uit art. 1:81 BW. Zij is voorstander van rechterlijke wijziging van de huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, leidend tot een obligatoire aanspraak tot verrekening in beginsel bij helfte van de overgespaarde inkomsten, eventueel afhankelijk van de duur van het huwelijk en eventueel met een beneden- en bovengrens.[85]

2.2.1.11 Verrekening van te veel betaalde kosten van huishouding

Volgens art. 1:84 BW komen de huishoudkosten ten laste van het gemene inkomen van de echtgenoten en, voor zover dit ontoereikend is, ten laste van hun eigen inkomens in evenredigheid daarvan; voor zover de inkomens ontoereikend zijn, komen deze kosten ten laste van het gemene vermogen en, voor zover ook dit ontoereikend is, ten laste van de eigen vermogens naar evenredigheid daarvan. Hieruit volgt dat niet alleen de kosten van de huishouding bekend moeten zijn, maar ook de inkomens en vermogenspositie van echtelieden door de jaren heen.
Ook al zijn echtelieden koude uitsluiting overeengekomen, in de meeste gevallen bevatten de huwelijkse voorwaarden een regeling voor de kosten van de huishouding dan wel geldt de wettelijke regeling, art. 1:84 BW. De uit deze regelingen voortvloeiende verdeling van de draagplicht voor de gemaakte kosten van de huishouding wordt vrijwel nimmer nageleefd in de zin dat te veel betaalde kosten van de huishouding door de ene echtgenoot worden teruggevraagd van de andere echtgenoot.
Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad,[86] is de kans klein dat men succesvol het eventueel te veel betaalde terug kan vorderen als men meer dan

---

84 A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 6464 (2001), p. 947. Vgl. ook: A.L.P.G. Verbeke, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', TvPr 2001, p. 391 e.v. en A.L.P.G. Verbeke, 'Wettelijk verbod van koude uitsluiting', *NJB* 2001 p. 2185.

85 J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict*, preadvies KNB 1994, p. 161 e.v. Vgl. ook haar uitgebreide beschouwingen in *Afrekenen bij (echt)scheiding,* diss. Leiden, 1990.

86 HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 231 en HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 561. Zie voor het vervolg Hof Amsterdam 1 februari 1996, *NJ* 1997, 235.

een jaar wacht met verrekening van te veel betaalde kosten van de huishouding. Echtgenoten houden van deze kosten veelal geen nauwkeurige administratie bij, waardoor het na verloop van tijd niet goed meer mogelijk is om te achterhalen hoe de verrekening zou moeten plaatsvinden. Daarom ligt het volgens de Hoge Raad voor de hand dat de onderlinge afrekening periodiek moet plaatsvinden na het verstrijken van ieder kalenderjaar.
Een mogelijke ontwikkeling is te vinden in een arrest van de Hoge Raad waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad op deze jurisprudentie is teruggekomen.[87] In deze uitspraak ging het om een vervalbeding dat ter zake van de kosten van de huishouding was gemaakt. De vraag was of de jurisprudentie inzake vervalbedingen ter zake van verrekenbedingen ook van toepassing is op een vervalbeding ter zake van te veel betaalde kosten van de huishouding. De Hoge Raad oordeelt:

> 'Een beroep op een vervalbeding als in deze zaak aan de orde is niet zonder meer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De echtgenoot of gewezen echtgenoot die zulk een vervalbeding inroept, behoeft dus geen bijzondere omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die het beroep op het beding rechtvaardigen. Dat is niet anders in een geval waarin vaststaat dat vergoeding wordt gevorderd van bedragen die integraal besteed zijn aan de kosten van de huishouding.'

Deze overwegingen zijn in zoverre opmerkelijk, dat indien sprake is van rechtsverwerking, een beroep op een vervalbeding in het geheel niet nodig zou zijn geweest. Toch vindt de Hoge Raad – althans volgt uit nauwkeurige lezing van het arrest – dat een beroep op een vervalbeding mogelijk is, daarmee impliciet terugkomend op het arrest Ter Kuile-Kofmann. Dit standpunt veronderstelt immers, dat de rechtsvordering tot verrekening van te veel betaalde kosten van de huishouding nog bestaat.[88]
Als echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd of een verrekenbeding zijn overeengekomen, zal het niet jaarlijks verrekenen van te veel betaalde kosten van de huishouding geen groot probleem zijn, aangezien de andere echtgenoot via zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap dan wel door zijn aanspraak op verrekening, meedeelt in hetgeen de ander meer overhoudt. Men zou kunnen zeggen dat de verrekening indirect plaatsvindt, via de gemeenschap van goederen of een verrekenbeding. Het enige nadeel dat daaraan kleeft is dat degene die meer dan zijn draag- en fourneerplicht heeft bijgedragen, veelal pas aan het einde van het huwelijk de beschikking krijgt over het

[87] HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 217.
[88] Vgl. C.A. Kraan, 'Verrekening van te veel betaalde kosten van de huishouding', *FTV* november 2006, p. 6.

overgespaarde deel van het inkomen of vermogen, waar hij – indien de huishoudelijke kosten zouden zijn verrekend – in feite eerder recht op had.
Dat is echter niet het geval indien echtelieden bij huwelijkse voorwaarden koude uitsluiting zijn overeengekomen. In dat geval pakt deze jurisprudentie van de Hoge Raad slecht uit voor de echtgenoot die feitelijk te veel kosten heeft betaald uit inkomen of andere bronnen. Vooral wanneer sprake is van een traditioneel rollenpatroon binnen het gezin, zal de huishoudelijke echtgenoot eerder eigen financiële middelen die direct ter beschikking staan aanwenden, dan de andere echtgenoot om middelen vragen ter bestrijding van de kosten van de huishouding.

2.2.1.12 Verrekening/verevening van opgebouwde pensioenrechten

De Wet pensioenverevening bij scheiding voorziet sinds 1 mei 1995[89] in een algemene regeling van verevening van pensioenrechten die in beginsel onafhankelijk is van het tussen echtelieden geldende huwelijksvermogens-regime. Naar het voor 1 mei 1995 geldende recht kon een echtgenoot in geval van uitsluiting van elke gemeenschap van goederen na echtscheiding in beginsel geen aanspraak maken op een deel van het ouderdomspensioen waarop de andere echtgenoot rechthebbende is.[90]
Dit was niet anders als partijen een Amsterdams verrekenbeding waren overeengekomen. Indien echtelieden daaromtrent niets waren overeengekomen, en door een der echtelieden uit zijn inkomsten voor de opbouw van pensioen premies zijn betaald, dan ligt het volgens de Hoge Raad veeleer voor de hand die betalingen niet als bespaard maar als verteerd aan te merken nu de aldus betaalde bedragen niet meer ter vrije besteding van de echtgenoten staan.[91]

2.2.1.13 Verrekenbedingen met vervaltermijn

In menige akte van huwelijkse voorwaarden treft men een vervaltermijn aan, bijvoorbeeld aldus geformuleerd dat verrekening niet meer kan worden gevorderd indien na het ontstaan van de desbetreffende vordering een termijn is verstreken van bijvoorbeeld één, twee of vijf jaren. Huwelijkse voorwaarden met een verrekenbeding veranderen daardoor in koude uitsluiting.
Werd het vervalbeding in het arrest Sonnevanck[92] nog wel als geldig aangemerkt, in het arrest Rensing/Polak[93] heeft de Hoge Raad de werking van

[89] Invoering van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, Stb. 1994, 342.
[90] HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 576.
[91] HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 686.
[92] HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463, met noot WMK.
[93] HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, met noot WMK.

vervalbedingen in het algemeen onderuit gehaald vanwege de onbillijkheid die daarin schuilt:

> '4.3.3. Bij beantwoording van de vraag of het onderhavige beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is in het bijzonder van betekenis dat een beding als het onderhavige naar zijn aard in belangrijke mate de werking ontneemt aan de tussen partijen overeengekomen verrekening van hetgeen jaarlijks van hun zuivere inkomsten resteert, alsmede dat om voor de hand liggende redenen partijen in het algemeen niet tot verrekening zullen overgaan zolang de huwelijkse samenleving voortduurt. Van belang is voorts dat, zoals in de literatuur is opgemerkt, partijen zich veelal niet bewust zullen zijn van de consequenties van een beding als het onderhavige en ook als gevolg daarvan jaarlijkse verrekening achterwege zullen laten. Een en ander brengt mee dat een beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht in een geval waarin een van de gewezen echtgenoten na hun echtscheiding verrekening vordert van in het verleden overgespaarde inkomsten, tenzij blijkt van, door de echtgenoot die zich op het vervalbeding beroept te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen.'

In 1988 kwam een vervalbeding in 56% van het aantal periodieke verrekenstelsels voor, in 1996 in 32% van het aantal periodieke verrekenbedingen. Het aandeel van in huwelijkse voorwaarden opgenomen vervalbedingen daalde na voormeld arrest spectaculair scherp naar 9,9% in 1998 en 4,5% in 2003.

2.2.1.14 Facultatieve eenzijdige verrekenbedingen

Het facultatief verrekenbeding met vetorecht wordt daarentegen in de jurisprudentie tot op heden weinig in de weg gelegd.[94]

Naar analogie met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake vervalbedingen zijn ook voor het facultatief verrekenbeding met vetorecht termen aanwezig om het eenzijdige element in het verrekenbeding (dat slechts verrekend wordt als beide partijen meewerken aan de verrekening) te mitigeren. Betoogd kan worden dat onder omstandigheden (met name als de strekking van dit beding onvoldoende duidelijk is gemaakt) het beroep van een echtgenoot op het vetorecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht, tenzij de echtgenoot die zich op het vetorecht beroept omstandigheden stelt en zo nodig bewijst, die een beroep op het beding rechtvaardigen.

---

[94] Vgl. Hof Amsterdam 22 juni 2006, *LJN* AY3871, *JPF* 2008/117, Hof Arnhem 13 juni 2006, *LJN* AY5543, waarover L.C.A. Verstappen 'Een verrekenbeding als fopspeen', *WPNR* 6725 (2007) en 'Boekbespreking', *WPNR* 6817 (2009) en L.H.M. Zonneberg in diens proefschrift *Het verrekenbeding*, OU, 2009. Vgl. laatstelijk nog Rechtbank Haarlem 12 januari 2010, *LJN* BL0633, *RFR* 2010, 67.

2.2.2 Bekendheid met inhoud van huwelijkse voorwaarden

Een interessante vraag is in welke mate gehuwden met koude uitsluiting zelf op de hoogte zijn van de aard van hun huwelijkse voorwaarden. Behalve een Utrechts onderzoek is hierover maar weinig bekend. In Utrechts onderzoek, verricht door Deirdre Giesen, was als vraagstelling gekozen: 'in hoeverre weten mensen die onder huwelijkse voorwaarden zijn getrouwd wat zij feitelijk hebben vastgelegd in hun huwelijkse voorwaarden?'[95]

Om die vraag te onderzoeken, is in 1996 een groep van 1228 echtparen genomen waarvan er 176 huwelijkse voorwaarden hebben. Van deze laatste groep hebben 93 echtparen toestemming gegeven de huwelijkse voorwaarden op te vragen. Van de 93 opgevraagde huwelijkse voorwaarden zijn er 65 toegezonden, de overige konden om uiteenlopende redenen niet worden gestuurd. Er is een steekproef genomen van 61 huwelijkse voorwaarden. Deze zijn door Verstappen geclassificeerd. De conclusie uit dit onderzoek was dat grote onduidelijkheid bestaat voor wat betreft het type huwelijkse voorwaarden: 53% had het type huwelijkse voorwaarden onjuist. Slechts 14 % dacht ten onrechte een vervaltermijn te hebben, terwijl ruim 80 % ten onrechte veronderstelde geen vervaltermijn te hebben. In totaal werden vier vragen gesteld: 82 % had een of meer vragen fout. Van de respondenten kwalificeerde 65% de eigen kennis over de gemaakte huwelijkse voorwaarden als slecht tot zeer slecht. De mate waarin de respondenten informatie geven is niet gerelateerd aan de duur van het huwelijk, wel in lichte mate aan het opleidingsniveau van de respondenten: hoe hoger de opleiding, des te beter het kennisniveau.

De conclusie uit het genoemde onderzoek is dat het kennisniveau over de eigen huwelijkse voorwaarden erg laag is, terwijl gevreesd moet worden dat men al helemaal geen idee heeft hoe de huwelijkse voorwaarden in het licht van gewijzigde omstandigheden en nieuwe jurisprudentie en wetgeving in concrete gevallen uitpakken.

2.2.3 Korte conclusie gehuwden

De vraag naar de mogelijkheden die het Nederlandse recht thans kent om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie te ondervangen is hiervoor in detail besproken. Daarbij is uitvoerig ingegaan op de commentaren vanuit de rechtspraktijk en –wetenschap.

De Hoge Raad heeft in tamelijk constante jurisprudentie een vrij strikte opvatting over koude uitsluiting laten zien. Slechts onder bijzondere omstandigheden kunnen eenmaal tot stand gekomen huwelijkse voorwaarden inhoudende

[95] Auteur Verstappen is bij dit onderdeel van het onderzoek betrokken geweest. Deze gegevens zijn afkomstig uit eigen materiaal van Verstappen.

koude uitsluiting worden doorbroken. Hoewel de wet diverse voorzieningen bevat op grond waarvan onbillijkheden die ten gevolge van koude uitsluiting ontstaan, binnen het bestaande systeem van het vermogensrecht kunnen worden bestreden, wordt slechts in een aantal uitzonderingssituaties daarvan daadwerkelijk gebruik gemaakt.

Mitigatie van koude uitsluiting vindt plaats wanneer vermogensverschuivingen hebben plaatsgevonden: onder omstandigheden kan sprake zijn van voldoening aan een natuurlijke verbintenis tot verzorging (met name als het om het verschaffen van woongenot gaat), terwijl in geval van ter beschikking stellen van geldmiddelen de vergoedingsvordering onder omstandigheden wordt gecorrigeerd op billijkheidsgronden. Mitigatie vindt ook plaats door de jurisprudentie inzake vervalbedingen: niet nagekomen verrekenbedingen dienen ondanks het vervalbeding in beginsel toch te worden nagekomen en resulteren dientengevolge niet in koude uitsluiting.

In de literatuur zijn ruwweg twee stromingen te zien: de stroming die de bezwaren van koude uitsluiting wel onderkent, maar het beginsel van de gebondenheid aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden laat prevaleren. Aanhangers van de andere stroming hechten minder aan het dwingende karakter van de eenmaal gesloten overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en vinden dat het mogelijk moet zijn om koude uitsluiting in huwelijkse voorwaarden op de een of andere manier open te breken teneinde tot een rechtvaardige oplossing te geraken.

Over het algemeen kan worden gesteld dat de literatuur in meerderheid voor het op de een of andere manier openbreken van koude uitsluiting is, al verschillen de meningen over hoe dat het beste zou kunnen gebeuren.[96]

Tot en met de jaren zeventig van de vorige eeuw was koude uitsluiting populair. Dat heeft dan ook vooral in de jaren tachtig van de vorige eeuw geleid tot nogal wat jurisprudentie over gevallen van koude uitsluiting.[97] In de jaren tachtig en

---

[96] Voor een overzicht van literatuur en rechtspraak zie: Asser-De Boer 1* 2010, nr. 454, Pitlo/Van der Burght/Doek, nr. 550-562, alsmede J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict,* Preadvies KNB 1994, p. 93-101, J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, diss. Leiden 1990.

[97] HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622, met noot G (Baartman/Huijbers); HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 231, met noot EAAL; HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, met noot PvS (Kriek/Smit), met als vervolg Hof 's-Gravenhage 4 november 1988, *NJ* 1989, 540; HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 en *NJ* 1988, 678, met noot EAAL (Bloemendaalse horeca); HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529, met noot EAAL (Hilversumse horeca); HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 576, met noot EAAL (afwijzing pensioenverrekening); HR 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191, met noot EAAL, BNB 1991/124, met noot Laeijendecker, RN 1993, 325, met noot WE; HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651, met noot EAAL; HR 21 juni 1995, *NJ* 1996, 603, met noot WMK; HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616, met noot WMK (Le

negentig van de vorige eeuw kwamen verrekenbedingen in zwang en hebben zij koude uitsluiting als model in de rechtspraktijk verdrongen. In de jurisprudentie is deze ontwikkeling vanaf midden jaren tachtig terug te zien doordat het aantal uitspraken over verrekenbedingen vanaf dat moment sterk steeg, terwijl daarentegen het aantal uitspraken inzake huwelijkse voorwaarden met koude uitsluiting, sterk afnam.
In paragraaf 5.3 wordt nader op de in dit hoofdstuk besproken juridische mogelijkheden ingegaan; de bevindingen uit het empirische deel en het rechtsvergelijkende deel worden daarbij betrokken.

2.3 Ongehuwd samenwonenden

2.3.1 Inleiding

De Minister heeft bij de in paragraaf 1.2 genoemde mondelinge behandeling van wetsvoorstel 28 867 toegezegd niet slechts de wenselijkheid en mogelijkheden van aanvullende wetgeving met betrekking tot in huwelijkse voorwaarden opgenomen koude uitsluiting te zullen verkennen. Hij zegde tevens toe te zullen bezien in hoeverre een bijzondere vermogensrechtelijke regeling wenselijk is met betrekking tot de verbreking van een duurzame relatie door ongehuwde en ongeregistreerde stellen.
Parallel aan de voorgaande beschouwingen staan in dit onderdeel de volgende vragen centraal:

- Welke mogelijkheden kent het Nederlandse recht thans om problemen van materiële aard en onbillijke vermogensverdeling na verbreking van een niet-huwelijkse relatie te ondervangen?
- Wat zijn de commentaren hierop vanuit rechtspraktijk en –wetenschap?
- In welke mate worden die mogelijkheden thans al dan niet met succes toegepast?

Wij merken op dat de problematiek zoals die voor gehuwden met koude uitsluiting in de vorige paragraaf is beschreven, ook geldt voor ongehuwden zonder samenlevingsovereenkomst en voor ongehuwden met een samenlevingsovereenkomst die materieel overeenkomt met koude uitsluiting. Hetgeen aldaar is beschreven, wordt in deze paragraaf niet herhaald. Wel wordt aangegeven in hoeverre de aldaar weergegeven stand van rechtspraak, wetgeving en literatuur van overeenkomstige toepassing is op ongehuwd samenwonenden. Een en ander maakt dat dit hoofdstuk aanzienlijk korter is dan het vorige.

Miralda); HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88 (melkquotum); HR 20 september 2002, JOL 2002, 477.

2.3.2 Terminologie en definitie

De voor 'ongehuwde, niet-geregistreerde stellen' gebruikte terminologie is niet eenduidig; er bestaan talrijke manieren om de ongehuwden aan te duiden.[98] Op het gebied van de regelgeving is gepoogd door middel van een bepalingen in de Aanwijzingen voor de regelgeving enige uniformiteit te scheppen. Zo schrijft art. 72a van genoemde Aanwijzingen voor dat indien uit een regeling rechten of verplichtingen van niet-financiële aard voortvloeien voor twee meerderjarigen die, anders dan als elkaars echtgenoot of geregistreerde partner, met elkaar een nauwe persoonlijke betrekking onderhouden, zij worden aangeduid als: *levensgezel*. Vloeien uit een regeling rechten of verplichtingen van financiële aard voort voor twee meerderjarigen die, anders dan als elkaars echtgenoot of geregistreerde partner, een gezamenlijke huishouding voeren, dan worden zij aangeduid als: *ongehuwd samenlevende*.
Binnen de fiscale wetgeving wordt eenheid nagestreefd door de introductie in art. 5a Algemene Wet Rijksbelastingen van een partnerbegrip dat geldt voor alle fiscale wetten, met ingang van 1 januari 2011.
In navolging van de Aanwijzingen voor de regelgeving bezigt dit rapport veelal de term 'ongehuwde samenlevers' en 'ongehuwde samenwoners'. Andere aanduidingen komen evenwel ook voor. Zie voorts paragraaf 5.4.2.
Op diverse plaatsen is een uitgebreide inventarisatie gemaakt van alle wetgeving die rechtsgevolgen verbindt aan niet-geïnstitutionaliseerde samenlevingsvormen.[99] Omdat in dit rapport de klemtoon ligt op de gevolgen van de beëindiging van de samenwoning, wordt niet uitputtend op al deze wetgeving ingegaan. Slechts waar zij in de context relevant is, komt zij ter sprake.

2.3.3 Vermogensrechtelijke gevolgen; algemeen

De vraag welke mogelijkheden het Nederlandse recht thans kent om problemen van materiële aard en onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de niet-huwelijkse relatie te ondervangen – en in welke mate deze mogelijkheden in de praktijk naar behoren functioneren – behelst voornamelijk een vraag naar de *bescherming* van de partner die vermogensrechtelijk in de problemen dreigt te komen als gevolg van deze verbreking. Eveneens als onbillijk kan worden ervaren de situatie dat de ene echtgenoot heeft meegewerkt aan vermogensvorming bij de ander en daarvan bij de scheiding niets krijgt; van behoeftigheid is wellicht in dat geval geen sprake.

---

98 Uitgebreid hierover W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, p. 200-204.

99 Zie bijvoorbeeld het eindrapport van de Commissie inzake de openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, 1998, en W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, bijlage I.

In dit licht wordt in het onderstaande bezien welke vermogensrechtelijke consequenties ongehuwd samenwonen naar de huidige stand van het recht heeft.
Vooropgesteld zij dat het burgerlijk recht – op enkele uitzonderingen na – geen vermogensrechtelijke gevolgen verbindt aan de feitelijke gedraging inhoudende samenwonen.[100] De onderlinge verhouding tussen de samenwoners is van belang voor de vraag of niet toch vermogensrechtelijke gevolgen aan hun feitelijke gedragingen moeten worden verbonden: het maakt bijvoorbeeld verschil of zij met een zakelijk oogmerk handelen of uit genegenheid.[101]
De volgende rechtsgebieden worden in dit kader aan een nadere beschouwing onderworpen: het huwelijksvermogensrecht, het verbintenissenrecht, het rechtspersonenrecht en het erfrecht.

2.3.4 Huwelijksvermogensrecht

2.3.4.1 Analogie

Verdedigbaar is dat in sommige gevallen enkele huwelijksvermogensrechtelijke regels per analogiam van toepassing zijn op ongehuwd samenwonenden.[102] Gelet op de diversiteit in de groep der samenwoners, is echter geen eenduidige regel te geven met betrekking tot deze analogie. Zonder dat een der partijen meer aantoont dan slechts het bestaan van de niet-huwelijkse relatie, lijkt de analogie moeilijk vol te houden.[103] Het aantonen van expliciete of stilzwijgende afspraken tussen de partners is nodig om de overeenkomstige gelding van enkele bepalingen uit Boek 1 BW te rechtvaardigen.
Het zal daarbij gaan om 'intern werkende' bepalingen, dat wil zeggen regels die zien op de vermogensrechtelijke verhouding tussen de partners.[104] Moeilijk valt in te zien waarom aan extern werkende voorschriften als art. 1:85 en art. 1:88 BW naar de huidige stand van het recht analoge werking zou kunnen toekomen, zeker wanneer dit ten nadele van derden, die daarop niet bedacht zijn, zou werken. Op de analoge toepassing van het huwelijksvermogensrecht wordt hieronder nader ingegaan.

---

[100] Deze uitzonderingen zijn bijvoorbeeld art. 1:160 BW (einde alimentatie bij 'samenwonen als waren zij gehuwd'), art. 4:28 lid 2 BW (dwingend woonrecht na overlijden partner) en art. 7:268 lid 2 BW (voortzetting huur na overlijden partner).
[101] Vgl. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, 2008, 26.1.
[102] Vgl. W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, p. 229 e.v.
[103] Men vergelijke HR 17 december 2004, *LJN* AR3636.
[104] Zie bijvoorbeeld G.J.C. Lekkerkerker, 'Het samenlevingscontract; zijn ordenende functie in privaatrechtelijke zin', *WPNR* 6364 (1999). Uitgebreid over de positie van derden: Asser/De Boer 1* 2010, nr. 580.

2.3.4.2 Onderhoudsverplichtingen tussen samenwoners

2.3.4.2a Levensonderhoud

Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen. Aldus de bekende regel van art. 1:81 BW. Gesteld kan worden dat achter dit algemene art. 1:81 BW – als 'vangnet' in Titel 1.6 BW – een gedachte schuil gaat van lotsverbondenheid die ook op bepaalde samenlevingsvormen analoog toepassing zou kunnen vinden.
Uit bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat enkel samenwonen geen rechtsplicht schept tot onderhoud.[105] Zonder nadere afspraak gelden voor ongehuwde samenwonenden noch de rechten en plichten uit art. 1:81 BW, noch die op het gebied van de partneralimentatie. Dit laat onverlet dat op grond van een overeenkomst – expliciet of stilzwijgend – onderhoudsverplichtingen kunnen ontstaan, zowel ten aanzien van de periode ten tijde van de samenleving als ten aanzien van die na verbreking van de relatie. Ook het bestaan van een natuurlijke verbintenis op grond waarvan de partner voor enige tijd dient te worden onderhouden, behoort tot de mogelijkheden.[106] Het komt hier aan op een duiding van de feiten, zoals de aard, de duur en de invulling van de samenwoning en het bestedingspatroon van de samenwoners. In uitzonderlijke gevallen kan een actie op grond van onrechtmatige daad uitkomst bieden.[107]

---

[105] HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 82, HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 927, en HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711. Expliciet hierover HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 397: 'Het middel gaat ervan uit dat, in geval de vrouw tijdens het geding tot echtscheiding met een andere man zou samenleven als waren zij gehuwd, zij voor haar levensonderhoud voor de duur van dat geding geen beroep zou kunnen doen op haar echtgenoot, aangezien in dat geval de verplichting om in haar levensonderhoud te voorzien op die andere man zou rusten. Dit uitgangspunt vindt geen steun in het recht [...].'

[106] Zie ook HR 27 februari 1980, BNB 1980/113, Pitlo/Van der Burght/Doek, nr. 623, W.J.M. Davids, 'Alimentatie... Niet in de lengte, wel in de breedte', in: *Samenleven Samenwerken* (Cohen Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 81 e.v. en A.G. Lubbers, 'Niet door rechtshandeling overbrugbare vermogensrechtelijke verschillen tussen huwelijk en concubinaat', in: *Samenleven Samenwerken* (Cohen Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 224-225. Vgl. Asser/De Boer 1* 2010, nr. 568.

[107] Vergelijk Hof Leeuwarden 1 februari 1984, *NJ* 1984, 673. De vrouw vordert schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, aanvoerende dat de man, toen het stel ging samenwonen, haar in strijd met de waarheid heeft voorgespiegeld dat hij de bedoeling had blijvend met haar te gaan samenwonen. Ten gevolge hiervan heeft zij haar woning opgegeven en is zij verhuisd, waardoor zij schade heeft geleden. Het Hof: 'Deze grondslag kan – indien feitelijk juist – de vordering dragen, aangezien een onware voorspiegeling als bedoeld strijdt met de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van eens anders persoon bestaat.'

2.3.4.2b Kosten van de huishouding

Ten aanzien van de mogelijke analoge toepassing van de in art. 1:84 BW neergelegde draagplichtverdeling bestaat verschil van mening in de literatuur. Gezien zijn interne werking bestaat grond voor analogie. In de literatuur acht de meerderheid der auteurs art. 1:84 BW voor analoge toepassing vatbaar.[108] Voor de uitwerking van deze analoge toepassing wordt verwezen naar paragraaf 2.2.1.11.

2.3.4.3 Gemeenschap van goederen, reallocatie

Hier dient onderscheid te worden gemaakt tussen goederen die aan een van de samenwoners in eigendom toebehoren en goederen die aan hen gezamenlijk toekomen.

2.3.4.3a Gezamenlijke goederen

Bescherming van samenwoners vindt plaats doordat goederen die in een eenvoudige gemeenschap zitten, niet zomaar kunnen worden verdeeld: blijkens art. 3:175 lid 1 BW kan de rechtsverhouding tussen de deelgenoten zich daartegen verzetten.

Hier blijkt dat er een verschil bestaat tussen de huwelijksgemeenschap en de eenvoudige gemeenschap op het gebied van de beschikkingsmacht en de verhaalsmogelijkheden op de aandelen in de gezamenlijke goederen. Bij de ontbonden huwelijksgemeenschap speelt blijkens art. 3:190 en 3:191 BW zowel bij het beschikken over als bij het uitwinnen van het aandeel de rechtsverhouding tussen de deelgenoten een rol. Bij de eenvoudige gemeenschap daarentegen kan het beschikken wel, doch het uitwinnen niet door de rechtsverhouding worden gedwarsboomd. In afdeling 3.7.2 ontbreekt een bepaling als art. 3:175 lid 3 BW.[109]

---

[108] Zie bijvoorbeeld A.R. de Bruijn, W.G. Huijgen, B.E. Reinhartz, C.G. Breedveld-de Voogd, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Kluwer 2010, Asser/De Boer 1* 2010, nr. 569. In deze zin bijvoorbeeld ook Rechtbank Leeuwarden 12 september 1991, *Praktijkgids* 1992, 3654. Zie over de fiscale kant N.C.G. Gubbels, 'De fiscale aspecten van de bijdrage in het levensonderhoud tussen (ex-)ongehuwd samenwonenden', *WPNR* 6808 (2009), p. 674-681.

[109] Bij uitwinning geldt de beperking niet, zo volgt uit art. 3:175 lid 3, omdat de rechtsverhouding mede wordt gevormd door wat de deelgenoten onderling afspreken BW; deze afspraken zouden de uitwinning niet moeten kunnen blokkeren. Een andere reden vormt de mogelijkheid van de deelgenoten om ter gelegenheid van de executie zelf een bod op het aandeel te doen. Vergelijk MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 599, W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap: een rechtsvergelijkende studie*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 326, en kritisch H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988, p. 197-200.

Wat houdt de 'rechtsverhouding tussen de deelgenoten' in? Uit art. 3:166 lid 3 BW blijkt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid een bijdrage leveren aan deze verhouding. De rechtsverhouding wordt echter gevormd door meer componenten dan alleen de redelijkheid en billijkheid. Betekenis komt ook toe aan wat de deelgenoten, hetzij impliciet, hetzij expliciet zijn overeengekomen over beschikkingsbevoegdheid en uitwinning; men vergelijke onder meer de overeenkomst van art. 3:168 BW. Het karakter van de gemeenschap speelt eveneens een rol. Men kan zeggen dat de onderhavige gemeenschap *intuitu personae* is aangegaan, hetgeen voor een sterke gebondenheid pleit.
Dat leidt bijvoorbeeld tot de conclusie dat een aandeel in een gemeenschappelijke woning niet zonder toestemming van de ene partner door de ander vervreemd kan worden.
Inzake het *bewijs* van gemeenschappelijkheid wordt door diverse auteurs voor de ongehuwde samenwoners aansluiting gezocht bij art. 1:131 BW, welke bepaling een goed als gemeenschapsgoed aanmerkt, indien tussen echtgenoten een geschil bestaat over de vraag aan wie van hen beiden een recht aan toonder of een zaak die geen registergoed is, toebehoort en geen van beiden zijn recht op dit goed kan bewijzen.[110] Deze bepaling heeft interne werking: zij werkt blijkens lid 2 niet ten nadele van de schuldeisers der twistende partners.

2.3.4.3b Pseudo-huwelijksgemeenschap

Het is een aantal malen voorgevallen dat een rechter een quasi-huwelijksgemeenschap (algeheel, of ten aanzien van een bepaald goed) aanwezig acht bij ongehuwd samenwoners, met ogenschijnlijk als enige fundament de langdurige samenwoning. Een ondubbelzinnige illustratie hiervan vormt de uitspraak van Rechtbank Groningen van 5 november 1976:

> 'O. dat voor de rechtsregels, waaraan een dergelijk samenleven onderworpen is, zo veel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij het huwelijksrecht;
> O. dat dit voor het samenlevingsgoederenrecht betekent, dat moet worden uitgegaan van het rechtsvermoeden van een algehele gemeenschap van goederen, terwijl de meerdere of mindere mate van uitsluiting dier gemeenschap als uitzondering moet worden aangetoond;'[111]

[110] Zie onder meer C.A. Kraan, 'Een bewijsrechtelijk aspect van het huwelijk en van ongehuwd samenleven', in: *Samenleven Samenwerken* (Cohen Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 205, W.M. Kleijn, 'De positie van de inboedel, in gezamenlijk gebruik geweest bij de echtgenoten bij de ontbinding van het huwelijk', *WPNR* 5924 (1989), p. 440, Klaassen/Luijten/Meijer 2005, nr. 821 en Asser/De Boer 1* 2010, nr. 582.

[111] Rechtbank Groningen 5 november 1976, *NJ* 1977, 407. Vergelijk ook Rechtbank Groningen 27 mei 1977, *NJ* 1977, 570.

Van recenter datum is een arrest van het Hof Amsterdam van 18 december 2003 (*LJN* AR5521), oordelend dat de partner aan wie het huis toebehoort ook zonder uitdrukkelijke afspraak verplicht is om de waardestijging tijdens de samenwoning met de andere partner te delen. Het hof spreekt in deze zaak van 'toedeling van het registergoed', hetgeen de schijn wekt dat de samenwoning een mede-eigendomssituatie heeft doen ontstaan.[112]
Men vergelijke ook het vonnis in kort geding van de Rechtbank Rotterdam van 14 december 2004, waarin het ging om twee samenlevers die met 'niets' waren begonnen en meer dan twintig jaren een vermogen hadden opgebouwd, waartoe behoorde een woning die op naam van een van de partners was gesteld. De voorzieningenrechter liet het feit dat materieel een relatie tussen partijen had bestaan, die uitging van 'gelijkberechtigdheid', prevaleren boven de tenaamstelling van het registergoed.[113] De woning diende derhalve in de verdeling van dat gezamenlijk opgebouwde vermogen te worden meegenomen.[114]
In een veel groter aantal rechterlijke uitspraken blijkt van een expliciete afwijzing van de analoge toepassing van het huwelijksgoederenrecht en het regime van de wettelijke gemeenschap van goederen voor de ongehuwde samenwoners. Voor analoge toepassing van het huwelijksgoederenrecht op de afwikkeling van de relatie der ongehuwden bestaat – aldus deze lijn in de jurisprudentie – zonder meer geen aanleiding.[115] Ook de normen van de redelijkheid en billijkheid dwingen daartoe niet.[116]

---

[112] Anderzijds overweegt het Hof: 'Zo juist zou zijn dat geïntimeerde alleen eigenaar van de onroerende zaken geworden is, is er geen enkele overtuigende aanwijzing dat dat gebeurd is zonder verrekeningsbedoeling.' Zie J.I. Driessen-Kleijn, 'Onroerende zaken van samenwoners gemeenschappelijk eigendom?', *FTV* 2005, nr. 1, p. 18-19 en 'Onroerende zaken van samenwoners gemeenschappelijk eigendom? Vervolg', *FTV* 2005, nr. 5, p. 20-23, alsmede P. Blokland, *Handboek Familievermogensrecht*, Walburg Pers 2006, paragraaf 4.1.2. Vergelijk voor een ouder geval Hof Den Haag 22 oktober 1953, *NJ* 1954, 205, alwaar het Hof spreekt van een 'pseudo-huwelijksgemeenschap'.

[113] Rechtbank Rotterdam 14 december 2004, *KG* 2004, 905. Zie hierover onder meer W.G. Huijgen, 'Relaties en (huwelijks)vermogensrecht', in: *In dienst van het recht grenzen verleggen (Van der Burght-bundel)*, 2009, p. 78 e.v.

[114] Zie P. Blokland, *Handboek Familievermogensrecht,* Walburg Pers 2006, paragraaf 4.1.2, die voorts nog wijst op Hof Arnhem 13 maart 2007, *LJN* BA9509: samenwoners zonder samenlevingscontract moesten het saldo van de bankrekening van de vrouw, waarop de overgespaarde inkomsten waren gestort, bij helfte verdelen.

[115] Zie bijvoorbeeld HR 17 december 2004, *LJN* AR3636 en Rechtbank Assen 7 februari 1984, *NJ* 1987, 427: 'Immers, de wettelijke gemeenschap van goederen is een systeem, dat de wetgever speciaal aan het huwelijk verbindt; analoge toepassing van dat systeem is niet op zijn plaats.' De rechtbank oordeelt voorts dat de rechtsverhouding tussen de ongehuwde samenlevers 'gezien moet worden als een contract sui generis, waarbij de gevolgen afhangen van wat in de omstandigheden van een bepaald geval tussen partijen redelijk en billijk is.'

[116] Hof 's-Gravenhage 5 januari 1977, *NJ* 1977, 569.

Het aannemen van een *goederenrechtelijk* gevolg van het samenwonen – de zogenoemde 'pseudo-huwelijksgemeenschap' – mag gezien het voorgaande worden beschouwd als een rechterlijk oordeel dat telkens sterk met de feiten verweven is en gebaseerd is op het billijkheidsgevoel van de rechter; in zoverre zou men van 'incidenten' kunnen spreken. Cruciaal is de – in de uitspraken niet altijd helder beantwoorde – vraag op welke rechtsgrond men de eventuele aanspraak doet steunen. Neemt men een impliciete overeenkomst tot verrekening aan of is sprake van een billijkheidscorrectie op grond van de feiten en omstandigheden van het geval? De *verbintenisrechtelijke* implicaties daarentegen, zeker wanneer het de in waarde gestegen woning betreft waaraan ongelijk is bijgedragen, zijn meer gemeengoed. Wat in paragraaf 2.2 naar voren is gebracht over gehuwden, kan onzes inziens ook voor ongehuwde samenwoners opgeld doen: investeringen in de woning die op naam van de ander staat, of algemener: vermogensverschuivingen tussen partners zijn te 'compenseren' door de redelijkheid en billijkheid, de ongerechtvaardigde verrijking, de onrechtmatige daad en de onverschuldigde betaling.[117] Hierop wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

Overigens is de scheidslijn tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke oplossingen moeilijk scherp te krijgen. Het komt voor dat door het aannemen van impliciete afspraken tussen de samenwoners een goederenrechtelijke realiteit lijkt te worden gecreëerd. Een treffend voorbeeld hiervan vormt het arrest Bruinsma/Smit, waar het ging om de vraag of een op naam van een van de partners staande spaarrekening toch tussen hen gemeenschappelijk kon zijn.[118] Bruinsma en Smit woonden ongehuwd samen. Zij hebben ieder afzonderlijke bankrekeningen. Na het overlijden van Smit vorderen de ouders van Smit afgifte van een bedrag van *f* 8.600 dat Bruinsma (als gemachtigde) na overlijden van de girorekening van Smit had opgenomen. In cassatie kwam de vraag aan de orde of de girorekening die *enkel* op naam van Smit stond, tussen Smit en Bruinsma gemeenschappelijk was. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend:

> 'Weliswaar is het Hof terecht voorbijgegaan aan de stelling van Bruinsma dat reeds de samenleving als zodanig te zamen met het gezamenlijk dragen van de kosten van die samenleving – door Bruinsma als een 'economische eenheid' aangeduid – tot een vermoeden van gemeenschap zou moeten leiden, maar het Hof heeft miskend dat voor het antwoord op de vraag of tussen samenlevende partners enige gemeenschap van goederen bestaat, beslissend is wat zij dienaangaande – uitdrukkelijk of stilzwijgend – zijn overeengekomen. De

[117] Vergelijk J. van Duijvendijk-Brand. *Afrekenen bij (echt)scheiding*, diss. Leiden, 1990, p. 65 e.v., W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, p. 447.

[118] HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912.

enkele omstandigheid dat Bruinsma en Smit aparte rekeningen hadden en ieder van hun gezamenlijke kosten bepaalde uitgaven voor hun rekening namen, staat er niet aan in de weg dat krachtens een overeenkomst als hiervóór bedoeld tussen hen gemeenschap van één of meer vermogensbestanddelen kan hebben bestaan en sluit niet uit dat zij als deelgenoten te zamen gerechtigd kunnen zijn geweest tot het tegoed op de rekening ten name van één van hen beiden, in dit geval Smit jr.'

2.3.5 Algemeen vermogensrecht

2.3.5.1 Inleiding

Vooropgesteld kan worden dat de in paragraaf 2.2 besproken leerstukken eigenlijk vrijwel allemaal mutatis mutandis van overeenkomstige toepassing *zouden kunnen* zijn op ongehuwd samenwonenden. Het gaat in het bijzonder om:

- wilsgebreken bij totstandkoming van huwelijkse voorwaarden (paragraaf 2.2.1.2);
- imprévision; wijzigingsbevoegdheid van de rechter (paragraaf 2.2.1.3);
- beperkende en aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (paragraaf 2.2.1.4);
- ongerechtvaardigde verrijking (paragraaf 2.2.1.5);
- vermogensverschuiving tussen echtelieden; vergoedingsvorderingen (paragraaf 2.2.1.6);
- economische eigendom, maatschap of onbenoemde overeenkomst (paragraaf 2.2.1.7);
- vermogensverschuiving tussen echtelieden; natuurlijke verbintenis (paragraaf 2.2.1.8);
- omzetting natuurlijke verbintenis (paragraaf 2.2.1.9);
- vergoeding van verrichte arbeid in huishouden of onderneming (paragraaf 2.2.1.10);
- verrekening van te veel betaalde kosten van huishouding (paragraaf 2.2.1.11).

Er zijn eigenlijk geen argumenten te bedenken waarom deze leerstukken niet ook van toepassing *zouden kunnen* zijn op ongehuwd samenwonenden, behalve dan dat de toepasselijkheid mede afhangt van de aard, de duur en de invulling van de samenwoning. Daarmee wordt gedoeld op het gegeven dat gehuwden een duidelijke keuze hebben gemaakt voor het huwelijk met de daaraan verbonden lotsverbondenheid, terwijl dat bij ongehuwden, met name als men geen schriftelijke samenlevingsovereenkomst heeft gemaakt, niet het geval hoeft te zijn. Dat wederom is van invloed op de mate waarin tussen ongehuwd samen-

wonenden sprake is van lotsverbondenheid en de mate waarin daardoor grond bestaat voor analoge toepassing van deze tussen gehuwden ontwikkelde leerstukken.
Veel jurisprudentie over de analoge toepassing van deze leerstukken is er echter niet. In het hierna volgende worden enkele van deze leerstukken nader bekeken in relatie tot ongehuwd samenwonenden, vooral waar daartoe naar aanleiding van jurisprudentie aanleiding bestaat.

2.3.5.2 Impliciete verrekenafspraken

Het komt geregeld voor dat de ongehuwde partners gedurende de samenwoning in ongelijke mate bijdragen aan de lopende bestedingen en investeringen; men denke aan het veelvoorkomende geval van de buitenshuis werkende man die geleidelijk meer inkomsten bijdraagt dan de 'huishoudelijke' vrouw, die in toenemende mate de verzorgende en huishoudelijke taken voor haar rekening neemt.
De vraag rijst hoe met deze ongelijke uitgaven rekening te houden tijdens en na beëindiging van de relatie. Voor de periode tijdens de relatie wordt mede verwezen naar paragraaf 2.3.4.2, alwaar de mogelijke analoge toepassing van art. 1:84 BW aan bod komt. Indien bovendien een samenlevingscontract is overeengekomen, bevat dit dikwijls een regeling met betrekking tot de kosten van de huishouding en tot vermogensverschuivingen tussen de partners.[119]
Thans wordt bezien of ook op grond van impliciete verrekenafspraken tot een verrekening moet worden gekomen, en zo ja, of deze vergoeding het nominale bedrag beloopt dan wel een bedrag gerelateerd aan de waarde van het goed waarin is geïnvesteerd.[120]
Ook hier kan weer vooropgesteld worden dat de enkele samenwoning niet tot de conclusie leidt dat de partners verrekenafspraken zijn overeengekomen. Het is echter geenszins uitgesloten dat uit de bedoelingen en gedragingen van de partners anders moet worden afgeleid: alsdan zijn zij stilzwijgend verrekening overeengekomen, in beginsel voor een nominaal bedrag. Ten aanzien van de vraag of ook een andere dan een nominale vergoeding verschuldigd kan zijn, biedt de Kriek/Smit-doctrine uitkomst. Zie paragraaf 2.2.1.6. Weliswaar is dat arrest gewezen tussen gehuwde partijen, maar deze doctrine leent zich voor overeenkomstige toepassing op ongehuwd samenwonenden.

---

[119] Zie paragraaf 3.9.2.1d.

[120] Zie voor twee recente voorbeelden Hof 's-Gravenhage 24 november 2009, *LJN* BK4741 en Rechtbank Rotterdam 27 januari 2010, *LJN* BM7429. In de laatstgenoemde zaak gaat het om samenwoners die geen samenlevingsovereenkomst hebben gesloten. De rechter neemt aan dat tussen partijen een stilzwijgende overeenkomst tot stand is gekomen, op basis waarvan de waarde van de woning – die uitsluitend eigendom is van de man – toch tussen partijen moet worden verrekend.

Dat brengt met zich dat indien vermogen van de ene ongehuwde samenlever is aangewend ter verkrijging van goederen door de andere partner, in beginsel een vergoedingsrecht ontstaat ter grootte van het nominale bedrag dat is aangewend, zonder dat een vergoeding voor het ter beschikking stellen (rente) verschuldigd is. Uitzonderingen gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid zijn evenwel niet geheel uitgesloten; in het bijzonder kan een uitzondering op zijn plaats zijn in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de woning, en vervolgens door ten tijde van die aankoop niet-voorziene omstandigheden een aanzienlijke waardevermeerdering heeft plaatsgevonden, zoals op de onroerendgoedmarkt.[121]

In dit kader laat zich de vraag stellen in hoeverre invoering van het thans aanhangige wetsvoorstel 28 867 met zich brengt dat dergelijke vergoedingsvorderingen ook tussen ongehuwd samenwonenden op de in het voorgestelde art. 1:87 BW bedoelde wijze moeten worden berekend. Korter geformuleerd: is dan art. 1:87 BW analoog van toepassing? Wij zouden deze vraag bevestigend willen beantwoorden.

Voor het aannemen van een verrekenafspraak is niet vereist dat de partners tijdens de samenwoning hun inkomsten telkens samenvoegden, aldus de Hoge Raad in een arrest uit 1987.[122] Uit dat arrest volgt tevens dat de stelling van een der partners dat hij behoort mee te delen in de waardemutatie van een goed van de ander, niet terzijde kan worden geschoven met enkel het argument dat deze partner er dan maar op had moeten aandringen dat het goed gezamenlijk werd aangeschaft.

2.3.5.3 Ongerechtvaardigde verrijking

Vermogensverschuivingen tussen ongehuwde samenwoners kunnen vallen binnen het bereik van art. 6:212 BW, hetgeen erin resulteert dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht wordt diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Blijkens HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 481 kan van een ongerechtvaardigde verrijking ook sprake zijn indien de uitgaven ten behoeve van een verbouwing, ook al heeft die verbouwing niet tot een waardestijging van het pand geleid, voor rekening van de een zijn gekomen en de ander zich die uitgaven aldus heeft bespaard. In deze casus betrof het een ongehuwd paar, dat samenwoonde in de woning die op naam stond van de vrouw. Tijdens de relatie verrichtte de man werkzaamheden aan het pand en deed hij diverse uitgaven ten behoeve van de woning. De man beroept zich in

[121] Zie paragraaf 2.2.1.3 over HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150.
[122] HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23.

casu met succes op ongerechtvaardigde verrijking. Zie ook paragraaf 2.2.1.5 bij de in koude uitsluiting gehuwden.

2.3.6 Rechtspersonenrecht

Onder meer Cohen Henriquez heeft bepleit dat bij een niet-huwelijkse samenleving sprake kan zijn van een maatschap.[123] In de literatuur stuitte deze visie op weerstand.[124] In een arrest uit 1985 wees de Hoge Raad haar uiteindelijk expliciet van de hand: de overeenkomst tussen de samenwoners strekte er niet toe de partijen in actieve samenwerking in het economische verkeer door middel van hun inbreng voordeel te doen behalen.[125] Zie ook paragraaf 2.2.1.7.
Wellicht nog minder voor de hand ligt het de samenleving als 'vereniging' te bestempelen.[126]

2.3.7 Erfrecht

Op het gebied van het erfrecht bestaan fundamentele verschillen tussen de gehuwde en de ongehuwde stellen. Hoewel wij in hoofdstuk 2 niet nader zijn ingegaan op de wettelijke regeling van het erfrecht bij versterf of krachtens uiterste wil van in koude uitsluiting gehuwden, menen wij toch enkele woorden te moeten wijden aan de rechtspositie van ongehuwden in het erfrecht. De reden hiervoor is dat – anders dan voor gehuwden (waarvoor de wet een uitgewerkte wettelijke regeling voor de langstlevende echtgenoot kent) – het erfrecht belangrijke overwegingen biedt om een samenlevingsovereenkomst aan te gaan.
Hier wordt achtereenvolgens ingegaan op het erfrecht bij versterf, de dwingendrechtelijke aanspraken op de nalatenschap van de erflater, de verblijvensbedingen en de testamentenpraktijk.

---

[123] Onder andere in *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, preadvies KNB 1977, passim, en 'De huishoudelijke maatschap' *WPNR* 5511 en 5512 (1980).

[124] Zie onder meer M.J.A. Van Mourik, 'De rechtspraktijk en het ongehuwd samenleven', *WPNR* 5523 (1980) en 'De maatschap als samenlevingscontract', *NJB* 1986, p. 314.

[125] HR 8 juli 1985, *NJ* 1986, 358. Zie o.a. A.S. Hartkamp, 'De maatschap als samenlevingscontract', *NJB* 1986, p. 119. Vgl. A.M. van de Wiel, *Samenleven buiten huwelijk*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, nr. 16, 1974, p. 44, H. Schuttevâer, 'Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk', *WPNR* 5398 (1977), M.J.A. van Mourik, 'Civielrechtelijke en andere bezwaren tegen het gebruik van de maatschap ter regeling van de vermogensrechtelijke betrekkingen bij affectieve relaties', *WPNR* 5407 (1977) en 'De rechtspraktijk en het ongehuwd samenleven', *WPNR* 5523 (1980) en W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, p. 416 e.v.

[126] Vgl. bijvoorbeeld Asser/De Boer 1* 2010, nr. 575.

2.3.7.1 Erfrecht bij versterf

In het erfrecht bij versterf is sinds 1 januari 2003 een vooraanstaande positie weggelegd voor de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater: deze echtgenoot bevindt zich in de eerste 'parentele' en kan, wanneer afstammelingen van de erflater mede-erfgenamen zijn, ingevolge de wettelijke verdeling rekenen op een toedeling *ex lege* van alle goederen van de nalatenschap, onder de gehoudenheid alle schulden daarvan te voldoen.[127] De ongehuwde samenwoner speelt daarentegen geen rol in het erfrecht bij versterf; voor bevoordeling van de langstlevende samenwoner is altijd ten minste een uiterste wilsbeschikking vereist.

2.3.7.2 Dwingende erfrechtelijke aanspraken

Het voorgaande wil echter niet zeggen dat de langstlevende ongehuwde samenwoner geen enkele erfrechtelijke rol is toebedeeld. Ten eerste zijn er de rechten die deze langstlevende zelf kan uitoefenen. Van de dwingendrechtelijke aanspraken van art. 4:28 tot en met 4:41 BW, die met name in het leven zijn geroepen voor de kinderen en de langstlevende echtgenoot van de erflater, geldt echter enkel het weinig verstrekkende 'woonrecht' van art. 4:28 BW voor de ongehuwde samenwoner. Deze bepaling verschaft de overgebleven ongehuwde partner, mits sprake was van een duurzame gemeenschappelijke huishouding met de erflater, de bevoegdheid tot voortzetting van de bewoning gedurende een termijn van zes maanden 'onder gelijke voorwaarden als tevoren'. Hij is op gelijke wijze en voor gelijke duur bevoegd tot voortzetting van het gebruik van de inboedel, voor zover die tot de nalatenschap behoort of de erflater ten gebruike toekwam.

Voor de volledigheid wordt hier gewezen op de bescherming die het huurrecht biedt aan de ongehuwde samenwoners. De ongehuwde partner die gedurende ten minste twee jaren in de woonruimte zijn hoofdverblijf heeft en met de huurder een gemeenschappelijke huishouding voert, kan de positie van medehuurder verkrijgen. Bij het eindigen van de huurovereenkomst ten aanzien van de huurder of bij diens overlijden wordt deze medehuurder dan huurder.[128]

Daarnaast kan de langstlevende samenwoner die niet als medehuurder is aangemerkt, maar wel in de woonruimte zijn hoofdverblijf heeft en met de overleden huurder een duurzame gemeenschappelijk huishouding heeft gehad, de huur voorzetten gedurende in ieder geval zes maanden na het overlijden van de huurder.[129]

---

[127] Zie resp. art. 4:10 lid 1 sub a en art. 4:13 lid 2 BW.

[128] Zie art. 7:267 en 268.

[129] Op grond van art. 7:268 lid 2 BW kan het – door tussenkomst van de rechter – ook om een ruimere periode dan zes maanden gaan.

Ten tweede zijn er de rechten die tegen de langstlevende ongehuwde samenwoner kunnen worden uitgeoefend. Het behelst hier vooral de legitieme portie, zijnde een dwingendrechtelijke geldaanspraak van de afstammelingen van de erflater jegens de erfgenamen. Indien de ongehuwde partner erfgenaam is, biedt art. 4:82 BW de mogelijkheid tot verregaande bescherming, gelijkende op die van de echtgenoot. Het artikel bepaalt namelijk dat de erflater aan een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van zijn partner de voorwaarde kan verbinden dat de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de partner, eerst opeisbaar is na diens overlijden. Vereist is hierbij wel dat de ongehuwde partners een gemeenschappelijke huishouding voerden en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst zijn aangegaan.[130]
Over de legitieme portie in relatie tot de ongehuwde samenwoners wordt voorts opgemerkt dat bepaalde door de erflater gedane giften voor de berekening van de legitieme portie niet als giften worden beschouwd. De zogenaamde 'onderhoudsgiften' van art. 4:69 BW onttrekken zich in zoverre aan het zicht der legitimarissen. Het gaat hier om giften aan personen ten aanzien van wie de erflater moreel verplicht was bij te dragen in hun onderhoud tijdens zijn leven of na zijn dood, voor zover zij als uitvloeisel van die verplichting zijn aan te merken en in overeenstemming waren met het inkomen en het vermogen van de erflater. Het is goed voorstelbaar dat een gift van de erflater aan zijn ongehuwde partner onder deze omschrijving valt. Aldus valt laatstgenoemde een voordeel ten deel dat niet door legitimarissen kan worden aangetast.

2.3.7.3 Verblijvensbedingen en testamenten

Als gezegd zijn ongehuwde samenwoners geen wettelijke erfgenamen van elkaar. Zuiver contractueel erfrecht behoort in Nederland niet tot de mogelijkheden. Het is derhalve niet toegestaan een wederzijdse erfstelling in een samenlevingscontract neer te leggen.[131]
In de notariële praktijk biedt men deze beperkingen ten dele het hoofd door in samenlevingscontracten *verblijvensbedingen* op te nemen. Gelet op de aard van het verblijvensbeding – een verdeling onder voorwaarde – strekt deze regeling zich enkel uit over de gemeenschappelijke goederen der samenwoners. In de regel houdt een verblijvensbeding in dat bij het overlijden van een van de partners alle gemeenschappelijke goederen aan de langstlevende worden toegedeeld onder de verplichting om de daaraan verbonden schulden voor zijn rekening te nemen, in de meeste gevallen zonder overigens tot enige tegenprestatie

[130] In het overgangsrecht geldt een minder zware eis: een gemeenschappelijke huishouding volstaat. Zie NV, Kamerstukken II 2000/2001, 26 822, nr. 6, p. 11-12.
[131] Ook een gemeenschappelijk testament behoort niet tot de mogelijkheden, blijkens art. 4:93 BW.

gehouden te zijn. Dit beding zal gemeenlijk kunnen worden aangemerkt als een 'quasi-legaat' in de zin van art. 4:126 BW. Dit brengt onder meer met zich dat de verkrijging op grond van het beding zonder redelijke tegenprestatie vatbaar is voor inkorting door legitimarissen (afstammelingen van de erflater). Vergeleken met de wettelijke verdeling (mogelijk bij gehuwden) is de afwikkeling van een verblijvensbeding bewerkelijk: weliswaar kunnen reeds eerder verstrekte volmachten een deel van de afwikkelingsproblematiek wegnemen, maar bij onder meer banken bestaat een afwachtende, uiterst voorzichtige houding waar het de verblijvensbedingen betreft.[132]
Hierboven kwam ter sprake dat de erflater met behulp van art. 4:82 BW in zijn testament zijn ongehuwde partner bescherming kan bieden tegen legitimarissen. Deze niet-opeisbaarheid van art. 4:82 BW kan enkel bij uiterste wil worden opgelegd. Teneinde de samenwonende partner ook bij een verblijvensbeding van een dergelijke bescherming te voorzien, maakt art. 4:129 BW het mogelijk dat bij uiterste wilsbeschikking een voorwaarde als bedoeld in art. 4:82 BW kan worden verbonden aan een handeling als bedoeld in art. 4:126 BW. De conclusie luidt dat voor een 'dekkende' regeling bij samenwoners altijd zowel een testament als een notarieel samenlevingscontract vereist is.[133] Dit is dan ook een belangrijke overweging bij het sluiten van een samenlevingsovereenkomst.

2.3.8 Europese invloed

Op grond van art. 8 EVRM heeft een ieder recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en zijn gezinsleven. Het behoeft geen betoog dat deze bepaling omtrent *family life* in elk geval (mede) betrekking heeft op echtgenoten. Voor de onderhavige materie is de vraag van belang of het artikel zich eveneens uitstrekt over ongehuwde stellen. Het EHRM heeft zich daarover diverse malen bevestigend uitgelaten:

---

[132] P. Blokland, *Handboek Familievermogensrecht*, Walburg Pers 2006, paragraaf 4.4.2.1.

[133] Fiscaal bestaat in dezen geen volledige gelijkheid tussen gehuwden en ongehuwden. Wel is onlangs een (beperkte) defiscalisering in de inkomstenbelasting opgenomen ten gunste van ongehuwde samenwoners (indien zij kwalificeren als partner in de zin van art. 1a SW 1956). Louter geldvorderingen die voortvloeien uit een verdeling van de nalatenschap waarbij aan de langstlevende samenwoner alle bezittingen van de nalatenschap zijn overgegaan onder de verplichting om alle schulden voor zijn rekening te nemen, en de met die geldvorderingen corresponderende schulden, vallen onder deze defiscalisering. Zie art. 5.4 lid 1 sub a. en c. jo. lid 6 Wet IB 2001. Dit betekent dat de gedefiscaliseerde erfrechtelijke verkrijging voor de kinderen van samenwoners vooralsnog alleen op tamelijk omslachtige wijze kan worden bereikt, te weten door in eerste instantie van een onverdeeldheid uit te gaan die vervolgens op zodanige wijze wordt verdeeld dat het eindresultaat parallel loopt met de wettelijke verdeling.

> 'The Commission does not deny that extra-marital relationships may constitute "family life" within the meaning of the above provision.'[134]

Waar tussen echtgenoten onderling *family life* geacht wordt te bestaan, geldt er bij ongehuwden echter slechts een vermoeden van de aanwezigheid van *family life*.[135] De gewichtige vervolgvraag luidt of op de Staat de positieve verplichting rust om op grond van art. 8 EVRM een vermogensrechtelijke regeling het licht te doen zien voor ongehuwde samenwoners gelijkend op die voor gehuwden. Het EHRM beantwoordt deze vraag ontkennend.[136] Volgens Schrama wordt, hoewel het hof zich realiseert dat de niet-huwelijkse samenleving niet meer is weg te denken uit de maatschappij, met een beroep op de bekende *margin of appreciation* de deur naar de rechtsbescherming voor ongehuwde samenlevers gesloten.[137] Daar komt bij dat art. 12 EVRM expliciet bescherming biedt aan mannen en vrouwen van huwbare leeftijd om te huwen en een gezin te stichten; ongehuwden worden hier niet genoemd.

2.3.9 Korte conclusie ongehuwde samenwoners

De in hoofdstuk 2 genoemde leerstukken *zouden* overeenkomstig toegepast *kunnen* worden op ongehuwd samenwonenden. Wij zien geen goede argumenten om dat niet te doen, met dien verstande dat de toepasselijkheid mede afhangt van de aard, de duur en de invulling van de samenwoning. Veel jurisprudentie over de analoge toepassing van deze leerstukken is er echter niet.

Het voorgaande laat zien dat een verscheidenheid aan vermogensrechtelijke middelen de ongehuwde samenwoners ten dienste staan ter bestrijding van materiële problemen en van onbillijkheden bij verbreking van de samenwoning, maar dat het succesvolle beroep op dergelijke middelen zeer afhangt van de feitelijke situatie; in zijn algemeenheid is voor 'de' samenwoners geen oplossing voorhanden.

Voor het ontstaan van gemeenschappelijk vermogen of van vergoedingsvorderingen zijn er welbeschouwd drie mogelijkheden: 1. partijen hebben geza-

---

[134] EHRM 14 juli 1977, nr. 7289/75 en 7349/76, D&R 9, 57.

[135] W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, p. 101. J. van Duijvendijk-Brand, 'Waardering voor huishoudelijke en andere niet-betaalde arbeid', in: *Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?,* Deventer: Kluwer 1999, Ars Notariatus 93, p. 72.

[136] EHRM 18 december 1986, *NJ* 1989, 97: 'It is true that certain legislative provisions designed to support family life are not available to the first and second applicants. However, like the Commission, the Court does not consider that it is possible to derive from Art. 8 an obligation on the part of Ireland to establish for unmarried couples a status analogous to that of married couples.' Zie tevens EHRM 29 januari 1999, nr. 37784/97.

[137] Diss., p. 107. Vgl. ook D. van Grunderbeek, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering,* diss. Leuven 2003, nr. 380.

menlijk vermogensbestanddelen verworven, 2. partijen zijn een uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenkomst daartoe aangegaan, en 3. de ene partner heeft onverschuldigd prestaties ten gunste van de andere partner verricht, onder zodanige omstandigheden dat verplichtingen wegens onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking in het leven worden geroepen.[138]
Aan het bestaan van enige goederenrechtelijke gemeenschap of een verrekenplicht dient een overeenkomst ten grondslag te liggen, waarvan de stelplicht en de bewijslast rust op degene, die zich op haar beroept.[139] Aangaande de bewijsproblematiek kan overigens gewezen worden op de mogelijke analoge toepassing van art. 1:131 BW.[140] De partner kan bijvoorbeeld slagen in zijn bewijsopdracht, wanneer een stilzwijgende overeenkomst wordt aangetoond tot het in gemeenschap hebben van bepaalde goederen.[141] De Hoge Raad laat een welwillende houding zien ten opzichte van het aannemen van stilzwijgende overeenkomsten tussen samenwoners.[142]

[138] Vergelijk de conclusie van AG Huydecoper voor HR 17 december 2004, *LJN* AR3636.
[139] Vgl. HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23.
[140] Zie paragraaf 2.3.4.3a.
[141] Vergelijk paragraaf 2.3.4.3b over het arrest Bruinsma/Smit (HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912).
[142] Zie vorige noot en vergelijk tevens HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23 en HR 17 december 2004, *LJN* AR2626. In deze zin teven W.M. Schrama, 'Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving', in: *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Forder en Verbeke (red.), p. 128.

3 Aard, oorzaken en omvang van de problemen

3.1 Wat in dit hoofdstuk aan de orde komt

In dit empirische hoofdstuk richten wij ons in de eerste plaats op vaststelling van aard en oorzaken van de materiële problemen die in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten na scheiding ondervinden, alsmede de omvang van de groep die met deze problemen te maken heeft.[1] Voorts onderzoeken wij aard en oorzaken van de materiële problemen die ongehuwd samenlevende partners na scheiding ondervinden, en de omvang van die groep. Dit doen wij omdat onze opdrachtgever vooraf te kennen heeft gegeven dat het uiteindelijk gaat om het aantal gevallen dat partners uit elkaar gaan en één van hen in de problemen raakt.

Daarnaast is evenwel van belang dat koude uitsluiting ook kan leiden tot onbillijkheden zonder dat sprake hoeft te zijn van financiële nood. Het gaat dan om situaties waarin een van de partners – veelal de vrouw[2] – zich vaak langdurig heeft ingespannen in de gezamenlijke huishouding of in de onderneming van de andere partner en de economische vruchten van die inspanningen als gevolg van de koude uitsluiting eenzijdig bij de andere partner zijn terechtgekomen. Hoewel deze als onbillijk ervaren vermogensverhoudingen op zichzelf ook zouden kunnen worden aangeduid als 'vermogensrechtelijke problemen', doelen wij met die term in het navolgende in beginsel alleen op de in de vorige alinea omschreven materiële problemen.[3]

Dit hoofdstuk houdt een geïntegreerde analyse in van de gegevens die wij hebben verkregen met behulp van de volgende onderzoeksmethoden:

---

1 In de offerte voor dit onderzoek hebben wij aangekondigd behalve de aard en de oorzaken ook de 'ernst' van de problemen te onderzoeken. Bij nadere overweging menen wij dat de vraag naar de aard van de problemen mede die naar de ernst ervan omvat.

2 Uiteraard is het geenszins uitgesloten dat ook mannen dergelijke problemen of onbillijkheden ondervinden. Deze gevallen zijn echter wel (veel) zeldzamer en statistisch nauwelijks afzonderlijk kwantificeerbaar. Dat wij ons in dit hoofdstuk vooral richten op vrouwen, betekent uiteraard niet dat eventuele wettelijke maatregelen naar aanleiding van ons onderzoek alleen van belang zijn voor vrouwen.

3 Daarbij doelen wij met 'vermogensrechtelijke problemen' niet alleen op problemen als gevolg van het vermogensrechtelijke regime tijdens de verbroken relatie, maar ook (terminologisch niet geheel zuiver) op problemen in de sfeer van levensonderhoud.

- literatuuronderzoek in de sociaal-demografische, sociaal-economische en juridische literatuur;
- analyse van bestaande statistische gegevens;
- semi-gestructureerde diepte-interviews met advocaten en notarissen;
- expertmeetings met deskundigen.

In paragraaf 3.2 zal eerst worden ingegaan op het door ons uitgevoerde literatuuronderzoek en de in dat kader verrichte analyse van statistische gegevens. Vervolgens zal in paragraaf 3.3 het aanvullende empirische onderzoek door middel van interviews en expertmeetings aan de orde komen.

3.2 Literatuuronderzoek: doel, methode en afbakening

Het literatuuronderzoek is erop gericht om te bezien wat uit bestaande juridische, demografische en sociologische bronnen kan worden geleerd over de problemen waarop het empirische onderzoek betrekking heeft. Het onderzoek heeft betrekking op *twee groepen partners*:

- echtgenoten of geregistreerde partners die voor koude uitsluiting hebben gekozen;
- ongehuwd samenlevende partners die niet een verrekenbeding en/of een alimentatiebeding zijn overeengekomen.[4]

Voor beide groepen gaat het om *twee onderzoeksvragen*:

1. de vraag naar de aard en de oorzaken van materiële problemen en achterstanden na scheiding[5]; daarbij gaat het niet alleen om problemen als gevolg van het vermogensrechtelijke regime tussen de partners maar voor samenlevende partners ook om problemen als gevolg van ontbreken van aanspraken op levensonderhoud (alimentatie);
2. de vraag naar de omvang van de (sub)groepen waar zich de problemen voordoen.

Het onderzoek beperkt zich tot de situatie van in Nederland woonachtige scheidende echtgenoten die in koude uitsluiting gehuwd zijn, en scheidende

[4] Volgens gegevens van het CBS heeft ruim de helft van alle samenwonende paren een samenlevingsovereenkomst. A. de Graaf, 'De helft samenwoners heeft samenlevingscontract', CBS *Webmagazine*, 22 maart 2004.

[5] Met 'scheiding' wordt in dit onderzoek zowel gedoeld op echtscheiding en beëindiging/ontbinding van geregistreerd partnerschap, als op verbreking van een ongehuwde samenleving. Waar wij verwijzen naar huwelijk en echtscheiding, hebben wij mede het oog op geregistreerd partnerschap en de beëindiging/ontbinding daarvan.

ongehuwd samenlevende partners.[6] Voor het onderzoek wordt gebruik gemaakt van vooral Nederlandse statistische gegevens vanaf het jaar 1995. Statistische gegevens voor eerdere jaren worden slechts gebruikt voor zover dat nodig is om tendensen over langere termijn te kunnen schetsen. Statistische gegevens uit andere landen worden slechts gebruikt om, waar dat wenselijk is, de Nederlandse situatie in een breder internationaal kader te plaatsen. Naast de cijfermatige gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) zijn ook meer analytische sociaal-demografische bronnen geraadpleegd. Daarnaast is gebruik gemaakt van een aantal toonaangevende theoretische publicaties die een analyse en inkadering bieden van de algemene tendensen in grootschalige demografische veranderingen, zoals de emancipatie van vrouwen en de opkomst van de ongehuwde samenleving.

Het onderzoek naar de aard en de oorzaken van de na scheiding optredende materiële problemen en achterstanden begint met het in kaart brengen van beschikbare gegevens over de problemen en achterstanden zoals die voorkomen binnen de totale populatie van gescheiden partners uit formele en informele relaties.[7] Daarbij wordt ook gekeken naar algemene sociaal-demografische kenmerken van de groep gehuwde en ongehuwde partners die bij scheiding problemen en achterstanden ondervinden. Deze algemeen voorkomende problemen worden vervolgens geëxtrapoleerd naar de beide 'doelgroepen' van dit onderzoek: ex-echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd en ex-samenlevers zonder afspraken over verrekening en/of alimentatie.

Voor deze aanpak is gekozen omdat naar de financiële situatie van de totale populatie van gescheiden partners veel onderzoek is gedaan en daarover veel gegevens beschikbaar zijn. Naar de specifieke groepen die in dit onderzoek centraal staan, is echter nauwelijks onderzoek gedaan en over deze groepen als zodanig zijn ook weinig gegevens voorhanden.

Vervolgens wordt gezocht naar problemen en achterstanden die zich specifiek voordoen bij scheiding van ongehuwd samenlevende partners. Omdat voor beide groepen waarop ons onderzoek zich richt, geldt dat de vermogens van de partners gescheiden blijven en er bij het einde van de relatie ook geen verrekening plaatsvindt, gaan wij uit van de hypothese dat de aard en de oorzaken van materiële problemen en achterstanden bij beide groepen gelijkenis vertonen. Wel realiseren wij ons uiteraard dat het ontbreken van alimentatieverplichtingen tussen ongehuwd samenlevende paren een belangrijk verschil vormt.

---

6 Volledigheidshalve merken wij op dat ons onderzoek zich beperkt tot ongehuwd samenwonende *paren*, dat wil zeggen relaties tussen twee personen.

7 Met 'formele relaties' wordt gedoeld op huwelijk en geregistreerd partnerschap; met 'informele relaties' wordt gedoeld op ongehuwde samenleving.

Wij hebben ervoor gekozen om in paragraaf 3.3 eerst een algemene analyse te maken van de aard en de oorzaken van materiële problemen en achterstanden bij scheiding. Daarbij zullen in paragraaf 3.4.4 ook enige algemene opmerkingen worden gemaakt over de omvang van de betrokken groepen. Vervolgens zal achtereenvolgens worden ingegaan op de problemen die zich specifiek voordoen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten (paragrafen 3.5 en 3.6) en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners (paragrafen 3.7 en 3.8). Daarbij zal tevens worden ingegaan op de omvang van de groepen waar zich de problemen voordoen.

3.3 Aanvullend onderzoek onder advocaten en notarissen

Met het literatuuronderzoek kunnen wij slechts een beperkt inzicht genereren in de problemen en onbillijkheden die zich voordoen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde dan wel ongehuwd samenlevende partners. Om die reden hebben wij aanvullend empirisch onderzoek verricht.

3.3.1 Interviews

In de eerste plaats hebben wij veertien semi-gestructureerde diepte-interviews afgenomen met advocaten en notarissen, zodat wij op basis van hun ervaringsdeskundigheid een betere beschrijving van de problematiek kunnen geven.

Deelnemers. Het ging om interviews met zes notarissen en acht advocaten, gespecialiseerd in het familierecht, en meer in het bijzonder met ervaring met partners die in koude uitsluiting gehuwd zijn of willen gaan huwen en ongehuwd samenlevende partners. De geïnterviewde advocaten en notarissen waren door ons uit een grotere groep van in het familierecht gespecialiseerde notarissen en advocaten die lid zijn van vereniging van Familierechtadvocaten Scheidingsmediators (vFAS) geselecteerd, op basis van een door hen ingevulde vragenlijst naar hun ervaring met de in het onderzoek aan de orde zijnde materie.[8] Advocaten en notarissen die het grootste aantal relevante zaken hadden behandeld, werden geselecteerd. Bij de selectie van deelnemers is tevens gestreefd naar een evenwichtige regionale spreiding over Nederland en naar een evenwichtige verdeling van professionals die een meer stedelijke en zij die overwegend een op het platteland woonachtige clientèle bedienen.

Interviewschema's. Bij de interviews is gebruik gemaakt van interviewschema's die door ons zijn ontworpen op basis van bevindingen uit het literatuuronderzoek en in overleg met onderzoekers met kennis van methoden van sociaal-wetenschappelijk onderzoek.[9] De interviewschema's zijn getest door

[8] Deze vragenlijsten hebben wij opgenomen onder de bijlagen.
[9] Deze interviewschema's hebben wij opgenomen onder de bijlagen.

middel van een proefinterview met een advocaat, gespecialiseerd in kinderalimentatiezaken en boedelscheidingzaken, en naar aanleiding daarvan nog aangepast.
Zowel in de interviews met de notarissen als in die met de advocaten zijn telkens de volgende onderwerpen aan de orde gesteld, afgestemd op het beroepsperspectief van de geïnterviewde:

- de motieven bij (aanstaande) partners voor de keuze om te huwen in koude uitsluiting c.q. al dan niet in een samenlevingsovereenkomst regelingen te treffen met betrekking tot verrekening van inkomen/vermogen en/of alimentatie;
- het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners;
- de gevolgen bij scheiding en de omvang van eventuele financiële problemen;
- in hoeverre voor de problemen in de praktijk oplossingen worden gevonden;
- eventuele aanbevelingen aan de wetgever.

Procedure en analysemethode. De interviews vonden plaats op kantoor van de deelnemers. De interviews met de notarissen zijn afgenomen en uitgewerkt door Leon Verstappen en Wilbert Kolkman; de interviews met de advocaten zijn afgenomen en uitgewerkt door Bart Breederveld. De interviews werden opgenomen en (woordelijk) uitgetypt. Bij de uitwerking van de interviews werd aangesloten bij de onderwerpen zoals die door de interviewers aan de orde werden gesteld. Per onderwerp werden interviewfragmenten geordend, nader geanalyseerd en gerapporteerd. Daarbij is ervoor gekozen om voornamelijk thema's te selecteren die in meerdere interviews terugkwamen en tendensen te beschrijven. Bijzonderheden die door een enkele geïnterviewde werden opgemerkt, worden een enkele maal ook genoemd.

3.3.2 Expertmeetings

In juni 2010 hebben wij twee expertmeetings gehouden (de eerste over ongehuwd samenlevenden en de tweede over in koude uitsluiting gehuwden), waar wij met een groep van in totaal 22 gespecialiseerde deskundigen uit de advocatuur, het notariaat en de rechterlijke macht aan de hand van stellingen onze bevindingen hebben besproken en aanvullende informatie en ideeën hebben vergaard.[10] Aan de eerste expertmeeting is deelgenomen door één rechter, vier notarissen en zeven advocaten; aan de tweede expertmeeting is deelgenomen door één rechter, drie notarissen en zeven advocaten.

[10] Deze stellingen hebben wij opgenomen onder de bijlagen.

Een derde expertmeeting werd gehouden in september 2010. Hierin werden deelnemers gevraagd om hun reactie op door ons geformuleerde mogelijke oplossingen voor de vermogensrechtelijke problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde/geregistreerde partners en van ongehuwd samenlevende partners. Aan deze derde expertmeeting namen vier vertegenwoordigers van het notariaat, drie (juridische) wetenschappers, een rechter, een advocaat en twee vertegenwoordigers van LTO Nederland deel.

3.3.3 Methodologische beperkingen

Het zal duidelijk zijn dat ons kwalitatieve onderzoek (de interviews en de expertmeetings) geen grondslag biedt voor het doen van betrouwbare getalsmatige uitspraken. Daarvoor is de groep personen met wie wij hebben gesproken te klein. Wel kunnen de bevindingen uit het kwalitatieve onderzoek 'reliëf' verschaffen aan de beredeneerde schattingen op basis van ons onderzoek op basis van bestaande statistische gegevens in de sociaal-demografische, sociaal-economische literatuur en getalsmatige gegevens over bijvoorbeeld jaarlijks gesloten aantallen huwelijkse voorwaarden in de juridische literatuur. Deze bestaande onderzoeksgegevens, aangevuld met de bevindingen uit het kwalitatieve onderzoek, stellen ons in staat om de onderzoeksvragen beter te beantwoorden.

Behalve dat de deelnemersgroep te klein is om getalsmatige uitspraken te kunnen doen, valt niet geheel uit te sluiten dat feitelijke bevindingen in ons kwalitatieve onderzoek een zekere vertekening bevatten als gevolg van een zogenoemde *selectie-bias*. Daarvan zou sprake kunnen zijn als in de klantenkring van de door ons geselecteerde gespecialiseerde advocaten en notarissen bepaalde segmenten van de populatie (zoals mensen met een midden of hoger inkomen of opleidingsniveau, of mensen met een eigen bedrijf) oververtegenwoordigd zouden zijn en/of andere segmenten (zoals mensen met een lager inkomen of opleidingsniveau) juist ondervertegenwoordigd.

Het beeld van de materiële problemen van ex-partners die in koude uitsluiting waren gehuwd of ongehuwd samenleven, zoals wij dat hebben gevormd op grond van gegevens via notarissen en advocaten, is uiteraard een indirect beeld. Het aanvullend verzamelen van gegevens bij (een ruime groep van) getroffen ex-partners zelf zou nadere informatie hebben kunnen opleveren over de problematiek van deze groepen. Dat voerde binnen het bestek van dit onderzoek echter te ver. Overigens is nog weinig bekend over de psychologische kant van beslissingen die mensen nemen (of juist achterwege laten) ten aanzien van de juridische inrichting van hun samenlevingsvorm. Wat gebeurt er bijvoorbeeld als partners bij de notaris aan tafel zitten en wat doen zij met de aan hen verschafte voorlichting? Het zou interessant zijn als dit psychologisch perspectief zou kunnen worden betrokken in eventueel vervolgonderzoek.

3.4 Vermogensrechtelijke problemen na scheiding algemeen

3.4.1 Inleiding

In alle Europese landen is geconstateerd dat vrouwen in het algemeen, en vooral vrouwen met jonge kinderen, structureel materiële achterstanden oplopen ten gevolge van ongelijke verdeling van zorgtaken en betaalde arbeid gedurende duurzame formele en informele relaties. De oorzaken van de problemen doen zich voor tijdens de relatie, maar de problemen manifesteren zich vooral vanaf het moment van de verbreking van de relatie. De voornaamste materiële problemen die deze vrouwen ondervinden zijn:

- achteruitgang in woonkwaliteit;
- daling van koopkracht;
- lage inkomsten;
- grote kans op langdurige armoede.

Om deze problemen te verminderen, hebben de wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels in alle Europese landen (mede) de functie een zekere compensatie mogelijk te maken van huwelijksgerelateerde vermindering van verdiencapaciteit.[11] Het huwelijksvermogensrecht zorgt vooral voor compensatie van achterstanden tijdens het huwelijk. In Nederland wordt deze bewerkstelligd via het wettelijke stelsel van algehele gemeenschap van goederen, waardoor de vrouw, die doorgaans voor de kinderen en het huishouden zorgt, op gelijke voet met de man, die doorgaans de meeste betaalde arbeid heeft verricht, tot de echtelijke boedel is gerechtigd. De medegerechtigdheid tot het tot het einde van het huwelijk opgebouwde vermogen is veelal echter niet voldoende om de huwelijksgerelateerde vermindering van verdiencapaciteit te compenseren. Het belangrijkste 'vermogensbestanddeel' van de gemiddelde moderne mens wordt namelijk niet gevormd door het opgebouwde vermogen (een huis of spaargeld dat men kan verdelen). Veel belangrijker is zijn of haar verdiencapaciteit: het uitgeoefende beroep, de kwalificaties daarvoor en het daarin gelegen vermogen om door arbeid inkomsten te verwerven en aanspraak te (kunnen) krijgen op arbeidsgerelateerde uitkeringen.[12] Daarom zullen materiële achterstanden van de vrouw voor de periode na de scheiding veelal slechts gecompenseerd kunnen worden door middel van aanspraken op alimentatie en pensioenenverevening.

---

[11] Het concept 'huwelijks(relatie)gerelateerde vermindering van verdiencapaciteit' is in 2008 geïntroduceerd in het NWO subsidieverzoek *Grondslagen van partneralimentatie* van M.V. Antokolskaia en L.M. Coenraad, en wordt op dit moment verder ontwikkeld in het gelijknamige proefschrift van N.D. Spalter, dat naar verwachting in 2011 wordt afgerond.

[12] C. Reich 'The New Property', *Yale L.J.* 73, 1963, p. 1245-1257; M.A Glendon, *The New Family and the New Property*, Butterworth, Toronto, 1981, p. 3.

Het voorgaande neemt niet weg dat o*ndanks* de compenserende werking van huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels na scheiding bij vele vrouwen (vooral met kinderen) materiële problemen en achterstanden bestaan.

3.4.2 Oorzaak van de problemen en achterstanden

De belangrijkste oorzaak van materiële achterstanden van vrouwen met kinderen is de zogenaamde huwelijks- of relatiegerelateerde (of misschien beter: kinderzorg-gerelateerde) vermindering van verdiencapaciteit, die samenhangt met een ongelijke verdeling van huishoudelijke- en zorgtaken tussen mannen en vrouwen,[13] en met de daarmee samenhangende lagere participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt.[14] Deze ongelijkheid is het grootst in de periode van zorg voor jonge kinderen.[15] Gehuwde en samenwonende vrouwen met jonge kinderen besteden per week gemiddeld 47,4 uur aan onbetaalde (zorg)taken en 14 uur per week aan betaalde arbeid. Bij hun mannelijke partners gaat het om resp. 23,1 en 41,5 uur per week.[16] Vrouwen besteden gemiddeld dus ongeveer tweemaal zoveel tijd aan onbetaalde zorgtaken als mannen, en verrichten een derde van de hoeveelheid betaalde arbeid die mannen verrichten. Omdat zij de meeste zorgtaken vervullen, gaat het merendeel van de Nederlandse vrouwen na de geboorte van het eerste kind minder werken. Er zijn geen aanwijzingen dat zich hierin op korte en middellange termijn structurele veranderingen zullen gaan voordoen. Hoewel de algemene arbeidsparticipatie van vrouwen groeit (in 2008 bedroeg deze 70%[17]), blijft het aantal uren dat moeders met kinderen werken, vooralsnog gering.[18] Weliswaar steeg het aantal vrouwen dat na de geboorte van hun eerste kind hetzelfde aantal uren blijft werken, de laatste jaren van 34% naar

---

13 A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009, p. 116-124.

14 A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009, p. 78-94.

15 Van de vrouwen met partner en *met één of meer minderjarige kinderen* werkte in 2007 68% (voor mannen lag dit percentage op 94%). Van de vrouwen in de leeftijdscategorie 15-39 jaar met partner maar *zonder* kinderen werkte in 2007 85% (mannen: 94%). A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009, p. 86.

16 A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009, p. 119, tabel 5.3.

17 S. Fouwels, 'Steeds meer moeders met grotere deeltijdbaan', CBS *Webmagazine* 4 maart 2009.

18 Zo was de gemiddelde arbeidsduur van werkende vrouwen met kinderen tot zes jaar circa 22 uur per week. Voor laagopgeleide vrouwen was dat in 1985 19 uur per week en in 1998 hetzelfde. Voor hoogopgeleide vrouwen schommelt het gemiddelde de laatste 20 jaar rond 23 uur. I. Esveldt, K. Henkens, 'Kind remt economische zelfstandigheid. Meer vrouwen werken, maar niet meer uren', *Demos* 17 (4), 2001, p. 32-34.

40%.[19] Maar voor zover het hierbij gaat om vrouwen die voorheen voltijds werkten, moet bedacht worden dat dit percentage tot twee jaar daarna nog sterk daalt: uiteindelijk heeft minder dan 30% van de vrouwen met een kind van twee jaar een arbeidsduur van meer dan 27 uur per week.[20] Van de mannen die in dezelfde periode zijn getrouwd, is slechts 5% na de geboorte van het eerste kind minder gaan werken.[21] Van de toch al kleine groep vrouwen met kind die voltijds werken, houdt een groot deel dit na de komst van volgende kinderen ook niet vol: in 2008 had 14% van de moeders met een kind een voltijdbaan, terwijl dit bij moeders met meer kinderen niet meer was dan circa 7,5%.[22] Daar staat wel tegenover dat het aantal moeders met wat grotere deeltijdbanen in de periode 2005-2008 met bijna 3 procentpunt per jaar is toegenomen.[23] Al met al is nog steeds sprake van aanzienlijke inkomens- en carrière-achterstanden van vrouwen met kinderen ten opzichte van mannen met kinderen.

3.4.3 Aard en ernst van de problemen en achterstanden

Reeds tijdens de relatie leidt de verminderde verdiencapaciteit van vrouwen met kinderen tot materiële achterstanden. In 1998 had niet meer dan 44% van de gehuwde vrouwen jonger 45 jaar eigen inkomsten boven het bijstandsniveau voor alleenstaanden; bij aanwezigheid van jonge kinderen was dit percentage nog een stuk lager: namelijk 33%.[24] Maar een echt probleem wordt dit pas na een scheiding. Dan vormen vrouwen met kinderen veelal eenoudergezinnen, waarvan door de scheiding de (hoofd)verdiener geen deel meer uitmaakt. Naar de financiële situatie van de totale groep van bijna een half miljoen eenoudergezinnen[25] is veel onderzoek gedaan, doorgaans evenwel niet specifiek naar gescheiden vrouwen met kinderen. Wel lijken de algemene onderzoeksgegevens vrij eenvoudig naar deze laatste groep te kunnen worden geëxtrapoleerd, aangezien vijf van de zes eenoudergezinnen een vrouw als gezinshoofd

---

19 K. Leufkens, 'Steeds minder vrouwen gaan korter werken na geboorte eerste kind', CBS *Webmagazine* 31 augustus 2009.

20 K. Leufkens, 'Steeds minder vrouwen gaan korter werken na geboorte eerste kind', CBS *Webmagazine* 31 augustus 2009. Leufkens oppert als verklaring voor deze verdere afname dat de contractuele arbeidsduur pas wordt verkort nadat het ouderschapsverlof is opgebruikt.

21 K. Leufkens, 'Steeds minder vrouwen gaan korter werken na geboorte eerste kind', CBS *Webmagazine* 31 augustus 2009.

22 S. Fouwels, 'Steeds meer moeders met grotere deeltijdbaan', CBS *Webmagazine* 4 maart 2009.

23 S. Fouwels, 'Steeds meer moeders met grotere deeltijdbaan', CBS *Webmagazine* 4 maart 2009.

24 I. Esveldt, K. Henkens, 'Kind remt economische zelfstandigheid. Meer vrouwen werken, maar niet meer uren', *Demos* 17 (4), 2001, p. 32-34.

25 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 25.

hebben,[26] en een groot deel van alle eenoudergezinnen (in 2006: driekwart) uit een echtscheiding is ontstaan.[27]

3.4.3.1 Achteruitgang in woonkwaliteit

Door hun zwakkere economische positie hebben vrouwen na een scheiding minder mogelijkheden om de echtelijke woning te behouden.[28] Uit verschillende onderzoeken blijkt dat vrouwen na scheiding te maken hebben met een achteruitgang in woonkwaliteit.[29] Wel blijkt uit onderzoek naar scheidende gehuwde paren dat als een echtpaar kinderen heeft, er twee keer minder kans is dat de vrouw de woning verlaat dan zonder kinderen het geval is.[30] Als een paar met kinderen een huurwoning bewoont, blijft de moeder in zes van tien gevallen met de kinderen in de woning achter.[31] Van belang is voorts of het paar een koopwoning heeft. In die situatie verlaten vrouwen de woning vier keer vaker dan wanneer het om een huurwoning gaat (dit cijfer heeft evenwel niet alleen betrekking op vrouwen met kinderen).[32] De partner die de *enige* eigenaar van de woning is, heeft 80% meer kans om die na de scheiding te behouden.[33]

3.4.3.2 Daling van koopkracht

Na de verbreking van een relatie daalt de koopkracht van vrouwen, indien de kinderen bij de vrouw blijven wonen, gemiddeld met 21% als het gaat om een formele relatie en met 14% als het gaat om een informele relatie, terwijl de koopkracht van mannen in die gevallen juist stijgt met 33% resp. 23%.[34]

---

26 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 25.

27 C. Harmsen, 'Ontwikkeling in de huishoudendynamiek sinds 1971', CBS *Bevolkingstrends*, 1e kwartaal 2008, p. 44-54, aldaar p. 44.

28 B. ten Hengel, J. Latten, 'Wie krijgt na echtscheiding de woning? Het effect van Gender Balance op het behouden van de woning na een echtscheiding', CBS *Bevolkingstrends* 4e kwartaal 2009, p. 22-32, aldaar p. 22.

29 P. Feijten, 'Union Dissolution, Unemployment and Moving out of Homeownership', *European Sociological Review* 21 (1)*, 2005*, p. 59-71.

30 B. ten Hengel, J. Latten, 'Wie krijgt na echtscheiding de woning? Het effect van Gender Balance op het behouden van de woning na een echtscheiding', CBS *Bevolkingstrends* 4e kwartaal 2009, p. 22-32, aldaar p. 28.

31 E. Wobma, A. de Graaf, 'Scheiden en weer samenwonen,' CBS *Bevolkingstrends*, 4e kwartaal 2009, p. 14-21, aldaar p. 18.

32 B. ten Hengel, J. Latten, 'Wie krijgt na echtscheiding de woning? Het effect van Gender Balance op het behouden van de woning na een echtscheiding', CBS *Bevolkingstrends* 4e kwartaal 2009, p. 22-32, aldaar p. 27-28.

33 A. de Graaf, 'Scheiden: motieven, verhuisgedrag en aard van de contacten', CBS *Bevolkingstrends* 53, 4e kwartaal 2005, p. 39-46, aldaar p. 43.

34 Voor cijfers over de beëindiging van formele relaties zie: A.M. Bouman, 'Vrouwen na scheiding fors in koopkracht terug', CBS *Webmagazine,* 1 juni 2004. Bij het percentage van 33% is rekening gehouden met door de man te betalen partneralimentatie. Voor cijfers

3.4.3.3 Lage inkomsten

Uit cijfers van het CBS blijkt dat eenoudergezinnen met uitsluitend minderjarige kinderen verhoudingsgewijs vaak een laag inkomen hebben: in 2008 had circa 30% van deze huishoudens een inkomen onder de zogenoemde *lage-inkomens-grens* (dat is 3,5 keer meer dan het gemiddelde).[35] In de jaren 2001-2005 schommelde dit percentage overigens nog rond de 40%.[36] In 2000 was slechts in 17% van de eenoudergezinnen sprake van volledige inkomsten uit werk. In ongeveer 20% van de eenoudergezinnen werd inkomen uit betaalde arbeid aangevuld met een uitkering of alimentatie.[37] De overige eenoudergezinnen waren volledig aangewezen op een uitkering of op alimentatie. De kloof tussen alleenstaande moeders en moeders met partner op het punt van het totale gezinsinkomen is de laatste vijf jaar groter geworden. Het zelfverdiende inkomen van alleenstaande moeders lag in 2003 16% boven het zelfverdiende inkomen van moeders met een partner, terwijl het in 2008 nog maar 1% hoger lag.[38] Dit is te verklaren doordat de arbeidsparticipatie van alleenstaande moeders in deze periode minder is gegroeid dan die van moeders met een partner.

3.4.3.4 Grote kans op langdurige armoede

Alleenstaande moeders kampen vijf keer zo vaak met langdurige armoede – gedefinieerd als minstens vier opeenvolgende jaren onder de lage-

over de beëindiging van informele relaties zie: A.M. Bouman, 'Financiële gevolgen van de beëindiging van ongehuwd samenwonen voor man en vrouw', CBS *Bevolkingstrends* 52, 3e kwartaal 2004, p. 67-74, aldaar p. 69.

35 F.Otten, W. Bos (red.), *Lage inkomens, kans op armoede en uitsluiting 2009*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 18. De lage-inkomensgrens weerspiegelt een vast koopkracht-bedrag in de tijd. De grens is afgeleid van het bijstandsniveau voor een alleenstaande in 1979, toen deze in koopkracht het hoogst was. Voor meerpersoonshuishoudens is deze grens met behulp van equivalentiefactoren aangepast aan omvang en samenstelling van het huishouden. Doordat de lage-inkomensgrens alleen voor prijsontwikkeling wordt geïndexeerd, is dit criterium geschikt voor vergelijkingen in de tijd. Vergelijk ook M. van den Brakel, R. Lok, 'De inkomenssituatie van alleenstaande moeders: trends en dynamiek', CBS *Sociaaleconomische trends*, 4e kwartaal 2009, p. 29-36, aldaar p. 34, waar vermeld is dat het gestandaardiseerde huishoudinkomen (exclusief huurtoeslag) wordt vergeleken met de lage-inkomensgrens om te bepalen of een huishouden een risico op armoede loopt.

36 Cijfers uit CBS *Statline*. Laag en langdurig laag inkomen; particuliere huishoudens naar kenmerken (gewijzigd op 3 december 2009).

37 T. Fokkema, 'Vrouwen minder inkomen na scheiding; bieden hertrouw en betaald werk uitkomst?', *Demos* 16 (10), 2000, p. 81-85.

38 M. van den Brakel, R. Lok, 'De inkomenssituatie van alleenstaande moeders: trends en dynamiek', CBS *Sociaaleconomische trends*, 4e kwartaal 2009, p. 29-36, aldaar p. 29-30.

inkomensgrens verkeren – als moeders met een partner.[39] In 2008 gold dit voor bijna 10% van de eenoudergezinnen met minderjarige kinderen.[40]

3.4.4 De omvang van de probleemgroep: een eerste schatting

Zoals in paragraaf 3.4.1 uiteengezet, komen materiële problemen voor in de hele populatie van gescheiden partners uit formele en informele relaties, maar vooral bij de groep van gescheiden vrouwen met kinderen. Deze gezinnen[41] van gescheiden vrouwen met kinderen vormen het overgrote deel van de groep eenoudergezinnen. Sinds medio jaren negentig is het aantal eenoudergezinnen met ongeveer 30% gegroeid[42] tot ongeveer 486 000.[43] Aangezien vijf van de zes eenoudergezinnen een vrouw als gezinshoofd hebben,[44] bestaan ongeveer 405 000 gezinnen uit moeder en kind(eren). Het precieze aandeel van (formeel of informeel) gescheiden vrouwen in deze groep is niet bekend, maar algemeen wordt aangenomen dat het merendeel van de eenoudergezinnen van vrouwen en kinderen voortkomt uit een relatiebreuk. Zo ontstond in 2006 driekwart van alle eenoudergezinnen uit een echtscheiding.[45] Daarbij komt nog een onbekend aantal eenoudergezinnen, ontstaan uit een breuk van een informele relatie. Wij praten dus grofweg over zo'n 380 000 gezinnen.[46] Van deze groep leeft 30% – ongeveer 114 000 gescheiden moeders met kinderen – onder de *lage-inkomensgrens*[47] en kan op grond daarvan als probleemgroep worden aangemerkt.

---

39 M. van den Brakel, R. Lok, 'De inkomenssituatie van alleenstaande moeders: trends en dynamiek', CBS *Sociaaleconomische trends*, 4e kwartaal 2009, p. 29-36, aldaar p. 30. Een huishouden leeft langdurig in armoede wanneer het inkomen (minstens) vier achtereenvolgende jaren onder de lage-inkomensgrens valt.

40 F.Otten, W. Bos (red.), *Lage inkomens, kans op armoede en uitsluiting 2009*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 18.

41 Het begrip 'gezin' kan voor ons onderzoek omschreven worden als een al dan niet gehuwd paar met thuiswonende kinderen of een alleenstaande ouder met thuiswonende kinderen. Deze omschrijving ontlenen wij aan M. Alders, 'Demografie van gezinnen', CBS *Bevolkingstrends* 52, 4e kwartaal 2004, p. 31-34, aldaar p. 31. Vgl. voor de ontwikkeling van het begrip 'gezin': R. Hoksbergen, 'Ontwikkelingen in het denken over het gezin', *Demos* 26-4, 2010, p. 6-8.

42 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 25.

43 In 2010 ging het om 486 250 eenoudergezinnen: CBS Statline, Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

44 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 25.

45 C. Harmsen, 'Ontwikkeling in de huishoudendynamiek sinds 1971', CBS *Bevolkingstrends*, 1e kwartaal 2008, p. 44-54, aldaar p. 49.

46 Wij nemen in aanmerking dat de groep samenlevers met kinderen ongeveer een kwart bedraagt van het aantal gehuwden met kinderen en gaan ervan uit dat voor beide groepen het scheidingspercentage vergelijkbaar is.

47 Zie noot 35.

Anders dan van de groep vrouwen met zodanige financiële problemen en achterstanden, dat zij onder de lage-inkomensgrens komen te verkeren, hebben wij geen beredeneerde schatting gemaakt van de groep vrouwen voor wie het vermogensrechtelijke regime tijdens het huwelijk of de ongehuwde samenleving na de scheiding heeft geleid tot (ervaren) onbillijkheden. Het gaat dan niet om sociaal-economische problemen ten gevolge van inkomensachteruitgang maar om onbillijke vermogensverdelingen, bijvoorbeeld in gevallen dat zonder adequate vergoeding arbeid is verricht in het bedrijf van de partner. Gelet op de aard van deze problematiek, zou daarvoor waarschijnlijk enquête-onderzoek nodig zijn dat het kader van onze opdracht te buiten gaat. Wel hebben wij daarnaar in de interviews en tijdens de expertmeetings gevraagd. Dat leverde uiteraard geen betrouwbare gegevens van kwantitatieve aard op.[48]

3.4.5 Tussenconclusies

3.4.5.1 Probleemgroep: vrouwen met kinderen

Onze eerste tussenconclusie luidt dat in de hele populatie van gehuwde en ongehuwde partners die een relatiebreuk hebben meegemaakt, materiële problemen en achterstanden vooral voorkomen bij *vrouwen die de zorg voor kinderen hebben (gehad)* en daardoor een relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit hebben opgelopen.[49]

3.4.5.2 Problemen ondanks de compenserende werking van huwelijks-goederen- en alimentatiestelsel

Onze tweede tussenconclusie luidt dat de materiële problemen en achterstanden bij (vooral) deze groep zich voordoen *ondanks de compenserende werking* van het huwelijksgoederen- en alimentatierecht.

3.4.5.3 Aard en omvang van de problemen

Als derde tussenconclusie vermelden wij dat 30% van de eenoudergezinnen met uitsluitend minderjarige kinderen, waarvan gescheiden vrouwen met kinderen

---

48 Ons is ook geen cijfermatig onderzoek bekend naar vermogensverschuivingen door meewerken in het bedrijf van de partner. Interessant is in dit verband wel E. de Ruijter, B. Braat, 'Co-working partners: the influence of legal arrangements', *International Journal of Law, Policy and the Family* 22, 2008, p. 421-435, dat enige cijfers bevat over het verband tussen de mate waarin een partner meewerkt in het bedrijf van de andere partner en de juridische vormgeving van hun relatie.

49 In dezelfde zin: NIBUD, *De financiële gevolgen van scheiden*, 2009, p. 57. Vgl. over de financiële kwetsbaarheid van vrouwen ook: S. de Hoog, C. van Egten, T. de Jong, *Vrouwen en financiële zelfredzaamheid, Een onderzoek naar de kenmerken van financieel kwetsbare vrouwen*, E-Quality, september 2010.

het overgrote deel uitmaken, onder de lage-inkomensgrens verkeert, als gevolg waarvan deze gezinnen te kampen hebben met financiële problemen die kunnen worden gekwalificeerd als van ernstige aard. Deze probleemgroep bestaat volgens een eerste algemene analyse uit ongeveer 114 000 vrouwen. Voorts is er een groep die na scheiding te maken heeft met onbillijkheden als gevolg van de vermogensrechtelijke verhouding tijdens de relatie. Voor de omvang van die groep, die slechts ten dele zal samenvallen met de zojuist bedoelde groep, beschikken wij niet over betrouwbare gegevens.

3.5 Aard en oorzaken van vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners

3.5.1 Inleiding

Het onderzoek naar materiële problemen en achterstanden in de populatie gescheiden partners in het algemeen laat zien dat, ondanks de compenserende werking van het huwelijksgoederen- en alimentatierecht, bij 30% van de eenoudergezinnen met uitsluitend minderjarige kinderen, waarvan gescheiden vrouwen met kinderen het overgrote deel uitmaakt,[50] zich ernstige financiële problemen voordoen. Bij extrapolatie van deze algemene bevindingen naar de (sub)groep van na een huwelijk in koude uitsluiting gescheiden partners, ligt voor de hand te vermoeden dat de problemen bij deze groep, die van de compenserende werking van het huwelijksgoederenrecht verstoken is, ernstiger en frequenter zijn. Dit zou anders zijn als de specifieke kenmerken van deze groep de doorwerking van algemene problemen zouden verminderen. Om dat te bepalen, zullen wij nu eerst de sociaal-demografische kenmerken van deze groep in kaart brengen. Omdat het in alle gevallen gaat om gescheiden moeders met kinderen, beperken wij ons tot de sociaal-demografische kenmerken van na een huwelijk in koude uitsluiting gescheiden moeders met kinderen.

3.5.2 Sociaal-demografische kenmerken van echtgenoten die in koude uitsluiting zijn gehuwd

Extrapolatie van de algemene bevindingen naar deze subgroep binnen de populatie gescheiden partners doet ons vermoeden dat de algemeen optredende vermogensrechtelijke problemen bij deze subgroep ernstiger en frequenter zijn, tenzij specifieke kenmerken van de subgroep de doorwerking van de algemene problemen zouden verminderen. Aangezien de algemene problemen zich voordoen bij de groep gescheiden moeders met kinderen, wordt dit onderzoek

[50] Voor de berekening van de precieze aantallen zie paragraaf 3.4.4.

beperkt tot de specifieke sociaal-demografische kenmerken van scheidende echtgenoten die voor koude uitsluiting hebben gekozen en kinderen hebben.
Anders dan met betrekking tot ongehuwd samenlevende partners, is naar de sociaal-demografische kenmerken van echtgenoten die voor koude uitsluiting kiezen, nagenoeg geen onderzoek gedaan. Hoewel huwelijkse voorwaarden vrijwel altijd in het huwelijksgoederenregister worden gepubliceerd, geeft het raadplegen daarvan slechts inzicht in de inhoud van de huwelijkse voorwaarden, niet in de sociaal-demografische kenmerken van de betrokken echtgenoten.
Over de algemene kenmerken van echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd, is enige informatie verkregen in het kader van de Nederlandse *Kinship Panel Study* (NKPS). Deze data betreffen echter echtgenoten met allerlei soorten huwelijkse voorwaarden, niet slechts met een koude uitsluiting. Uit die gegevens blijkt dat echtgenoten met huwelijkse voorwaarden in het algemeen iets minder religieus georiënteerd zijn dan andere echtgenoten: 24% tegenover 18%.[51] Als de vrouw een eigen baan heeft, is dit slechts van marginale invloed op de kans dat op huwelijkse voorwaarden wordt gehuwd: 23% tegenover 17%.[52] De belangrijkste factor lijkt te zijn het hebben van een eigen bedrijf. Van de mensen die een eigen bedrijf hebben, kiest 42% voor huwelijkse voorwaarden, tegenover 17% van de mensen zonder bedrijf.[53] Ook het meegemaakt hebben van een echtscheiding is van belang. Van de gescheiden mensen gaat 33% een volgend huwelijk aan onder huwelijkse voorwaarden, terwijl dit bij de mensen die voor het eerst trouwen, slechts 18% is.[54] Een belangrijk kenmerk is verder dat vrouwen die op huwelijkse voorwaarden trouwen, vaak hoger opgeleid zijn: 29% tegenover 11%. Deze gegevens zijn samengevat in de volgende tabel:[55]

[51] H.A.G. de Valk, R.I.A. van Gaalen, 'Zo zijn we (niet) getrouwd!', *Demos* 21 (2), 2005, p. 9-12, aldaar p. 11.
[52] H.A.G. de Valk, R.I.A. van Gaalen, 'Zo zijn we (niet) getrouwd!', *Demos* 21 (2), 2005, p. 9-12, aldaar p. 11.
[53] H.A.G. de Valk, R.I.A. van Gaalen, 'Zo zijn we (niet) getrouwd!', *Demos* 21 (2), 2005, p. 9-12, aldaar p. 11.
[54] H.A.G. de Valk, R.I.A. van Gaalen, 'Zo zijn we (niet) getrouwd!', *Demos* 21 (2), 2005, p. 9-12, aldaar p. 11.
[55] Deze tabel is een uittreksel van de tabel, gepubliceerd in: H.A.G. de Valk, R.I.A. van Gaalen, 'Zo zijn we (niet) getrouwd!', *Demos* 21 (2), 2005, p. 9-12, aldaar p. 11.

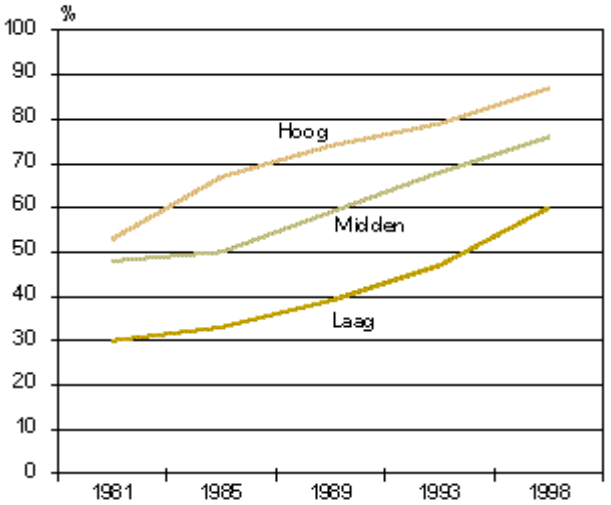
Tabel 4

N = 4.370 paren	**Huwelijkse voorwaarden %**
Geen van de echtgenoten heeft eigen bedrijf	17
Een van de echtgenoten heeft eigen bedrijf	42
Niet ongehuwd samengewoond met huidige echtgenoot	13
Eerst ongehuwd samengewoond met huidige echtgenoot	29
Nooit gescheiden geweest	18
Ooit gescheiden geweest	33
(Taakverdeling traditioneel) vrouw geen betaalde baan	17
(Taakverdeling modern) vrouw betaalde baan	23
Vrouw opleidingsniveau laag	11
Vrouw opleidingsniveau hoog	29
Eén van de partners religieus georiënteerd	18
Geen van de partners religieus georiënteerd	24

Het opleidingsniveau speelt bij materiële achterstanden van vrouwen een vrij cruciale rol. Mensen met een middelbaar of hoger opleidingsniveau geven namelijk vaak de voorkeur aan het moderne gezinsideaal, waarbij de zorg voor kinderen gecombineerd wordt met arbeidsparticipatie van de vrouw.[56] Hoogopgeleide vrouwen met kinderen werken dan ook aanzienlijk vaker dan laagopgeleide vrouwen, zoals blijkt uit figuur 1 hierna.
Verder blijven hoogopgeleide vrouwen na de komst van kinderen vaker werken, getuige de gegevens, hieronder opgenomen in tabel 5.
De hogere arbeidsparticipatie na de geboorte van kinderen betekent dat hoogopgeleide vrouwen een (financieel) gunstiger verdeling maken tussen zorgtaken en betaalde arbeid. Deze verdeling geldt als de voornaamste determinant voor de mate van relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit. Deze gunstiger verdeling leidt tot een grotere economische zelfstandigheid: van de vrouwen met een lage opleiding heeft slechts 27% een eigen inkomen boven bijstandsniveau, bij hoogopgeleide vrouwen is dat 70%.[57] Een hoger opleidingsniveau van in koude uitsluiting gehuwde vrouwen met kinderen zou dus een dempende factor vormen voor de relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit, waardoor de ongunstige financiële gevolgen van een verbreking van de relatie worden verminderd.

[56] A.C. Liefbroer, 'Het gezinsideaal: van traditioneel naar modern', *Demos* 18 (3), 2002, p. 25-28.
[57] I. Esveldt, K. Henkens, 'Kind remt economische zelfstandigheid. Meer vrouwen werken, maar niet meer uren', *Demos* 17 (4), 2001, p. 32-34.

Figuur 1. *Arbeidsdeelname van gehuwde en ongehuwd samenwonende vrouwen jonger dan 45 jaar, naar opleidings-niveau, 1981-1998 (%)*



Bron: Woningbehoefte Onderzoek, aangehaald door I. Esveldt, K. Henkens, 'Kind remt economische zelfstandigheid. Meer vrouwen werken, maar niet meer uren' *Demos* 17 (4), 2001, p. 32-34.

Het is echter niet zeker of, en zo ja in hoeverre, het hogere opleidingsniveau van vrouwen die op huwelijkse voorwaarden gehuwd zijn ook aanwezig is bij vrouwen die in koude uitsluiting trouwen. In het kader van onze interviews en bij de tweede expertmeeting hebben wij geprobeerd nader vast te stellen wat de kenmerken zijn van de groep vrouwen die in koude uitsluiting huwen. Wij hebben daarbij echter geen duidelijke aanwijzingen gekregen dat er inderdaad sprake is van een hoger opleidingsniveau.

Tabel 5

Verandering in het arbeidspatroon van ouders na de geboorte van het eerste kind, naar onderwijsniveau, 2007 (in procenten)

	Opleidingsniveau			
	laag	middelbaar	hoog	totaal
werkte niet en gaat niet werken	39	16	7	16
stopte met werken	17	9	8	10
bleef werken, minder uren	26	35	35	34
bleef werken, gelijke uren	13	35	47	36
bleef werken, meer uren, of begon met werken	4	4	2	3

Bron: CBS (Enquête beroepsbevolking '07); Mol (2008) aangehaald in: A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009, p. 124.

3.5.3 Tussenconclusie: aard en oorzaken van de problemen bij in koude uitsluiting gehuwde partners

Samenvattend concluderen wij dat in koude uitsluiting gehuwde vrouwen met kinderen na een scheiding materiële problemen ondervinden die qua aard en oorzaken niet afwijken van die welke zich voordoen bij de gehele populatie gescheiden vrouwen met kinderen. De oorzaak van deze problemen – relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit – is dezelfde. De ernst van de problemen wordt beïnvloed door twee specifieke factoren, die in tegenovergestelde richting werken. Aan de ene kant verergert het ontbreken van de compenserende werking van de wettelijke gemeenschap van goederen of een overeengekomen verrekening de problemen van deze groep ten opzichte van die van de gehele groep gescheiden vrouwen met kinderen. Aan de andere kant zou een hoger opleidingsniveau de problemen minder ernstig kunnen maken.

3.6 De omvang van de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners

De eerste stap van het onderzoek naar de omvang van de vermogensrechtelijke problemen van gescheiden huwelijkspartners behelst het voor een reeks van jaren vaststellen welk percentage van de huwelijken werd gesloten op huwelijkse voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting. De tweede stap bestaat in het, mede aan de hand van de in de eerste stap verkregen gegevens, berekenen hoeveel van de in de periode 1996-2009 voorgevallen echtscheidingen waarbij kinderen waren betrokken, betrekking hadden op in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten. De derde stap wordt gevormd door een schatting van de omvang van de groep gescheiden vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd, de zorg voor kinderen hebben en *met vermogensrechtelijke problemen kampen*.[58]
Onderzoek naar huwelijkse voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, is mogelijk doordat huwelijkse voorwaarden doorgaans in de openbare huwelijksgoederenregisters zijn gepubliceerd. Het periodiek uitgevoerde onderzoek naar huwelijkse voorwaarden in Nederland, verricht door de sectie Notarieel recht van de Radboud Universiteit te Nijmegen,[59] levert uitgebreide statistische informatie op met betrekking tot huwelijkse voorwaarden.
Een beperking is echter dat niet met betrekking tot alle jaren vóór 1997 gegevens beschikbaar zijn. Op basis van de voorhanden gegevens kan voor elk

[58] Ook hier geldt dat onze schatting geen betrekking heeft op de groep voor wie koude uitsluiting leidt tot als onbillijk ervaren vermogensverhoudingen, zonder dat deze gepaard gaan met financiële nood.

[59] M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 6648 (2005).

van de in het onderzoek betrokken jaren een totaal aantal koude uitsluitingen worden vastgesteld (zie tabel 6).

Tabel 6

Jaar	Aantal gemaakte huwelijkse voorwaarden	Percentage koude uitsluitingen	Aantal koude uitsluitingen
1930[60]	3 732	72,8	2 717
1960	6 737	72,6	4 891
1970	12 951	61,2	7 926
1975	13 096	48,4	6 338
1980	13 478	27,3	3 679
1990	21 920	20,1	4 405
1994	23 384	14,7	3 437
1995	21 978	13,3	2 923
1997[61]	26 014	3,8	999
1998[62]	28 111	6,0	1 686
1999	27 563	9,8	2 701
2000	26 780	3,9	1 044
2001	23 687	7,2	1 705
2002	24 709	5,7	1 408
2003	22 829	6,3	1 438

Bron: M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 6648 (2005).

De derde kolom van deze tabel laat zien dat het percentage koude uitsluitingen onder de gemaakte huwelijkse voorwaarden gestaag daalt – met de scherpste daling rond het jaar 1997. De absolute aantallen gemaakte koude uitsluitingen volgen deze dalende trend, met dien verstande dat door de stijging van de absolute aantallen huwelijkse voorwaarden, het aantal koude uitsluitingen ondanks de sterke daling in populariteit significant blijft. Uit ons normatief en empirisch onderzoek leiden wij af dat onderscheid moet worden gemaakt tussen 'oude' en 'nieuwe' gevallen van koude uitsluiting. Voor de oude gevallen is kenmerkend dat zij zijn gemaakt in een tijd van grote populariteit van koude uitsluiting, waardoor de keuze daarvoor als vrij vanzelfsprekend werd ervaren; voorts had de man toen vaak een dominante positie bij de keuze van de huwelijkse voorwaarden en was er – in onze tegenwoordige ogen – sprake van een gebrek aan adequate voorlichting, in het bijzonder van de vrouw. Voor

60 De cijfers van vóór 1996 zijn gebaseerd op het onderzoek in alle 19 arrondissementen.

61 De cijfers vanaf 1996 zijn gebaseerd op vervolgonderzoek waarin slechts 13 uit 19 arrondissementen zijn onderzocht.

62 Vanaf 1998 zijn ook de geregistreerde partnerschappen meegerekend als waren het huwelijken.

nieuwere gevallen is kenmerkend dat zij worden gemaakt in een tijd van (sterk) verminderde populariteit van koude uitsluiting. Deze houdt verband met de opkomst van verrekenbedingen, waardoor een keuze voor koude uitsluiting niet meer als vanzelfsprekend wordt ervaren; voorts hebben man en vrouw evenwichtiger posities bij de keuze van huwelijkse voorwaarden; ten slotte vindt tegenwoordig adequatere voorlichting van beide partijen plaats.
De grens tussen de oude en nieuwe gevallen kan voor ons onderzoek worden gelegd omstreeks 1997, toen zich de meest spectaculaire daling van de populariteit van koude uitsluiting voordeed. Uiteraard realiseren wij ons dat deze daling reeds inzette in de jaren zeventig van de twintigste eeuw, toen op grote schaal gebruik gemaakt ging worden van verrekenbedingen. Waar het ons echter vooral ook om gaat, is de wijze waarop de voorlichting aan partijen plaatsvond. Het totaal aantal gemaakte koude uitsluitingen bedroeg van 1997 tot 2003 10 981 gevallen.
Door vergelijking met CBS-gegevens over jaarlijkse aantallen huwelijks-sluitingen, kan worden vastgesteld welk percentage van alle huwelijken in een bepaald jaar in koude uitsluiting werd gesloten (gemakshalve stellen wij daarmee gelijk huwelijken waar de echtgenoten later overstappen op koude uitsluiting). Dat levert het volgende beeld op (tabel 7):

Tabel 7

jaar	**percentage huwelijken in koude uitsluiting**
1960	5,5
1970	6,4
1975	6,3
1980	4,1
1990	4,6
1994	4,1
1995	3,6
1997	1,2
1998	1,9
1999	3,0
2000	1,2
2001	2,1
2002	1,6
2003	1,8

Uit de tabel blijkt dat het percentage huwelijken dat in koude uitsluiting plaatsvond, in de periode vanaf 1997 steeds heeft gelegen tussen 1,2% en 3%. Gemiddeld werd in die periode ongeveer 1,8% van de huwelijken in koude uitsluiting gesloten. Cijfers voor de periode na 2003 ontbreken, maar wij hebben uit de interviews met notarissen en de tweede expertmeeting de indruk dat het

aantal koude uitsluitingen inmiddels enigermate is gestegen. Vóór 1997 lagen de percentages koude uitsluitingen duidelijk hoger, in de periode 1980-1995 globaal genomen iets boven de 4%.

Vervolgens kan aan de hand van CBS-gegevens over aantallen echtscheidingen waarbij kinderen zijn betrokken, geschat worden bij hoeveel van die gevallen de echtgenoten in koude uitsluiting gehuwd waren.[63] In totaal waren in de periode 1996-2009 bij 246 766 echtscheidingen kinderen betrokken. Hierbij wordt aangenomen dat in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten niet vaker of minder vaak kinderen krijgen dan andere echtgenoten.[64]
Voor de berekening is verder van belang wat de gemiddelde huwelijksduur is geweest van de huwelijken die in een bepaald jaar door echtscheiding eindigden. Aan de hand daarvan kan immers worden bepaald welk percentage van de in een bepaald jaar door echtscheiding geëindigde huwelijken indertijd in koude uitsluiting was gesloten. Ook daarover zijn CBS-gegevens voorhanden en daaruit blijkt dat de gemiddelde huwelijksduur in de periode 1995-2008 geleidelijk is gestegen van 12,2 jaar naar 14,2 jaar (gemiddeld 13,2 jaar).[65]
Door nu van al deze echtscheidingen per jaar te bekijken welk percentage daarvan zal zijn gesloten in koude uitsluiting (waarbij dus rekening gehouden wordt met het geschatte percentage koude uitsluitingen dat 13 jaar vóór de echtscheiding van toepassing was), kunnen wij schatten hoeveel huwelijken van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten met kinderen van jaar tot jaar door echtscheiding ten einde zijn gekomen. Dat levert de volgende tabel op:

Tabel 8

jaar	echtscheidingen met kinderen	percentage huwelijken in koude uitsluiting	aantal k.u. echtscheidingen met kinderen
1996	16 164	4,1	663
1997	15 990	4,1	658
1998	15 827	4,2	665
1999	17 151	4,3	737
2000	17 955	4,4	790
2001	19 651	4,5	884
2002	18 679	4,5	841
2003	18 275	4,6	841

63 CBS *Statline*. Echtscheiding; leeftijdsverschil, kinderen, geboorteland, huwelijksduur (gewijzigd op 23 juli 2010).

64 Deze aanname spreekt overigens niet geheel vanzelf. Tijdens de tweede expertmeeting bleek dat sommige notarissen de indruk hebben dat koude uitsluiting minder voorkomt bij echtparen die al kinderen hebben of verwachten dat zij nog kinderen zullen krijgen.

65 CBS *Statline*. Huwelijksontbindingen; door echtscheiding en door overlijden (gewijzigd op 15 oktober 2009).

jaar	echtscheidingen met kinderen	percentage huwelijken in koude uitsluiting	aantal k.u. echtscheidingen met kinderen
2004	18 055	4,5	812
2005	18 312	4,4	806
2006	18 055	4,2	758
2007	17 982	4,1	737
2008	18 180	3,6	654
2009	16 490	2	330
	Totaal: 246 766	**Gemiddeld: 4,1**	**Totaal: 10 174**

Uit bovenstaande tabel volgt dat in de periode 1996-2009 in totaal 10 174 in koude uitsluiting gehuwde vrouwen met kinderen gescheiden zijn geraakt.

Daarmee hebben we echter nog niet de *huidige* omvang vastgesteld van de ons interesserende groep alleenstaande vrouwen met kinderen die voorheen in koude uitsluiting waren gehuwd. Ter bepaling daarvan zijn enige verdere stappen vereist.
In de eerste plaats dient rekening te worden gehouden met het feit dat de kinderen in 20% van de scheidingen niet bij de moeder gaan wonen.[66] Derhalve waren er in de genoemde periode circa 8 100 voorheen in koude uitsluiting gehuwde vrouwen bij wie na de scheiding de kinderen bleven wonen.
In de tweede plaats dienen vrouwen die hertrouwd zijn of zijn gaan samenwonen, buiten beschouwing te worden gelaten. Bij gescheiden vrouwen met kinderen ligt dit percentage op circa 43%.[67] Dat betekent dat van de zojuist omschreven groep van 8 100 vrouwen een groep overblijft van 4 600 langdurig zonder nieuwe partner blijvende vrouwen met thuiswonende kinderen.
In de derde plaats is van belang dat niet deze hele groep na de echtscheiding in ernstige financiële problemen zal zijn geraakt. Op grond van gegevens van het CBS weten wij dat in 2008 30% van alle eenoudergezinnen leefde onder de lage-inkomensgrens.[68] Dat zou betekenen dat – zonder rekening te houden met bijzondere aggraverende of juist mitigerende factoren[69] – bij echtscheiding na

[66] A. de Graaf, 'Scheiden: motieven, verhuisgedrag en aard van de contacten', CBS *Bevolkingstrends*, 4de kwartaal, 2005, p. 39-46, aldaar p. 43.
[67] J. Garssen e.a. (red.), *Samenleven. Nieuwe feiten over relaties en gezinnen,* CBS, Voorburg/Heerlen, 2001, p. 39.
[68] F.Otten, W. Bos (red.), *Lage inkomens, kans op armoede en uitsluiting 2009*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 18. Vgl. noot 35.
[69] Een mitigerende factor kan zijn dat deze vrouwen aanspraak kunnen maken op alimentatie. De omvang van dit effect behoeft niet groot te zijn, gelet op het feit dat de koopkracht van gehuwde vrouwen na echtscheiding ondanks alimentatieaanspraken veel sterker daalt (met 21%) dan die van ongehuwd samenwonende vrouwen (14%). Zie paragraaf 3.4.3.2.

een huwelijk in koude uitsluiting, de groep vrouwen met thuiswonende kinderen zou bestaan uit 1 840 personen.
Maar ook met deze nadere beperking van de groep zijn wij er nog niet. Bedacht dient namelijk te worden dat van de groep vrouwen die in de periode 1996-2009 is gescheiden en met de kinderen een eenoudergezin is gaan wonen, een aanzienlijk deel nadien ook door andere oorzaken dan het vinden van een nieuwe partner op zeker moment niet langer tot een eenoudergezin behoort. Dat kan zijn door overlijden, maar vooral ook doordat de kinderen meerderjarig worden en op zichzelf gaan wonen.[70] Hoe groot dit effect is, is niet precies bekend. Bij de vrouwen die na ongehuwde samenleving waren gescheiden, hebben wij voor dezelfde periode geschat dat een vermindering met ongeveer 15% toegepast dient te worden (zie paragraaf 3.8.2). Wij zien geen reden waarom dit bij echtscheidingen na een huwelijk in koude uitsluiting anders zou zijn. Dat zou de resterende groep vrouwen brengen op circa 1 500 vrouwen.
Nog andere beperkende factoren zijn mogelijk van invloed. Zo is hiervoor geen rekening gehouden met de gevallen dat een aanvankelijk in koude uitsluiting aangegaan huwelijk nadien door wijziging van de huwelijkse voorwaarden niet langer koude uitsluiting kent.[71] Ook zijn er gevallen dat er weliswaar geen wijziging van huwelijkse voorwaarden plaatsvindt, maar de echtgenoten wel de echtelijke woning in gemeenschappelijk eigendom hebben. Dat dit een en ander in de praktijk daadwerkelijk voorkomt, is uit onze interviews met notarissen en advocaten en de expertmeeting genoegzaam gebleken. De precieze omvang van deze effecten valt niet goed te bepalen. Gelet op het kleine aantal vrouwen waar onze berekeningen op uitkomen, is dat voor het onderhavige onderzoek ook niet van groot belang.[72] Voldoende lijkt hier om te concluderen dat van de groep vrouwen die na een huwelijk in koude uitsluiting is gescheiden en met de kinderen een eenoudergezin vormt, naar schatting een kleine groep van omstreeks 1 500 vrouwen onder de lage-inkomensgrens verkeert en derhalve kampt met financiële problemen die wij als ernstig kwalificeren.[73]

---

[70] Wij realiseren ons dat ook uitwonende studerende kinderen voor de ouders een financiële last kunnen vormen. Daardoor zou de groep met problemen in feite groter kunnen zijn. Wij kunnen dit echter niet goed kwantificeren.

[71] Het omgekeerde, namelijk de situatie waarbij echtgenoten die in gemeenschap gehuwd zijn of een verrekenbeding hebben, alsnog overgaan op koude uitsluiting, zal zich in de praktijk vermoedelijk nauwelijks voordoen.

[72] Wellicht mogen wij deze effecten als het ware ‘verrekenen’ met het aggraverende effect van uitwonende studerende kinderen die voor de ouders financiële lasten meebrengen.

[73] Zoals eerder vermeld, heeft deze schatting geen betrekking op vrouwen die als gevolg van koude uitsluiting bij echtscheiding onbillijke vermogensverhoudingen ervaren, zonder dat deze gepaard gaan met financiële nood.

3.7 Aard en oorzaken van vermogensrechtelijke problemen na scheiding van ongehuwd samenlevende partners

3.7.1 Inleiding

De extrapolatie van de algemene bevindingen betreffende de hele populatie gescheiden partners naar de groep van na ongehuwde samenleving gescheiden partners zonder aanspraak op verrekening en/of alimentatie, verloopt langs dezelfde lijnen als bij de ex-echtgenoten die in koude uitsluiting gehuwd waren. Beide groepen hebben als gemeenschappelijk bijzonder kenmerk het ontbreken van compenserende werking van het wettelijke huwelijksvermogensrecht. Het belangrijkste verschil is dat ex-echtgenoten jegens de ander aanspraak kunnen maken op partneralimentatie en ex-samenlevende partners niet. Het ligt daarom – als er geen mitigerende factoren worden geïdentificeerd – voor de hand te vermoeden dat de problemen bij deze laatste groep ernstiger en frequenter zijn dan bij de in koude uitsluiting gehuwd geweest zijnde ex-echtgenoten. Een ander verschil ligt in de oorzaken voor de bijzondere vermogensrechtelijke positie van beide groepen. Ongehuwd samenlevende paren zijn verstoken van de compenserende werking van huwelijksvermogensrecht en alimentatierecht doordat een wettelijke regeling voor deze categorie partners ontbreekt. Ongehuwde partners hebben hun vermogensrechtelijke situatie veeleer te wijten aan een 'nalaten' dan aan een 'doen'. Zij hebben geen huwelijk gesloten, noch een samenlevingscontract met een regeling voor het verrekenen van vermogen dan wel een aanspraak op alimentatie. Uit onderzoek van Latten[74] blijkt dat het niet trouwen en het niet regelen van de vermogensrechtelijke aspecten van de samenleving lang niet altijd een gevolg zijn van een bewuste wederzijdse keuze, maar tal van andere oorzaken kan hebben. Daarentegen hebben echtgenoten die voor koude uitsluiting hebben gekozen, het delen in (verrekenen van) elkaars vermogen uitdrukkelijk bij overeenkomst uitgesloten. Bij deze groep is dus altijd sprake van een keuze (een andere zaak is in hoeverre die keuze altijd gebaseerd is geweest op een goede kennis van zaken).

3.7.2 Opkomst ongehuwde samenleving

Een snelle groei van het ongehuwd samenleven is sinds het midden van de jaren zestig van de twintigste eeuw een algemene trend in de westerse landen. Dit verschijnsel wordt beschouwd als een onderdeel van de zogenoemde 'tweede

[74] J.Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 11-45, aldaar p. 26.

demografische transitie',[75] die overal wordt gekenmerkt door dalende fertiliteit, dalende huwelijksintensiviteit, een forse toename van het aantal echtscheidingen en van buitenhuwelijkse samenleving en buitenechtelijke geboorten.[76] De relatieve omvang van dit fenomeen verschilt echter sterk van land tot land.[77] Op basis van de kwantitatieve omvang van het ongehuwd samenleven heeft Kiernan voor de Europese landen een onderscheid gemaakt op basis van vier stadia. De koplopers Zweden en Denemarken hebben het laatste stadium al bereikt: het aantal ongehuwd samenlevenden heeft daar het aantal gehuwden reeds overtroffen.[78] Nederland bevindt zich in het één na laatste stadium. De populatie van gehuwde (en geregistreerde) paren is in Nederland ongeveer vier keer zo groot als de populatie van ongehuwd samenlevende paren.[79] Op dit moment telt Nederland circa 836 000 ongehuwd samenwonende paren,[80] dat is dus een op de vijf paren. Dit aantal blijft snel groeien: naar verwachting zal in Nederland vóór 2050 één op de drie paren ongehuwd samenwonen.[81] Anno 2010 is ongehuwd samenleven in Nederland een massaverschijnsel: negen van de tien Nederlandse vrouwen maken in hun leven ooit een periode van ongehuwd samenleven mee.[82]

3.7.3 Motieven om niet te trouwen

Omdat een van de doelstellingen van dit onderzoek is om in kaart te brengen in hoeverre het wenselijk is om in de wet ook voor ongehuwd samenlevende

---

75 Zie: D. van de Kaa, 'Europe's Second Demographic Transition', *Population Bulletin 42*, 1987, p. 1-47.

76 M. Corijn, K. Matthijs, 'Gehuwd en ongehuwd samenwonen in België een sociaal-demografisch perspectief', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 47-79, aldaar p. 47.

77 M. Kreyenfeld, D. Konietzka, 'Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen', in: J.M. Scherpe, N. Yassari (red.), *Die Rechtsstellung nichtehelichter Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants,* Tübingen, 2005, p. 45-77.

78 K. Kiernan, 'The Rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe', *International journal of law, policy and the family*, 15 (1), 2001, p. 1-21, aldaar p. 3.

79 Te weten 3 339 959 gehuwde en geregistreerde paren in 2010. CBS *StatLine*. Huishoudens: grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

80 Cijfers voor 2010. CBS *StatLine*. Huishoudens: grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

81 J. Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat', CBS, *Bevolkingstrends*, 4de kwartaal 2004, p. 46-60, aldaar p. 58.

82 J. Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 11-45, aldaar p. 26. Voor mannen is er sprake van een gradueel verschil, maar de tendens komt op hetzelfde neer, aldus J. Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat', CBS, *Bevolkingstrends*, 4de kwartaal 2004, p. 46-60, aldaar p. 52.

partners vermogensrechtelijke gevolgen te verbinden aan de relatie dan wel een aanspraak op partneralimentatie, is het interessant om inzicht te krijgen in de motieven van partners om niet te trouwen. Een veelgehoord argument tegen een dergelijke wettelijke regeling is namelijk dat een van de belangrijkste redenen om niet te trouwen gelegen is in een bewuste en gezamenlijke vrije keuze van de partners om niet onder de wettelijke regeling van het huwelijk te vallen.[83] Wetgeving die hen daar toch onder brengt, zou een rechtstreekse inbreuk inhouden op de persoonlijke autonomie van de betrokkenen.
De redenen die ongehuwde partners opgeven voor hun keuze om niet te trouwen, zijn in de volgende tabel samengevat:

Tabel 9

Niet-gehuwde samenwoners die niet willen trouwen, naar reden		
Reden	Mannen %	Vrouwen %
Principieel tegen huwelijk	14	8
Trouwen voegt niets toe	79	73
Niet gebonden zijn	11	13
Partner wil liever niet trouwen	19	26
Verwacht/wenst geen kinderen	17	19
Totaal (abs.= 100%)	228	240
N.B. Respondenten konden meer dan één reden noemen. Daarom tellen de percentages per kolom niet op tot 100.		

Bron: J.Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 26.

Van de totale groep ongehuwd samenlevenden noemt slechts een minderheid redenen die zouden kunnen worden begrepen als het willen ontlopen van de wettelijke regeling van het huwelijk ('principieel tegen huwelijk' en 'niet gebonden willen worden'). Bij mannen is dat een kwart, bij vrouwen nog minder. Dit relativeert het argument van de 'bewuste gezamenlijke vrije keuze' nogal. Voorts is opmerkelijk dat aanzienlijk meer mannen dan vrouwen zich

[83] R. Deech, 'The Case Against Legal Recognition of Cohabitation', in: J. Eekelaar, S. Katz, (red.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies,* Butterworths, Toronto, 1980, p. 300-312, aldaar p. 301. Zie ook: A. Agell, 'Family Forms and Legal Policies. A Comparative View from a Swedish Observer', *Scandinavian Studies in Law* 38, 1999, p. 197-216. In de Duitstalige literatuur vormde dit argument de basis voor de zogenoemde *Rechtsfreier Raum*-doctrine. Zie: W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Kluwer, Amsterdam, 2004, p. 394-395. Voor een overzicht van de invloed van dit argument op de Nederlandse rechtspaak zie: C. Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, Kluwer, Deventer, 2000, p. 30-36.

principieel tegen het huwelijk verklaren. Verder valt op dat een kwart van alle vrouwelijke respondenten (ook) de onwilligheid van de partner als reden noemt. Vooral jonge vrouwelijke respondenten noemen dit als belangrijkste reden.[84] Bij mannen is dit slechts een vijfde. Dit verschil valt samen met een feitelijke economische ongelijkheid, waarbij per saldo de economisch sterke partij – de man – aan de economisch zwakkere partij – de vrouw – de bescherming van de wettelijke regeling van het huwelijk ontzegt. Ook dit houdt een relativering in van het argument van de 'bewuste gezamenlijke vrije keuze'.

3.7.4 Vermogensrechtelijke situatie. Samenlevingsovereenkomst

Vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwd samenleven of een aanspraak op partneralimentatie zijn niet in de wet geregeld. Het ontbreken van de compenserende werking van het wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatierecht wordt gedeeltelijk gecompenseerd door de mogelijkheden om in een samenlevingsovereenkomst bepalingen met betrekking tot verrekening en/of partneralimentatie op te nemen. Ruim de helft van alle ongehuwde paren regelt hun vermogenrechtelijke relatie door middel van een notarieel samenlevingscontract.[85] Uit cijfers van de Koninklijke Notariële Broederschap uit 1990 blijkt dat toen 95% van de samenlevingsovereenkomsten in notariële vorm werd opgemaakt.[86] Uit het Onderzoek Gezinsvorming 2003[87] blijkt dat één op de zes paren aangeeft in de toekomst een contract te willen sluiten, en dat nog een zesde daarover twijfelt. Slechts één op de zes (vooral jongere) paren is helemaal niet van plan om ook maar iets te gaan regelen.[88] Een probleem is dat de beschikbare data over samenlevingsovereenkomsten slechts zicht geven op de aantallen overeenkomsten, niet op de inhoud daarvan. Moeilijk te achterhalen valt in hoeveel samenlevingsovereenkomsten bedingen zijn opgenomen over verrekening en/of alimentatie. Omdat samenlevingsovereenkomsten, anders dan huwelijkse voorwaarden, niet in een register worden gepubliceerd, is onderzoek naar de inhoud daarvan lastig. Op grond van bestaande data en literatuur kan niet worden aangegeven in hoeverre samenlevingsovereenkomsten bijdragen

---

84 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 39.

85 A. de Graaf, 'Steeds meer samenwoners hebben een samenlevingscontract', CBS *Webmagazine*, 10 februari 2010.

86 Nieuwsbrief Notariaat 1990, aflevering 12, bijlage I. De cijfers zijn gebaseerd op een onderzoek dat door bureau Inter/View is verricht onder ruim 1300 gehuwden en samenwonenden.

87 Resultaten van dit onderzoek zijn weergegeven in J.Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 11-45, aldaar p. 29.

88 Zie noot 87.

aan vermindering van de materiële problemen bij scheiding van samenwonende vrouwen met kinderen.

3.7.5 Sociaal-demografische kenmerken

Sinds de jaren zeventig van de twintigste eeuw heeft het fenomeen ongehuwde samenleving zich verspreid van een kleine 'selectieve laag van hoogopgeleide, progressieve en niet-religieuze jongeren naar de meerderheid van de bevolking'.[89] Verschillende auteurs benadrukken dat er, anders dan een paar decennia geleden, op dit moment geen significant verschil meer bestaat in sociaal-demografische kenmerken van de groep gehuwden en de groep samenwonende partners.[90] Dit geldt althans voor de groep ongehuwd samenlevende partners in zijn totaliteit. Deze groep is echter zeer divers en bestaat uit meerdere subgroepen. Voor ons onderzoek is het belangrijk om vast te stellen of de bovengenoemde bevinding ook geldt voor elk van die subgroepen, en vooral voor de ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen.

3.7.6 Samenstelling populatie: drie verschillende groepen ongehuwd samenlevende partners

In de totale populatie van ruim 836 000 ongehuwd samenlevende paren[91] kunnen drie groepen worden onderscheiden. Over elk van deze groepen maken wij enige opmerkingen.

3.7.6.1 Eerste groep: samenleving als 'proefhuwelijk'

Voor de eerste groep, die veruit de grootste is, is het samenleven een 'relatief vrijblijvende experimenteerfase, waarin de partners zonder de aan het huwelijk verbonden consequenties kunnen nagaan of ze voldoende bij elkaar passen'.[92] Een soort 'proefhuwelijk' dus, voor zolang er nog geen kinderen zijn. De aard van deze proefperiode brengt een relatief lager niveau van 'commitment' mee en een hogere kans op relatiebreuk.[93] Na deze periode maken de meeste partners

---

89 J. Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 11-45, aldaar p. 26.

90 J. Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 11-45, aldaar p. 26.

91 CBS StatLine. Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

92 C. Harmsen, 'Ontwikkeling in de huishoudendynamiek sinds 1971', CBS *Bevolkingstrends*, 1e kwartaal 2008, p. 44-54, aldaar p. 51.

93 J. Garssen e.a. (red.), *Samenleven. Nieuwe feiten over relaties en gezinnen,* CBS, Voorburg/Heerlen, 2001, p. 31-32. Ongehuwd samenwonende paren hebben 5,2 keer zo hoog

een keuze tussen trouwen[94] of uit elkaar gaan. Slechts een minderheid (30%) gaat na samenleving bij wijze van 'proefhuwelijk' uit elkaar: 70% blijft gehuwd of ongehuwd bij dezelfde partner.[95]
Omdat het hier om een kinderloze fase gaat, is het verschil in tijdsbesteding aan betaalde arbeid tussen mannen en vrouw hier het kleinst[96] en lopen vrouwen in de regel geen grote carrière- en inkomensachterstanden op. Om die redenen is het niet waarschijnlijk dat de partners uit deze groep in geval van relatiebreuk problemen zullen ondervinden door het ontbreken van vermogens- of alimentatieaanspraken.
De groep 'proefhuwelijken' vormt de overgrote meerderheid van de totale populatie van 505 800 samenwonende paren zonder kinderen.[97] Een groot deel van de bevolking maakt deze fase mee: rond de eeuwwisseling waren zeven op de tien huwelijken voorafgegaan door een samenlevingsrelatie.[98] De omvang van de groep rechtvaardigt de veronderstelling dat er qua sociale achtergrond geen relevante verschillen zijn tussen deze groep en de groep gehuwden. Samenleven voor het huwelijk is de regel geworden, en direct trouwen zonder een proefperiode eerder uitzondering, kenmerkend voor specifieke bevolkingsgroepen van orthodox-protestanten[99] en bepaalde groepen allochtonen.

3.7.6.2 Tweede groep: samenleving als alternatief voor het huwelijk

Een steeds grotere groep van de bevolking kiest voor ongehuwd samenleven als langdurige relatievorm, waarbij het krijgen van kinderen geen aanleiding vormt om alsnog te trouwen.[100] Ruim één derde van de ongehuwd samenlevende paren

---

scheidingsrisico als gehuwden. M. Kalmijn, 'Scheiding in de NKPS; risico's, initiatieven, motieven en gevolgen'. *Demos* 24 (5), 2008, p. 10-12, aldaar p. 10.

94 Ongeveer 80% van ongehuwd samenwonenden trouwt vervolgens. K. de Hoog, 'Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire samenlevingsvormen in een veranderende samenleving', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 81-103, aldaar p. 86.

95 K. de Hoog, 'Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire samenlevingsvormen in een veranderende samenleving', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 81-103, aldaar p. 86.

96 A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009, p. 117.

97 Cijfers voor 2010. CBS *StatLine*. Huishoudens: grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

98 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 56.

99 E. Wobma, A. de Graaf, 'Scheiden en weer samenwonen,' CBS *Bevolkingstrends*, 4e kwartaal 2009, p. 14-21, aldaar p. 16.

100 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 25.

heeft kinderen.[101] In totaal gaat het om 331 000 ongehuwd samenwonende paren met kinderen.[102] De ongehuwde samenleving is bij deze groep als het ware in plaats getreden van het (klassieke) huwelijk. Dit type relatie is dan ook aanzienlijk stabieler dan het 'proefhuwelijk': naarmate de samenleving langer duurt, verschilt de stabiliteit ervan steeds minder van die van het huwelijk.[103] Dat partners die voor samenleving als definitieve relatievorm kiezen, vaker een samenlevingscontract sluiten, zou indirect kunnen worden afgeleid uit het feit dat oudere paren vaker een samenlevingscontract (willen) sluiten.[104] Acht op de tien oudere paren sluiten een samenlevingscontract of willen dat, tegen zes op de tien jonge stellen. Anders dan bij de eerste groep, lijkt er bij deze subgroep van 'definitief' ongehuwd samenlevende partners nog wel een verschil waarneembaar ten opzichte van de groep gehuwden, namelijk in het hogere opleidingsniveau van de vrouwen. Uit gegevens over de hogere arbeidsparticipatie van moeders die niet gehuwd zijn, noch gehuwd zijn geweest, kan (indirect) worden afgeleid dat de subgroep van 'definitief' ongehuwd samenlevende moeders gekenmerkt wordt door een hoger opleidingsniveau.[105] Aannemelijk lijkt zelfs dat het opleidingspeil van ongehuwde moeders ten opzichte van gehuwde moeders de afgelopen jaren nog is gestegen.[106]

---

[101] J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 38.

[102] Cijfers voor 2010. CBS *StatLine*. Huishoudens: grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

[103] J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 57.

[104] A. de Graaf, 'Steeds meer samenwoners hebben een samenlevingscontract', CBS *Webmagazine*, 10 februari 2010.

[105] Moeders die niet gehuwd zijn, noch gehuwd geweest zijn, verrichten niet alleen vaker betaalde arbeid dan gehuwde moeders (80% tegenover 69%), maar ook nog eens vaker voor meer dan 28 uren uren per week (33% tegenover 22%). Dat wijst duidelijk op een hoger opleidingsniveau, want terwijl slechts 30% van de moeders (tussen 15 en 65 jaar) hoger opgeleid is, nemen zij wel 48% van de banen vanaf 28 uur/week voor hun rekening. Cijfers ontleend aan CBS *Statline,* Moeders; binding met de arbeidsmarkt (gewijzigd op 3 maart 2009). Voor deze specifieke groep geldt dus niet de algemene vaststelling van De Hoog dat de verschillen in opleidingsniveau tussen ongehuwd samenwonenden en gehuwden, die in de jaren tachtig nog aanwezig waren, inmiddels vrijwel zijn verdwenen. Zie K. de Hoog, 'Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire samenlevingsvormen in een veranderende samenleving', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 81-103, aldaar p. 86.

[106] Daarop wijst de omstandigheid dat er de laatste jaren een sterke toename is van ongehuwde hoogopgeleide moeders. J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 46. Aangezien die groep voor een belangrijk deel bestaat uit vrouwen die ongehuwd samenleven, zal ook het opleidingspeil van laatstbedoelde groep zijn gestegen ten opzichte van dat van gehuwde moeders.

3.7.6.3 Derde groep: samenleving als 'nahuwelijk'

Een derde groep bestaat uit oudere mensen zonder thuiswonende kinderen, die na de beëindiging van een eerdere relatie nu het ongehuwd samenleven met een nieuwe partner verkiezen boven een nieuw huwelijk. Deze groep vormt een duidelijke minderheid in de totale populatie van 506 000 samenwonende paren zonder kinderen.[107] Op hoge leeftijd is het aantal samenlevers aanzienlijk lager.[108] Omdat deze partners geen (gezamenlijke) kinderen verzorgen en vaak allebei over eigen vermogen en bronnen van inkomsten beschikken, is het niet waarschijnlijk dat partners uit deze groep in geval van een relatiebreuk vaak financiële problemen ondervinden. Een samenlevingsovereenkomst komt het vaakst voor bij oudere samenwoners: in 2004 hadden zeven op de tien paren waarvan de vrouw ouder was dan 50 jaar, een samenlevingsovereenkomst gesloten.[109]

Hoewel de verschillen tussen deze drie groepen ongehuwd samenlevenden voor de hand liggen, pleegt hiermee weinig rekening te worden gehouden in bestaand sociaal-geografisch onderzoek. Voor ons onderzoek is het onderscheid uiteraard van groot belang.

3.7.7 Probleemgroep: 'definitief' ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen

Van de drie bovengenoemde subgroepen in de totale populatie ongehuwd samenlevende partners, is voor dit onderzoek vooral van belang de groep van partners voor wie de samenleving geldt als een alternatief voor het huwelijk. Onderzoek naar problemen en achterstanden onder scheidende partners in het algemeen laat immers zien dat de meeste materiële problemen voorkomen onder scheidende vrouwen met kinderen.

Hoewel ongehuwde partners als groep in vergelijking met gehuwden geen belangrijke sociaal-demografische verschillen meer vertonen, lijkt dit niet te gelden voor de subgroep van vrouwen voor wie ongehuwd samenleven in de plaats treedt van het huwelijk. De tot deze groep behorende vrouwen lijken immers te worden gekenmerkt door een hoger opleidingsniveau.[110] Dat betekent dat voor deze groep de overwegingen gelden uit paragraaf 3.5.2, dat dit hogere

[107] Cijfers voor 2010. CBS *StatLine*. Huishoudens: grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

[108] Vgl. één op zeven paren in de leeftijdsgroep 40-44 met vier op tien paren in de leeftijdsgroep 30-34 en negen op één in de bij de twintigers. J. Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen, De schone schijn van burgerlijke staat', CBS *Bevolkingstrends*, 4e kwartaal 2004, p. 46-60, aldaar p. 52.

[109] A. de Graaf, 'De helft samenwoners heeft samenlevingscontract', CBS *Webmagazine*, 22 maart 2004.

[110] Zie noot 105.

opleidingsniveau een remmende werking zal hebben op de relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit.
Wij concluderen dat ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen na een scheiding materiële problemen ondervinden die qua aard en oorzaken niet afwijken van die welke zich voordoen bij de gehele populatie gescheiden vrouwen met kinderen. De oorzaak van deze problemen – relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit – is dezelfde. De ernst van de problemen wordt beïnvloed door twee specifieke factoren, die in tegenovergestelde richting werken. Aan de ene kant verergert het ontbreken van wettelijk relatiegoederenrecht en alimentatierecht de problemen van de samenlevende partners ten opzichte van die van gehuwden. Aan de andere kant maakt het door ons veronderstelde hogere opleidingsniveau van ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen de problemen waarschijnlijk minder ernstig.[111]
Op basis van het voorgaande kan het vermoeden worden geformuleerd dat ook ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen een blijvende inkomens- en carrière-achterstand oplopen, en daarmee een structurele vermindering van hun verdiencapaciteit, maar dat deze vrouwen financieel wel (wat) minder afhankelijk van hun partners zijn dan vrouwen in een formele relatie.[112] De problemen na scheiding van ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen lijken ons derhalve minder ernstig dan die na scheiding van de gehuwde vrouwen met kinderen. Na de scheiding daalt de koopkracht van samenlevende vrouwen met kinderen aanzienlijk minder dan die van gehuwde vrouwen, namelijk slechts met 14% in vergelijking met 21% daling na een breuk van een formele relatie.[113]

[111] Voor alle duidelijkheid: wij spreken hier over statistische gegevens, die niet wegnemen dat zich onder de samenwoners feitelijk ook een groep laag opgeleide vrouwen bevindt. Ter schatting van de omvang van de groep ex-samenlevende vrouwen met kinderen onder de lage-inkomensgrens hebben wij geen directe correctie toegepast voor het opleidingsniveau, maar wel voor het gemiddeld lagere verlies aan koopkracht dat vermoedelijk met het opleidingsniveau samenhangt. De aldus geschatte groep zal ook lager opgeleide vrouwen bevatten. In de interviews en bij de eerste expertmeeting is overigens niet gebleken dat er daadwerkelijk nijpende problemen zijn (hoewel ook niet geheel kan worden uitgesloten dat (ex-)partners met een lagere sociaaleconomische status relatief ondervertegenwoordigd zijn binnen de clientèle van de deelnemers aan ons kwalitatieve onderzoek).

[112] A.M. Bouman, 'Financiële gevolgen van de beëindiging van ongehuwd samenwonen voor man en vrouw', CBS *Bevolkingstrends* 52, 3e kwartaal 2004, p. 67-74. NIBUD, *De financiële gevolgen van scheiden*, 2009, p. 57.

[113] Voor cijfers over de beëindiging van formele relaties zie: A.M. Bouman, 'Vrouwen na scheiding fors in koopkracht terug', CBS *Webmagazine*, 1 juni 2004. Voor cijfers over de beëindiging van informele relaties zie: A.M. Bouman, 'Financiële gevolgen van de beëindiging van ongehuwd samenwonen voor man en vrouw', CBS *Bevolkingstrends* 52, 3e kwartaal 2004, p. 67-74, aldaar p. 69.

3.8 De omvang van de groep van ongehuwd samengeleefd hebbende partners met vermogensrechtelijke problemen

Zoals in paragraaf 3.4.4 is aangegeven, doen financiële problemen zich vooral voor bij gescheiden vrouwen met (thuiswonende) kinderen. Kinderen komen voor bij slechts een van de drie subgroepen binnen de totale populatie van ongehuwd samenlevende vrouwen – de subgroep van partners voor wie de samenleving als het ware in de plaats treedt van het huwelijk. Ter bepaling van de omvang van de problematiek bij gescheiden ongehuwde partners, trachten wij eerst de grootte van de groep *ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen* vast te stellen. Als tweede stap berekenen wij het aantal na een ongehuwde samenleving *gescheiden* vrouwen met kinderen. De derde stap is een schatting van de omvang van de groep na ongehuwde samenleving gescheiden vrouwen met kinderen die kampt *met vermogensrechtelijke problemen*.

3.8.1 Eerste stap: omvang van de groep ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen

Cijfermateriaal over samenwonende vrouwen is te vinden in onderstaande tabel (tabel 10) op basis van gegevens van het CBS. In de tabel is te zien hoe het aantal ongehuwd samenlevende paren de afgelopen vijftien jaar is gestegen met zo'n 60%, terwijl daarbinnen de groep paren met kinderen is gegroeid met maar liefst ruim 300%. Het is kennelijk veel 'normaler' geworden voor samenlevende paren om niet te trouwen als er kinderen komen. In 2010 bedroeg het totale aantal ongehuwd samenwonende paren ongeveer 836 000. Het aantal ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen bedroeg ruim 332 000.[114] Dat betekent dat ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen circa 40% uitmaakten van de totale groep ongehuwd samenwonende paren.

Tabel 10

Periode	Ongehuwd samenwonende paren	Ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen
1995	518 116	101 453
1996	552 889	113 738
1997	583 194	125 172
1998	609 834	135 910

[114] De CBS-tellingen voor 'vrouwen die deel uitmaken van een ongehuwd samenwonend paar met thuiswonende kinderen' en 'ongehuwd samenwonende paren met 1 of meer thuiswonende kinderen' komen niet *geheel* met elkaar overeen (voor 2010 gaat het om 332 446 resp. 330 523). De verklaring voor dit – geringe – verschil is ons niet bekend, maar houdt wellicht verband met de mogelijkheid dat er ook paren zijn van twee vrouwen of (vermoedelijk minder vaak) twee mannen die ongehuwd samenwonen met kinderen. Wij zullen hier verder uitgaan van eerstbedoelde tellingen.

Periode	Ongehuwd samenwonende paren	Ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen
1999	633 625	149 447
2000	657 579	165 067
2001	674 085	181 037
2002	696 290	199 671
2003	714 200	216 514
2004	726 722	233 861
2005	747 056	251 156
2006	759 189	266 599
2007	777 059	283 070
2008	800 022	300 562
2009	819 717	316 506
2010	836 339	332 466

Bron: CBS StatLine. Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

3.8.2 Tweede stap: omvang van de groep na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen met kinderen

Omdat verbreking van ongehuwde samenleving plaatsvindt zonder formaliteit of registratie, is moeilijk te bepalen hoeveel samenlevende paren per jaar uit elkaar gaan. Steenhof en Harmsen hebben het aantal in 2000 uit elkaar gegane ongehuwd samenlevenden (met of zonder kinderen) geschat op minstens 120 000 personen[115] ofwel 60 000 paren. Deze getallen vormen de ondergrens van die berekening, terwijl de bovengrens aanzienlijk hoger lag.[116] Wij gaan ervan uit dat het werkelijke aantal scheidingen van ongehuwde samenlevenden dat jaar

[115] De schatting is gemaakt in het kader van een omvangrijk onderzoek naar zowel gehuwde als ongehuwde samenlevers op basis van de gegevens uit de GBA over huishoudensposities. De gegevens laten slechts een berekening toe met een vrij grote foutmarge. Zie L. Steenhof, C. Harmsen, 'Ex-samenwoners', *Maandstatistiek van de Bevolking* 50 (3), CBS, Voorburg/Heerlen, 2002, p. 17-20, aldaar p. 17-18. De methode van berekening is beschreven in de bijlage op pp. 19-20.

[116] De ondergrens vertegenwoordigt een groep samenwoners van wie met grote mate van zekerheid kan worden aangenomen dat ze hun relatie in het jaar 2000 hebben verbroken, maar het werkelijke aantal ligt vermoedelijk tussen de onder- en bovengrens in. L. Steenhof, C. Harmsen, 'Ex-samenwoners', *Maandstatistiek van de Bevolking* 50 (3), CBS, Voorburg/Heerlen, 2002, p. 17-20, aldaar p. 17. Voor gehuwden en ongehuwden samen lag de bovengrens op 240 000. Wij nemen gemakshalve aan dat de bovengrens voor in 2000 gescheiden ongehuwd samenwonenden lag op 150 000 personen.

lag op 67 500.[117] Uit andere bron is bekend dat in één op de vijf gevallen van verbreking van samenlevingsrelaties kinderen zijn betrokken.[118] Dat betekent dat in 2000 ongeveer 13 500 ongehuwd samenlevende paren met kinderen uit elkaar zijn gegaan, dat wil zeggen circa 8% van het totale aantal van 165 000 ongehuwd samenwonende ouderparen in 2000.

In het kader van ons onderzoek ontbreekt het aan de tijd en de middelen om de berekening die Steenhof en Harmsen voor het jaar 2000 hebben gemaakt, voor andere jaren te herhalen. Wel is het mogelijk om enige aanvullende gegevens te berekenen aan de hand van het door De Graaf in 2005 vermelde gegeven dat bij scheidingen van ongehuwd samenwonende paren jaarlijks zo'n 18 000 kinderen betrokken zijn.[119] Gaat men uit van dit gegeven, in combinatie met gegevens over het aantal kinderen dat ongehuwd samenlevende ouders gemiddeld hebben,[120] dan zou het percentage scheidingen bij ongehuwd samenlevende ouderparen in 2000 uitkomen op (niet 8% maar) 7,2%.[121]

Bij ontbreken van meer gedetailleerde gegevens over de dynamiek van het aantal scheidingen van ongehuwd samenlevende paren met kinderen over de jaren, hanteren wij in onze schattingen de aanname dat het percentage scheidingen van ongehuwd samenlevende paren met kinderen door de jaren heen constant is gebleven op ongeveer 7,5%. Dat deze aanname niet onverantwoord is, wordt ondersteund door het gegeven dat het aantal echtscheidingen sinds de jaren negentig tamelijk stabiel is gebleven; hetzelfde geldt voor het echtscheidingspercentage.[122]

---

[117] Het werkelijke aantal in 2000 gescheiden personen stellen wij op 135 000 personen (tussen de boven- en ondergrens) op 135 000 personen. Het aantal scheidingen van ongehuwd samenwonenden was dan dus 67 500.

[118] J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 56.

[119] A. de Graaf, A. de Graaf, 'Scheiden: motieven, verhuisgedrag en aard van de contacten', CBS Bevolkingstrends 53, 4e kwartaal 2005, p. 39-46, aldaar p. 43. Het is ons niet duidelijk op welke jaren het cijfer precies betrekking heeft, maar het zal vermoedelijk gaan om de eerste jaren vanaf 2000. Door de sterke stijging van het aantal kinderen in ongehuwde samenlevingsrelaties is het aannemelijk dat het cijfer voor de jaren erna steeds hoger uitkomt.

[120] Deze gegevens zijn goed te schatten aan de hand van CBS StatLine. *Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden* (gewijzigd op 12 augustus 2010).

[121] Dat dit percentage enigszins afwijkt van het zojuist berekende percentage van 8% voor hetzelfde jaar, is gelet op de in beide berekeningen gehanteerde onzekerheden niet verwonderlijk.

[122] Het aantal echtscheidingen bedroeg in de jaren 1990, 2000, 2007 en 2008 achtereenvolgens: 28 419, 34 650, 31 983 en 32 236. Het echtscheidingspercentage heeft jarenlang geschommeld rond de 33% (bron: CBS *StatLine*. Huwelijksontbindingen; door echtscheiding en door overlijden (gewijzigd op 15 oktober 2009)).

Derhalve uitgaande van de veronderstelling dat het aantal ontbindingen van de samenlevingsrelatie van paren met kinderen over de jaren heen stabiel is gebleven op 7,5%, komen wij tot de volgende aantallen:

Tabel 11

Periode	Ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen	Scheidingen bij ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen
1995	101 453	7 609
1996	113 738	8 530
1997	125 172	9 388
1998	135 910	10 193
1999	149 447	11 209
2000	165 067	12 380
2001	181 037	13 578
2002	199 671	14 975
2003	216 514	16 239
2004	233 861	17 540
2005	251 156	18 837
2006	266 599	19 995
2007	283 070	21 230
2008	300 562	22 542
2009	316 506	23 738
2010	332 466	24 935

Uit deze tabel kan worden afgeleid dat er tussen 1995 (het eerste jaar waarvoor gedetailleerde gegevens over samenlevende personen beschikbaar zijn[123]) en 2010 naar schatting circa 253 000 samenlevende paren met kinderen uit elkaar zijn gegaan. In 80% van gevallen blijven de kinderen bij de moeder.[124] Derhalve hebben de scheidingen geleid tot 202 000 ex-samenlevende vrouwen met kinderen.

Voor een deel van deze groep zal de situatie inmiddels zijn gewijzigd. Zo hebben gescheiden (ex-samenwonende) vrouwen met kinderen ongeveer 43% kans om binnen enige jaren een nieuwe partner te krijgen.[125] Derhalve blijft 57% van de na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen met kinderen langdurig

[123] J. Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat', CBS *Bevolkingstrends*, 4de kwartaal 2004, p. 46-60, aldaar p. 51.

[124] A. de Graaf, 'Scheiden: motieven, verhuisgedrag en aard van de contacten', CBS *Bevolkingstrends*, 4de kwartaal, 2005, p. 39-46, aldaar p. 43.

[125] J. Garssen e.a. (red.), *Samenleven. Nieuwe feiten over relaties en gezinnen,* CBS, Voorburg/Heerlen, 2001, p. 39. Bij gescheiden vrouwen zonder kinderen ligt dit percentage op circa 56%, aldus I. Keij, C. Harmsen, ''Repartnering': Living with a new partner after breaking up', Paper voor the EAPS Population Conference, 7-9 June 2001, Helsinki, Finland, p. 4.

alleenstaand. Dat zou betekenen dat van de zojuist bedoelde groep van 202 000 vrouwen een groep van circa 115 000 vrouwen resteert die na verbreking van een ongehuwde samenleving langdurig deel uitmaken van een eenoudergezin.[126] Maar ook door andere oorzaken – vooral uitvliegen van kinderen, of overlijden – zal de situatie voor een deel van deze vrouwen inmiddels niet meer dezelfde zijn en zal de resterende groep vrouwen derhalve kleiner zijn. Hoeveel kleiner, is lastig te becijferen.

Langs andere weg valt daarover echter wel iets te zeggen.[127] In 2010 waren er in Nederland zo'n 121 000 nooit gehuwde vrouwen met thuiswonende kinderen.[128] Een deel van deze vrouwen – volgens deskundigen circa 20% – woonde ook bij de geboorte van het kind al niet samen met een partner.[129] Wij schatten dat circa 97 000 vrouwen hun kinderen wél zullen hebben gekregen tijdens een ongehuwde samenleving (die dus door scheiding is geëindigd).[130] Langs deze weg kan derhalve aannemelijk worden gemaakt dat de in de vorige alinea berekende groepsomvang (115 000) met zo'n 18 000 naar beneden dient te worden bijgesteld (ruim 15%).

Per saldo kan de omvang van de doelgroep van ons onderzoek – blijvend alleenstaande ex-samenlevende vrouwen met kinderen – met een gemotiveerde schatting worden vastgesteld op circa 97 000 vrouwen in 2010. Sinds 2005 is de groep jaarlijks per saldo gegroeid met 2 800 vrouwen.[131]

3.8.3 Derde stap: omvang van de groep na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen met kinderen die met vermogensrechtelijke problemen kampen

De laatste stap in onze berekening houdt een schatting in van het aantal 'probleemgevallen' onder de totale groep van circa 97 000 ex-samenwonende

[126] Zoals vermeld, zijn er geen gedetailleerde cijfers over ongehuwd samenlevende paren vóór 1995 beschikbaar. Voor het doel van dit onderzoek is dat niet zo'n groot gemis: nu kinderen die voor 1995 zijn geboren inmiddels ten minste 16 jaar oud zijn, hebben zij niet veel invloed meer op de verdiencapaciteit van hun moeders. Aan de andere kant kunnen oudere uitwonende kinderen die studeren natuurlijk nog een aanzienlijke financiële last voor hun ouders vormen. Deze omstandigheid kunnen wij echter niet goed kwantificeren.

[127] Met dank aan J. Latten en A. de Graaf, die ons deze benadering hebben gesuggereerd.

[128] Dit cijfer is ons aangereikt door J. Latten en A. de Graaf, die wij daarvoor zeer erkentelijk zijn. Het getal is overigens wat lager dan prognosecijfers van het CBS, die uitkomen op 130 000 (CBS *Statline*. Bevolking naar huishoudenspositie, 2009-2050).

[129] Deze schatting is ons aangereikt door J. Latten en A. de Graaf, met een verwijzing naar A. de Graaf, 'Vruchtbaarheid in de twintigste eeuw', CBS *Bevolkingstrends* 56, 1e kwartaal 2008, p. 14-22, aldaar p. 17.

[130] Op vergelijkbare wijze kan deze groep voor het jaar 2005 worden berekend op 83 000.

[131] Vergelijk noot 130. Vergelijk ook hetgeen in noot 126 is opgemerkt over uitwonende studerende kinderen, waardoor de in de volgende paragraaf te schatten probleemgroep in feite wat groter zal zijn.

vrouwen met kinderen. Zoals eerder vermeld, maken deze vrouwen deel uit van eenoudergezinnen. Volgens het CBS had 30% van de totale populatie van eenoudergezinnen in 2008 een inkomen onder de lage-inkomensgrens.[132] Gezinnen onder de lage-inkomensgrens zijn in paragraaf 3.4.3 als probleemgroep gedefinieerd. Toepassing van het zojuist bedoelde percentage op eenoudergezinnen van na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen, levert een schatting op van 29 000 probleemgezinnen.[133]

In paragraaf 3.7.7 zijn enige factoren benoemd die een matigende of juist aggraverende invloed kunnen hebben op de vermogensrechtelijke problemen. Deze factoren zijn: het hogere opleidingsniveau van samenlevende vrouwen en het ontbreken van de compenserende werking van huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels. Welke invloed deze factoren hebben op het aantal probleemgevallen, valt niet goed te schatten. Wel is een correctie op zijn plaats in verband met het gegeven dat de koopkracht van de ex-samenlevende vrouwen in het jaar na de scheiding slechts daalt met 14%, terwijl dat percentage bij ex-gehuwde vrouwen 21% is. Er is dus een significant verschil van een derde minder koopkrachtverlies. Omdat koopkrachtverlies een van de belangrijkste indicatoren vormt voor vermogensrechtelijke problemen, is het wellicht gewettigd te veronderstellen dat het hiervoor genoemde algemene percentage eenoudergezinnen onder de lage-inkomensgrens (30%), voor eenoudergezinnen van ex-samenwonende vrouwen een derde lager ligt. Daarvan uitgaand zou de ondergrens van het aantal probleemgezinnen rond 20 000 liggen.

Aan het slot van deze berekeningen, schattingen en extrapolaties komen wij tot een voorzichtige indicatie van de groep van vrouwen met kinderen die na ongehuwd samenleven zijn gescheiden en te kampen hebben met ernstige financiële problemen. Deze groep 'probleemgevallen' betreft volgens onze voorzichtige schatting circa 20 000 ex-samenwonende vrouwen met kinderen.

3.9 Bevindingen uit de interviews en de expertmeetings

In deze paragraaf doen wij verslag van onze bevindingen uit de door ons gehouden interviews met advocaten en notarissen en onze bevindingen uit de door ons gehouden expertmeetings. Daarbij gaan wij eerst in op onze bevindingen met betrekking tot in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en vervolgens op onze bevindingen met betrekking tot ongehuwd samenlevende

[132] F. Otten, W. Bos (red.), *Lage inkomens, kans op armoede en uitsluiting 2009*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 18. Vgl. noot 35.

[133] Wij gaan er bij deze extrapolatie vanuit dat er geen reden is om aan te nemen dat bij de groep eenoudergezinnen die *niet* bestaan uit ex-samenlevende vrouwen met kinderen sprake is van een gemiddeld hoger inkomen dan bij de door ons bedoelde groep. Eerstbedoelde groep bestaat uit vrouwen die hun kinderen buiten enige relatie krijgen, en verder uit alleenstaande vaders met thuiswonende kinderen.

partners. Wij structureren een en ander overeenkomstig de in paragraaf 3.3 vermelde volgorde van onderwerpen bij de interviews.

3.9.1 Bevindingen met betrekking tot in koude uitsluiting gehuwde partners

3.9.1.1 Motieven van partners met betrekking tot de keuze voor koude uitsluiting

3.9.1.1a Frequentie

Recente cijfers over het percentage koude uitsluitingen onder de gemaakte huwelijkse voorwaarden ontbreken. De laatste vijf jaren tot en met 2003, het laatste jaar waarover cijfers beschikbaar zijn, schommelde het percentage tussen circa 4% en 10%. In de praktijk van de geïnterviewde notarissen komt koude uitsluiting tegenwoordig weer vaker voor, zeker als daaronder mede begrepen worden koude uitsluitingen met een finaal verrekenbeding alleen voor het geval van overlijden. Slechts één notaris noemt een percentage van 3 of 4%, de anderen komen duidelijk hoger uit: 10%, 12,5%, 15%, en twee notarissen noemen percentages van wel 60%. Ook tijdens de tweede expertmeeting vonden wij aanwijzingen dat het aantal koude uitsluitingen stijgt: de aanwezige notarissen geven aan dat in 30 tot 35% van de gevallen huwelijkse voorwaarden worden gemaakt, sprake is van koude uitsluiting. Ook het feit dat de aanwezige advocaten en de aanwezige rechter dit een uitzonderlijk hoog percentage vonden, kan wijzen op een recente ontwikkeling, die pas over enkele jaren zichtbaar wordt in de echtscheidingspraktijk.

3.9.1.1b Motieven

Hoewel koude uitsluiting in veel verschillende situaties voorkomt, lijkt dit het vaakst het geval te zijn bij mensen die op latere leeftijd nogmaals huwen dan wel eigen vermogen hebben en bij mensen die een onderneming hebben, met name een familiebedrijf. Maar het komt bijvoorbeeld ook voor bij jonge mensen die nog geen kinderen hebben en nog niet ‘toe zijn’ aan een verrekenbeding. Eén notaris adviseert in dergelijke gevallen koude uitsluiting, waarbij de mensen gewezen wordt op de mogelijkheid van latere wijziging, indien er kinderen komen. Een andere notaris veronderstelt dat koude uitsluiting vaker voorkomt bij hoger opgeleiden. Tijdens de tweede expertmeeting is dit expliciet aan de orde gesteld, maar door geen der aanwezigen onderschreven. Tijdens de expertmeeting werd wel aangegeven dat koude uitsluiting vaker voor lijkt te komen bij tweede huwelijken, bij oudere partijen, bij ondernemers en bij mensen met een groot vermogen. Koude uitsluiting lijkt volgens de aanwezigen zeldzaam te zijn bij echtgenoten met kinderen (of een kinderwens).

Gevraagd naar de belangrijkste motieven die mensen hebben om koude uitsluiting overeen te komen, worden door de geïnterviewde notarissen uiteenlopende overwegingen genoemd:

1. bescherming tegen schuldeisers, wanneer sprake is van een eigen bedrijf;
2. bescherming van het eigen vermogen, vooral familievermogen (bij jonge mensen ook wel op advies van de ouders);
3. voorlopig de handen vrij willen houden, waarbij altijd nog ad hoc kan worden besloten om iets gemeenschappelijk te maken;
4. één echtgenoot wil niets delen of verrekenen;
5. eenvoud: partijen willen geen enkele discussie over inkomen en/of vermogen;
6. bij ouderen (vooral als er geen gezamenlijke kinderen zijn): de wens om vermogensrechtelijk zelfstandig willen blijven.

Min of meer vergelijkbare motieven worden genoemd door de geïnterviewde advocaten (die uiteraard zelf niet betrokken zijn geweest bij het maken van de huwelijkse voorwaarden):

1. de wens om familiekapitaal veilig te stellen;
2. bij jongere stellen met ieder een eigen carrière: geen behoefte om financiële zelfstandigheid op te geven;
3. bescherming ondernemingsvermogen (al dan niet op advies van ouders of accountant);
4. bij tweede of derde huwelijk: behoud financiële zelfstandigheid;
5. bescherming tegen schuldeisers (vooral vroeger, vóór ongeveer 1990).

De expertmeeting leverde geen afwijkend beeld op. Er kan derhalve vanuit gegaan worden dat koude uitsluiting op grond van uiteenlopende motieven wordt overeengekomen, maar mogelijk minder vaak door echtgenoten die voor het eerst gehuwd zijn en/of kinderen hebben.

3.9.1.1c Rol van de notaris

De meeste hiervoor genoemde motieven kunnen onder omstandigheden valide redenen opleveren om koude uitsluiting overeen te komen. De beoordeling daarvan is in de eerste plaats aan partijen zelf, voorgelicht door de notaris, die met name zal wijzen op de belangrijke rechtsgevolgen die koude uitsluiting heeft. Wij hebben geprobeerd vast te stellen welke betekenis de voorlichting door de notaris heeft. Daartoe hebben wij de geïnterviewde notarissen gevraagd hoe partijen reageren, als ze als reden voor koude uitsluiting de aanwezigheid van een eigen bedrijf of bescherming tegen schuldeisers hebben genoemd, en de

notaris uitlegt dat een verrekenstelsel voor die situatie ook bescherming biedt. In veel gevallen, zeker als er kinderen zijn of kinderen aankomen, blijkt de voorlichting door de notaris dan te leiden tot opneming van een verrekenbeding, vaak alleen voor de inkomsten uit arbeid. Een notaris verwoordt het aldus:

> 'Er zijn een hoop mensen die met het idee van koude uitsluiting binnenstappen. Die horen hier eigenlijk pas dat er wel andere motieven zijn en anderen mogelijke regelingen. Het komt dan regelmatig voor dat er wat verwarring aan tafel is. De één geeft soms aan daar toch niet voor te voelen, terwijl de ander verbaasd opzij kijkt. Dat zijn natuurlijk de meest spannende gesprekken. Na een uurtje loopt men wat in verwarring het pand uit. Uiteindelijk komen partijen toch bijna altijd een verrekenstelsel overeen.'

Een andere notaris hierover:

> 'Als het gaat om een onderneming, dan hoor ik vaak van de vrouw: schuldeisers, daar wil ik niet voor aansprakelijk zijn. Prima, zeg ik dan, maar dan wil je ook niet in de lusten delen. En dan wordt het meteen een ander verhaal: Ja, maar dat wil ik wel. En dan zegt de ondernemer: Maar dat is ook weer niet de bedoeling, als ik aan jou de helft van mijn onderneming moet uitkeren, kan ik wel stoppen met mijn zaak. Dus laten we dat er buiten houden. In dergelijke gevallen komt men nog wel eens uit op koude uitsluiting, of op een finaal verrekenbeding, met uitzondering van de onderneming.'

Ook als partijen voor een andere transactie bij de notaris komen, bijvoorbeeld de levering van een woning, wijst de notaris hen altijd op de vraag of de huwelijkse voorwaarden nog passend zijn. Ook fiscale overwegingen zijn hierbij relevant. Dit leidt in elk geval bij een van de geïnterviewde notarissen in 60% van de koude uitsluitingen tot aanpassing. Een andere notaris signaleert dat partijen daarvan nog wel eens afzien, als zij feitelijk al veel vermogen gemeenschappelijk hebben: de koude uitsluiting wordt in die gevallen verzacht doordat ze vermogen op beider naam hebben. Nog een andere notaris vertelt:

> 'Wij merken vaak dat met name de categorie die koude uitsluiting heeft, die op hoge leeftijd gaan opheffen. Maar vooral niet te vroeg. Iemand die 40, 50 of 60 jaar oud is, doet dat niet. Bij 70 jaar vinden ze het allemaal niet meer zo spannend. Dan weet je ook waar je financieel in terechtgekomen bent. Dan wil je van het vermogen af.'

Ondanks de inspanningen van de notaris, lijkt de voorlichting bij de meeste mensen niet te leiden tot een goed, blijvend inzicht in hun huwelijksvermogensrechtelijke positie. Volgens de geïnterviewde advocaten verdiepten partijen zich in elk geval tot pakweg 1990 niet grondig in hun huwelijkse voorwaarden en schoot de notariële voorlichting daarover toen in feite tekort. Vanaf ongeveer

1990 of 1995 gaan de echtgenoten veel bewuster om met de huwelijkse voorwaarden en is ook de voorlichting beter. Een advocaat:

> 'Bij de door mij behandelde zaken zie ik een onderscheid in de oude en nieuwe gevallen, aldus dat bij de laatste veel meer een evenwicht is tussen de aanstaande ex-echtgenoten. Met name bij de eerste categorie komen schrijnende gevallen voor. Waar iemand zijn hele leven voor de kinderen heeft gezorgd en het huishouden heeft gedaan en daarnaast vaak ook nog in de onderneming van de man heeft gewerkt, terwijl er niets tegenover stond, dat vind ik een schrijnend geval. Dit soort gevallen neemt wel af.'

Een andere advocaat vertelt:

> 'De grootste gemene deler is dat mensen eigenlijk pas wanneer er een echtscheiding komt en de akte van huwelijkse voorwaarden te voorschijn komt zich goed realiseren wat ze destijds hebben afgesproken. Ze hebben niet voldoende geweten dat zij een koude uitsluiting zijn overeengekomen en dat is dus kennelijk vaak niet voldoende duidelijk geweest voor deze echtgenoten. Bij procedures ben ik voornamelijk opgetreden voor de vrouw. Die zijn toch wel redelijk verbijsterd dat het destijds op deze wijze is geregeld.'

Wellicht hebben veel echtgenoten, ook bij de 'oudere' gevallen (voor 1990-1995) nog wel begrepen dat het zakelijke vermogen of het familievermogen bij echtscheiding niet zou hoeven te worden verdeeld. Maar dat dit ook gold voor het overige vermogen, overzien de meeste mensen niet. Een geïnterviewde notaris verwoordt het aldus:

> 'Mensen weten soms amper dat ze op huwelijkse voorwaarden zijn getrouwd. Kunnen zich vaag nog herinneren bij de notaris te zijn geweest. Maar als ik hier een overhoring ga afnemen over wat de inhoud van de huwelijkse voorwaarden is, dan schrikt iedereen. Weten ze niet.'

Een andere notaris over de voorlichting vroeger:

> 'Ik kan me wel indenken dat de notaris bij de oudere generatie weliswaar heeft uitgelegd, maar dat er niets is blijven hangen. Vroeger kreeg je anderhalf pagina tekst huwelijkse voorwaarden. De notaris las het voor en men dacht: het zal wel.'

Tijdens de expertmeeting is uitvoerig aan de orde geweest of partijen de gevolgen van koude uitsluiting overzien. Een van de aanwezige advocaten vroeg zich af of notarissen de consequenties van koude uitsluiting wel voldoende uitleggen. De aanwezige notarissen hebben aangegeven dat dit nu juist bij uitstek behoort tot de informatieplicht van de notaris. Wij hebben echter de indruk dat veel mensen niet goed in staat zijn om zich de juridische gevolgen

van de huwelijkse voorwaarden goed voor ogen te houden, juist ook voor toekomstige omstandigheden die sterk afwijken van de huidige goede tijden. Dit ondanks het feit dat volgens de meeste betrokkenen de notariële voorlichting vanaf de jaren negentig aanmerkelijk is verbeterd.

> Zo vragen notarissen tegenwoordig expliciet aandacht voor wat er moet gebeuren als het huwelijk eindigt in echtscheiding. Ook krijgen cliënten nu vaak eerst een brochure en een uitgebreide vragenlijst toegezonden ter voorbereiding op het gesprek op het kantoor van de notaris. Zo'n vragenlijst maakt de cliënten bewust van de relevante haken en ogen van de huwelijkse voorwaarden; voor notarissen heeft een dergelijke lijst ook het voordeel dat het achteraf de mogelijkheid biedt om aan te tonen wat men heeft gewild. Zo ontstaan minder uitlegproblemen over de inhoud van de huwelijkse voorwaarden. Ook wordt aan cliënten na bespreking op kantoor wel een brief met uitleg over de gevolgen van de gemaakte keuzes gezonden.
> Tijdens de expertmeeting kwam ook aan de orde dat notarissen soms beweegredenen van de cliënten vastleggen in een considerans in de akte huwelijkse voorwaarden. Komt het achteraf tot een geschil, dan is het duidelijker wat de bedoeling van partijen was.

Hoewel de gebrekkige kennis van veel mensen over hun huwelijkse voorwaarden de vraag oproept of de voorlichting niet beter kan, is het nog niet zo eenvoudig om te zeggen hoe dat zou moeten gebeuren. Mensen zijn nu eenmaal weinig bevattelijk voor informatie over zaken waar ze eigenlijk liever niet over willen nadenken. Er is hier, zo signaleert een notaris tijdens de expertmeeting, ook een zeker spanningsveld. Aan de ene kant wil iedereen dat de notaris goede huwelijkse voorwaarden maakt en daarover indringend voorlichting geeft, aan de andere kant moet dat alles tegen zo laag mogelijke kosten. Niet alleen de aanwezige notarissen, maar ook de advocaten sluiten zich hierbij aan: een akte waaraan door commerciële tijdsdruk te weinig tijd is besteed, kan leiden tot jarenlange dure procedures. Notarissen wordt ook steeds vaker achteraf gevraagd om een toelichting te geven op het totstandkomingsproces van huwelijkse voorwaarden. Het zou nuttig kunnen zijn om in de wet of in de beroepsregels te verankeren dat, zoals goede notarissen nu al doen, van de bespreking van de huwelijkse voorwaarden verplicht verslag wordt gelegd door de notaris. Voor individuele voorlichting, zoals in Angelsaksische landen, voelt men tijdens de expertmeeting weinig.
Een suggestie van een advocaat bij de expertmeeting dat partijen bij de akte afzonderlijk gerichte voorlichting zouden moeten krijgen, krijgt weinig bijval. Een andere suggestie is om behalve een brochure ook een televisieprogramma beschikbaar te stellen waarin op indringende wijze wordt getoond hoe ingrijpend de gevolgen van bepaalde huwelijkse voorwaarden kunnen zijn (dit naar aanleiding van de uitzending van TROS-Radar over de nieuwe Successiewet, die tot een run op de notarissen heeft geleid).

3.9.1.1d Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners

Wij hebben geprobeerd vast te stellen of er in geval van scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten significant verschil bestaat in de vermogens van de echtgenoten, of dit verschil is ontstaan tijdens het huwelijk en kan worden toegeschreven aan de koude uitsluiting en, zo ja, of daarbij mede de rolverdeling tussen de echtgenoten tijdens het huwelijk van invloed is geweest. Een deel van de notarissen heeft hierop weinig zicht. Andere notarissen hebben de indruk dat in door hen behandelde zaken vaak bij aanvang van het huwelijk al een verschil in vermogen bestond, dat tijdens het huwelijk alleen maar groter is geworden. De traditionele rolverdeling tussen man en vrouw speelt hierbij een rol.
De geïnterviewde advocaten zijn veel stelliger: ten tijde van de echtscheiding bestaat er in de meeste gevallen een significant verschil in vermogen, waarbij de rolverdeling tussen man en vrouw een grote rol heeft gespeeld. Wel was er soms bij aanvang van het huwelijk al verschil in vermogen is en soms ontstaat een verschil als gevolg van erfenissen. Verder wordt vermeld dat vaak de echtelijke woning wel op beider naam staat en de vrouw dus in elk geval wel recht heeft op de helft van de overwaarde van de woning.
Wij achten het aannemelijk dat tussen in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten in de meeste gevallen aanzienlijke verschillen in vermogen ontstaan, vaak samenhangend met een traditioneel rollenpatroon. Wij hebben geen grond om te veronderstellen dat op dit punt een verschil bestaat tussen oudere en jongere gevallen.

3.9.1.2 Gevolgen bij scheiding en de omvang van eventuele financiële problemen en gevoelens van onbillijkheid

Vermogensverschillen hoeven als zodanig tussen de echtgenoten geen problemen te geven. In de interviews hebben wij onderzocht in hoeverre koude uitsluiting aanleiding geeft tot problemen, hetzij financiële problemen voor een van partners hetzij gevoelens van onbillijkheid bij het eindresultaat.
Globaal gesproken lijkt het volgens de geïnterviewde notarissen wel mee te vallen met de problemen. Daarbij geeft een notaris aan dat hij niet goed kan beoordelen in hoeverre de vermogensverschillen uiteindelijk leiden tot financiële problemen. Zijn indruk is dat over het algemeen geen sprake is van ernstige problemen, wel van onbillijkheidsgevoelens bij (meestal) de vrouw. Een andere notaris kent wel enkele gevallen dat de vrouw, meestal met kinderen, uit een royale villa komt en naar een heel klein huurwoninkje moet. Dat levert volgens hem statusverlies op voor moeder en kinderen, zeker als moeder ook nog moet aankloppen bij de bijstand. Jongere mensen gaan er volgens deze notaris meer vanuit dat ze allebei zullen blijven werken en dan is koude uitsluiting op zichzelf geen probleem. Deze mensen staan er echter zelden

voldoende bij stil, zo meent deze notaris, dat de omstandigheden zich kunnen wijzigen, bijvoorbeeld als men een ernstig gehandicapt kind krijgt.
Volgens een andere notaris is er in 20-25% van de echtscheidingszaken met koude uitsluiting sprake van door partijen ervaren onbillijkheden. De onbillijkheid schuilt er niet zozeer in dat men niet weet wat men heeft getekend, maar meer dat men tijdens het huwelijk nooit heeft nagedacht over wat de koude uitsluiting voor gevolgen zou hebben. De meest schrijnende gevallen zitten volgens deze notaris waarschijnlijk in de oudere huwelijkse voorwaarden:

> 'Met name wanneer het gaat om vrouwen die met 51 jaar worden ingeruild en met 12 jaar alimentatie de 65 jaar niet halen. Zo'n vrouw is altijd de klos, vooral als ze weinig heeft gewerkt en weinig verdiencapaciteit heeft. Die is erg sterk financieel afhankelijk van de ex-partner. Deze categorie weet het zelf nog niet eens. Ze werden door de ouders naar de notaris gestuurd om huwelijkse voorwaarden te maken. Dat is een minder bewuste keus van henzelf geweest.'

Een volgende notaris meent dat koude uitsluiting vaak tot problemen leidt: in 40% van de echtscheidingen met koude uitsluiting gaat het volgens hem ernstig verkeerd. Het gaat dan om financiële problemen die ook onbillijk voor de vrouw uitpakken. Omdat in deze zaken veel waarde in de (agrarische) onderneming zit, is er ook niet veel ruimte om alimentatie te betalen. Vaak hebben vrouwen die in het boerenbedrijf hebben meegewerkt, zelf geen grote verdiencapaciteit en zijn zij aangewezen op lager betaald werk.
Ook in de interviews met advocaten is onderzocht in hoeverre koude uitsluiting bij echtscheiding aanleiding geeft tot financiële problemen, en of bepaalde mensen in ernstige en zeer ernstige problemen terechtkomen. Daarbij is ook gevraagd in welke mate partneralimentatie de problemen heeft verminderd. De advocaten die wij geïnterviewd hebben rapporteren in het algemeen wel financiële problemen, maar deze zijn ofwel niet bijzonder ernstig ofwel worden zij verzacht door het recht op partneralimentatie of een bereidheid van de andere echtgenoot – vaak in mediation – om onverplicht bepaalde concessies te doen. Een advocaat hierover:

> 'Soms worden de financiële problemen niet onmiddellijk opgelost. De vrouw heeft in luxe, van andermans inkomen en vermogen, kunnen leven en moet nu veel stappen terug doen. In enkele zaken is er in die gevallen uiteindelijk wel een regeling getroffen. De andere echtgenoot heeft ingezien dat het gezin – dus zijn kinderen – niet goed functioneerde en is bereid gebleken tot een aanvaardbare financiële regeling.'

Een andere advocaat heeft wel ervaring met schrijnende gevallen:

> 'Gedeeltelijk kan de afwikkeling echt financiële problemen opleveren, zoals in een zaak waar het familiekapitaal het boerenbedrijf betrof, waarin de vrouw

> gedurende het huwelijk had meegewerkt. Er was verder geen ander vermogen. Het inkomen was echter zo laag dat er geen draagkracht was voor alimentatie. De vrouw viel tijdelijk terug op de bijstand. Had geen geld voor inboedel etc. Zij heeft geen eurocent ontvangen na bijna 30 jaar huwelijk. Hierover is tot en met het hof geprocedeerd, zonder resultaat.'

Ook de andere advocaten signaleren wel problemen door de koude uitsluiting, maar beoordelen deze over het algemeen niet als heel ernstig, zeker als er wel alimentatie wordt betaald. Ook als het huis wel op beider naam staat, betekent dat een verzachting van de gevolgen van koude uitsluiting. Uiteraard betekent deze beoordeling door de advocaten niet dat hun cliënten dit ook zo zagen. Eén van de advocaten:

> 'Ernstige financiële problemen is subjectief, sommigen zullen het wel zo ervaren hebben. Maar ze leven niet op bijstandsniveau. Ze moeten gewoon een enorme stap terugdoen en stappen zetten om weer in eigen inkomen te gaan voorzien, maar het voelt alsof ze alles kwijt zijn. Gevoelsmatig zal dat ook zo zijn: geen aanspraak hebben op vermogen wordt door echtgenoten veel moeilijker gevonden dan door samenwoners. Kennelijk weten samenwoners beter wat hun juridische positie is.'

Ook tijdens de tweede expertmeeting kwam naar voren dat de gevolgen van koude uitsluiting door de minst vermogende echtgenoot eigenlijk altijd als ontzettend onbillijk worden ervaren. Ook de aanwezigen vinden het onbillijk als een vrouw kinderen heeft, maar geen huis en ook geen baan. Daarvoor zou een vangnet moeten worden overwogen, zeker als er geen sprake is geweest van goede voorlichting.

Wat de omvang van de groep met problemen betreft, hebben wij tijdens de expertmeeting aan de orde gesteld dat 30% van de vrouwen met kinderen na een echtscheiding financiële problemen heeft. De hypothese dat problemen zich vaker voordoen bij echtscheidingen met koude uitsluiting dan bij scheiding zonder koude uitsluiting, wordt door de aanwezigen niet onderschreven. In veel gevallen van koude uitsluiting is namelijk sprake van een hoog inkomen, waardoor meer partner-of kinderalimentatie wordt betaald. Verder staat zeker tegenwoordig de woning ook bij koude uitsluiting vaak op beider naam.

Uit de interviews en de expertmeeting lijkt naar voren te komen dat substantiële financiële problemen zich voor in koude uitsluiting gehuwde vrouwen met kinderen na echtscheiding in minder dan 30% van de zaken voordoen. Daarbij tekenen wij aan dat de door ons geselecteerde advocaten en notarissen behoren tot de specialisten op familierechtelijk terrein en als zodanig misschien toch wat meer dan gemiddeld opereren aan de 'bovenkant van de markt'. In agrarische kringen lijkt koude uitsluiting wel gepaard te gaan met daadwerkelijke financiële problemen voor de vrouw, doordat zij niet alleen niet deelt in de

waarde van de onderneming, maar er voorts vaak geen draagkracht bestaat voor het betalen van enige alimentatie. Bij deze vrouwen, maar eigenlijk bij veel vrouwen die met de gevolgen van koude uitsluiting te maken hebben, leidt dat tot gevoelens van onbillijkheid. Voorts menen wij met de aanwezigen tijdens de expertmeeting dat voor zover koude uitsluiting leidt tot financiële problemen, deze zich vooral voordoen als er minderjarige kinderen zijn.

3.9.1.3 In hoeverre voor de problemen en onbillijkheden in de praktijk oplossingen worden gevonden

Zowel de geïnterviewde notarissen als de geïnterviewde advocaten geven aan dat voor problemen als gevolg van koude uitsluiting in de praktijk vaak in zekere mate een oplossing wordt gevonden. Zo vermeldt een notaris dat als er wel een gemeenschappelijke woning is, voor de armere partner vaak iets extra's wordt gedaan in het kader van de verdeling. Ook wordt soms een verlenging van de alimentatieduur afgesproken. Een andere notaris signaleert dat in 85% van de zaken waarin zich problemen voordoen, toch redelijke oplossingen te bereiken zijn omdat partijen bereid zijn tot afspraken te komen over allerlei zaken, zoals vergoedingen van de woning, het voor de kinderen behouden van een bepaalde welstand, betaling van studiekosten enzovoort. Er wordt volgens deze notaris wat minder gelet op wat men volgens de wet aan draagkracht heeft, maar meer gelet op wat er mogelijk is.
Een advocaat vertelt dat van de door hem behandelde gevallen 75% leidt tot een regeling door mediation. In de andere zaken is een procedure gestart, maar uitsluitend om een goede onderhandelingspositie te bereiken. Ook een andere advocaat geeft aan dat in veel zaken een minnelijke regeling te bereiken valt, omdat de mensen het niet op een procedure aan willen laten komen. Overigens lost schikking slechts een klein deel van de problemen op, aldus deze advocaat: 'Iedereen kan net verder door het schuiven van een klein beetje vermogen en de alimentatie.' Dat er überhaupt een regeling tot stand komt, hangt samen met de aanwezigheid van kinderen. De man vindt dan dat deze in een goede woonomgeving moeten blijven wonen en is bereid daarvoor te blijven betalen. Doordat de man juridisch niet verplicht is tot een bepaalde oplossing, is de onderhandelingspositie van de vrouwen vaak zwak. Vergelijk de opmerkingen van een andere notaris:

> 'Soms wordt de onredelijkheid door de man wel gevoeld en kan er ergens over gepraat worden, maar ook dan wordt het niet echt goed opgelost. De man is dan bereid een stukje vermogen aan de vrouw te laten, zodat zij in ieder geval ook iets heeft. Verre van gelijkheid. De uitzonderingen die er zijn hebben te maken met de kinderen. De levensstandaard moet dan bij beide ouders een beetje gelijk zijn en daar wordt dan wat aan gedaan.'

Ook een andere advocaat, die bijna altijd voor de vermogende man optreedt, realiseert zich dat de man zich wel verplicht voelt om de vrouw enigszins verzorgd achter te laten, maar de man bepaalt dan wel zelf min of meer in welke mate.
Hoe belangrijk mediation tegenwoordig is, blijkt uit de opmerking van een andere advocaat dat de partijen bij mediation als uitgangspunt elkaar het licht in de ogen gunnen, terwijl als beide echtgenoten een eigen advocaat hebben vaak een minder grote bereidheid bestaat om een stap te zetten. Maar ook dan bestaat die bereidheid uiteindelijk ook wel, omdat ze beiden met de kinderen verder moeten kunnen. Deze advocaat komt ook wel tegen dat partijen inderdaad erkennen dat de huwelijkse voorwaarden vooral bedoeld waren om risico's uit te sluiten en niet om elkaar van elke aanspraak te beroven: 'Het wordt dan geen fifty-fifty, maar wel een regeling dat de ander ook verder kan.'
Tijdens de tweede expertmeeting is ons bevestigd dat door middel van mediation vaak een zekere oplossing kan worden gevonden. Veel moeilijker is dat als geen sprake is van mediation. De bereidheid om tot mediation te adviseren, of meer in het algemeen tot het nastreven van een goede minnelijke regeling, bestaat vooral bij de goed opgeleide familierechtadvocaten, in het bijzonder bij leden van de vereniging van Familierechtadvocaten Scheidings-mediators (vFAS). Ook de aanwezige notarissen bevestigden dat advocaten die lid zijn van de vFAS zaken 'beter' willen oplossen voor beide cliënten, dat wil zeggen minder conflictueus. Een oplossing die wel wordt gekozen is dat de huwelijkse voorwaarden nog worden gewijzigd, zodat de vrouw bijvoorbeeld een recht van bewoning krijgt. De bereidheid tot het treffen van regelingen is, zo blijkt ook tijdens de expertmeeting, duidelijk groter als er kinderen zijn.
De ondervraagden en de aanwezigen tijdens de tweede expertmeeting zijn het er algemeen over eens dat de rechter niet snel bereid lijkt om de huwelijks-vermogensrechtelijke gevolgen van koude uitsluiting te verzachten, hetzij door een bepaalde uitleg van de huwelijkse voorwaarden, hetzij door deze op grond van de redelijkheid en billijkheid opzij te schuiven. Ook onder de geïnterviewde advocaten valt te beluisteren dat de rechterlijke macht hierin heel terughoudend is ('formeel-juridisch, niet creatief'). Over de vraag of de rechterlijke macht hierin te terughoudend is, bestaat overigens geen overeenstemming.
Tot slot van dit onderdeel vermelden wij enige (andere) obstakels die door de geïnterviewde notarissen en advocaten zijn genoemd voor het bereiken van bepaalde oplossingen van door koude uitsluiting oorzaak de problemen. De obstakels komen grotendeels op hetzelfde neer en zijn fiscaal van aard.

- Obstakels van belastingtechnische aard, bijvoorbeeld schenkbelasting als er ongelijk wordt verdeeld. Een andere notaris is evenwel 'niet zo geneigd' om een schenking te zien als het huis voor € 20.000 te weinig naar een van de partners gaat.

- De fiscale wetgever is minder flexibel tegenover onderling afstand doen of verrekenen; zo kan afkoop van alimentatieplicht tegenover afstand van de overwaarde in de woning gevolgen hebben voor de inkomstenbelasting en de schenkbelasting. Voor de overdrachtsbelasting kan soms een oplossing worden gevonden door wijziging van de huwelijkse voorwaarden.
- Voor sommige oplossingen is civielrechtelijk de titel niet duidelijk. Het risico bestaat ook dat de fiscus het als een schenking beschouwd.

3.9.1.4 Mogelijke instrumenten voor de wetgever

De vraag of een wettelijke regeling wenselijk is in verband met de problemen als gevolg van koude uitsluiting, hebben wij zowel bij de interviews van notarissen en advocaten als tijdens de tweede expertmeeting voorgelegd.[134] Wij hebben daarbij een aantal suggesties geformuleerd, te weten:

- verzwaring van de voorlichting, eventueel invoeren van verplichte checklist;
- vastlegging van de resultaten van de voorlichting in aparte documenten, getekend door de notaris en elk der partijen;
- aparte voorlichting van elk der partijen door een notaris/advocaat;
- verplichte voorlichting van de echtgenoten over de stand van elkaars vermogen (disclosure);
- wettelijk verbod van koude uitsluiting;
- invoering van een rechterlijke billijkheidscorrectie (eventueel een som ineens);
- versoepeling van de voorwaarden voor wijziging van koude uitsluiting wegens onvoorziene omstandigheden (imprévision).

Niet heel onverwacht bleken de meningen verdeeld. Waar in het algemeen de problemen als gevolg van koude uitsluiting niet als heel ernstig worden beschouwd, is de behoefte aan een wettelijke regeling niet zo groot.
Bij enkele notarissen bestaat steun voor een regeling voor als er kinderen zijn (som ineens, wettelijk finaal verrekenbeding, billijkheidscorrectie, disclosure). Een van hen noemt een regeling zeer wenselijk, maar lastig uit te voeren. Een andere notaris noemt de mogelijkheid van een som ineens of een billijkheidscorrectie een charmante gedachte voor gevallen dat de scheefgroei in de vermogens mede te wijten is aan het rollenpatroon. Dat zal volgens deze notaris dan eigenlijk vooral bij de oude gevallen spelen. Onder de geïnterviewde

[134] De derde expertmeeting (september 2010) was daaraan zelfs geheel gewijd. Het in deze paragraaf geschrevene heeft echter geen betrekking op de derde expertmeeting.

notarissen bestaat vrij veel steun voor meer nadruk op voorlichting, met dien verstande dat men minder ziet in aparte voorlichting van partijen.
Andere notarissen zien niets in wettelijke maatregelen ('wetgever, niet aan beginnen, echt helemaal niet'). Het huidige systeem voorziet volgens één van hen in de praktijk in een behoefte; mensen hebben zelf de flexibiliteit om daar de scherpe kantjes van af te halen. Een andere notaris vindt dat de keuzevrijheid van partijen voorop moet staan. Voor echt schrijnende gevallen zou de onbillijkheid moeten kunnen worden weggenomen, maar dan liefst via extra alimentatie. Nog een andere notaris wijst erop dat de regels van redelijkheid en billijkheid ook nu al gelden, zodat een nieuwe regeling daar weinig aan toevoegt.
Ook onder de geïnterviewde advocaten bestaan diverse opvattingen. Toch zijn de meeste reacties terughoudend. Als een regeling wenselijk is, is dat vooral voor oude gevallen. Maar het ontwerpen van een regeling speciaal voor oude gevallen zal buitengewoon lastig zijn. Het meeste heil ziet men in verbetering van de voorlichting. Bij de mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie wijst een advocaat erop dat dit tot rechtsonzekerheid kan leiden (zoals de situatie in Engeland laat zien). Weinig steun bestaat er voor de gedachte van aparte voorlichting van man en vrouw; evenmin voor verplichte disclosure.
Tijdens de tweede expertmeeting is eveneens aandacht besteed aan de wenselijkheid van wettelijke maatregelen. Ook hier bleek van uiteenlopende opvattingen. Een suggestie die genoemd werd is het creëren van evaluatiemomenten van de huwelijkse voorwaarden na een bepaalde termijn, zodat partijen gewijzigde omstandigheden onder ogen kunnen zien. Sommige aanwezigen hebben zelfs bepleit om huwelijkse voorwaarden van rechtswege te laten expireren als niet na een bepaald aantal jaren nieuwe worden gesloten. Het zal duidelijk zijn dat aan deze suggestie belangrijke risico's kleven.
Over het algemeen bestond wel vrij ruime steun voor de mogelijkheid van rechterlijke billijkheidscorrectie, althans (vooral) voor oude gevallen.
Daarnaast werd door de meeste aanwezigen het belang van goede voorlichting onderstreept. De notaris heeft een vergaande zorgplicht om bij ingrijpende regelingen de bedoelingen van partijen in de akte vast te leggen. Verder dient hij partijen zo nodig bewustwordingsclausules te laten tekenen en koude uitsluiting zoveel mogelijk af te raden.

3.9.2 Bevindingen met betrekking tot ongehuwd samenlevende partners

3.9.2.1 Motieven van partners met betrekking tot het al dan niet aangaan van een samenlevingsovereenkomst en de inhoud daarvan

Met betrekking tot het al dan niet aangaan van een samenlevingsovereenkomst is in ons literatuuronderzoek gebleken dat een groot aantal – ruim de helft – van alle ongehuwde paren hun vermogensrechtelijke relatie regelt door middel van een notariële samenlevingsovereenkomst. Daarnaast kunnen er samenlevende paren zijn die een onderhandse overeenkomst heeft gesloten, derhalve zonder tussenkomst van de notaris, maar het aantal daarvan is onbekend. Van de paren zonder samenlevingsovereenkomst zegt één op de zes paren in de toekomst een contract te willen sluiten, en zegt nog een zesde daarover te twijfelen. Slechts één op de zes (vooral jongere) paren is helemaal niet van plan om iets te gaan regelen.[135]

Nu de beschikbare data over samenlevingsovereenkomsten slechts zicht geven op de aantallen overeenkomsten maar niet op de inhoud daarvan, is de inhoud in de interviews en de eerste expertmeeting nadrukkelijk aan de orde gesteld.

3.9.2.1a Initiatief gaat vaak niet uit van de paren zelf

Uit de interviews en de expertmeetings komt naar voren, dat samenlevende paren in de regel niet zelf het initiatief nemen tot het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Zo hebben wij advocaten gevraagd naar de belangrijkste reden waarom cliënten die zij bijstaan bij een scheiding na ongehuwde samenleving geen samenlevingsovereenkomst (of slechts een beperkte[136]) gesloten hebben. Uit de antwoorden blijkt dat in vele gevallen het sluiten van een overeenkomst voor de cliënten nooit een 'issue' is geweest, zodat aan het afzien van een samenlevingsovereenkomst ook geen duidelijke motieven ten grondslag liggen.

> Een advocaat vertelt: 'Niet over nagedacht. Of gewoon niet gedaan. In de door mij behandelde gevallen leefden de partners ongeveer 15 tot 20 jaar samen, met 2 of 3 kinderen, en hadden ze gewoon niets geregeld. (…) Bij het verbreken van de samenleving realiseert men zich pas dat het uitermate stom is dat er niets is geregeld.' Volgens een andere advocaat is er door zijn cliënten eigenlijk nooit goed over nagedacht en vonden zij het sluiten van een samenlevings-overeenkomst vaak niet echt nodig. 'Ze worden er vaak pas op attent gemaakt als ze naar de notaris gaan omdat ze een huis hebben gekocht. In die situatie zie je vaak dat er wel een samenlevingscontract is, omdat de notaris dat heeft gead-

[135] Zie paragraaf 3.7.3.

[136] Dat wil zeggen zonder verrekenbeding voor het geval van scheiding en zonder regeling voor alimentatie.

> viseerd.' Nog een andere advocaat: 'Gewoon niet aan gedacht, ook al waren ze academisch gevormd. Of gewoon laksheid. Men is in de relatie gegroeid en het loopt allemaal prima, dus…' De volgende reacties wijzen in dezelfde richting: 'vaak geen bewuste keuze', 'beginnen met samenleven en we zien wel', 'beetje laten sudderen', 'niet over nagedacht', 'vergeten, uitgesteld.'

Slechts bij een minderheid van vooral oudere cliënten gaat het wel om een bewuste keuze, zoals bij de advocaat van wie de oudere cliënten die al een huwelijk achter de rug hebben en die ook fiscale redenen kunnen hebben. Een andere advocaat bevestigt dat het bij oudere stellen wel voorkomt dat ze bewust niets hebben willen regelen. Deze advocaat komt ook wel tegen dat de ene partner wel wilde trouwen maar de ander absoluut niet; niet alleen komt er dan geen huwelijk, maar ook geen samenlevingsovereenkomst. Bij jongere paren ziet deze advocaat ook wel dat een van de partners wel een overeenkomst wilde maar de ander niet.
Notarissen plegen samenlevende cliënten die voor andere zaken notariële bijstand hebben ingeroepen (in veel gevallen de overdracht van een huis), te wijzen op de eventuele wenselijkheid van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Aan notarissen hebben wij gevraagd in hoeverre het voorkomt dat cliënten daarvan dan uitdrukkelijk afzien. Uit de antwoorden blijkt dat er inderdaad weinig spontane vraag is naar samenlevingsovereenkomsten, maar dat cliënten in veel gevallen wel geneigd zijn om een overeenkomst aan te gaan als de notaris het ter sprake brengt.

> Een notaris: 'Vaak zien de mensen aanvankelijk het nut er niet van in. Maar dat is na een gesprek van een minuut of vijf wel rechtgezet (…). Vooral als mensen samen een huis gekocht hebben, zijn ze wel te overtuigen van het feit dat het wel handig is iets daarover te regelen.' Volgens een andere notaris is de conclusie meestal dat het verstandig is een samenlevingsovereenkomst te sluiten. Bij deze notaris besluiten cliënten in 90% van de gevallen toch een samenlevingsovereenkomst aan te gaan. Weer een andere notaris wijst cliënten die voor de aankoop van een huis komen, per brief op de mogelijkheid een samenlevingsovereenkomst te maken. Bij het passeren van de akte herinnert de notaris de mensen daaraan. Dan besluit 70% van de mensen om het 'maar te doen' en nog eens 10% als de notaris de risico's nader uiteenzet. Twee andere notarissen bevestigen dat het weinig voorkomt dat cliënten na het ontvangen van voorlichting toch afzien van een samenlevingsovereenkomst. Dit beeld wordt bevestigd tijdens de expertmeeting over ongehuwde samenlevers. Volgens de aanwezige notarissen laten vele cliënten die voor andere zaken bij de notaris komen, zich door de notaris overtuigen om ook een samenlevingsovereenkomst te sluiten. De notariële voorlichting heeft derhalve een groot effect, aldus deze notarissen.

Het voorgaande maakt het naar onze mening ook aannemelijk dat het aantal paren met een onderhandse samenlevingsovereenkomst niet groot is, niet alleen

omdat het voor belangrijke rechtsgevolgen (in de sfeer van belastingen en pensioen) noodzakelijk is om een notariële samenlevingsovereenkomst te sluiten, maar vooral op grond van de ervaring dat paren in de regel niet zelf het initiatief nemen tot het sluiten van een samenlevingsovereenkomst.[137]

3.9.2.1b Redenen om af te zien van een regeling

Wij hebben zowel aan advocaten als aan notarissen gevraagd welke redenen cliënten naar hun indruk hebben om af te zien van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Bij de advocaten leidde dit vooral tot de hiervoor al weergegeven reacties met als strekking dat de meeste partners er gewoonweg niet of althans onvoldoende over hebben nagedacht.

> Voor sommige, vooral oudere, cliënten gaat het volgens advocaten wel om een bewuste keuze, vaak nadat een eerder huwelijk is geëindigd, in verband met fiscale overwegingen of omdat een van de partners beschikt over vermogen. Verder vinden volgens één advocaat sommige cliënten een samenlevingsovereenkomst niet nodig 'want we weten wat we aan elkaar hebben.' Iets dergelijks wordt bij de eerste expertmeeting ook door een andere advocaat naar voren gebracht: 'Men denkt: onze relatie is zo sterk, wij hebben dat niet nodig.'

Notarissen zullen veelal beter zicht hebben op de redenen waarom cliënten afzien van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst, aangezien zij hun cliënten daarover adviseren. Wel dient te worden bedacht dat notarissen slechts in contact komt met een deel van de samenlevende partners, in het bijzonder partners die voor andere zaken reeds een beroep doen op de notaris en dan van de notaris spontaan advies ontvangen over het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Wij zagen al dat een groot deel van deze cliënten dan inderdaad besluit om een samenlevingsovereenkomst te sluiten. Redenen die genoemd worden om géén samenlevingsovereenkomst te sluiten zijn bijvoorbeeld dat zulks niet zinvol wordt geacht omdat de cliënten van plan zijn om te trouwen, dat zij het nut er niet van inzien of de kosten bezwaarlijk vinden.

> Zo vertelt een notaris: 'Soms speelt de prijs van de akte een rol. In de meeste gevallen speelt echter dat men dan binnen afzienbare tijd toch gaat trouwen. Als ik in die gevallen de risico's uiteenzet, besluit een derde het toch in die periode te regelen.' Ook andere notarissen noemen het argument van het huwelijksvoornemen belangrijk. Over de kosten verduidelijkt een notaris: 'Het eerste dat me te binnen schiet is het kostenaspect. Ondanks het feit dat het maar een paar honderd euro is, zijn er toch flink wat mensen, jonge mensen met name, begin twintigers, die daarop afknappen. Het verblijvensbeding is een ver-van-

[137] Dat onderhandse samenlevingsovereenkomsten zeldzaam zijn, bleek ook al uit het op p. 26 genoemde onderzoek.

> mijn-bed-show, want dan hebben we het toch over overlijden?' Dezelfde notaris wijst er verder op dat jonge mensen ook in de gevolgen voor pensioen (het mogelijk maken van bijzonder partnerpensioen) niet altijd een reden zien om een overeenkomst te sluiten, 'want dat speelt op die leeftijd eigenlijk nog niet.' Volgens nog een andere notaris is er maar een hele kleine categorie mensen die ondanks de voorlichting afzien van een samenlevingsovereenkomst: 'Dat zijn dan de mensen die misschien aanhikken tegen de kosten, of denken: dat is alleen maar een verkooppraatje.'

Het argument dat een van de partners een onderneming heeft en de ander niet wil blootstellen aan risico's van gemeenschappelijk bezit, speelt volgens een van de notarissen geen rol. Risico's als deze kunnen namelijk ook heel goed mèt een overeenkomst worden ondervangen.

> Ten slotte heeft een van de geïnterviewde notarissen soms het gevoel 'dat de man bindingsangst heeft en denkt zich op allerlei dingen vast te leggen waarvan hij het idee heeft dat hij dat niet moet of niet kan of niet wil.' Dit sluit aan bij onze vermelding hiervoor dat een van de geïnterviewde advocaten wel tegenkwam dat een van de partners wel een contract wilde maar de ander niet. Ook tijdens de expertmeeting is door een notaris bevestigd dat bindingsangst soms een rol lijkt te spelen. Volgens een van de aanwezige advocaten speelt dan de machtsongelijkheid van man en vrouw een belangrijke rol: 'De vrouw is vaak niet in de positie om aan het imperium van de man te komen. De vrouw heeft geen andere keus dan zich aan te passen aan hoe de man alles heeft geregeld. Mogelijk had de vrouw het liever anders gezien.' Door deze machtsongelijkheid heeft de voorlichting van de notaris vaak geen effect, aldus deze advocaat.

Een variant op het niets willen regelen doet zich voor als partijen wel een samenlevingsovereenkomst hebben gesloten, maar van een zodanig beperkte reikwijdte, dat er eigenlijk – zoals een van de geïnterviewde advocaten het uitdrukt – 'niets instaat en waaraan je dus ook niets hebt bij scheiding.' Tijdens de expertmeeting blijkt dit zowel voor notarissen als voor advocaten een herkenbare situatie. Veel partners hebben, om welke reden dan ook, grote moeite om de situatie van een eventuele scheiding onder ogen te zien en daarvoor tevoren passende regelingen te treffen. Veel eenvoudiger vindt men het om rekening te houden met minder beladen situaties, waarin belasting bespaard kan worden of pensioenaanspraken veiliggesteld kunnen worden.

> Zo wijst een notaris erop dat partijen tijdens hun relatie vaak gewoon niet willen nadenken over een eventueel vroegtijdig einde van de relatie (scheiding). Concrete afspraken daaromtrent worden door de notaris wel voorgesteld, maar komen uiteindelijk vaak niet in de samenlevingsovereenkomst terecht. Een andere notaris bevestigt dat mensen vaak alleen naar het advies van de notaris luisteren, als de samenlevingsovereenkomst bijvoorbeeld fiscale voordelen met zich meebrengt. De situatie van een vroegtijdig einde van de relatie is ook

> volgens deze notaris eigenlijk zeer moeilijk bespreekbaar voor partijen. Van de zijde van aanwezige advocaten is hierop, niet verwonderlijk, te kennen gegeven dat het van groot belang is dat de notaris de mensen overhaalt om toch na te denken over een eventueel vroegtijdig einde van de relatie.

Het voorgaande wijst naar ons oordeel er niet direct op dat ongehuwde samenlevingspartners die geen samenlevingsovereenkomst hebben gesloten, een bewuste en gezamenlijke vrije keuze hebben gemaakt om niet aan bepaalde regels gebonden te zijn. Dat sluit aan bij de vaststelling in paragraaf 3.7 dat ook de motieven om niet te trouwen in de meeste gevallen niet te maken hebben met een duidelijke wens om niet gebonden te willen zijn (geen *rechtsfreier Raum* derhalve).

3.9.2.1c Welke partners besluiten geen (of slechts een beperkte) samenlevingsovereenkomst te sluiten?

Wij hebben getracht vast te stellen of de groep ongehuwde partners die er (bewust of minder bewust) van afziet om een samenlevingsovereenkomst te sluiten, of slechts een beperkte overeenkomst aangaat, bepaalde kenmerken bezit die voor een goed beeld van de problematiek van belang kunnen zijn. Daarbij hebben wij bepaalde factoren genoemd met de vraag in hoeverre deze van toepassing waren, zoals een bepaald opleidingsniveau, verschillen tussen de partners in opleiding, welstand, etnische afkomst of leeftijd, of bijvoorbeeld de aanwezigheid van kinderen uit een eerdere relatie, of de omstandigheid dat paren van hetzelfde geslacht zijn. Ook hier geldt dat notarissen op deze factoren een beter zicht kunnen hebben doordat zij met de partners in contact staan op het moment dat de beslissing over de samenlevingsovereenkomst wordt genomen. Anderzijds hebben advocaten waarschijnlijk een wat bredere blik, doordat de cliënten die zij bij of na scheiding bijstaan voor een deel zal bestaan uit personen die in het geheel niet bij een notaris zijn geweest.
Uit de interviews met de advocaten komt ten aanzien van de invloed van opleidingsniveau geen eenduidig beeld naar voren. Drie advocaten geven aan dat cliënten die in door hen behandelde zaken hadden afgezien van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst, een hoger opleidingsniveau hadden. Twee andere advocaten signaleren echter juist dat naarmate het opleidingsniveau hoger is, cliënten eerder een samenlevingsovereenkomst sluiten. De overige advocaten hebben op dit punt – en ook op andere punten – geen bijzonderheden kunnen ontdekken. Wij sluiten hierbij overigens niet uit dat de cliëntenpopulatie van de geïnterviewde advocaten zelf van invloed kan zijn: zo zal een advocaat met een ‘dure’ en daardoor gemiddeld wellicht hoger opgeleide clientèle, onder zijn cliënten die geen samenlevingsovereenkomst hebben gesloten ook vooral hoger opgeleide mensen aantreffen. Eén advocaat vermeldt dat hij bij ouderen die alsnog gaan samenwonen – bijvoorbeeld na echtscheiding of overlijden –

wel een bewuste keuze aantreft om financieel onafhankelijk te blijven en in verband daarmee ook geen samenlevingsovereenkomst te sluiten. Een andere advocaat signaleert dat partners die ervoor 'kiezen' om geen samenlevingsovereenkomst te sluiten vaak wel beide een baan hebben, maar tegelijkertijd ook een verschil in welstand (vermogen).
Gelet op de wijze van betrokkenheid van notarissen is het niet verwonderlijk dat de geïnterviewde notarissen wat uitgesprokener zijn. Dat wil echter niet zeggen dat uit hun verhalen een eenduidig beeld naar voren komt. Opleidingsniveau, of een verschil tussen partners qua opleiding, wordt door slechts een van de notarissen genoemd als een relevante factor bij de beslissing om af te zien van een samenlevingsovereenkomst. Deze notaris vermeldt dat cliënten met een lager opleidingsniveau meer gezag toekennen aan de notaris en daardoor gemakkelijker te overtuigen zijn van het nut van een samenlevingsovereenkomst. In zoverre bieden deze interviews weinig steun voor een veronderstelde correlatie tussen opleidingsfactoren en samenlevingsovereenkomsten. Een factor die wél door verschillende notarissen wordt genoemd als relevant is als paren van plan zijn om nog te gaan trouwen en om die reden niet voelen voor een samenlevingsovereenkomst. Ook wordt genoemd dat jonge stellen zonder kinderen lang niet altijd besluiten om een samenlevingsovereenkomst te sluiten, omdat ze kennelijk nog niet zoveel bezitten en daarom niet het gevoel hebben dat ze iets moeten regelen. Wij wijzen erop dat deze categorieën jonge mensen die van plan zijn om nog te gaan trouwen en/of nog geen kinderen hebben, behoren tot de in paragraaf 3.7.6 genoemde categorie van 'proefhuwelijken' en daarmee niet behoren tot de groep partners waar zich in geval van scheiding belangrijke materiële problemen voordoen. Eén notaris vermeldt nog dat cliënten met een huurwoning eerder afzien van een samenlevingsovereenkomst, in verband met het feit dat voor deze cliënten een verblijvensbeding (waardoor een koopwoning na overlijden zonder testament kan toekomen aan de overblijvende partner) niet van belang is.
Een observatie van één notaris is interessant omdat zij refereert aan een verschil tussen mannen en vrouwen:

> 'Wat me op zich wel opvalt is dat de vrouwen er in het algemeen serieuzer mee omgaan dan de heren in deze regio. De heren kijken je aan alsof ze willen vragen: waar heb je het over, dames willen het graag goed geregeld hebben, dat merk je wel. Het hangt ervan af of de vrouw overheersend is. Meestal gaat het toch door, komt er toch een samenlevingsovereenkomst.'

3.9.2.1d Hoe vaak komt het voor dat in de samenlevingsovereenkomst een regeling voor verrekening of alimentatie wordt opgenomen?

Wij waren nieuwsgierig naar de mate waarin samenlevingsovereenkomsten regelingen plegen in te houden die vergelijkbaar zijn met wat wij aanduiden als

de compenserende werking van het huwelijksgoederen- en alimentatierecht. Het gaat ons dan dus om afspraken over verrekening, vooral verrekening van vermogen, en afspraken over een aanspraak op alimentatie. Wij hebben hierover alleen vragen gesteld aan de geïnterviewde notarissen, niet aan de advocaten.

Gelet op het belang van een zo goed mogelijk inzicht welke van de voor ons onderzoek relevante afspraken in de praktijk worden opgenomen, geven wij de samengevatte reacties van alle geïnterviewde notarissen afzonderlijk weer.

Notaris 1
'Verrekening van inkomen speelt bijna nooit een rol als er geen kinderen zijn. In die gevallen worden in slechts 1% of 2% toch bedingen tot verrekening van inkomsten gemaakt. Van de mensen met kinderen neemt uiteindelijk (na advisering) zo'n 60% van de mensen een beding in de akte op waarbij inkomen uit arbeid verrekend wordt.
Wij maken regelmatig afspraken over **waardeverrekening van de woning die op naam van één staat**. Dit betreft ongeveer 10% van alle samenlevings-overeenkomsten dat ons kantoor maakt. Voor de categorie mensen die hier komen voor een samenlevingsovereenkomst en waarbij de woning op één naam staat, maken we in 50% dergelijke verrekenafspraken.
Voor **partneralimentatie** geldt een vergelijkbaar percentage als voor periodieke verrekenbedingen (60%). Vaak gaat dit samen met een verrekenbeding voor inkomsten, en zo af en toe ontbreekt dan de partneralimentatie.'

Notaris 2
'Periodieke verrekenbedingen voor inkomsten komen nog wel eens bij de jongere mensen aan de orde, zeker als mensen een gelijk vermogen hebben. Het overeenkomen van verrekenbedingen bij de jongere stellen hangt ook wel een beetje af van de notaris die aan tafel zit. Intern hebben we het daar wel eens over. We denken daar toch allemaal een beetje verschillend over. Mijn inschatting is dat het in de helft van het aantal samenlevingsovereenkomst in de categorie van jongere stellen wordt overeengekomen. Voor deze mensen sluit verrekening van inkomsten aan bij hoe men hun en/of-rekening beschouwt: het geld dat daarop binnenkomt, beschouwen zij als gemeenschappelijk. Bij de categorie samenlevers die al een relatie achter de rug hebben zie je geen verrekenbedingen, wegens traumatische ervaringen uit het verleden. Bij de categorie ouderen zie je dat ook meestal niet.
Verrekenbedingen met betrekking tot de woning worden een enkele keer wel gemaakt in het geval een van beide partners een huis heeft en de ander bij hem intrekt. De ander heeft dan zijn of haar huis verkocht en investeert met het geld dat vrijkomt in dat huis. Dan krijg je natuurlijk de vraag: Hoe gaan we die waardeontwikkeling regelen? Deze verrekenbedingen zien derhalve op specifieke vermogensobjecten zoals de woning. Echte finale verrekenbedingen, die zien op het gehele vermogen, komen op kantoor eigenlijk zelden of nooit voor.
Partneralimentatie, dat zie je bij de jongeren nooit, twintigers doen dat niet. De middencategorie bestaat uit mensen die een echtscheiding achter de rug hebben. Zij betalen alimentatie, dus die hebben daar helemaal tabak van. Daar

zien wij partneralimentatie ook al niet. Bij de oudere stellen komt partneralimentatie eigenlijk ook nooit aan de orde omdat de mensen pensioenvoorzieningen hebben. Partneralimentatie zien we dus zelden.'

Notaris 3
'Per jaar doet ons kantoor 80-100 samenlevingsovereenkomsten. Ik doe 30% op jaarbasis. Ik doe zelf alleen maar besprekingen in lastigere zaken dan gemiddeld. Ik heb ontzettend veel eerder gescheiden klanten. Die moeten met een nieuwe relatie altijd wat meer afspreken dan gemiddeld.
Inkomensverrekening zoals bij het Amsterdams verrekenbeding tijdens de rit wordt eigenlijk in de meeste gevallen (rond 80%) afgesproken, zelden dat het niet opgenomen is.
Het **vermogensverrekenbeding** is afhankelijk van de situatie. In 25-30% van de gevallen die ik aan tafel heb (15-20 overeenkomsten) maakt men afspraken over verrekening van de waarde van de woning. Vooral wordt afgesproken dat de nieuwe partner gerechtigd is tot de waardevermeerdering vanaf het moment van samenwoning, omdat beiden ook de kosten van het huis dragen. Als een van partijen een eigen huis op naam heeft, dan wordt toch wel in de helft van deze gevallen iets over de woning afgesproken. Het kan zijn waardeverrekening tot een bepaald maximum. Mensen kiezen ook vaak voor gezamenlijk sparen via een en/of-rekening. Men maakt dan bewust een gemeenschappelijk vermogen onafhankelijk van het eigen inkomen. Vaak wordt dan wel een bepaling ter zake van de en/of-rekening opgenomen.
Ik maak in mijn praktijk zelden **partneralimentatie**. Dat is gemiddeld een, hooguit twee keer per jaar. Ik bespreek dat ook altijd en heb ze ook wel. Mensen die gescheiden zijn, zijn financieel behoorlijk zelfstandig. Er zijn natuurlijk lastige gevallen die de partneralimentatie zien wegvallen als ze samenwonen. Met name die gevallen willen natuurlijk niet met lege handen staan als de nieuwe relatie ook zou mislukken. Daarover heb je dan wel eens een keer een gesprek. Ook wel mensen die geen getrouwde status willen hebben, maar wel een gezinssituatie met kinderen moeten regelen. Die willen dan wel een alimentatieaanspraak hebben.
Verrekening van inkomen of vermogen dan wel partneralimentatie komt nauwelijks tot niet voor in de 70% van de samenlevingsovereenkomst die mijn kantoorgenoten doen. In de meeste gevallen koopt men samen een huis en dan is er geen behoefte om iets van waardeverrekening af te spreken. In die standaardgevallen kiest men voor een bijdrage aan de huishouding naar rato van het inkomen zonder verplichte verrekening van inkomen.'

Notaris 4
'**Inkomstenverrekening** komt hier eigenlijk nooit voor. Ik kan de samenlevingsovereenkomsten op één hand tellen die op jaarbasis een dergelijk beding bevatten.
Verrekening van vermogen gebeurt wel eens, met name als een van de partners al een woning heeft. De waardestijging van de woning vanaf begin samenwoning tot einde van de relatie wordt dan bij helfte verrekend. Dat gebeurt in 20% van de samenlevingsovereenkomst die jaarlijks worden gemaakt.
Partneralimentatie wordt niet zo vaak overeengekomen. We leggen wel uit wat het verschil tussen huwelijk en samenwonen is en dan komt dit ook aan de

orde. Het valt me toch op dat heel weinig mensen die kiezen voor een samenlevingsovereenkomst zich willen binden. Ik denk 5% van de samenlevingsovereenkomsten die jaarlijks worden gemaakt. Er zit geen verband tussen de partners die vermogen met elkaar willen verrekenen en de partners die partneralimentatie afspreken.'

Notaris 5
'Jaarlijkse verrekening van inkomen: nul, nooit.
Finale verrekening van vermogen: ook nul, nooit. Wel verrekening van pensioenen gedurende de samenwoning opgebouwd, dat komt relatief veel voor, met een hele natte vinger toch wel de helft van de gevallen.
Partneralimentatie doen we eigenlijk pas vrij kort, toen we vonden van hé, moet je daar ook niet wat over zeggen.
Behoudens verrekening van het pensioen, komen onze samenlevingsovereenkomsten dus vrijwel standaard neer op koude uitsluiting. Wij bespreken wel altijd met cliënten de mogelijkheden. Want, waar gaat het om, om de klassieke situatie van de thuisblijvende partner en de werkende partner. Dus dat er een verschil kan zijn tussen de thuisblijvende en een werkende partner, daar kun je rekening mee houden in de samenlevingsovereenkomst. Maar de mensen die bij mij zo'n samenlevingsovereenkomst maken, jonge mensen die net voor het eerst een huis hebben gekocht, die hebben daar absoluut geen behoefte aan, omdat die er in eerste instantie van uitgaan dat zij beiden werken. Nou, prima, zeg ik dan, maar verandert je situatie, krijg je kinderen, ga je minder werken, wat dan ook, kom dan weer terug, om eventueel wel zo'n verrekening op te nemen. Want als je niet werkt, bouw je geen pensioen op, en als je geen pensioen opbouwt, sta je wel in de kou als je uit elkaar gaat. Even grosso modo.'

Notaris 6
'Wij waarschuwen cliënten in een brief en aan het slot van pagina 1 van de akte ten aanzien van niet-opnemen van sommige regelingen. Daarbij wijzen wij erop dat met name indien er kinderen komen of indien één minder gaat werken, de samenlevingsovereenkomst zou moeten worden herbezien.
Van de jonge mensen zonder kinderen wil ongeveer 60% in ieder geval periodiek verrekenen, bijna altijd slechts van inkomsten, niet van vermogen. Van deze mensen kiest de helft daarnaast ook voor een regeling met betrekking tot alimentatie en met betrekking tot ouderdomspensioen. De andere helft niet; in het contract nemen wij dan soms op dat vanaf het moment dat er kinderen zijn, wel een dergelijke regeling geldt.
Ongeveer 40% van de jonge mensen zonder kinderen wil noch verrekening noch een alimentatieregeling.
Mensen met kinderen wensen dikwijls drie regelingen in het contract: verrekening van inkomsten, een regeling met betrekking tot alimentatie en een regeling met betrekking tot ouderdomspensioen. Soms geen alimentatieregeling, maar de twee andere regelingen wel.'

Als wij ons beperken tot de groep partners die voor ons onderzoek in het bijzonder van belang zijn (samenwonende partners met kinderen), kunnen wij op grond van bovenstaande reacties met enige voorzichtigheid enkele lijnen ontwaren.

In de eerste plaats valt op dat periodieke verrekening van (vooral) inkomsten bij enkele notarissen in een ruime meerderheid van de gevallen voorkomt, terwijl dit bij andere notarissen zeldzaam is. Het kan zijn dat hierbij de wijze waarop de voorlichting wordt verzorgd, van invloed is, maar het is ook mogelijk dat er verschillen bestaan in de cliëntenpopulaties van de notarissen. Tijdens de expertmeeting is aan de orde gekomen dat regionale verschillen een rol kunnen spelen, waardoor bijvoorbeeld in een meer agrarische omgeving andere gebruiken gelden dan in de stad. Gelet op het beperkte empirische materiaal kunnen wij niet meer doen dan deze mogelijkheid formuleren. Verder lijkt de persoonlijke benadering van de behandelende notaris een rol te spelen.
In de tweede plaats stellen wij vast dat verrekening van vermogen wel voorkomt, maar dan toch betrekkelijk zelden, behalve wellicht met betrekking tot een huis dat eigendom van slechts één der partners is, zodat de andere partner meedeelt in een eventuele waardestijging. Ook worden wel eens bedingen gemaakt met betrekking tot en/of-rekeningen.
Ten slotte, in de derde plaats, worden door twee notarissen met grote regelmaat alimentatiebedingen opgenomen (in een meerderheid van zaken), terwijl dit bij de overige notarissen niet of slechts bij hoge uitzondering voorkomt. Wij hebben ook aan de expertmeeting de indruk overgehouden dat voor het opnemen van alimentatiebedingen de persoonlijke benadering van de notaris van grote invloed is: de wijze waarop de notaris dit onderwerp hanteert, lijkt sterk bepalend voor de mate waarin dit type bedingen wordt opgenomen.
Het aldus ontstane beeld lijkt aan te sluiten bij onze observatie tijdens de expertmeeting dat partijen tijdens hun relatie eigenlijk niet graag willen nadenken over een eventueel vroegtijdig einde van de relatie (scheiding). Concrete afspraken daaromtrent (vermogensverrekening, alimentatie) kunnen door de notaris wel worden voorgesteld, maar komen uiteindelijk vaak toch niet in de overeenkomst terecht. Eén van de aanwezige notarissen stelt altijd een alimentatiebeding voor als er kinderen zijn en/of een groot vermogensverschil. In 80% van de gevallen wordt daarop niet ingegaan. Vooral de man stelt zich afwijzend op, in het bijzonder als er sprake is van een opvolgende relatie. Ook bedingen over (finale) verrekening van vermogen komen volgens de aanwezige experts slechts zelden voor, of eigenlijk: slechts een doodenkele keer. Dit in tegenstelling tot bedingen over verrekening van de waarde van het huis, die vaker voorkomen. Andere vormen van verrekening, en dan vooral met betrekking tot de kosten van de huishouding, komen met zekere regelmaat voor.
Ten slotte nog dit. Opmerkelijk genoeg werd in de expertmeeting van de zijde van advocaten te kennen gegeven dat zij in de praktijk zelden of nooit samenlevingsovereenkomsten tegenkomen waarin een recht op alimentatie is vastgelegd. Een duidelijke verklaring hebben wij daarvoor niet, tenzij wij zouden aannemen dat partners die bereid zijn om in hun samenlevingsovereenkomst

een alimentatiebeding op te nemen, behoren tot een groep personen die zodanig in staat is om constructief met elkaar om te gaan dat zij ook in geval van scheiding daarover geen belangrijke conflicten krijgen. En om nog even door te gaan op hoe zaken in de praktijk lopen: volgens alle aanwezige advocaten heerst er in geval van scheiding bij vrouwen geregeld aanzienlijke verbazing wanneer de indertijd gesloten samenlevingsovereenkomst in feite géén aanspraak op alimentatie blijkt mee te brengen. Dat zij als ex-samenlevers niet op grond van de wet aanspraak op alimentatie kunnen maken, is hun bekend, maar vele vrouwen gaan ervan uit dat de overeenkomst daarin wél voorziet.

3.9.2.1e Belangrijkste redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten

Hiervoor bleek reeds dat verrekenbedingen en alimentatiebedingen lang niet altijd worden opgenomen. In feite kan men stellen dat dergelijke bedingen niet de kern vormen van de meeste samenlevingsovereenkomsten. Welke redenen heeft men dan wél om een overeenkomst te sluiten? Die vraag legden wij bij de interviews voor aan de notarissen.

> Notaris 1
> Volgens deze notaris worden de meeste samenlevingsovereenkomsten bij hem op kantoor gesloten in het kader van de aankoop van een huis. Men vindt het belangrijk om door middel van een verblijvensbeding te regelen dat de langstlevende eigenaar wordt van de woning. Op de tweede plaats staat het regelen van de begunstiging van elkaars nabestaandenpensioen. Een derde reden is vastleggen hoe om te gaan met de gemeenschappelijke kosten. Andere redenen kunnen gelegen zijn in het verrekenen van inkomen als de partners kinderen hebben of een regeling voor waardeverrekening als de woning op één naam staat maar al jarenlang beschouwd wordt als een gemeenschappelijke woning.
>
> Notaris 2
> Ook deze notaris denkt vooral aan 'het opnemen van een verblijvensbeding en verder aan het regelen van pensioenaanspraken. Andere dingen die in de overeenkomst een plaats vinden zijn bijvoorbeeld afspraken over de kosten van de huishouding, bepalingen die ertoe strekken dat de partners zich bij het uit elkaar gaan netjes tegenover elkaar moeten gedragen, toepasselijkheid van redelijkheid en billijkheid, alsmede waarderingsregels, maar dat is' – aldus deze notaris – 'natuurlijk allemaal niet zo spannend.'
>
> Notaris 3
> Volgens notaris 3 zijn er verschillende redenen voor het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Deze worden hierna, niet in volgorde van belangrijkheid, genoemd. Zo is voor zijn cliënten een reden voor het sluiten van een samenlevingsovereenkomst een verschil in omvang van het (aanvangs)vermogen van beide partners. Als tweede reden noemt deze notaris het maken van afspraken over de kosten van de huishouding. In de derde plaats noemt hij opneming van een verblijvensbeding. Als vierde reden wordt het regelen van pensioenrechten

(nabestaandenpensioen) genoemd. Vijfde reden is het regelen van de verhoudingen met betrekking tot de woning (hypothecaire leningen, spaarpolissen, lijfrenteverzekeringen etc.). En ten slotte noemt deze notaris als reden de wens om in geval van overlijden de fiscale vrijstelling voor samenlevers te kunnen benutten.
Een hele kleine categorie vindt het verder ook belangrijk andere verplichtingen in een samenlevingsovereenkomst vast te leggen, zoals afspraken over gezamenlijke kinderen en over alimentatieverplichtingen. Sommigen willen zelfs bepaalde vermogensrechten gemeenschappelijk maken.

Notaris 4
'Wat moet er gebeuren bij overlijden en bij uit elkaar gaan? Wat moet er dan gebeuren met de eigendomsverhoudingen en met de pensioenen? Dat zijn de vier items die we hier belangrijk vinden.
Vaak hebben we op kantoor intern verschil van mening over hoe uitgebreid we het bespreken.'

Notaris 5
'De belangrijkste reden om bij een notaris te komen', aldus notaris 5, 'is dat men gehoord heeft dat het moet of dat het verstandig is. Maar als ze eenmaal bij de notaris zijn geweest, is de belangrijkste reden voor het sluiten van een samenlevingsovereenkomst: het maken van een verblijvensbeding. Een hele goede tweede reden is gelegen in het vastleggen van recht op partnerpensioen. Daarnaast zijn er redenen die gerelateerd zijn aan het maken van een testament, maar dan gaat het niet om bepaalde inhoudelijke regelingen als wel dat je een samenlevingsovereenkomst moet hebben om bepaalde erfrechtelijke regelingen te kunnen toepassen.
Andere redenen spelen een minder grote rol, zijn wat minder 'hot'. Ik denk aan regelingen over het uit elkaar gaan. Er wordt over het algemeen in het kader van de samenlevingsovereenkomst geoordeeld 'wie dan leeft, wie dan zorgt'. Terwijl bij huwelijkse voorwaarden juist omgekeerd is (die worden vaak gemaakt juist met het oog op de scheiding), is dat bij een samenlevingsovereenkomst juist niet zo. Er zijn wel wat regelingen hier en daar waarvan men denkt, dat vind ik wel leuk, alimentatie, misschien een regeling voor het verevenen van het oudedagspensioen, regelingen omtrent wie neemt het huis over, onder welke condities, misschien een lijst van aanbrengsten, cd'tje van de een, cd'tje van de ander, maar dat is allemaal relatief beperkt.'

Notaris 6
Deze notaris noemt de volgende redenen van haar cliënten, in volgorde van belangrijkheid:
1. een verblijvensbeding,
2. pensioen en
3. regelingen met betrekking tot de woning, als één daarin meer geld heeft gestoken dan de ander.
De beide eerste redenen zijn voor 80% van de gevallen doorslaggevend. Het komt heel zelden voor dat men iets wil regelen met betrekking tot een pand dat niet op beider naam staat.

Tijdens de expertmeeting is met de aanwezige deskundigen gesproken over bovenstaande gegevens. De aanwezige notarissen bevestigden dat de redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten veelal eerder in de sfeer van verblijvensbedingen en pensioenaanspraken liggen, dan dat cliënten gericht zijn op het vastleggen van afspraken voor het onverhoopte geval van een scheiding. De notarissen gaven aan dat zij zich zeer serieus kwijten van hun voorlichtende taken, bijvoorbeeld door cliënten voorafgaand aan een bespreking op kantoor een vragenlijst toe te zenden met het verzoek die in te vullen en mee te nemen, zodat aan de hand daarvan gerichter kan worden gesproken. Ten opzichte van pakweg vijftien jaar geleden is er in dit opzicht veel ten goede veranderd.
Niettemin blijkt er achteraf bij veel cliënten – zo leren de ervaringen van de advocaten – vaak niet zoveel te zijn blijven hangen van de voorlichting. Zo vermeldden wij hiervoor reeds dat vrouwen nogal eens verbaasd zijn als zij bij scheiding door hun advocaat uitgelegd krijgen dat hun samenlevingsovereenkomst geen basis biedt voor een alimentatievordering jegens de ex-partner. De aanwezigen onderschrijven dat de inhoud van de gesloten samenlevingsovereenkomst bij de partners niet daadwerkelijk 'leeft'.
Ter sprake is ook gekomen of er in de voorlichting aan cliënten nog verbeteringen mogelijk zijn; verwezen wordt naar een uitzending van het tv-programma Radar over de gevolgen van de nieuwe Successiewetgeving voor bestaande testamenten, die bij het publiek grote indruk blijkt te hebben gemaakt, zoals blijkt uit de na die uitzending sterk verhoogde vraag naar notarieel advies over aanpassing van testamenten. Wellicht zouden notarissen, of verbanden van notarissen, voorlichting over samenlevingsovereenkomsten kunnen neerleggen in een televisieprogramma op dvd, met aansprekende voorbeelden van hoe bepaalde keuzen in de overeenkomst achteraf kunnen uitpakken.

3.9.2.2 Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners

Uit het literatuuronderzoek komt naar voren dat de financiële problemen van samenlevende vrouwen met kinderen na scheiding veel te maken hebben met een relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit gedurende de relatie. Wij hebben in de interviews met advocaten gevraagd of er in hun zaken een significant verschil in inkomens of vermogens bestond tussen de scheidende partners. Tevens hebben wij gevraagd of dat verschil tijdens de samenleving was ontstaan en of daarbij het klassieke rolpatroon een rol had gespeeld. De antwoorden laten een wat gemengd beeld zien: er zijn advocaten die geen significante verschillen waarnemen, wellicht omdat hun cliënten – zoals zij zelf opmerken – veelal allebei laag opgeleid zijn en niet veel verdienen. Een flink deel van de advocaten ziet wel verschillen in financiële positie (inkomen of vermogen), één advocaat zelfs in 90% van zijn zaken. Dat de vrouw in de

meeste gevallen meer zorgtaken vervult, zeker als er kinderen zijn, speelt in de ogen van enkele van de geïnterviewde advocaten inderdaad een rol. Zo vertelt een advocaat:

> 'In die gevallen waarbij tijdens de samenleving sprake is van een traditionele rolverdeling nadat er kinderen geboren zijn, zie je dat de vrouw geen vermogen heeft opgebouwd en een deel van de arbeidscapaciteit is kwijtgeraakt en dat dus weer moet gaan opbouwen, terwijl de man al op een hoger niveau qua inkomen zit en veelal vermogen heeft opgebouwd. Soms wordt dat gecompenseerd doordat het huis op beider naam staat. In een van de zaken kwam de vrouw er pas bij het einde van de relatie achter dat dat niet het geval was, hoewel dat was afgesproken en de man dat zou regelen in de periode dat de vrouw nog in het kraambed lag.'

Uit de interviews komt ook naar voren dat verschillen in de inkomens- en vermogenspositie in de nodige gevallen tijdens de samenleving ontstaan of althans groter worden. Het klassieke rolpatroon speelt daarbij een rol. Tegelijkertijd bestaat bij meer dan één advocaat de indruk dat de verschillen wat minder groot zijn dan bij in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten.

> Eén van de geïnterviewde advocaten: 'Men kiest toch voor een bepaalde rolverdeling en dan wordt dus gauw de keuze gemaakt dat de vrouw thuis blijft of in ieder geval minder gaat werken, met de daaraan verbonden gevolgen. Dat inkomensverschil zie ik veelal indien er minderjarige kinderen zijn. Wel constateer ik dat bij jongere stellen de zorg meer evenredig wordt verdeeld en vader en moeder allerlei een deel van hun werk inleveren om voor de kinderen te zorgen. Na het einde van de relatie kunnen die hun arbeidscapaciteit weer makkelijker uitbreiden.'

3.9.2.3 Gevolgen bij scheiding; de omvang van eventuele materiële problemen en gevoelens van onbillijkheid

Het spreekt wel vanzelf dat een scheiding ook bij ongehuwde partners problemen met zich meebrengt. In dit onderzoek is vooral van belang in hoeverre deze problemen van materiële aard zijn en zich in bijzondere mate voordoen bij de groep die het meest kwetsbaar is voor materiële problemen: de vrouwen die na scheiding deel uitmaken van een eenoudergezin. De problemen van deze groep worden door een advocaat als volgt verwoord, met een relativering die wij vaker tegenkwamen:

> 'In meeste behandelde gevallen doen zich wel financiële problemen voor. Met name de eerste periode van het uit elkaar gaan, indien er geen regeling is en iemand domweg het huis uit moet omdat het niet van haar is en de samenleving is beëindigd. Huisvesting is dan het grootse probleem: wonen op zolder bij je ouders met twee kinderen. Aan de andere kant heb ik gemerkt dat deze mensen vaak minder 'strak' in hun vel zitten dan bij huwelijken. Er is wel een probleem maar dat moet opgelost worden.'

Ook andere advocaten wijzen op de problemen die verband houden met huisvesting en bijvoorbeeld met de verdeling van roerende zaken of het huis. De ervaring van een andere advocaat is dat er met name emotionele problemen zijn bij de afwikkeling van de beëindigde samenleving. Deze problemen zijn uiteraard voor betrokkenen zwaar.

> 'Ik bespeur vaak een gevoel van onbillijkheid bij de vrouwen. Zij hebben veelal hun baan gedeeltelijk of geheel opgezegd en de huishoudelijke taken verricht en de kinderen verzorgd, soms ook voor de kinderen uit een eerdere relatie van de man. Ze willen daar dan een stuk compensatie voor.'

Het valt ons echter op dat het ontbreken van aanspraken op *vermogensverrekening* door de hulpverleners niet als belangrijke oorzaak van daadwerkelijke problemen wordt benoemd. Enige ervaringen van de advocaten:

> 'Ik heb niet de ervaring dat er grote financiële problemen zijn bij het uit elkaar gaan. In de door mij behandelde zaken was er bij beide partners wel of geen vermogen, ongeacht de vraag of er kinderen bij betrokken waren.'
> 'Meestal zijn er geen echte financiële problemen. Meestal zijn beide partners blijven werken – bij mij in ongeveer 90% van de zaken – ook als er kinderen zijn. Het is dan makkelijker om de draad weer op te pakken. Bovendien staat vaak het huis dat ze tijdens de samenwoning hebben gekocht op beider naam.'
> 'Omdat er geen groot verschil in vermogen is levert dat geen bijzondere problemen op.'
> 'Geen problemen ten aanzien van het vermogen, omdat er in feite weinig ongelijkheid was.'
> 'Ten aanzien van vermogen ervaar ik doorgaans evenmin een probleem. Het gaat meer om de vraag wat is gemeenschappelijk en wat moeten we dus verdelen.'
> 'De meeste problemen met vermogen zijn gerelateerd aan het feit dat daarover geen duidelijke afspraken gelden.'

De conclusie van één der advocaten vat het wat ons betreft goed samen: 'Eigenlijk valt het met de problemen wel mee, in die zin dat ik niet specifieke problemen zie die gerelateerd zijn aan het ontbreken van een samenlevingsovereenkomst.' In het verlengde daarvan liggen de reacties op onze vraag of het ontbreken van een aanspraak op verevening van opgebouwde *pensioenrechten* voor samenlevers in de praktijk tot problemen leidt. Een grote meerderheid van de geïnterviewde advocaten laat weten dat daarover eigenlijk nooit problemen ontstaan; enkelen wijzen erop dat de mensen die uit elkaar gaan rond de 40 jaar, met pensioen nog heel weinig bezig zijn.
Ernstiger wordt aangekeken tegen het gemis aan recht op *partneralimentatie*. Als er al financiële problemen zijn, dan heeft dat te maken met het feit dat er geen recht op partneralimentatie bestaat, zo menen de meeste advocaten. De

problemen die zich dan voordoen, laten zich gemakkelijk voorstellen. Eén advocaat sprak zelfs van 'dramatische' gevolgen in een zaak waar de vrouw noch recht kon doen gelden op vermogen noch op alimentatie. Andere reacties:

> 'Ook al hebben ze een samenlevingscontract, dan moet ik de vrouwen vaak teleurstellen met de mededeling dat er geen recht op partneralimentatie bestaat en dat veelal ook niet in het samenlevingscontract is geregeld. Wanneer je geen partneralimentatie ontvangt en je hebt twee kleine kinderen, je hebt maar een parttime baan en je hebt, vanwege de kinderen, geen mogelijkheid om je werk uit te breiden dan zijn er financiële problemen. Je moet het huis uit of het huis moet worden verkocht, want daar kan je niet langer in blijven wonen, dan zijn er dus financiële problemen.'
> 'Wanneer de vrouw geen werk heeft en ook geen partneralimentatie krijgt en van nul af aan weer moet beginnen, dan is het moeilijk overeind krabbelen. Het probleem is dat naast de zorg voor de kinderen een plek op de arbeidsmarkt moet worden verkregen om niet terug te vallen op de bijstand.'

Wij wezen er al eerder op dat het voor vrouwen met een samenlevingsovereenkomst soms als een verrassing komt dat geen aanspraak op partneralimentatie kan worden gemaakt. Andere vrouwen zijn zich daarvan kennelijk wel bewust, of slagen er in elk geval in om zich aan te passen.

> 'Laat ik voorop stellen dat de vrouwen zich veelal realiseren dat ze geen recht hebben op partneralimentatie. Ze weten wat dat betreft het verschil met een huwelijk wel. Ze kijken er bij het uit elkaar gaan dan zo tegen aan dat ze het achteraf stom vinden dat ze niet getrouwd zijn.'
> 'Verder hebben ze veelal geen andere keus en dus ook wel het voornemen om hun werk uit te breiden – meestal hebben ze al wel een parttime baan – om zo de inkomensstroom te vergroten.'
> 'Het is ook vaak een tijdelijk probleem. In de zaken die ik heb behandeld pakken de vrouwen het weer goed op. Ze weten meestal wel wat ze te wachten staat na het verbreken van de relatie en pakken het goed op en gaan aan de slag. Ik zie echter niet vaak vrouwen die echt op bijstandsniveau terugvallen.'
> 'Meestal zijn beide partners blijven werken – bij mij in ongeveer 90% van de zaken – ook als er kinderen zijn. Het is dan makkelijker om de draad weer op te pakken.'

Wij hebben de geïnterviewde advocaten ook gevraagd in welke zaken partners bij scheiding in ernstige of zeer ernstige financiële problemen komen. Vijf van de acht advocaten hadden geen zaken behandeld waarvan gesteld kan worden dat er sprake is van ernstige problemen. Eén advocaat licht daarbij toe dat er in 'zijn' zaken geen sprake was van terugval tot bijstandsniveau. Een ander wijst erop dat mensen natuurlijk vaak een flink aantal stappen terug moeten doen, maar dat dit bij echtscheiding veelal niet anders is. De andere drie advocaten zijn van mening dat er soms wel ernstige problemen zijn, met name bij gezinnen met kinderen. Zeker als de vrouw haar werk niet kan uitbreiden en er minder-

jarige kinderen zijn, is er volgens één advocaat sprake van schrijnende gevallen. Ook gevoelens van onbillijkheid en problemen met huisvesting worden in dit verband genoemd.
Ook aan de geïnterviewde notarissen hebben wij gevraagd of een scheiding van ongehuwde partners die geen verrekening of alimentatie zijn overeengekomen, aanleiding geeft tot problemen van financiële aard of tot gevoelens van onbillijkheid. Te bedenken valt natuurlijk wel dat notarissen slechts in een (klein) deel van de scheidingsgevallen betrokken worden, vooral als er een gemeenschappelijk huis is dat verdeeld moet worden. De moeilijker lopende zaken worden verder veelal door advocaten behandeld:

> 'De ruziegevallen zitten bij een advocaat. De gevallen die ik krijg weten dat ze dit moeten bespreken. Zij maken er toch wel een normale redelijke afspraak over die voor beiden slikken is, maar die toch wel wordt geaccepteerd. De categorie die dat niet kan, zie ik niet. De helft – zo schat ik in – regelt het netjes en de andere helft zit bij de rechter.'

Doordat notarissen zich dus meestal kunnen beperken tot bepaalde typen zaken, waar partijen 'on speaking terms' met elkaar zijn, valt te verklaren dat de afwikkeling volgens de meeste notarissen veelal vrij soepel loopt. Een andere notaris wijst erop dat ook als een samenlevingsovereenkomst niet voorziet in aanspraken op verrekening van inkomsten of van vermogen, in zeer veel gevallen in elk geval het belangrijkste vermogensbestanddeel, het huis, gemeenschappelijke eigendom is. In zoverre ligt de situatie van de partners dan niet zo gek ver af van een gemeenschap van goederen.
Het zou overigens niet juist zijn te denken dat zich nooit financiële problemen voordoen. Zo heeft één notaris de indruk dat vooral niet uitgevoerde periodieke verrekenbedingen tot problemen kunnen leiden. Verder vertelt één notaris:

> 'In deze tijd van economische crisis zijn de problemen uiteraard groter. Ongeveer 5% van de gevallen die ik op mijn bordje krijg zijn ernstig, daar heb ik niet zomaar een oplossing voor. De grootste categorie problemen zit rondom de personen die niet zelf voldoende inkomen hebben. Die zitten in de bijstand. Dan de categorie die er financieel een zootje van hebben gemaakt, tot in de hemel geleend en in de schuldsanering moeten. Ook mensen die onverwacht failliet zijn gegaan. Ten slotte is er de categorie mensen aan wie het overkomt, die het om welke reden dan ook financieel niet hebben gered. En uiteraard de personen die een relatie zijn aangegaan, kinderen hebben gekregen, uit elkaar gaan en dan tot de ontdekking komen dat ze niet meer dan kinderalimentatie kunnen vragen. Die categorie is met name op wat oudere leeftijd te vinden, maar niet op jongere leeftijd. Daar werken ze meestal allebei.'

Een deel van deze problemen hangt samen met het klassieke rollenpatroon, waarbij de vrouw parttime werkt en daardoor een lagere verdiencapaciteit heeft. Bij scheiding leidt dat zeker tot gevoelens van onbillijkheid.

> 'Als er sprake is van onbillijkheidsgevoelens bij het uit elkaar gaan, dan is dat de categorie van mensen die wel kinderen heeft, maar geen inkomensverrekening of partneralimentatie in de samenlevingsovereenkomst. Dan blijft de een bekaaid achter en is er sprake van verzuurde verhoudingen en onbillijkheidsgevoelens.'
> 'Ik heb met name wel eens meegemaakt dat de man het op naam heeft en de vrouw nogal wat werkzaamheden heeft verricht voor de man, terwijl dat allemaal slecht beschreven is. Daar heeft zij dan een slecht gevoel over. Het gebeurt met name in de agrarische sector heel veel. Het is van oudsher hier allemaal familiebezit. Het moet aan de warme kant blijven. De aanhang wordt eigenlijk buiten de deur gezet, met name in het begin. Als mensen een relatie beginnen, dan valt op dat de positie van de niet-ondernemer vaak niet best is. De ondernemer wordt vrij sterk beschermd. Na een jaar of 10 of 15 komen ze hier weer en dan moet het finaal over de kop. Dan willen ze toch weer toe naar verrekening van inkomsten of verrekening van vermogen. Dat is heel apart. Dat is een heel aparte bedrijfstak, die agrarische sector. Over het algemeen wordt het hier geaccepteerd dat ze in 'koude uitsluiting' samenwonen. Dat is inderdaad een tendens. De problemen kom je daar dan ook steeds vaker tegen, dat men er achteraf geen goed gevoel bij heeft.'

Het is natuurlijk niet altijd de vrouw die zich onbillijk behandeld voelt, aldus een andere notaris:

> 'Financieel loopt het altijd zoals is afgesproken, maar er gaat wel altijd iemand ontevreden de deur uit, meestal hij. Ze realiseren zich dat ze het zo hebben afgesproken; de pijn zit in het uiteenspatten van de relatie. Maar echt vaak komt het niet voor. Door de bank genomen voelt de 35, 40-jarige man die zijn nieuwe partner in huis neemt zich benadeeld.'

Onze indruk uit de interviews dat de omvang van de financiële problemen bij gescheiden samenlevers in zekere zin meevalt, vond bevestiging tijdens de expertmeeting. Wij hebben de experts gevraagd hoe ernstig de problemen nu eigenlijk zijn, hoe vaak men in armoede terecht komt. Alle aanwezigen hebben aangegeven dat dergelijke situaties weinig voorkomen, ook al komen ze soms voor. Voor notarissen zijn dergelijke gevallen niet goed zichtbaar, want in dergelijke gevallen vindt men het vaak te duur om naar de notaris te gaan.
Tijdens de expertmeeting hebben wij verder met de experts besproken of de financiële problemen bij scheiding van ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen minder ernstig zijn dan die van vrouwen die in koude uitsluiting zijn gehuwd. Een notaris gaf aan te herkennen dat er bij deze ongehuwde vrouwen minder inkomensachteruitgang is waar te nemen. Mogelijk is dit te verklaren,

aldus deze notaris, door het feit dat deze vrouwen zich onzekerder voelen over hun positie en dus meer aandacht aan hun opleiding en werk besteden; misschien komt deze aandacht ten laste van het gezin en krijgt deze groep minder kinderen. Een aanwezige advocaat veronderstelt dat vrouwen zich door het ontbreken van een recht op alimentatie meer gedwongen voelen om zelf iets te verdienen, waardoor ze meer koopkracht behouden. Ook door een notaris wordt erop gewezen dat samenwonende partners zelfstandiger zullen zijn: uit de keuze om niet te trouwen zou blijken dat men geen behoefte heeft aan (beschermende) regels.

3.9.2.3a Zijn hoogopgeleide vrouwen oververtegenwoordigd in de groep samenlevende vrouwen met kinderen?

In ons literatuuronderzoek hebben wij vastgesteld dat ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen na een scheiding gemiddeld een geringer koopkrachtverlies kennen dan gehuwde vrouwen met kinderen na een echtscheiding. Een verklaring voor dit verschil kan gevonden worden in het verschil in opleidingsniveau van beide groepen vrouwen, uitgaande van de veronderstelling dat er een positief verband bestaat tussen een hoger opleidingsniveau en het kunnen opvangen van de negatieve financiële gevolgen van scheiding. Dat er inderdaad bij de groep ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen sprake is van een hoger opleidingsniveau dan bij gehuwde vrouwen met kinderen, konden wij afleiden uit CBS-gegevens.[138]

Tijdens de eerste expertmeeting hebben wij aan de orde gesteld wat de kenmerken zijn van de groep mensen die ongehuwd samenwonen met minderjarige kinderen (ongeacht of ze een samenlevingsovereenkomst hebben). Met name wilden wij weten of zich in die groep inderdaad meer hoogopgeleide vrouwen bevinden dan in de groep gehuwde vrouwen. Wij hebben echter geen aanwijzing gekregen voor de juistheid of onjuistheid van onze uit statistische gegevens afgeleide conclusie dat samenlevende vrouwen met kinderen een hoger opleidingsniveau hebben. Ook andere mogelijke verklaringen voor het gebleken geringere koopkrachtverlies van samenwonende ten opzichte van gehuwde vrouwen bij scheiding zijn tijdens de expertmeeting besproken. Onwaarschijnlijk vonden de experts de hypothese dat samenwonende vrouwen 'veerkrachtiger' zouden zijn dan gehuwde vrouwen, of dat zij misschien meer buitenshuis werken. Geen van de aanwezige experts zag een duidelijk verschil in arbeidsparticipatie, noch qua duur noch qua omvang, van gehuwde en ongehuwde vrouwen.

[138] Zie noot 105.

3.9.2.4 In hoeverre voor de problemen in de praktijk oplossingen worden gevonden

De geïnterviewde advocaten zijn het erover eens dat het buitengewoon moeilijk is om bij de rechter gehoor te vinden voor een vrouw die alimentatie of een verrekening verlangt zonder dat de wet of de samenlevingsovereenkomst daarvoor een basis verschaft. Dergelijke zaken worden over het algemeen kansloos geacht en daarom afgeraden. Eén advocaat is wel een procedure gestart en heeft daarin namens de cliënte gevorderd dat tussen de partners moet worden afgerekend als waren diverse zaken in de onderlinge verhouding als gemeenschappelijk aan te merken, gebaseerd op hoe de partners tijdens de relatie feitelijk invulling aan hun verhouding hebben gegeven en hun financiële verwevenheid. Inmiddels is in die zaak gebleken dat de rechter daar niet aan wil. Biedt de rechter in dergelijke zaken niet veel soelaas, wel vallen er in onderhandelingen of door mediation vaak bepaalde regelingen te treffen. De geïnterviewde advocaten – stuk voor stuk gespecialiseerd in familierecht en in die zin wellicht niet volledig representatief voor advocaten in het algemeen – geven aan dat zij in de meeste gevallen door onderhandelingen (of mediation) een regeling weten te bereiken. Tijdens de expertmeeting werd bevestigd dat familierechtspecialisten zaken in het algemeen constructiever benaderen, in de zin dat zij meer dan 'gewone' advocaten gericht zijn op het bereiken van een goede uitkomst voor beide partijen. Het ontbreken van juridisch afdwingbare aanspraken staat aan het bereiken van een regeling dus niet in de weg, maar zal wel van invloed zijn op wat bereikt kan worden in de onderhandelingen. Het kan gaan om een bepaalde voor de vrouw gunstige verdeling van de goederen of het regelen van de schulden. Maar ook afspraken over een hogere kinderalimentatie of zelfs over partneralimentatie komen voor. Lastiger is het om mannen te bewegen in te stemmen met vermogensoverheveling.

> 'Wanneer ik voor de man optreed, spreek ik hem er op aan, maar het hangt ervan af hoe soepel partijen ten opzichte van elkaar zijn. Soms gaat het om een regeling via kinderalimentatie (hoog) en dan met een verzekering erbij dat deze doorloopt als de man overlijdt. In een ander geval ging het om een afspraak over partneralimentatie, afhankelijk van het behalen van een bepaald inkomensniveau door de man. De regeling ziet veelal niet op een vermogensverschuiving vanwege een verschillende vermogensopbouw. In een zaak heb ik wel een regeling getroffen voor de schulden waar ze beiden voor aansprakelijk waren. Die werden door de man gedragen zodat de vrouw met een schone lei kon beginnen.'
> 'In een geval is het geregeld door een hogere kinderalimentatie af te spreken. Bovendien was er een stukje overwaarde van de gemeenschappelijke woning dat door de vrouw werd verkregen. De man nam veel van de kosten van de kinderen voor zijn rekening.'
> 'In 80% van de zaken is er een regeling getroffen buiten de rechter om. Daarin zijn in overwegende mate de eventuele onbillijke gevolgen van het ontbreken

> van een regeling over het vermogen of partneralimentatie bevredigend geregeld. Overigens meer in de partneralimentatie-sfeer dan in een daadwerkelijke vermogensoverheveling – dat heb ik nog niet meegemaakt – maar het wordt er zo wel bij betrokken. Wel is er vaak sprake van een gemeenschappelijke woning, en in zoverre een stukje vermogen voor de andere partij.'

Maar gemakkelijk te bereiken zijn dergelijke regelingen niet:

> 'In een geval is er eigenlijk niet zoveel geregeld, omdat de betreffende partner wel inzag dat hij geen aanspraak kon maken op het vermogen van de ander. En ook niet op alimentatie. De andere partner was niet bereid tot een stukje vermogensoverheveling. Zag daar geen aanleiding voor. Dus eigenlijk niet een echt bevredigende regeling, maar wel gebaseerd op de (beperkte) rechten en verplichtingen. De vrouw heeft wel afgezien van vergoedingsaanspraken in verband met betalingen aan de man tijdens de relatie.'

De bereidheid tot het treffen van een regeling is soms gebaseerd op het feit dat er een basis in de samenlevingsovereenkomst voor gevonden kan worden. Maar ook als dat niet het geval is, zijn partijen vaak bereid om verder te gaan dan waartoe ze juridisch verplicht zijn. Een advocaat die veel mediations doet, wijst erop dat in mediation niet de wettelijke regels centraal staan maar de redelijkheidsgedachte, de wederzijdse bereidheid om tot een goede regeling te komen. Een veelgenoemde factor vormt de aanwezigheid van kinderen. Partners willen met het oog op de belangen van de kinderen hun ex-partner wel (wat) tegemoetkomen. Eén van de advocaten noemt de omstandigheid dat als de man de relatie beëindigt, hij vaak bereid is om meer te doen voor een regeling en zich niet formeel opstelt. De bereidheid tot concessies is echter wel beperkt en vrouwen zullen daarmee dan genoegen moeten:

> 'Ze moeten dan wel een voorgestelde of uitonderhandelde regeling accepteren. De meesten accepteren dit dan als de consequentie van het ontbreken van een goede regeling van hun samenleving. Maar voor sommigen is en blijft het onbevredigend. Soms zijn het mensen die eigenlijk graag hadden willen trouwen maar de ander wilde dat niet. Die onvrede komt op zo'n moment nog eens goed tot uitdrukking.'

Ook sommige notarissen krijgen wel te maken met het treffen van regelingen die verder gaan dan wat strikt juridisch onvermijdelijk is, al zijn de ervaringen daarbij dan wisselend.

> 'Als mensen hier aan tafel zitten willen ze proberen op een reële manier uit elkaar te gaan. Er wordt wel eens tussen samenwoners voor een tijdelijke periode alimentatie afgesproken. Men gaat er dan vanuit dat men na 3 a 4 jaar weer voldoende inkomsten kan genereren om zelfstandig te zijn. Zeker de

> categorie samenwoners met kinderen wil daar ook echt aan meedenken en meehelpen.'
> 'Oplossingen worden uiteindelijk vaak in financiële regelingen gevonden. Als er nu geen geld is, dan moeten we maar afspraken maken voor wanneer het geld er wel is. Het kan best zo zijn dat de vrouw en de kinderen er blijven wonen en de man vertrekt, waarbij het bewoningsrecht van de vrouw wordt gekoppeld aan de leeftijd van de kinderen. Dat kan ook bij een specifieke alimentatieafspraak worden gemaakt. De ene kan nu geld ophoesten, en de ander heeft daar wat tijd voor nodig, dan koppelen we de betaling aan de verkoop van het huis, terwijl de verkoop kan plaatsvinden als de kinderen de deur uit zijn. Of als mensen samen een huis hebben en een van beiden blijft er wonen, dan sluiten we de verdeling voor een paar jaar uit. Heel specifiek in relatie tot de leeftijd van de kinderen.'
> 'Ik heb wel eens een paar keer meegemaakt dat een geldbedrag werd betaald. Ik heb ook wel eens meegemaakt dat er geen oplossing kwam, vanuit de gedachte: "dit zijn we destijds met elkaar overeengekomen en je zoekt het verder maar uit."'

Onze indruk uit de interviews dat er in veel gevallen minnelijke regelingen getroffen kunnen worden die verder gaan dat strikt juridisch noodzakelijk, is tijdens de expertmeeting bevestigd. Volgens de aanwezige advocaten bestaat een bereidheid tot 'regelen' vooral als er kinderen zijn: de man blijkt vaak welwillend als er een goede omgang met de kinderen kan worden behouden. Als mogelijke redenen zijn hier genoemd een tijdelijk woonrecht voor de vrouw of het vergoeden van gemaakte kosten van rechtsbijstand.

3.9.2.5 Obstakels voor oplossingen

Bij de interviews met de notarissen en advocaten hebben wij gevraagd of zij obstakels zien voor het bereiken van oplossingen voor de problemen. Dit leverde niet zoveel specifieke informatie op. Genoemd werden bijvoorbeeld: gebrek aan vertrouwen tussen partijen, en het ontbreken van afdwingbare verplichtingen. Een probleem kan zijn dat als de ene partij de ander het huis wil laten, daardoor erfbelasting en overdrachtsbelasting verschuldigd wordt. Een ander obstakel wordt soms veroorzaakt door banken, met name in verband met de hoofdelijke aansprakelijkheden van partners voor hypothecaire geldleningen. Als voorbeeld is de situatie genoemd dat de man een pand heeft en er niet meer woont. De vrouw woont er nog 3 of 4 jaar met kinderen, terwijl de man wel aansprakelijk is voor de schuld. Banken vinden het niet prettig als de aansprakelijke schuldenaar niet zelf in de woning woont: cliënten hebben door de bank opgelegde bewoningsverplichtingen. Het vastleggen van andersluidende afspraken wordt door banken nog wel eens geweigerd. Iets soortgelijks doet zich ook voor als partijen overeenkomen gedurende 5 jaar een gezamenlijk pand niet te verdelen. Volgens een van de notarissen hebben banken op dit punt eigenlijk geen beleid en is men dan overgeleverd aan de willekeur van de bankmedewerker.

3.9.2.6 Wenselijkheid van een wettelijke regeling?

Onder de geïnterviewde notarissen bestaat slechts ten dele steun voor een wettelijke regeling van de gevolgen bij de verbreking van een (langdurige) duurzame samenleving. Eén van hen is voorstander van een recht op partneralimentatie als er kinderen zijn (tenzij anders overeengekomen), of een som ineens. Een andere notaris voelt wel voor een regeling als de samenleving 5 jaar heeft geduurd of er kinderen zijn; ook deze notaris denkt dan aan partneralimentatie en eventueel vermogensverrekening (tenzij anders overeengekomen). De andere notarissen voelen niet voor een wettelijke regeling.
De geïnterviewde advocaten zijn iets minder terughoudend. Van hen is iets meer dan de helft voor een regeling ten aanzien van partneralimentatie, vooral als er kinderen zijn of een notarieel samenlevingscontract is gesloten. Andere advocaten zien weinig in een regeling ('mensen weten donders goed dat als je niets regelt, je ook nergens recht op hebt en dat acht ik ook juist'). Genoemd werd nog dat het wenselijk zou zijn geschillen over de gevolgen van samenleving procesrechtelijk gelijk te stellen met geschillen in scheidingszaken (zodat de verzoekschriftprocedure van toepassing is). Voor deze suggestie bestond tijdens de expertmeeting algemene steun, omdat op die wijze een aanzienlijke versnelling van de procedure wordt bereikt.
Tijdens de eerste expertmeeting geeft een van de notarissen te kennen dat als er een wettelijke regeling zou worden ingevoerd, deze zeer minimaal zou moeten zijn. Anderen geven juist aan dat mocht er wettelijke regeling komen, deze dan ook uitputtend dient te zijn. De aanwezige advocaten zijn niet erg enthousiast over de mogelijkheid van een wettelijke regeling. De gebleken problemen zouden niet frequent genoeg voorkomen om een wettelijke regeling te rechtvaardigen. Samenwonenden zouden wel meer bewust moeten worden gemaakt van de mogelijke gevolgen van ongehuwd samenwonen, door middel van voorlichting. De mogelijkheid om het recht op alimentatie eventueel te koppelen aan feitelijke samenwoning, wordt door de aanwezige notarissen afgewezen: men zou alleen recht op alimentatie moeten hebben als er sprake is van een samenlevingscontract. Hierbij tekenen wij echter aan dat volgens de aanwezigen bij de eerste expertmeeting situaties dat één der partijen in armoede terechtkomt, zich veelal aan het zicht van de notaris onttrekken, doordat men het in dergelijke gevallen vaak te duur vindt om daar de notaris te gaan.
Uiteindelijk vinden de aanwezigen een wettelijke regeling voor partneralimentatie op zijn plaats, maar slechts ingeval van aanwezigheid van minderjarige kinderen.

3.10 Samenvatting van dit hoofdstuk

3.10.1 Aard, oorzaken en omvang van de problemen

Uit sociaal-demografisch onderzoek blijkt dat vrouwen, vooral met jonge kinderen, structureel materiële achterstanden oplopen ten gevolge van ongelijke verdeling van zorgtaken en betaalde arbeid, zowel in formele als in informele relaties. De problemen manifesteren zich vooral vanaf het moment van de verbreking van de relatie: achteruitgang in woonkwaliteit, daling van koopkracht, lage inkomsten en een grote kans op langdurige armoede. Wij gaan ervan uit dat wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels (mede) de functie hebben een zekere compensatie mogelijk te maken van huwelijksgerelateerde vermindering van verdiencapaciteit.

Aangenomen mag worden dat materiële problemen en achterstanden zich na scheiding vooral voordoen bij vrouwen die de zorg voor kinderen hebben (gehad) en daardoor hun verdiencapaciteit hebben zien teruglopen. De problemen en achterstanden doen zich hier dus voor ondanks de compenserende werking van het huwelijksgoederen- en alimentatierecht. Maar liefst 30% van eenoudergezinnen, waarvan gescheiden vrouwen met kinderen het overgrote deel uitmaken, verkeert onder de zogenoemde 'lage-inkomensgrens'.

Ons onderzoek richt zich met name op vrouwen die na een huwelijk in koude uitsluiting of een ongehuwde samenleving zijn gescheiden en daarna de zorg voor kinderen houden. Het gaat daarbij vooral om de vrouwen die daarbij materiële problemen en achterstanden ondervinden, maar daarnaast ook om vrouwen die in verband met de koude uitsluiting of de voor de ongehuwde samenleving geldende regels geconfronteerd worden met vermogensrechtelijke onbillijkheden.

Sinds medio jaren negentig is het totale aantal eenoudergezinnen gegroeid tot bijna een half miljoen. Veel van deze eenoudergezinnen bestaan uit moeder en kind(eren) en zijn voor het merendeel voortgekomen uit een relatiebreuk. Van deze groep leeft 30% – ongeveer 114 000 gescheiden moeders met kinderen – onder de zogenoemde lage-inkomensgrens. Van deze algemene probleemgroep bestaat uiteraard slechts een deel uit vrouwen die in koude uitsluiting gehuwd zijn is geweest of ongehuwd hebben samengeleefd. Niet inbegrepen in deze groep is de categorie vrouwen die na scheiding vermogensrechtelijke onbillijkheden ervaren, los van financiële nood.

3.10.2 In koude uitsluiting gehuwde partners

De algemene bevindingen met betrekking tot financiële problemen en achterstanden van gescheiden partners laten zich eveneens extrapoleren naar de groep van scheidende echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd. Ook hier ontbreekt de compenserende werking van het wettelijke huwelijksvermo-

gensrecht. Wel kan aanspraak worden gemaakt op partneralimentatie. Niettemin gingen wij uit van het vermoeden dat de algemene vermogensrechtelijke problemen bij deze groep ernstiger en frequenter moeten zijn, tenzij de specifieke kenmerken van deze subgroep de doorwerking van deze algemene problemen zouden verminderen.

Over de specifieke kenmerken van deze groep bestaat nagenoeg geen onderzoek. Wel is iets bekend over de groep mensen die huwelijkse voorwaarden maken. De belangrijkste factor waarmee huwelijkse voorwaarden samenhangen, is de aanwezigheid van een eigen bedrijf. Verder maken mensen die eerder gehuwd zijn geweest, vaker huwelijkse voorwaarden. Interessant is ook dat vrouwen die op huwelijkse voorwaarden trouwen, in het algemeen wat vaker hoger opgeleid zijn. Of dit laatste ook geldt voor de vrouwen die kinderen hebben, is echter niet zeker. Daarom hebben wij hiernaar gevraagd in de interviews en tijdens de expertmeeting. Zou dat het geval zijn, dan zou dit immers het ontbreken van de compenserende werking van het (wettelijke) huwelijksvermogensrecht mitigeren. Van de advocaten en notarissen met wie wij gesproken hebben, hebben wij echter geen duidelijke aanwijzingen gekregen dat er inderdaad sprake is van een hoger opleidingsniveau.

Omvang. Om de omvang te bepalen van de groep gescheiden huwelijkspartners die door koude uitsluiting in vermogensrechtelijke problemen komt, hebben wij eerst voor een reeks van jaren vastgesteld welk percentage van de huwelijken in koude uitsluiting werd gesloten. Vervolgens hebben wij berekend hoeveel van de in de periode 1996-2009 voorgevallen echtscheidingen waarbij kinderen waren betrokken, betrekking hadden op in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten. Ten slotte hebben wij daarvan uitgaande de omvang geschat van de groep gescheiden vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd, de zorg voor thuiswonende kinderen hebben en met materiële problemen kampen. Per saldo zijn wij met onze berekeningen uitgekomen op een vrij kleine groep van circa 1 500 vrouwen. Ook hier zijn vrouwen die door de zorg voor uitwonende kinderen in problemen verkeren buiten beschouwing gelaten, evenals vrouwen die door koude uitsluiting vermogensrechtelijke onbillijkheden ervaren, los van eventuele financiële nood. De geringe omvang van de probleemgroep stemt overeen met de bevindingen uit de interviews en de tweede expertmeeting dat in koude uitsluiting gehuwde vrouwen na scheiding niet vaak met echte armoede te maken krijgen. Dat zou deels ook te verklaren zijn door aan te nemen dat echtgenoten die in koude uitsluiting huwen veelal een onderneming hebben en vaak niet behoren tot de minst welvarende bevolkingsgroepen, zodat er in geval van scheiding in elk geval ruimte is voor het betalen van alimentatie. Afzonderlijke vermelding verdient wel dat koude uitsluiting in de agrarische sector wel wordt gebruikt om de integrale voortzetting van het familiebedrijf te

garanderen, waarbij de geringe rendementen de ondernemer echter vaak onvoldoende draagkracht opleveren om alimentatie te kunnen betalen.

Aanvullende bevindingen uit de interviews en de tweede expertmeeting

Frequentie. De laatste vijf jaren tot en met 2003, het laatste jaar waarover cijfers beschikbaar zijn, vormden koude uitsluitingen tussen circa 4% en 10% van de gemaakte huwelijkse voorwaarden. In de praktijk van de geïnterviewde notarissen komt het tegenwoordig vaker voor, zeker als daaronder mede begrepen worden koude uitsluitingen met een finaal verrekenbeding voor het geval van overlijden.

Motieven. Koude uitsluiting lijkt het vaakst voor te komen bij mensen die op latere leeftijd nogmaals huwen dan wel eigen vermogen hebben en bij mensen die een onderneming hebben, met name een familiebedrijf of een boerenbedrijf. Maar het komt bijvoorbeeld ook voor bij jonge mensen die nog geen kinderen hebben en nog niet 'toe zijn' aan een verrekenbeding. Als motieven worden genoemd:

1. bescherming tegen schuldeisers, wanneer sprake is van een eigen bedrijf;
2. bescherming van het eigen vermogen, vooral familievermogen (bij jonge mensen ook wel op advies van de ouders);
3. voorlopig de handen vrij willen houden;
4. één echtgenoot wil niets delen of verrekenen;
5. eenvoud: partijen willen geen enkele discussie over inkomen/vermogen;
6. bij ouderen (vooral als er geen gezamenlijke kinderen zijn): de wens om vermogensrechtelijk zelfstandig te blijven.

Rol van de notaris. Wij hebben geprobeerd vast te stellen welke betekenis de voorlichting door de notaris heeft. In veel gevallen, zeker als er kinderen zijn of nog worden verwacht, blijkt de voorlichting door de notaris ertoe te leiden (alsnog) dat een verrekenbeding wordt opgenomen, vaak alleen voor de inkomsten uit arbeid. Als partijen voor een andere transactie bij de notaris komen, bijvoorbeeld de overdracht van een woning, wijst de notaris hen altijd op de vraag of de huwelijkse voorwaarden nog passend zijn. Ook fiscale overwegingen zijn hierbij relevant. Dit leidt in vele gevallen tot aanpassing. Soms zien partijen daarvan nog wel eens af, als zij feitelijk al veel vermogen gemeenschappelijk hebben: de koude uitsluiting wordt in die gevallen verzacht doordat ze vermogen op beider naam hebben. Met andere woorden: voor partners die ooit koude uitsluiting overeenkomen, wordt de soep bij scheiding vaak minder 'koud' gegeten dan zij was opgediend.

Ondanks de inspanningen van de notaris, lijkt de voorlichting bij de meeste mensen niet te leiden tot een goed, blijvend inzicht in hun huwelijksvermogens-

rechtelijke positie. Tot pakweg 1990 verdiepten partijen zich niet grondig in hun huwelijkse voorwaarden en schoot de notariële voorlichting daarover toen in feite tekort. Vanaf ongeveer 1990 of 1995 gaan de echtgenoten veel bewuster om met de huwelijkse voorwaarden en is ook de voorlichting door veel notarissen verbeterd. Zo vragen notarissen tegenwoordig expliciet aandacht voor wat er moet gebeuren als het huwelijk eindigt in echtscheiding. Ook krijgen cliënten nu vaak eerst een brochure en een uitgebreide vragenlijst toegezonden ter voorbereiding op het gesprek op het kantoor van de notaris. Zo'n vragenlijst maakt de cliënten bewust van de relevante haken en ogen van de huwelijkse voorwaarden. Voor notarissen heeft een dergelijke lijst ook het voordeel dat achteraf kan worden aangetoond wat men heeft gewild. Ook wordt aan cliënten na bespreking op kantoor wel een brief met uitleg over de gevolgen van de gemaakte keuzes gezonden. Soms leggen notarissen de beweegredenen van de cliënten vast in een considerans in de akte huwelijkse voorwaarden. Komt het achteraf tot een geschil, dan is het duidelijker wat de bedoeling van partijen was.

Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners. Wij achten het aannemelijk dat tussen in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten in de meeste gevallen aanzienlijke verschillen in vermogen ontstaan, vaak samenhangend met een traditioneel rollenpatroon. Wij hebben geen grond om te veronderstellen dat op dit punt een verschil bestaat tussen oudere en jongere gevallen.

Gevolgen bij scheiding en de omvang van eventuele financiële problemen. Vermogensverschillen hoeven als zodanig tussen de ex-echtgenoten geen problemen te geven. Globaal gesproken valt het volgens de geïnterviewde notarissen wel mee met de problemen. De advocaten die wij geïnterviewd hebben, rapporteren in het algemeen wel financiële problemen, maar deze zijn ofwel niet bijzonder ernstig, ofwel worden zij verzacht door het recht op partneralimentatie of een bereidheid van de andere echtgenoot – vaak in mediation – om onverplicht bepaalde concessies te doen. Ook als het huis wel op beider naam staat, betekent dat een verzachting van de gevolgen van koude uitsluiting.

Uiteraard betekent deze beoordeling door de advocaten niet dat hun cliënten dit ook zo zagen. Tijdens de expertmeeting kwam naar voren dat de gevolgen van koude uitsluiting door de minst vermogende echtgenoot eigenlijk altijd als heel onbillijk worden ervaren.

In hoeverre voor de problemen in de praktijk oplossingen worden gevonden. Zowel door de geïnterviewde notarissen als door de geïnterviewde advocaten is aangegeven dat voor problemen als gevolg van koude uitsluiting in de praktijk vaak in zekere mate een oplossing wordt gevonden, hetzij door de advocaat, hetzij door de notaris, indien betrokken. Zo komt het vaak voor dat als er wel een gemeenschappelijke woning is, voor de armere partner iets extra's wordt gedaan in het kader van de verdeling. Ook wordt soms een verlenging van de

alimentatieduur afgesproken. In veel zaken valt een minnelijke regeling te bereiken, omdat de mensen het niet op een procedure aan willen laten komen.
De ondervraagden en de aanwezigen tijdens de expertmeeting zijn het er algemeen over eens dat de rechter niet snel bereid lijkt te zijn om de huwelijks-vermogensrechtelijke gevolgen van koude uitsluiting te verzachten, hetzij door een bepaalde uitleg van de huwelijkse voorwaarden, hetzij door deze op grond van de redelijkheid en billijkheid opzij te schuiven. Ook onder de geïnterviewde advocaten valt te beluisteren dat de rechterlijke macht hierin heel terughoudend ('formeel-juridisch, niet creatief') is. Over de vraag of de rechterlijke macht hierin *te* terughoudend is, bestaat overigens geen overeenstemming.

3.10.3 Ongehuwd samenlevende partners

Op dit moment telt Nederland circa 836 000 ongehuwd samenwonende paren. Negen van de tien Nederlandse vrouwen woonden ooit ongehuwd samen.
Sociaal-demografische kenmerken. Samenlevende partners kunnen in drie categorieën worden ingedeeld. Met de verschillen tussen deze drie groepen ongehuwd samenlevenden pleegt in bestaand sociaal-geografisch onderzoek weinig rekening te worden gehouden.

1. *Samenleving als 'proefhuwelijk'*, waar nog geen kinderen zijn en waarin potentiële partners kunnen nagaan of ze voldoende bij elkaar 'passen'. Deze groep vormt de overgrote meerderheid van de ruim 500 000 ongehuwde paren zonder kinderen. Vrouwen in deze groep lopen in de regel (nog) geen grote carrière- en inkomensachterstanden op.
2. *Samenleving als alternatief voor het huwelijk*. Een steeds grotere groep kiest voor langdurig ongehuwd samenleven, waarbij het krijgen van kinderen geen aanleiding vormt om alsnog te trouwen. Er zijn zo'n 330 000 ongehuwd samenwonende paren met kinderen. De stabiliteit van deze samenlevingsvorm verschilt niet veel van die van het huwelijk. Aannemelijk is dat deze partners vaker een samenlevingscontract sluiten. Bij vrouwen uit deze groep is volgens een door ons uitgevoerde statistische analyse verder sprake van een hoger opleidingsniveau dan bij gehuwde vrouwen met kinderen. Dit is van belang, omdat uit onderzoek blijkt dat hoger opgeleide vrouwen een grotere economische zelfstandigheid bezitten en dus beter 'bestand' zijn tegen de financiële gevolgen van scheiding. Tijdens de eerste expertmeeting hebben wij van het hogere opleidingsniveau overigens geen duidelijke bevestiging gekregen van de geraadpleegde experts.
3. *Samenleving als 'nahuwelijk'*. Deze niet zo grote groep bestaat uit oudere mensen zonder thuiswonende kinderen, die na de beëindiging van een eerdere relatie nu het ongehuwd samenleven met een nieuwe

partner verkiezen boven een nieuw huwelijk. Waarschijnlijk ondervinden deze partners bij een relatiebreuk niet vaak financiële problemen.

Motieven om niet te trouwen. Vaak wordt gezegd dat een van de belangrijkste redenen om niet te trouwen is gelegen in de bewuste en gezamenlijke keuze van de partners om niet onder de wettelijke huwelijksregels te vallen. Dit blijkt echter slechts voor een betrekkelijk kleine minderheid te kloppen. Ook in onze interviews en expertmeetings hebben wij geen aanwijzingen gevonden dat ongehuwde samenlevingspartners zonder samenlevingsovereenkomst een bewuste keuze hebben gemaakt om niet aan bepaalde regels gebonden te zijn. Wetgeving die gevolgen in de sfeer van vermogensrecht of alimentatie zou verbinden aan een ongehuwde samenleving, strijdt derhalve niet met persoonlijke keuzes van de betrokkenen.
Samenlevingsovereenkomsten. Veel ongehuwd samenlevende partners sluiten een samenlevingsovereenkomst. Ruim de helft van de ongehuwde paren heeft een notariële samenlevingsovereenkomst; daarnaast heeft een klein percentage een niet-notarieel samenlevingscontract (minder dan 5%). Onderzoek naar de inhoud van samenlevingsovereenkomsten is lastig, doordat daarvan geen publicatie in enig register plaatsvindt.
Ernst van de problemen. Bij aanvang van ons onderzoek vermoedden wij dat de problemen bij vrouwen die na ongehuwde samenleving scheiden ernstiger en frequenter zijn dan bij de algemene probleemgroep. Deze groep heeft immers veelal geen aanspraak op verrekening en bijna altijd ook niet op partner-alimentatie. Dit vermoeden is niet uitgekomen. Ook ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen lopen tijdens hun relatie een blijvende inkomens- en carrière-achterstand op, maar financieel lijken zij minder afhankelijk van hun partners te zijn dan gehuwde vrouwen. Dat hangt wellicht samen met hun hogere opleidingsniveau. In elk geval daalt de koopkracht van samenlevende vrouwen met kinderen na de scheiding minder (14%) dan die van gehuwde vrouwen (21%).
Omvang van de probleemgroep. Het onderzoek naar de omvang van de groep van na ongehuwde samenleving vrouwen met kinderen bij wie zich materiële problemen voordoen, hebben wij uitgevoerd in drie stappen. Eerst diende de grootte te worden bepaald van de groep *ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen*. Het blijkt hier te gaan om ongeveer 332 000 vrouwen. Vervolgens diende het aantal *gescheiden* samenlevende vrouwen met kinderen te worden berekend. Hier vinden wij ongeveer 97 000 vrouwen die na een ongehuwde samenleving zijn gescheiden en nu een eenoudergezin vormen. Ten slotte vond een schatting plaats van de groep vrouwen met kinderen die na verbreking van een ongehuwde samenleving kampt *met problemen in de sfeer van vermogens-*

recht of levensonderhoud. Wij komen hiervoor uit op een grove schatting van ongeveer 20 000 eenoudergezinnen van vrouwen met (thuiswonende) kinderen. Vrouwen die mede door de lasten van uitwonende studerende kinderen in problemen komen, hebben wij buiten beschouwing gelaten. Voorts hebben wij buiten beschouwing gelaten hoeveel vrouwen bij scheiding onbillijkheden ervaren in de vermogensrechtelijke verhoudingen met de ex-partner, zonder dat deze gepaard gaan met directe financiële nood. Dat zich dergelijke onbillijkheidsgevoelens voordoen, is uit onze interviews en de eerste expertmeeting wel gebleken.

Nadere bevindingen uit de interviews en de eerste expertmeeting

Voor een goed inzicht in de problematiek bieden de gegevens uit de interviews en de eerste expertmeeting waardevolle aanvullende informatie. De hoofdzaken daarvan vatten wij hieronder samen.

Initiatief gaat vaak niet uit van de paren zelf. Samenlevende paren nemen in de regel niet zelf het initiatief tot het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Aan het afzien van een samenlevingsovereenkomst liggen dan ook vaak geen duidelijke motieven ten grondslag. Bij een minderheid van vooral oudere cliënten gaat het wel om een bewuste keuze. Notarissen plegen samenlevende cliënten die voor andere zaken notariële bijstand hebben ingeroepen (in veel gevallen het transport van een huis), te wijzen op de eventuele wenselijkheid van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Er is weinig spontane vraag naar samenlevingsovereenkomsten, maar cliënten zijn in veel gevallen wel geneigd om een overeenkomst aan te gaan als de notaris het ter sprake brengt.

Redenen om af te zien van een regeling. Het lijkt erop dat de meeste partners gewoonweg niet of althans onvoldoende hebben nagedacht over het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Notarissen komen slechts in contact met een deel van de samenlevende partners, in het bijzonder partners die voor andere zaken reeds een beroep doen op de notaris en dan spontaan advies ontvangen over het nut van een samenlevingsovereenkomst. Redenen die door notarissen genoemd worden om dan géén samenlevingsovereenkomst te sluiten, zijn bijvoorbeeld: dat zulks niet zinvol wordt geacht omdat de cliënten toch al van plan zijn om te trouwen, dat zij het nut er niet van inziet of dat zij de kosten bezwaarlijk vinden.

Veel samenlevingsovereenkomsten bevatten volgens advocaten eigenlijk weinig waar je iets aan hebt bij scheiding. Ter verklaring geven deskundigen aan dat partijen tijdens hun relatie vaak niet willen nadenken over de mogelijkheid van een scheiding. Concrete afspraken daarover worden wel door de notaris voorgesteld, maar komen vaak toch niet in de samenlevingsovereenkomst terecht.

Welke partners besluiten geen (of slechts een beperkte) samenlevingsovereenkomst te sluiten? Paren die van plan zijn om nog te gaan trouwen, voelen

om die reden nog wel eens niet voor een samenlevingsovereenkomst. Verder zien jonge stellen zonder kinderen daarvan nog wel eens af omdat ze nog niet zoveel bezitten en daarom niet het gevoel hebben iets te moeten regelen.

Hoe vaak komt het voor dat in de samenlevingsovereenkomst een regeling voor verrekening of alimentatie wordt opgenomen? Periodieke verrekening van (vooral) inkomsten komt bij enkele notarissen vaak voor, terwijl dit bij andere notarissen zeldzaam is. Verrekening van vermogen komt slechts betrekkelijk zelden voor, en dan vooral met betrekking tot een huis dat eigendom van slechts één der partners is, zodat de andere partner meedeelt in een eventuele waardestijging. Ook worden wel eens bedingen gemaakt met betrekking tot en/of-rekeningen. Ten slotte worden door twee van de door ons geraadpleegde notarissen met grote regelmaat alimentatiebedingen opgenomen, terwijl dit bij de andere (meeste) notarissen niet of slechts bij hoge uitzondering voorkomt. Wij hebben de indruk dat hier de persoonlijke benadering van de notaris van grote invloed is.

Volgens alle aanwezige advocaten bestaat in geval van scheiding bij vrouwen geregeld aanzienlijke verbazing als blijkt dat de indertijd gesloten samenlevingsovereenkomst in feite géén aanspraak op alimentatie meebrengt.

Belangrijkste redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten. Verrekenbedingen en alimentatiebedingen worden lang niet altijd opgenomen en vormen dan ook niet de kern van de meeste samenlevingsovereenkomsten. De redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten, liggen eerder in de sfeer van verblijvensbedingen en pensioenaanspraken dan op het vastleggen van afspraken voor het geval van scheiding.

Notarissen kwijten zich zeer serieus van hun voorlichtende taken, bijvoorbeeld door cliënten voorafgaand aan een bespreking op kantoor een vragenlijst toe te zenden, met het verzoek die in te vullen en mee te nemen, zodat aan de hand daarvan gerichter kan worden gesproken. Ook als wij aannemen dat de notarissen die wij geraadpleegd hebben het op dit punt bovengemiddeld goed doen, is er volgens alle betrokkenen ten opzichte van pakweg vijftien jaar geleden duidelijk veel ten goede veranderd. Toch blijkt er achteraf bij veel cliënten vaak niet zoveel te zijn blijven hangen van de voorlichting. De inhoud van de samenlevingsovereenkomst 'leeft' niet bij de partners. Het zal dan ook niet eenvoudig zijn om, hoe wenselijk ook, de voorlichting aan cliënten effectiever te maken.

Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners. Lang niet in alle gevallen ontstaan tijdens de samenleving financiële verschillen van betekenis. Maar het komt toch in de nodige gevallen voor en dan is er vaak een samenhang met het klassieke rolpatroon: de man wordt rijker dan de vrouw.

Gevolgen bij scheiding; de omvang van eventuele materiële problemen en onbillijkheidsgevoelens. Advocaten wijzen op de problemen die verband houden

met huisvesting en bijvoorbeeld met de verdeling van roerende zaken of het huis. Ook zijn er emotionele problemen bij de afwikkeling van de samenleving. Het valt ons op dat het ontbreken van aanspraken op vermogensverrekening niet als belangrijke oorzaak van materiële problemen wordt genoemd. De conclusie van één advocaat vat het goed samen: 'Eigenlijk valt het met de problemen wel mee, in die zin dat ik niet specifieke problemen zie die gerelateerd zijn aan het ontbreken van een samenlevingsovereenkomst.' Het ontbreken van een recht op partneralimentatie wordt ernstiger beoordeeld. Als er al materiële problemen zijn, dan heeft dat te maken met het feit dat er geen recht op partneralimentatie bestaat, zo menen de meeste advocaten.
De omvang van de materiële problemen lijkt in zekere zin mee te vallen. Situaties dat men in armoede terecht komt, komen weinig voor. De meeste advocaten hadden geen zaken behandeld waarvan gesteld kan worden dat er sprake is van ernstige materiële problemen. Andere advocaten zijn van mening dat er soms wél ernstige problemen zijn, met name bij gezinnen met kinderen. Bij scheiding doen zich in verband met de gevolgen van het klassieke rollenpatroon (onbetaalde arbeid) en de verminderde verdiencapaciteit van vrouwen zeker gevoelens van onbillijkheid voor.
In hoeverre voor de problemen in de praktijk oplossingen worden gevonden. Het wordt door advocaten buitengewoon moeilijk geacht om bij de rechter gehoor te vinden voor een vrouw die alimentatie of verrekening verlangt zonder dat de wet of de samenlevingsovereenkomst daarvoor een basis verschaft. Dergelijke zaken worden over het algemeen kansloos geacht en daarom afgeraden. Wel vallen er in onderhandelingen of door mediation vaak bepaalde regelingen te treffen. De geïnterviewde advocaten geven aan dat zij in de meeste gevallen door onderhandelingen (of mediation) een regeling weten te bereiken. Het ontbreken van juridisch afdwingbare aanspraken is wel van invloed op hetgeen bereikt kan worden in de onderhandelingen. Een veelgenoemde stimulerende factor vormt de aanwezigheid van kinderen: partners willen met het oog op de belangen van de kinderen hun ex-partner wel (wat) tegemoetkomen.

3.10.4 Beantwoording van de empirische onderzoeksvragen

Dit hoofdstuk is gewijd aan de aard/ernst van de problemen bij in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en ongehuwd samenlevende partners, de oorzaken van die problemen en over de omvang van de groepen die daarmee te maken hebben.

1. Wat de aard en de ernst van de problemen betreft: de problemen doen zich vooral voor – zo menen wij op grond van literatuuronderzoek – bij in koude uitsluiting gehuwde of ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen die na scheiding eenoudergezinnen vormen. De problemen van materiële aard bestaan

in verschijnselen als achteruitgang van woonkwaliteit, daling van koopkracht, en kans op langdurige armoede. Daarnaast worden er, ook als er geen financiële nood is, onbillijkheden ervaren die te maken hebben met ongelijke vermogensverhoudingen tussen de ex-partners.
De ernst van de materiële problemen valt bij deze specifieke groepen volgens de door ons geraadpleegde advocaten en notarissen in het algemeen mee, onder andere doordat de problemen in de praktijk vaak enigermate verzacht worden door bij de scheiding afspraken te maken met de ex-partner. Wij hebben ons afgevraagd of er niet een spanning bestaat tussen enerzijds de uitkomsten van ons op sociaal-demografische en statistische gegevens gebaseerde onderzoek en anderzijds de bevindingen uit de interviews en de expertmeetings. Het eerstbedoelde onderzoek suggereert dat er een aanzienlijke groep vrouwen is (circa 20 000 ex-samenlevers en circa 1 500 ex-echtgenoten) die na scheiding met de kinderen een eenoudergezin hebben gevormd en onder de lage-inkomensgrens verkeert. De geraadpleegde advocaten en notarissen onderkennen wel dat vrouwen na scheiding problemen ervaren, maar eigenlijk beoordelen de deskundigen die problemen zelf over het algemeen als niet bijzonder ernstig. Met andere woorden: de aanzienlijke groep vrouwen met ernstige financiële problemen die wij op grond van het literatuuronderzoek verwachtten aan te treffen, vinden wij niet terug in onze contacten met deskundigen uit de praktijk.
Hoe kan dat verklaard worden? Wij wijzen hier nogmaals op hetgeen wij in paragraaf 3.3.3 reeds hebben opgemerkt over de methodologische beperkingen van ons kwalitatieve onderzoek, vooral door het beperkte aantal deelnemers aan de interviews en de expertmeetings. In aanvulling daarop noemen wij de volgende mogelijkheden, waarvan de eerste en vooral de tweede mogelijkheid te maken hebben met een mogelijke *bias* (afwijking) in de waarnemingen van de door ons geraadpleegde deskundigen:

- Denkbaar is dat gescheiden vrouwen die als gevolg van koude uitsluiting of ontbreken van een (voldoende) samenlevingsovereenkomst werkelijk in ernstige financiële problemen verkeren, buiten beeld blijven van advocaten en notarissen. Misschien dat zij zich wel voor advies wenden tot de juridische loketten (de vroegere bureaus voor rechtshulp), maar daar vernemen dat juridische middelen weinig kans op succes bieden, met als gevolg dat zij daarvan afzien. Bij ex-samenlevers achten wij dit inderdaad mogelijk, al denken wij dat deze vrouwen dan toch in verband met kinderalimentatie nogal eens bij een advocaat terecht zullen komen. Wat koude uitsluiting betreft, vermoeden wij dat (deze vorm van) huwelijkse voorwaarden niet vaak aangetroffen zal worden bij de economisch zwakkeren, zodat ook een ‘onder de radar vliegen’ van een deel van die vrouwen ons niet voor de hand lijkt te liggen.

- Een andere verklaring zou kunnen zijn dat de door ons geraadpleegde notarissen en advocaten behoren tot de specialisten op hun terrein en dat zij in verband daarmee ook vooral cliënten hebben 'aan de bovenzijde van de markt'. Dat zou verklaren waarom deze deskundigen weinig in aanraking komen met de schrijnender gevallen.
- Een verklaring die zich meer richt op de uitkomsten van het literatuuronderzoek, zou kunnen zijn dat echtparen die in koude uitsluiting gehuwd zijn, overwegend behoren tot de economisch beter gesitueerden, zodat er in geval van scheiding ten minste ruimte bestaat voor een zodanige alimentatie dat de vrouw niet onder de lage-inkomensgrens geraakt. Een variant hierop is de verklaring dat in koude uitsluiting gehuwde vrouwen (zoals wij wel veronderstelden, maar niet bevestigd zagen in de interviews en de expertmeetings) gemiddeld over een hoger opleidingsniveau beschikken dan andere vrouwen. Dat zou meebrengen dat deze vrouwen beter in staat zijn bij scheiding een inkomensterugval op te vangen met eigen inkomsten.
- Het is ook mogelijk dat de door ons berekende aantallen vrouwen die in ernstige financiële problemen verkeert, te hoog zijn geschat. Bij de berekening van de omvang van de probleemgroepen is mede gebruik gemaakt van extrapolaties en schattingen. Niet uitgesloten kan worden dat aan bepaalde factoren niet het juiste gewicht is toegekend, waardoor de probleemgroepen te groot (of juist te klein) zijn geschat. Zo zou bijvoorbeeld de invloed van een hoger opleidingsniveau van ongehuwd samenlevende vrouwen (en mogelijk van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten) groter kunnen zijn dan door ons aangenomen. Dat zou kunnen betekenen dat de problemen van deze vrouwen bij scheiding minder groot zijn dan door ons geschat.
- Wij zouden ook andere factoren over het hoofd kunnen hebben gezien (al weten wij uiteraard niet welke factoren).

2. De oorzaken voor de problemen kunnen gevonden worden in een huwelijks- of relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit bij vrouwen in het algemeen, en waarvan de gevolgen versterkt worden door het bij deze groepen ontbreken van compenserende werking van huwelijksvermogensrechtelijke figuren als gemeenschap van goederen of verrekenbedingen. Bij ongehuwde samenlevers speelt daarnaast het ontbreken van alimentatieaanspraken een zekere negatieve rol. Wel zijn ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen gemiddeld hoger opgeleid dan gehuwde vrouwen met kinderen, hetgeen leidt tot lagere economische kwetsbaarheid bij scheiding.

3. Wij hebben de omvang van de beide groepen vrouwen die na scheiding de zorg voor de kinderen voortzetten en daarbij ernstige financiële problemen ontmoeten, met een beredeneerde schatting vastgesteld op:
- circa 1 500 vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd;
- circa 20 000 vrouwen die ongehuwd hebben samengeleefd.

4 Het rechtsvergelijkende onderzoek

4.1 Inleiding

4.1.1 Doel van het onderzoek en onderzoeksvragen

Het doel van het rechtsvergelijkende onderzoek is om vast te stellen op welke wijze in de regelgeving van andere westerse landen is getracht de negatieve gevolgen te ondervangen van een keuze voor algehele vermogensscheiding (koude uitsluiting) bij gehuwde en geregistreerde paren, en van vermogensgevolgen bij ongehuwd samenwonende paren (en voor deze laatste categorie ook: het ontbreken van alimentatieaanspraken). Deze twee situaties van 'koude uitsluiting' (in de zin van: scheiding van vermogens) verschillen echter aanzienlijk van elkaar qua wijze van ontstaan, wettelijke regeling en mogelijke remedies.

Koude uitsluiting is bij gehuwde/geregistreerde partners immers het gevolg van een door beide partijen gemaakte uitdrukkelijke keuze om bij huwelijkse c.q. partnerschapsvoorwaarden van het wettelijk stelsel af te wijken. 'Koude uitsluiting' bij ongehuwd samenlevende paren is het gevolg van een combinatie van het ontbreken van een *default* wettelijke regeling voor de vermogensrechtelijke relatie van ongehuwde paren, en het door de partners achterwege laten van een contractuele regeling van die relatie. De oplossing van de problemen veroorzaakt door koude uitsluiting bij gehuwden wordt gezocht in betere voorlichting vooraf en een eventuele billijkheidcorrectie achteraf. De remedie voor ongehuwd samenlevende paren wordt gezocht in een aparte (beperkte) wettelijke regeling van hun vermogensrechtelijke relaties, of in de toepassing van de algemene wettelijke regeling betreffende vermogensrechtelijke relaties van de echtgenoten. Het is niet zo dat alle landen die interessante oplossingen hebben gevonden met betrekking tot gehuwde paren, ook interessante oplossingen hebben gevonden met betrekking tot ongehuwde paren, of omgekeerd. Al deze argumenten pleiten ervoor om in het rechtsvergelijkend onderzoek deze twee gevallen apart te behandelen. Om die reden bestaat het rechtsvergelijkend onderzoek uit twee delen: het eerste deel betreft onderzoek naar landen die interessante oplossingen te bieden hebben voor de vermogensrechtelijke problemen van gehuwde/geregistreerde paren die voor koude uitsluiting hebben gekozen, het tweede deel betreft een uitgebreider onderzoek naar landen die

interessante oplossingen voor vermogensrechtelijke problemen van ongehuwd samenwonende paren hebben.
Elk onderzoeksdeel is weer in twee fasen uitgevoerd. De eerste fase betreft een quickscan waarin een inventarisatie is gemaakt van landen die interessante oplossingen te bieden hebben voor de vermogensrechtelijke problemen en onbillijkheden van gehuwde/geregistreerde paren die voor koude uitsluiting hebben gekozen (in het kader van het eerste deel van het onderzoek) of die interessante oplossingen hebben voor de vermogensrechtelijke problemen en onbillijkheden van ongehuwd samenwonende paren (in het kader van het tweede deel van het onderzoek). Het doel van deze inventarisatie is het identificeren van landen die voor nader onderzoek in aanmerking komen. De tweede fase bestaat uit een nader, uitgebreider, onderzoek naar de naar aanleiding van de quickscans selecteerde landen. Deze landen zijn in overleg met de begeleidingscommissie geselecteerd omdat zij de voor dit onderzoek meest interessante oplossingen kennen voor de betreffende problemen van, respectievelijk, in koude uitsluiting gehuwde en ongehuwd samenlevende partners. Daarbij zijn zowel voor gehuwde/geregistreerde paren als voor ongehuwd samenwonenden vier landen gekozen. Dit zijn slechts deels dezelfde landen. Op basis van de quickscan en het uitgebreidere onderzoek naar de geselecteerde landen is per onderzoeksdeel een selectie van voor Nederland interessante oplossingen gemaakt.
Het onderzoek is uitgevoerd door middel van literatuurstudie. Hier en daar is aanvullende informatie verkregen door schriftelijke vragen aan gerenommeerde experts op het gebied van het familierecht in de desbetreffende landen. Het rechtsvergelijkende deelonderzoek heeft zowel betrekking op de *law in the books* als op de *law in action*. In dit rechtsvergelijkende hoofdstuk worden de buitenlandse regelingen uiteengezet en beoordeeld in het licht van de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt.

4.2 Oplossingen voor de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners: een rechtsvergelijkend perspectief

4.2.1 Quickscan van westerse landen

4.2.1.1 Onderzochte landen

Deze quickscan is in de eerste plaats verricht met behulp van de *National Reports on Property Relations between Spouses*, opgesteld door de *Commission for European Family Law* (verder CEFL). Deze rapporten bevatten informatie over het huwelijksgoederenrecht (algemene dwingendrechtelijke bepalingen, wettelijke en contractuele regimes) in 26 Europese jurisdicties: België; Bulgarije; Catalonië, Denemarken; Duitsland; Engeland en Wales, Finland;

Frankrijk; Griekenland; Hongarije; Ierland; Italië, Litouwen, Malta, Noorwegen; Oostenrijk; Polen; Portugal; Rusland; Schotland; Slowakije, Spanje; Zweden; Zwitserland; Tsjechië. De informatie dateert uit 2008. Aanvullend zijn bronnen met betrekking tot Servisch en Oekraïens recht bestudeerd, omdat deze landen interessante regelingen kennen voor de vermogensrechtelijke problemen van ongehuwd samenlevende paren. Ook de *common law*-landen zijn in de quick-scan niet uitgesloten, omdat ze interessante regelingen kennen met betrekking tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter. Wegens de grote verschillen tussen de rechtssystemen van *common law*-landen en Nederland, ligt overneming van die regelingen echter wat minder voor de hand. Om die reden zijn in de quickscan slechts ter illustratie twee *common law*-stelsels afzonderlijk onderzocht, namelijk Australië en Nieuw-Zeeland. Het Nederlands-Antilliaanse en het Arubaanse recht zijn buiten deze quickscan gelaten, omdat het door de grote verwantschap met het Nederlandse stelsel reeds bij voorbaat voor de hand lag om het recht van deze landen[1] te betrekken in het vervolgonderzoek.

4.2.1.2 Korte historische noot

Koude uitsluiting, die in rechtsvergelijkend verband beter kan worden aangeduid als scheiding van goederen, kent een lange geschiedenis in de westerse wereld. Hoewel haar vroegste oorsprong in de mist der tijden verborgen ligt, kent zij in het dotale stelsel, ontwikkeld in het Rome van de Klassieke periode, een voorloper die voor het Europese huwelijksvermogensrecht van groot belang is geweest. Dit stelsel kreeg zijn definitieve vorm rond de tweede eeuw voor Christus, met de verdwijning van het huwelijk *cum manu* en de toename van het aantal echtscheidingen. In moderne termen kan dit stelsel worden omschreven als een stelsel van gescheiden vermogens,[2] welke scheiding evenwel gematigd werd door de bruidsschat (*dos*).[3] Dit systeem (zoals verder ontwikkeld in de postklassieke periode) kende de volgende vermogens:

- Het vermogen van de man.

---

1 Inmiddels is het land Nederlandse Antillen met ingang van 10 oktober 2010 opgehouden te bestaan en maken in plaats daarvan Curaçao en Sint Maarten als afzonderlijke landen deel uit van het Koninkrijk der Nederlanden, terwijl de eilandgebieden Saba, Sint Eustatius en Bonaire voortaan deel uitmaken van het land Nederland (doch met behoud van veel van het Nederlands-Antilliaanse recht). Voor ons onderzoek kan deze zogenoemde 'Transitie' verder buiten beschouwing blijven. In het navolgende zullen wij het derhalve blijven spreken van de Nederlandse Antillen. Voorts zullen wij Aruba niet overal afzondelijk vermelden, aangezien het Arubaanse recht op de onderdelen waar het in ons onderzoek om gaat, niet afwijkt van het Nederlands-Antilliaanse recht.

2 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Part I, 2. Aufl., Beck, München, 1971, p. 329.

3 H. Jolowicz, Roman *Foundations of Modern Law,* 2nd edn., Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 161.

- De bruidsschat (dos), door de familie van de vrouw aan de man gegeven en formeel eigendom (later *de facto* vruchtgebruik)[4] van de man. De dos ging terug naar de vrouw ingeval van echtscheiding (buiten haar schuld)[5] of overlijden van de man.[6]
- Het vermogen van de vrouw, bestaande uit:
    - de bruidsgift (*dot – donatio ante nuptias*), een voorhuwelijkse gift van de man aan de vrouw tot zekerheid voor haar onderhoud in geval van echtscheiding of overlijden van de man;
    - *parapherna* – de rest van het vermogen van de vrouw.[7]

De invloed van het Romeinse dotale stelsel op de ontwikkelingen van het huwelijksvermogensrecht van Europa kan moeilijk worden overschat. Behoudens een aantal modificaties, bleef dit systeem in grote lijnen tot ver in de negentiende eeuw bestaan in de landen rond de Middellandse Zee: Italië, Spanje, Portugal, Griekenland, Zuid-Frankrijk. Tijdens de receptie van het Romeinse recht in de Middeleeuwen heeft het dotale stelsel, hoewel in mindere mate, ook de Germaanse gewesten beïnvloed, en via Byzantium ook Rusland en andere Slavische landen. Vóór de negentiende eeuw werd dit systeem bijna overal[8] gecombineerd met beheer door de man van het hele vermogen van de vrouw,[9] en met nagenoeg volledige onvervreemdbaarheid van de als bruidsschat en bruidsgift gegeven vermogensbestanddelen. Dit stelsel zorgde ervoor dat het familiale vermogen van de vrouw niet onder een eventueel onverantwoordelijk beheer door de man zou lijden, en dat het binnen de familie (van de vrouw) zou blijven.

In de negentiende eeuw is scheiding van goederen aanvankelijk gezien als een middel om de gehuwde vrouw gelijke rechten te geven op vermogensrechtelijk vlak. Onder dit motto werd het regime in 1882 in Engeland ingevoerd, als

---

4 M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Part II, 2. Aufl., Beck, München, 1975, p. 185.

5 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, II (1975), p. 188.

6 M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (1971), p. 337.

7 P. Corbett, *The Roman Law of Marriage*, The Clarendon Press, Oxford, 1969 2nd edn., p. 203.

8 Met uitzondering van Rusland en Hongarije, waar vrouwen van oudsher eigen vermogen konden beheren: in Hongarije sinds 1514 (W. Burge, *Commentaries on Colonial and Foreign Laws Generally and in Their Conflict with Each other and With the Law of England*, V. II and III, Sweet and Maxwell, London, 1908-1910, p. 609) en in Rusland sinds de 18de eeuw (I. Zagorovskii, Kurs *semeinogo prava*, Zertzalo, Moscow, 2003 (Reprint of the 1909 edition), 198-199).

9 R. Hübner, *History of Germanic Private Law*, transl. by F. Philbrick, Murray, London, 1918, p. 648.

resultaat van de inspanningen van twee generaties van de vrouwenbeweging.[10] Al snel bleek echter dat scheiding van goederen de vrouw slechts formele gelijkheid verschafte. Zij bood wel soelaas voor de problemen van vrouwen van de vermogende bovenklasse waar het in de negentiende-eeuwse emancipatiestrijd vooral om ging. Maar niet-vermogende vrouwen stonden met dit regime na een scheiding met lege handen. Dat kwam doordat enerzijds het merendeel van de vrouwen destijds niet buitenshuis werkte en anderzijds het stelsel van scheiding van goederen geen rekening hield met onbetaalde zorgarbeid en huishoudelijke arbeid. Illustratief is dat na de Russische revolutie van 1917 het regime van scheiding van goederen aanvankelijk in stand werd gelaten, omdat het goed zou sporen met het gelijkheidsbeginsel. Maar de combinatie van een eenvoudig te verkrijgen echtscheiding met de toen nog zeer lage arbeidsparticipatie van vrouwen, toonde al snel de vrouwonvriendelijkheid van dit stelsel. Bijgevolg werd de scheiding van goederen in 1926 alsnog met spoed vervangen door een beperkte gemeenschap.

4.2.1.3 De huidige stand van zaken

Scheiding van goederen als wettelijk stelsel

Het is niet overdreven om te stellen dat in de landen die als wettelijk stelsel scheiding van goederen kenden, gedurende de hele twintigste eeuw is geworsteld met de onbillijke consequenties daarvan. Momenteel is er in de westerse wereld geen enkel land dat een wettelijk stelsel van scheiding van goederen hanteert zonder enig correctiemechanisme.

In de meest zuivere vorm bestaat scheiding van goederen op dit moment nog in Catalonië. Koude uitsluiting is daar het wettelijk stelsel (art. 37 Familiewetboek) en de onbillijke gevolgen daarvan zijn slechts beperkt gematigd door een aantal wetswijzigingen en door rechtspraak.[11]

Oplossingen voor de problemen die zich kunnen voordoen bij scheiding van goederen, zijn langs twee lijnen gezocht. Sommige landen hebben het stelsel van scheiding van goederen geheel afgeschaft. In plaats daarvan hebben zij hetzij een stelsel van beperkte gemeenschap van goederen geïntroduceerd (bijvoorbeeld Italië; Rusland; Hongarije), hetzij een stelsel van uitgestelde gemeenschap of een verrekenstelsel (Oostenrijk). Andere landen, vooral de *common law*-landen (Engeland en Wales, Australië; Schotland, Ierland, en de staten van de

[10] Married Women's Property Act 1882.

[11] M. Martin-Casals, J. Jordi Ribot, 'Spanish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/Reports/-pdf3/Spain.pdf, p. 4-5.

VS met '*common law property*-stelsels[12]), hebben formeel een stelsel van scheiding van goederen behouden, maar tegelijkertijd door een correctie-mechanisme in de vorm van rechterlijke reallocatie van vermogen in materieel opzicht nagenoeg dezelfde resultaten bereikt als de eerste groep landen.
Naast de bestaande algemene *equitable* instrumenten[13] werden in Engeland en Wales in de jaren vijftig en zestig van de twintigste eeuw door het *Court of Appeal* nieuwe specifieke correctiemechanismen ontwikkeld. Aanvankelijk was de rechterlijke discretie bij de redistributie (*reallocation*) van het vermogen na echtscheiding zeer ruim: de rechter mocht het vermogen redistribueren '*as he thinks fit'*.[14] Alle voor en tijdens het huwelijk verworven goederen, ongeacht hun afkomst of bestemming, konden bij deze herverdeling worden betrokken. In 1973 werd deze ruime discretionaire bevoegdheid aan banden gelegd door de *Matrimonial Causes Act* 1973. Sectie 25 van deze Act bevat een lijst van acht factoren die de rechter bij de redistributie in acht dient te nemen. Sinds de baanbrekende uitspraak in de zaak *White* in 2001 en de daaropvolgende reeks van uitspraken,[15] moet de rechter bij de toepassing van de in sectie 25 genoemde factoren uitgaan van de maatstaf van gelijke verdeling.[16] Opmerkelijk is dat het beginsel van gelijke verdeling in Engeland en Wales ook in zogenaamde '*big money'* cases onverkort van toepassing is.
In Australië geeft de *Family Law Act* 1975 de rechter een nog ruimere discretionaire bevoegdheid tot redistributie van het vermogen, al benoemt deze wet een groter aantal factoren waarmee rekening dient te worden gehouden. Ook hier zijn alle voor en tijdens het huwelijk verworven goederen object van herverdeling. De huidige lijn in de jurisprudentie vindt zijn oorsprong in de beslissing van de *High Court of Australia* in de zaak *Mallet,*[17] die het uitgangspunt introduceerde van een vermoeden dat de bijdragen van de partijen in het vermogen als gelijk moeten worden beschouwd.[18] Het grootste verschil

---

12 De meeste staten van de VS hebben de *common law property* stelsels. Acht staten (Arizona, California, Idaho, Louisiana, New Mexico, Nevada, Texas, Washington and Wisconsin) hebben echter de stelsels van de gemeenschap van goederen. H. D. Krause, L.D. Elrod, M. Garrison, J.T. Oldham, *Family Law*, 6e druk, St.Paul, MN, Thomson-West, 2007, p. 161.

13 Op basis van *equity* kan de ene echtgenoot een *beneficiary interest* hebben in een woning die eigendom is van de andere echtgenoot. Daarvoor worden typische *equitable* instrumenten gebruikt zoals *implied, resulting* en *constructive trusts* en *proprietary estoppel.*

14 S. Cretney, J. Masson, R. Bailey-Harris, *Principles of Family Law* (7th edn.), Sweet and Maxwell: London 2003, p. 104-106).

15 *Miller v Miller* [2006] UKHL 24 en *McFarlane v McFarlane* [2006] 2 AC 618.

16 *White v White* [2001] 1 AG 605, per Lord Nicholls.

17 *Mallet v Mallet* (1984) FLC 91-507.

18 P. Parkinson, 'The Yardstick of Equality: Assessing Contributions in Australia and England', *19 International Journal of Law Policy and the Family*, 2005, p. 169-170.

tussen de Engelse en de Australische benadering ligt in de Australische doctrine van '*special contributions'*, ontwikkeld in de zaak *Ferraro*.[19] De doctrine van '*special contributions'* voorziet in de mogelijkheid om aan te nemen dat een van de echtgenoten een grotere bijdrage in het vermogen heeft geleverd door '*special contributions'*, dat wil zeggen een bijdrage van bijzondere aard of gebaseerd op bijzondere kwaliteiten. Deze doctrine wordt gebruikt om succesvolle zakenlui, topsporters, artiesten of kunstenaars meer dan de helft van het vermogen toe te wijzen.[20]

Samenvattend kan worden gezegd dat momenteel in nagenoeg alle westerse landen de wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels (mede) fungeren als een compensatiemechanisme voor de nadelige gevolgen van ongelijke verdeling van onbetaalde zorgarbeid en huishoudelijke arbeid enerzijds, en betaalde arbeid anderzijds. Huwelijksgoederenstelsels werken in zekere zin retrospectief, in die zin dat daarmee na het eindigen van het huwelijk nadelen kunnen worden verkleind die tijdens het huwelijk zijn opgelopen. Alimentatiestelsels zien meer op de toekomst: met alimentatie kunnen toekomstige nadelen worden gecompenseerd, voortvloeiend uit huwelijksgerelateerde vermindering van verdiencapaciteit.

Scheiding van goederen als contractueel stelsel

Met de vervanging dan wel matiging van scheiding van goederen als *wettelijk* stelsel, nam gedurende de twintigste eeuw het belang toe van scheiding van goederen als *contractueel* stelsel. De vrijheid om door middel van huwelijkse voorwaarden van het wettelijke stelsel af te wijken, werd in loop van de twintigste eeuw steeds breder erkend. De landen van continentaal Europa hebben een lange traditie van contractuele stelsels naast het wettelijke stelsel. Voor de *common law*-landen en de post-socialistische stelsels is dit een relatief nieuwe ontwikkeling. In de VS worden bindende huwelijkse voorwaarden pas sinds 1970 geaccepteerd. In 1970 heeft het *Supreme Court of Florida*[21] voor het eerst aangenomen dat een voorhuwelijkse alimentatieovereenkomst geldig was. Deze beslissing werd met betrekking tot huwelijkse voorwaarden gevolgd door de rechtspraak in andere staten.[22] In 1983 heeft de *National Conference of Commissioners on US Laws* de *Uniform Premarital Agreement Act (UPAA)*

---

19 *Ferraro* v *Ferraro* (*1993*) FLC 92-335.

20 P. Parkinson, 'The Yardstick of Equality: Assessing Contributions in Australia and England' (2005), p. 170.

21 Posner v Posner, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970)

22 J-U. Frank, '"So Hence Therefore, Who Join Forever": Understanding the Interrelations of No-Fault Divorce and Premarital Contracts', *23 International Journal of Law Policy and the Family*, 2009, p. 243.

vastgesteld. Deze Act is inmiddels door 30 staten aanvaard. In Canada is in alle provincies, behalve Quebec, mogelijk om contractueel af te wijken van het wettelijke regime van huwelijksvermogenrecht.[23] In Nieuw-Zeeland zijn bindende huwelijkse (en samenlevings)voorwaarden mogelijk sinds the 1976 *Property (Relationships) Act*. In Australië zijn bindende huwelijkse voorwaarden geïntroduceerd door de 2001 *Family Law Amendment Act*. In Ierland is op dit moment een wetswijziging van deze strekking voorgesteld.[24] En sinds 2007 lijkt zelfs het laatste bastion – Engeland en Wales – te wankelen.[25] Huwelijkse voorwaarden zijn daar nog steeds niet bindend, maar worden door de rechter beschouwd als deel van de omstandigheden van het geval. Nagenoeg alle Europese post-socialistische landen, met uitzondering van Wit-Rusland en Bulgarije en Slovenië[26] hebben na de val het Oostblok de mogelijkheid van huwelijkse voorwaarden in hun wetgeving geïntroduceerd.

In alle landen die het maken van bindende huwelijkse voorwaarden toelaten, is het mogelijk om te kiezen voor een stelsel van scheiding van goederen (koude uitsluiting). Sommige landen hebben zelfs een wettelijke regeling voor een contractueel regime van scheiding van goederen, bijvoorbeeld België (art. 1466-1469 BW), Duitsland (§ 1414-1470 BGB), Frankrijk (art. 1536-1543 CC), het ontwerp van het nieuwe BW van Hongarije,[27] en Spanje (art. 1435-1444 Spaans BW). Andere landen laten de inrichting van een dergelijk regime over aan partijen en hun juridisch adviseurs.

---

[23] D. Goubau, 'Davison of Family Assets and De Facto Conjugality: the Limits of a Free Choice approach', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 274.

[24] Deze aanbevelingen zijn gedaan in het report van de *Study Group on Pre-nuptial Agreement* gepubliceerd door het Ministerie van Justitie van Ierland in 2007. Http://www.justice.ie/en/JELR/PrenupRpt.pdf/Files/PrenupRpt.pdf.

[25] Het *Court of Appeal* besliste in 2007 in *Charman v Charman* ([2007] 1 FLR 1246) en opnieuw in 2008 in *Crossley v Crossley* ([2008] 1 FLR 1467) dat huwelijkse voorwaarden enigszins bindend zijn. In 2007 is een initiatiefwetsvoorstel met dezelfde strekking ingediend (the *Prenuptial Agreement Bill*) dat in hetzelfde jaar sneuvelde. Ook *the Law Commission* heeft aangekondigd dat huwelijkse voorwaarden een onderdeel van zijn tien-jaars programma zal zijn. N. Lowem, R. Key, 'The Status of Prenuptial Agreements in English Law – Eccentricity or sensible pragmatism?', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 395.

[26] In Slovenië is een wetvoorstel aanhangig die het maken van huwelijkse voorwaarden mogelijk maakt.

[27] E. Weiss, O. Szeibert- Erdös, 'Hungarian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, Http://www.ceflonline.net/Reports/-pdf3/Hungary.pdf, p. 6.

Ervaringen met scheiding van goederen als contractueel stelsel

Een Australisch onderzoek heeft uitgewezen dat koude uitsluiting vooral wordt gekozen door paren bij wie zich een of meer van de volgende omstandigheden voordoen:

- substantieel verschil in de waarde van het voorhuwelijkse vermogen van partijen (waarbij de rijkere partij het initiatief pleegt te nemen tot het sluiten van huwelijkse voorwaarden);
- tweede huwelijk voor een of beide partijen;
- eerdere betrokkenheid bij relatiegerelateerde vermogensrechtelijke geschillen aan de kant van een van de partijen;
- aanwezigheid van een familiaal of zakelijk vermogen dat een van de partijen wenst te waarborgen.[28]

Een studie in 1992 uitgevoerd door Barbara Atwood in de VS, liet zien dat in 33 van de 39 in dat jaar gepubliceerde zaken, waarin de geldigheid ter discussie was gesteld van huwelijkse voorwaarden waarin koude uitsluiting overeen was gekomen, de eiser een economisch zwakke vrouw was.[29]

4.2.1.4 Matiging van de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting

Met betrekking tot de matiging van de onbillijke gevolgen van scheiding van goederen kunnen de onderzochte landen in drie groepen worden ingedeeld.

- Groep 1: mechanisme van beperkte bescherming vooraf, zonder correctiemechanisme achteraf:
    - Waarborgen vooraf via verplichte tussenkomst van een notaris of andere bevoegde ambtenaar;
    - Geen billijkheidscorrectie achteraf.
- Groep 2: mechanisme van beperkte bescherming vooraf + een beperkte mogelijkheid van correctie achteraf:
    - Vooraf: geen waarborgen of beperkte waarborgen via tussenkomst van een notaris of een juridische adviseur;
    - Beperkte mogelijkheid van rechterlijke billijkheidscorrectie achteraf.

- Groep 3: mechanisme van uitgebreide bescherming vooraf + een ruime mogelijkheid van correctie achteraf:

[28] B. Feinberg, B. Smyth, 'Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year', *16 International Journal of Law Policy and the Family*, 2002, p. 134.

[29] B. Atwood, 'Ten years later: lingering concerns about the Uniform Premarital Agreement Act', *19 Journal of Legislation*, 1993, p. 127.

- Extra waarborgen vooraf:
  - Onafhankelijke voorlichting voor beide partijen;
  - *Disclosure* van de vermogensrechtelijke situatie van de partijen;
- Ruime mogelijkheid van rechterlijke billijkheidscorrectie achteraf.

4.2.1.4a Groep 1

Deze groep omvat België, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Italië, Malta, Moldavië, Oostenrijk, Polen, Portugal, Servië; Slowakije, Spanje en Tsjechië.

Waarborgen vooraf

In België, Frankrijk, Italië, Malta, Moldavië,[30]Oostenrijk, Polen, Slowakije, Spanje en Tsjechië is voor huwelijkse voorwaarden de notariële vorm voorgeschreven.[31] In Griekenland is een onderhands document voldoende. In Portugal hebben partijen de keuze tussen een notaris en de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1710 Portugees BW). In Italië kan een alternatief regime worden gekozen door tussenkomst van de notaris of een andere bevoegde ambtenaar van de staat.[32] In Servië is vooralsnog rechterlijke homologatie vereist (art. 188 Huwelijk- en Familierelatiewet).[33] In Denemarken volstaat een schriftelijke vorm, gevolgd door de registratie in het register van huwelijkse afspraken (*personbogen*) (§ 35 *Act on the Legal Effects of Marriage*[34]). In de landen waar de notariële tussenkomst is voorgeschreven, krijgen partijen gezamenlijk een algemene voorlichting van de notaris; in Servië wordt deze voorlichting door de rechter gegeven.[35] Afzonderlijke voorlichting is nergens voorgeschreven.

---

[30] Art. 28 (3) *Family Act of Moldavië,* aangenomen op 26 oktober 2000 in werking per 26 april 2001.

[31] Zie het antwoord op vraag 193 van de CEFL Questionnaire betreffende vormvoorschriften voor huwelijkse voorwaarden, in: K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (eds.), *Property Relations Between Spouses*, *European Family Law in Action,* vol IV, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 1151-1160.

[32] Zie het antwoord voor Italië op de vraag 193 van de CEFL Questionnaire betreffende vormvoorschriften voor huwelijkse voorwaarden, ibid, p. 1157.

[33] Zodra in Servië de Wet op Notariaat wordt aangenomen wordt deze functie naar verwachting overgedragen aan de notaris. M. Draškić 'Financing the Romance: Marriage Contract in the Serbian Family Act', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 391.

[34] 1995 lovbekendtgørelse om ægteskabets retsvirkninger.

[35] M. Draškić, G. Kovaček Stanić, 'The New Family Act of Serbia', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2006, p. 365.

Geen correctie achteraf

In deze groep landen geldt het beginsel 'contract is contract' onverkort ook voor huwelijkse voorwaarden. Huwelijkse voorwaarden kunnen alleen worden aangetast op basis van de algemene regels van het contractenrecht, zoals wils- en vormgebreken, onvoorziene omstandigheden en misbruik van omstandigheden. Wetgeving en rechtspraak voorzien niet in een speciaal correctiemechanisme dat de eventuele onbillijke gevolgen van koude uitsluiting zou kunnen matigen.

4.2.1.4b Groep 2

Deze groep omvat de Scandinavische landen: Finland, Noorwegen en Zweden, alsmede landen zo uiteenlopend als Duitsland, Zwitserland, Hongarije, Rusland, Litouwen en Oekraïne.

Waarborgen vooraf

Wat de waarborgen vooraf betreft, vertoont deze groep landen een wisselend beeld. In de landen die tot de *civil law*-traditie behoren, is de notariële vorm in de regel verplicht. Dit geldt onder meer voor Duitsland (§ 1410 BGB), Rusland (art. 42 (2) Familiewetboek), Litouwen (3.103 BW) en Oekraïne (art. 94 Familiewetboek). Alleen in Hongarije is een onderhandse akte voldoende, mits ondertekend door een juridisch adviseur (§ 27 para 3 Familiewet). In deze landen krijgen de partijen gezamenlijk een algemene voorlichting, voorafgaande aan het aangaan van de huwelijkse voorwaarden. Afzonderlijke voorlichting is nergens voorgeschreven.

De Scandinavische landen schrijven noch notariële tussenkomst noch enige andere vorm van deskundige bijstand voor. Het aangaan van huwelijkse voorwaarden geschiedt in deze landen zonder enige (voorgeschreven) vorm van voorlichting van partijen omtrent de gevolgen van de door hen gemaakte keuzes. De registratie van huwelijkse voorwaarden in de daartoe bestemde registers (in Noorwegen en Zweden gecombineerd met ondertekening door twee getuigen) is slechts vereist omwille van de rechtszekerheid en derdenbescherming.[36]

Beperkte correctie achteraf

In deze landen vormt het beginsel 'contract is contract' het uitgangspunt in geschillen over de aantasting van huwelijkse voorwaarden. Toch is de afgelopen

[36] Zie antwoord op de vraag 193 van de CEFL Questionnaire betreffende vormvoorschriften voor huwelijkse voorwaarden, in: K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (eds.), *Property Relations Between Spouses*, *European Family Law in Action,* vol IV, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 1151-1160.

decennia binnen deze groep het besef gegroeid dat huwelijkse voorwaarden in belangrijke mate van gewone burgerlijke overeenkomsten verschillen, en dat de contractsvrijheid niet zover zou moeten strekken dat huwelijkse voorwaarden ook onaantastbaar blijven als ze tot evident onbillijke gevolgen leiden. Op grond hiervan zijn in wetgeving en rechtspraak verschillende mogelijkheden gecreëerd om eventuele onbillijke gevolgen van koude uitsluiting aan te pakken. Gemeenschappelijk voor deze landen is dus dat de huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting in beginsel geldig zijn, maar dat de rechter deze in uitzonderlijke gevallen van grove onbillijkheid opzij kan zetten of vernietigen.

In **Finland** is het wettelijke regime de uitgestelde gemeenschap van goederen. De echtgenoten mogen in huwelijkse voorwaarden voor een koude uitsluiting kiezen (§ 130 e.v. Huwelijkswet *avioliittolaki/äktenskapslag*). § 103 van de Huwelijkswet geeft de rechter de mogelijkheid om de uit de huwelijkse voorwaarden voortvloeiende verdeling aan te passen.[37] Volgens het eerste lid van § 103 mag de rechter tot een dergelijke aanpassing overgaan als verdeling zonder aanpassing tot een onredelijk resultaat zou leiden, of aan een van de echtgenoten een ongerechtvaardigd financieel voordeel zou verschaffen. Daarbij wordt bijzonder gewicht toegekend aan de duur van het huwelijk, de verdeling van de huishoudelijke activiteiten en de activiteiten die tot opbouw en besparing van het vermogen hebben geleid, alsmede andere factoren betreffende de financiële situatie van de echtgenoten.[38] In het kader van deze aanpassing heeft de rechter de mogelijkheid om ook de gescheiden vermogens geheel of gedeeltelijk als huwelijksvermogen te beschouwen (§ 103 b (2)). Het vermogen verkregen door schenking of erfenis kan echter nooit als huwelijksvermogen worden aangemerkt.[39]

Ook in **Noorwegen** is het wettelijke regime de uitgestelde gemeenschap van goederen (§ 56 Huwelijkswet), en kunnen echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden voor koude uitsluiting kiezen (§ 22-43 Huwelijkswet). § 46 van de Huwelijkswet geeft de rechter een mogelijkheid tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van huwelijkse voorwaarden die voor een van de echtgenoten een onbillijk effect sorteren. In plaats van vernietiging kan de rechter de benadeelde

[37] K. Kurki-Suonio, 'Finish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Finland.pdf, p. 30.

[38] Ibid, p. 31.

[39] Ibid.

echtgenoot een geldelijke compensatie toekennen.[40] In de praktijk wordt deze regel zeer restrictief geïnterpreteerd en wordt er zelden een beroep op gedaan.[41]
In **Zweden** is het wettelijke regime eveneens de uitgestelde gemeenschap van goederen. Ook hier kunnen echtgenoten door middel van huwelijkse voorwaarden voor gescheiden vermogens kiezen. De mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie van huwelijkse voorwaarden is geïntroduceerd in 1987, toen het huidige Huwelijkswetboek (*Äktenskapsbalken*) werd aangenomen. Daarvoor konden huwelijkse voorwaarden slechts op basis van de regels van het algemene contractenrecht worden aangetast.[42] Art. 13 § 3 van het Huwelijkswetboek geeft de rechter de bevoegdheid om huwelijkse voorwaarden opzij te zetten of aan te passen:

> 'if a term of marital property agreement is unreasonable in view of the subject matter of the agreement, the circumstances when it was drawn up, circumstances subsequently arising and the overall circumstances.'[43]

In de *travaux préparatoires* van het Huwelijkswetboek van 1987 werd aangegeven dat rechters de bepalingen van art. 13 § 3 terughoudend moeten toepassen.[44] De rechtspraak heeft deze aanbeveling opgevolgd, zodat een beroep op dit artikel als een laatste remedie wordt beschouwd.[45]
Het wettelijk regime in **Duitsland** is dat van de gemeenschap van aanwinsten (*Zugewinngemeinschaft*) § 1363 (1) BGB. De echtgenoten mogen in huwelijkse voorwaarden voor een koude uitsluiting (*Gütertrennung*) kiezen. De mogelijkheid om de gevolgen van deze contractuele koude uitsluiting te corrigeren is niet op de wet gebaseerd, maar door de rechtspraak gecreëerd. In 2001 heeft het *Bundesverfassungsgericht* een baanbrekende beslissing genomen, die opriep tot rechterlijke toetsing (revisie) van huwelijkse voorwaarden, de contractsvrijheid ten spijt.[46] Het *Bundesgerichtshof* heeft daarna de maatstaven

---

40 T. Sverdrup, 'Norwegian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Norway.pdf, p. 40.
41 Norwegian Supreme Court Reports, 1999, p. 718 and 2006, p. 833.
42 M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Sweden.pdf, p. 37.
43 Ibid.
44 Governmental Bill, Prop 1986/87:1 (*Äktenskapsbal* m.m.,) p. 193-194.
45 M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström K. Wallenga, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Sweden.pdf, p. 37.
46 196 BVerfG, 06.02.2001, FamRZ, 2001, 343, 346.

voor een dergelijke revisie aangegeven.[47] Op grond daarvan staat het de partijen in beginsel nog steeds vrij om contractueel af te wijken van de wettelijke bepalingen betreffende de partneralimentatie,[48] het wettelijke stelsel van gemeenschap van aanwinsten, en de pensioenenverevening. De contractsvrijheid mag er echter niet toe leiden dat de beschermende strekking van de wettelijke bepalingen wordt ondermijnd door huwelijkse voorwaarden die een van de echtgenoten opzadelen met een onaanvaardbare, evident eenzijdige verdeling van lasten.[49] Volgens de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* weegt een eenzijdige verdeling van lasten zwaarder wanneer deze een inbreuk vormt op een zogenaamd 'kerngebied' (*Kernbereich*) van de wettelijke regeling van vermogensrechtelijke gevolgen van de scheiding.[50] Om de inhoud van dit 'kerngebied' te bepalen, heeft het *Bundesgerichtshof* een rangorde opgesteld van wettelijke bepalingen betreffende de vermogensrechtelijke gevolgen van scheiding. In deze rangorde heeft partneralimentatie in verband met de zorg voor kinderen de hoogste rang. Daarna volgen alimentatie bij ouderdom en ziekte en pensioenenverevening. Een niveau lager bevinden zich de alimentatie ten behoeve van beroeps(her)opleiding en ter aanvulling van inkomsten die niet voldoende zijn om in het eigen onderhoud te voorzien. Het wettelijke huwelijks-vermogensregime van verdeling van aanwinsten heeft de laagste rang.[51] Dit betekent dat echtgenoten het meest beperkt zijn in hun vrijheid om partner-alimentatie in verband met de zorg voor kinderen contractueel uit te sluiten, en het minst beperkt in hun vrijheid om de verdeling van aanwinsten uit te sluiten. Aan de hand van deze rangorde onderwerpt de rechter de huwelijkse voorwaarden aan twee toetsen: een 'effectiviteitstoets' en een 'performance check'.

Ten eerste kijkt de rechter of er sprake is van een onaanvaardbare, evident eenzijdige verdeling van lasten. Daarvoor voert hij aan de hand van § 238 (1) BGB een zogenaamde effectiviteitstoets *(Wirksamkeitskontrolle)* uit. Daarbij wordt

---

47 BGH, 11.02.2004, FamRZ, 2004, 601; BGH, 06.10.2004, FamRZ, 2005, 26; BGH, 12.01.2005, FamRZ, 2005, 691; BGH 25.05.2005, FamRZ, 2005, 1449.

48 In Duitsland mogen de echtgenoten de partneralimentatie zowel in huwelijkse voorwaarden als in een overeenkomst gesloten tijdens het huwelijk of in het kader van de echtscheiding in beginsel uitsluiten, omdat de algemene bepaling van § 1614 I (die contractuele uitsluiting van toekomstige alimentatie verbiedt) niet van toepassing is op partneralimentatie na de scheiding. D. Martiny, 'German Country Report concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses', 2002, http://www.ceflonline.net/Reports/pdf/Germany02.pdf, p. 52.

49 D. Martiny, N. Dethloff, 'German Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Germany.pdf, p. 46.

50 BGH, 11.02.2004, NJW, 2004, 930, 934.

51 BGH, 11.02.2004, NJW, 2004, 930, 934. Zie: D. Martiny, N. Dethloff, 'German Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', (2008), p. 47.

gekeken of deze eenzijdige verdeling van lasten zover gaat dat deze strijdig is met de goede zeden.[52]

Als de huwelijkse voorwaarden de effectiviteitstoets hebben doorstaan, worden ze vervolgens aan de hand van § 242 BGB aan een zogenaamde 'performance check' (*Ausübungskontrolle)* onderworpen. In dit kader kijkt de rechter of, en zo ja in hoeverre, één echtgenoot misbruik van bevoegdheid maakt, als hij/zij zich beroept op de contractuele uitsluiting van bepaalde wettelijke bepalingen, bij wijze van verweer tegen de eis van de andere echtgenoot om die wettelijke bepalingen, ondanks de huwelijkse voorwaarden, toch toe te passen. Als de rechter tot een dergelijk misbruik concludeert, moet hij de huwelijkse voorwaarden (gedeeltelijk) opzijzetten en de uitgesloten wettelijke bepalingen op een evenwichtige wijze toepassen, gelet op de gerechtvaardigde belangen van beide echtgenoten.[53] Doordat de uitsluiting van de gemeenschap van aanwinsten de laagste plaats in de rangorde van het *Bundesgerichtshof* inneemt, komen de huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting in het algemeen ongeschonden door de rechterlijke revisie.[54]

Ook in **Zwitserland** is het wettelijke regime de gemeenschap van aanwinsten. De echtgenoten kunnen contractueel voor koude uitsluiting kiezen (art. 182 § 2 BW). Art. 165 van het Zwitserse BW voorziet in de mogelijkheid van een compensatie ten gunste van de echtgenoot die een uitzonderlijke bijdrage heeft geleverd aan de huishouding of aan de professionele activiteiten van de andere echtgenoot. Daarbij valt te denken aan een uitzonderlijk grote bijdrage in de vorm van huishoudelijke arbeid, de zorg voor kinderen of het onbetaald werken in het bedrijf of de praktijk van de andere echtgenoot. Bij de toekenning van deze compensatie maakt de rechter een vergelijking van de financiële situaties van beide echtgenoten. Daarbij kijkt de rechter zowel naar voordelen die door de uitzonderlijke bijdrage zijn ontstaan voor de ene echtgenoot als naar de voor- en nadelen die zijn ontstaan voor de andere echtgenoot. Aldus kan bijvoorbeeld een hogere levensstandaard als een voordeel worden beschouwd, en gemiste carrièremogelijkheden als een nadeel. De compensatie wordt gebaseerd op deze vergelijking van voor- en nadelen en niet op de 'marktwaarde' van de

[52] Ibid, p. 47.

[53] BGH, 11.02.2004, NJW, 2004, 930, 935. D. Martiny, N. Dethloff, 'German Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses' (2008), p. 47.

[54] BGH, 28.03.2007, FamRZ, 2007, 1310, 1311. Zie: D. Martiny, N. Dethloff, 'German Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses' (20080, p. 47.

uitzonderlijke bijdrage, berekend aan de hand van de salarislasten die voor soortgelijke arbeid aan een derde zou zijn betaald.[55]
Een andere mogelijkheid om de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te matigen is door Zwitserse rechtspraak gecreëerd op het gebied van alimentatie. Het *Bundesgericht* heeft een uitspraak van een kantonnaal gerecht bevestigd waarin een vrouw een hogere alimentatie toegekend kreeg omdat de keuze voor koude uitsluiting aan deze vrouw, die voor het kind en de huishouding had gezorgd, alle financiële vruchten van het huwelijk had ontnomen, terwijl de man een aanzienlijk vermogen had.[56]
In **Hongarije** is het wettelijke regime de beperkte gemeenschap van goederen. De echtgenoten mogen in hun huwelijkse voorwaarden voor een koude uitsluiting kiezen (§ 27 (2) Familiewet). De Hongaarse familiewetgeving bevindt zich op dit moment in een overgangsfase. Er wordt al 12 jaar aan een nieuw BW gewerkt. Op dit moment zijn de huwelijkse voorwaarden vrij beknopt geregeld in de Familiewet; in het nieuwe BW wordt daar veel meer aandacht aan gegeven.[57] De mogelijkheid van een billijkheidscorrectie is momenteel onderwerp van discussie.[58] Het is niet geheel duidelijk of partijen zich in een geschil over huwelijkse voorwaarden op de redelijkheid en billijkheid kunnen beroepen.[59] In één geval staat vast dat de rechter huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij kan zetten. Dat is het geval wanneer de echtgenoten zijn overeengekomen dat één van hen de gezinswoning, die eigendom is van de andere echtgenoot, zonder enige compensatie zal verlaten, hetgeen de rechten van een minderjarig kind om die woning te gebruiken zou aantasten.[60]
Ook in **Oekraïne** is het wettelijk regime de beperkte gemeenschap van goederen (art. 60 (1) Familiewetboek). De wet staat echtgenoten toe om contractueel voor koude uitsluiting te kiezen (art. 93 (1) en 97 (5) Familiewetboek). Een echtgenoot kan de rechter om wijziging van huwelijkse voorwaarden vragen als zijn/haar belangen of de belangen van de minderjarige of afhankelijke gehandicapte meerderjarige kinderen dat vergen (art. 100 (3) BW), alsmede op basis van andere gewichtige reden (art. 102 (1) BW).

---

55 I. Schwenzer, A.-F. Bock, 'Swiss Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Switzerland.pdf, p. 35.
56 *Bundesgericht*, 29.10.2001, 5P.268/2001, Die Praxis des Familienrechts, 2002, p. 369 et seq., consideration 4.c).
57 E. Weiss, O. Szeibert- Erdös, 'Hungarian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, Http://www.ceflonline.net/Reports/-pdf3/Hungary.pdf, p. 5-6.
58 Ibid, p. 23 en 25.
59 Ibid, p. 23.
60 Ibid, p. 25.

In **Litouwen** is het wettelijke regime eveneens de beperkte gemeenschap van goederen. Art 3.104 BW staat de echtgenoten toe om door middel van huwelijkse voorwaarden voor koude uitsluiting te kiezen. Krachtens art. 3.105 BW is de rechter bevoegd om huwelijkse voorwaarden geheel of gedeeltelijk te vernietigen als deze de gelijkheid van de echtgenoten op ernstige wijze schenden of extreem ongunstig voor een van hen zijn.[61]
Het wettelijk regime in **Rusland** is de beperkte gemeenschap van goederen (art. 256 (1) BW; art. 33 (1) Familiewetboek). De echtgenoten kunnen in hun huwelijkse voorwaarden voor koude uitsluiting kiezen (art. 42 (1) Familiewetboek). De Russische wet geeft de rechter de nogal vergaande bevoegdheid om huwelijkse voorwaarden aan te tasten. Art. 44 (2) Familiewetboek bevat een open norm die de rechter de bevoegdheid geeft om op verzoek van een van de echtgenoten de huwelijkse voorwaarden te vernietigen, als deze de echtgenoot in een extreem ongunstige positie brengen. Of een van de echtgenoten in een extreem ongunstige positie wordt gebracht, wordt vastgesteld naar het moment van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden. In de literatuur is wel de zorg geuit dat deze bepaling zo ruim zou worden geïnterpreteerd dat geen enkele huwelijkse voorwaarde nog stand zou houden.[62] Empirische gegevens over de toepassing van deze norm in de rechtspraak sinds de inwerkingtreding van het Familiewetboek in 1995 ontbreken echter. Het Russische Oppergerechtshof heeft tot dusver geen algemene richtlijnen over de interpretatie van de bedoelde norm gegeven.[63] Wel heeft het Hof in een van zijn richtlijnen aangegeven dat van een extreem ongunstige situatie sprake kan zijn, wanneer een van de echtgenoten 'de rechten verliest op alle vermogen verkregen door de echtgenoten tijdens het huwelijk'.[64]

---

61 V. Mikelenas, 'Lithuanian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Lithuania.pdf, p. 21.

62 Maksimovich, L., Брачный договор в российском праве, (Huwelijkse voorwaarden in het Russische recht),Moscow, Os'-89, 2003, p. 131.

63 Algemene aanwijzingen worden in Rusland gegeven in de Richtlijnen van het Opperste Gerechthof. Deze richtlijnen zijn geen beslissingen in concrete zaken, meer algemene regels geformuleerd door de Plenaire vergadering van het Hof. Ze zijn geen wetten in materiële zin, maar dienen als richtlijnen voor de lagere rechtspraak.

64 Richtlijn van de Plenaire Vergadering van het Opperste Gerechtshof van de Russische Federatie No. 15 van 5 november 1998 Betreffende de toepassing door rechters van de wetgeving tijdens de beslechting van de echtscheidingszaken (Постановлении Пленума Верховного Суда РФ О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака), Бюллетень Верховного Суда РФ, 1999, №. 1, item 7, p. 15.

4.2.1.4c Groep 3

Deze groep omvat de *common law*-landen: Australië, Nieuw-Zeeland en de staten van de VS met '*common law property'*-stelsels.

Verplichte voorlichting van partijen

Gebruikelijke voorwaarden voor de geldigheid van huwelijkse voorwaarden in de *common law*-landen zijn: (1) volledige *disclosure* van de vermogensrechtelijke situatie van partijen, en (2) een onafhankelijke voorlichting van elk van de partijen afzonderlijk over de aard en de gevolgen van de huwelijkse voorwaarden. Anders dan de *civil law*-landen kennen de *common law*-landen echter geen (Latijns) notariaat. Het voorschrijven van de notariële vorm voor huwelijkse voorwaarden is derhalve niet aan de orde. Evenmin is rechterlijke homologatie voorgeschreven. De noodzakelijke voorlichting geschiedt door onafhankelijke juridische adviseurs (solicitors) van elk der partijen, die de eigen cliënt afzonderlijk voorlichten.

In **Australië** moet elk van de partijen door een onafhankelijke juridische adviseur worden voorgelicht:

- over de gevolgen van de huwelijkse voorwaarden voor de rechten van deze partij;
- of het aangaan van de huwelijkse voorwaarden wel of niet in het voordeel van deze partij is;
- of het aangaan van de huwelijkse voorwaarden voor deze partij wel of niet verantwoord is;
- of op het desbetreffende moment en in het licht van de latere omstandigheden die in redelijkheid voorspelbaar zijn, de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden redelijk en billijk zijn (FLA s 90G (1)(b)).

Het verstrekt zijn van deze voorlichting moet worden bevestigd in een aparte bijlage, getekend door de adviseurs die de voorlichting hebben gegeven (FLA s 90G).

Ruime mogelijkheid van billijkheidscorrectie achteraf

De houding van de rechtspraak ten aanzien van huwelijkse voorwaarden is in de *common law*-landen enigszins anders dan in de landen behorende tot de twee eerder besproken groepen. Het belangrijkste verschil is dat de rechter in de landen van groep 1 en groep 2 in beginsel niet of slechts in uitzonderlijke gevallen overgaat tot aantasting van onbillijke huwelijkse voorwaarden, terwijl de rechter in de *common law*-landen veel eerder bereid is om onbillijke huwelijkse voorwaarden opzij te zetten.

In **Australië** kan de rechter huwelijkse voorwaarden opzijzetten als de volgende feiten, genoemd in FLA s 90k, zijn geconstateerd:

- fraude;
- algemene gronden voor nietigheid, vernietigbaarheid of niet-afdwingbaarheid;
- de omstandigheden die zich na het sluiten van de huwelijkse voorwaarden hebben voorgedaan maken de uitvoering van de huwelijkse voorwaarden onmogelijk;
- substantiële verandering van omstandigheden betreffende de zorg voor, welzijn en ontwikkeling van een kind van de partijen, die meebrengen dat een kind dat bij de eiser zijn verblijf heeft, ongunstige gevolgen zou ondervinden als de huwelijkse voorwaarden niet opzij zouden worden gezet;
- onredelijk gedrag van een van de partijen ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden.

Bepalingen inzake fraude, nietigheid en vernietigbaarheid en praktische onuitvoerbaarheid van de huwelijkse voorwaarden, zijn ontleend aan de algemene regels van het contractrecht en behoeven geen uitgebreide toelichting.
Bepalingen betreffende het achterhouden van belangrijke feiten, als een specifieke vorm van fraude; (d) – welzijn van de kinderen (e) – *unconscionable* gedrag; zijn specifiek voor deze wet en verdienen een wat uitvoeriger behandeling.
De Australische rechter kan echter ook minder ingrijpende maatregelen treffen, de huwelijkse voorwaarden slechts gedeeltelijk opzijzetten, of het betalen van een billijke compensatie gelasten.[65]
In **Nieuw-Zeeland** zijn de mogelijkheden voor de rechter om huwelijkse voorwaarden opzij te zetten nog ruimer. De *Property Relationships Act* 1976 (NZ) s 21J geeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om huwelijkse voorwaarden opzij te zetten als hij constateert dat de uitvoering daarvan tot ernstige onbillijkheid zou leiden, omdat de huwelijkse voorwaarden onbillijk zijn geworden in het licht van verandering van de omstandigheden die zich sinds het aangaan daarvan heeft voorgedaan.

[65] B. Feinberg, B. Smyth, 'Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year', *16 International Journal of Law Policy and the Family*, 2002, p. 132.

4.2.1.5 Vergelijking

Waarborgen vooraf: verplichte voorlichting van partijen

Met betrekking tot de voorlichting vooraf vertonen de onderzochte landen aanzienlijke verschillen. De meerderheid van de Europese *civil law*-landen (België; Duitsland, Frankrijk, Italië; Litouwen, Malta; Moldavië, Oekraïne, Oostenrijk, Polen, Portugal,[66] Rusland, Slowakije, Spanje, Tsjechië en Zwitserland) schrijft, net als Nederland, voor huwelijkse voorwaarden notariële tussenkomst voor. De notaris verschaft de partijen de nodige voorlichting over de gevolgen van de door hen gemaakte keuzes. Het is nergens verplicht om deze voorlichting aan elk van de partijen afzonderlijk te verschaffen. In Hongarije voldoet een onderhandse akte, mits die door een juridisch adviseur wordt ondertekend. In Italië is de tussenkomst van een notaris of een andere ambtenaar verplicht. In Griekenland en de Scandinavische landen volstaat de schriftelijke vorm van de huwelijkse voorwaarden, gevolgd door inschrijving in het daartoe bestemde register. In die landen bestaan dus in het geheel geen waarborgen voor de voorafgaande voorlichting van partijen. In de onderzochte *common law*-landen Australië en Nieuw-Zeeland daarentegen, zijn volledige *disclosure* van de vermogensrechtelijke situatie van partijen, en voorlichting van elk van de partijen afzonderlijk door de eigen onafhankelijke juridische adviseur, cruciale voorwaarden voor de geldigheid van huwelijkse voorwaarden.

Wel of geen rechterlijke correctie achteraf

Het merendeel van de Europese *civil law*-landen (België, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Italië, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slowakije, Spanje en Tsjechië) kent nog steeds een benadering waarin geen bijzondere mogelijkheden bestaan voor de aantasting van onbillijke huwelijkse voorwaarden. Een in omvang toenemende minderheid van landen in Europa is tot een andere benadering overgegaan, waarin het de rechter is toegestaan om in uitzonderlijke gevallen onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te corrigeren. In deze groep bevinden zich in de eerste plaats de Scandinavische landen (Finland, Noorwegen en Zweden), maar ook klassieke *civil law*-landen als Duitsland en Zwitserland, en een aantal post-socialistische landen (Hongarije, Litouwen, Oekraïne en Rusland). In al deze landen, behalve Duitsland, is deze mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie verankerd in de wet. In Duitsland is deze mogelijkheid door de rechtspraak zelf gecreëerd. Verder verschillen deze landen aanzienlijk qua reikwijdte van de correctiemogelijkheid.

[66] In Portugal hebben de partijen de keuze tussen een notaris en een ambtenaar van de burgerlijke stand.

In de Scandinavische landen, Duitsland en Zwitserland zijn de gronden voor de correctie vrij restrictief beschreven, en heeft deze correctie duidelijk het karakter van een laatste remedie. De wetten van Rusland, Litouwen en Oekraïne bevatten daarentegen een open norm, die de rechter een ruime beoordelingsbevoegdheid biedt. Over het al dan niet uitzonderlijke karakter van de toepassing van deze bepalingen bestaat een zekere onduidelijkheid. In Hongarije, dat zich momenteel in verband met de vernieuwing van het BW in een overgangsfase bevindt, bestaat grote onzekerheid over de omvang en de wijze van toepassing van de billijkheidscorrectie. Ook ten aanzien van de vorm die de rechterlijke correctie kan aannemen bestaan substantiële verschillen. In Noorwegen, Rusland en Litouwen kan de rechter de huwelijkse voorwaarden geheel of gedeeltelijk vernietigen. In Finland, Zweden, Duitsland en Hongarije kan de rechter deze geheel of gedeeltelijk opzijzetten. In Zwitserland en Noorwegen kan de rechter ten gunste van de benadeelde echtgenoot betaling van een compensatie bevelen. In Oekraïne kan de rechter de huwelijkse voorwaarden wijzigen.
In de onderzochte *common law*-landen (Australië en Nieuw-Zeeland) zijn de gronden voor de correctie zeer ruim en de mogelijkheid van correctie draagt geen uitzonderlijk karakter. Bij het constateren van onbillijkheden kan de rechter de huwelijkse voorwaarden opzijzetten.

4.2.1.6 Selectie van landen voor het nader onderzoek

Van de zijde van onze opdrachtgever is aanvankelijk een voorkeur uitgesproken voor drie landen: De Nederlandse Antillen en Aruba, Zweden en Hongarije. Een vierde land zou nader moeten worden bepaald.
In onze quickscan is vastgesteld dat de in het eerste deel van het onderzoek betrokken landen in drie groepen kunnen worden ingedeeld. In groep 1 bestaat geen specifieke mogelijkheid tot matiging van de onbillijke vermogensrechtelijke gevolgen van koude uitsluiting bij gehuwde of geregistreerde paren. In de groepen 2 en 3 bestaan deze mogelijkheden wel. Groep 2 omvat de landen met een beperkte mogelijkheid van billijkheidscorrectie achteraf. Groep 3 omvat de landen met een zeer ruime mogelijkheid van correctie achteraf en speciale waarborgen vooraf. De landen van groep 2 verschillen onderling in de reikwijdte en de wijze van uitvoering van de billijkheidscorrectie achteraf. Het leek ons voor de hand liggend om bij het vervolgonderzoek ten minste één land uit elke groep te betrekken, met zo verschillend mogelijke oplossingen. Zo kwamen wij in overleg met de begeleidingscommissie tot de keuze het nader onderzoek te richten op Australië, de Nederlandse Antillen, Rusland en Zweden. Voor ons speelden daarbij de volgende overwegingen een rol:

- De **Nederlandse Antillen en Aruba** zijn wegens vergaande gelijkenis met het Nederlandse recht zonder nader onderzoek gekozen.

- **Zweden** behoort tot groep 2 (landen met beperkte mogelijkheid van rechterlijke billijkheidscorrectie achteraf). De billijkheidscorrectie wordt er restrictief toegepast. Er zijn voldoende Engels- en Duitstalige bronnen en wij beschikken over goede contacten in dit land.
- **Hongarije** is aanvankelijk genoemd door onze opdrachtgever, maar wij hebben een keuze voor dit land afgeraden. In verband met het reeds 12 jaar durende werk aan het nieuwe BW bevindt Hongarije zich op dit moment in een overgangsfase. De geldende regeling van huwelijkse voorwaarden is zeer summier, de mogelijkheden voor een billijkheidscorrectie achteraf zijn niet helder geformuleerd, en over de toepassing daarvan bestaan veel onduidelijkheden.
- **Rusland.** Wij hebben voorgesteld om voor Rusland te kiezen in plaats van Hongarije. Rusland behoort tot groep 2 (landen met beperkte mogelijkheden van rechterlijke billijkheidscorrectie achteraf). De billijkheidscorrectie wordt er ruim toegepast. De wetgeving van Rusland bevat een open norm die de rechter ruime discretionaire bevoegdheid heeft. Een van ons is een van oorsprong Russische academica met een uitstekende kennis van het stelsel en toegang tot alle relevante bronnen.
- **Australië** behoort tot de derde groep (landen met ruime waarborgen vooraf in de vorm van onafhankelijke voorlichting aan beiden partijen afzonderlijk, en een zeer ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter bij het opzijzetten van de huwelijkse voorwaarden). De bronnen zijn in het Engels, goed toegankelijk en wij beschikken daar over goede contacten.

4.2.2 Nader onderzoek naar geselecteerde landen: Nederlandse Antillen, Australië, Rusland en Zweden

4.2.2.1 Nederlandse Antillen

4.2.2.1a Algemene informatie

Ten opzichte van de overige geselecteerde landen neemt de Nederlandse Antillen een bijzondere plaats in omdat het privaatrecht van de Nederlandse Antillen gebaseerd is op en grotendeels overeenkomt met het Nederlands burgerlijk recht.[67] Het Antilliaanse huwelijksvermogensrecht komt daardoor grotendeels overeen met het Nederlandse huwelijksvermogensrecht.

[67] Evenals Aruba en Suriname.

4.2.2.1b Historische achtergrond

Nadat in Nederland in 1992 het nieuwe vermogensrecht in werking was getreden, bestond er ook in de Nederlandse Antillen een behoefte om tot vernieuwing van het Burgerlijk Wetboek over te gaan.
In 2001 traden de boeken 1, 3, 5, 6, 7 (half) en 8 van een Nieuw Burgerlijk Wetboek en in 2004 boek 2 (rechtspersonen) in werking.[68] Tevens werd in 2005 het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering herzien. Deze nieuwe wetgeving is gelijktijdig ingevoerd in Aruba.[69] De nieuwe wetgeving is begeleid vanuit Nederland.[70]
In aanvulling op de in 2001 ingevoerde regeling is voor de hierna te vermelden rechtsgebieden een aantal aanpassingen voorgesteld.

4.2.2.1c Wettelijk stelsel

Net als Nederland kent de Nederlandse Antillen als wettelijk stelsel de algehele gemeenschap van goederen.[71] Sedert 2001 geldt in de Nederlandse Antillen echter een nadere beperking op het universele stelsel van de algehele gemeenschap van goederen, in die zin dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften van *tijdens* het huwelijk buiten de huwelijksgemeenschap blijven.[72]
In de ontwerp-Landsverordening herziening huwelijksvermogensrecht[73] wordt deze regeling verder aangepast, zodanig dat *alle* – dus ook voorhuwelijkse –

---

68 Dit alles is te vergelijken met de invoering in Nederland van het Nieuw BW in 1992 (boeken 3, 5, 6), resp. in 1970 (boek 1). Het laatste is overigens nadien veelvuldig aangepast en aangevuld.

69 Vanuit de Nederlandse Antillen is er bijstand verleend aan het ontwerpen van een nieuw Burgerlijk Wetboek in Suriname, dat overigens (nog) niet is ingevoerd.

70 Mr. B.C. de Die, prof. Mr. P. Van Schilfgaarde alsmede mr. J. de Boer (lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba).

71 Art. 1:94 BWNA

72 M.F. Murray e.a., Parlementaire geschieden van het Nederlands Antilliaans (nieuw) Burgerlijk Wetboek, 2005, p. 66. Deze beperking geldt niet in Aruba.

73 Zoals reeds vermeld, is inmiddels het land Nederlandse Antillen met ingang van 10 oktober 2010 opgehouden te bestaan en maken in plaats daarvan Curaçao en Sint Maarten als afzonderlijke landen deel uit van het Koninkrijk der Nederlanden, terwijl de eilandgebieden Saba, Sint Eustatius en Bonaire voortaan deel uitmaken van het land Nederland (doch met behoud van veel van het Nederlands-Antilliaanse recht). Voor ons onderzoek kan de zogenoemde 'Transitie' verder buiten beschouwing blijven. In het navolgende zullen wij het derhalve blijven spreken van de Nederlandse Antillen. Van belang is nog wel dat de in ons onderzoek genoemde ontwerp-Landsverordeningen niet zijn afgehandeld door de Staten van de Nederlandse Antillen. Krachtens art. IV van de Staatsregelingen van Curaçao en van Sint Maarten bestaat echter de mogelijkheid dat de Staten van de nieuwe landen de behandeling voortzetten in de staat waarin de ontwerpen zich op 10 oktober 2010 bevonden.

erfrechtelijke verkrijgingen en giften van de huwelijksgemeenschap worden uitgesloten.[74]

> Art. 1:94 lid 2 BWNA (ontwerp):
> 2. De gemeenschap omvat, wat haar baten betreft, alle goederen der echtgenoten, bij aanvang van de gemeenschap aanwezig of nadien, zolang de gemeenschap niet is ontbonden, verkregen, met uitzondering van:
> a. krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen;
> b. rechten op het vestigen van vruchtgebruik als bedoeld in de artikelen 29 en 30 van Boek 4, vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen is gevestigd alsmede hetgeen wordt verkregen in gevolge de artikelen 34, 35, 36 en 38 van Boek 4 en artikel 126 lid 2 van Boek 4.[75]

In de aanhangige ontwerp-Landsverordening herziening huwelijksvermogensrecht is een regeling opgenomen waardoor op vergoedingsrechten de beleggingsleer van toepassing kan zijn.[76] Deze regeling zal niet alleen gelden voor vergoedingsrechten tussen echtgenoten, maar ook bij samenlevenden.

> Art. 87 BWNA (ontwerp):
> 1. Indien een echtgenoot ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een goed dat tot zijn eigen vermogen zal behoren, verkrijgt of verbetert, dan wel ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een in verband met zodanige verkrijging of verbetering aangegane schuld wordt voldaan of daarop wordt afgelost, ontstaat voor de eerstgenoemde echtgenoot een plicht tot vergoeding. Een plicht tot vergoeding ontstaat voorts indien een andere schuld ter zake van een tot het eigen vermogen van een echtgenoot behorend goed ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot wordt voldaan of daarop wordt afgelost.
> 2. De vergoeding beloopt een gedeelte van de waarde van het goed op het tijdstip waarop de vergoeding wordt voldaan. Dit gedeelte:
> a. is in het in de eerste volzin van het eerste lid bedoelde geval evenredig aan het uit het vermogen van de andere echtgenoot afkomstige aandeel in de tegenprestatie voor de verkrijging of verbetering van het goed;
> b. komt in het in de tweede volzin van het eerste lid bedoelde geval overeen met de verhouding tussen het uit het vermogen van de andere echtgenoot voldane of afgeloste bedrag ten opzichte van de waarde van het goed op het tijdstip van die voldoening of aflossing.
> 3. Ten aanzien van de vergoeding gelden voorts de volgende regels:

---

[74] Zie MvT, p.1. Vergelijk oorspronkelijke regeling voorgesteld in wetsvoorstel 28 867, vóór het amendement Anker.

[75] Dit omvat een van Nederland afwijkende regeling, omdat een regeling voor de legitieme ontbreekt.

[76] Zie ook art. 87 in wetsvoorstel 28 867 (wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), zoals thans in behandeling in de Eerste Kamer.

a. tenzij de echtgenoot het vermogen van de andere echtgenoot met diens toestemming heeft aangewend op de wijze als bedoeld in het eerste lid, beloopt de vergoeding ten minste het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
b. ter zake van goederen die naar hun aard bestemd zijn om te worden verbruikt, beloopt de vergoeding steeds het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
c. ter zake van goederen die inmiddels zijn vervreemd zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats zijn gekomen, wordt in plaats van de waarde, bedoeld in de aanhef van het tweede lid, uitgegaan van de waarde ten tijde van de vervreemding. Met een vervreemding wordt gelijkgesteld het onherroepelijk worden van een begunstiging bij een sommenverzekering of een andere begunstiging bij een beding ten behoeve van een derde;
d. de artikelen 137 en 140 zijn van overeenkomstige toepassing.
4. Echtgenoten kunnen bij overeenkomst afwijken van het eerste tot en met derde lid. Geen vergoeding is verschuldigd voorzover door de verkrijging, voldoening of aflossing ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot wordt voldaan aan een op die echtgenoot rustende verbintenis.
5. Kan de vergoeding overeenkomstig het eerste tot en met vierde lid niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.

4.2.2.1d Afwijking van het wettelijk stelsel bij overeenkomst

Algemeen

Van het stelsel kan (alleen) bij huwelijkse voorwaarden worden afgeweken, waarvoor dezelfde vereisten gelden als in Nederland.[77] Van het hoofdstelsel kan worden afgeweken zowel voorafgaande als tijdens het huwelijk, derhalve tot aan het tijdstip van ontbinding. Voor tijdens het huwelijk te maken of te wijzigen huwelijkse voorwaarden is – overeenkomstig het Nederlandse recht – een voorafgaande goedkeuring van de rechtbank vereist.
In de aanhangige ontwerp-Landsverordening herziening huwelijksvermogensrecht wordt voorgesteld de rechterlijke goedkeuring ten aanzien van tijdens het huwelijk te maken of te wijzigen huwelijkse voorwaarden te laten vervallen.[78]

Controle vooraf

A. Disclosure

Net als in Nederland vereist de wet geen *disclosure* of beschrijving van de vermogens van de echtgenoten voorafgaand aan het maken van huwelijkse voorwaarden.

[77] Art. 1:114 e.v. BWNA.
[78] Zie ook wetsvoorstel 28 867 (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen) zoals thans aanhangig in de Eerste Kamer.

B. Vormvoorschriften
Net als in Nederland geldt als vormvereiste – op straffe van nietigheid –
de notariële akte en – voor de werking jegens derden – inschrijving in het huwelijksgoederenregister.

C. Voorlichting
De verantwoordelijkheid van de notaris staat hierbij voorop en moet voldoende worden geacht.[79]

Inhoud

Er gelden geen beperkingen ten aanzien van het overeenkomen van volledig gescheiden vermogens zonder nadere verrekening (koude uitsluiting).
Het stelsel komt geheel overeen met het Nederlandse stelsel.

Mogelijkheden tot billijkheidscorrectie achteraf

Dit komt geheel overeen met het Nederlandse stelsel, zoals eerder beschreven.

4.2.2.1e Law in action

Uit de beschrijving van het Nederlandse stelsels blijkt dat de (Nederlandse) rechter zeer terughoudend is in het toepassen van een billijkheidscorrectie voor zover het betreft een ongedaanmaking of verzachting van (eventuele) onbillijke gevolgen van de koude uitsluiting.[80] Rechtspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen hierover is niet beschikbaar. Aangenomen mag worden dat deze rechter eveneens zeer terughoudend zal zijn.

4.2.2.1f Conclusies

De wettelijke regeling van de Nederlandse Antillen komt grotendeels overeen met het Nederlandse stelsel. Als uitzondering op de gemeenschap van goederen als hoofdstelsel kent de wet een afwijkende regeling voor verkrijgingen krachtens erfrecht of schenking tijdens het huwelijk. Op het gebied van huwelijkse voorwaarden komt de regelgeving geheel overeen met de Nederlandse regelgeving. Hieruit kunnen geen afzonderlijke suggesties ten behoeve van de Nederlandse regelgeving worden afgeleid.

---

79 MvT ontwerp-Landsverordening herziening huwelijksvermogensrecht, p. 18.
80 Zie recentelijk Hof Leeuwarden 14 september 2010, *LJN*: BN7333.

4.2.2.2 Australië

4.2.2.2a Algemene informatie

Wetgeving – Family Law Act 1975, geamendeerd door The Family Law Amendment Act 2000.[81]
Wettelijk huwelijksgoederenregime – gescheiden vermogen met de rechterlijke discretie om het vermogen in het geval van beëindiging van het huwelijk te redistribueren.

4.2.2.2b Historische achtergrond

Een mogelijkheid om bindende huwelijkse voorwaarden te maken is in Australië pas in 2000 door *The Family Law Amendment Act 2000* ingevoerd. Daarvoor was de status van de huwelijkse voorwaarden vergelijkbaar met die in Engeland en Wales. Huwelijkse voorwaarden, gemaakt vóór of tijdens het huwelijk, waren niet bindend. Overeenkomsten die gesloten werden tijdens de echtscheidingsprocedure, waren wel bindend, mits goedgekeurd door het Familiegerecht (*Family Court*). De scheidende echtgenoten konden ook tijdens de echtscheidingsprocedure tot een schikking komen met betrekking tot de verdeling van het vermogen en de alimentatie en hun afspraken in de rechterlijke beslissing (*consent order*) laten opnemen.[82] Als een paar vóór of tijdens het huwelijk maar vóór de scheiding huwelijke voorwaarden maakte, beperkte dat niet de discretionaire bevoegdheid van de rechter: hij was niet verplicht om in zijn beslissing de afspraken van de partijen te volgen. Het feit dat partijen huwelijkse voorwaarden hadden gemaakt, werd beschouwd als een van de relevante omstandigheden van het geval, waarmee de rechter rekening ***kon*** houden.[83]
In 2000 heeft de Australische Federale Overheid de derde – dit keer succesvolle – poging ondernomen om bindende huwelijke voorwaarden in Australië te introduceren.[84]
De *Amendment Act 2000* heeft een nieuwe afdeling, Part VIIIA, in de *Family Law Act 1975* geïncorporeerd. Het feit dat de huwelijkse voorwaarden nu bindend zijn, betekent dat zowel de partijen als de rechter daaraan gebonden zijn.[85]

---

[81] Verder: Amendment Act 2000.
[82] B. Fehlberg, B. Smyth, 'Pre-nuptial agreements for Australia: why not?' *14 Australian Family Law Journal*, 2000.
[83] Ibid.
[84] Ibid.
[85] B. Fehlberg, B. Smyth, 'Binding Pre-Nuptial Agreement in Australia: the First Year', *16 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, p. 130.

4.2.2.2c Wettelijk stelsel

In Australië geeft de *Family Law Act* 1975 de rechter thans een ruime discretionaire bevoegdheid tot redistributie van het vermogen, en noemt deze wet een groot aantal factoren waarmee rekening dient te worden gehouden. Ook hier zijn alle voor en tijdens het huwelijk verworven goederen object van herverdeling. De huidige lijn in de jurisprudentie vindt zijn oorsprong in de beslissing van de *High Court of Australia* in de zaak *Mallet,*[86] die het uitgangspunt introduceerde van een vermoeden dat de bijdragen van de partijen in het vermogen als gelijk moeten worden beschouwd.[87] Het grootste verschil tussen de Engelse en Australische benadering ligt in de Australische doctrine van '*special contributions'*, ontwikkeld in de zaak *Ferraro*.[88] De doctrine van '*special contributions'* voorziet in de mogelijkheid om aan te nemen dat een van de echtgenoten een grotere bijdrage in het vermogen heeft geleverd door '*special contributions'*, dat wil zeggen een bijdrage van bijzondere aard of gebaseerd op bijzondere kwaliteiten. Deze doctrine wordt gebruikt om succesvolle zakenlui, topsporters, artiesten of kunstenaars meer dan de helft van het vermogen toe te wijzen.[89]

4.2.2.2d Contractueel stelsel

Algemeen

Huwelijkse voorwaarden (*financial agreement)* kunnen op elk moment vóór of tijdens het huwelijk, dan wel tijdens de echtscheidingsprocedure worden gemaakt (ss 90A-90D). Het over één kam scheren van huwelijkse voorwaarden in eigenlijke zin en echtscheidingsconvenanten is in de literatuur bekritiseerd. Reden hiervoor is dat tijdens het maken van huwelijkse voorwaarden de omstandigheden waaronder ze zouden worden uitgevoerd niet in redelijkheid kunnen worden voorspeld, terwijl tijdens het maken van het echtscheidingsconvenant alle omstandigheden al bekend zijn.[90] Het staat de partijen vrij om de afspraken met betrekking tot hun bestaande en toekomstige goederen en financiële middelen en partneralimentatie in de huwelijkse voorwaarden op te nemen.

---

86 *Mallet v Mallet* (1984) FLC 91-507.

87 P. Parkinson, 'The Yardstick of Equality: Assessing Contributions in Australia and England', *19 International Journal of Law Policy and the Family*, 2005, p. 169-170.

88 *Ferraro* v *Ferraro* (*1993*) FLC 92-335.

89 P. Parkinson, 'The Yardstick of Equality: Assessing Contributions in Australia and England' (2005), p. 170.

90 F. Bates, 'What Change is for the Better? Australian Family Law in 2000', in: A. Bainham (ed.) *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, Bristol, 2002, p. 33.

Een uitgebreid stelsel van garanties vooraf, gepaard gaande met een ruime mogelijkheid van rechterlijke correctie achteraf, dient om de belangen van de zwakkere partij en de kinderen te beschermen.

Controle vooraf

A. Vormvoorschriften

Krachtens s. 90G zijn de huwelijke voorwaarden bindend als ze op schrift zijn gesteld, door beide partijen zijn ondertekend en voorzien van verklaringen dat beiden partijen vóór het ondertekenen van de huwelijkse voorwaarden onafhankelijk juridisch advies hebben gehad, en voorzien van certificaten, ondertekend door de juridische adviseurs en inhoudende de verklaringen dat het advies is uitgebracht. Anders dan voorheen, hoeven huwelijkse voorwaarden, gemaakt tijdens de echtscheiding, niet bij het gerecht te worden geregistreerd.[91]
Dezelfde vormvoorschriften gelden voor de overeenkomsten tot beëindiging of wijziging van huwelijkse voorwaarden (s.90J).
Er is ook een technisch voorschrift in sectie 90E over hetgeen alimentatieovereenkomsten moeten inhouden: de namen van de ontvangende echtgenoot en de bedragen of vermogensbestanddelen die deze als alimentatiebijdragen zal ontvangen.

B. Voorlichting

Eén van de voorwaarden voor de bindende kracht van huwelijkse voorwaarden is het door elk van de partijen afzonderlijk verkrijgen van onafhankelijk juridisch advies. Australië kent, zoals alle *common law*-landen, geen notariaat. Juridisch advies wordt uitgebracht door praktiserende juristen, vooral *solicitors*, gespecialiseerd in het familierecht.[92]
In de advisering moeten de volgende onderwerpen aan de orde komen:

- the effect of the agreement on the rights of that party;
- whether or not, at the time when the advice was provided, it was to the advantage, financially or otherwise, of that party to make the agreement;
- whether or not, at that time, it was prudent for that party to make the agreement;
- whether or not, at that time and in the light of such circumstances as were, at that time, reasonably foreseeable, the provisions of the agreement were fair and reasonable. (s.90G(1)(b))

[91] B. Fehlberg, B. Smyth, 'Binding Pre-Nuptial Agreement in Australia: the First Year', 2002, p. 130.
[92] Ibid, p. 131.

Nadat het advies is uitgebracht, moet de juridisch adviseur een certificaat ondertekenen en aan de desbetreffende partij afgeven.
Dezelfde regels gelden voor overeenkomsten tot beëindiging of wijziging van de huwelijkse voorwaarden (s.90J).
De regels met betrekking tot voorlichting zijn gebaseerd op een gelijkluidende bepaling in de *New South Wales Property (Relationships) Act 1984,* waarmee in de praktijk gunstige ervaringen zijn opgedaan.[93]
In Australië heeft het vereiste van onafhankelijk juridisch advies aanvankelijk geleid tot onrust onder de familierechtjuristen in verband met mogelijke professionele aansprakelijkheid. Omdat sommige aspecten waarover verplicht advies moet worden uitgebracht, niet zuiver juridisch maar ook financieel van aard zijn, was het in het begin onzeker of de beroepsaansprakelijkheid voor een dergelijk advies onder de gebruikelijke verzekeringspolissen van de familierechtjuristen valt.[94] Als gevolg daarvan werden in het eerste jaar na invoering van de nieuwe wet zelfs gevallen gemeld dat *solicitors* weigerden om over het maken van huwelijkse voorwaarden te adviseren.[95]

C. Disclosure

Verschaffing aan elkaar van de informatie over elkaars vermogen – *disclosure* – is in de wet niet apart als een vereiste voor bindende kracht van huwelijkse voorwaarden genoemd. De noodzaak van *disclosure* volgt uit de bepaling van s.90K(1)(a) dat de rechter de bevoegdheid heeft om huwelijkse voorwaarden opzij te zetten als *'the agreement was obtained by fraud (including non-disclosure of a material matter*)'.
Uit de jurisprudentie volgt dat *disclosure* in het huwelijksvermogensrecht inhoudt: het verschaffen van informatie over alle vermogensbestanddelen en de informatie die voor het bepalen van de waarden daarvan relevant is.[96]

Inhoud

Secties 90A en 90B bepalen dat huwelijke voorwaarden afspraken kunnen inhouden met betrekking tot:

> 'How, in the event of the breakdown of the marriage, all or any of the property or financial resources of either or both of them at the time when the agreement

[93] Ibid, p. 128.
[94] Ibid.
[95] Ibid., p. 135.
[96] See: P. Parkinson, 'Setting aside financial agreements', *15 Australian Family Law Journal*, 2001.

is made, or at a later time and before the dissolution of the marriage, is to be dealt with;
the maintenance of either of them:
(i) during the marriage; or
(ii) after the dissolution of the marriage; or
(iii) both during, and after the dissolution of, the marriage.'

De partijen kunnen dus afspraken maken over:

- de verdeling van het vermogen, inclusief het vermogen verkregen vóór en/of tijdens het huwelijk door één of beide echtgenoten
- partneralimentatie tijdens en/of na de ontbinding van het huwelijk.

Sectie 90D regelt het maken van huwelijkse voorwaarden tijdens de echtscheidingsprocedure (nadat de provisionele echtscheidingsbeschikking – *degree nisi* –is verkregen). Deze bepaling stelt partijen in staat om afspraken te maken over de verdeling van het vermogen in het kader van de echtscheiding en partneralimentatie na de scheiding.
Hoewel het in de secties 90A, 90B en 90D slechts gaat over afspraken voor het geval van echtscheiding, bepaalt sectie 90H dat deze afspraken ook in het geval van overlijden van een van de partijen blijven gelden.
De partijen zijn in beginsel vrij bij het bepalen van de inhoud van hun afspraken. Anders dan in de meeste continentaal-Europese landen of de Scandinavische landen worden ze daarbij noch beperkt door de dwingendrechtelijke bepalingen van het *régime premier*, noch door de contractuele regimes opgenomen in de wet. De enige beperkingen waarmee partijen rekening moeten houden, zijn de omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de rechter de huwelijkse voorwaarden achteraf opzij kan zetten (zie hierna).
Een specifieke beperking van de contractuele vrijheid van de partijen is opgenomen in sectie 90F. Deze bepaling luidt dat de rechter altijd bevoegd is om een alimentatieovereenkomst, gesloten tijdens de echtscheidingsprocedure, opzij te zetten als de alimentatiegerechtigde ten gevolge van de uitvoering daarvan afhankelijk zal worden van de sociale zekerheid. Als een alimentatieovereenkomst deel uitmaakt van huwelijkse voorwaarden, gesloten vóór of tijdens het huwelijk, is deze regel niet van toepassing.[97]

[97] B. Fehlberg, B. Smyth, 'Binding Pre-Nuptial Agreement in Australia: the First Year', 2002, p. 133.

Billijkheidscorrectie achteraf: opzijzetten van huwelijkse voorwaarden

Sectie 90K noemt de omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de rechter de huwelijkse voorwaarden opzij kan zetten of kan beëindigen. Deze bepaling luidt als volgt:

> **Section 90K** Circumstances in which court may set aside a financial agreement or termination agreement
> (1) A court may make an order setting aside a financial agreement or a termination agreement if, and only if, the court is satisfied that:
> (a) the agreement was obtained by fraud (including non-disclosure of a material matter); or
> (b) the agreement is void, voidable or unenforceable; or
> (c) in the circumstances that have arisen since the agreement was made it is impracticable for the agreement or a part of the agreement to be carried out; or
> (d) since the making of the agreement, a material change in circumstances has occurred (being circumstances relating to the care, welfare and development of a child of the marriage) and, as a result of the change, the child or, if the applicant has caring responsibility for the child (as defined in subsection (2)), a party to the agreement will suffer hardship if the court does not set the agreement aside; or
> (e) in respect of the making of a financial agreement—a party to the agreement engaged in conduct that was, in all the circumstances, unconscionable.

De omstandigheden onder (a) – fraude, (b) – nietigheid en vernietigbaarheid en (c) – praktische onuitvoerbaarheid van de huwelijkse voorwaarden, zijn ontleend aan de algemene regels van contractenrecht en behoeven hier geen verdere toelichting.
De omstandigheden onder (a) – achterhouden van belangrijke feiten, als een specifieke vorm van fraude; (d) – welzijn van de kinderen en (e) – *unconscionable* gedrag; zijn specifiek voor deze wet en verdienen een wat uitvoeriger behandeling.

Verzwijging van belangrijke feiten is geen aparte grond voor het opzijzetten van huwelijkse voorwaarden, maar kan worden beschouwd als een specifieke vorm van fraude. Dat betekent dat het achterhouden van belangrijke informatie over de eigen vermogensrechtelijke situatie op zichzelf onvoldoende is om fraude te constateren. Daarvoor is nodig dat de partij die de informatie achterhield, de opzet had om de andere partij te misleiden.[98]

Welzijn van kinderen is veruit de belangrijkste grond voor het opzijzetten van huwelijkse voorwaarden. Deze grond geeft de rechter de mogelijkheid om een

[98] P. Parkinson, 'Setting aside financial agreements', 2001.

billijkheidscorrectie uit te voeren. Deze grond wordt aldus uitgelegd dat zij zich voordoet in situaties dat in de huwelijkse voorwaarden bepaalde afspraken zijn gemaakt, maar door de veranderde omstandigheden de uitvoering van deze afspraken tot extreem ongunstige gevolgen zal leiden voor de 'kinderen van het huwelijk' of van één der echtgenoten. Als voorbeeld wordt de situatie genoemd, dat partijen bij het maken van de huwelijkse voorwaarden ervan uitgegaan zijn dat er geen kinderen zouden komen, en na de geboorte van een kind die afspraken extreem ongunstig uitpakken voor het kind en/of de verzorgende ouder.[99] Een ander voorbeeld levert de situatie dat een kind of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijkse voorwaarden ernstig gehandicapt raakt of ziek wordt, waardoor de gemaakte afspraken tot voor hen extreem ongunstige gevolgen zullen leiden.[100] De omstandigheden hoeven niet onvoorzien te zijn, het is voldoende dat ze na het maken van de huwelijkse voorwaarden zijn opgetreden en ongunstige gevolgen voor de kinderen en/of de verzorgende partner hebben teweeggebracht.
Onder 'kind van het huwelijk' wordt mede verstaan:

- een kind, tijdens het huwelijk geadopteerd door beide echtgenoten of door één van hen met instemming van de andere echtgenoot;
- een kind van beide echtgenoten, geboren voor het huwelijk;
- een kind, verwekt met behulp van donormateriaal met instemming van de andere echtgenoot.

De rationele grond voor de regeling is hier de bescherming van kinderen.[101] De verzorgende ouder wordt eveneens beschermd, omdat hij/zij en het kind na de echtscheiding een economische eenheid vormen.[102] Zoals de gerenommeerde Australische auteur Parkinson opmerkt:

> 'It is particularly important that the grounds for setting aside agreements allow courts the flexibility to ensure that the financial settlement between the parties makes adequate provision for any children born of the union, for children are not parties to prenuptial agreements, and may not have been in the contemplation of the parties at the time the agreement was made. To this extent, the rhetoric of freedom of contract is inadequate. Any law giving effect to prenuptial agreements should also take account of the particular vulnerability of some of those who are asked to enter into such agreements.'[103]

[99] P. Parkinson, 'Setting aside financial agreements', 2001.
[100] Ibid.
[101] Ibid.
[102] Ibid.
[103] Ibid.

Unconscionable gedrag als grond voor het opzijzetten van huwelijkse voorwaarden is in de wet opgenomen door een amendement tijdens de behandeling in de Senaat. Er is evenwel terecht op gewezen dat deze grond niets wezenlijks toevoegt, omdat *unconscionable* gedrag reeds onder de grond *vernietigbaarheid* valt.[104]

4.2.2.2e Law in action

Anders dan werd voorspeld, heeft de invoering van bindende huwelijkse voorwaarden in Australië niet tot veel rechtspraak geleid. Uit een mededeling van onze respondent Parkinson komt naar voren dat er in de tien jaar na invoering van de nieuwe wet bijna geen zaken over het opzijzetten van huwelijkse voorwaarden zijn geweest.[105] Ook de vrees voor beroepsaansprakelijkheid heeft zich niet verwezenlijkt.

4.2.2.2f Conclusies

De Australische behandeling van huwelijkse voorwaarden verschilt wezenlijk van die in het continentale Europa. Ondanks het feit dat huwelijkse voorwaarden bindend zijn gemaakt, worden ze in Australië (en andere *common law*-landen) niet beschouwd als een gewoon burgerlijk contract. De volgende passage illustreert deze benadering goed:

> 'Most contracting parties in commercial settings make agreements for limited time periods. Furthermore, their exposure to risk on the basis of that contract is generally limited in that it is unusual for all the assets of the company or other entity to be affected by the one contract. By way of contrast, a prenuptial agreement may have effect on the breakdown of a marriage more than 30 years after it was entered into, and in circumstances which could scarcely have been contemplated at the time of the marriage. Furthermore, prenuptial agreements may operate not only in relation to the property which parties bring into the marriage, but to all the property which is subsequently acquired by them. Much rests on the adequacy of the provisions contained in that piece of paper. […] Love is often blind. Such factors give reason for caution about applying the contract analogy too readily to prenuptial agreements.'[106]

Door de voorgeschreven uitgebreide voorlichting vooraf en de relativering van het beginsel 'contract is contract' biedt het Australische recht meer mogelijkheden om kinderen en de zwakkere partij te beschermen dan de continentaal-Europese stelsels.

---

[104] Ibid.
[105] Antwoord van onze respondent prof. P. Parkinson, Faculty of Law, University of Sidney.
[106] P. Parkinson, 'Setting aside financial agreements', 2001.

Twee Australische oplossingen zijn potentieel interessant voor de Nederlandse wetgever:

- Voorlichting vooraf in de vorm van afzonderlijk en onafhankelijk deskundig advies aan elk van de partijen, aan de hand van een in de wet opgenomen lijst van onderwerpen die tijdens deze voorlichting aan de orde moeten komen. In Nederland zouden de partijen afzonderlijk door verschillende notarissen kunnen worden voorgelicht. Invoering van dergelijke afzonderlijke voorlichting zou wel hogere kosten tot gevolg hebben.
- De mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie ingeval de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door de veranderde omstandigheden extreem ongunstig zijn geworden voor de kinderen van beide partijen of van de verzorgende ouder. Deze mogelijkheid zou de rechter in staat stellen om huwelijke voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, aan te passen wanneer binnen de relatie kinderen zijn geboren of wanneer een kind of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijkse voorwaarden ernstig ziek is geworden of gehandicapt is geraakt.

4.2.2.3 Rusland

4.2.2.3a Algemene informatie

Wetgeving – Burgerlijk Wetboek (deel 1) 1994, van kracht sinds 1 januari 1995. Familiewetboek 1995,[107] van kracht sinds 1 maart 1996.[108]
Wettelijk huwelijksgoederenregime: beperkte gemeenschap van goederen.

4.2.2.3b Historische achtergrond

Het maken van huwelijkse voorwaarden werd in Rusland pas mogelijk na de inwerkingtreding van het algemene deel van het nieuwe Russische BW op 1 januari 1995. Art. 256 BW bevat geen uitgebreide regulering van de huwelijkse voorwaarden, maar bepaalt slechts: 'Vermogen verkregen door echtgenoten tijdens het huwelijk is hun gemeenschappelijke vermogen, tenzij huwelijkse voorwaarden anders bepalen.' Het Familiewetboek is een jaar later in werking getreden en voorziet in een meer gedetailleerde regeling van de huwelijkse voorwaarden. De ontwerpers[109] van het Familiewetboek 1995

[107] Verder Russisch BW.
[108] Verder: Familiewetboek. Alle artikelnummers genoemd in dit onderdeel zonder verwijzing naar een specifieke wet, zijn artikelen van het Familiewetboek.
[109] Het Familiewetboek 1995 werd ontworpen door een ontwerpcommissie, bestaande uit 6 academici, benoemd door het 'Comité voor vrouwen, familie en jeugdaangelegenhe-

hebben bij het uitdenken van de regeling van huwelijkse voorwaarden gepoogd de voordelen van de continentale stelsels (rechtszekerheid) te verenigen met die van de Anglo-Amerikaanse stelsels (flexibiliteit en mogelijkheid van billijkheidscorrectie). Een van de belangrijkste innovaties van het Familiewetboek was de invoering van de mogelijkheid om vernietiging van de huwelijkse voorwaarden te vorderen indien deze een van de echtgenoten in een extreem ongunstige positie plaatsen. De strekking van deze bepaling is om de zwakkere partijen te behoeden voor de gevolgen van het aanvaarden van extreem nadelige huwelijkse voorwaarden onder invloed van liefde, emotionele afhankelijkheid en overmatig vertrouwen. Daarmee werd in de wet rekening gehouden met de specifieke aard van huwelijkse voorwaarden, namelijk een overeenkomst die nauw is verbonden met de persoonlijke verhoudingen en gevoelens van partijen.[110] De poging van de ontwerpers om een flexibele regeling in te voeren voor de rechterlijke aanpassing of ontbinding van huwelijkse voorwaarden wegens veranderde omstandigheden, heeft echter door een incident tijdens de totstandkoming van het Familiewetboek schipbreuk geleden – zie hierover aan het eind van dit onderdeel.

4.2.2.3c Wettelijk stelsel

De beperkte gemeenschap van goederen naar Russisch recht kan het beste worden vergeleken met het Franse stelsel. Kort samengevat vallen alle goederen die tijdens het huwelijk om baat worden verkregen, in de gemeenschap, terwijl al het voorhuwelijkse vermogen almede het vermogen dat tijdens het huwelijk om niet wordt verkregen (bij wijze van erfenis, schenking en privatisering om niet) buiten de gemeenschap valt.[111]

4.2.2.3d Contractueel stelsel

Algemeen

Huwelijkse voorwaarden kunnen op elk moment vóór en tijdens het huwelijk, maar ook nog tijdens de scheiding worden gemaakt (art. 41 lid 1 Familiewetboek). Het is partijen toegestaan om huwelijkse voorwaarden te allen tijde

---

den'(*Komitet po delamzhenshchin, sem'i i molodegi Gosydarstvennoy Dumy Rossiskoy Federatsii*) van de Lagere Kamer van het Russische Parlement (de *Duma*). Hoewel Rusland geen traditie van schriftelijke vastlegging van de parlementaire geschiedenis kent, bevat ons onderzoek verwijzingen naar de ontstaansgeschiedenis van het familiewetboek doordat één van ons – M.V. Antokolskaia – destijds lid van de ontwerpcommissie was.

110 Zie: M.V. Antokolskaia, *Семейное право, (Familierecht*), 3de druk, Norma, Moskou, 2010, p. 213-214.

111 Voor meer informatie zie: M. Antokolskaia, 'Russian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', http://www.ceflonline.net/-Reports/pdf3/Russia.pdf, p. 7.

met wederzijds goedvinden te wijzigen of te ontbinden (art. 43 lid 1). Het staat partijen vrij om de afspraken met betrekking tot hun bestaande en toekomstige goederen en financiële middelen, alsmede de vormgeving van de partneralimentatie in de huwelijkse voorwaarden op te nemen. Afstand van het recht op partneralimentatie[112] is echter niet toegestaan.
De garanties vooraf – verplichte notariële vorm – zijn vergelijkbaar met het Nederlandse stelsel. De bescherming achteraf – een vergaande rechterlijke correctie – is op het Anglo-Amerikaanse recht geïnspireerd. Zo bepaalt art. 44 lid 2 Familiewetboek dat de huwelijkse voorwaarden die een van de echtgenoten in een extreem onbillijke positie plaatsen op vordering van de benadeelde echtgenoot kunnen worden vernietigd. Art. 43 lid 2 Familiewetboek bepaalt dat huwelijkse voorwaarden op verzoek van een van de echtgenoten door de rechter kunnen worden aangepast of ontbonden conform de algemene regels voor aanpassing of ontbinding van overeenkomsten van het Russische BW.

Controle vooraf

A. Disclosure

De wet vereist geen *disclosure* of beschrijving van de vermogens van de echtgenoten, voorafgaand aan het maken van de huwelijkse voorwaarden.

B. Vormvoorschriften

Krachtens art. 41 lid 3 moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid op schrift worden gesteld en in een notariële akte worden opgenomen. Dezelfde vormvoorschriften gelden voor overeenkomsten tot beëindiging of wijziging van de huwelijkse voorwaarden (art. 43 lid 1). De wet voorziet niet in registratie van huwelijkse voorwaarden in een register.

C. Voorlichting

Een notaris dient partijen uitleg te geven over de geldende rechtsnormen en de huwelijkse voorwaarden te controleren op strijd met dwingende wetsbepalingen. Omdat art. 44 lid 2 Familiewetboek in de mogelijkheid voorziet om vernietiging te vorderen van huwelijkse voorwaarden die een van de echtgenoten in een extreem ongunstige positie plaatsen, moet de notaris zich mede de vraag stellen naar de billijkheid van de huwelijkse voorwaarden.

[112] In Rusland is het recht op partneralimentatie beperkt tot: de behoeftige arbeidsongeschikte (wegens ziekte of het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd) (ex-)echtgenoot, de zwangere vrouw of de vrouw die een kind jonger dan 3 jaar verzorgt, alsmede de echtgenoot die een gezamenlijk gehandicapt kind verzorgt (art. 89 Familiewetboek).

Inhoud

Art. 42 lid 1 geeft partijen een zeer vergaande bevoegdheid om hun vermogensrechtelijke verhoudingen en alimentatieverplichtingen contractueel vorm te geven:

> 1. Through a marital agreement, spouses can modify the statutory regime of community of property (article 34 of the present Code); establish a regime of joint or shared property, or a regime of separation of property for all of their property, or for its particular parts, or for the property of each of the spouses.
> A marital agreement can be concluded with regard to current and future property of the spouses.
> Spouses can determine by marital agreement their rights and duties regarding mutual maintenance, ways of participation in the each other incomes, and each other's contribution to family expenses; determine assets that shall be attributed to each of them in case of divorce; and also include into a marital agreement any other proposals regarding their patrimonial relationships.[113]

Krachtens deze bepaling kunnen de echtgenoten elk denkbaar huwelijksgoederenregime creëren. De wet voorziet niet in modellen voor bepaalde contractuele regimes.
Eén van de mogelijkheden genoemd in dit artikellid is het vestigen van een regime van gescheiden vermogens, dat alle of bepaalde goederen kan betreffen. Algehele scheiding van goederen komt uiteraard neer op koude uitsluiting.
Lid 2 van art. 42 bepaalt dat huwelijkse voorwaarden onder voorwaarde of tijdsbepaling kunnen worden gesloten. Dat betekent dat partijen bijvoorbeeld kunnen bedingen dat zij tot de geboorte van het eerste kind of tijdens de eerste vijf jaar van het huwelijk in koude uitsluiting zijn getrouwd en hun huwelijksgoederenregime daarna in een beperkte gemeenschap zal veranderen.[114]

Lid 3 van art. 42 stelt grenzen aan de contractuele vrijheid van partijen:

> 3. A marital agreement may not limit passive and active civil capacity of the spouses or limit their ability to resort to courts in order to protect their rights; regulate their personal non-patrimonial relationships; regulate rights and duties with regard to children; contain provisions limiting the rights of the spouse, lacking essential means and the capability to work because of a disability to receive maintenance; contain other provisions which place one of the spouses in an extremely unfavourable position or violate general principles of family law.

---

[113] Vertaling van M.V. Antokolskaia.

[114] Voor meer over het sluiten van huwelijkse voorwaarden onder voorwaarde of tijdbepalingen zie: M.V. Antokolskaia, *Семейное право, (Familierecht*), 3de druk, Norma, Moskou, 2010, p. 212-213.

Bijzondere aandacht in deze lijst van beperkingen van contractuele vrijheid verdient het verbod om in huwelijkse voorwaarden bepalingen op te nemen die een van de echtgenoten in een extreem ongunstige positie plaatsen. De sanctie op overtreding van dit verbod is vernietigbaarheid. De sanctie op overtreding van de overige verboden is nietigheid (art. 44 lid 2).

Mogelijkheden tot billijkheidscorrectie achteraf

De noodzaak van de mogelijkheid tot billijkheidscorrectie achteraf wordt verklaard door de bijzondere aard van huwelijkse voorwaarden: de nauwe verbondenheid met langdurige persoonlijke verhoudingen tussen partijen. De wet voorziet in twee vormen van billijkheidscorrectie achteraf: vernietiging van huwelijkse voorwaarden die een van de partijen in een extreem ongunstige positie plaatsen, en aanpassing of ontbinding van huwelijkse voorwaarden door de rechter wegens onvoorzien veranderde omstandigheden. De eerste correctie is gericht op het wegnemen van onbillijkheden die reeds stammen vanaf het sluiten van de huwelijkse voorwaarden, de tweede op onbillijkheden die pas later zijn ontstaan.

Vernietiging van extreem ongunstige huwelijkse voorwaarden

De vernietigbaarheid van huwelijkse voorwaarden die een van de partijen in een extreem ongunstige positie plaatst, is bedoeld om recht te doen aan de nauwe verbondenheid van huwelijkse voorwaarden met de persoonlijke relaties tussen partijen waarvan tijdens het sluiten van de huwelijkse voorwaarden misbruik kan worden gemaakt. Deze correctie biedt de mogelijkheid om de zwakkere partij te beschermen tegen onbillijkheden die reeds stammen vanaf het sluiten van de huwelijkse voorwaarden. De wet bevat geen definitie van een 'extreem ongunstige positie', noch criteria voor het vaststellen daarvan. De rechter moet aan dit begrip invulling geven op basis van alle omstandigheden van het geval. Ook het Opperste Gerechtshof van de Russische Federatie vond het in zijn richtlijn[115] van 1998 niet noodzakelijk om de rechterlijke discretie te begrenzen door het begrip 'extreem ongunstige positie' in de richtlijn nader uit te leggen. Het Hof gaf slechts een voorbeeld daarvan: een van de echtgenoten is geplaatst in een extreem ongunstige positie als zij/hij als gevolg van de huwelijkse voorwaarden 'de rechten verliest op alle vermogen verkregen door de echt-

[115] De richtlijnen van de Plenaire Vergadering van het Opperste Gerechtshof zijn geen beslissingen in concrete zaken, maar de handleidingenvoor de lagere rechters inhoudende algemene regels. De richtlijnen hebben formeel geen status van de wet, maar vormen in feite een van de rechtsbronnen.

genoten tijdens het huwelijk'.[116] In de literatuur is gesuggereerd dat onder het begrip 'extreem ongunstige positie' huwelijkse voorwaarden vallen waardoor een van de echtgenoten zijn rechten al zijn voorhuwelijkse vermogen en/of zijn inkomsten tijdens het huwelijk aan de andere echtgenoot overdraagt.[117] Of een van de echtgenoten in een extreem ongunstige positie wordt geplaatst, wordt gemeten naar het moment van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden. Extreme ongunstigheid opgetreden als gevolg van omstandigheden die pas na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden zijn ontstaan, kunnen de vernietiging niet tot gevolg hebben.[118]

Een analyse van de interpretaties van het begrip 'extreem ongunstige positie' leidt tot de conclusie dat het sluiten van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting op zich onvoldoende is voor een geslaagd beroep op vernietiging krachtens deze grond. Koude uitsluiting houdt immers in dat de echtgenoten ieder het door hen tijdens het huwelijk verkregen vermogen behouden, hetgeen betekent dat de zwakkere partij als gevolg daarvan slechts geen recht verkrijgt op een deel van het vermogen, dat tijdens het huwelijk door de andere echtgenoot werd verkregen. Voor het vaststellen van een 'extreem ongunstige positie' is echter nodig dat een van de echtgenoten zijn rechten op het door hem/haar verkregen vermogen prijsgeeft. Omdat de rechter bij de invulling van het begrip 'extreem ongunstige positie' een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft, is een succesvol beroep hierop in geval van koude uitsluiting onder omstandigheden niet uitgesloten. Daarbij kan men denken aan de situatie dat een van de echtgenoten tijdens het sluiten van de huwelijkse voorwaarden geen betaald werk verricht wegens de zorg voor kinderen of andere familieleden en daardoor de koude uitsluiting haar/hem voor hem/haar extreem ongunstig uitpakt. Een dergelijke uitspraak is tot dusver niet gedaan,[119] maar niets staat de toewijzing van zo'n verzoek in de weg.

Het beroep op vernietiging moet worden gedaan binnen een jaar vanaf het moment waarop de eisende partij bekend is geworden, of bekend had moeten worden, met de omstandigheden die aan de vernietigbaarheid van de transactie

---

[116] Richtlijn van de Plenaire Vergadering van het Opperste Gerechtshof van de Russische Federatie No. 15 van 5 november 1998 *Betreffende de toepassing door rechters van de wetgeving tijdens de beslechting van de echtscheidingszaken* (Постановление Пленума Верховного Суда РФ *О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака*), *Бюллетень Верховного Суда РФ*, 1999, №. 1, item 7, p. 15.

[117] O. Nizemarva, Договорно ерегулирование имущественных отношений в семье (Contractuele regulering van de vermogensrechtelijke verhoudingen in het gezinsverband), Kazan, Taglimat, 2005. p. 127.

[118] E. Tchefranova, Имущественные отношения супругов (Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten), Ekmo, Moskou, 2008, 157.

[119] Rusland heeft geen traditie van het publiceren van de rechtspraak.

ten grondslag worden gelegd (art. 181 Russisch BW). In geval van vernietiging van huwelijkse voorwaarden is het aannemelijk dat het begin van de verjaringstermijn samenvalt met het moment van de sluiting van de huwelijkse voorwaarden. In het geval dat slechts enkele bepalingen van de huwelijkse voorwaarden extreem ongunstig voor een van de echtgenoten zijn, is partiële vernietiging mogelijk.

Aanpassing of ontbinding van huwelijkse voorwaarden wegens veranderde omstandigheden

De tweede mogelijkheid tot billijkheidscorrectie achteraf is gelegen in de bevoegdheid van de rechter om huwelijkse voorwaarden aan te passen of te ontbinden indien de omstandigheden na het sluiten daarvan onvoorzien zijn veranderd. Deze correctiemogelijkheid houdt verband met het langdurige karakter van huwelijkse voorwaarden. Art. 43 lid 2 verwijst naar de algemene regels van het Russische BW inzake de aanpassing en vernietiging van overeenkomsten door de rechter, onder andere naar art. 451 inhoudende regels voor aanpassing wegens onvoorziene verandering van omstandigheden (*imprévision*).

Lid 2 van dit artikel vereist voor een dergelijke rechterlijke interventie dat cumulatief aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- De verandering van de omstandigheden is substantieel;
- Partijen gingen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst ervan uit dat een dergelijke verandering van de omstandigheden zich niet zou voordoen;
- De verandering is veroorzaakt door omstandigheden die de eisende partij niet kon voorkomen, althans niet door te handelen met de mate van zorgvuldigheid die normaal van haar kon worden verwacht gezien de aard van de overeenkomst en de regels van het zakelijk verkeer;
- De uitvoering van de overeenkomst zonder aanpassing zou de balans van de vermogensrechtelijke belangen van de partijen zodanig verstoren, dat de eisende partij zodanige schade zou leiden dat hij in aanzienlijke mate het belang zou mislopen, waarop hij tijdens het sluiten van de overeenkomst heeft gerekend;
- De aard van de overeenkomst en de regels van het zakelijk verkeer brengen niet mee dat het risico van de betreffende verandering van de omstandigheden voor rekening van de eisende partij behoort te komen.

De duidelijke toespitsing van deze regel op commerciële overeenkomsten, kenbaar door de verwijzingen naar de regels van het zakelijk verkeer en de verdeling van risico's, heeft geleid tot een discussie in de familierechtelijke literatuur over de toepasbaarheid van deze bepaling op huwelijkse voorwaarden. Sommige auteurs twijfelen daarover. Andere auteurs achtten art. 451 onverkort

toepasbaar op huwelijkse voorwaarden. Weer anderen suggereren dat art. 451 wegens het bijzonder karakter van huwelijkse voorwaarden op een meer soepele manier moet worden toegepast.[120] Zij stellen dat in geval van huwelijkse voorwaarden de eisen voor aanpassing of ontbinding moeten worden beperkt tot de verandering van de financiële en familiale positie van de partijen.[121]
Deze onduidelijke situatie vindt zijn oorsprong in bepaalde bijzonderheden in het totstandkomingsproces van het Familiewetboek, in het bijzonder in een aanvaring tussen de door het Parlement benoemde ontwerpers van het Familiewetboek en de presidentiële administratie.

De ontwerpers van het Familiewetboek van 1995 waren de opvatting toegedaan dat de regels van art. 451 Russisch BW zijn gemaakt voor commerciële overeenkomsten, en niet geschikt om te dienen om als grondslag voor een rechterlijke billijkheidscorrecte van huwelijkse voorwaarden. In overeenstemming daarmee bevatte de oorspronkelijke versie van het Familiewetboek een bijzondere bepaling, analoog aan de regel van art. 101 lid 4, die de gerechtelijke aanpassing en ontbinding van alimentatieovereenkomsten regelde. Deze bepaling luidde als volgt: 'De rechter is bevoegd om op verzoek van een van de echtgenoten de huwelijkse voorwaarden aan te passen of te ontbinden ingeval deze door een substantiële verandering van de financiële of familiale situatie van partijen voor een van de partijen extreem ongunstig zijn geworden.' Nadat het wetboek door beide kamers van het Parlement was aangenomen en ter ondertekening aan de President werd aangeboden, maakten de juristen van de presidentiële administratie bezwaar tegen deze bepaling. Hun argument was dat een bepaling van het Familiewetboek niet met een bepaling van het BW mag strijden, omdat het Familiewetboek van lagere rang is dan het BW.[122] De ontwerpers stelden hiertegenover dat het hier om een *lex specialis* ging, noodzakelijk wegens het bijzondere karakter van huwelijkse voorwaarden, in het bijzonder het langdurige karakter daarvan. Ter onderbouwing daarvan werd als argument aangevoerd dat tijdens de duur van de werking van de huwelijkse voorwaarden een van de echtgenoten arbeidsongeschikt of werkloos kan worden, partijen meerdere kinderen kunnen krijgen, of de verhouding tussen de inkomsten van de partijen zodanig kan veranderen, dat onveranderde huwelijkse

[120] Voor een overzicht van literatuur zie: E. Tchefranova, *Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten* 2008, p. 155-158.
[121] E. Kulagina, Commentaar op art. 43, in: *Het commentaar op het familiewetboek van RF*, Netchaeva A. (red.), Uright, Moscou, 2008, p. 159.
[122] Volgens de ingewikkelde regels van hiërarchie van wetten binnen de Russische Federatie, behoort het BW tot de hoge rang van de Federale wetten, terwijl het Familiewetboek behoort tot een lagere rang van wetten die behoren tot de gemengde competentie van de Russische Federatie en de subjecten daarvan.

voorwaarden extreem nadelig voor een van de partijen kan uitpakken, zonder dat aan alle cumulatieve voorwaarden van art. 451 is voldaan.[123] De presidentiële administratie bleek niet gevoelig voor deze argumentatie en wilde niet wijken. Er dreigde een presidentieel veto voor het Familiewetboek in zijn geheel. Om dit te voorkomen hadden de ontwerpers van het Parlement geen andere keuze dan het gewraakte artikel te vervangen door een verwijzing naar de regels van het BW. Door middel van het Russische equivalent van een novelle werd deze aanpassing door het parlement geloodst. Als gevolg van deze gang van zaken is art. 451 Russisch BW ook van toepassing op huwelijkse voorwaarden.

In het licht van deze geschiedenis is het pleidooi voor een soepele toepassing van art. 451, in die zin dat bij huwelijkse voorwaarden de eisen voor aanpassing of ontbinding moeten worden beperkt tot de verandering van de financiële en familiale positie van de partijen, begrijpelijk, maar niet overeenstemming met de wet.[124] Meer op zijn plaats lijkt het pleidooi voor het alsnog invoeren van de geschrapte bijzondere regeling voor de gerechtelijke ontbinding en aanpassing van huwelijkse voorwaarden.[125]

4.2.2.3e Law in action

Aanvankelijk werd in de literatuur de vrees geuit dat de toekenning aan de rechter van een ruime discretionaire bevoegdheid om het begrip 'extreem ongunstige positie' nader in te vullen, het functioneren van het instituut van de huwelijkse voorwaarden ernstig zou kunnen belemmeren.[126] Tot dusver zijn er geen aanwijzingen dat deze vrees gegrond is.
De onduidelijkheid over juiste toepassing van de regels inzake onvoorziene omstandigheden – ruim of rigide – heeft geleid tot een voorzichtige opstelling van notarissen, die het zekere voor het onzekere nemen en hun cliënten erop wijzen dat de huwelijkse voorwaarden in de toekomst door de rechter aangepast zouden kunnen worden, en adviseren om daarmee bij voorbaat rekening te houden.[127] Dit heeft gevolgen voor de sluiting van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, omdat dergelijke huwelijkse voorwaarden bij een

[123] M.V. Antokolskaia, *Familierecht*, 2010, p. 215-216.
[124] E. Tchefranova, Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten, 2008, p. 158; M.V. Antokolskaia, Familierecht, 2010, p. 216.
[125] E. Tchefranova, Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten, 2008, p. 158; M.V. Antokolskaia, Familierecht, 2010, p. 216.
[126] L. Maksimovich, Брачный договор в российском праве (Huwelijkse voorwaarden in het Russische recht), Os'-89, Moskou, 2003, p. 131.
[127] E. Tchefranova, Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten, 2008, p. 155-158.

soepele toepassing van art. 451 Russisch BW al snel zouden kunnen worden aangetast, bijvoorbeeld indien een van de partijen zijn baan heeft opgegeven om voor de kinderen te zorgen.
Voorts werd de zorg geuit dat de rechter, die de mogelijkheid ziet afgesneden om extreem onbillijke huwelijke voorwaarden te corrigeren omdat niet aan de cumulatieve eisen van art. 451 lid 2 BW is voldaan, de huwelijkse voorwaarden zal vernietigen door de oneigenlijke toepassing van art. 44 lid 2 Familiewetboek op situaties waarin een van de partijen pas ***na*** het sluiten van de huwelijkse voorwaarden in een extreem ongunstige positie terecht is gekomen.[128] Dat zou onwenselijk zijn vanwege de bedreiging die daarvan zou uitgaan voor de belangen van derden (crediteuren). Dit in verband met het feit dat aan vernietiging, anders dan aan aanpassing of ontbinding, terugwerkende kracht toekomt.

4.2.2.3f Conclusies

De Russische mechanismen voor billijkheidscorrectie kunnen niet makkelijk dienen als inspiratie voor de Nederlandse wetgever. De eerste mogelijkheid voor billijkheidscorrectie – de mogelijkheid om vernietiging van de huwelijkse voorwaarden te vorderen indien deze ten tijde van de sluiting daarvan een van de partijen in een extreem ongunstige positie plaatsen – moet vooral worden begrepen tegen de achtergrond van de zeer ruime contractuele vrijheid die partijen is gegund onder Russisch recht. In Rusland kunnen partijen immers al het bestaande of toekomstige vermogen van een van de partijen door middel van huwelijkse voorwaarden aan de andere partij overdragen. De meeste andere stelsels, inclusief het Nederlandse, staan dergelijke schenkingen door middel van huwelijkse voorwaarden niet toe en hebben bijgevolg ook geen behoefte aan bescherming daartegen.[129]
De tweede mogelijkheid voor billijkheidscorrectie – de mogelijkheid van rechterlijke aanpassing of ontbinding van huwelijkse voorwaarden wegens onvoorzien veranderde omstandigheden – zoals deze momenteel is vormgegeven, bestaat in wezen reeds in alle continentale stelsels, en is derhalve niet interessant voor overname. De regeling zoals voorzien in het oorspronkelijke ontwerp van het Familiewetboek daarentegen is wél interessant. De rechterlijke bevoegdheid om huwelijkse voorwaarden aan te passen of te ontbinden indien deze door veranderde financiële of familiale situatie van partijen voor een van de partijen extreem ongunstig zijn geworden, komt neer op een ruime

[128] E. Tchefranova, Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten, 2008, p. 157, noot 2.
[129] Vgl. de afschaffing in 2003 (bij de invoering van het nieuwe erfrecht) van de mogelijkheid tot het doen van schenkingen bij huwelijkse voorwaarden.

mogelijkheid van een billijkheidscorrectie. Deze houdt volledig rekening met het bijzondere karakter van huwelijkse voorwaarden – de nauwe verbondenheid met persoonlijke relaties en het langdurige karakter en alle omstandigheden zich die tijdens deze lange periode kunnen voordoen. Deze ruime billijkheidscorrectie is geïnspireerd op het Anglo-Amerikaanse recht, en wijkt sterk af van de continentale traditie om ook huwelijkse voorwaarden te bezien vanuit het principe 'contract is contract'. Een keuze door Nederlandse wetgever voor overneming van deze mogelijkheid van een billijkheidscorrectie zou dan ook een wezenlijke koerswijziging vormen.[130]

4.2.2.4 Zweden

4.2.2.4a Algemene informatie

Wetgeving: Het Huwelijkswetboek[131] (*Äktenskapsbalken*) van 1987, van kracht sinds 1 januari 1988.
Wettelijk huwelijksgoederenregime: uitgestelde gemeenschap van goederen gebaseerd op algehele gemeenschap

4.2.2.4b Historische achtergrond

Het wettelijke stelsel van uitgestelde gemeenschap van goederen is in Zweden geïntroduceerd door het Huwelijkswetboek van 1920. Deze stap werd genomen in het kader van de zogenaamde 'Scandinavische samenwerking' die formeel in 1910 begon, toen Noorwegen, Zweden en Denemarken tegelijkertijd ieder een *Law Commission* benoemden met de opdracht om de noodzakelijk geachte hervorming van de familierechtelijke wetgeving in de Scandinavische landen zo eenvormig mogelijk uit te voeren. In dit kader werd in Zweden in 1920, in IJsland in 1923, in Denemarken in 1925, in Noorwegen 1927 en in Finland in 1929 het oude regime van gemeenschap van goederen onder beheer van de man vervangen door een nieuw stelsel van uitgestelde gemeenschap van goederen met gelijke rechten voor beide echtgenoten.[132] Dit regime kan in grote lijnen worden beschreven als een uitgestelde gemeenschap, gebaseerd op een algehele gemeenschap van goederen: zolang het huwelijk duurt, blijft elk van de echtgenoten eigenaar van zijn eigen vermogen. Op het moment dat het huwelijk eindigt, worden alle voor en tijdens het huwelijk om baat en om niet verkregen

[130] Wij willen daarmee niet zeggen dat een dergelijke keuze geen overweging verdient, integendeel.

[131] Overal waar in dit hoofdstuk zonder nadere aanduiding wordt verwezen naar wetsartikelen, betreft het artikelen van deze wet.

[132] Voor een overzicht van de literatuur, zie: D. Bradley, *Family Law and Political Culture* Scandinavian Laws in Comparative Perspective. Sweet & Maxwell, London, 1996, p. 10-11.

goederen samengevoegd en gelijkelijk tussen de echtgenoten verdeeld.[133] Het Zweedse Huwelijkswetboek van 1987 liet dit regime in grote lijnen onveranderd. Toch vond men ook toen al dat in een tijdsperk waarin de helft van de huwelijken eindigt met een echtscheiding, een regime gebaseerd op algehele gemeenschap van goederen niet meer bij de tijd is. De Zweedse wetgever ging echter niet zo ver als de Noorse,[134] die in 1991 de voorhuwelijkse goederen en de goederen die tijdens het huwelijk om niet werden verkregen, buiten de gemeenschap heeft geplaatst.[135] Zweden introduceerde in plaats daarvan een correctiemechanisme dat de rechter een discretionaire bevoegdheid geeft om van gelijke verdeling af te zien indien deze tot onbillijke resultaten zou lijden. Tegelijkertijd werd ook een billijkheidscorrectie geïntroduceerd, dat de rechter de bevoegdheid geeft om eventuele onbillijke gevolgen van huwelijkse voorwaarden te matigen.

4.2.2.4c Wettelijk stelsel van goederen

Zoals gezegd, is het wettelijke stelsel van huwelijksgoederenrecht in Zweden de uitgestelde gemeenschap van goederen. Dit regime onderscheidt formeel slechts twee soorten vermogen: huwelijksvermogen en privévermogen. In werkelijkheid is de situatie ingewikkelder, aangezien voor de echtelijke woning en voor goederen die de gezamenlijke huishouding betreffen, een apart dwingendrechtelijk regime bestaat, dat dwars door deze categorieën heengaat.

Categorieën vermogen

Huwelijksvermogen. Hoofdstuk 7 sectie 1 van het Huwelijkswetboek bepaalt dat alle vermogen dat geen privévermogen is, als huwelijksvermogen wordt beschouwd. Het huwelijksvermogen omvat dus alle vóór en tijdens het huwelijk verkregen goederen, die niet vallen binnen een van de daarvan uitgezonderde categorieën, beschreven in sectie 2 van het desbetreffende hoofdstuk. Tijdens het huwelijk blijft het huwelijksvermogen eigendom van de echtgenoot die het in het huwelijk heeft ingebracht en hij/zij is bevoegd om dit zelfstandig te besturen. Voor vervreemding en bezwaring van de echtelijke woning en goede-

[133] Å. Malmström, 'Matrimonial Property Law in Sweden' in: W. Friedmann (ed.), *Matrimonial Property Law,* Stevens and Sons, London, 1955, p. 411.

[134] Een dergelijke wijziging is in Zweden nog steeds een onderwerp van discussie. M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Wallenga, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, http://www.ceflonline.net/-Reports/pdf3/Sweden.pdf, p. 5.

[135] T. Sverdrup, 'Maintenance as a Separate Issue – the Relationship Between Maintenance and Matrimonial Property', in: K.Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 127.

ren die de gezamenlijke huishouding betreffen, gelden aparte regels. Als het huwelijk eindigt wordt het huwelijksvermogen tussen de echtgenoten verdeeld.

Privévermogen wordt gevormd door vermogensbestanddelen die vallen binnen een van de categorieën van hoofdstuk 7 sectie 2. Dit zijn achtereenvolgens:

(1) property which is separate in consequence of a marital property agreement,
(2) property which a spouse has received as a gift from someone other than the other spouse on condition that it be the separate property of the recipient,
(3) property which a spouse has received by testamentary disposition on condition that it be the separate property of the recipient,
(4) property which a spouse has taken as heir and which under the will of the deceased is to be the separate property of the recipient,
(5) property which a spouse has received under a beneficiary clause of a life, personal accident or permanent health insurance policy or a pension savings scheme as provided for in the Individual Pension Savings Act (1993:931), entered into by someone other than the other spouse on condition that the property be the separate property of the recipient,
(6) property which has taken the place of property referred to in subsections (1)-(5), unless otherwise provided by the juristic act on the basis of which the property is separate.

Verder geeft dit artikel aan dat inkomsten uit privévermogen ook in het privévermogen vallen.
De belangrijkste kenmerken van privévermogen zijn dat echtgenoot-eigenaar daarover vrijelijk kan beschikken en dat het aan het einde van het huwelijk niet verdeeld wordt. Belangrijke uitzonderingen op deze regel zijn de echtelijke woning en de goederen die de gezamenlijke huishouding betreffen.

Echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding. De echtelijke woning is als volgt gedefinieerd in hoofdstuk 7 sectie 7 van het Huwelijkswetboek:

(1) real property owned or held under an indefinite period lease by the spouses or one of them, if there is a building on the property which is intended as the joint home of the spouses and the property is held mainly for this purpose,

(2) real property which the spouses or one of them has the right to use in association with a building on the property owned by the spouses or one of them, if the building is intended as the joint home of the spouses and the property is held mainly for this purpose,
(3) a building or part of a building which the spouses or one of them holds on the basis of a tenancy, a tenant-owner (condominium) right or any similar right, if the building or the part of the building is intended as the joint home of the spouses and is held mainly for this purpose,
(4) a building or part of a building to which the spouses or one of them has a future right to acquire a tenant-owner (condominium) right under an advance agreement as referred to in Chapter 5 of the Tenant Owner Act (1991:614), if that right relates to a dwelling which when the agreement was entered into was intended to be the joint home of the spouses and to be held mainly for this purpose.

Hetzelfde artikel definieert goederen betreffende de gezamenlijke huishouding als: meubilair, huishoudelijke apparaten, en andere stoffelijke objecten, bestemd voor het gebruik in de gezamenlijke huishouding. Huishoudelijke goederen bestemd voor gebruik door slechts een van de echtgenoten vallen buiten deze categorie.
Verder wordt in dit artikel gespecificeerd dat woningen en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding die vooral gebruikt worden voor recreatie, niet worden aangemerkt als echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding.
De speciale status van de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding vormt een onderdeel van een dwingendrechtelijk *régime primaire* dat niet door middel van huwelijkse voorwaarden kan worden opzijgezet. Ongeacht of de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding tot huwelijks- dan wel privévermogen behoren, kan de ene echtgenoot daarover niet zonder toestemming van de andere echtgenoot beschikken (hoofdstuk 7 sectie 5). Het is wel mogelijk om bij weigering vervangende toestemming van de rechter te vragen (hoofdstuk 7 sectie 8). Het vereiste van toestemming van de andere echtgenoot is niet van toepassing indien de woning of de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding tot het privévermogen van een van de echtgenoten behoren als gevolg van een uitsluitingsclausule van een donateur of een erflater (hoofdstuk 7 sectie 5). Het vereiste is wel van toepassing voor de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding die privévermogen zijn geworden krachtens huwelijkse voorwaarden.

Een ander belangrijk kenmerk van de aparte dwingendrechtelijke status van de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding, is gelegen in de speciale regels voor toewijzing/verdeling daarvan.

Verdeling in geval van echtscheiding

De verdeling die plaatsvindt bij echtscheiding kan ook staande huwelijk plaatsvinden als de echtgenoten daarover overeenstemming hebben bereikt (hoofdstuk 9 sectie 1). Alle vermogen dat de status heeft van huwelijksvermogen is object van de verdeling. De twee delen van het huwelijksvermogen, bestaande uit de goederen die tijdens het huwelijk eigendom van de man respectievelijk de vrouw waren, worden nu samengebracht (dit is geen boedelmenging in goederenrechtelijke zin, maar slecht een methode van berekening) en verdeeld. De verdeling begint met *disclosure* van alle vermogensbestanddelen, behorende tot het huwelijksvermogen, gevolgd door de waardering daarvan, en het uitrekenen van de aandelen van beide echtgenoten (hoofdstuk 11 sectie 1).

A. Verdeling bij onderlinge overeenstemming

Het uitgangspunt is dat de verdeling geschiedt bij onderlinge overeenstemming door de echtgenoten zelf.[136] Bij verdeling op basis van onderlinge overeenstemming zijn de echtgenoten vrij om van het principe van gelijke verdeling af te wijken, om het privévermogen geheel of gedeeltelijk in de verdeling te betrekken, of het huwelijksvermogen geheel of gedeeltelijk van verdeling uit te sluiten.[137] De verdeling is een private rechtshandeling van de echtgenoten die geen inmenging van de autoriteiten vereist. De echtgenoten kunnen de verdeling zelf bewerkstelligen door middel van het ondertekenden van een document, dat vervolgens ter registratie naar het gerecht kan worden gestuurd en in de Officiële Zweedse Gazette wordt gepubliceerd (hoofdstuk 13 sectie 6).[138] Als de verdeling te ingewikkeld is, kunnen de echtgenoten deskundige hulp inroepen.[139]

[136] J. Schiratzki, National Report 'Sweden', in: Consortium Asser-UCL, *Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law*, European Commission, 2003, http://ec.europa.eu/justice_home/-doc_centre/civil/studies/doc/regimes/swedish, p. 16.

[137] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 25-26.

[138] Deze kennisgeving is van belang omdat schuldeisers de verdeling vanaf drie jaar na de kennisgeving niet meer kunnen aanvechten.

[139] Ibid, p. 26.

B. Rechterlijke verdeling

Als de echtgenoten het niet eens kunnen worden, kunnen ze naar de rechter stappen. De rechter benoemt vervolgens een *property division executor (bodelningsförrättare)* die de geschillen oplost en de verdeling uitvoert in overeenstemming met de wettelijke regels van hoofdstuk 17 sectie 6. Voor deze verdeling vormt gelijke verdeling de maatstaf. Aan de hand van de aandelen van de echtgenoten in het huwelijksvermogen wordt het vermogen tussen de echtgenoten verdeeld door middel van toewijzing van 'porties'. Daarbij is elk van de echtgenoten gerechtigd om de vermogensbestanddelen die tijdens het huwelijk 'zijn' of 'haar' huwelijksvermogen vormden in zijn 'portie' te houden (hoofdstuk 13 sectie 1). Als de waarde van de goederen van een van de echtgenoten meer bedraagt dan zijn aandeel (meer van de helft van het totale huwelijksvermogen), kan deze echtgenoot zelf bepalen of, en zo ja welke, goederen aan de andere echtgenoot worden overgedragen, dan wel of daarvoor een financiële compensatie wordt gegeven.

C. Verdeling van de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding

Voor verdeling van de echtelijke woning en huishoudelijke goederen gelden bijzondere regels, die zijn opgenomen in hoofdstuk 11 sectie 8:

> The spouse most in need of the spouses' joint dwelling or household goods shall be entitled to receive this property, with a corresponding deduction from his or her portion or, if it is of little value, without such a deduction. However, this entitlement shall not apply if the property is the separate property of the other spouse under Chapter 7, Section 2, first paragraph, subsections (2)-(4). Further, a spouse may only take over a dwelling or household goods belonging to the other spouse provided that it can be considered reasonable for the first-mentioned spouse to do so, having regard to the overall circumstances.
> If the property is security for a claim which carries a preferential right in the property, a further condition for it to be taken over is that the other spouse shall be relieved of responsibility for the claim or that funds to pay it shall have been placed in safe custody.
> When one spouse has died, the first paragraph shall only apply in favour of the surviving spouse.

Dit betekent dat de echtelijke woning en de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding, ongeacht de titel van het eigendom, worden toegewezen aan de echtgenoot die het meest behoefte aan deze objecten heeft. In de regel is dat de echtgenoot bij wie de kinderen blijven wonen, maar ook andere factoren zoals gezondheid, leeftijd en de mogelijkheid om een nieuwe woning te krijgen

wegen mee.[140] Deze regeling kent zijn eigen billijkheidscorrectie: de genoemde echtgenoot kan de woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding slechts overnemen wanneer dit, gezien alle omstandigheden van het geval, niet onredelijk is. De woning en de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding worden toegewezen tegen een vergoeding, tenzij de overbedeling gering is. Deze vergoeding kan worden gespreid over een lange periode.[141] Deze regels zijn niet van toepassing indien de woning of de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding tot het privévermogen van een van de echtgenoten behoren als gevolg van een uitsluitingsclausule gemaakt door een donateur of een erflater. Maar wanneer de woning of de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding door huwelijkse voorwaarden de status van privévermogen van een van de echtgenoten hebben gekregen, gelden deze regels wel.

D. Billijkheidscorrectie

De wet geeft de mogelijkheid om van het principe van gelijke verdeling af te wijken wanneer het, gezien de duur van het huwelijk, de financiële situatie van de echtgenoten en alle overige omstandigheden van het geval, onredelijk is dat een van de echtgenoten zoveel vermogen aan de andere moet overdragen als bij gelijke verdeling het geval zou zijn. In zo'n geval kan de echtgenoot voor wie de gelijke verdeling onredelijk zou uitpakken, meer van zijn vermogen overhouden (hoofdstuk 12 sectie1). Deze regel wordt vooral toegepast als een billijkheidscorrectie op de algehele gemeenschap van goederen waarop het Zweedse stelsel van uitgestelde gemeenschap is gebaseerd. Deze correctie kan zowel door de *executor* als door de rechter worden toegepast.[142] In de *travaux préparatoires* staat een zogenoemde 'vijfstappenregel',[143] die de mogelijkheid geeft om de duur van het huwelijk in de verdeling te verdisconteren. Hiermee moet een eventuele echtscheiding 'om het geld' na een kortdurend huwelijk de pas worden afgesneden.[144] Volgens deze vijfstappenregel wordt voor elk jaar dat het huwelijk duurt, een vijfde van al het huwelijksvermogen bij het te verdelen vermogen gevoegd.[145] Na 1 jaar huwelijk wordt dus een vijfde deel, na 2 jaar twee vijfde deel, na 3 jaar drie vijfde deel, na 4 jaar vier vijfde deel en na 5 jaar het geheel van het huwelijksvermogen verdeeld. Deze regel is niet van

[140] Ibid, p. 27-28.
[141] Ibid, p. 27-28.
[142] Ibid, p. 30.
[143] Governmental Bill, Prop 1986/87:1 (*Äktenskapsbal* m.m.,) p. 187.
[144] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 30.
[145] J. Schiratzki, National Report 'Sweden', European Commission, 2003, p. 18.

toepassing op de verdeling van de echtelijke woning en de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding, omdat de bijzondere regels die daarbij gelden reeds een eigen billijkheidscorrectie inhouden.[146]

Verdeling in geval van overlijden

Als het huwelijk eindigt door het overlijden van een van de echtgenoten, zijn de regels sterk gericht op bescherming van de langstlevende echtgenoot. De verdeling vindt plaats tussen de langstlevende echtgenoot en de (overige) erfgenamen van de overledene. De langstlevende echtgenoot heeft het recht om te verlangen dat geen verdeling zal plaatsvinden en beide partijen hun vermogen behouden. Op die manier kan de langstlevende echtgenoot het eigen huwelijks-vermogen veiligstellen. De langstlevende echtgenoot kan de verdeling ook tot een deel van het vermogen beperken. Als wel een verdeling plaatsvindt, is de maatstaf dezelfde als ingeval van echtscheiding, namelijk gelijke verdeling (hoofdstuk 12, sectie 2). De bijzondere regels voor de verdeling van de echtelijke woning en de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding gelden ook bij overlijden.

4.2.2.4d Contractueel regime

Algemeen

Hoofdstuk 7 sectie 3 van het Huwelijkswetboek bepaalt het volgende:

> By means of a marital property agreement, spouses or prospective spouses may determine that property belonging or accruing to either of them is to be that person's separate property. By means of a new agreement, spouses may determine that such property is to be marital property.

De wet staat echtgenoten en aanstaande echtgenoten toe om huwelijkse voorwaarden te maken. Dat kan vóór het huwelijk of op elk moment tijdens het huwelijk. Huwelijkse voorwaarden die vóór het huwelijk zijn gemaakt, zijn van toepassing vanaf het moment van de registratie van het huwelijk, mits zij binnen één maand vanaf het sluiten van het huwelijk bij het gerecht zijn geregistreerd. Als de registratie op een later moment plaatsvindt, gelden de huwelijkse voorwaarden vanaf het moment van registratie. Ook huwelijkse voorwaarden die

[146] De bijzondere regels voor verdeling van echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding zijn slechts van toepassing 'provided that it can be considered reasonable for the first-mentioned spouse to do so, having regard to the overall circumstances.'

tijdens het huwelijk zijn aangegaan, gelden vanaf het moment van de registratie bij het gerecht.[147]

Controle vooraf

Het Zweedse stelsel kent nagenoeg geen controle of voorlichting vooraf.

A. Disclosure

De wet vereist geen *disclosure* of beschrijving van vermogens van de echtgenoten voorafgaand aan het maken van de huwelijkse voorwaarden.[148]

B. Vormvoorschriften

Huwelijkse voorwaarden moeten op schrift worden gesteld, en vervolgens worden ondertekend door beide (aanstaande) echtgenoten en geregistreerd bij het gerecht (hoofdstuk 7 sectie 3). De registratie geschiedt op basis van toezending van de tekst van de huwelijkse voorwaarden aan het gerecht. De echtgenoten verschijnen niet persoonlijk voor de ambtenaren van het gerecht. Het gerecht oefent uitsluitend een formele controle uit en ziet er slechts op toe dat alle formele vereisten zijn nageleefd. Het Opperste Gerechtshof van Zweden heeft in een arrest uit 1997 benadrukt dat het niet de taak van het gerecht is om op het effect van de huwelijkse voorwaarden in te gaan.[149] Het gerecht kan slecht op formele gronden de registratie weigeren, bijvoorbeeld omdat de inhoud buiten de grenzen valt die zijn voorgeschreven door hoofdstuk 7 sectie 3,[150] dat wil zeggen dat de echtgenoten iets anders hebben bedongen dan het bepalen van de status van alle of bepaalde goederen als privé- dan wel huwelijksvermogen. Verder is het gerecht niet gehouden om zich over de inhoud van de huwelijkse voorwaarden te bekommeren. Appelrechters hebben weigering van registratie, op basis van het oordeel dat de inhoud van de overeenkomst onvoldoende duidelijk was of moeilijk te interpreteren, als ongeoorloofd aangemerkt.[151]
Het bovenstaande betekent dat gerechtelijke registratie geen garantie is voor de geldigheid van de huwelijkse voorwaarden. In het kader van de scheidings-

[147] J. Schiratzki, National Report 'Sweden', European Commission, 2003, p. 11.
[148] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 34.
[149] Beslissing van het Opperste Gerechtshof van Zweden, NJA, 1997, p. 37. Geciteerd in: M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, op p. 33.
[150] Ibid.
[151] RH 1985:95 en RH 1992: 49. Geciteerd in: M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, op p. 33.

procedure kan een van de echtgenoten de geldigheid van de huwelijkse voorwaarden aanvechten. In de Zweedse literatuur is deze situatie bekritiseerd, omdat registratie bij de partijen valse verwachtingen wekt, namelijk de verwachting dat de registratie garant staat voor de geldigheid van de huwelijkse voorwaarden. In werkelijk ontbreekt die garantie, omdat een toetsing van de inhoud van de overeenkomst die verder gaat dan hetgeen voortvloeit uit hoofdstuk 7 sectie 3, niet behoort tot de competentie van het gerecht.[152]
Na de registratie stuurt het gerecht de huwelijkse voorwaarden naar het Centrale huwelijksregister van Zweden (hoofdstuk 16 ces. 3 en 1). De inhoud van de huwelijkse voorwaarden wordt niet gepubliceerd.

C. Voorlichting en controle

Zweedse (aanstaande) echtgenoten zijn niet verplicht om zich vóór of tijdens het sluiten van huwelijkse voorwaarden te laten voorlichten. Zweden kent geen notarieel stelsel zoals dat bestaat in Nederland en andere landen met een *civil law*-systeem. Veel (aanstaande) echtgenoten zoeken op eigen initiatief juridisch advies, maar anderen nemen genoegen met de standaardvormen die zijn te vinden in folders en op het internet.[153] Ook het gerecht dat de huwelijkse voorwaarden registreert, heeft niet de verantwoordelijkheid (noch de mogelijkheid) om partijen voorlichting te geven.[154]

Inhoud

In Zweden zijn de keuzemogelijkheden van (aanstaande) echtgenoten met betrekking tot de inhoud van hun huwelijkse voorwaarden nogal beperkt. Zij kunnen slechts afspreken dat bepaalde of alle vermogensbestanddelen de status van privévermogen krijgen, of andersom, dat bepaalde of alle vermogensbestanddelen de status van huwelijksvermogen krijgen. Het is bijvoorbeeld gebruikelijk om door middel van huwelijkse voorwaarden de voorhuwelijkse goederen en/of goederen die door erfenis of schenking zijn verkregen, de status van privégoederen te geven.[155] De echtgenoten kunnen tijdens het huwelijk, door het maken van de nieuwe of aanvullende huwelijkse voorwaarden, de status van het hele vermogen of bepaalde bestanddelen daarvan veranderen. De echtgenoten mogen vooralsnog niet bepalen dat het regime van uitgestelde gemeenschap wel van toepassing is als het huwelijk door overlijden eindigt,

[152] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 34.
[153] Ibid.
[154] Ibid.
[155] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 36.

maar niet als het door echtscheiding wordt ontbonden.[156] De echtgenoten kunnen geen ander huwelijksgoederenregime kiezen en dus bijvoorbeeld geen beperkte gemeenschap van goederen, noch een verrekenstelsel.
Wanneer in de huwelijkse voorwaarden wordt bepaald dat alle vermogen de status van privévermogen krijgt, komt dit neer op koude uitsluiting. In dit geval zal aan het einde van het huwelijk in beginsel geen verdeling plaatsvinden. In beginsel, omdat de dwingendrechtelijke status van de echtelijke woning en de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding niet door het contractuele regime opzijgezet wordt. Als gevolg daarvan kan de echtgenoot die het meest behoefte heeft aan de echtelijke woning of goederen betreffende de gezamenlijke huishouding, de toewijzing of verdeling daarvan vorderen, zelf als deze objecten krachtens de huwelijkse voorwaarden tot het privévermogen van de andere echtgenoot behoren.[157] Volgens de *travaux préparatoires* moet in dit geval wel extra rekening worden gehouden met een aantal omstandigheden zoals: de tijd die sinds het maken van de huwelijkse voorwaarden is verstreken, de reden waarom de huwelijkse voorwaarden zijn aangegaan, en hoe de financiële situatie van de echtgenoten zich sindsdien heeft ontwikkeld.[158]

Billijkheidscorrectie achteraf: aanpassing van huwelijkse voorwaarden

Hoofdstuk 12 sectie 3 voorziet in de mogelijkheid om huwelijkse voorwaarden aan te passen of geheel of gedeeltelijk opzij te zetten

> 'if a term of the marital property agreement is unreasonable in view of the subject matter of the agreement, the circumstances when it was drawn up, circumstances subsequently arising and the overall circumstances.'

Deze mogelijkheid is pas in 1987 ingevoerd, de oude wet voorzag hier niet in. Volgens de oude wet golden voor aantasting van huwelijkse voorwaarden de algemene regels van het contractenrecht.[159] Volgens onze respondent, prof. Sverdrup,[160] werd een billijkheidscorrectie met betrekking tot huwelijkse voorwaarden in alle Scandinavische landen in ongeveer dezelfde periode geïntroduceerd, onder invloed van ontwikkelingen op het gebied van de

[156] In de Zweedse literatuur is dat als een wenselijke aanpassing van de wet voorgesteld. M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 5.
[157] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 28.
[158] Governmental Bill, Prop 1986/87:1 (*Äktenskapsbal* m.m.,) p. 180.
[159] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 37.
[160] Hoogleraar familierecht aan de Universiteit van Oslo.

arbeidsovereenkomst, consumentenhuur, particuliere verzekering en andere langdurende overeenkomsten met structureel ongelijke partijen. Hoewel deze ontwikkelingen in alle Europese landen hebben plaatsgevonden, hebben zij in Scandinavië relatief meer invloed op het algemene contractenrecht gehad. De aanhangers van de vrij invloedrijke theorie van '*social law of contract*' hebben opgeroepen tot een grondige herziening van het traditionele contractenrecht om dit een meer sociaal gezicht te geven.[161] Een van de uitgangspunten van de s*ocial law of contract* is dat het traditionele vormgeoriënteerde, inhoudsblinde contractenrecht niet beantwoordt aan de billijkheidseisen die door de moderne verzorgingsstaat worden gesteld.[162] Om dat te verhelpen, moeten de traditionele paradigma's van het contractenrecht, zoals de nadruk op vorm, een blind respect voor contractsvrijheid en partijautonomie, formele gelijkheid van partijen, de bindende kracht van overeenkomsten en het gebrek aan aandacht voor de relatie tussen partijen, plaatsmaken voor de nieuwe paradigma's van het sociale contractrecht. Deze nieuwe paradigma's zijn: nadruk op de inhoud, bescherming van de zwakkere partij, aandacht voor materiële ongelijkheid tussen de partijen, de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie en aandacht voor de relaties tussen de partijen.[163] Binnen de *social conract law* is een doctrine van '*social obstacles to performance*' ontwikkeld, volgens welke de persoonlijke omstandigheden van een van de partijen, die niet aan zijn schuld te wijten zijn (ziekte, werkloosheid, echtscheiding etc.), aan de onaangepaste uitvoering van de overeenkomst in de weg kunnen staan.[164]

Ondanks de invloed van de theorie van de *social law of contract* blijft het principe van 'contract is contract' diepgeworteld in het Zweedse rechtssysteem.[165] Uit respect voor de bindende kracht van huwelijkse voorwaarden, werd in de *travaux préparatoires* aangegeven dat de rechter van de mogelijkheid om huwelijkse voorwaarden opzij te zetten of aan te passen terughoudend gebruik moet maken.[166] Om dezelfde reden kreeg de mogelijkheid om huwelijkse voorwaarden aan te passen of opzij te zetten de laagste plaats in de hiërarchie van middelen die de rechter ter beschikking staan om een onbillijk resultaat te voorkomen. Dit betekent dat de rechter, voordat hij zijn toevlucht tot dit middel neemt, eerst moet beproeven of een billijk resultaat bereikt kan worden zonder aan de huwelijkse voorwaarden te tornen. Daarbij moet hij eerst proberen een

[161] C. Sandgren, 'A Social Law of Contract?', *37 Scandinavian Studies in Law*, 1993, p. 166 e.v.
[162] Ibid, p. 159.
[163] Ibid, p. 164-165.
[164] Ibid , p. 163-164.
[165] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 28.
[166] Governmental Bill, Prop 1986/87:1 (*Äktenskapsbal* m.m.,) p. 193-194.

billijk resultaat te bereiken door aanpassing van de verdeling van het huwelijksvermogen door toepassing van de billijkheidscorrectie van sectie 1 van hoofdstuk 12 (in geval van echtscheiding) of sectie 2 van hoofdstuk 12 (in geval van overlijden).[167] Pas als dit geen soelaas biedt, kan hij aantasting van de huwelijkse voorwaarden overwegen. De rechtspraak heeft deze aanbevelingen gevolgd, met als gevolg dat het beroep op sectie 3 inderdaad als een laatste remedie wordt beschouwd.[168]

Ingeval van koude uitsluiting vormt aanpassing of opzijzetting van de huwelijkse voorwaarden echter de enige remedie. De billijkheidscorrecties van de secties 1 en 2 helpen slechts de echtgenoot die zijn of haar **eigen** echtelijke vermogen wil behouden. Ze helpen niet in gevallen dat een billijk resultaat slechts kan worden bereikt door de economisch zwakkere echtgenoot een aandeel te geven in het vermogen van de **andere** echtgenoot. Bij koude uitsluiting vormen de vermogens van beide echtgenoten hun respectievelijke privévermogens. Veelal blijkt aan het eind van het huwelijk dat een van de echtgenoten veel vermogen heeft opgebouwd en de andere echtgenoot heel weinig. Acht men dit onbillijk, dan kan een remedie slechts gevonden worden in het aanpassen of opzijzetten van de huwelijkse voorwaarden en het overhevelen van een (deel) van het vermogen van de meer welvarende echtgenoot naar de minderbedeelde echtgenoot. Een richtinggevend arrest van het Opperste Gerechtshof uit 1993[169] laat zien hoe terughoudend de Zweedse rechters met die mogelijkheid omgaan. In deze zaak hadden de echtgenoten na 11 jaar huwelijk op initiatief van de man huwelijkse voorwaarden gemaakt die een koude uitsluiting inhielden. De vrouw had daarbij juridisch advies ingewonnen. Na nog eens 12 jaar huwelijk volgde een echtscheiding. Partijen hadden in totaal 23 jaar samengewoond en samen twee kinderen grootgebracht. Op het moment van het maken van de huwelijkse voorwaarden was het vermogen van de partijen heel gering, maar op moment van de echtscheiding had de man een aanzienlijk vermogen. De vrouw vroeg de rechter om de huwelijkse voorwaarden opzij te zetten of aan te passen. Het Opperste Gerechtshof besloot met 3 tegen 2 stemmen dat de huwelijkse voorwaarden onaangepast uitgevoerd moesten worden, omdat de bepalingen ervan niet onredelijk waren op moment van het

[167] Zie boven onder kopje verdeling.

[168] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, p. 37.

[169] NJA 1993, p. 583. Geciteerd in: M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, op p. 38.

maken ervan of in het licht van de latere ontwikkelingen.[170] Deze uitspraak is nadien bekritiseerd in de literatuur, maar gevolgd in de jurisprudentie.[171]

4.2.2.4e Conclusies

Het Zweedse recht geeft de (aanstaande) echtgenoten de mogelijkheid om door middel van huwelijkse voorwaarden te kiezen voor koude uitsluiting. Zowel vóór als bij het maken van de huwelijkse voorwaarden zijn er nagenoeg geen mechanismen die zwakkere partij zouden kunnen beschermen. De wet schrijft geen *disclosure* van goederen of voorlichting van partijen voor.
Als het huwelijk tot een einde komt en uitvoering aan de huwelijkse voorwaarden moet worden gegeven, biedt de wet twee mogelijkheden om eventuele onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te matigen:

1. Het eerste correctiemechanisme is indirect. Het ligt besloten in de dwingendrechtelijke status van de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding. De toewijzing van deze objecten is niet afhankelijk van de eigendomstitel en de wettelijke regeling kan niet door huwelijkse voorwaarden worden opzijgezet. De woning en de goederen betreffende de gezamenlijke huishouding gaan naar de echtgenoot die daaraan het meest behoefte heeft, in het geval van een gezin met kinderen bijna altijd naar de moeder, bij wie de kinderen veelal zullen verblijven.[172] Dat betekent dat deze, voor het gezin en vooral voor de kinderen belangrijkste objecten, als het ware aan de werking van de koude uitsluiting zijn onttrokken. Zij het niet in alle opzichten, want de toewijzing geschiedt wel tegen een vergoeding. De betaling van deze vergoeding kan echter over een langere periode worden gespreid.
2. Het tweede beschermingsmechanisme is de directe mogelijkheid om huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitluiding opzij te zetten of aan te passen, indien zij onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden ten tijde van het maken daarvan, de latere ontwikkelingen, en alle omstandigheden van het geval. Deze mogelijkheid wordt beschouwd als een belangrijke innovatie van het moderne Zweeds recht en is geen dode letter. Toch wordt deze mogelijkheid in de lijn met de *travaux préparatoires* door de rechtspraak zeer terughoudend gebruikt.

[170] Ibid.
[171] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, op p. 38.
[172] M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008, op p. 27.

Beide correctiemechanismen verdienen de aandacht van de Nederlandse wetgever. Een aparte dwingendrechtelijke status van de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding zou een deel van het probleem van onbillijke gevolgen van koude uitsluiting uit de wereld kunnen helpen, omdat het de echtgenoot met kinderen in staat stelt om de echtelijke woning met de inboedel over te nemen, ook wanneer deze vermogensbestanddelen formeel eigendom van de andere echtgenoot zijn. Wel verdient opmerking dat de meerderheid van de Zweedse vrouwen voltijds werkt, waardoor hun inkomsten minder dan in Nederland onderdoen voor die van de mannen, hetgeen ze vaker in staat stelt om de lasten van de overgenomen woning te dragen. Aan de andere kant zal in Nederland de uitbetaling van een vergoeding hiervoor en een eventuele hypotheek nogal eens in de hoogte van de partneralimentatie kunnen worden verdisconteerd (in Zweden komt partneralimentatie nauwelijks meer voor).
Ten tweede biedt het Zweedse recht een voorbeeld van een speciale billijkheidscorrectie, die de rechter een beperkte bevoegdheid geeft om onredelijke huwelijkse voorwaarden aan te passen of opzij te zetten, ingebed in een systeem dat, net als het Nederlandse, de bindende kracht van overeenkomsten als principieel uitgangspunt heeft. De Zweedse benadering zou gemakkelijker in het Nederlandse systeem kunnen worden ingepast dan een oplossing afkomstig uit een stelsel dat minder terughoudend is met de aantasting van overeenkomsten.

4.2.3 Samenvattende conclusies

4.2.3.1 Algemene trend: toenadering tussen *common law* en continentale stelsels

Bestudering van de Continentaal-Europese en een aantal *common law* jurisdicties laat zien dat op het gebied van regulering van huwelijkse voorwaarden sprake is van een toenadering van deze stelsels. Het traditionele beeld van een tweedeling tussen enerzijds de flexibele benadering van *common law*-landen, die geen bindende huwelijkse voorwaarden toelaten en de rechter discretionaire bevoegdheid geven om huwelijksvermogen aan het eind van het huwelijk naar billijkheid te realloceren, en anderzijds de rigide benadering van landen van continentaal Europa, die bindende huwelijkse voorwaarden toelaten en volgens het principe ‘contract is contract’ in beginsel onaantastbaar laten zijn, spoort niet meer met de werkelijkheid. In de *common law*-landen bestaat sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw een duidelijke trend om bindende huwelijkse voorwaarden mogelijk te maken, al blijft de rechter een grote discretionaire bevoegdheid houden om deze in geval van onbillijkheid aan te passen. In de landen van continentaal Europa bestaat een trend om huwelijkse voorwaarden in geval van extreme onbillijkheid door de rechter te laten aanpassen. Deze trend is

begonnen in de Scandinavische landen in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Op dit moment is deze nieuwe flexibele benadering waarneembaar in een toenemend aantal landen van continentaal Europa, waaronder zulke klassieke *civil law*-landen als Duitsland en Zwitserland, maar ook de Oost-Europese landen Hongarije, Litouwen, Oekraïne en Rusland. In alle landen behalve Duitsland, is de mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie verankerd in de wet. In Duitsland is deze mogelijkheid door de rechtspraak zelf gecreëerd. Ook verschillen deze landen aanzienlijk qua reikwijdte van de correctiemogelijkheid. In de Scandinavische landen, Duitsland en Zwitserland zijn de gronden voor de correctie vrij restrictief beschreven en heeft deze correctie duidelijk het karakter van een laatste remedie. De wetten van Rusland, Litouwen en Oekraïne daarentegen, bevatten een open norm die de rechter een ruime beoordelingsbevoegdheid biedt. Over het al dan niet uitzonderlijke karakter van de toepassing van deze bepalingen bestaat geen duidelijkheid. In Hongarije, dat zich momenteel in verband met de vernieuwing van het BW in een overgangsfase bevindt, bestaat grote onzekerheid over de omvang en de wijze van toepassing van de billijkheidscorrectie.

4.2.3.2 Instrumenten voor onbillijke gevolgen van koude uitsluiting

Met betrekking tot de matiging van onbillijke gevolgen van koude uitsluiting in geval van ontbinding van het huwelijk, kan op basis van de quickscan van de westerse landen en het nader onderzoek naar vier geselecteerde landen een aantal instrumenten worden genoemd die mogelijk ook voor Nederland bruikbaar zijn:

- Een wettelijke verplichting dat partijen voorafgaand aan het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden ieder *afzonderlijk* deskundig worden voorgelicht. De wet bevat een opsomming van onderwerpen die tijdens deze voorlichting aan de orde moeten komen. De deskundige die de voorlichting uitvoert, legt de inhoud daarvan in een verslag neer, ondertekent het en laat het ook door de voorgelichte partij ondertekenen. Eén exemplaar van het verslag wordt uitgereikt aan de voorgelichte partij, een ander wordt bewaard op het kantoor van de deskundige. De deskundige maakt een certificaat op en reikt dit uit aan de voorgelichte partij. Bij de ondertekening van huwelijkse voorwaarden moeten beide partijen aan de notaris een certificaat van hun eigen voorlichting overleggen aan de notaris.

Toelichting: in het merendeel van de Europese *civil law*-landen (België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Litouwen, Malta, Moldavië, Oekraïne, Oostenrijk, Polen, Portugal,[173] Rusland, Slowakije, Spanje, Tsjechië en Zwitserland) gaat de voorlichting, net als in Nederland, niet verder dan een verplichte voorlichting van beide partijen tezamen door een notaris. Deze wijze van voorlichting is voldoende voor het verschaffen van informatie over het juridische kader van de koude uitsluiting, maar biedt minder garanties tegen een verkeerde inschatting van de billijkheid van de gekozen oplossing. Om die reden is in *common law*-landen als Australië en Nieuw-Zeeland de voorlichting van partijen omkleed met meer materiële en procedurele waarborgen. Ten eerste krijgt elk van de partijen een **afzonderlijke voorlichting door een eigen onafhankelijke juridisch adviseur**. In Australië is het verkrijgen door elk van de partijen afzonderlijk van onafhankelijk juridisch advies een van de voorwaarden voor de bindende kracht van de huwelijkse voorwaarden. Dit niet alleen omdat Australië, zoals alle *common law*-landen, onbekend is met de figuur van de onafhankelijke, onpartijdige notaris. De achtergrond van het bedoelde vereiste is dat dit beide aanstaande echtgenoten in staat stelt om vrijelijk aan de deskundige alle vragen te kunnen stellen en alle eventuele zorgen en twijfels uit te spreken.
Ten tweede zou de wet een **lijst met onderwerpen** moeten bevatten die de adviseur tijdens de voorlichting verplicht aan de orde moet stellen. Deze lijst biedt een garantie tegen een te oppervlakkige voorlichting. In Australië moeten in het kader van het advies de volgende onderwerpen in elk geval aan de orde komen:

- Het effect van de huwelijkse voorwaarden op de rechten en verplichtingen van partijen;
- De vraag of de huwelijkse voorwaarden ten tijde van het verlenen van het advies in het voordeel van de betreffende partij zijn;
- De vraag of de huwelijkse voorwaarden ten tijde van het advies redelijk en billijk zijn in het licht van omstandigheden die de partijen redelijkerwijs kunnen voorzien.

Door dit lijstje samen met de adviseur te doorlopen, krijgt elk van de partijen een goed zicht, niet alleen op de juridische gevolgen van de keuze voor koude uitsluiting, maar ook op de economische gevolgen en de redelijkheid en billijkheid daarvan.

[173] In Portugal hebben de partijen de keuze tussen een notaris en een ambtenaar van de burgerlijke stand.

Ten derde moet de juridisch adviseur, nadat het advies is uitgebracht, de inhoud van de voorlichting in een **verslag** neerleggen, en een **certificaat** ondertekenen en aan de desbetreffende partij afgeven.

- Toekenning van een aparte, dwingendrechtelijke status aan de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding, indien tot het gezin minderjarige kinderen behoren. De rechter heeft daarbij de bevoegdheid om deze goederen na echtscheiding aan een van de echtgenoten of aan de echtgenoten samen in eigendom of (vrucht)gebruik toe te wijzen, ongeacht wie gerechtigd is tot deze goederen en ongeacht welke overeenkomsten partijen hieromtrent hebben gesloten. De toewijzing dient te geschieden aan de echtgenoot die daaraan het meest behoefte heeft, in het bijzonder in verband met de verzorging en opvoeding van de kinderen, al dan niet met een verplichting tot vergoeding ten bedrage van ten hoogste de waarde van het goed dat de andere echtgenoot ten gevolge van de uitoefening van deze bevoegdheid verliest.

Toelichting: dit mogelijke instrument is gebaseerd op de Zweedse regeling. Het stelt de echtgenoot met kinderen in staat om de echtelijke woning met de inboedel over te nemen, als deze formeel toebehoren aan de andere echtgenoot. Dat betekent dat deze voor het gezin en vooral voor de kinderen belangrijkste objecten als het ware aan de werking van de koude uitsluiting zijn onttrokken. De toewijzing kan tegen een vergoeding geschieden, die over een langere periode kan worden gespreid, al dan niet tegen betaling van rente.

- Een rechterlijke billijkheidscorrectie die de mogelijkheid biedt om huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij te zetten of aan te passen, indien deze onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden ten tijde van het maken daarvan, van latere ontwikkelingen, of van alle andere omstandigheden van het geval.

Toelichting: dit mogelijke instrument is gebaseerd op de Zweedse regeling. Ook het Noorse, Finse, Duitse, Zwitserse, Litouwse, Oekraïense, Russische en Australische recht bevatten de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie.

- De mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie in geval dat de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door veranderde omstandigheden extreem ongunstig zijn geworden voor de kinderen van partijen of voor de verzorgende ouder.

Toelichting: deze billijkheidscorrectie is een beperkte versie van de zojuist beschreven algemenere billijkheidscorrectie. Het gaat om de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie in specifieke gevallen, bijvoorbeeld wanneer binnen de relatie kinderen zijn geboren, of wanneer de kinderen of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijkse voorwaarden chronisch ziek of gehandicapt zijn geworden. Dit voorstel is gebaseerd op de Australische regelingen.

4.3 Oplossingen voor de vermogensrechtelijke problemen na scheiding van ongehuwd samenwonende partners: een rechtsvergelijkend perspectief

4.3.1 Quickscan van westerse landen

4.3.1.1 Onderzochte landen

Deze quickscan omvat nagenoeg alle Europese stelsels en een ruime selectie van andere westerse landen, onder andere Australië, Canada, Nieuw-Zeeland en de VS. Uit deze jurisdicties zijn die stelsels geselecteerd die een wettelijke regeling kennen van de vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwd/ongeregistreerd samenlevende partners die daarover geen overeenkomst hebben gesloten. Landen die de toepassing van een regeling inzake vermogensrechtelijke consequenties afhankelijk stellen van een registratie of van het sluiten van een overeenkomst, zijn buiten beschouwing gelaten. Eveneens buiten beschouwing zijn gelaten de (*common law*) stelsels die geen wettelijke regeling hebben voor de vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwde/ongeregistreerde samenleving, maar waarin de rechtspraak wel enige instrumenten heeft ontwikkeld om de negatieve gevolgen van het ontbreken van een dergelijke wettelijke regeling enigszins te corrigeren. Wel wordt in deze quickscan ingegaan op de 14 staten van de VS die, zonder een aparte wettelijke regeling te hebben voor de vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwde/ongeregistreerde samenleving, een duurzame ongehuwde samenleving beschouwen als een *common law marriage* en deze op gelijke voet behandelen met het formele huwelijk. In deze quickscan blijft het Nederlands-Antilliaanse recht buiten beschouwing, omdat dit recht al bij voorbaat is geselecteerd voor het nadere onderzoek na de quickscan.

4.3.1.2 Korte algemene opmerkingen

In de quickscan wordt vooral aandacht besteed aan de wijze waarop de beschreven landen twee dilemma's proberen op te lossen.
Het eerste dilemma heeft te maken met het zeer heterogene karakter van de groep van ongehuwd/ongeregistreerd samenlevende paren. Een voor ons onderwerp belangrijk verschil bestaat tussen de volgende drie categorieën:

- de al dan niet korte 'proefrelatie' zonder kinderen op jongere leeftijd;

- de stabiele huwelijksachtige relatie, al dan niet met kinderen;
- de relatie zonder kinderen van mensen op oudere leeftijd;

Het is duidelijk dat niet al deze personen op dezelfde wijze behoeven te worden beschermd. In de praktijk worden de selectiecriteria voor de te bieden bescherming vooral gezocht in een bepaalde definitie van de ongehuwd samenlevende paren waarop de bescherming van toepassing is.
Het tweede dilemma heeft te maken met het vinden van de juiste middenweg tussen de Scylla van het respect voor de autonomie van samenwonende paren die voor deze relatievorm hebben gekozen, en de Charybdis van het zonder bescherming laten van de zwakkere partij. De oplossing van dit dilemma wordt vooral gezocht in een beperking van de omvang van de geboden bescherming en in de mogelijkheid om de wettelijke regeling contractueel uit te sluiten (*opting out*).

4.3.1.3 Landen met een regeling voor de vermogensrechtelijke verhoudingen van ongeregistreerd ongehuwd samenlevende partners

Er zijn een aantal jurisdicties die een regeling kennen, of waar een regeling is voorgesteld, voor de vermogensrechtelijke verhoudingen van ongehuwd samenlevende partners, zonder dat een partnerregistratie of samenlevingscontract is vereist. Dit betreft een aantal Australische provincies, een aantal Canadese provincies, Engeland en Wales (voorstel van de *Law Commission*), Hongarije, Ierland (voorstel van de *Law Reform Commission*), Kroatië, Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Oekraïne, Schotland, Servië, Slovenië, een groot aantal Spaanse autonomieën, veel staten van de VS en Zweden). Deze jurisdicties kunnen in drie groepen worden ingedeeld:

- groep 1: minimale wettelijke regeling die de zwakkere partij beperkte rechten toekent;
- groep 2: een wettelijke regeling die de rechter een discretionaire bevoegdheid biedt om aan de hand van de wettelijke maatstaven tot een billijke oplossing te komen;
- groep 3: gelijkstelling van ongehuwde/ongeregistreerde partners met echtgenoten voor het huwelijksvermogensrecht en/of het alimentatierecht en/of het erfrecht, hetzij door de wet, hetzij door ongeschreven recht, in de vorm van toekenning van rechtsgevolgen aan een zogenoemd '*common law marriage*'.

4.3.1.3a Groep 1

Deze groep omvat twee Scandinavische landen (Noorwegen en Zweden), en verder Hongarije en een aantal Spaanse autonomieën.
Zweden was het eerste Europese land dat na de Tweede Wereldoorlog de vermogensrechtelijke verhoudingen van ongehuwd/ongeregistreerd samen-

wonende paren in de wet heeft geregeld. De eerste wet (*Unmarried Cohabitees Act*) dateert uit 1973 en werd in 1987 vervangen door de meer omvangrijke *Cohabitees (Joint Homes) Act*.[174] In hetzelfde jaar werden de bepalingen daarvan door de *Act on Homosexual Cohabitees* ook van toepassing verklaard op paren van gelijk geslacht.[175] In 2003 werden deze beide wetten opgevolgd door de huidige *Cohabitees Act.*[176] Deze wet is van toepassing op twee meerderjarige personen van hetzelfde of verschillende geslacht die met elkaar in een affectieve relatie samenwonen en die niet met iemand anders zijn getrouwd of in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden.[177] Net als het geval was bij zijn voorgangers, is het doel van deze wet slechts om de zwakkere partij een minimumbescherming te bieden in het geval dat de relatie eindigt.[178] De optie van een uitgebreidere bescherming is wel overwogen, maar werd afgewezen omdat men de keuze van partijen om hun relatie niet te formaliseren, wilde respecteren.[179] Aldus geeft de wet de partijen geen rechten en plichten zolang hun relatie bestaat. De wet voorziet evenmin in een recht op alimentatie of in een recht om te erven. De bescherming strekt niet verder dan een beperkte mogelijkheid tot verdeling van de gezinswoning en huishoudelijke goederen in het geval dat de relatie door scheiding of dood eindigt (s. 8.2. *Cohabitees Act*). Alleen een gezinswoning die door een of beide echtgenoten is aangeschaft *met het doel om als gezinswoning te dienen,* en de huishoudelijke goederen kunnen worden verdeeld. Andere goederen die gezamenlijk werden gebruikt: motorrijtuigen, vakantiewoningen, spaargeld etc., zijn van verdeling uitgesloten (s. 3 en 7 *Cohabitees Act*). Het uitgangspunt van de verdeling is gelijke verdeling, tenzij gelijke verdeling (vooral in verband met de korte duur van de relatie) tot onbillijke resultaten zou leiden (s. 16 *Cohabitees Act*). Ingeval van overlijden zonder testament is de langstlevende partner geen erfgenaam, en heeft deze partner slechts het recht om de waarde van de gezamenlijke woning en de

[174] Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2005, p. 504.

[175] Ibid, p. 504.

[176] Zie verder: M. Brattström,'The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitees Relationships Ends – An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 345-354.

[177] C. Sörgjerd, 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family', in: K. Boele-Woelki, (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 337.

[178] *Travaux préparatoires* voor de *Cohabitees Act*, Engelse samenvatting, www.regeringen.se/sb/d/108/a/1237.

[179] In de *Travaux préparatoires* voor de *Cohabitees Act* is benadrukt dat 'In contrast to marriage and registered partnership, a cohabitee relationship meant that special legal rules become applicable to the cohabitation without any explicit desire or expression of will on the part of the cohabitees that they should apply.[… therefore]. Cited in Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership' (2005), at p. 505.

huishoudelijke goederen tot aan een bepaald bedrag te behouden (s. 18.2 *Cohabitees Act*). Om de partijautonomie te beschermen voorziet de wet in een mogelijkheid van *opting out*.

In **Noorwegen** is de 1991 *Joint Household Act*[180] van kracht. Anders dan in Zweden, is de Noorse regeling van toepassing op alle ongehuwde volwassenen (inclusief naaste familieleden) die twee jaar met elkaar samen hebben gewoond of samen een kind hebben gekregen. De bescherming die deze wet biedt, is beperkter dan die in Zweden. De wet regelt noch de vermogensrechtelijke verhoudingen gedurende de relatie, noch de verdeling van het vermogen als de relatie eindigt. In geval van beëindiging van de relatie door scheiding of dood heeft de ex-samenwonende slechts het recht om de woning en de huishoudelijke goederen tegen marktwaarde over te nemen, ongeacht wie van de partners eigenaar of huurder is. Als de samenwoning niet door overlijden maar door scheiding eindigt, moet de samenwonende die op dit recht een beroep doet, de aanwezigheid aantonen van een sterke grond ter rechtvaardiging van de overneming.[181] Het is mogelijk om de toepassing van de wet contractueel uit te sluiten. Het grootste verschil met de Zweedse situatie is dat in Noorwegen een aparte wet uit 2008 een belangrijk deel van de ongehuwd samenwonende paren voor het erfrecht gelijkgesteld heeft met gehuwden.[182] Deze wet geeft de langstlevende ongehuwd samenwonende partner het recht om bij versterf van de andere partner te erven, mits de partners samen een kind hebben, dan wel samen een kind hebben gehad of juist verwachten. De langstlevende kan erven tot maximaal vier keer het basisbedrag van de nationale verzekering (in totaal circa 280.000 kronen = 340.000 euro) en zijn recht heeft voorrang boven de rechten van de kinderen. Het voorstel om ook paren zonder kinderen het recht te geven om bij versterf van elkaar te erven, mits zij 5 jaar hebben samengewoond, werd afgewezen. De reden daarvoor was dat samenlevende paren zonder kinderen een te weinig homogene groep zouden vormen, zodat er niet van kan worden uitgegaan dat alle paren in deze groep de erfrechtelijke positie van de langstlevende zouden willen veiligstellen.[183] Een langstlevende partner met kinderen heeft wel een recht dat specifiek is voor het Noorse systeem: het recht om de

[180] Act relating to the Joint Residence and Household when a Household Community Ceases to Exist, of 4 July 1991.

[181] E. Ryrstedt, 'Legal Status of Cohabitants in Norway', in: I. Scherpe, N. Yassari (eds.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 443.

[182] Van kracht sinds 1 juli 2009. Zie: J. Aslan, P. Hanbro, 'New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2009, p. 380 e.v.

[183] J. Aslan, P. Hanbro, 'New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2009, p. 381.

gezinswoning, huishoudelijke goederen en een eventuele tweede woning in onverdeeldheid (*uskifte)* te houden.[184] Uitoefening van dit recht leidt ertoe dat zolang de langstlevende in leven is, deze objecten niet hoeven te worden verdeeld, hetgeen de langstlevende in zekere zin een positie geeft die vergelijkbaar is met een levenslang vruchtgebruik.

In **Hongarije** voorziet het BW al sinds 1977 in een speciaal vermogensrechtelijk regime (een vorm van gemeenschap) voor ongehuwd samenwonenden.[185] Dit regime verschilt van het wettelijke huwelijksvermogensregime – de beperkte gemeenschap van goederen – zoals dat in de Familiewet is geregeld. Aanvankelijk bestond er geen mogelijkheid van *opting out*, maar tegenwoordig kunnen samenlevende paren dit regime door middel van samenwoningsvoorwaarden uitsluiten. Oorspronkelijk waren de bepalingen betreffende dit regime alleen van toepassing op paren van verschillend geslacht, verbonden door een affectieve relatie, die een gezamenlijke huishouding voeren en een economisch partnerschap vormen (§578/G BW).[186] In 1995 heeft het Constitutionele Hof de beperking tot paren van verschillend geslacht onconstitutioneel verklaard.[187] Daarbij gaf het Hof de wetgever een jaar om de wetgeving aan te passen.[188] In 1996 werd de definitie van ongehuwde samenleving in het BW geslachtsneutraal gemaakt.[189] In 2009 is de Wet op het Geregistreerde Partnerschap aangenomen. Behalve een nieuw wettelijk regime van geregistreerd partnerschap introduceerde deze wet ook de mogelijkheid om een ongehuwde samenleving (niet zijnde een geregistreerd partnerschap in de zin van deze wet) in zoverre toch te 'registreren', dat de samenlevende partners van verschillend of gelijk geslacht een samenlevingsverklaring kunnen afleggen ten overstaan van een notaris, die deze verklaring vervolgens registreert.[190] Deze registratie is voor de toepasselijkheid van de wettelijke regeling voor ongehuwd samenwonenden (de

[184] Ibid.

[185] Paragraaf 578/G(1) van het Hongaarse Burgerlijk Wetboek. Zie: O. Szeibert Erdös, 'Unmarried Partnerships in Hungary', in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 119 ff.

[186] Para 685/A of the Hungarian Civil Code. See: O. Szeibert Erdös, 'Unmarried Partnerships in Hungary' (2005), p. 119.

[187] Decision No 14 of 8 March 1995. See: C. Jessel-Holst, 'Ansätze für eine rechtliche Regelung der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften in Ungarn', in: BASEDOW, J., et al (eds.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften,* Moch, Tübingen, 2000, p. 168-169.

[188] C. Jessel-Holst, 'Ansätze für eine rechtiche Regelung der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften in Ungarn' (2000), p. 169.

[189] Ibid.

[190] O. Szeibert, 'Cohabitation, Registered Partnership and their Financial Consequences, 2009, p. 207.

hierboven bedoelde bijzondere gemeenschap) geenszins constitutief, maar dient er slechts toe om het bewijs van die samenwoning te vergemakkelijken.
Het grootste verschil tussen het vermogensrechtelijke regime voor samenlevende partners (een gemeenschap *sui generis*) en echtgenoten (beperkte gemeenschap) is dat het vermogen van echtgenoten geen aandelen kent en de rechten op de verdeling daarvan niet afhankelijk zijn van de bijdragen van de echtgenoten. Dat ligt anders bij samenlevende partners: hun aandeel in het vermogen is afhankelijk van hun bijdragen, die ook voor de verdeling bepalend zijn. Daarbij telt een bijdrage in de vorm van huishoudelijke arbeid en zorg voor kinderen net zo zwaar als betaalde arbeid (§685/A BW).[191] Als de omvang van de bijdragen niet kan worden bewezen, worden ze verondersteld gelijk te zijn (§685/A BW). Eventuele alimentatie voor een samenwonende partner is niet in de wet geregeld.
Zoals eerder gezegd, bevindt Hongarije zich op dit moment in een overgangsfase. In het nieuwe BW, waaraan al twaalf jaar wordt gewerkt en dat in 2008 in het Parlement is ingediend, worden de verhoudingen van ongehuwd samenwonende paren, net als die van gehuwden, geregeld in het boek 'Familie'.[192] Volgens het nu aanhangige wetsvoorstel wordt in het nieuwe BW de vermogensrechtelijke bescherming van ongehuwd samenlevende paren verder uitgebreid met rechten op het gebied van alimentatie, overneming van de woning en erfrecht. Het recht op alimentatie en op overneming van de woning zal slechts worden toegekend aan partners die tien jaar hebben samengewoond of één jaar hebben samengewoond en een gezamenlijk kind hebben. In erfrechtelijk opzicht wordt de langstlevende partner niet, zoals de echtgenoot, erfgenaam bij versterf maar krijgt hij of zij de gezamenlijke woning en huisraad in levenslang vruchtgebruik.[193] Ook het vermogensrechtelijke regime blijft verschillend: het huidige deelgenootschap zal worden vervangen door een uitgestelde gemeenschap.
Een aantal **Spaanse autonomieën** (o.a. Catalonië, Navarra, Aragon, de Balearen en Madrid)[194] hebben hun regeling voor geregistreerd partnerschap van toepassing verklaard op ongeregistreerde paren die gedurende een bepaalde periode hebben samengewoond of samen een kind hebben gekregen. In Catalonië is dat alleen het geval voor paren van verschillend geslacht: paren van gelijk geslacht moeten daarvoor hun relatie eerst laten registreren. In Aragon is regi-

[191] Ibid, p. 204-2005.
[192] O. Szeibert, 'Cohabitation, Registered Partnership and their Financial Consequences in Hungary', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, Bristol, 2009, p. 209.
[193] Ibid, p. 212.
[194] G. Garciía Cantero, 'De Facto Unions Revisited', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, Bristol, 2003, p. 407.

stratie van de relatie wel voorgeschreven, maar deze is niet constitutief voor toepasselijkheid van de regeling.[195] Net zoals Zweden en Noorwegen geven de Spaanse autonomieën de ongehuwde partners slechts een minimumbescherming. Tijdens de relatie hebben de partners de plicht om bij te dragen in de kosten van het huishouden.[196] Als de partners geen samenlevingscontract hebben gesloten, blijven hun vermogens gescheiden.[197] In geval van scheiding heeft de partner die voor de kinderen en/of de huishouding heeft gezorgd, of die onbetaald heeft gewerkt in het bedrijf van de andere partner, recht op een compensatie.[198] Een behoeftige ex-partner is gerechtigd tot partneralimentatie.[199] De regels inzake erfrecht bij versterf verschillen van autonomie tot autonomie. In Navarra en de Balearen hebben partners dezelfde erfrechtelijke positie als echtgenoten.[200] In Aragon mag de langstlevende partner slechts de huisraad overnemen.[201]

4.3.1.3b Groep 2

Deze groep omvat vooral de *common law*-landen Engeland en Wales (voorstel van de *Law Commission*), Ierland (voorstel van de *Law Reform Commission*), Schotland en de Australische provincie New South Wales.

In de **Australische** provincie New South Wales wordt de vermogensrechtelijke verhouding van ongehuwd samenlevende partners krachtens een amendement uit 1999 geregeld door de 1984 *Property (Relationships) Act*. Deze wet is van toepassing op '*domestic relationships'* waaronder niet slechts een duurzame affectieve relatie van partners van verschillen en gelijk geslacht wordt verstaan, maar ook het samenleven van twee volwassen personen, ongeacht hun verwantschap met elkaar, die elkaar zonder compensatie huishoudelijke hulp en zorg verschaffen, en drie jaar met elkaar hebben samengewoond.[202] De wet creëert geen vermogensrechtelijk regime voor deze ongehuwd samenwonende paren, maar geeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om ingeval van beëindiging van de relatie zodanige aanpassingen te maken met betrekking tot het vermogen als hem redelijk en billijk voorkomt. Daarbij moet hij rekening houden met de financiële en niet-financiële bijdragen van de partners tot de

[195] E. Roca, 'Same-Sex Partnerships in Spain: Family, Marriage or Contract?' *3 European Journal of Law Reform,* 2001, p. 373, note 31.
[196] Ibid, p. 375.
[197] Ibid.
[198] Ibid.
[199] Ibid.
[200] G. Garciía Cantero, 'De Facto Unions Revisited', 2003, p. 404 and 408.
[201] E. Roca, 'Same-Sex Partnerships in Spain: Family, Marriage or Contract?' 2001, p. 379.
[202] G. Lind, 'Legislation for the Surviving Cohabitant From a Comparative Perspective', in: K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law,* Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 245.

verkrijging, het behoud en de verbetering van vermogensbestanddelen, alsmede met de bijdrage van iedere partner aan het welzijn van de andere partner of hun kinderen (met inbegrip van bijdragen in de vorm van huishoudelijke arbeid).[203] Een aantal andere Australische provincies, bijvoorbeeld Queensland (1974 *Property Law Act*) and Western Australia (1996 *Family Court Act*) hebben eveneens wetgeving die een ruime discretionaire bevoegdheid van de rechter in het leven heeft geroepen.

Schotland heeft in 2006 een wet aangenomen (de *Family Law (Scotland) Act*) die de samenlevende partners een beperkte bescherming biedt via rechterlijke discretie. Deze wet is van toepassing op de vermogensrechtelijke verhouding van partners van verschillend geslacht die met elkaar samenleven als waren ze echtgenoten, en van partners van gelijk geslacht die met elkaar samenleven als waren ze geregistreerde partners (s. 25). De wet geeft partners gelijke aandelen in de huisraad die gedurende de samenleving is verworven anders dan bij wijze van gift of erfenis (s. 26). Woningen, geld, motorrijtuigen en huisdieren vallen niet onder de definitie van huisraad (s. 26 (4)), met uitzondering van het gespaarde geld dat bestemd is voor huishoudelijke uitgaven en met uitzondering van goederen die betaald zijn uit zodanig geld (s. 27). Als partners uit elkaar gaan, kan de partner die meent financieel nadeel te hebben ondervonden, binnen een jaar naar de rechter stappen met een verzoek om financiële compensatie. Bij de beoordeling van de claim heeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid, waarbij hij moet onderzoeken, kort samengevat, of en in hoeverre de bijdrage van de eisende partner in de huishouding en in de zorg voor de kinderen tot een economisch nadeel (direct financieel nadeel, gemiste carrièrekansen, etc.) voor deze partner hebben geleid, en een economisch voordeel voor de andere partner hebben opgeleverd (s. 28). Als een van de partners zonder testament komt te overlijden, kan de langstlevende partner de rechter binnen zes maanden verzoeken om toekenning van een som ineens uit de nalatenschap. Bij de vaststelling van deze som heeft de rechter eveneens een ruime discretionaire bevoegdheid; bij de uitoefening daarvan dient hij rekening te houden met de omvang van de nalatenschap, de aanwezigheid van andere erfgenamen en met andere voordelen die de langstlevende zal verkrijgen (verzekeringen, pensioendeling etc.) (s. 29). De partners kunnen de werking van de Act contractueel uitsluiten (*opting out*).

[203] Section 20 *Property (Relationships) Act.* Zie: M. Briggs, 'The Formalization of Property Sharing Rights For De Facto Couples in New Zealand' , in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 341.

De Schotse wetgeving werd een bron van inspiratie voor de *Law Commission* van **Engeland en Wales** die in 2007 met een uitgebreid voorstel[204] is gekomen om soortgelijke wetgeving ook in Engeland en Wales vast te stellen.[205] De *Law Commission* heeft voorgesteld de regeling te laten gelden voor partners die gedurende minimaal twee tot vijf jaar met elkaar hebben samengewoond. De nadere vaststelling van deze termijn is aan de politiek overgelaten (para 3.363). Voor het geval van scheiding stelt de *Law Commission* voor om de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid te geven tot het toekennen van een compensatie in geld, tot de verdeling van goederen en pensioendeling. Sinds 1995 geeft de *Law Reform (Succession) Act* de rechter reeds de bevoegdheid om de langstlevende samenlevende partner ingeval van overlijden van diens partner een *'reasonable financial provision'* te geven wanneer de partners ten minste twee jaar met elkaar hebben samengewoond. Het voorstel van de *Law Commission* voorziet ten slotte in de mogelijkheid van *opting out*.
Een jaar eerder heeft in **Ierland** de *Law Reform Commission* een rapport gepresenteerd[206] met het voorstel voor een vergelijkbare regeling. De voorgestelde regeling is van toepassing op partners die ten minste drie jaar met elkaar hebben samengeleefd, of ten minste twee jaar hebben samengeleefd en een kind hebben gekregen (s. 170). Ingeval van scheiding voorziet het voorstel in de mogelijkheid tot het vorderen van een compensatie in geld, een verdeling van goederen (s. 173-3) en pensioenverrekening/deling (s. 185-9). Bij het beslissen daarover heeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. Een ruime rechterlijke discretie is van toepassing wanneer de samenleving eindigt door overlijden van een van de partners en de langstlevende de rechter om een '*relief*' verzoekt (s. 192). Het voorstel voorziet in een mogelijkheid van *opting out*, nadat elke partner apart onafhankelijk juridisch advies heeft ingewonnen (s. 199).

4.3.1.3c Groep 3

Deze derde groep omvat sterk uiteenlopende jurisdicties, zoals een aantal post-socialistische landen van het voormalige Joegoslavië (o.a. Bosnië, Kroatië, Servië en Slovenië), Canadese provincies (Saskatchewan en Manitoba), vijftien staten van de VS die de gevolgen van een zogenaamd '*common law marriage'* erkennen, en Nieuw-Zeeland. Wat deze jurisdicties gemeen hebben, is de nagenoeg volledige gelijkstelling van de vermogensrechtelijke gevolgen van het

[204] Consultation paper 'Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Break-down' Law Commision (Law com No/ 307), London, HNSO, 2007.
[205] Zie: G. Douglas, J. Pearce, H. Woodward, 'Cohabitation and Conveyance Practice: Problems and Solutions', *Conveyance and Property Lawyer 5*, 2008, p. 365-381.
[206] *On the Rights and Duties of Cohabitants*. http://www.lawreform.ie/Cohabitants .

buitenhuwelijkse samenleven met die van het huwelijk. In sommige stelsels betreft deze gelijkstelling alle vermogensrechtelijke aspecten (huwelijksgoederenregime, alimentatie en erfrecht), in andere slechts een of twee onderdelen daarvan.

Het regelen van de vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwde samenleving heeft in de landen die deel uitmaakten van het **voormalige Joegoslavië** een lange geschiedenis.[207] Slovenië pionierde hiermee in 1976, de laatste was Macedonië in 1992.[208] Aanvankelijk waren de voorwaarden voor de toepasselijkheid van deze wetgeving in alle voormalige Joegoslavische landen nagenoeg dezelfde: samenleven als man en vrouw, duurzaamheid en afwezigheid van huwelijksbeletselen.[209] Als aan die eisen werd voldaan, golden de regels van het huwelijksvermogensrecht ook voor ongehuwde paren. Het recht om bij versterf van elkaar te erven gold echter niet voor ongehuwde partners. Aanvankelijk vielen paren van gelijk geslacht buiten de reikwijdte van deze regelingen, en voorzag ook geen van deze wetten in een mogelijkheid om de toepassing ervan contractueel uit te sluiten (*opting out*).

In **Bosnië -Herzegovina** werd een regeling geïntroduceerd door de Familiewet van 1980.[210]

In **Kroatië** werd de ongehuwde samenleving voor het eerst geregeld in de Huwelijks- en Familierelatiewet van 1978, daarna overgenomen in de Familiewet van 1998, en uiteindelijk in de Familierechtwet van 2003 die thans van kracht is. In 2003 heeft *Same-Sex Union Act* de door deze wetgeving geboden vermogensrechtelijke bescherming uitgebreid tot samenlevende paren van gelijk geslacht.[211] Om deze bescherming in te roepen moeten de partners drie jaar informeel hebben samengeleefd,[212] de huwbare leeftijd hebben bereikt, niet met iemand anders gehuwd zijn of in geregistreerd partnerschap zijn verbonden, en

---

[207] M. Mladenović, et al, 'The Family in Post-Socialist Countries', in: Glendon M.A., (ed.), *International Encyclopaedia of Comparative Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1998, p. 26.

[208] Familiewet 1992. See: S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children' in: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen, 2003, p. 357.

[209] P. Sarcevic, 'Cohabitation without Formal Marriage in Yugoslavian Law', in: J. Eekelaar, S. Katz (eds.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Society,* Butterworths, Toronto, 1980, p. 294-296.

[210] Zie: S. Babic, 'Family Law in Bosnia and Herzegovina', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Martinus Nijhoff, The Hague, 1996, p. 67-68.

[211] D. Hrabar, 'The Protection of the Weaker Family Members: the Ombudsman for Children, Same-Sex Unions, Family Violence and Family Law', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2004, p. 116.

[212] Ibid, p. 115-116.

niet in een zodanige familierechtelijke relatie tot elkaar staan dat zij een huwelijksbelemmering constitueert.[213]

Slovenië stond in dit opzicht altijd enigszins apart. Dit was het eerste Europese land dat ongehuwd samenwonende paren na de tweede wereldoorlog volledig met echtgenoten gelijkstelde, zonder enig acht te slaan op hun wil ter zake.[214] Al in 1976 stelde de Huwelijks- en Familierelatiewet duurzame ongehuwde samenleving van man en vrouw tussen wie geen huwelijksbeletselen bestonden, in nagenoeg alle vermogensrechtelijke aspecten gelijk met het huwelijk.[215] Deze wet is in afwachting van de komst van een nieuw Familiewetboek, dat momenteel in het Parlement aanhangig is, meerdere malen geamendeerd,[216] maar in essentie nog altijd dezelfde gebleven. Er is nog steeds geen mogelijkheid van *opting out*, maar deze wordt in het nieuwe Familiewetboek wel geïntroduceerd.[217] De Wet op het erfrecht uit 1976 geeft de langstlevende partner het recht om bij versterf te erven, mits er geen omstandigheden zijn die tot nietigheid van een huwelijk zou hebben geleid.[218]

In **Servië** verklaarde in 1980 de Huwelijk- en Familierelatiewet sommige bepalingen van huwelijksvermogensrecht en echtelijke alimentatie van toepassing op ongehuwd samenlevende partners. In navolging van Slovenië stelde in 2005 de nieuwe Familiewet[219] de ongehuwde samenleving van man en vrouw, die met elkaar mogen huwen, qua vermogensrechtelijke gevolgen bijna volledig gelijk met het huwelijk (art. 191 (1)). Als zodanig is er geen mogelijkheid van *opting out*, maar de facto kan de werking van het wettelijke huwelijksvermogensregime door middel van 'huwelijkse' voorwaarden worden uitgesloten.[220] Het recht op alimentatie kan echter niet worden uitgesloten, omdat dit geen onderwerp van huwelijkse voorwaarden kan zijn (art. 8 (2)). In tegenstelling tot

---

[213] Ibid.

[214] J. Scherpe, 'Einführung: Nichteheliche Lebelmsgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber', in: J. Scherpe, N. Yassari (eds.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, p. 9.

[215] M. Geč-Korošec, S. Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2001, p. 384.

[216] V. Žnidaršič Skubic, 'The Reform of Slovenian Family Law: Property Relations Between Spouses', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2009, noot 2 op p. 370

[217] Antwoord van onze respondent dr. S. Kraljić – associate professor aan de Universiteit van Maribor.

[218] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', in: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen, 2003, p. 362.

[219] Familiewet van 17 February 2005 entered in force on the 1 of July 2005.

[220] M. Draškić 'Financing the Romance: Marriage Contract in the Serbian Family Act', in: Verschraegen, B., (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 391.

de volledige gelijkstelling op het gebied van het huwelijksvermogensrecht, is op het gebied van het erfrecht in het geheel geen sprake van gelijkstelling: de langstlevende partner heeft geen recht om bij versterf van de andere partner te erven.[221]

Het nieuwe Familie Wetboek uit 2002 van **Oekraïne** (art. 74) verklaart het wettelijke huwelijksgoederenregime van beperkte gemeenschap van goederen ook van toepassing op ongehuwd samenwonende paren. Wel kunnen de partners de werking van dit artikel contractueel uitsluiten. Het recht van de langstlevende partner om bij versterf van de andere partner te erven is geregeld in het BW. Op dit gebied is echter geen sprake van gelijkstelling met echtgenoten. Echtgenoten en kinderen worden als eersten tot de nalatenschap geroepen (art. 1261). De langstlevende samenwonende partner behoort tot de vierde groep, en wordt pas tot de nalatenschap geroepen na broers en zusters (tweede groep) en ooms en tantes (derde groep). Hierbij spreekt het BW niet specifiek over ongehuwd samenlevende partners, maar over alle personen die met de overledene vijf jaar in gezinsverband hebben samengewoond (art. 1264 BW).

In de **Canadese provincies** Saskatchewan en Manitoba zijn ongehuwd samenwonende paren op het punt van hun vermogensrechtelijke verhouding met echtgenoten gelijkgesteld. In **Saskatchewan** heeft de *Saskatchewan's Family Property Act* uit 1997 het begrip 'echtgenoot' zodanig uitgebreid dat dit ook ongehuwde partners van verschillend en gelijk geslacht omvat die minstens twee jaar met elkaar samen hebben gewoond. (2 (2)(c)). Het enige verschil met gehuwden is dat samenwonende partners een vordering tot verdeling van het vermogen binnen twee jaar na de beëindiging van de relatie moeten indienen. Voor de gehuwden geldt deze tijdsbeperking niet.[222]

In **Manitoba** verklaarde in 2002 de *Common Law Partners' Property and Related Amendments Act* de meeste vermogensrechtelijke rechten van echtgenoten van overeenkomstige toepassing op samenwonende partners van verschillend en gelijk geslacht die ten minste drie jaar met elkaar hebben samengewoond. Deze partners zijn onder andere gerechtigd tot de verdeling van het vermogen na beëindiging van de relatie, en tot het van elkaar erven bij versterf.[223] Alle andere Canadese provincies, behalve Quebec, hebben de regels

[221] M. Draškić, G. Kovaček Stanić, 'The New Family Act of Serbia', in: A. Bainham, (ed.), The International Survey of Family Law, Jordan Publishing, Bristol, 2006, p. 369.

[222] C. Thomas, 'The Roles of Registered Partnership and Conjugality in Canadian Family Law', *22 Canadian Journal of Family* Law 223, 2006, p. 228-229.

[223] Ibid, p. 229.

met betrekking tot de echtelijke alimentatie op samenwonende partners van toepassing verklaard.[224]

In de **Verenigde Staten** is in veertien staten die het oude concept van '*common law marriage'* erkennen, informele samenleving ('*marriage by cohabitation with habit and repute'*) volledig gelijk gesteld met het formele huwelijk met betrekking tot huwelijksvermogen, alimentatie en erfrecht.[225] Dit is het geval in Alabama, Colorado, Georgia (indien aangegaan vóór 1 januari 1997), Idaho (indien aangegaan vóór 1 januari 1996), Iowa, Kansas (behalve als een van de echtgenoten minderjarig is), Montana, Ohio (indien aangegaan vóór 10 oktober 1991), Oklahoma**,** Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Texas en Utah**.**[226] In New Hampshire is het *common law marriage* alleen met betrekking tot het erfrecht met het formele huwelijk gelijkgesteld. Als de partners voorafgaand aan het overlijden ten minste drie jaar met elkaar hebben samengewoond, erft de langstlevende op gelijke voet met de echtgenoot.[227]

Verder voorzien *The Principles of the Law on Family Dissolution* – een in 2001 door het *American Law Institute (ALI)* ontworpen (op zichzelf niet bindende) modelwet – erin dat de regels voor verdeling van het vermogen van echtgenoten in geval van echtscheiding, van overeenkomstige toepassing zijn op de verdeling van het vermogen van scheidende samenlevende paren (§ 6.03). De *Principles* voorzien in een mogelijkheid van *opting out*.[228]

In **Nieuw-Zeeland** is in 2001 door de *Property (Relationschip) Amendment Act* (*PRA*) de *Matrimonial Property Act* uit 1976 zodanig gewijzigd dat al zijn bepalingen met betrekking tot echtgenoten ook van toepassing werden op ongehuwd samenlevende paren. Sinds een verdere wijziging in 2004[229] gelden gelijke regels voor de vermogensrechtelijke verhoudingen van echtgenoten, geregistreerde partners, en ongehuwd en ongeregistreerd samenwonende

[224] D. Goubau, 'Davison of Family Assets and De Facto Conjugality: the Limits of a Free Choice approach', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 274.

[225] Zie: G. Lind, Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation, Oxford, Oxford University Press, 2008.

[226] M. Hickey, 'Estate Planning for Cohabitants', *22 Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers 1*, 2009, noot 55.

[227] G. Lind, 'Legislation for the Surviving Cohabitant From a Comparative Perspective', in: K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law,* Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 247.

[228] G. Lind, 'Legislation for the Surviving Cohabitant From a Comparative Perspective', in: K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law,* Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 249.

[229] Door Civil Union Act.

partners. De definitie van ongehuwde samenleving is niet eenvoudig.[230] Sectie 2D(1) *PRA* definieert ongehuwd samenwonen in de zin van de wet als een relatie van twee meerderjarige personen van verschillend of gelijk geslacht, die als een echtpaar met elkaar samenwonen, en niet zijn gehuwd of verbonden door een geregistreerd partnerschap. Sectie 2D(2) bevat een niet-uitputtende opsomming van factoren met behulp waarvan de rechter kan bepalen of van de samenleving als bedoeld in de *PRA* sprake is. Op deze lijst staan de volgende factoren:

> (a) the duration of the relationship
> (b) the nature and extent of common residence
> (c) whether or not a sexual relationship exists
> (d) the degree of financial dependence or interdependence, and any arrangements for financial support, between the parties
> (e) the ownership, use, and acquisition of property
> (f) the degree of mutual commitment to a shared life
> (g) the care and support of children
> (h) the performance of household duties
> (i) the reputation and public aspects of the relationship

Een van de belangrijkste factoren is de duur van de samenleving: de *PRA* is namelijk niet van toepassing als de samenleving 'van korte duur' is. Sectie 2E(b) bepaalt dat van korte duur is de relatie die minder dan drie jaar heeft geduurd (i). Sectie 14A geeft de rechter de bevoegdheid om de *PRA* ook de op een samenleving van korte duur toe te passen, mits:

> (a) the Court is satisfied
> (i) that there is a child of the de facto relationship; or
> (ii) that the applicant has made a substantial contribution to the de facto relationship; and
> (b) the Court is satisfied that failure to make the order would result in serious injustice.

De *PRA* regelt zowel de verdeling van het vermogen ingeval van (echt)scheiding of ontbinding van een partnerschap, als ingeval van overlijden van een

[230] B. Atkin, 'Reflections on New Zealand's Property Reforms "Five Years On"', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2007, p. 222.

partner.[231] De paren hebben niet de mogelijkheid om de werking van deze regeling contractueel uit te sluiten (*opting out*).[232]
Tasmanië heeft in 2009 een sterk op de Nieuw-Zeelandse *PRA* lijkende wettelijke regeling aangenomen. In 2009 is De *Family Law Act 1975 (Cth)*, die de vermogensrechtelijke verhouding en alimentatie van echtgenoten regelt, van overeenkomstige toepassing verklaard op ongehuwd samenlevende paren van verschillend en gelijk geslacht.[233]

4.3.1.4 Vergelijking

De grote verscheidenheid aan stelsels, de reikwijdte van de regelingen, en de gebruikte middelen, maken een vergelijking niet gemakkelijk.

Definitie van ongehuwd/ongeregistreerd samenlevende paren

Zoals gezegd zijn de onderzochte landen bij voorbaat geselecteerd op de toepasselijkheid van de (wettelijke) regeling op ongehuwd/ongeregistreerd samenlevende paren zonder dat daarvoor een registratie of overeenkomt wordt vereist. Binnen deze groep wordt de toepasselijkheid van de wettelijke regeling afhankelijk gemaakt van:

- De **aard van de relatie**. De overgrote meerderheid van de besproken jurisdicties hanteert het vereiste van een affectieve, stabiele relatie. Sommigen spreken van 'samenleven als man en vrouw'. Slechts in Noorwegen en New South Wales is de desbetreffende regeling van toepassing op alle volwassen personen die in gezinsverband met elkaar samenwonen.

- De **duur van relatie**. In veel landen vallen partners onder de wettelijke definitie ongeacht de duur van de relatie. Maar het komt ook vaak voor dat de wettelijke regeling alleen van toepassing is als de samenlevende partners gedurende een bepaalde termijn met elkaar hebben samengewoond. Die termijn varieert van twee jaar in Engeland en Wales (voor de verkrijging van het recht om bij versterf te erven) en Saskatchewan, drie jaar in Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), Kroatië, Manitoba, New South Wales, Nieuw-Zeeland, Tasmanië, 2-5 jaar in

[231] Ibid, p. 225-227.
[232] Zie: M. Briggs, 'The Formalization of Property Sharing Rights For De Facto Couples in New Zealand', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 330 e.f.
[233] http://www.legalaid.tas.gov.au

Engeland en Wales (voorstel *Law Commission*), tot 5 jaar in Oekraïne (voor het recht om bij versterf te erven). Als het paar gezamenlijke kinderen heeft, wordt de termijn soms verkort: tot 2 jaar (Ierland (voorstel *Law Reform Commission*)) of in het geheel niet noodzakelijk geacht (Nieuw-Zeeland, Tasmania, aantal Spaanse autonomieën).

- Het **geslacht van de partners.** In Catalonië (voor partners van gelijk geslacht is registratie verplicht), Oekraïne, Servië, en de veertien staten van de VS die het *common law marriage* erkennen, is de desbetreffende regeling slechts van toepassing op paren van verschillend geslacht . In een groeiende groep jurisdicties is de regeling echter eveneens van toepassing op partners van gelijk geslacht. Dit is het geval in Engeland en Wales (voorstel van *Law Commission*), Hongarije, Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), Kroatië, New South Wales, Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Saskatchewan, Schotland, Tasmanië en Zweden, alsmede de *ALI Principles* (VS).

Omvang van de bescherming

Verder bestaat er aanzienlijk verschil in de reikwijdte, omvang en wijze van bescherming die aan ongehuwd samenlevende paren wordt geboden. In sommige landen omvat de wettelijke regeling het relatievermogensrecht, de partneralimentatie en het erfrecht. In andere landen omvat de regeling slechts een of twee onderdelen. De omvang van de bescherming varieert van een zeer beperkte bescherming tot een volledige gelijkstelling met echtgenoten. De wijze van bescherming is ook heel uiteenlopend. Sommige landen creëren voor samenwonende partners een apart wettelijk regime dat hun een (beperkte) bescherming biedt. Andere landen geven de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om aan de hand van in de wet genoemde factoren aan een van de partners een compensatie toe te kennen en/of goederen te verdelen en/of pensioenaanspraken te verdelen. Een derde, groeiende groep landen verklaart simpelweg de wettelijke regeling voor echtgenoten van overeenkomstige toepassing op ongehuwde partners. Hieronder worden de in deze quickscan betrokken jurisdicties aan de hand van de hier genoemde verschillen gerangschikt.

- Huwelijksvermogensrecht
    - Beperkte wettelijke regeling: Hongarije, Spaanse autonomieën (Catalonië, Navarra, Aragon, de Balearen en Madrid), Noorwegen, Zweden

  - Beperkte regulering door discretionaire bevoegdheid van de rechter: Engeland en Wales (voorstel van *Law Commission*), Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), New South Wales, Schotland
  - Gelijkstelling met huwelijk: *ALI Principles* (VS), Kroatië, Manitoba, Nieuw-Zeeland, Oekraïne, Saskatchewan, Servië, Slovenië, Tasmanië

- Erfrecht:
  - Beperkte regeling: Aragon, Oekraïne, Noorwegen, Zweden
  - Beperkte regulering door discretionaire bevoegdheid van de rechter: Engeland en Wales, Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), New South Wales, Schotland
  - Gelijkstelling met echtgenoot: de Balearen (Spanje), Navarra (Spanje), Nieuw-Zeeland, Manitoba, Slovenië, Tasmanië

- Partneralimentatie:
  - Beperkte regeling: Hongarije, Spaanse autonomieën (Catalonië, Navarra, Aragon, de Balearen en Madrid)
  - Beperkte regulering door discretionaire bevoegdheid van de rechter: geen
  - Gelijkstelling met echtgenoot: Canadese provincies (alle behalve Quebec); Kroatië; Nieuw-Zeeland, Oekraïne; Servië; Slovenië; Tasmanië

Mogelijkheid van opting out

Het merendeel van de landen (*ALI Principles* (VS), Balearen (Spanje), Ierland (voorstel *Law Reform Commission*) (allen na een onafhankelijk juridisch advies), Engeland en Wales (voorstel *Law Commission*), Manitoba, Navarra (Spanje), Nieuw-Zeeland, Noorwegen Oekraïne, Schotland, Servië (niet met betrekking tot alimentatie) en Zweden) heeft het probleem van eerbiediging van de autonomie van de partners opgelost door de partners een mogelijkheid te geven om de toepassing van de wettelijke regeling contractueel uit te sluiten. Op die manier wordt de partijautonomie gerespecteerd, omdat de partners altijd kunnen beslissen om de toepasselijkheid van de regeling uit te sluiten. Aan de andere kant trekt de zwakkere partner niet aan het kortste eind, omdat voor *opting out* noodzakelijk is dat beide partners de uitsluiting wensen. In vergelijking met *opting in* door middel van registratie van de relatie of het sluiten van een samenlevingsovereenkomst, biedt *opting out* de zwakkere partij een betere bescherming. Dat komt doordat de rollen bij *opting out* als het ware

zijn omgedraaid: de zwakkere partij hoeft niets te doen om de bescherming te genieten, en voor uitsluiting daarvan is haar/zijn uitdrukkelijke instemming vereist.

4.3.1.5 Selectie van landen voor nader onderzoek

Van de zijde van onze opdrachtgever is een voorkeur uitgesproken voor de Nederlandse Antillen, Zweden en Hongarije. Ook hier moest de keuze van een vierde land nader worden bepaald. Zoals aangegeven in de inleiding, was het niet noodzakelijk om hier dezelfde keuze te maken als met betrekking tot de koude uitsluiting bij gehuwden. Om praktische redenen verdiende het natuurlijk wel de voorkeur om zoveel mogelijk dezelfde landen te kiezen.
In onze quickscan is vastgesteld dat ook op dit punt de onderzochte landen in drie groepen kunnen worden verdeeld. Groep 1 omvat landen met een beperkte regeling van de vermogensrechtelijke verhoudingen van ongehuwde paren. Groep 2 omvat landen waar de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om aan de hand van wettelijke maatstaven de zwakkere partij te beschermen. Groep 3 omvat landen die de vermogensrechtelijke gevolgen van ongehuwd en ongeregistreerd samenwonen hebben gelijkgesteld met die van een huwelijk. Ook hier lag het in de rede om bij het vervolgonderzoek uit elke groep één land te betrekken, met zo verschillend mogelijke oplossingen. In overleg met de begeleidingscommissie is uiteindelijk besloten om het nader onderzoek te richten op de Nederlandse Antillen, Schotland, Slovenië en Zweden. Daarbij hebben de volgende overwegingen een rol gespeeld:

- De **Nederlandse Antillen** is wegens vergaande gelijkenis met het Nederlandse recht al bij voorbaat voor het nadere onderzoek geselecteerd.
- **Zweden** behoort tot groep 1 (landen die ongehuwde partners beperkte bescherming bieden). Er zijn voldoende Engels- en Duitstalige bronnen en wij beschikken over goede contacten in dit land.
- **Hongarije** is aanvankelijk door onze opdrachtgever genoemd, maar wij hebben afgeraden om voor dit land te kiezen. Het land bevindt zich door het werk aan het nieuwe BW in een overgangsfase. De regeling van ongehuwde samenleving in het oude BW wordt binnenkort vervangen door de geheel andere regeling van het nieuwe BW.
- **Slovenië.** Wij hebben voorgesteld om voor Slovenië te kiezen in plaats van Hongarije. Dit land behoort tot groep 3 en heeft de vermogensrechtelijke gevolgen van samenleving volledig gelijkgesteld met die van het huwelijk. Er zijn voldoende Engels- en Duitstalige bronnen en wij beschikken over goede contacten in dit land.

- **Schotland** behoort tot groep 2 en geeft de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om een samenlevende partner compensatie toe te kennen, om het vermogen te verdelen en pensioenen te verevenen. De bronnen zijn goed toegankelijk en wij beschikken over goede contacten in Schotland.

4.3.2 Nader onderzoek naar de geselecteerde landen: Nederlandse Antillen, Schotland, Slovenië en Zweden

4.3.2.1 Nederlandse Antillen

4.3.2.1a Algemene informatie

Ten opzichte van de overige geselecteerde landen neemt de Nederlandse Antillen een bijzondere plaats in doordat het privaatrecht van de Nederlandse Antillen (evenals dat van Aruba en Suriname) gebaseerd is op en grotendeels overeenkomt met het in Nederlands burgerlijk recht.[234] De Nederlandse Antillen kent echter niet het geregistreerd partnerschap zoals geregeld in titel 5A van Boek 1 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek.

4.3.2.1b Historische achtergrond

Nadat in Nederland in 1992 het nieuwe vermogensrecht in werking was getreden, bestond er een behoefte om ook in de Nederlandse Antillen tot vernieuwing van het Burgerlijk Wetboek over te gaan.
In 2001 traden in werking de boeken 1, 3, 5, 6, 7 (half) en 8 van een nieuw Burgerlijk Wetboek en in 2004 boek 2 (rechtspersonen).[235] Voorts werd in 2005 het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering herzien. Deze nieuwe wetgeving is gelijktijdig ingevoerd in Aruba.[236] De nieuwe wetgeving is begeleid vanuit

[234] Gebleken is dat er weinig toegankelijke informatie over de te onderzoeken wetgeving en rechtspraak van de Nederlandse Antillen beschikbaar is. Literatuur over deze onderwerpen (in o.a. het Tijdschrift voor Antilliaansrecht) ontbreekt vrijwel geheel, met uitzondering van het themanummer *WPNR* 6807 (2009) en de verwijzingen daarin vermeld, alsmede W. de Hondt, Vijf jaar nieuw familierecht in de Nederlandse Antillen, *FJR* 2005, p. 266-273. De hierna beschreven informatie is grotendeels afkomstig van mr. J. de Boer (lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen) en mr. W.A. de Hondt (als docent verbonden aan de Universiteit van de Nederlandse Antillen).

[235] Dit alles is te vergelijken met de invoering in Nederland van het nieuw BW in 1992 (boeken 3, 5, 6), resp. in 1970 (boek 1). Het laatste is overigens nadien veelvuldig aangepast en aangevuld.

[236] Vanuit de Nederlandse Antillen wordt bijstand verleend aan het ontwerpen van een nieuw Burgerlijk Wetboek in Suriname, dat overigens (nog) niet is ingevoerd.

Nederland.[237] De wetgever heeft niet klakkeloos de Nederlandse wetgeving overgenomen. Op belangrijke onderdelen zijn enige wijzigingen te vinden, zoals hierna ook zal blijken.
In aanvulling op de in 2001 ingevoerde regeling is thans in behandeling een ontwerp-Landsverordening. Op de hierna te noemen terreinen is een aantal aanpassingen voorgesteld. Deze zullen naar verwachting binnenkort in werking treden.

Wetgeving

Alimentatie
In 2001 trad in werking art. 1:408b BWNA, dat het mogelijk maakt dat de rechter een alimentatieplicht oplegt na langdurige samenleving.

> Art. 408b BWNA
> Hebben twee personen langdurig samengeleefd als waren zij gehuwd en is aan deze samenleving anders dan door de dood een einde gekomen, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud toekennen. Het bepaalde omtrent een uitkering tot levensonderhoud aan een gewezen echtgenoot is van overeenkomstige toepassing.

In Afdeling 4 (Uitkering tot levensonderhoud na beëindiging anders dan door de dood van een langdurige buitenhuwelijkse samenleving) van de Memorie van Toelichting is hierover het volgende vermeld:[238]

> 1. In afwijking van wat in Nederland geldt, is de mogelijkheid geopend dat de rechter in geval van een beëindigd langdurig concubinaat, een der ex-partners tot alimentatiebetaling kan verplichten, indien dat redelijk is (art. 408b). Zie het Algemeen deel van de memorie van toelichting, onder 25. Wanneer alimentatie in deze niet-huwelijkse situatie 'redelijk' is, zal door de rechtspraak moeten worden ingevuld. De rechter let op alle omstandigheden van het geval. Hierbij valt te denken aan leeftijd, gezondheidstoestand en arbeidsverleden, de tijdens de samenleving aangehouden rolverdeling, de duur van het (langdurige) concubinaat, het feit dat uit het concubinaat kinderen zijn voortgekomen, de leeftijd van deze kinderen, eventuele afspraken ter zake, enz. Het bepaalde omtrent de echtgenotenalimentatie is van overeenkomstige toepassing; men denke onder andere aan wat geldt omtrent behoeftigheid en draagkracht en aan de wettelijke limiteringsregeling van artikel 157, derde tot en met zesde lid. Onder

[237] Mr. B.C. de Die, prof. Mr. P. Van Schilfgaarde alsmede mr. J. de Boer (lid van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba).
[238] M.F. Murray e.a., De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek, Wolf Legal Publishers 2005, p. 160.

de term 'samenleven als waren zij gehuwd' is mede begrepen het geval dat een van beide partners (nog) gehuwd is.
2. Zoals in de genoemde nota is aangegeven, is er van afgezien een regeling te treffen met betrekking tot de goederen. Wel houde men voor ogen dat ook krachtens stilzwijgende afspraak, zeker bij relaties van langere duur, een bepaald gemeenschappelijk vermogen kan ontstaan. Soms zal men de goederen gemeenschappelijk hebben aangeschaft, soms zal de ene partner geacht kunnen worden mede voor de ander te hebben verkregen en ten slotte zou met analogische toepassing van artikel 131 gemeenschap kunnen worden aangenomen met betrekking tot de goederen waarop geen van beide partners zijn recht kan bewijzen. (Zie ook de rechtspraak, vermeld door E.L. Joubert in: Niet-huwelijkse samenlevingsvormen, Congres Antilliaanse Juristen Vereniging en Antilliaanse-Arubaanse Notariële Vereniging, 1990, p. 63-71). De rechter heeft wat betreft de goederen – inclusief de rechten die samenhangen met het gebruik van een op huurgrond gebouwde woning – vaak voldoende mogelijkheden om tot een in de gegeven omstandigheden redelijk resultaat te komen.
3. Wat het in het nieuwe Boek 6 van het BW neergelegde schadevergoedingsrecht betreft, zij er volledigheidshalve op gewezen dat in artikel 6:108, eerste lid, de schadevergoeding geregeld is ten behoeve van degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene geheel of voor een groot deel voorzag (onderdeel c) of in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van een gemeenschappelijke huishouding (onderdeel d).

Vergoedingsrechten

In de aanhangige ontwerp-Landsverordening herziening huwelijksvermogensrecht is in art. 87 een regeling opgenomen waardoor op vergoedingsrechten de zogenoemde 'beleggingsleer' van toepassing kan zijn.[239]

Art. 87 BWNA (ontwerp):
1. Indien een echtgenoot ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een goed dat tot zijn eigen vermogen zal behoren, verkrijgt of verbetert, dan wel ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een in verband met zodanige verkrijging of verbetering aangegane schuld wordt voldaan of daarop wordt afgelost, ontstaat voor de eerstgenoemde echtgenoot een plicht tot vergoeding. Een plicht tot vergoeding ontstaat voorts indien een andere schuld ter zake van een tot het eigen vermogen van een echtgenoot behorend goed ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot wordt voldaan of daarop wordt afgelost.
2. De vergoeding beloopt een gedeelte van de waarde van het goed op het tijdstip waarop de vergoeding wordt voldaan. Dit gedeelte:

[239] Zie ook art. 87 in wetsvoorstel 28 867 (wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), zoals thans in behandeling bij de Eerste Kamer.

> a. is in het in de eerste volzin van het eerste lid bedoelde geval evenredig aan het uit het vermogen van de andere echtgenoot afkomstige aandeel in de tegenprestatie voor de verkrijging of verbetering van het goed;
> b. komt in het in de tweede volzin van het eerste lid bedoelde geval overeen met de verhouding tussen het uit het vermogen van de andere echtgenoot voldane of afgeloste bedrag ten opzichte van de waarde van het goed op het tijdstip van die voldoening of aflossing.
> 3. Ten aanzien van de vergoeding gelden voorts de volgende regels:
> a. tenzij de echtgenoot het vermogen van de andere echtgenoot met diens toestemming heeft aangewend op de wijze als bedoeld in het eerste lid, beloopt de vergoeding ten minste het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
> b. ter zake van goederen die naar hun aard bestemd zijn om te worden verbruikt, beloopt de vergoeding steeds het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
> c. ter zake van goederen die inmiddels zijn vervreemd zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats zijn gekomen, wordt in plaats van de waarde, bedoeld in de aanhef van het tweede lid, uitgegaan van de waarde ten tijde van de vervreemding. Met een vervreemding wordt gelijkgesteld het onherroepelijk worden van een begunstiging bij een sommenverzekering of een andere begunstiging bij een beding ten behoeve van een derde;
> d. de artikelen 137 en 140 zijn van overeenkomstige toepassing.
> 4. Echtgenoten kunnen bij overeenkomst afwijken van het eerste tot en met derde lid. Geen vergoeding is verschuldigd voorzover door de verkrijging, voldoening of aflossing ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot wordt voldaan aan een op die echtgenoot rustende verbintenis.
> 5. Kan de vergoeding overeenkomstig het eerste tot en met vierde lid niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.

In art. 1:87a BWNA (ontwerp) wordt deze regeling voor vergoedingsrechten ook van toepassing verklaard op samenlevenden:

> Art. 1:87a BWNA (ontwerp):
> Hebben twee personen samengeleefd als waren zij gehuwd, dan is artikel 87 van overeenkomstige toepassing.

De Memorie van Toelichting vermeldt:

> In *artikel 87a* is de beleggingsleer ook toepasselijk verklaard op het geval dat buiten huwelijk is samengeleefd en een der partners goederen van de ander heeft gebruikt. Men denke aan een huis door een partner gekocht is deels met geld van de ander. De ander behoort te kunnen meeprofiteren van een waardestijging.

4.3.2.1c Definitie van ongehuwd samenleven

Een omschrijving van ongehuwd samenwoners wordt niet gegeven. Uit de wettelijke regeling voor de aanspraak op alimentatie in art. 1:408b BWNA blijkt slechts dat als criterium geldt: het samenleven als ware men gehuwd. In de Memorie van

Toelichting is daarover slechts te lezen dat hieronder mede is begrepen het geval dat een van beide partners (nog) gehuwd is. De regeling is beperkt tot samenleving van twee personen.[240]
In het voorgestelde art. 1:87a BWNA wordt aangesloten bij dit criterium.

'Als waren zij gehuwd'
Gezien deze omschrijving dient het te gaan om een relatie die te vergelijken is met een huwelijkse. Dit is evenwel niet verder uitgewerkt, zodat niet duidelijk is in hoeverre aan alle hierna te vermelden vereisten moet zijn voldaan.

Huwbare leeftijd: evenals in Nederland is de huwbare leeftijd 18 jaar (art. 1:31 lid 1 BWNA) en onder omstandigheden 16 jaar (art. 1:31 lid 1 BWNA)

Affectieve tweerelatie: Onduidelijk is in hoeverre hier dezelfde criteria voor gelden als terug te vinden in de (Nederlandse) rechtspraak inzake het qua formulering vergelijkbare art. 1:160 BW (restrictieve uitleg gezien de daaraan verbonden gevolgen).[241]

Afwezigheid huwelijksbeletselen: zie art. 41 BWNA voor de verboden graden tussen familieleden.

Exclusiviteit: Gelet op de Memorie van Toelichting valt onder deze samenleving ook het samenleven met een gehuwde partner. De exclusiviteit lijkt hiermee beperkt tot relaties tussen (slechts) twee personen.

4.3.2.1d Omvang van de bescherming

De wettelijke regeling ziet op beëindiging van de relatie anders dan door overlijden en biedt grond voor een aanspraak op een uitkering tot levensonderhoud waarop het bepaalde omtrent een uitkering tot levensonderhoud aan een gewezen echtgenoot van overeenkomstige toepassing is.

Alimentatie
Een aanspraak op levensonderhoud kan worden verkregen na een *langdurige* samenleving, doch slechts indien dat *redelijk* is. Dat zijn twee criteria met een open einde, die per geval door de rechter moeten worden beoordeeld en toegepast.

---

[240] De in de begeleidingscommissie opgeworpen vraag in hoeverre er ook alimentatieverplichtingen kunnen ontstaan in een geval dat drie personen samenwonen, wordt in de regeling zelf niet beantwoord. De rechter zal het antwoord op die vraag derhalve moeten vinden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

[241] Zie o.a. HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 556 en HR 11 april 2008, *LJN*: BC3928.

De rechter let op alle omstandigheden van het geval. Het bepaalde omtrent echtgenotenalimentatie is van overeenkomstige toepassing. Nadat door toepassing van beide criteria is vastgesteld dat de wettelijke regeling inzake het recht op levensonderhoud van toepassing is, zal vervolgens inhoudelijk toepassing moeten worden gegeven aan de wettelijke maatstaven van behoefte, behoeftigheid en draagkracht, alsmede aan de wettelijke limiteringsregeling.[242]

Vergoedingsrechten

In de ontwerp-Landsverordening wordt de regeling voor vergoedingsrechten tussen echtgenoten uitgebreid tot samenlevers, ongeacht de duur van de samenleving. Hiermee worden de bepalingen van het algemene vermogensrecht vervangen door een bijzondere regeling van vergoedingsrechten bij vermogensverschuivingen tussen de vermogens van de partners. Een bijzonderheid vormt dat kennelijk verondersteld wordt dat het vergoedingsrecht eerst opgeëist wordt na beëindiging van de relatie, nu het voorgestelde artikel enkel vermeldt dat de partners samengeleefd *hebben.*[243]

Huurbescherming

In de aanhangige ontwerp-Landsverordening huur is een regeling opgenomen ter bescherming van de echtgenoot van een huurder (art. 233-235 BWNA (ontwerp).[244] Deze wordt van rechtswege medehuurder, bij echtscheiding kan de

---

[242] Art. 1:157 lid 3-6 BWNA.

[243] Voor samenlevers geldt evenwel niet de verlengingsgrond als bedoeld in art. 3:321 lid 1 onder a BW.

[244] Art. 233 BWNA (ontwerp):

1. De echtgenoot van een huurder is van rechtswege medehuurder, zolang de woonruimte de echtgenoot tot hoofdverblijf strekt, ongeacht of de huurovereenkomst voor dan wel na het aangaan van het huwelijk is gesloten.

2. Voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst, behalve voor zover deze reeds opeisbaar waren voordat de echtgenoot medehuurder werd, zijn de huurder en de medehuurder jegens de verhuurder hoofdelijk aansprakelijk.

3. Indien de huurovereenkomst ten aanzien van de huurder eindigt, wordt de medehuurder huurder.

4. Indien de in het eerste lid bedoelde echtgenoot hetzij ingevolge een beschikking als bedoeld in artikel 826, eerste lid, onderdeel a, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, hetzij ingevolge onderlinge overeenstemming in verband met een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed niet het gebruik heeft van de echtelijke woonruimte, brengt dit voor de toepassing van dit artikel geen verandering in het hoofdverblijf.

5. In geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed kan de rechter in eerste aanleg op verzoek van een echtgenoot bepalen wie van de echtgenoten huurder van de woonruimte zal zijn. De rechter bepaalt tevens de dag van ingang van de huur met deze echtgenoot. Op dezelfde dag eindigt de huur met de andere echtgenoot.

Art. 234 BWNA (ontwerp):

rechter bepalen wie van de echtgenoten huurder wordt en na overlijden zet de echtgenoot die medehuurder is de huur voort.[245] Indien een samenleving ten minste tien jaren heeft geduurd is deze regeling van overeenkomstige toepassing op ongehuwd samenlevenden.[246]

> Art. 236 BWNA (ontwerp):
> Hebben twee personen tien jaren of langer samengeleefd als waren zij gehuwd, dan zijn de artikelen 233 tot en met 235 van overeenkomstige toepassing.
>
> Art. 237 BWNA (ontwerp):
> Van de artikelen 233 tot en met 236 kan niet ten nadele van de echtgenoot of de in artikel 236 bedoelde levensgezel worden afgeweken.

De Memorie van Toelichting vermeldt hierover:

> In de artikelen 233 tot en met 237 wordt bescherming geboden aan de echtgenoot en de ongehuwd samenlevende levensgezel ingeval van scheiding of overlijden. De echtgenoot of de tenminste tien jaren samengeleefd hebbende levensgezel wordt van rechtswege medehuurder en bij scheiding kan de rechter beslissen wie in de woonruimte mag blijven. Dat behalve met het huwelijk ook wordt rekening gehouden met het ongehuwd samenleven past in het Caraïbisch model van wetgeven. Zie behalve artikel 236 ook het reeds bestaande artikel 1:408b ten aanzien van alimentatie na verbreking van een langdurig samenleven anders dan door overlijden en in het ontwerp-Landsverordening erfrecht en schenking het voorgestelde artikel 4:30b ten aanzien van een verzorgingsvruchtgebruik na overlijden.

En voorts ten aanzien van samenlevers:

> 1. Hierin wordt bescherming geboden aan de echtgenoot die niet (mede)huurder is van de gemeenschappelijk bewoonde woonruimte, als de relatie is verbroken door scheiding of overlijden. Artikel 233 is ontleend aan artikel 7:266 Ned. BW.
> 2. De bescherming betreft bovendien – op dezelfde voet als in het ontwerp tot aanvulling van het nieuw Burgerlijk Wetboek van Aruba en het ontwerp-nieuw Burgerlijk Wetboek van Suriname – levensgezellen die tenminste tien jaren hebben samengeleefd als waren zij gehuwd (vergelijk ook artikel 1:408b ten aanzien van alimentatie na verbreking van de samenleving anders dan door overlijden en artikel 4:30b ten aanzien van het verzorgingsvruchtgebruik na overlijden). De termijn van tien jaren is ontleend aan artikel 4:30b. Uiteraard

---

Bij overlijden van de huurder zet de echtgenoot die medehuurder is de huur als huurder voort. Hij kan de huur binnen zes maanden na het overlijden bij exploot of aangetekende brief opzeggen met ingang van de eerste dag van de tweede maand na opzegging.

245 Vergelijk voor Nederland art. 7:266 e.v. BW.

246 Anders in Nederland, waar slechts een verzoek tot medehuurderschap of voortzetting van de huur kan worden gedaan. Zie art. 7:267 en 268 lid 2 BW.

moet, als het gaat om ongehuwd samenlevenden, voor 'echtscheiding of scheiding van tafel' in artikel 233, vijfde lid, worden gelezen een verbreking van het samenleven anders dan door de dood (vgl. artikel 1:408b) en voor 'hertrouwt' in artikel 235, in voorkomende gevallen, dat opnieuw een samenleven wordt aangevangen.
3. De bescherming geldt slechts eenmaal, aldus artikel 235, dit met het oog op de belangen van de verhuurder.[247] Vermeden moet worden dat, zoals in Nederland, er 'huurdersdynastieën' ontstaan, waarmee wordt bedoeld dat de huur nooit eindigt omdat er altijd wel een nieuwe partner, kleinkind enz. opvolgt in de huur (zie voor rechtspraak en literatuur naar Nederland recht: Asser-Abas 5-IIA, *Huur*, 2007, nrs. 126 e.v.). Artikel 235 geldt zowel voor gehuwden als voor personen die tien jaren of langer hebben samengewoond als waren zijn gehuwd. Het moet niet zo zijn dat tien jaren samenwonen meer rechten verschaft dan een huwelijk.

Voorzieningen in geval van overlijden

In de ontwerp-Landsverordening erfrecht en schenking is dwingendrechtelijk een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt dat een ten minste *tien* jaren ongehuwd samen geleefd hebbende levensgezel recht krijgt op een verzorgingsvruchtgebruik als bedoeld in afdeling 2 van titel 3 van Boek 4.

Art. 4:30b BWNA (ontwerp):
1. Heeft de erflater onmiddellijk voorafgaande aan zijn overlijden tien jaren of langer samengeleefd met een ander als waren zij gehuwd, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, bepalen dat de ander voor de toepassing van deze afdeling met een echtgenoot gelijkgesteld wordt.
2. Heeft de erflater een echtgenoot achtergelaten, dan is deze afdeling zowel op de echtgenoot als op de op grond van het eerste lid met een echtgenoot gelijkgestelde persoon van toepassing.

In de Memorie van Toelichting wordt daarover onder meer opgemerkt:

3. In de lijn van deze beschouwingen wordt thans, in het kader van de verbetering van de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot, ook een opening aangebracht om tegemoet te komen aan de positie van een leefgezel met wie de erflater langdurig ongehuwd heeft samengeleefd. Vereist is een samenleving van ten minste tien jaren. Verder geldt als beperking dat de rechter slechts tot gelijkstelling met een langstlevende echtgenoot overgaat 'indien dat redelijk is' (idem artikel 1:408b). De bewijslast ten aanzien van de tienjarige samenleving berust bij de leefgezel. Inschrijving in de basisregistratie

[247] Art. 235 BWNA (ontwerp):
Indien een echtgenoot die als medehuurder tegenover de verhuurder beroep gedaan heeft op de artikelen 233 en 234, hertrouwt, kan met betrekking tot dezelfde woonruimte de nieuwe echtgenoot geen beroep doen op de artikelen 233 en 234.

> persoonsgegevens op hetzelfde adres is uiteraard een belangrijke aanwijzing, maar ook kan bijvoorbeeld getuigenbewijs worden aangeboden.
> 4. Indien de erflater ook een echtgenoot achterlaat, kunnen eventueel zowel de echtgenoot als de levensgezel voordeel hebben van de onderhavige dwingendrechtelijke afdeling 2 van titel 3, waaronder de artikelen 28, 29 en 30. Als er bijvoorbeeld twee woningen van de erflater zijn (de voormalige echtelijke woning waarin de echtgenoot is achtergebleven en de tweede woning waarin de erflater en de nieuwe levensgezel woonden), kunnen zij beiden in de door hen ten tijde van het overlijden bewoonde woning blijven (artikel 29). Wat de artikelen 29 en 30 betreft, bedenke men wel dat deze slechts een 'vangnet' beogen te bieden; men zie hierna de toelichting bij artikel 33, vijfde lid. Het gaat hier overigens om een echtgenoot die niet (volgens de regels van de artikelen 1:168 e.v.) van tafel en bed gescheiden is. Dit blijkt uit artikel 13, vijfde lid, dat een regel geeft voor de gehele titel 3.

4.3.2.1e Opting out

Ten aanzien van een of meer van deze beschermingsbepalingen van samenlevers is niet geregeld in welke mate de toepassing ervan door de partners bij overeenkomst kan worden uitgesloten.

4.3.2.1f Law in action

Over de gevolgen van de invoering van art. 408b BWNA is tot nu toe weinig duidelijk. Er is weinig (gepubliceerde) rechtspraak voorhanden. Gepubliceerd is slechts een (recente) uitspraak van 23 februari 2010 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba (*LJN* BL7899). Daarin is ten aanzien van de door de vrouw verzochte uitkering tot levensonderhoud het volgende overwogen:

> 3.10. De vrouw heeft gesteld dat partijen 18 jaar duurzaam hebben samengeleefd, met samenwoning, uit welke relatie een kind is geboren. Van dit kind is in hoger beroep een ondertekende verklaring overgelegd. De man heeft weersproken dat sprake is van een langdurig samenleven als in artikel 1:408b BWNA bedoeld, maar hij heeft zijn verweer onvoldoende gemotiveerd in aanmerking genomen dat hij heeft erkend dat hij (in elk geval) aanvankelijk een relatie met de vrouw had, waaruit het kind is geboren, en zij daarna langdurig zijn blijven samenwonen in dezelfde woning. Voor een bewijsopdracht (aan wie dan ook) is daarom geen reden.
> 3.11. De vrouw heeft kennelijk in het verleden niet gewerkt. Thans is zij arbeidsongeschikt volgens de verklaring van de behandelend medisch specialist d.d. 5 mei 2009. Weliswaar betwist de man deze conclusie, maar de gedingstukken bieden onvoldoende aanknopingspunten om anders aan te nemen. Het Hof neemt aan dat zij behoeftig is.
> 3.12. Gelet op hetgeen hiervóór omtrent de draagkracht van de man is overwogen, zal over de tijd tot 1 september 2010 de uitkering tot levensonderhoud van de vrouw worden bepaald op Afl. 200.

> 3.13. Per 1 september 2010 verbetert de draagkracht van de man met Afl. 700 doordat de betalingen aan zijn in Nederland wonende dochters wegvallen. Naar het oordeel van het Hof laat de draagkracht van de man niet toe dat daarvan meer dan Afl. 500 extra gaat naar de vrouw. De uitkering van de vrouw wordt daarom per die datum bepaald op Afl. 200 + Afl. 500 = Afl. 700 per maand.
> 3.14. Het Hof beschikt over onvoldoende gegevens om nu reeds te kunnen vaststellen dat de behoeftigheid van de vrouw op korte termijn zal verminderen. Het Hof zal daarom geen vermindering of nihilstelling van de alimentatie op termijn bepalen. De man kan in de toekomst, bij wijziging van omstandigheden, wijziging van de alimentatie verzoeken (artikel 1:401 BWNA). Hetzelfde geldt overigens voor de vrouw.
> 3.15. Voor een (definitieve) limitering als bedoeld in artikel 1:157 lid 3 BWNA, waarvoor hoge motiveringseisen zouden gelden, is geen reden.
> 3.16. Aangezien van de vrouw niet kan worden gevergd dat zij tot terugbetaling van teveel ontvangen alimentatie overgaat, nu zij bij gebrek aan voldoende andere inkomsten geacht moet worden de ontvangen bijdragen te hebben verbruikt, wordt de tot heden door de man aan de vrouw verschuldigde alimentatie gesteld op hetgeen hij heeft betaald of op hem is verhaald.

In een andere recente uitspraak (Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 19 juli 2010, *LJN* BN7656) is slechts aan art. 1:408b BWNA gerefereerd:[248]

> 3.1 Op basis van door de man overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting staat vast dat de man op 13 mei 1994 in de Verenigde Staten gehuwd is met Lisa Marie FREELAND en op 11 september 1999 in de Verenigde Staten met de vrouw. Het eerste huwelijk is nimmer door echtscheiding e.d. ontbonden en Lisa Marie FREELAND is nog in leven (de gemachtigde van de man heeft recentelijk met haar gesproken).
> 3.2 Doordat het eerste huwelijk niet is ontbonden, moet het in strijd met de openbare orde worden geacht om het huwelijk tussen de man en de vrouw hier te lande te erkennen. Irrelevant is of de vrouw door de man is misleid, hetgeen overigens, blijkens het verhandelde ter zitting van 12 maart 2010, niet het geval was.
> 3.3 Dit betekent dat de vrouw niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar echtscheidingsverzoek met nevenvoorzieningen, behoudens wat betreft haar verzoek tot veroordeling van de man in een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen, welk verzoek in hoger beroep niet aan de orde is aangezien het GEA in de bestreden beschikking van 7 december 2009 aan een beslissing terzake niet is toegekomen. De man is niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot nietigverklaring van het huwelijk met de vrouw, zodat zijn verzoek terecht is afgewezen door het GEA. Wel toewijsbaar is het verzoek van de man om een verklaring voor recht, bij wijze van vermeerdering in hoger beroep gedaan, dat zijn huwelijk met de vrouw niet voor erkenning hier te lande in aanmerking komt.

[248] Dit betreft een bigamiezaak in Sint Maarten.

3.4 Ter zitting zijn de artikelen 1:408b BW en artikel 3:110 BW aan de orde geweest. De vrouw zal terzake opnieuw in eerste aanleg verzoeken (een EJ- en een AR-verzoekschrift) moeten indienen, tenzij partijen tot overeenstemming kunnen komen.

4.3.2.1g Conclusies

Anders dan in Nederland maakt ongehuwd samenleven in de Nederlandse Antillen in bepaalde opzichten en onder bepaalde voorwaarden als 'familierechtelijke betrekking' onderdeel uit van enige wettelijke regelingen op het terrein van het familie(vermogens)recht.
De wetgeving voorziet in een aanspraak op levensonderhoud na het verbreken van de samenleving anders dan door overlijden, waarbij voldaan dient te zijn aan twee criteria. De eerste is het (rekbare) criterium na een *langdurige* samenleving en als tweede criterium geldt dat een aanspraak *redelijk* moet zijn. Hierbij gaat kennelijk de materiële inhoud van de samenleving boven de formele gedaante ervan. De rechter kan zelfstandig beoordelen wanneer hij een samenleving – met het oog op een onderhoudsverplichting na beëindiging ervan – zal gelijkstellen met een huwelijk, zij het dat hiervan slechts sprake zal kunnen zijn ingeval van een samenleven van geruime duur. Het vereiste van langdurigheid zal mede aan de hand van de materiële inhoud van de samenleving kunnen worden beoordeeld. Rechtspraak hierover ontbreekt nog.
In vermogensrechtelijk opzicht gelden geen bijzondere aanspraken voor ongehuwde samenwoners met betrekking tot elkaars goederen. Het wettelijk stelsel van gemeenschap van goederen en de mogelijkheid tot het aangaan van huwelijkse voorwaarden ter afwijking daarvan gelden uitsluitend voor echtgenoten. In hun vermogensrechtelijke verhoudingen geldt voor samenwoners slechts het algemene vermogensrecht. Er ontstaan geen rechten op een deel van het vermogen van de andere partner of een verplichting vermogen met de andere partner te gaan verrekenen. Evenmin ontstaat er een aanspraak (wettelijk recht) op voortgezet gebruik van de gezinswoning en inboedel ervan, voor zover deze eigendom is van de ander, na beëindiging anders dan overlijden.
In komende wetgeving wordt hierop een (eerste) uitzondering aangebracht voor de omvang van de vergoedingsrechten na een vermogensverschuiving welke gedurende de samenleving heeft plaatsgevonden. Hieraan is geen duurcriterium of redelijkheidscriterium verbonden. Volstaan is met het samenleven als zijnde gehuwd. Hier vindt derhalve een volledige gelijkstelling plaats met gehuwden.
In de komende wetgeving zullen evenzo (eenzijdig) voor samenlevers rechten kunnen ontstaan als medehuurder. Hiervoor geldt het formele duurcriterium van 10 jaar samenleven als waren zij gehuwd. Na verloop van deze termijn ontstaat van rechtswege een medehuurderschap dat gelijkgesteld is aan dat van een echtgenoot bij aanvang van het huwelijk.

Het formele duurcriterium (van 10 jaar) geldt ook voor het van rechtswege verkrijgen van aanspraken na overlijden van de partner met wie werd samengeleefd als waren zij gehuwd en door wiens overlijden de samenleving is geëindigd.
Ten aanzien van het duurcriterium zijn geen criteria gesteld om de aanvang van deze duur vast te stellen. Evenmin is nader omschreven wat dient te gelden als 'samenwonen als waren zij gehuwd'. Wel blijkt uit de memorie van toelichting dat dit mede kan omvatten een samenleving terwijl een van de partners gehuwd is met een ander.
Met het vorenstaande is er sprake van een verdergaande regeling dan in Nederland voor de samenwonende partner die heeft samengeleefd was hij gehuwd en wiens samenleving anders dan door overlijden is verbroken. De (voorgestelde) regelingen voorzien slechts ten dele in een bescherming van de zwakkere partij en zijn grotendeels van vermogensrechtelijke aard. De voor de verwerving van bepaalde aanspraken gestelde criteria omvatten niet het vereiste dat minderjarige kinderen deel uitmaakten van de samenleving. Voor zover sprake is van een duurcriterium, is bepaald dat de samenleving (ten minste) 10 jaar moet hebben geduurd.
Aanpassing van de Nederlandse regelgeving met betrekking tot aanspraken op levensonderhoud ten behoeve van samenlevers kan worden overwogen, evenals een aanspraak op een vergoedingsrecht (overeenkomstig de beleggingsleer), wanneer een wettelijke regeling daarvan voor echtgenoten zal worden ingevoerd.

4.3.2.2 Schotland

4.3.2.2a Algemene informatie

Wetgeving:
Met betrekking tot buitenhuwelijkse samenleving: *Family Law (Schotland) Act 2006*.[249]
Met betrekking tot het huwelijk: *Family Law (Schotland) Act 1985*.
Met betrekking tot het geregistreerd partnerschap: *Civil Partnership Act 2004*
Wettelijk huwelijksgoederenregime: gescheiden vermogens met rechterlijke discretionaire bevoegdheid om het vermogen in het geval van beëindiging van het huwelijk te redistribueren.[250]

[249] Van kracht sinds 4 mei 2006. Verder: Act 2006.
[250] J. Mair, 'Scottish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Scotland.pdf, p. 11.

4.3.2.2b Historische achtergrond

Het idee om de vermogensrechtelijke gevolgen van de ongehuwde samenleving wettelijk te regelen, werd geopperd in het *Report on Family Law,* gepresenteerd door *the Scottish Law Commission* in 1992.[251] De *Law Commission* vond dat het groeiende aantal ongehuwd samenwonende paren in Schotland vroeg om wettelijke maatregelen, gericht op

> 'the easing of certain legal difficulties and the remedying of certain situations which are widely perceived as being harsh and unfair.'[252]

Deze aanbeveling bleef gedurende dertien jaar zonder gevolg. Maar in 2004 kwam de Schotse regering met een rapport *Family Matters: Improving Family Law in Scotland,*[253] gevolgd door een wetsvoorstel in 2005. In de *Policy Memorandum* bij het wetsvoorstel heeft de regering de doelstelling van de nieuwe regeling als volgt geformuleerd:

> 'The Scottish Ministers aim to provide a clearer statutory basis for recognising when a relationship is a cohabiting relationship; and a set of principles and basic rights to protect vulnerable people either on the breakdown of a relationship, or when a partner dies. The Scottish Ministers do not intend to create a new legal status for cohabitants. It is not the intention that marriage-equivalent legal rights should accrue to cohabiting couples, nor is it the intention to undermine the freedom of those who have deliberately opted out of marriage or of civil partnership. The Scottish Ministers consider it vital to balance the rights of adults to live unfettered by financial obligations towards partners against the need to protect the vulnerable.'[254]

In andere parlementaire stukken zijn deze doelstellingen nader gespecificeerd als het bewerkstellingen van economische bescherming van de kinderen[255] en het voorzien in financiële compensatie voor de economische nadelen, geleden door een van de partners als gevolg van de relatie.[256]
De nieuwe wet voorziet slechts in minimale bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van ongehuwd samenlevende partners. De partners zijn vrij om bij overeenkomst een meer uitgebreide bescherming overeen te komen. De

[251] Scottish Law Commission, Report on *Family Law* (Scot Law Com No 135, 1992) part XVI.
[252] Report on *Family Law* para 16.1.
[253] Edinburgh, Scottish Executive, 2004, http://www.scotland.gov.uk/consultations/justice/ifl.
[254] Scottish Executive. The *Family Law (Schotland) Bill Policy Memorandum,* Edinburgh, Scottish Executive, http://www.scottish.parliament.uk/business/bills/36-familyLaw/b36s2-introd-pm.pdf, para 65.
[255] Scottish Parliament, *Official Report*, Justice 1 Committee, cols 2360, 2370 (23 Nov 2005).
[256] Ibid, cols 2351, 2354, 2371.

wettelijke bescherming gaat niet verder dan de toekenning van een compensatie ingeval van scheiding voor een tijdens, en vanwege, de relatie opgelopen financieel nadeel. Daarnaast is er de mogelijkheid van toekenning van een financiële compensatie en/of bepaalde goederen ingeval van overlijden van een van de partners. De wet zoekt duidelijk een middenweg tussen enerzijds bescherming van ongehuwde samenleving op gelijke voet met het huwelijk, en anderzijds het achterwege laten van iedere bescherming.[257]
De nieuwe wet is al drie jaar na zijn inwerkingtreding geëvalueerd.[258] Het evaluatierapport, voltooid in het voorjaar van 2010, geeft een goed inzicht in de geconstateerde tekortkomingen en knelpunten. Deze zullen wellicht leiden tot wetswijzigingen.

4.3.2.2c Definitie van ongehuwde samenleving

Sectie 25(1) van de wet 2006 definieert een ongehuwd samenlevende persoon als volgt:

> 'cohabitant' means either member of a couple consisting of—
> (a) a man and a woman who are (or were) living together as if they were husband and wife; or
> (b) two persons of the same sex who are (or were) living together as if they were civil partners.

Subsectie 2 van dezelfde regel bevat extra criteria die de rechter moet gebruiken om het bestaan van de ongehuwde samenleving vast te stellen:

> In determining […] whether a person ("A") is a cohabitant of another person ("B"), the court shall have regard to—
> (a) the length of the period during which A and B have been living together (or lived together);
> (b) the nature of their relationship during that period; and
> (c) the nature and extent of any financial arrangements subsisting, or which subsisted, during that period.

Deze definitie werd bekritiseerd als '*intellectually incoherent'* omdat de definitie, gegeven in subsectie 1, in subsectie 2 als het ware wordt geherdefinieerd.[259] Aangevoerd is dat het beter was geweest als de criteria van subsectie 2 slechts relevant zouden zijn voor de uitoefening van de discretionaire bevoegd-

[257] F. Wasoff, J. Miles, E. Mordaunt, *Legal Practitioners' Perspectives on the Cohabitation Provisions of the Family Law (Scotland) Act 2006,* mei 2010, p. 2. Verder: Evaluatierapport 2010.
[258] Ibid, p. 2.
[259] Evaluatierapport 2010, p. 21.

heid van de rechter om de maatregelen onder de nieuwe wet wel of niet toe te passen.[260]

Als waren ze getrouwd/geregistreerde partners: de definitie van de ongehuwde samenleving is gebaseerd op de definitie van het huwelijk/geregistreerd partnerschap. Dat betekent dat de relatie van de samenlevende partners aan de volgende vereisten moet voldoen:

Huwbare leeftijd: partners moeten de huwbare leeftijd van 16 jaar[261] hebben bereikt.

Affectieve tweerelatie: de relatie moet affectief zijn. Relaties van vrienden of woongroepen vallen niet onder de definitie van de wet.

Afwezigheid van huwelijks-/partnerschapsbeletselen: met elkaar samenlevende familieleden, die binnen verboden graden van bloed- en aanverwantschap zijn verbonden, worden niet als samenlevende partners in de zin van de Act 2006 gekwalificeerd.

Exclusiviteit. Analogie met het huwelijk/geregistreerd partnerschap doet vermoeden dat de ongehuwd samenlevende partners niet met een andere persoon getrouwd kunnen zijn, noch verbonden in een geregistreerd partnerschap. Toch leidt verdere analyse van de wet tot een andere conclusie. Sectie 29, die de financiële gevolgen regelt ingeval van overlijden van een van de partners, bevat de bepaling dat de langstlevende partner een vordering krijgt op de '*deceased's net intestate estate'*. Sectie 29 (10) bepaalt dat onder netto erfboedel wordt verstaan het vermogen dat resteert na de uitbetaling van o.a. datgene wat de wettige echtgenoot van de overledene rechtens toekomt. Dat betekent kennelijk dat de aanwezigheid van een niet ontbonden huwelijk niet in de weg staat aan kwalificatie van de partner van de overledene als een samenlevende partner in de zin van de Act 2006.

Verschillend en gelijk geslacht. De nieuwe wet is van toepassing op paren van verschillend en gelijk geslacht. Bij de eersten wordt aansluiting gezocht bij het huwelijk, bij de laatsten bij het geregistreerd partnerschap.

Extra criteria van a. 25 (2)

---

[260] Ibid.
[261] Section 1 of the Marriage (Scotland) Act.

Aard van de relatie. Een uitleg van dit extra criterium wordt gegeven in de parlementaire geschiedenis:

> 'By "nature" we seek to point towards those many factors (not all of which may be present in any given relationship) which reflect a common life. These might include financial arrangements, the use and maintenance of a joint home, the existence of and caring for any children of the relationship, any outward signs of commitment, the manner in which the couple present themselves *as a couple* to friends and wider family, and evidence of decisions or actions reflecting expectations by the parties that they would remain a couple.'[262]

Het is niet duidelijk wat de waarde van deze additionele factoren precies is naast het algemene vereiste van s. 25 (1) dat de relatie van de partners moet lijken op die van de gehuwde/geregisterde partners.

Aard en omvang van de financiële arrangementen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hiermee vooral bedoeld is de mate waarin de partners over en weer financieel afhankelijk van elkaar zijn.[263]

Duur van de relatie. In navolging van de aanbevelingen van de *Law Commission* stelt de nieuwe wet geen minimumeisen aan de duur van de relatie. De achtergrond van het besluit om een dergelijke eis niet in de wet op te nemen, is uitgelegd in de *Policy Memorandum* van de Schotse regering. Zij was van mening dat met opneming daarvan meer valt te verliezen dan te winnen, omdat:

> 'It would be arbitrary, rigid and irresponsible to individual cases; would create problems of proof; could distort behaviour; and could lead to especially harsh outcomes in relation to discretionary awards on death.'[264]

Verdere uitleg is gegeven in het rapport van de *Law Commission,* die verwachtte dat de regeling

> 'would either be self-limiting (in the sense that a short cohabitation or one involving little mutual commitment would be likely to give rise to minimum

[262] Scottish Executive, *Response to the Justice 1 Committee Stage 1 Report* 14, 24 Scottish Parliament, *Official Report*, Justice 1 Committee, col 2071 (14 Sept 2005), n. 23, p. 16. http://www.scottish.parliament.uk/business/committees/justice1/reports05/SEresponse-FamilyLawStage1.pdf.

[263] Scottish Executive, *Response to the Justice 1 Committee Stage 1 Report* 14, 24 Scottish Parliament, *Official Report*, Justice 1 Committee, col 2071 (14 Sept 2005), n. 23, p. 16. http://www.scottish.parliament.uk/business/committees/justice1/reports05/SEresponse-FamilyLawStage1.pdf.

[264] Scottish Executive. The Family Law (Schotland) Bill Policy Memorandum, para 67.

legal consequences) or would involve sufficient discretion to enable a court to take account of all circumstances of the case.'[265]

De ***aanwezigheid van kinderen*** is onder de additionele criteria niet apart genoemd, maar kan belangrijk zijn voor het kwalificeren van de aard van de relatie.

4.3.2.2d Omvang van bescherming

De Act 2006 biedt bescherming slechts ingeval van eindiging van de relatie door scheiding of het overlijden. Deze bescherming is uitdrukkelijk anders, zowel qua omvang als qua middelen, dan de bescherming die wordt toegekend aan echtgenoten/geregistreerde partners. Kort samengevat komt de bescherming die de Act biedt aan samenlevende partners, op het volgende neer:

- wettelijke, weerlegbare vermoedens van gezamenlijk eigendom van huishoudelijke goederen (s. 26), en financiële middelen, overgespaard van de bedragen, bestemd voor het financieren van de huishouding, evenals goederen, gekocht van de overgespaarde middelen (s. 27);
- ingeval van scheiding: een vordering op de andere partner tot het betalen van een som ineens ter compensatie van het financiële nadeel opgelopen als gevolg van de relatie, inclusief een compensatie voor de economische last van de (toekomstige) zorg voor gezamenlijke kinderen;
- ingeval een van de partners komt te overlijden zonder testament: een vordering jegens de nalatenschap tot het betalen van een som ineens of het overdragen van goederen.

Alimentatie

De wet voorziet niet in alimentatieverplichtingen tussen ex-partners. De *Law Commission* heeft uitdrukkelijk geadviseerd tegen de toekenning van een recht op alimentatie aan ex-samenlevende partners.[266] Dit werd gezien als het opdringen van een te sterke economische verbondenheid aan samenlevende partners die zich niet formeel aan elkaar hebben gecommitteerd.[267]

[265] Scottish Law Commission, Report on *Family Law*, paragraaf 16.4.
[266] Scottish Law Commission, Report on *Family Law* (Scot Law Com No 135, 1992) part XVI, para 16.5-16.6.
[267] Ibid, p. 27.

Vermoeden van gezamenlijk eigendom van huishoudelijke goederen, etc.

De wettelijke vermoedens van gezamenlijk eigendom van huishoudelijke goederen en bedragen, gespaard van het geld bestemd voor het financieren van de huishouding, alsmede goederen gekocht van dat geld, zijn gemodelleerd naar de soortgelijke vermoedens die gelden ingeval van een huwelijk of geregistreerd partnerschap. De vermoedens met betrekking tot samenlevende partners gaan echter minder ver dan die met betrekking tot echtgenoten/geregistreerde partners. In de eerste plaats zijn de vermoedens met betrekking tot huishoudelijke goederen slechts van toepassing op goederen verkregen tijdens de duur van de relatie en niet daarvoor. In de tweede plaats zijn die vermoedens makkelijker te weerleggen, door het bewijs dat de partners niet in gelijke mate in de verwerving daarvan hebben bijgedragen.[268]

Wettelijke vermoedens van gezamenlijke eigendom van financiële middelen, gespaard van de bedragen bestemd voor het financieren van de huishouding, alsmede goederen gekocht van de gespaarde middelen, is in de praktijk een archaïsche regel waarop bijna nooit een beroep wordt gedaan.[269]

Voorzieningen ingeval van scheiding

Ingeval de samenleving eindigt door scheiding, kan een van de partners van de ander vergoeding vorderen van het als gevolg van de relatie geleden nadeel.
Sectie 26 van het Act 2006 bevat een vrij ingewikkelde regeling:

> (2) On the application of a cohabitant (the "applicant"), the appropriate court may, after having regard to the matters mentioned in subsection (3)—
> (a) make an order requiring the other cohabitant (the "defender") to pay a capital sum of an amount specified in the order to the applicant;
> (b) make an order requiring the defender to pay such amount as may be specified in the order in respect of any economic burden of caring, after the end of the cohabitation, for a child of whom the cohabitants are the parents;
> (c) make such interim order as it thinks fit.
> (3) Those matters are—
> (a) whether (and, if so, to what extent) the defender has derived economic advantage from contributions made by the applicant; and
> (b) whether (and, if so, to what extent) the applicant has suffered economic disadvantage in the interests of—
> (i) the defender; or
> (ii) any relevant child.
> (4) In considering whether to make an order under subsection (2)(a), the appropriate court shall have regard to the matters mentioned in subsections (5) and (6).

[268] Ibid, p. 22.
[269] Ibid, p. 23.

> (5) The first matter is the extent to which any economic advantage derived by the defender from contributions made by the applicant is offset by any economic disadvantage suffered by the defender in the interests of—
> (a) the applicant; or
> (b) any relevant child.
> (6) The second matter is the extent to which any economic disadvantage suffered by the applicant in the interests of—
> (a) the defender; or
> (b) any relevant child,
> is offset by any economic advantage the applicant has derived from contributions made by the defender
> […]

Compensatie voor economisch nadeel

Hoe het economische nadeel/voordeel moet worden bepaald is verre van duidelijk. In beginsel moet de rechter bepalen of er economische voor- en nadelen zijn geweest, en vervolgens moet hij deze met elkaar vergelijken. Op basis van de evaluatie van de bestaande praktijk is in het Evaluatierapport 2010 de volgende getrapte werkwijze uiteengezet. De rechter moet bepalen:

1. of de gedaagde partner enig economisch voordeel heeft gehad door de bijdragen van de eisende partner (inclusief indirecte niet-financiële bijdragen, in het bijzonder in de vorm van huishoudelijke arbeid (s. 29 (9) onder);
2. of tegenover dit voordeel een economisch nadeel staat, geleden door de gedaagde partner ten gunste van de eisende partner of een kind uit de relatie;
3. of de eisende partner een economisch nadeel heeft geleden;
4. of tegenover dit nadeel een economisch voordeel staat, verkregen door de eisende partner ten koste van de gedaagde partner.[270]

Het is niet nodig dat komt vast te staan dat de eisende partner een economisch nadeel heeft geleden en dat dit nadeel een economisch voordeel voor de gedaagde partner heeft opgeleverd. Het vaststellen van het een of het ander is voldoende.[271]
Hoe de rechter de omvang van het economisch voordeel moet bepalen is niet helemaal duidelijk.[272] Sectie 28(9) bepaalt dat het economische voordeel/nadeel

[270] Ibid, p. 29.
[271] Ibid, p. 30.
[272] T. Guthrie, H. Hiram, Property and Cohabitation: Understanding the Family Law (Scotland) Act 2006, 2007, p. 219.

de aanwinsten/verliezen in kapitaal, inkomen, en verdiencapaciteit omvat. Tijdens het parlementaire debat werd gesuggereerd dat de rechter vooral naar de periode van de relatie moet kijken.[273] Deze op het verleden georiënteerde benadering werd als veel te beperkt gezien. Er werd op gewezen dat op die manier slechts wordt gekeken naar de bijdragen in de vorm van huishoudelijke arbeid en zorg voor kinderen, waarbij de historische tendens om deze onder te waarderen een rol speelt. Verder zullen die bijdragen al gauw als reeds gecompenseerd worden gezien door ten tijde van de relatie genoten voordelen: genot van de woning, onderhoud, etc.[274] Niettegenstaande die tot het verleden georiënteerde benadering wordt wel met het verlies van verdiencapaciteit rekening gehouden. Noch de wet noch de parlementaire geschiedenis geeft richtlijnen hoe dit verlies moet worden geschat.[275]

Compensatie voor kinderzorg

Een andere vorm van compensatie is de compensatie voor de economische last van het zorgen voor een gezamenlijk kind nadat de relatie is geëindigd. Onder kind wordt in deze context verstaan: een kind jonger dan 16 jaar (s. 28(9), waarvan beide partners juridische ouders zijn (s.28(2)(b)). De kinderen van wie slechts een van partners een juridische ouder is, maar die tijdens de relatie wel gezamenlijk zijn opgevoed, zijn hierdoor uitgezonderd, zelfs als het kind van de gedaagde partner na de relatiebreuk door de eisende partner wordt opgevoed. Het is niet duidelijk welke posten onder de economische last van de kinderzorg vallen: slechts daadwerkelijke uitgaven of ook verlies van verdiencapaciteit bij de verzorgende partner.[276] Een verdere beperking is dat de kosten van betaalde kinderzorg niet vallen onder de economische lasten bedoeld in deze regel.[277] Een andere belangrijke beperking is dat de rechter alleen een som ineens kan toekennen, ook als toekenning van periodieke betalingen met een mogelijkheid van wijziging geschikter zou zijn om op het moment van de vordering nog onzekere toekomstige uitgaven te vergoeden.
De desbetreffende vorderingen moeten binnen een jaar na de beëindiging van de samenleving worden ingesteld.

---

[273] T. Guthrie, H. Hiram, Property and Cohabitation: Understanding the Family Law (Scotland) Act 2006, 2007, p. 219.
[274] L. Edwards, A. Griffiths, *Family Law*, 2de druk, Edinburg, Thompson/W Green, 2006, para 13.64.
[275] T. Guthrie, H. Hiram, Property and Cohabitation: Understanding the Family Law (Scotland) Act 2006, 2007, p. 220.
[276] J. Thomson, *Family Law,* 5de druk, Edinburgh, Tottel, 2006, para 7.17.
[277] Evaluatierapport 2010, p. 28.

Vergelijking met echtgenoten/geregistreerde partners

Het recht op vergoeding voor economisch nadeel is het equivalent van een soortgelijk recht van echtgenoten en geregistreerde partners. Tussen die twee rechten bestaan echter significante verschillen.

In de eerste plaats zijn de uitgangspunten voor toekenning van de vergoedingen verschillend. Bij echtgenoten/geregistreerde partners wordt het uitgangspunt gevormd door het principe van billijke verdeling, gebaseerd op het beginsel van gelijke verdeling, die ongeacht de eigendomstitel wordt toegepast.[278] Bij ongehuwd samenlevende partners is het uitgangspunt echter niet het beginsel van gelijke verdeling, maar het principe dat elk van de partners zijn eigen vermogen blijft houden. De *Law Commission* heeft benadrukt dat er geen adequate rechtvaardiging is voor toepassing van het principe van gelijke verdeling op de samenwonende partners, die wellicht van huwelijk en/of registratie hebben afgezien om de vermogensrechtelijke gevolgen daarvan te ontlopen.[279]

In de tweede plaats heeft de rechter bij de compensatie van financieel nadeel, geleden door een echtgenoot of geregistreerd partner, een heel arsenaal van middelen tot zijn beschikking, zoals het toekennen van een som ineens, een periodieke uitkering, het overdragen van goederen, of de verdeling van pensioenrechten. Als het echter om samenlevende partners gaat, heeft de rechter slechts één middel: toekenning van een som ineens. De reden voor deze beperking is het bevorderen van een *clean break* ingeval van het eindigen van de relatie.[280]

Voorzieningen ingeval van overlijden

De 2006 Act laat een partner niet erven van de eerstoverleden partner maar biedt de partner onder omstandigheden wel een vordering jegens de nalatenschap van de overledene. Sectie 29 subsectie 2, 3 en 4 luiden als volgt:

> (2) Subject to subsection (4), on the application of the survivor, the court may—
> (a) after having regard to the matters mentioned in subsection (3), make an order—
> (i) for payment to the survivor out of the deceased's net intestate estate of a capital sum of such amount as may be specified in the order;
> (ii) for transfer to the survivor of such property (whether heritable or moveable) from that estate as may be so specified;
> (b) make such interim order as it thinks fit.

[278] Evaluatierapport 2010, p. 25.
[279] Scottish Law Commission, Report on *Family Law* (Scot Law Com No 135, 1992) part XVI, para 16.15.
[280] Evaluatierapport 2010, p. 129.

> (3) Those matters are—
> (a) the size and nature of the deceased's net intestate estate;
> (b) any benefit received, or to be received, by the survivor—
> (i) on, or in consequence of, the deceased's death; and
> (ii) from somewhere other than the deceased's net intestate estate;
> (c) the nature and extent of any other rights against, or claims on, the deceased's net intestate estate; and
> (d) any other matter the court considers appropriate.
> (4) An order or interim order under subsection (2) shall not have the effect of awarding to the survivor an amount which would exceed the amount to which the survivor would have been entitled had the survivor been the spouse or civil partner of the deceased.

De langstlevende partner kan alleen een vordering instellen wanneer de andere partner zonder testament is overleden s.29(1). De vordering wordt verhaald op de netto nalatenschap. Onder de netto nalatenschap wordt begrepen hetgeen van de nalatenschap overblijft na het betalen van successierechten, de schulden van de erflater en van datgene dat rechtens toekomt aan de (eventueel aanwezige) langstlevende echtgenoot/geregistreerd partner (s. 29(10)). Dat betekent dat indien de overleden partner zijn eerdere huwelijk niet formeel heeft laten ontbinden, de echtgenoot een bevoorrechte positie krijgt ten opzichte van de langstlevende samenlevende partner. Kinderen van de overledene krijgen echter geen voorrang boven de langstlevende partner.
Bij het bepalen van de omvang van de financiële middelen of het vermogen dat aan de langstlevende partner wordt toegekend, heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid die als 'buitensporig ruim' wordt bekritiseerd.[281] De wet geeft geen houvast met betrekking tot het doel dat de rechter met zijn beslissing moet nastreven.[282] De wet geeft slechts aan met welke factoren rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de omvang van het geldbedrag of de goederen, namelijk: omvang en aard van het vermogen van de overledene, voordelen verkregen door de langstlevende partner ten gevolge van het overlijden van zijn/haar partner (pensioenen etc.), rechten en vordering van derden (andere erfgenamen m.u.v. de wettige echtgenoot), alle andere omstandigheden die de rechter van belang vindt (s. 29(3)).
De vordering moet binnen zes maanden na het overlijden worden ingesteld.

4.3.2.2e Opting out

De 2006 Act bevat geen bijzondere bepalingen over de mogelijkheid om de toepassing van diens bepalingen contractueel uit te sluiten (*opting out*). De mogelijkheid van opting out wordt echter afgeleid uit het algemene beginsel van

[281] Ibid, p. 31.
[282] Ibid, p. 31.

Schots recht dat het partijen altijd vrij staat om afstand te doen van het recht om een vordering van vermogensrechtelijke aard in te stellen.[283] Een overeenkomst tot afstand kan te allen tijde worden gemaakt en hiervoor is geen bijzondere vorm voorgeschreven.[284] Anders dan met betrekking tot huwelijkse voorwaarden, is geen voorafgaand juridisch advies vereist. Een ander verschil met huwelijkse voorwaarden is erin gelegen, dat de rechter niet bevoegd is om onredelijke *opting out*-overeenkomsten opzij te zetten.

4.3.2.2f Law in action: knelpunten

De algemene indruk bij evaluatie van de eerste drie jaren van toepassing van de 2006 Act, is positief.[285]

De toepassing van de nieuwe wet heeft geen buitenproportionele belasting van het gerechtelijke apparaat tot gevolg gehad en heeft niet geleid tot enige wezenlijke uitvoeringproblemen.[286] Desalniettemin zijn er tijdens de evaluatie verschillende knelpunten naar voren gekomen.

Opvallend genoeg heeft het ontbreken van een minimale relatieduur onder de vereisten waaraan moet worden voldaan, niet tot problemen geleid.[287] De verwachting dat de regeling zelflimiterend zal werken, bleek gerechtvaardigd: uit het overzicht van de rechtspraak blijkt dat er nagenoeg geen zaken zijn waarbij de relatie minder dan twee jaar heeft geduurd, en betrekkelijk weinig zaken met een relatieduur minder dan vijf jaar.[288] Het bewijs van de precieze begin- en einddata van de relatie is wel moeilijk gebleken.[289]

Het grootste knelpunt bleken de korte termijnen voor het instellen van de vorderingen te zijn. Vooral ingeval van scheiding wordt betrokkenen door hun advocaten geadviseerd om meteen formeel een vordering in te stellen, om daarna rustig te kunnen onderhandelen zonder vrees om een fatale termijn te laten verlopen. Dit heeft geleid tot onnodige belasting van het rechterlijk apparaat en tot onnodig hoge kosten.[290]

Een ander belangrijk knelpunt is dat de maatregelen die mogelijk zijn ter compensatie van geleden economisch nadeel zich beperken tot het toekennen van een som ineens. Vooral de onmogelijkheid om in plaats daarvan overdracht van goederen te gelasten, wordt als een probleem gezien, omdat het te gelde maken van bepaalde goederen (huizen, bedrijven, gebruiksgoederen) om com-

[283] Ibid, p. 32.
[284] Ibid, p. 33.
[285] Ibid, p. 143.
[286] Ibid, p. 143.
[287] Ibid, p. 124-125.
[288] Ibid, p. 125.
[289] Ibid, p. 125.
[290] Ibid, p. 126-127.

pensatie te kunnen betalen, vaak aanzienlijk waardeverlies als gevolg heeft. De gebruikswaarde voor partijen van deze goederen is doorgaans veel hoger dan de waarde waarvoor ze kunnen worden verkocht.[291]
Een ander probleempunt betreft de interpretatie, de kwalificatie en het bewijs van economische voor- en nadelen.[292]

4.3.2.2g Conclusies

De Schotse wetgeving bevat een aantal interessante instrumenten, die ook in Nederland zouden kunnen worden overwogen:

- Het weerlegbare vermoeden van gezamenlijk eigendom van huishoudelijke goederen, dat de economisch zwakkere partner een bewijslastvoordeel oplevert;
- De aanspraak op een vergoeding voor tijdens de relatie opgelopen economisch nadeel, met inbegrip van vermindering van verdiencapaciteit, die de partner die voor kinderen en huishouden heeft gezorgd een billijke compensatie verschaft;
- Een aanspraak op vergoeding voor toekomstige kosten van de zorg voor gezamenlijke kinderen, die de lasten van de verzorging van de gezamenlijke kinderen na een relatiebreuk tussen de partners verdeelt. Het zou beter zijn als deze vergoeding ook zou kunnen plaatsvinden in de vorm van periodieke betalingen. Deze maatregel gaat minder ver dan partneralimentatie, omdat zij slechts de kosten van de zorg voor kinderen verdisconteert, en niet mogelijke andere behoeften van de verzorgende partner.
- De mogelijkheid om een vast bedrag of goederen uit de nalatenschap van de overledene toe te kennen aan de langstlevende partner. Deze mogelijkheid vormt in zekere zin een alternatief voor een recht om bij versterf van de andere partner te erven.
- De mogelijkheid van *opting out* verzekert dat de partijautonomie wordt gerespecteerd van die partners die beiden willens en wetens aan hun relatie geen financiële gevolgen willen verbinden.

4.3.2.3 Slovenië

4.3.2.3a Algemene informatie

Wetgeving:
Momenteel van kracht: de Huwelijks- en Familierelatiewet (1976).[293]

[291] Ibid, p. 129.
[292] Ibid, p. 130.

Komend: ontwerp van het nieuwe Familiewetboek, goedgekeurd door de regering op 17 december 2009, aangenomen in de eerste lezing op 2 maart 2010 door *The National Assembly* – de Sloveense Tweede Kamer.
Wettelijk huwelijksgoederenregime: beperkte gemeenschap van goederen.

4.3.2.3b Historische achtergrond

De Sloveense regelgeving voor ongehuwde samenleving is geworteld in een lange traditie van welwillende benadering van buitenhuwelijkse samenleving, die typerend is voor heel voormalig Joegoslavië. De eerste wetten die ongehuwde partners bepaalde rechten toekenden dateren al uit de periode van het Koninkrijk Joegoslavië. Zo kende de Wet op de Verzekering van werknemers van 1922 aan de ongehuwde partner van een overleden werknemer een recht op vergoeding toe, mits de partners minstens een jaar hadden samengewoond en uit de relatie een kind was geboren.[294] Anders dan veel Europese landen kende zowel het Koninkrijk Joegoslavië als de Socialistische Federale Republiek Joegoslavië geen algeheel strafrechtelijk verbod van ongehuwde samenleving. Slechts bloedschennige samenleving en samenleving met minderjarigen was strafrechtelijk verboden.[295] Deze voor samenlevers welwillende benadering bleek ook uit een directief[296] die het Joegoslavische Opperste Gerechtshof in 1954 had aangenomen.[297] In de periode 1960-1970 werd in de jurisprudentie een aantal rechten aan ongehuwd samenlevende paren toegekend. De belangrijkste waren het recht tot verrekening van vermogen, verkregen tijdens de samenleving, en het recht op compensatie voor zorgarbeid (zorg voor kinderen of zieke partner).[298] Familierechtelijke wetgeving behoorde in het voormalige Joegoslavië tot de competentie van de autonomieën. Slovenië ging verder dan de andere Joegoslavische autonomieën, en in 1976 stelde de Sloveense Huwelijks- en Familierelatiewet de duurzame ongehuwde samen-

[293] *Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih* – ZZZDR (Uradni list SRS, št. 15/76 z dne 4. 6. 1976).

[294] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 340.

[295] Ibid.

[296] In Socialistische landen waren zulke directieven van hoogste rechterlijke colleges algemene instructies aan de lagere rechterlijke colleges, die geen beslissingen in concrete zaken maar algemeen geformuleerde regels bevatten. Deze instructies werden formeel niet als een rechtsbron beschouwd omdat ze niet algemeen verbindend waren. De rechters waren echter verplicht om dergelijke instructies te volgen waardoor deze *de facto* de status van rechtsregels hadden.

[297] Instruction of the Yugoslav Supreme Court on resolving disputes in connection with extramarital unions of 4 March 1954. M. Mladenović, et al, 'The Family Law in Post-Socialist Countries', 1998 p. 10-51, note 108.

[298] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 341.

leving van mannen en vrouwen tussen wie geen huwelijksbeletselen bestonden, volledig gelijk met het huwelijk qua vermogensrechtelijke consequenties en rechten en plichten van de partners.[299] De achtergrond van deze verstrekkende maatregel was de opvatting dat het huwelijk niet langer als geprivilegieerd instituut moest worden beschouwd.[300] Daarnaast was de nieuwe wetgeving gebaseerd op een bepaalde interpretatie van art. 190 lid 1 van de in 1974 aangenomen Joegoslavische Grondwet, dat verklaarde dat het gezin een bijzondere sociale bescherming genoot. Deze bepaling werd in Slovenië aldus geïnterpreteerd dat een 'gezin' niet slechts door middel van het huwelijk maar evengoed door middel van ongehuwde samenleving tot stand kon komen.[301] De discussie over eerbiediging van de partijautonomie van ongehuwde partners, die mogelijk bewust de rechtsgevolgen van de wettelijke regeling inzake het huwelijk wilden ontlopen, speelde in Slovenië geen rol.[302] Dat sluit goed aan bij de algemene paternalistische instelling van het socialistische familierecht, dat weinig eerbied voor de partijautonomie kon opbrengen en vooral bescherming van de zwakkere partij vooropstelde. Geheel in overeenstemming hiermee kent de Sloveense wetgeving tot op de dag van vandaag geen mogelijkheid voor ongehuwd samenlevende paren om de toepassing van de wettelijke regeling van hun relatievorm contractueel uit te sluiten (*opting out*).[303] Ook gehuwde paren kunnen het huwelijksgoederenregime niet contractueel wijzigen. De regels van het huwelijksgoederenrecht zijn dwingendrechtelijk van aard, en het maken van huwelijkse voorwaarden is niet toegestaan.[304] Deze situatie zal binnenkort veranderen. Het ontwerp van het nieuwe Familiewetboek, dat naar verwachting nog dit jaar zal worden aangenomen, voorziet in de mogelijkheid van het maken van huwelijkse voorwaarden door echtgenoten en – via overeenkomstige toepassing – ongehuwd samenlevende partners (art. 82/5 van het ontwerp wetboek).[305]

---

[299] M. Geč-Korošec, S., Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law' (2001), p. 384.

[300] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 341.

[301] Ibid, p. 342.

[302] J. Scherpe, J., 'Einführung: Nichteheliche Lebensgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber', 2005, p. 9.

[303] Antwoord van onze respondent Dr. Suzana Kraljić.

[304] V. Žnidaršič Skubic, 'The Reform of Slovenian Family Law: Property Relations Between Spouses', 2009, p. 371.

[305] Ibid, p. 375.

4.3.2.3c Definitie van ongehuwde samenleving

Art. 12 van de Huwelijks- en Familierelatiewet definieert buitenhuwelijkse samenleving als de langdurige stabiele levensgemeenschap tussen een ongehuwde man en vrouw tussen wie geen huwelijkse beletsels bestaan. Uit deze definitie vloeien de volgende kenmerken voort:

- ***Verschillend geslacht***. De huidige wet biedt enkel bescherming aan buitenhuwelijkse ongeregistreerde relaties van paren van verschillend geslacht. Sinds 23 juni 2006 kunnen paren van gelijk geslacht een geregistreerd partnerschap[306] aangaan. Het nieuwe familiewetboek zal paren van gelijk en van verschillend geslacht volledig met elkaar gelijkstellen door het huwelijk voor paren van gelijk geslacht open te stellen en de wettelijke bescherming voor ongehuwd en ongeregistreerd samenlevende paren te extrapoleren naar partners van gelijk geslacht.

- ***Levensgemeenschap*** van ongehuwde partners heeft dezelfde betekenis als levensgemeenschap van echtgenoten[307] en omvat een fysieke, morele, geestelijke, seksuele en economische gemeenschap.[308] Samenleving en het voeren van een gemeenschappelijke huishouding zijn constitutieve elementen van het begrip levensgemeenschap en tevens de meest zichtbare objectieve indicatoren dat een dergelijke gemeenschap bestaat.[309] Omdat het samenleven bij ongehuwden een cruciale bewijsrol speelt, wordt er strenger naar gekeken dan bij gehuwde paren. Niettemin kunnen ongehuwde partners een tijd apart leven zonder buiten de wettelijke definitie te vallen, als dat door omstandigheden wordt gerechtvaardigd (studie, militaire dienst, werken in het buitenland etc.).[310] De geboorte van een kind is als zodanig geen indicatie voor het bestaan van een levensgemeenschap, maar kan wel van belang zijn bij de beoordeling van de stabiliteit daarvan.[311]

- ***Langdurig***. Er is geen minimale wettelijke termijn waaraan de samenleving moet voldoen om voor toepassing van de wettelijke regeling in aanmerking te komen. Of de samenleving lang genoeg heeft geduurd, wordt door de

[306] De Wet op de registratie van gelijkgeslachtelijk partnerschap (*Registration of Same Sex Partnerships Act*) is aangenomen in 2005 en in werking getreden op 23 juni 2006.
[307] M. Geč-Korošec, S., Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law' 2001, p. 384.
[308] Ibid, p. 384.
[309] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 343.
[310] Ibid, p. 345.
[311] Ibid, p. 343.

rechter van geval tot geval beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden.[312] Het toetsingskader is dat de samenleving moet hebben geduurd 'zo lang als nodig is voor het ontstaan van een zekere gelijkenis met het huwelijk'.[313] Het Sloveense Opperste Gerechtshof heeft in een beslissing uit 1997 bepaald dat de langdurigheid moet worden beoordeeld in combinatie met de materiële kenmerken van de levensgemeenschap, en dat deze gemeenschap gedurende een relatief lange periode moet hebben bestaan.[314] Doordat de langdurigheid van de relatie wordt beoordeeld in combinatie met de materiële kenmerken daarvan, zoals de verbondenheid van de partners, wordt voorkomen dat partners die zich nog niet duurzaam aan elkaar hebben verbonden, louter op basis van het verstrijken van een termijn onder de wettelijke regeling vallen. Aldus kan de geboorte van een kind van belang zijn voor de beoordeling van de langdurigheid van de samenleving,[315] omdat het van een vergaande verbondenheid getuigt.

- ***Niet met elkaar gehuwd zijn***. De partners kunnen niet met elkaar gehuwd zijn. Anders kan er juridisch uiteraard slechts sprake zijn van een huwelijk.

- ***Exclusiviteit***. Net als bij een huwelijk, kan het slechts gaan om de gemeenschap van één man en één vrouw. Polygame verbanden vallen niet onder de wettelijke bescherming. Dit kenmerk wordt afgeleid uit de omstandigheid dat het model van de levensgemeenschap van de partners is afgeleid van het huwelijk.

- **Afwezigheid van huwelijksbeletselen**
    - De relatie moet zijn aangegaan uit vrije wil en zonder dwang.
    - De partners moeten meerderjarig zijn. Op deze regel bestaat een uitzondering: een persoon die de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt, mag trouwen met dispensatie van het *Center for Social Work*. Omdat het hier gaat om een informele relatie, is begrijpelijk dat deze dispensatie nogal eens ontbreekt. Dat staat aan toepassing van de wettelijke bescherming echter niet in de weg. In 1987 heeft het

[312] M. Geč-Korošec, S., Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law' 2001, p. 385.
[313] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 343.
[314] Opperste Gerechtshof van Justitie, RS no VS03325, 12 november 1997. Geciteerd in: S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, op p. 343.
[315] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 343.

Opperste Gerechtshof van (toen nog) de autonome Republiek Slovenië in antwoord op een preliminaire vraag bepaald dat de minderjarigheid van een van de partners op zich de toepassing van de wettelijke regeling niet uitsluit als de partners in een langdurige levensgemeenschap hebben samengewoond.[316]

- Geen van de partners mag aan een ernstige geestelijke stoornis lijden of door een gerechtelijke beslissing onbekwaam zijn verklaard. Omdat het ongehuwd samenleven een feitelijke duurzame toestand is, wordt gedoeld op een langdurige geestelijke stoornis of onbekwaamheid die bij de aanvang van de relatie de vrije wilsverklaring in de weg heeft gestaan.[317]
- Geen van de partners mag met een andere persoon gehuwd zijn. Als een van de partners nog steeds met een andere persoon gehuwd is, voldoet de samenleving door de aanwezigheid van een huwelijksbeletsel niet aan de definitie van art. 12.[318]
- De partners mogen niet binnen de vierde graad van bloedverwantschap aan elkaar verwant zijn.[319]

4.3.2.3d Omvang van de bescherming

De Huwelijks- en Familierelatiewet verklaart alle persoonlijke en vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen van echtgenoten van overeenkomstige toepassing op samenlevende partners die aan de definitie van art. 12 voldoen. Deze vergaande gelijkstelling vind ook plaats op het terrein van het publiekrecht. De enige verschillen tussen huwelijk en samenleving zijn: de gehuwde status, de wijze van aanvang en beëindiging, alsmede de afstammingsrechtelijke gevolgen.[320]

---

[316] Opperste Gerechtshof van Slovenië, preliminaire beslissing van 22 december 1987, *Slavenski pravni register,* jaar IV, p. 130-131. Geciteerd in: M. Geč-Korošec, S. Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law', 2001, op p. 385.

[317] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 344.

[318] Opperste Gerechtshof van Slovenië, no Pž 1048/77, 8 februari 1978, *Slavenski pravni register*, p. 130. Geciteerd in: M. Geč-Korošec, S. Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law' 2001, op p. 385.

[319] Dit beletsel ziet dus niet op de samenleving van neef en nicht (*cousins*).

[320] Zie een vergelijkende tabel in S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, op p. 361.

Alimentatie

Als een van de partners niet in zijn levensonderhoud kan voorzien, rust op de andere partner een onderhoudsplicht, zowel tijdens de relatie als na beëindiging daarvan. Zowel voor echtgenoten als voor partners is het niet mogelijk om bij overeenkomst van het recht op alimentatie af te zien. Na het einde van de relatie kunnen de partners de inhoud van dit recht wel bij overeenkomst specificeren.[321] Een dergelijke overeenkomst moet worden goedgekeurd door het *Center for Social Work*.[322] Bij gebreke van een overeenkomst beslist de rechter.

Vermogen

Het wettelijke regime van de beperkte gemeenschap van goederen is van overeenkomstige toepassing op samenlevende partners. Op dit moment is dit regime van dwingend recht. Afwijking daarvan door middel van huwelijkse voorwaarden is niet mogelijk. Het nieuwe Familiewetboek maakt huwelijkse voorwaarden mogelijk voor echtgenoten en, door overeenkomstige toepassing, ook voor ongehuwd samenlevende partners. Voor de rest blijft het regime in de nieuwe wet grotendeels hetzelfde als het huidige.

Binnen het regime van gemeenschap van goederen wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten vermogens: de privévermogens van elk van de partners en het gemeenschappelijk vermogen.

- De ***privévermogens*** omvatten vermogensbestanddelen verkregen vóór aanvang van de relatie, vermogen verkregen tijdens de relatie om niet, verknochte goederen en de waardestijging van de privégoederen alsmede de inkomsten daaruit. Het bestuur van het privévermogen berust bij de desbetreffende partner.[323] Het nieuwe Familiewetboek laat dit alles ongewijzigd.

- Het ***gemeenschappelijk vermogen*** bestaat uit het tijdens de relatie om baat verkregen vermogen. De bestuursregeling is ingewikkeld: de partners kunnen slechts gezamenlijk over de gemeenschappelijke goederen beschikken. Omdat dit zeer onpraktisch is, mogen zij beslissen dat

[321] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 346.
[322] Ibid.
[323] V. Žnidaršič Skubic, 'The Reform of Slovenian Family Law: Property Relations Between Spouses', 2009, p. 371.

slechts een van hen bestuursbevoegd is.[324] In het nieuwe Familiewetboek komt op dit punt een verandering. Net als in de meerderheid van de Oost-Europese stelsels word de regel van gezamenlijk bestuur aangevuld door een wettelijk vermoeden van instemming van de ene partner met transacties verricht door de ander in het kader van het dagelijks beheer van roerende zaken.[325]

- ***Verdeling van gemeenschap***. De vaste regel voor verdeling is dat deze bij helfte plaatsvindt, maar een partner die met deze verdeling niet tevreden is, kan bewijzen dat hij/zij een disproportioneel grote bijdrage heeft geleverd aan de opbouw van het gemeenschappelijke vermogen.[326] Bij de beoordeling van de omvang van de bijdragen van de partners worden omstandigheden meegeteld als de hulp van de partners aan elkaar, de zorg voor kinderen, huishoudelijk arbeid en alle vormen van werk en samenwerking in het kader van het beheer en het onderhoud van het gemeenschappelijke vermogen (art. 59 lid 2 Huwelijks- en Familierelatiewet).[327]

- ***Aansprakelijkheid voor schulden***. Elk van de partners is individueel aansprakelijk voor zijn privéschulden (schulden met betrekking tot privévermogen en persoonlijke schulden). De schuldeisers kunnen zich daarbij verhalen op zijn/haar privé vermogen en op zijn/haar aandeel in het gemeenschappelijke vermogen, dat word bepaald door verdeling van de gemeenschap op vordering van een crediteur.[328] Beide echtgenoten zijn hoofdelijk aansprakelijk voor gemeenschappelijke schulden (schulden met betrekking tot gemeenschappelijk vermogen en gezamenlijke schulden). De crediteuren kunnen zich daarbij zowel op de privévermogens als op het gemeenschappelijke vermogen verhalen.[329]

Erfrecht

De erfrechtelijke positie van samenlevende partners is door de Wet op het erfrecht van 2001 met die van echtgenoten gelijkgesteld. Deze wet is een zelfstandige wet en geen onderdeel van de Huwelijks- en Familierelatiewet. De

[324] Ibid.
[325] Ibid, p. 378.
[326] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 348.
[327] Ibid.
[328] Ibid, p. 349.
[329] Ibid.

Wet op het erfrecht hanteert zijn eigen definitie van samenlevende paren, die evenwel grotendeels samenvalt met de definitie uit art. 12 Huwelijks- en Familierelatiewet. Krachtens art. 10 lid 2 van de Wet op het erfrecht kunnen ongehuwde mannen en vrouwen die in een langdurige gemeenschap met elkaar samenwonen, erven op gelijke voet met echtgenoten, mits er geen omstandigheden zijn die zouden leiden tot de nietigheid of vernietigbaarheid van een huwelijk tussen hen.[330] Als een van de partners tijdens de relatie een testament heeft gemaakt ten gunste van de ander, wordt dit testament van rechtswege herroepen in geval van beëindiging van de relatie vóór de dood van de erflater. Voor echtgenoten geldt dezelfde regel. Een testament, gemaakt na het einde van de relatie, blijft echter geldig.[331]

4.3.2.3e Law in action: knelpunten

In het kader van dit onderzoek zijn geen tekenen van specifieke onvrede gevonden over de omstandigheid dat samenlevende partners toepasselijkheid van de wettelijke regeling niet kunnen uitsluiten (*opt out*). Er bestaat wel in algemene zin onvrede over het dwingendrechtelijke karakter van het huwelijks/relatievermogensrecht en de onmogelijkheid om huwelijkse/relatievoorwaarden te maken.[332] Dit probleem wordt in het nieuwe Familiewetboek opgelost.

Het belangrijkste knelpunt is het bewijs van het bestaan van de relatie en het tijdstip waarop die een aanvang heeft genomen, hetgeen cruciaal is voor de bepaling van de omvang van het gemeenschappelijke vermogen.[333] Sloveense juristen spreken in dit verband van *probatio diabolica,* omdat elk van de partners met bewijsstukken aankomt die in zijn/haar voordeel spreken. Dit probleem is inherent aan de informele aard van de samenlevingsrelatie, en is in die zin onoplosbaar.

Daar komt nog bij dat de rechterlijke instanties die in uiteenlopende civiele en administratieve procedures over geschillen van samenlevende partners beslissen, niet gebonden zijn aan elkaars beslissingen omtrent bestaan en duur van de samenleving. Dit heeft tot gevolg dat de uitkomsten van procedures inzake bijvoorbeeld alimentatie, verdeling van het vermogen, voortzetting van de huur, sociale zekerheidsuitkeringen enz. nogal van elkaar kunnen verschillen.[334] Dit

[330] Ibid, p. 354.

[331] M. Geč-Korošec, S. Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law' (2001), op p. 385.

[332] V. Žnidaršič Skubic, 'The Reform of Slovenian Family Law: Property Relations Between Spouses', 2009, p. 371 e.v.

[333] S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children', 2003, p. 352-353.

[334] Ibid.

probleem zal in elk land spelen dat aan beslissingen in civiele en administratieve zaken geen bindende effect toekent.

4.3.2.3f Conclusies

Het Sloveense recht biedt aan ongehuwd samenlevende partners de meest vergaande bescherming in de vorm van de nagenoeg volledige juridische gelijkstelling met het huwelijk. In Slovenië heeft een materieel criterium (de aard van de relatie) duidelijk voorrang gekregen boven een formeel criterium als de registratie van de relatie. Het ontbreken van een concrete termijn met betrekking tot de duur van de relatie versterkt het beeld van prioriteit van de materiële benadering. De vereiste langdurigheid van de relatie wordt door de rechter beoordeeld in combinatie met materiële criteria, waaronder de mate van verbondenheid met de partner. Op deze manier wordt voorkomen dat partners na twee à drie jaar in een net van wettelijke regels worden gevangen, terwijl zij zich nog werkelijk niet aan hun relatie hebben gecommitteerd. Op het moment dat de relatie naar zijn aard gelijk wordt geacht aan een huwelijk, krijgt deze dezelfde wettelijke bescherming. Daarbij wordt geen rekening gehouden met de autonomie van partijen. Maar de bescherming van de zwakkere partij, en indirect ook de kinderen, is binnen en buiten het huwelijk op hetzelfde niveau gesteld. De problemen met het bewijs van het moment van aanvang van de relatie en het voldaan zijn aan de wettelijke criteria, zijn inherent aan deze materiële benadering en vormen de keerzijde daarvan. Dit nadeel moet echter worden afgewogen tegen het voordeel van gelijke bescherming van de zwakkere partij, en indirect ook de kinderen.

4.3.2.4 Zweden

4.3.2.4a Algemene informatie

Wetgeving: 2003 *Cohabitees Act (Sambolag 2003:376*), van kracht sinds 1 juli 2003.

4.3.2.4b Historische achtergrond

Zweden was het eerste Europese land dat na de Tweede Wereldoorlog de vermogensrechtelijke relaties van ongehuwd/ongeregistreerd samenwonende paren in de wet heeft geregeld. Deze wetgeving was gebaseerd op de zogenoemde *'neutrality' policy,*[335] een onderdeel van de nieuwe politieke koers aangekondigd door de Zweedse socialistische regering in 1969. Het uitgangspunt van de

[335] See: C. Sörgjerd, 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family', in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 343-345.

neutrality policy was dat het recht *'neutral in relation to the different forms of living together and different moral views'* moest zijn en geen *'unnecessary difficulties'* moest creëren voor degenen die ervoor hebben gekozen om buiten het huwelijk hun gezinsleven in te richten.[336]
De eerste wet (*Act on joint dwellings of unmarried cohabitees*[337]), daterend uit 1973, gaf de samenlevende partner die daaraan het meest behoefte had, het recht om na scheiding de huur van de woning voort te zetten, ongeacht op naam van welke partner de huurovereenkomst stond. Het doel van deze regel was om de samenlevende partner bij wie de kinderen na scheiding blijven wonen, de mogelijkheid te geven om een gehuurde woning over te nemen. Als het paar geen kinderen had, was deze regel slechts van toepassing in geval van 'dringende reden', bijvoorbeeld als de vrouw zwanger was of de relatie lang had geduurd. De wet was slechts op huurwoningen van toepassing.[338]
In 1987 werd deze wet vervangen door de omvangrijkere *Cohabitees (Joint Homes) Act*.[339] In hetzelfde jaar werden de bepalingen daarvan door de *Act on Homosexual Cohabitees*[340] ook van toepassing verklaard op paren van gelijk geslacht.[341] Deze wetten voorzagen in een minimale bescherming van de zwakkere partner door hem/haar de mogelijkheid te geven om ingeval van relatiebreuk de helft van de gezinswoning en de huishoudelijke goederen over te nemen, en ingeval van overlijden bovendien nog een bepaald aandeel van de waarde van de gezinswoning en huishoudelijke goederen te verkrijgen. Maar deze wetten gaven ongehuwd samenlevende partners geen recht op alimentatie noch een recht om bij versterf van hun partner te erven. In 1997 werd een Parlementair Comité samengesteld om deze wetten te evalueren.[342] In zijn rapport heeft het Comité aanbevolen dat de relaties van paren van verschillend en gelijk geslacht in één wet worden geregeld, en dat een definitie van het einde van de relatie in de wet wordt opgenomen.[343] Verder werd aanbevolen om de bescherming uit te breiden door ook motorrijtuigen onder de definitie van

[336] Committee Report (SOU 1972:41), p. 58. Cited in C. Sörgjerd 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family' (2005), p. 342.
[337] Lag om ogifta samboendes gemensamma bostards, 1973:651.
[338] A. Agell, 'The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation. A Journey without Destination', 24 *Scandinavian Studies in Law*, 1980, p. 24.
[339] *Lag om sambaros gemensamma hem*, 1987:232. Zie: Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2005, p. 504.
[340] Lag om homosexuella sambor, 1987:813.
[341] Ibid, p. 504.
[342] Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership' 2005, p. 504.
[343] Comité repport (SOU 1999:104), *Nya samborgerler*, Engelse samenvatting, www.regeringen.se/sb/d/108/a/1237, p. 32-33 en 28-29.

'relatievermogen' te brengen.[344] Deze aanbeveling is niet door de regering overgenomen, omdat daarvoor verder onderzoek noodzakelijk werd geacht. De optie om een uitgebreidere bescherming te bieden is wel overwogen, maar afgewezen omdat men de keuze van de partijen om hun relatie niet te formaliseren wilde respecteren:

> 'in contrast to marriage and registered partnership, a cohabitee relationship meant that special legal rules become applicable to the cohabitation without any explicit desire or expression of will on the part of the cohabitees that they should apply.'[345]

Ook de mogelijkheid om wettelijke bescherming afhankelijk te maken van registratie van de relatie werd afgewezen, omdat dit het verwezenlijken van het primaire doel van de wet – de bescherming van de zwakkere partij – in gevaar zou brengen.[346]
In 2003 werden deze beide wetten opgevolgd door de huidige *Cohabitees Act.*[347]

4.3.2.4c Definitie van ongehuwde samenleving

Sectie 1 van de Cohabitees Act geeft de volgende definitie van ongehuwde samenleving:

> By cohabitees is meant two people who live together on a permanent basis as a couple and who have a joint household.

Deze wet is van toepassing op twee meerderjarige personen van hetzelfde of verschillende geslacht, die met elkaar in een affectieve relatie samenwonen en die niet met iemand anders zijn getrouwd of in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden.[348]

- Met elkaar ***samenleven als een stel*** veronderstelt een duurzame affectieve seksuele relatie, of relatie van zodanige intimiteit dat seksuele activiteit daar normaliter bij hoort.[349]

---

344 Comité repport (SOU 1999:104), *Nya samborgerler*, Engelse samenvatting, p. 29-30.
345 *Governmental Bill* (prop.) 2002/3:80, *Ny sambolag,* p. 27, geciteerd in Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership' 2005, op p. 505.
346 Ibid.
347 Zie verder. M. Brattström, 'The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitees Relationships Ends – An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009, p. 345-354.
348 C. Sörgjerd, 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family', 2005, p. 337.
349 *Governmental Bill* (prop.) 2002/3:80*, Ny sambolag*, p. 27. Geciteerd in C. Sörgjerd, 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family', 2005, op p. 337.

- ***Hetzelfde of verschillend geslacht.*** Anders dan zijn voorgangers is de wet uit 2003 rechtstreeks van toepassing op paren van verschillend en gelijk geslacht.
- ***Permanente basis.*** De Zweedse wet stelt niet de eis van een minimale periode van samenleving. Om onder de definitie van 'samenleven als een stel' te vallen is het echter nodig dat de relatie enige tijd heeft geduurd, of dat er ten minste een wederzijdse intentie was om een duurzame relatie aan te gaan.[350]
- ***Gezamenlijke huishouding*** veronderstelt dat de partners een economische eenheid vormen of ten minste een zekere mate van samenwerking hebben met betrekking tot de huishoudelijke uitgaven.[351]
- **Exclusiviteit.** Subsectie 3 van sectie 1 geeft aan dat de wet slechts van toepassing is indien geen van beide partners met een ander getrouwd is of een geregistreerde partner heeft. Het vereiste van niet getrouwd te zijn geldt gelijkelijk voor paren van verschillend en gelijk geslacht omdat Zweden sinds 2009 het huwelijk van twee personen van hetzelfde geslacht kent. Het vereiste van niet door geregistreerd partnerschap verbonden te zijn geldt slechts voor paren van gelijk geslacht, omdat het geregistreerd partnerschap in Zweden niet openstaat voor paren van verschillend geslacht.
- ***Afwezigheid van huwelijksbeletselen.*** Dit vereiste ligt besloten in de bewoordingen 'samenleven als een stel'. De partners moeten meerderjarig zijn en niet in verboden graden van bloedverwantschap tot elkaar staan. De optie om de werking van de wet uit te breiden tot gezamenlijke huishoudingen van naaste familieleden is door het Parlementaire Comité overwogen doch afgewezen.[352]

4.3.2.4d Einde van de relatie

Naar aanleiding van de aanbeveling daarover van het Parlementair Comité is in de wet een definitie opgenomen van het einde van de relatie. Sectie 2 van de Cohabitees Act bepaalt dat de relatie eindigt als:

- de partners of een van hen met een derde trouwen of een geregistreerd partnerschap aangaan;
- de partners op een voor derden zichtbare manier uit elkaar gaan (apart gaan wonen);
- een van de partners overlijdt;
- een van de partners verzoekt om:

[350] Ibid.
[351] Ibid.
[352] Comité report (SOU 1999 :104), *Nya samborgerler*, Engelse samenvatting, p. 33-34.

- benoeming van een *executor* om het vermogen te verdelen;
- (eenzijdige) voortzetting van het gebruik van de gezinswoning;
- overnemen van de gezinswoning.

Een andere mogelijkheid om het einde van de relatie aan te tonen is het sluiten van een soort scheidingsconvenant.
Door deze bepaling is het steeds eenvoudig om het einde van de relatie alsmede het tijdstip daarvan te bewijzen, namelijk door het tonen van de huwelijks- of partnerschapsakte, de akte van overlijden, of de uitschrijving op een bepaald adres. Of, wanneer de partners de samenleving hebben beëindigd maar door omstandigheden in hetzelfde huis blijven wonen, door het aanhangig maken van verzoeken als hierboven bedoeld of door het sluiten van een scheidings-convenant.

4.3.2.4e Omvang van de bescherming

Net als zijn voorgangers heeft de *Cohabitees Act* uit 2003 slechts tot doel om de zwakkere partij een minimale bescherming te bieden als de relatie eindigt.[353] De wet geeft de partijen dus geen rechten en plichten zolang de relatie duurt. Beide partners blijven eigenaar van hun eigen goederen en zijn zelfstandig bevoegd om deze te beheren. Hierop bestaat slechts een uitzondering ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot de gezamenlijke woning. De partner-eigenaar kan een gezamenlijke woning slechts vervreemden of bezwaren met schriftelijke instemming van de andere partner (s. 22). Deze regel komt overeen met de vergelijkbare bepaling die de echtelijke woning beschermt (hoofdstuk 5, sectie 5).

Alimentatie

De wet voorziet niet in een recht op partneralimentatie. Hierbij moet worden opgemerkt dat partneralimentatie in de Zweedse context toch al niet meer als belangrijk wordt gezien, omdat toekenning van partneralimentatie aan ex-echtgenoten een zeldzaam verschijnsel is geworden.[354] Dat heeft te maken met het feit dat circa 60% van de vrouwen in Zweden voltijds werkt en economisch zelfstandig is.[355]

---

[353] Comité report (SOU 1999 :104), *Nya samborgerler*, Engelse samenvatting, p. 27.
[354] M. Jänterä-Jareborg, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses', http://www.ceflonline.net/Reports/-pdf/Sweden02.pdf, p. 19.
[355] Europe in Figures, Eurostat yearbook 2010, Eurostat, European Commission, 2010, p. 291, figure 5.6.

Vermogen

De geboden bescherming strekt niet verder dan een beperkte mogelijkheid tot het verkrijgen van verdeling van gezinswoning en huishoudelijke goederen als de relatie door scheiding of dood eindigt (s. 8.2.). Deze mogelijkheid is beperkt tot de gezinswoning die door een of beide echtgenoten is aangeschaft *met het doel om als gezinswoning te dienen.* Een gezamenlijke woning en huishoudelijke goederen die slechts voor recreatieve doelstellingen werden gebruikt, vallen buiten de reikwijdte van de Cohabitees Act (s. 7). Andere goederen die gezamenlijk werden gebruikt, zoals motorrijtuigen, vakantiewoningen, spaargeld etc., zijn van verdeling uitgesloten (s. 3 en 7). De gezinswoning en huishoudelijke goederen moeten op moment van het einde van de relatie als zodanig bestaan.[356]

De vordering tot verdeling moet binnen één jaar na de beëindiging van de relatie worden ingesteld (s. 22). De verdeling vindt plaats door een rechterlijke beslissing of op basis van een door de partners gesloten scheidingsconvenant. Het uitgangspunt van de verdeling is gelijke verdeling, tenzij dit (vooral in verband met de korte duur van de relatie) tot onbillijke resultaten zou leiden (s. 16). De partners kunnen in hun convenant een andere wijze van verdeling afspreken. De rechter kan op verzoek van een van de partners het scheidingsconvenant opzijzetten of aanpassen:

> If a condition in the agreement is unreasonable taking into consideration the content of the agreement, the circumstances at the time of the agreement's coming into being, subsequent and other circumstances (s. 9, lid 3).

De partner die meer in eigendom heeft dan zijn bij de verdeling vastgestelde portie mag kiezen tussen het afstaan van goederen of het uitbetalen van een vergoeding (s. 17). Als hij zekerheid stelt, kan deze betaling over een lange periode worden gespreid. Met betrekking tot de gezinswoning bepaalt sectie 16 dat:

> The cohabitee most in need of the dwelling or household goods shall be entitled to receive this property, with a corresponding deduction from his or her portion or, if it is of little value, without such deduction. However, a cohabitee may only take over a dwelling or household goods belonging to the other cohabitee provided that it can be considered reasonable for the first-mentioned cohabitee to do so, taking into account the overall circumstances.

[356] M. Brattström, 'The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitees Relationships Ends – An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act', 2009, p. 347.

De partner die het meest behoefte heeft aan de woning is in de regel de partner bij wie de kinderen na de scheiding blijven wonen. Daarnaast wordt rekening gehouden met de leeftijd van de partners, de duur van de relatie en de mogelijkheden voor beide partners om aan een nieuwe woning te komen.[357] Deze regels met betrekking tot de overname van de gezinswoning komen overeen met de bepalingen van de Huwelijkswet, die de verdeling van de echtelijke woning tussen de echtgenoten regelt (hoofdstuk 11, sectie 8).

Erfrecht

De *Cohabitees Act* geeft de langstlevende partner niet het recht om bij versterf van de ander te erven. In geval van overlijden wordt de langstlevende partner echter op twee manieren beschermd:

- De langstlevende heeft het recht om te eisen dat er geen verdeling plaats zal vinden van de gezamenlijke woning en huishoudelijke goederen tussen hem/haar en de erfgenamen van de overledene, en dat beide partijen hun vermogen behouden. Op die manier kan hij/zij zijn eigen echtelijke vermogen veiligstellen indien de woning en huishoudelijke goederen op zijn/haar naam staan (s. 18 sub 1).
- Indien wel een verdeling plaatsvindt, heeft de langstlevende partner op grond van de tweede subsectie van sectie 18 het recht op ten minste de waarde van gezamenlijke woning en huishoudelijke goederen tot aan een bedrag overeenkomend met het dubbele van een zogenoemd '*small base amount'*.[358] Deze bescherming is niet riant maar heeft tot doel de bescherming van 'kleine nesten'.[359] Deze regel geldt naast de hierboven vermelde algemene regel van verdeling die de partner bij beëindiging van de relatie het recht geeft de helft van de gezinswoning en huishoudelijke goederen te ontvangen.

4.3.2.4f Opting out

Om de partijautonomie te beschermen, voorziet de wet in een mogelijkheid van *opting out*. Sectie 9 bepaalt dat partners en aanstaande partners bij schriftelijke overeenkomst mogen bepalen dat de Cohabitees Act niet van toepassing zal zijn op bepaalde vermogensbestanddelen. In deze overeenkomst kunnen later met

[357] Ibid, p. 348.
[358] '*Small base amount'* wordt elk jaar vastgesteld op basis van het algemene prijsniveau. In 2010 het is vastgesteld op 42 400 SEK – circa 4 645 euro's. Antwoord van onze respondent Dr. Anna Singer, associate professor aan de Universiteit van Uppsala.
[359] Ibid, p. 351.

wederzijdse instemming veranderingen worden aangebracht. Het derde lid van sectie 9 bepaalt:

> If a condition in the agreement is unreasonable taking into consideration the content of the agreement, the circumstances at the time of the agreement's coming into being, subsequent and other circumstances, it may be adjusted or disregarded in the property division.

Deze billijkheidscorrectie is nagenoeg dezelfde als de billijkheidscorrectie van hoofdstuk 12 sectie 3 van het Huwelijkswetboek, die de rechter de mogelijkheid geeft om onredelijke huwelijkse voorwaarden opzij te zetten.
Het is de partners niet toegestaan om bij overeenkomst een uitgebreidere bescherming te bedingen.[360] Dat betekent dat partners niet contractueel kunnen bepalen dat behalve de gezinswoning en huishoudelijke goederen nog andere vermogensbestanddelen bij de beëindiging van de relatie zullen worden verdeeld. Een dergelijke overeenkomst zal ongeldig zijn.[361] Indien partners zouden overeenkomen dat een van hen de ander ingeval van relatiebreuk periodieke bijdragen voor levensonderhoud zal verschaffen, zou een dergelijke overeenkomst niet worden beschouwd als een alimentatieovereenkomst, maar als een belofte om een schenking te doen.[362] De achtergrond van deze beperking is dat partners die meer bescherming willen, voor het huwelijk kunnen kiezen.[363]

4.3.2.4g Law in action: knelpunten

In de Zweedse literatuur is een aantal tekortkomingen en knelpunten met betrekking tot de toepassing van de *Cohabitees Act* geconstateerd:

- De regeling over verdeling is slechts van toepassing op de gezinswoning die tijdens de relatie is aangeschaft. Als een van de partners in de woning van de ander is ingetrokken, mist hij/zij het recht op verdeling.[364]
- De gezinswoning moet op moment van de beëindiging van de relatie aanwezig zijn. Als de partners de woning verkopen en naar een

[360] C. Sörgjerd, 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family', 2005 p. 338.
[361] Antwoord van onze respondent Dr. Anna Singer, associate professor aan de Universiteit van Uppsala.
[362] Antwoord van onze respondent Dr. Anna Singer, associate professor aan de Universiteit van Uppsala.
[363] Antwoord van onze respondent Dr. Anna Singer, associate professor aan de Universiteit van Uppsala.
[364] M. Brattström, 'The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitees Relationships Ends – An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act', 2009, p. 351.

huurhuis verhuizen, bestaat geen aanspraak op verdeling van de opbrengst van de woning.[365]

- Het is de partners niet toegestaan om de reikwijdte van de bescherming contractueel uit te breiden door af te spreken dat ook andere vermogensbestanddelen ingeval van beëindiging van de relatie worden verdeeld.[366]
- De partners hebben slechts een beperkte mogelijkheid om de langstlevende partner door middel van een testament te beschermen, omdat het recht van de kinderen van de langstlevende op hun legitieme porties niet bij testament opzij kan worden gezet. Dat plaatst de langstlevende partner in een ongunstige positie ten opzichte van de langstlevende echtgenoot, omdat de kinderen bij een huwelijk niet eerder erven voordat de langstlevende echtgenoot komt te overlijden.[367]
- De '*small base amount'* – een *quasi*-legitieme portie – biedt de langstlevende partner een te geringe bescherming en moet worden verhoogd.[368]

4.3.2.4h Conclusies

De Zweedse wetgeving en de ideeën waarop deze is gebaseerd zijn interessant voor de Nederlandse wetgever. De Zweedse benadering wordt gekenmerkt door een streven naar een balans tussen het verschaffen van bescherming aan de zwakkere partner en het opleggen van wettelijke regels aan partners die daar niet voor hebben gekozen. De discussie die in Zweden aan de nieuwe wet is voorafgegaan, ziet men in Europa overal terug waar wordt overwogen om de vermogensrechtelijke aspecten van ongehuwde samenleving wettelijk te regelen.[369] Voor wetgevers die er niet voor kiezen om ongehuwd samenlevende partners met het oog op een vergaande bescherming met echtgenoten gelijk te stellen, biedt de Zweedse oplossing een goed model voor een soort veiligheidsnet dat samenlevende partners slechts het absoluut noodzakelijke verschaft.

De volgende instrumenten zouden voor de Nederlandse wetgever interessant kunnen zijn:

[365] Ibid.
[366] Ibid, p. 352.
[367] Ibid.
[368] Ibid.
[369] I. Scherpe, 'The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law', *50 Scandinavian Legal Studies, What is Scandinavian Law? – Social Private Law*, 2007, p. 279.

- Verdeling van de gezinswoning en huishoudelijke goederen ingeval van scheiding en overlijden. Het uitgangspunt voor de verdeling is gelijke verdeling.
- Het vereiste van schriftelijke instemming van de partner van de eigenaar van de gezinswoning voor vervreemding en bezwaring daarvan tijdens de relatie.
- De techniek om door *opting out* mogelijk te maken dat het wettelijk beschermingsregime niet van toepassing is, welke techniek het tegenovergestelde is van de techniek van het *opting in,* waarop de bestaande mogelijkheden van registratie van de relatie of het sluiten van een samenlevingsovereenkomst neerkomen.
- De bevoegdheid van de rechter om een *opting out*-overeenkomst opzij te zetten of aan te passen wanneer deze onredelijk is, gezien haar inhoud, de omstandigheden ten tijde van het sluiten daarvan, de daaropvolgende omstandigheden en de overige omstandigheden van het geval.

4.3.3 Samenvattende conclusies

Op basis van de quickscan van de meeste Europese stelsels, een ruime selectie van andere westerse landen, onder andere Australië, Canada, Nieuw-Zeeland en de VS, en een nader onderzoek naar de vier geselecteerde landen – de Nederlandse Antillen, Zweden, Slovenië en Schotland – is een aantal instrumenten geïnventariseerd die toegepast kunnen worden bij vermogensrechtelijke problemen na scheiding van ongehuwd samenlevende partners.

4.3.3.1 Algemene trend: steeds meer landen regelen ongehuwd samenwonen

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

Als het gaat om de vormgeving van regelingen voor de vermogensrechtelijke relaties van ongehuwd samenlevende partners, kampen alle landen met hetzelfde dilemma, namelijk het vinden van een juiste middenweg tussen de Scylla van respect voor de autonomie van samenwonende paren die, al dan niet willens en wetens, voor deze relatievorm hebben gekozen, en de Charybdis van het zonder bescherming laten van de zwakkere partij. De wetgevers van vele landen voelen

zich bezwaard om de vermogensrechtelijke verhoudingen van ongehuwden partners te onderwerpen aan vergaande regeling, omdat:

> 'in contrast to marriage and registered partnership, a cohabitee relationship meant that special legal rules become applicable to the cohabitation without any explicit desire or expression of will on the part of the cohabitees that they should apply.'[370]

Vanuit dit dilemma kunnen oplossingen die in verschillende landen zijn gekozen, worden gezien als een glijdende schaal van maatregelen, die reikt van het verschaffen van minimale bescherming zoals in Zweden en Noorwegen, tot de volledige gelijkstelling van ongehuwde partners met echtgenoten qua vermogensrechtelijke positie en partneralimentatie. Daarbij wordt de autonomie van de partners bijna overal gerespecteerd door een mogelijkheid om de wettelijke regeling contractueel uit te sluiten (*opting out*).
In sommige landen hebben de wettelijke regels betrekking op het relatievermogensrecht, partneralimentatie en het erfrecht. In andere landen betreffen zij slechts één of twee onderdelen. Zoals gezegd, varieert de omvang van de bescherming van een zeer beperkte bescherming tot de volledige gelijkstelling van samenwonende partners met echtgenoten. Maar ook de wijze van bescherming is heel verschillend. Sommige landen creëren voor samenwonende partners een apart wettelijk regime dat hun een al dan niet beperkte bescherming biedt. Andere landen geven de rechter een ruime discretionaire bevoegdheid om aan de hand van in de wet genoemde factoren aan een van de partners een compensatie toe te kennen, en/of goederen te verdelen, en/of pensioenaanspraken te verdelen. Een derde, groeiende groep landen verklaart simpelweg de wettelijke regels voor echtgenoten van overeenkomstige toepassing op ongehuwde partners.

4.3.3.2 Interessante instrumenten voor vermogensrechtelijke problemen

De quickscan en het uitgebreide onderzoek naar de vier hiervoor genoemde landen heeft de volgende voor de Nederlandse wetgever mogelijk interessante instrumenten opgeleverd:

- Beschermende wetgeving die niet aanknoopt bij een minimale duur van de relatie, maar enkel de aard van de relatie als uitgangspunt neemt: 'samenwonen als waren zij gehuwd'.

[370] *Governmental Bill* (prop.) 2002/3:80, *Ny sambolag,* p. 27, geciteerd in Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership', 2005, op p. 505.

Toelichting: dit instrument is gebaseerd op regelingen in o.a. Schotland, Slovenië, en Zweden.
De voornaamste argumenten voor dit instrument kunnen worden ontleend aan de Schotse parlementaire geschiedenis. In navolging van de aanbevelingen van de Schotse *Law Commission* stelt de nieuwe Schotse wet geen minimumeisen aan de duur van de relatie. De achtergrond hiervan is uitgelegd in de *Policy Memorandum* van de Schotse regering. De regering was van mening dat er met een minimumduur meer valt te verliezen dan te winnen, omdat:

> 'It would be arbitrary, rigid and irresponsible to individual cases; would create problems of proof; could distort behaviour; and could lead to especially harsh outcomes in relation to discretionary awards on death.'[371]

Verdere uitleg wordt gegeven in het rapport van de *Law Commission,* die verwachtte dat de regeling:

> 'would either be self-limiting (in the sense that a short cohabitation or one involving little mutual commitment would be likely to give rise to minimum legal consequences) or would involve sufficient discretion to enable a court to take account of all circumstances of the case.'[372]

De *aanwezigheid van kinderen* wordt niet apart genoemd onder de criteria, maar kan wel belangrijk zijn voor de beoordeling van de aard van de relatie.
Naast landen die voor deze materiële benadering kiezen zijn er ook landen waar de wettelijke regeling alleen van toepassing is als de samenlevende partners ten minste gedurende een bepaalde termijn met elkaar hebben samengewoond. Die termijn varieert van twee jaar in Engeland en Wales (voor de verkrijging van het recht om bij versterf te erven) en Saskatchewan, drie jaar in Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), Kroatië, Manitoba, New South Wales, Nieuw-Zeeland, Tasmanië, 2-5 jaar in Engeland en Wales (voorstel *Law Commission*), tot 5 jaar in Oekraïne (voor verkrijging van het recht om bij versterf te erven). Als een paar gezamenlijke kinderen heeft, wordt deze termijn echter verkort tot 2 jaar (Ierland (voorstel *Law Reform Commission*)) of in het geheel niet noodzakelijk geacht (Nieuw-Zeeland, Tasmanië, een aantal Spaanse autonomieën).
De keuze voor een bepaalde termijn is echter altijd arbitrair en brengt het risico mee dat de wettelijke regeling aan de ene kant van toepassing is op paren die buiten de door de wetgever beoogde doelgroep vallen, en aan de andere kant niet van toepassing is op paren die wel binnen de doelgroep groep vallen. Als de

[371] Scottish Executive. The Family Law (Schotland) Bill Policy Memorandum, para 67.
[372] Scottish Law Commission, Report on *Family Law*, paragraaf 16.4.

wetgever voor een minimumtermijn van bijvoorbeeld 2 jaar zou kiezen, worden de vermogensrechtelijke verhoudingen van twee studenten die bij wijze van proefrelatie met elkaar samenwonen na twee jaar opeens wettelijk geregeld, tenzij zij dit op tijd contractueel uitsluiten. Aan de andere kant zouden de vermogensrechtelijke verhoudingen van een paar dat slechts een jaar heeft samengewoond maar in dat jaar een kind heeft gekregen, niet wettelijk worden geregeld.

- Van een wettelijke regeling als hiervoor bedoeld, zouden partijen eventueel moeten kunnen afwijken ('opting out'). De wet zou daarbij een rechterlijke billijkheidscorrectie kunnen bevatten om de overeenkomst waarmee de partners de wettelijke bescherming uitsluiten, opzij te zetten of aan te passen, indien die onredelijk is gelet op haar inhoud, de omstandigheden ten tijde van het sluiten daarvan, de daaropvolgende omstandigheden en de overige omstandigheden van het geval.

Het merendeel van de onderzochte landen – *ALI Principles* (VS), Balearen (Spanje), Ierland (voorstel *Law Reform Commission*) (alleen na onafhankelijk juridisch advies), Engeland en Wales (voorstel *Law Commission*), Manitoba, Navarra (Spanje), Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Oekraïne, Schotland, Servië (niet met betrekking tot alimentatie) en Zweden – hebben het probleem van eerbiediging van de autonomie van de partners opgelost door partners de mogelijkheid te geven om de toepassing van de wettelijke regeling contractueel uit te sluiten. Op die manier wordt, aan de ene kant, de partijautonomie gerespecteerd, omdat de partners altijd kunnen beslissen om de toepasselijkheid van de regeling uit te sluiten. Aan de andere kant trekt de zwakkere partner niet snel aan het kortste eind, doordat *opting out* slechts plaatsvindt als beide partners daartoe besluiten. In vergelijking met *opting in* door middel van registratie van de relatie of het sluiten van een samenlevingsovereenkomst, biedt *opting out* de zwakkere partij een betere bescherming. Bij *opting out* zijn de rollen als het ware omgedraaid: de zwakkere partij hoeft niets te doen om de bescherming te genieten, terwijl voor uitsluiting daarvan zijn/haar uitdrukkelijke instemming vereist is.

- Een wettelijk vermoeden dat huishoudelijke goederen gezamenlijk eigendom van beide partners zijn, tenzij een van hen bewijst dat deze goederen tot zijn privévermogen behoren.

Toelichting: dit instrument houdt het weerlegbare vermoeden in van gezamenlijke eigendom van huishoudelijke goederen. Het is gebaseerd op de Schotse

regeling voor ongehuwd samenlevende partners en zal de economisch zwakkere echtgenoot in het geval van koude uitsluiting een bewijslastvoordeel opleveren.
In Schotland zijn er wettelijke vermoedens van gezamenlijk eigendom van huishoudelijke goederen en van bedragen, overgespaard van geld bestemd voor het financieren van de huishouding, gemodelleerd naar soortgelijke vermoedens die gelden ingeval van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap. De vermoedens gaan bij samenlevende partners echter minder ver dan bij echtgenoten/geregistreerde partners. In de eerste plaats zijn de vermoedens met betrekking tot huishoudelijke goederen slechts van toepassing op goederen, verkregen tijdens de relatie en niet daarvoor. In de tweede plaats zijn de vermoedens eenvoudiger te weerleggen, door het bewijs dat de partners voor ongelijke delen hebben bijgedragen aan de aanschaf.[373]

- Verdeling van de gezinswoning en huishoudelijke goederen ingeval van scheiding en overlijden, als uit de relatie een kind is geboren. Het uitgangspunt is gelijke verdeling.

Toelichting: dit instrument is gebaseerd op de Zweedse en, ten dele, op de Noorse wetgeving.

- Compensatie van een tijdens de relatie opgelopen economisch nadeel, met inbegrip van vergoeding voor vermindering van verdiencapaciteit.

Toelichting: dit instrument is gebaseerd op de Schotse wetgeving en die van New South Wales en op de voorstellen van de Law Commission van Engeland en Wales en de Law Commission van Ierland. Deze maatregel kan de partner die voor de kinderen en het huishouden heeft gezorgd, een billijke vergoeding verschaffen.

- Een wettelijke regeling op grond waarvan de rechter, wanneer twee personen langdurig hebben samengeleefd als waren zij gehuwd en aan deze samenleving anders dan door de dood een einde is gekomen, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud kan toekennen, indien dat redelijk is. Het bepaalde omtrent uitkeringen tot levensonderhoud aan gewezen echtgenoten is van overeenkomstige toepassing.

[373] Evaluatierapport 2010, p. 22.

Toelichting: dit instrument is gebaseerd op art. 1:408b van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen. Toekenning van partneralimentatie aan samenlevende partners is eveneens mogelijk in Slovenië, de Spaanse autonomieën, de Canadese provincies (behalve Quebec), Kroatië, Nieuw-Zeeland, Oekraïne, Servië, Slovenië en Tasmanië. Naar aanleiding van onze bevindingen in het sociaal-demografisch onderzoek is deze regeling beperkt tot samenlevende paren met kinderen.

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

- Compensatie voor de toekomstige kosten van zorg voor gezamenlijke kinderen.

Toelichting: dit instrument is gebaseerd op de Schotse regelgeving en zal de lasten van verzorging van de gezamenlijke kinderen na een relatiebreuk tussen de partners verdelen. Deze maatregel gaat minder ver dan toekenning van partneralimentatie, omdat deze maatregel slechts kosten verdisconteert die de verzorgende partner in verband met de zorg voor kinderen maakt. In Schotland bestaat onduidelijkheid over welke kosten daaronder precies vallen: slechts daadwerkelijke uitgaven of ook verlies van verdiencapaciteit van de verzorgende partner.

5 Conclusies en slotbeschouwingen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de bevindingen van de vorige hoofdstukken in samenvattende vorm bij elkaar gebracht, tezamen met de door ons getrokken conclusies en de slotbeschouwingen. De in de vorige hoofdstukken uitgezette lijnen worden met andere woorden in dit hoofdstuk aan elkaar geknoopt.

Hieronder wordt in paragraaf 5.2 eerst een samenvatting gegeven van de uitkomsten uit hoofdstuk 3 omtrent de aard, oorzaken en omvang van materiële problemen van in koude uitsluiting gehuwden en ongehuwde samenwonende partners na de relatiebreuk. In dit verband wordt opgemerkt dat in hoofdstuk 3 op basis van onderzoek van sociaal-demografische en sociaal-economische literatuur en bestaande statistische gegevens *getalsmatige,* beredeneerde schattingen zijn gemaakt van de *omvang* van vermogensrechtelijke problemen bij in koude uitsluiting gehuwden en ongehuwde samenwonende partners na de relatiebreuk. Daarnaast hebben wij in hoofdstuk 3 zogenoemd kwalitatief onderzoek beschreven (interviews en expertmeetings), waarvan het doel was meer inzicht te verwerven in de aard en oorzaken van eventuele vermogens-rechtelijke problemen door koude uitsluiting en ongehuwd samenleven na de relatiebreuk.

In paragraaf 5.3 ('Instrumenten' bij gehuwden) en in paragraaf 5.4 ('Instrumenten' bij ongehuwde samenwoners) wordt voortgebouwd op zowel het inventariserende hoofdstuk 2, het empirische hoofdstuk 3 als het rechtsvergelijkende hoofdstuk 4.

De keuze om een wettelijke regeling te maken en de keuze voor een specifieke wettelijke regeling is uiteraard voorbehouden aan de wetgever. Wij kunnen slechts aan de hand van onze bevindingen aangeven of er een zekere noodzaak bestaat tot ingrijpen door de wetgever om vermogensrechtelijke problemen en/of onbillijkheden bij ongehuwde samenwoners en bij in koude uitsluiting gehuwden te bestrijden alsmede waaruit eventuele maatregelen kunnen bestaan in de context van ons rechtssysteem.

5.2 De problematiek

5.2.1 Aard, oorzaken en omvang van de problemen

Zoals in hoofdstuk 3 is gebleken, laat sociaal-demografisch onderzoek zien dat vrouwen, vooral met jonge kinderen, structureel materiële achterstanden oplopen ten gevolge van ongelijke verdeling van zorgtaken en betaalde arbeid, zowel in formele als in informele relaties. De problemen manifesteren zich vooral vanaf het moment van de verbreking van de relatie: achteruitgang in woonkwaliteit, daling van koopkracht, lage inkomsten en een grote kans op langdurige armoede. Wij gaan ervan uit dat wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels (mede) de functie hebben een zekere compensatie mogelijk te maken van huwelijksgerelateerde vermindering van verdiencapaciteit.

Aangenomen mag worden dat materiële problemen en achterstanden zich na scheiding vooral voordoen bij vrouwen die de zorg voor kinderen hebben (gehad) en daardoor hun verdiencapaciteit hebben zien teruglopen. De problemen en achterstanden doen zich hier dus voor ondanks de compenserende werking van het huwelijksgoederen- en alimentatierecht. Maar liefst 30% van eenoudergezinnen, waarvan gescheiden vrouwen met kinderen het overgrote deel uitmaken, verkeert onder de zogenoemde 'lage-inkomensgrens'.

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

Sinds medio jaren negentig is het totale aantal eenoudergezinnen gegroeid tot bijna een half miljoen. Veel van deze eenoudergezinnen bestaan uit moeder en kind(eren) en zijn voor het merendeel voortgekomen uit een relatiebreuk. Als gezegd leeft 30% van deze groep – ongeveer 114 000 gescheiden moeders met kinderen – onder de zogenoemde lage-inkomensgrens en kan ten gevolge daarvan zonder meer als algemene probleemgroep worden aangemerkt. Van deze algemene probleemgroep bestaat uiteraard slechts een deel uit vrouwen die

in koude uitsluiting gehuwd zijn geweest of ongehuwd hebben samengeleefd. Niet inbegrepen in deze groep is de categorie vrouwen die na scheiding vermogensrechtelijke onbillijkheden ervaren, los van financiële nood.

5.2.2 In koude uitsluiting gehuwde partners

De algemene bevindingen met betrekking tot financiële problemen en achterstanden van gescheiden partners laten zich extrapoleren naar de groep van scheidende echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd. Ook hier ontbreekt de compenserende werking van de wettelijke gemeenschap van goederen of verrekenbedingen. Wel kan aanspraak worden gemaakt op partner-alimentatie. Niettemin gingen wij uit van het vermoeden dat de algemene vermogensrechtelijke problemen bij deze groep ernstiger en frequenter zijn, tenzij de specifieke kenmerken van deze subgroep de doorwerking van deze algemene problemen zouden verminderen.

Over de bijzondere kenmerken van deze specifieke groep is nagenoeg geen onderzoek voorhanden. Wel is iets bekend over de groep mensen die huwelijkse voorwaarden maken. De belangrijkste factor waarmee huwelijkse voorwaarden samenhangen, is de aanwezigheid van een eigen bedrijf. Verder maken mensen die eerder gehuwd zijn geweest, vaker huwelijkse voorwaarden. Interessant is ook dat vrouwen die op huwelijkse voorwaarden trouwen, in het algemeen wat vaker hoger opgeleid zijn. Of dit laatste ook geldt voor de vrouwen die kinderen hebben, is echter niet zeker. Daarom hebben wij hiernaar gevraagd in de interviews en tijdens de tweede expertmeeting. Zou dat het geval zijn, dan zou dit immers het ontbreken van de compenserende werking van de wettelijke gemeenschap van goederen of verrekenbedingen mitigeren. Van de advocaten en notarissen met wie wij gesproken hebben, hebben wij echter geen duidelijke aanwijzingen gekregen dat er inderdaad sprake is van een hoger opleidings-niveau.

Omvang. Om de omvang te bepalen van de groep gescheiden huwelijkspartners die door koude uitsluiting in vermogensrechtelijke problemen komt, hebben wij eerst voor een reeks van jaren vastgesteld welk percentage van de huwelijken in koude uitsluiting werd gesloten. Vervolgens hebben wij berekend hoeveel van de in de periode 1996-2009 voorgevallen echtscheidingen waarbij kinderen waren betrokken, betrekking hadden op in koude uitsluiting gehuwde echt-genoten. Ten slotte hebben wij, daarvan uitgaande, de omvang geschat van de groep gescheiden vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd, de zorg voor thuiswonende kinderen hebben en met materiële problemen kampen. Per saldo zijn wij aldus uitgekomen op een groep van thans circa 1 500 vrouwen. Ook hier zijn vrouwen die door de zorg voor uitwonende kinderen in problemen verkeren buiten beschouwing gelaten, evenals vrouwen die door koude uitsluiting vermogensrechtelijke onbillijkheden ervaren, los van eventuele financiële nood.

De geringe omvang van de probleemgroep stemt overeen met de bevinding uit de interviews en de tweede expertmeeting dat in koude uitsluiting gehuwde vrouwen na scheiding niet vaak met echte armoede te maken krijgen. Dat zou deels ook te verklaren zijn door aan te nemen dat echtgenoten die in koude uitsluiting huwen veelal een onderneming hebben en vaak niet behoren tot de minst welvarende bevolkingsgroepen, zodat er in geval van scheiding in elk geval ruimte is voor het betalen van alimentatie.
Afzonderlijke vermelding verdient dat koude uitsluiting in de agrarische sector wordt gebruikt om de integrale voortzetting van het familiebedrijf te garanderen, waarbij de geringe rendementen de ondernemer echter vaak onvoldoende draagkracht opleveren om alimentatie te kunnen betalen.

5.2.2.1 Nadere bevindingen uit interviews en tweede expertmeeting

Frequentie. De laatste vijf jaren tot en met 2003, het laatste jaar waarover cijfers beschikbaar zijn, vormden koude uitsluitingen tussen circa 4% en 10% van de gemaakte huwelijkse voorwaarden. In de praktijk van de geïnterviewde notarissen komt het tegenwoordig vaker voor, zeker als daaronder mede begrepen worden koude uitsluitingen met een finaal verrekenbeding slechts voor het geval van overlijden.[1]
Motieven. Koude uitsluiting lijkt het vaakst voor te komen bij mensen die op latere leeftijd nogmaals huwen dan wel eigen vermogen hebben en bij mensen die een onderneming hebben, met name een familiebedrijf of een boerenbedrijf. Maar het komt bijvoorbeeld ook voor bij jonge mensen die nog geen kinderen hebben en nog niet 'toe zijn' aan een verrekenbeding. Als motieven worden genoemd:

1. bescherming tegen schuldeisers, wanneer sprake is van een eigen bedrijf;
2. bescherming van het eigen vermogen, vooral familievermogen (bij jonge mensen ook wel op advies van de ouders);
3. voorlopig de handen vrij willen houden;
4. één echtgenoot wil niets delen of verrekenen;
5. eenvoud: partijen willen geen enkele discussie over inkomen/vermogen;
6. bij ouderen (vooral als er geen gezamenlijke kinderen zijn): de wens om vermogensrechtelijk zelfstandig te blijven.

Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners. Wij achten het aannemelijk dat tussen in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten in de meeste

[1] Zie hoofdstuk 1 voor een nadere omschrijving van het begrip koude uitsluiting.

gevallen aanzienlijke verschillen in vermogen ontstaan, vaak samenhangend met een traditioneel rollenpatroon. Wij hebben geen grond om te veronderstellen dat op dit punt een verschil bestaat tussen oudere en jongere gevallen.
Gevolgen bij scheiding en de omvang van eventuele financiële problemen. Vermogensverschillen hoeven als zodanig tussen de ex-echtgenoten geen problemen te geven. Globaal gesproken valt het volgens de geïnterviewde notarissen wel mee met de problemen. De advocaten die wij geïnterviewd hebben rapporteren in het algemeen wel financiële problemen, maar deze zijn ofwel niet bijzonder ernstig, ofwel zij worden verzacht door het recht op partneralimentatie of een bereidheid van de andere echtgenoot – vaak in mediation – om onverplicht bepaalde concessies te doen. Ook als het huis op beider naam staat, betekent dat in zekere zin een verzachting van de gevolgen van koude uitsluiting.
Uiteraard betekent deze beoordeling door de advocaten niet dat hun cliënten dit ook zo zagen. Tijdens de expertmeeting kwam naar voren dat de gevolgen van koude uitsluiting door de minst vermogende echtgenoot eigenlijk altijd als zeer onbillijk worden ervaren.

5.2.3 Ongehuwd samenlevende partners

Op dit moment telt Nederland circa 836 000 ongehuwd samenwonende paren. Negen van de tien Nederlandse vrouwen woonden ooit ongehuwd samen.
Sociaal-demografische kenmerken. Samenlevende partners kunnen in drie categorieën worden ingedeeld. Met de verschillen tussen deze drie groepen ongehuwd samenlevenden pleegt in bestaand sociaal-geografisch onderzoek weinig rekening te worden gehouden.

1. *Samenleving als 'proefhuwelijk'*, waar nog geen kinderen zijn en waarin potentiële partners kunnen nagaan of ze voldoende 'bij elkaar passen'. Deze groep vormt de overgrote meerderheid van de ruim 500 000 ongehuwde paren zonder kinderen. Vrouwen in deze groep lopen in de regel (nog) geen grote carrière- en inkomensachterstanden op.
2. *Samenleving als alternatief voor het huwelijk.* Een steeds grotere groep kiest voor langdurig ongehuwd samenleven, waarbij het krijgen van kinderen geen aanleiding vormt om alsnog te trouwen. Er zijn zo'n 330 000 ongehuwd samenwonende paren met kinderen. De stabiliteit van deze samenlevingsvorm verschilt niet veel van die van het huwelijk. Aannemelijk is dat deze partners vaker een samenlevingscontract sluiten. Bij vrouwen uit deze groep is volgens een door ons uitgevoerde statistische analyse verder sprake van een hoger opleidingsniveau dan bij gehuwde vrouwen met kinderen. Dit is van belang, omdat uit onderzoek blijkt dat hoger opgeleide

vrouwen een grotere economische zelfstandigheid bezitten en dus beter 'bestand' zijn tegen de financiële gevolgen van scheiding. Tijdens de eerste expertmeeting hebben wij van het hogere opleidingsniveau overigens geen duidelijke bevestiging gekregen van de geraadpleegde experts.

3. *Samenleving als 'nahuwelijk'*. Deze niet zo grote groep bestaat uit oudere mensen zonder thuiswonende kinderen, die na de beëindiging van een eerdere relatie nu het ongehuwd samenleven met een nieuwe partner verkiezen boven een nieuw huwelijk. Waarschijnlijk ondervinden deze partners bij een relatiebreuk niet vaak financiële problemen.

Motieven om niet te trouwen. Vaak wordt gezegd dat een van de belangrijkste redenen om niet te trouwen is gelegen in de bewuste en gezamenlijke keuze van de partners om niet onder de wettelijke huwelijksregels te vallen. Dit blijkt echter slechts voor een betrekkelijk kleine minderheid te kloppen. Ook in onze interviews en expertmeetings hebben wij geen aanwijzingen gevonden dat ongehuwde samenlevingspartners zonder samenlevingsovereenkomst een bewuste keuze hebben gemaakt om niet aan bepaalde regels gebonden te zijn. Wetgeving die gevolgen in de sfeer van vermogensrecht of alimentatie zou verbinden aan een ongehuwde samenleving, strijdt derhalve niet of slechts in geringe mate met persoonlijke keuzes van de betrokkenen.

Samenlevingsovereenkomsten. Veel ongehuwd samenlevende partners sluiten een samenlevingsovereenkomst. Ruim de helft van de ongehuwde paren heeft een notariële samenlevingsovereenkomst; daarnaast heeft een klein percentage een niet-notarieel samenlevingscontract (minder dan 5%). Onderzoek naar de inhoud van samenlevingsovereenkomsten is lastig, aangezien daarvan geen publicatie in enig register plaatsvindt.

Ernst van de problemen. Bij aanvang van ons onderzoek vermoedden wij dat de problemen bij vrouwen die na ongehuwde samenleving scheiden ernstiger en frequenter zijn dan bij de algemene probleemgroep. Deze groep heeft immers geen aanspraak op verrekening en ook niet op partneralimentatie, tenzij anders is overeengekomen. Dit vermoeden is niet uitgekomen. Ook ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen lopen tijdens hun relatie een blijvende inkomens- en carrière-achterstand op, maar financieel lijken zij minder afhankelijk van hun partners te zijn dan gehuwde vrouwen. Dat hangt wellicht samen met hun hogere opleidingsniveau. In elk geval daalt de koopkracht van samenlevende vrouwen met kinderen na de scheiding minder (14%) dan die van gehuwde vrouwen (21%).

Omvang van de probleemgroep. Het onderzoek naar de omvang van de groep van na ongehuwde samenleving alleenstaande vrouwen met kinderen bij wie

zich materiële problemen voordoen, hebben wij uitgevoerd in drie stappen. Eerst diende de grootte te worden bepaald van de groep *ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen*. Het blijkt hier te gaan om ongeveer 332 000 vrouwen. Vervolgens diende het aantal *gescheiden* samenlevende vrouwen met kinderen te worden berekend. Hier vinden wij ongeveer 97 000 vrouwen die na een ongehuwde samenleving zijn gescheiden en nu een eenoudergezin vormen. Ten slotte vond een schatting plaats van de groep vrouwen met kinderen die na verbreking van een ongehuwde samenleving kampt *met problemen in de sfeer van vermogensrecht of levensonderhoud*. Wij komen hiervoor uit op een grove schatting van ongeveer 20 000 eenoudergezinnen van vrouwen met (thuiswonende) kinderen. Vrouwen die mede door de lasten van uitwonende studerende kinderen in problemen komen, hebben wij buiten beschouwing gelaten. Voorts hebben wij buiten beschouwing gelaten hoeveel vrouwen bij scheiding onbillijkheden ervaren in de vermogensrechtelijke verhoudingen met de expartner, zonder dat deze gepaard gaan met directe financiële nood. Dat zich dergelijke onbillijkheidsgevoelens voordoen, is uit onze interviews en de eerste expertmeeting wel gebleken. Over de omvang van deze laatste groep is weinig met zekerheid te zeggen, wegens het ontbreken van statistische gegevens.

5.2.3.1 Nadere bevindingen uit interviews en eerste expertmeeting

Voor een goed inzicht in de problematiek bieden de gegevens uit de interviews en de eerste expertmeeting waardevolle aanvullende informatie. De hoofdzaken daarvan vatten wij hieronder samen.

Initiatief gaat vaak niet uit van de paren zelf. Samenlevende paren nemen in de regel niet zelf het initiatief tot het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Aan het afzien van een samenlevingsovereenkomst liggen dan ook vaak geen duidelijke motieven ten grondslag. Bij een minderheid van vooral oudere cliënten gaat het wel om een bewuste keuze. Notarissen plegen samenlevende ten die voor andere zaken notariële bijstand hebben ingeroepen (in veel gevallen het transport van een huis), te wijzen op de eventuele wenselijkheid van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Er is weinig spontane vraag naar samenlevingsovereenkomsten, maar cliënten zijn in veel gevallen wel geneigd om een overeenkomst aan te gaan als de notaris het ter sprake brengt.

Redenen om af te zien van een regeling. Het lijkt erop dat de meeste partners gewoonweg niet of althans onvoldoende hebben nagedacht over het sluiten van een samenlevingsovereenkomst. Notarissen komen slechts in contact met een deel van de samenlevende partners, in het bijzonder partners die voor andere zaken reeds een beroep doen op de notaris en dan spontaan advies ontvangen over het nut van een samenlevingsovereenkomst. Redenen die door notarissen genoemd worden om dan géén samenlevingsovereenkomst te sluiten, zijn bijvoorbeeld: dat zulks niet zinvol wordt geacht omdat de cliënten toch al van

plan zijn om te trouwen, dat zij het nut er niet van inzien of dat zij de kosten bezwaarlijk vinden.
Veel samenlevingsovereenkomsten bevatten volgens advocaten eigenlijk weinig waar je iets aan hebt bij scheiding. Ter verklaring geven deskundigen aan dat partijen tijdens hun relatie vaak niet willen nadenken over de mogelijkheid van een scheiding. Concrete afspraken daarover worden wel door de notaris voorgesteld, maar komen vaak toch niet in de samenlevingsovereenkomst terecht.
Welke partners besluiten geen (of slechts een beperkte) samenlevingsovereenkomst te sluiten? Paren die van plan zijn nog te trouwen, voelen om die reden in de nodige gevallen niet voor een samenlevingsovereenkomst. Verder zien jonge stellen zonder kinderen daarvan nog wel eens af omdat ze nog niet zoveel bezitten en daarom niet het gevoel hebben iets te moeten regelen.
Hoe vaak komt het voor dat in de samenlevingsovereenkomst een regeling voor verrekening of alimentatie wordt opgenomen? Periodieke verrekening van (vooral) inkomsten komt bij enkele notarissen vaak voor, terwijl dit bij andere notarissen zeldzaam is. Verrekening van vermogen komt slechts betrekkelijk zelden voor, en dan vooral met betrekking tot een huis dat eigendom van slechts één der partners is, zodat de andere partner meedeelt in een eventuele waardestijging. Ook worden wel eens bedingen gemaakt met betrekking tot en/ofrekeningen. Ten slotte worden door twee van de door ons geraadpleegde notarissen met grote regelmaat alimentatiebedingen opgenomen, terwijl dit bij de andere (meeste) notarissen niet of slechts bij hoge uitzondering voorkomt. Wij hebben de indruk dat hier de persoonlijke benadering van de notaris van grote invloed is.
Volgens alle aanwezige advocaten bestaat in geval van scheiding bij vrouwen geregeld aanzienlijke verbazing als blijkt dat de indertijd gesloten samenlevingsovereenkomst in feite géén aanspraak op alimentatie meebrengt.
Belangrijkste redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten. Verrekenbedingen en alimentatiebedingen worden lang niet altijd opgenomen en vormen dan ook niet de kern van de meeste samenlevingsovereenkomsten. De redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten, liggen eerder in de sfeer van het erfrecht (met name verblijvensbedingen, maar ook kan gedacht worden aan niet-opeisbaarverklaring van de legitieme) en pensioenaanspraken dan op het vastleggen van afspraken voor het geval van scheiding.
Het ontstaan van financiële verschillen tussen de partners. Lang niet in alle gevallen ontstaan tijdens de samenleving financiële verschillen van betekenis. Maar het komt toch in de nodige gevallen voor en dan is er vaak een samenhang met het klassieke rolpatroon: de man wordt rijker dan de vrouw.
Gevolgen bij scheiding; de omvang van eventuele materiële problemen en onbillijkheidsgevoelens. Advocaten wijzen op de problemen die verband houden

met huisvesting en bijvoorbeeld met de verdeling van roerende zaken of het huis. Ook zijn er emotionele problemen bij de afwikkeling van de samenleving. Het valt ons op dat het ontbreken van aanspraken op vermogensverrekening niet als belangrijke oorzaak van materiële problemen wordt genoemd. De conclusie van één advocaat vat het goed samen: 'Eigenlijk valt het met de problemen wel mee, in die zin dat ik niet specifieke problemen zie die gerelateerd zijn aan het ontbreken van een samenlevingsovereenkomst.' Het ontbreken van een recht op partneralimentatie wordt ernstiger beoordeeld. Als er al materiële problemen zijn, dan heeft dat te maken met het feit dat er geen recht op partneralimentatie bestaat, zo menen de meeste advocaten.
De omvang van de materiële problemen lijkt in zekere zin mee te vallen. Situaties dat men in armoede terecht komt, komen weinig voor. De meeste advocaten hebben geen zaken behandeld waarvan gesteld kan worden dat er sprake is van ernstige materiële problemen. Andere advocaten zijn van mening dat er soms wél ernstige problemen zijn, met name bij gezinnen met kinderen. Bij scheiding doen zich in verband met de gevolgen van het klassieke rollenpatroon (onbetaalde arbeid) en de verminderde verdiencapaciteit van vrouwen zeker gevoelens van onbillijkheid voor.

5.2.4 Beantwoording van de empirische onderzoeksvragen

Hoofdstuk 3 is gewijd aan de aard en ernst van de problemen bij in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en ongehuwd samenlevende partners, de oorzaken van die problemen en over de omvang van de groepen die daarmee te maken hebben.

1. Wat de aard en de ernst van de problemen betreft: de problemen doen zich vooral voor – zo menen wij op grond van literatuuronderzoek – bij in koude uitsluiting gehuwde of ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen die na scheiding eenoudergezinnen vormen. De problemen van materiële aard bestaan in verschijnselen als achteruitgang van woonkwaliteit, daling van koopkracht, en kans op langdurige armoede. Daarnaast worden er, ook als er geen financiële nood is, onbillijkheden ervaren die te maken hebben met ongelijke vermogensverhoudingen tussen de ex-partners, met name wanneer een echtgenoot heeft bijgedragen aan vermogensvorming bij de andere echtgenoot en daarvoor onvoldoende is gecompenseerd.
De ernst van de materiële problemen valt bij deze specifieke groepen volgens de door ons geraadpleegde advocaten en notarissen in het algemeen mee, onder andere doordat de problemen in de praktijk vaak enigermate verzacht worden door bij de scheiding afspraken te maken met de ex-partner. Wij hebben ons afgevraagd of er niet een spanning bestaat tussen enerzijds de uitkomsten van ons op sociaal-demografische en statistische gegevens gebaseerde onderzoek en

anderzijds de bevindingen uit de interviews en de expertmeetings. Het eerstbedoelde onderzoek suggereert dat er een aanzienlijke groep vrouwen is (circa 20 000 ex-samenlevers en circa 1 500 ex-echtgenoten) die na scheiding met de kinderen een eenoudergezin hebben gevormd en onder de lage-inkomensgrens verkeert. De geraadpleegde advocaten en notarissen onderkennen wel dat vrouwen na scheiding problemen ervaren, maar eigenlijk beoordelen de deskundigen die problemen zelf over het algemeen als niet bijzonder ernstig. Met andere woorden: de aanzienlijke groep vrouwen met ernstige financiële problemen die wij op grond van het literatuuronderzoek verwachtten aan te treffen, vinden wij niet terug in onze contacten met deskundigen uit de praktijk.
Ter verklaring van deze spanning hebben wij gewezen op de methodologische beperkingen van ons kwalitatieve onderzoek (vgl. paragraaf 3.3.3). In aanvulling daarop hebben wij in paragraaf 3.10.4 enige nadere mogelijke verklaringen genoemd. Ons kwalitatieve onderzoek (de interviews en de expertmeetings) biedt geen grondslag voor het doen van betrouwbare getalsmatige uitspraken. Daarvoor is de groep personen met wie wij hebben gesproken te klein. Wel kunnen de bevindingen uit het kwalitatieve onderzoek 'reliëf' verschaffen aan de beredeneerde schattingen die steunen op ons onderzoek op basis van bestaande statistische gegevens in de sociaal-demografische, sociaal-economische literatuur en de data over aantallen huwelijkse voorwaarden.
Niet valt uit te sluiten dat feitelijke bevindingen in ons kwalitatieve onderzoek een zekere vertekening bevatten als gevolg van een zogenoemde *selectie-bias*. Daarvan zou sprake kunnen zijn als in de klantenkring van de door ons geselecteerde gespecialiseerde advocaten en notarissen bepaalde segmenten van de populatie (zoals mensen met een midden- of hoger inkomen of opleidingsniveau, of mensen met een eigen bedrijf) oververtegenwoordigd zouden zijn, of andere segmenten (zoals mensen met een lager inkomen of opleidingsniveau) juist ondervertegenwoordigd.
Het beeld van de materiële problemen van ex-partners die in koude uitsluiting waren gehuwd of ongehuwd samenleven, zoals wij dat hebben gevormd op grond van gegevens verkregen via notarissen en advocaten, is uiteraard een indirect beeld. Het aanvullend verzamelen van gegevens bij (een ruime groep van) getroffen ex-partners zelf zou nadere informatie hebben kunnen opleveren over de problematiek van deze groepen. Dat voerde binnen het bestek van dit onderzoek echter te ver. Ook de psychologische kant van beslissingen die mensen nemen (of juist achterwege laten) ten aanzien van de juridische inrichting van hun samenlevingsvorm en de rol van de juridische rechtshulpverlener daarbij, is de moeite waard om nader te onderzoeken.
Een mogelijke verklaring voor de hiervoor beschreven spanning is voorts dat gescheiden vrouwen die als gevolg van koude uitsluiting of ontbreken van een

(voldoende) samenlevingsovereenkomst werkelijk in ernstige financiële problemen verkeren, buiten beeld blijven van advocaten en notarissen.
Een andere verklaring zou kunnen zijn dat de door ons geraadpleegde notarissen en advocaten behoren tot de specialisten op hun terrein en dat zij in verband daarmee ook vooral cliënten hebben 'aan de bovenzijde van de markt'. Dat zou verklaren waarom deze deskundigen weinig in aanraking komen met de schrijnende gevallen.
Een verklaring die zich meer richt op de uitkomsten van het literatuuronderzoek, zou kunnen zijn dat echtparen die in koude uitsluiting gehuwd zijn, overwegend behoren tot de economisch beter gesitueerden, zodat of voldoende alimentatie wordt betaald of beide partners over eigen vermogen of verdiencapaciteit beschikken om te voorkomen dat men onder de lage-inkomensgrens geraakt.
Het is ook mogelijk dat de door ons berekende aantallen vrouwen die in ernstige financiële problemen verkeert, te hoog zijn geschat. Bij de berekening van de omvang van de probleemgroepen is mede gebruik gemaakt van extrapolaties en schattingen. Niet uitgesloten kan worden dat aan bepaalde factoren niet het juiste gewicht is toegekend, waardoor de probleemgroepen te groot (of juist te klein) zijn geschat. Wij zouden ook andere factoren over het hoofd kunnen hebben gezien (al weten wij uiteraard niet welke factoren).
Bij het vorenstaande moet bedacht worden dat de door ons genoemde aantallen – zie ook hierna – slechts een beperkte groep van probleemgevallen vormen, waarvan we met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kunnen zeggen dat de problemen als ernstig te kwalificeren zijn. Wij kunnen als gezegd geen enkele inschatting maken van de omvang van de andere groepen van probleemgevallen binnen de verzameling probleemgevallen bij in koude uitsluiting gehuwden of ongehuwd samenlevenden. Met name de omvang van de groep van gevallen waarin er weliswaar geen financiële nood is, maar men onbillijkheden ervaart die te maken hebben met ongelijke vermogensverhoudingen tussen de ex-partners, wanneer een echtgenoot heeft bijgedragen aan vermogensvorming bij de andere echtgenoot en daarvoor onvoldoende is gecompenseerd, is vrijwel niet te schatten.

2. De oorzaken voor de problemen kunnen gevonden worden in een huwelijks- of relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit bij vrouwen in het algemeen, waarvan de gevolgen versterkt worden door het bij deze groepen ontbreken van de compenserende werking van huwelijksvermogensrechtelijke figuren als gemeenschap van goederen of verrekenbedingen. Bij ongehuwde samenlevers speelt daarnaast het ontbreken van alimentatieaanspraken een zekere negatieve rol. Wel zijn ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen gemiddeld hoger opgeleid dan gehuwde vrouwen met kinderen, hetgeen leidt tot lagere economische kwetsbaarheid bij scheiding.

Voorts kunnen onbillijkheden worden ervaren indien sprake is van ongelijke vermogensverhoudingen tussen de ex-partners, met name wanneer een echtgenoot heeft bijgedragen aan vermogensvorming bij de andere echtgenoot en daarvoor niet of onvoldoende is gecompenseerd. Van de mate waarin deze onbillijkheden zich voordoen, kunnen wij geen betrouwbare schatting maken. Wel kan in het algemeen worden gesteld dat onbillijkheden van ernstige aard zich voornamelijk voordoen wanneer zorgtaken en arbeid in de onderneming van de partner worden gecombineerd en de onderneming op naam van de ander staat. Naarmate de waardegroei van de onderneming groter is en de rol van de meewerkende echtgenoot in de onderneming of het gezinshuishouden significanter is, zal de ongelijkheid groter zijn en dientengevolge ook in sterkere mate als onbillijkheid worden ervaren.

3. Wij hebben de omvang van de groepen in koude uitsluiting gehuwde resp. ongehuwd samenlevende vrouwen die na scheiding de zorg voor de kinderen voortzetten en daarbij ernstige financiële problemen ontmoeten, met een beredeneerde schatting bepaald op:
- circa 1 500 vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd;
- circa 20 000 vrouwen die ongehuwd hebben samengeleefd.

5.3 'Instrumenten' met betrekking tot gehuwden

5.3.1 Inleiding

In dit onderdeel wordt ingegaan op mogelijke instrumenten ter bestrijding van onbillijkheden die zich kunnen voordoen bij na een echtscheiding van een in koude uitsluiting gehuwd echtpaar. Aandacht gaat uit naar de reikwijdte van dergelijke instrumenten en naar hun aard: dwingend recht, regelend recht of gradaties daar tussenin. Tevens wordt bezien welke gevolgen de diverse mogelijke regelingen hebben voor de rechtszekerheid, mate van geschilvorming en belasting van de rechterlijke macht.

5.3.2 Ontoereikendheid huidige instrumenten

In hoofdstuk 2 is naar voren gekomen dat de Hoge Raad in tamelijk constante jurisprudentie een terughoudende en positivistische opvatting over koude uitsluiting aan de dag legt. Slechts onder bijzondere omstandigheden kunnen eenmaal tot stand gekomen huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting worden doorbroken. Geconcludeerd werd dat de wet weliswaar verscheidene voorzieningen herbergt op grond waarvan onbillijkheden die ten gevolge van koude uitsluiting ontstaan, binnen het bestaande systeem van het vermogensrecht kunnen worden bestreden, maar dat slechts in een aantal uitzonderingssituaties daarvan daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt.

Een beroep op de doorwerking van art. 1:81 BW is afgewezen. Rechtsfiguren als economische eigendom, maatschap of een stilzwijgende overeenkomst zijn eveneens niet bruikbaar gebleken. Ongerechtvaardigde verrijking is met zoveel woorden door de Hoge Raad afgewezen in de reguliere gevallen van koude uitsluiting. In exceptionele gevallen is een beroep op wilsgebreken (dwaling en misbruik van omstandigheden) aangenomen. Het is niet bekend of de imprévision ooit op huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting is toegepast. Op de beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is diverse malen een beroep gedaan. De enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, is niet voldoende om het tussen hen overeengekomen regime van koude uitsluiting niet toe te passen.

In verband hiermee laat zich de vraag stellen of voornoemde rechtsfiguren – gelet op de hoge eisen die de rechter aan een beroep daarop stelt – voldoende passende voorzieningen vormen voor de gevallen waarin sprake is van financiële problemen van ernstige aard en voor de groep gevallen waar ex-partners zich met onbillijkheden geconfronteerd zien. Dit lijkt ons niet het geval te zijn.

Anderzijds vindt wel enige mitigatie van koude uitsluiting plaats wanneer zich tussen de echtgenoten vermogensverschuivingen hebben voorgedaan, onder de vlag van de natuurlijke verbintenis (met name als het om het verschaffen van woongenot gaat). Daarnaast vindt bij de terbeschikkingstelling van geldmiddelen in bepaalde gevallen een correctie plaats van de vergoedingsvordering op grond van de redelijkheid en billijkheid.

Het blijkt dat de mogelijkheden die de wet kent, door de rechtspraak maar zeer beperkt worden toegepast. De jurisprudentie is als gezegd uiterst terughoudend, op enkele uitzonderingen na in de lagere rechtspraak.

De literatuur laat ruwweg twee stromingen zien: de stroming die de bezwaren van koude uitsluiting wel onderkent, maar het beginsel van de gebondenheid aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden laat prevaleren. Aanhangers van de andere stroming hechten minder aan het dwingende karakter van de eenmaal gesloten overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en vinden dat het op de een of andere manier mogelijk moet zijn koude uitsluiting open te breken teneinde tot een rechtvaardige oplossing te geraken.

Schoordijk, Van Mourik, Van Duijvendijk-Brand en Verbeke zijn auteurs die zich heel nadrukkelijk hebben uitgelaten over de problematiek van koude uitsluiting. Zij hebben oog voor de onbillijkheden die koude uitsluiting met zich

kan brengen en gaan ook meer in relativerende zin om met de gebondenheid aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden.[2]
Luijten en Zonnenberg bijvoorbeeld hechten daarentegen meer aan de rechtszekerheid en tonen zich minder bereid het door huwelijkse voorwaarden in het leven geroepen regime van koude uitsluiting te doorbreken.[3]
Zoals in hoofdstuk 3 reeds gesteld, is de literatuur in meerderheid voor het op de een of andere manier openbreken van koude uitsluiting, al verschillen de meningen over hoe dat het beste zou kunnen gebeuren.[4] Of de tegenstelling overigens zo zwart-wit is als geponeerd, is maar de vraag. Het is zeker niet uitgesloten dat in het systeem van ons recht inpasbare remedies kunnen worden bedacht die onbillijkheden op adequate wijze opheffen, zonder de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze aan te tasten.
Het bezwaar dat tegen de thans geaccepteerde verzachting van de koude uitsluiting kan worden ingebracht is dat zij afhankelijk is van plaats gehad hebbende vermogensverschuivingen. Het is betrekkelijk willekeurig dat alleen

---

2 Vgl. onder meer H.C.F. Schoordijk, 'Notaris, echtscheiding en echtelijke woning', *WPNR* 5441 (1978); H.C.F. Schoordijk, 'Reallocatie van vermogen tussen echtgenoten vanuit rechtsvergelijkend perspectief', *WPNR* 5776 (1986); H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 5839 (1987); H.C.F. Schoordijk, 'Twee recente arresten van de Hoge Raad over koude uitsluiting van iedere gemeenschap en hun betekenis voor de rechtspraktijk', *WPNR* 5858-5859 (1988); H.C.F. Schoordijk, 'Luijtens visie op koude uitsluiting', *WPNR* 5868 (1988); H.C.F. Schoordijk, 'Amerikaanse huwelijkse voorwaarden en koude uitsluiting', *WPNR* 5914 (1989); H.C.F. Schoordijk, 'Goederenrechtelijke uitsluiting van iedere gemeenschap. A never ending story? reactie op de artikelen van E.A.A. Luijten in *WPNR* 2002/6485 en 6490', *WPNR* 6499 (2002), p. 573-575, met naschrift van E.A.A. Luijten op p. 575-576; H.C.F. Schoordijk, 'De syllabus errorum van de koude uitsluiting. Waarom de wetgever aan de zgn. koude uitsluiting bij voorrang aandacht dient te schenken', *NTBR* 2003/1, p. 7-12. Vgl. ook M.J.A. van Mourik, 'Echtgenote of onbezoldigd huishoudster?', *FJR* 1986, p. 217; M.J.A. van Mourik, 'Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 5811 (1987), met reactie van A.J.H. Pleijsier en K. Frielink en naschrift van Van Mourik in *WPNR* 5826 (1987); M.J.A. van Mourik, 'De huishoudelijke maatschap', *NJB* 1987, p. 178 e.v.; M.J.A. van Mourik, 'De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 6302 (1998), p. 115-123, met een reactie van J.F.M. Verhagen en een naschrift van M.J.A. van Mourik in *WPNR* 6313 (1998), p. 307; A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 6464 (2001), p. 945-952; A.L.P.G. Verbeke, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', TvPr 2001, p. 391 e.v.; A.L.P.G. Verbeke, 'Wettelijk verbod van koude uitsluiting', *NJB* 2001 p. 2185.

3 E.A.A. Luijten, 'De Hoge Raad, huwelijksvoorwaarden en de rechtszekerheid', *WPNR* 5865-5866 (1988), p. 151-154 en 168-172; Klaassen-Luijten-Meijer I, Huwelijksgoederenrecht, nr. 555 e.v., met name nr. 569 t/m 572; L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding, diss. OU 2009, p. 15-17, alsmede p. 302.

4 Voor een overzicht van literatuur en rechtspraak zie: Asser-De Boer 1* 2010, nr. 454, Pitlo/Van der Burght/Doek, nr. 550-562, alsmede J. van Duijvendijk-Brand, , *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict*, Preadvies KNB 1994, p. 93-101, en *Afrekenen bij (echt)scheiding*, diss. Leiden 1990.

in die gevallen de koude uitsluiting wordt gemitigeerd, terwijl het heel wel mogelijk is dat daardoor schrijnendere gevallen buiten de boot vallen.[5]

Afgezien van de vraag of bepaalde wettelijke bepalingen toegepast kunnen worden om de gevolgen van koude uitsluiting te temperen, zal aan de terughoudende lijn van de Hoge Raad ongetwijfeld een niet uitgesproken vrees voor een hausse aan procedures ten grondslag liggen. Immers, de rechtspraktijk zal criteria moeten ontwikkelen in welke gevallen een beroep op wettelijke voorzieningen een kans van slagen heeft en op welke wijze de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting worden afgezwakt.

De inhoudelijke rechtvaardiging voor overheidsingrijpen schuilt in het op rechtvaardige en evenwichtige wijze regelen van de vermogensrechtelijke verhoudingen die een duurovereenkomst als huwelijkse voorwaarden in het leven roept tussen personen die in de eerste plaats een affectieve relatie hebben. Het bijzondere ten opzichte van andere overeenkomsten schuilt in: a. het gegeven dat het primair om een affectieve relatie gaat; b. het bijzondere karakter van huwelijkse voorwaarden: het is veelal een abstracte regeling voor een onbepaald aantal situaties die voor langere duur geldt. De rechtvaardiging om in te grijpen kan worden gevonden in het gegeven dat personen die een affectieve relatie hebben, vaak niet goed in staat blijken hun onderlinge verhouding vooraf daadwerkelijk voor langere tijd goed te overzien en daarvoor regelingen te treffen waarin ook negatieve scenario's daadwerkelijk zijn verdisconteerd. Dit gegeven kan naar ons oordeel goede grond bieden voor ingrijpen door de overheid, om te voorkomen dat vermogensrechtelijke regelingen die gelden tussen personen die een affectieve relatie hebben, onbillijke eindresultaten opleveren. Dit geldt temeer waar behalve de belangen van de partners ook de belangen van een of meer kinderen betrokken zijn. De overheid is gerechtigd – of zelfs gehouden – zich laatstbedoelde belangen aan te trekken, als die in het gedrang komen door de wijze waarop de partners in hun onderlinge verhouding regelingen treffen waarvan zij de mogelijke onbillijke uitkomsten vooraf niet werkelijk goed overzien.

Natuurlijk realiseren wij ons dat de notie ´onbillijk´ op verschillende manieren kan worden ingekleurd en daarom in bepaalde mate een subjectief gegeven is. Er zijn ook mensen die het onbillijk vinden als het overeengekomen regime van koude uitsluiting wordt doorbroken, aangezien dat strijdt met het uitgangspunt van de contractsvrijheid en de partijautonomie. Men zou kunnen argumenteren dat de ene onbillijkheid zo wordt vervangen door de andere onbillijkheid. Men kan zich echter afvragen welk gewicht dient te worden toegekend aan partij-

[5] Illustratief is bijvoorbeeld HR 21 juni 1995, *NJ* 1996, 603, waarin de koude uitsluiting koud blijft, ook al werkt de vrouw negen jaren lang in het bedrijf van de man (een rijschool), nadat de man arbeidsongeschikt was geraakt.

autonomie en contractsvrijheid, wanneer in het leeuwendeel der gevallen de echtgenoten reeds korte tijd na het sluiten van de huwelijkse voorwaarden – goede voorlichting door de notaris ten spijt – weinig benul meer hebben van de inhoud daarvan en zich in veel gevallen aantoonbaar ook niet houden aan de overeengekomen huwelijkse voorwaarden. Deze omstandigheden vormen in vele gevallen objectieve rechtvaardigingsgronden om de partijautonomie en de contractsvrijheid te relativeren.

Een objectieve benadering van het bestrijden van onbillijke eindresultaten veronderstelt dat men een objectieve maatstaf heeft van wat als onbillijk wordt beschouwd en dat men daarnaast kan aangeven wat objectief als het meest billijke eindresultaat kan worden aangemerkt. Men zou het ook eenvoudiger kunnen stellen, door alleen te bepalen wat in het algemeen als billijk wordt aangemerkt, om vervolgens al hetgeen daarvan afwijkt in meerdere of mindere mate als (mogelijk) onbillijk te bestempelen.

Over deze kwestie heeft Verbeke een grondige rechtsvergelijkende dissertatie geschreven. Hij komt tot de volgende conclusie:

> 'Het meest billijke compromis voor de verdeling van goederen bij echtscheiding wordt geboden door een wettelijk stelsel dat een beperkte verdeelbare massa hanteert, die volgens de tijd- en oorsprong-criteria wordt beperkt tot hetgeen tijdens het huwelijk werd verworven dankzij de gemeenschappelijke inspanningen van de echtgenoten. Met betrekking tot het soort-criterium dienen ook de zogenaamde *career assets* in de verdeelbare massa te worden begrepen. Op deze verdeelbare massa dient een verdeelsleutel te worden toegepast die uitgaat van een gelijke verdeling, waarvan evenwel in bepaalde strikte omstandigheden kan worden afgeweken. Bij dit alles dient de wetgever, naast het algemeen objectief van het *clean break*-effect, als fundamentele doelstelling van een billijke goederenverdeling het economisch welzijn van de kinderen uitdrukkelijk te formuleren.'[6]

Wij zouden deze conclusie in overweging willen geven als een goede en hanteerbare maatstaf voor een billijk eindresultaat. Wanneer partijen daarvan willen afwijken – hetgeen hun in beginsel vrijstaat – kan het recht daaraan nadere voorwaarden verbinden dan wel voorzien in mogelijkheden om onbillijke uitkomsten achteraf te corrigeren. Daarbij tekenen wij aan dat in gevallen waarin de koude uitsluiting negatief uitpakt voor een echtgenoot die de zorg over de kinderen heeft, naar onze mening voor de overheid een extra rechtvaardigingsgrond bestaat om in te grijpen.

Uiteraard bestaat voor partijen reeds een remedie tegen onbillijke eindresultaten: het wijzigen van de huwelijkse voorwaarden staande huwelijk. Het is echter na

[6] A.L.P.G. Verbeke, *Goederenverdeling bij echtscheiding,* diss. Leuven, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 419 en 420.

verloop van tijd niet eenvoudig in een affectieve relatie het gezamenlijke wijzigen van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting aan de orde te stellen met het argument dat het stelsel onbillijk uitpakt, met name met het oog op echtscheiding. In een bestaand huwelijk zal het bepaald lastig zijn dit ter sprake te brengen. Ondanks de wenselijkheid de huwelijkse voorwaarden aan te passen, zal de andere echtgenoot een dergelijke wijziging kunnen blokkeren. Met andere woorden: de echtgenoot die achteraf bezien voordeel bij het stelsel van koude uitsluiting blijkt te hebben gehad, zit hier in een voordelige positie.[7]

5.3.3 Voorlichting door notaris

Voordat wordt ingegaan op enkele potentiële instrumenten die hoofdzakelijk aanspraken tussen de echtgenoten – al dan niet via de rechter – behelzen (reactief), gaat deze paragraaf in op de voorlichting van de notaris aan partijen bij het sluiten der huwelijkse voorwaarden (proactief).

5.3.3.1 Goede *Belehrung* is essentieel

In hoofdstuk 3 is naar voren gebracht dat er valide redenen kunnen zijn om koude uitsluiting overeen te komen. De beoordeling daarvan is in de eerste plaats aan partijen zelf, voorgelicht door de notaris, die met name zal wijzen op de verstrekkende rechtsgevolgen die koude uitsluiting heeft. Geprobeerd is vast te stellen welke betekenis de voorlichting door de notaris hier heeft. In veel gevallen, zeker als er kinderen zijn of nog worden verwacht, blijkt de voorlichting door de notaris ertoe te leiden dat (alsnog) een verrekenbeding wordt opgenomen in de huwelijkse voorwaarden, vaak alleen voor de inkomsten uit arbeid.
Als partijen voor een andere transactie bij de notaris komen, bijvoorbeeld de levering van een woning, wijst de notaris hen altijd op de vraag of de huwelijkse voorwaarden nog passend zijn. Ook fiscale overwegingen zijn hierbij relevant. Dit leidt in vele gevallen tot aanpassing. Soms zien partijen daarvan nog wel eens af, als zij feitelijk al veel vermogen gemeenschappelijk hebben: de koude uitsluiting wordt in die gevallen verzacht doordat ze vermogen op beider naam hebben. Met andere woorden: de soep wordt bij de scheiding vaak minder 'koud' gegeten dan zij was opgediend.
De notaris krijgt bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden veelvuldig te maken met ongelijkwaardige partijen. Hij behoort in een dergelijk geval niet

[7] Hier valt een parallel te ontwaren met het in paragraaf 5.4.7 gestelde over het verschil tussen een *opting out*- en een *opting in*-regeling: ook daar schuilt bescherming in het feit dat (iure constituendo) de regeling niet behoeft te worden overeengekomen, maar een afwijking (*opting out*) daarvan wel.

lijdelijk toe te zien.[8] Men denke aan de gevleugelde woorden van de Hoge Raad dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer meebrengt dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.[9] Met een beroep op de 'compenserende partijdigheid' kent men de notaris een actieve rechtsbeschermende functie toe.[10] Aan hem de schone taak tot het creëren van een *level playing field*.[11] Daarmee wordt niet bedoeld dat volledige gelijkheid aan partijen moet worden opgelegd. Dat bijvoorbeeld een verdeling van de huishoudkosten wordt overeengekomen die niet naar rato van de inkomsten of voor gelijke delen luidt, vormt op zich geen grond voor ministerieweigering. Het vormt wel een grond voor waakzaamheid en verhoogde informatieverstrekking, opdat ook bij de zwakkere partij sprake is van *informed consent*.[12]

Ondanks de inspanningen van de notaris echter, lijkt de voorlichting bij de meeste mensen niet te leiden tot een goed, blijvend inzicht in hun huwelijksvermogensrechtelijke positie. Volgens de geïnterviewde advocaten verdiepten partijen zich in elk geval tot pakweg 1990 niet grondig in hun huwelijkse voorwaarden en schoot de notariële voorlichting daarover toen in feite tekort. Nadien zijn echtgenoten gaandeweg veel bewuster omgegaan met de huwelijkse voorwaarden en is ook de voorlichting beter geworden. Zo vragen notarissen tegenwoordig expliciet aandacht voor wat er moet gebeuren als het huwelijk eindigt in echtscheiding. Ook krijgen cliënten nu vaak eerst een brochure en een uitgebreide vragenlijst toegezonden ter voorbereiding op het gesprek op het kantoor van de notaris. Zo'n vragenlijst maakt de cliënten bewust van de relevante haken en ogen van de huwelijkse voorwaarden. Voor notarissen heeft

---

8 In die zin bijvoorbeeld T. Hidma, 'ABC van de notariële aansprakelijkheid', *WPNR* 6239 (1996), p. 701-708, en W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming?* (oratie Leiden), Kluwer, Deventer 1997, p. 5.

9 HR 20 januari 1989 *NJ* 1989, 766, Groningse huwelijkse voorwaarden.

10 In zekere zin is de term 'partijdig' hier overigens misplaatst, althans, in de pejoratieve betekenis van bevoordelend, voortrekkend. Vergelijk H.F. van den Haak, 'De evenwichtskunstenaar', *WPNR* 6291 (1997), p. 782: 'De notaris die, geconfronteerd met een situatie van ongelijkheid tussen cliënten die zijn tussenkomst hebben ingeroepen om een rechtshandeling te bewerkstelligen, het opneemt voor de zwakkere of onwetende cliënt, is niet partijdig. Immers door het voor die cliënt op te nemen staat hij de belangen van die zwakkere niet op onbillijke wijze voor. Hij doet niet anders dan een ongelijkheid compenseren door voorlichtend uitleg geven over consequenties, respectievelijk voordelen en nadelen van de in het leven te roepen rechtsverhouding.'

11 P. Blokland, 'De boedelnotaris als regisseur van de boedelafwikkeling; de zorgplicht', *WPNR* 6672 (2006), p. 480, hanteert deze term in dit kader. Zie voorts over dit onderwerp C.L.B. Kocken, *De hand van de notaris* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer, Deventer 1997, en R.T.F. Boonacker, *De onpartijdigheid van de notaris*, (diss. Amsterdam UvA), 2006.

12 W.D. Kolkman, 'Deontologische dilemma's in het erfrecht', in G.J.C. Lekkerkerker, C.G. Breedveld-de Voogd, W.D. Kolkman, V.A.E.M. Meijers, *De goede notaris. Over notariële deontologie, Preadvies KNB* (2010), p. 129-130.

een dergelijke lijst ook het voordeel dat achteraf kan worden aangetoond wat men heeft gewild. Ook wordt veelal aan cliënten na de bespreking op kantoor een brief met uitleg over de gevolgen van de gemaakte keuzes gezonden. Soms leggen notarissen de beweegredenen van de cliënten vast in een considerans in de akte van huwelijkse voorwaarden. Komt het achteraf tot een geschil, dan is het in een dergelijk geval duidelijker wat de bedoeling van partijen was.
De economische situatie van de laatste jaren en de problematiek rondom een bepaalde categorie verrekenbedingen (de zogenaamde solitaire Amsterdamse verrekenbedingen) maken dat de indruk bestaat dat het overeenkomen van koude uitsluiting weer aan populariteit wint. Het belang van gedegen voorlichting in het huidige tijdvak wordt daarmee extra onderstreept.

5.3.3.2 Afzonderlijke voorlichting?

Om de voorlichting aan partijen bij het sluiten van huwelijkse voorwaarden houdende koude uitsluiting nog meer dan thans kracht bij te zetten, kan worden overwogen in de wet op te nemen dat partijen voorafgaand ieder *afzonderlijk* deskundig worden voorgelicht. De deskundige die de voorlichting uitvoert dient de inhoud daarvan in een verslag neer te leggen, te ondertekenen en ook door de voorgelichte partij te laten ondertekenen. Een exemplaar van het verslag wordt uitgereikt aan de voorgelichte partij, een ander wordt bewaard op het kantoor van de deskundige. De deskundige maakt een certificaat op en reikt ook dit uit aan de voorgelichte partij. Bij de ondertekening van huwelijkse voorwaarden moeten beide partijen aan de notaris elk een certificaat van hun eigen voorlichting overleggen aan de notaris. Een en ander steunt op de Australische regeling.
In het merendeel van de Europese *civil law*-landen gaat, net als in Nederland, de voorlichting niet verder dan een verplichte voorlichting van beide partijen tezamen door een notaris.[13] Deze wijze van voorlichting is voldoende voor het verschaffen van informatie over het juridische kader van de koude uitsluiting, maar biedt mogelijkerwijs minder garanties tegen een verkeerde inschatting van de billijkheid van de gekozen oplossing. Om die reden is in *common law*-landen zoals Australië en Nieuw-Zeeland de voorlichting van de partijen met meerdere materiële en procedurele waarborgen omkleed. Ten eerste krijgt elk van de partijen een afzonderlijke voorlichting door een eigen onafhankelijke juridisch adviseur. In Australië is het verkrijgen door elk van de partijen afzonderlijk van een onafhankelijk juridisch advies een van de voorwaarden voor de bindende kracht van de huwelijkse voorwaarden. Dit niet alleen omdat Australië, zoals

[13] België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Litouwen, Malta, Moldavië, Oekraïne, Oostenrijk, Polen, Portugal, Rusland, Slowakije, Spanje, Tsjechië en Zwitserland.

alle *common law*-landen, de figuur van de onafhankelijke, onpartijdige notaris niet kent. De achtergrond van het bedoelde vereiste is dat dit elk van de aanstaande echtgenoten in staat stelt om vrijelijk aan de deskundige alle vragen te kunnen stellen en alle eventuele zorgen en twijfels uit te spreken.
Voorts zou kunnen worden overwogen in de wet een lijst met onderwerpen op te nemen die de adviseur tijdens de voorlichting aan de orde moet stellen. Deze lijst biedt een garantie tegen een te oppervlakkige voorlichting. In Australië moeten in het kader van het advies de volgende onderwerpen verplicht aan de orde komen: het effect van huwelijkse voorwaarden op de rechten en verplichtingen van partijen; of de huwelijkse voorwaarden ten tijde van het verlenen van het advies in het voordeel van de betreffende partij waren; en of de huwelijkse voorwaarden ten tijde van het advies redelijk en billijk zijn in het licht van omstandigheden die de partijen redelijkerwijs kunnen voorzien.
Door deze lijst samen met de adviseur door te nemen, krijgt elk van de partijen goed zicht, niet alleen op de juridische gevolgen van de keuze voor koude uitsluiting, maar ook op de economische gevolgen en de redelijkheid ervan. Tot slot dient, nadat het advies is uitgebracht, de juridisch adviseur de inhoud van de voorlichting in een verslag neer te leggen, een certificaat te ondertekenen en aan de betreffende partij af te geven.
Dit diepgaande, bijzondere voorlichtingsmodel is op de expertmeeting van september aan de deskundigen voorgelegd. De eerste reactie vanuit de advocatuur is positief, omdat in het bijzonder de zwakkere partij door aparte voorlichting betere informatie krijgt. Bovendien staan partijen in deze fase nog open voor opmerkingen van de notaris en voor discussie, aangezien er nog geen conflict is. Het notariaat daarentegen is terughoudend: grondige voorlichting op maat is de belangrijkste taak van de notaris, en die heeft nu ook al plaats. Het geven van aparte voorlichting heeft slechts een schijneffect. Partijen staan bij het maken van huwelijkse voorwaarden namelijk in het algemeen niet open voor het praten over echtscheiding. Vanuit de rechterlijke macht komt naar voren dat de mate van voorlichting meeweegt bij het geven van een oordeel. De bindende kracht van de akte houdende huwelijkse voorwaarden wordt sterker naarmate de voorlichting grondiger is geweest. De aanwezigen menen uiteindelijk dat aparte voorlichting geen oplossing vormt voor het probleem. Het is daarnaast ten zeerste de vraag of partijen er open voor staan.
Overigens kan men zich de vraag stellen, indien afzonderlijke voorlichting gewenst zou zijn, in welke gevallen zij nog meer zou dienen plaats te vinden. Er zijn meer potentieel benadelende handelingen te bedenken, waar dan eveneens het omslachtige voorlichtingsmodel van toepassing zou behoren te zijn.

5.3.4 Som ineens, rechterlijke wijzigingsbevoegdheid en 'reallocatie'

Na in het voorgaande een proactieve mogelijkheid te hebben bezien, is het thans de beurt aan enkele reactieve potentiële instrumenten voor omgang met de problematiek van koude uitsluiting. In het onderstaande komen drie nauw verwante instrumenten aan bod, te weten de som ineens, de rechterlijke bevoegdheid tot wijziging of aanpassing van de huwelijkse voorwaarden, en de zogeheten 'reallocatie'.

5.3.4.1 Som ineens voor de 'koud uitgesloten' echtgenoot

In maart 2008 is het volgende amendement ingediend tot invoering van art. 1:121a BW:

> 'Indien partijen bij huwelijkse voorwaarden afwijken van de regels der wettelijke gemeenschap kan de echtgenoot die arbeid heeft verricht in het door de andere echtgenoot uitgeoefende beroep of bedrijf of in diens huishouding, zonder voor die arbeid een passende beloning te ontvangen, aanspraak maken op een billijke vergoeding van de andere echtgenoot […]'[14]

Deze regeling is grotendeels ontleend aan het erfrechtelijke 'salaire différé', neergelegd in art. 4:36 BW.[15] De erfrechtelijke aanspraak, die dwingendrechtelijk van aard is, ziet op de erfgenaam die arbeid heeft verricht in het door de erflater uitgeoefende beroep of bedrijf of in diens huishouding. Het amendement laat de echtgenoten de plaats innemen van erfgenaam en erflater. Omdat de indiener van het amendement echter van mening is dat het een 'best wel stevig' en 'ingewikkeld' onderwerp betreft en 'dat je dat misschien niet zomaar en marge van dit debat moet regelen',[16] wordt het ingetrokken, onder gelijktijdige indiening van een motie.[17] De motie steunt op de gedachte dat de koude uitsluiting onbillijk is voor de niet-beroepsactieve echtgenoot die niet in geld, maar wel in arbeid een bijdrage heeft geleverd aan de opbouw van het vermogen binnen het huwelijk. De indieners zijn van mening dat deze economisch zwakkere partij kennelijk nog onvoldoende wordt beschermd door de eis van tussenkomst van de notaris bij het maken van huwelijkse voorwaarden en verzoeken daarom de minister met een wetsvoorstel te komen voor een wettelijk

---

[14] Amendement van het lid Anker, Kamerstukken II 2007-2008, 28 867, nr. 15.

[15] Voluit: 'Een kind, stiefkind, pleegkind, behuwdkind of kleinkind van de erflater dat in diens huishouding of in het door hem uitgeoefende beroep of bedrijf gedurende zijn meerderjarigheid arbeid heeft verricht zonder een voor die arbeid passende beloning te ontvangen, kan aanspraak maken op een som ineens, strekkend tot een billijke vergoeding.'

[16] Handelingen II 2007-2008, 28 867, 111-8079.

[17] Nr. 20 (Anker, Timmer, De Wit).

recht op een billijke vergoeding voor deze niet-beroepsactieve echtgenoot.[18] Kortom, de koude uitsluiting uitgesloten.

Om de merites van een dergelijke 'lumpsum' in kaart te brengen, verdient het onder meer aanbeveling de erfrechtelijke tegenhanger tegen het licht te houden. Een aantal geschillen inzake art. 4:36 BW heeft betrekking op een som ineens ter vergoeding van in de *huishouding* verrichte arbeid.[19] De vraag is gerechtvaardigd of de huwelijksvermogensrechtelijke lumpsum ook op *huishoudelijke* arbeid van toepassing zou moeten zijn. Wij vinden onvoldoende aanknopingspunten voor een ontkennend antwoord. Niet kan worden ingezien waarom arbeid verricht 'buitenshuis' in het beroep of bedrijf van de echtgenoot fundamenteel anders zou moeten worden bejegend – zeker bij deze *tussen echtgenoten* spelende aanspraken – dan arbeid verricht 'binnenshuis'.

Een erfrechtelijk afbakeningsprobleem doet zich voor bij de arbeid verricht in *beroep of bedrijf* van de erflater, wanneer dit beroep of bedrijf verpakt zat in een vennootschapsverband. Perrick acht een beroep op het salaire van art. 4:36 BW niet mogelijk indien de arbeid is verricht in een door een BV of NV, waarvan de erflater alle aandelen hield en waarvan hij bestuurder was, uitgeoefend beroep of bedrijf.[20] Burgerhart wijst erop dat waar de erfrechtwetgever vereenzelviging van de persoonlijke onderneming met die van een BV wenste, dat telkens uitdrukkelijk is geregeld.[21] Dit beperkt het werkingsgebied van art. 4:36 BW aanzienlijk.[22]

Het ligt voor de hand bij een huwelijksvermogensrechtelijk 'salaire différé' de in het erfrecht gerezen onduidelijkheden te voorkomen. Gelet op de in paragraaf 2.2 beschreven problematiek zou de som ineens wellicht ook moeten kunnen

---

18 Zie hierover ook hoofdstuk 1.

19 Zo is bijvoorbeeld de vraag gerezen of de verzorging of verpleging van de echtgenoot van de erflater onder het bereik van art. 4:36 BW valt. Kantonrechter Tilburg 14 juni 2007, *LJN* BA7400, geeft een bevestigend antwoord. Daarnaast kan men onder meer de vraag opwerpen of ook wanneer het verzorgende kind de ouder 'in huis neemt', er nog sprake van is dat de arbeid geschiedt 'in diens huishouding' (i.e. die van de aspirant-erflater) in de zin van art. 4:36 BW.

20 Wanneer daarentegen de arbeid is verricht in een beroep of bedrijf uitgeoefend door een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap, waarvan de ouders de enige vennoten waren, is naar zijn mening de route van art. 4:36 BW wel geopend. Asser/Perrrick 4* (2009), nr. 298. P.F. Veltman, 'Boedelafwikkelingsaspecten bij andere wettelijke rechten', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2003, nr. 3, p. 42, bouwt hierop voort met de stelling dat zelfs wanneer een derde medevennoot was, het salaire inroepbaar is voor zover de erflater heeft geprofiteerd van de verrichte werkzaamheden.

21 Preadvies KNB 2006, p. 410.

22 Vergelijk W.J.J.G. Speetjens, 'De 'som ineens' als billijke vergoeding voor verrichte arbeid', *FTV* juni 2005, W. Burgerhart, 'Als de knecht niet krijgt wat hem toekomt, zorgt de wetgever daar wel voor! Het salaire différé', *Tijdschrift Agrarisch Recht* 2005, nr. 11, en W.D. Kolkman, 'Uw verdiende loon', in: *In dienst van het recht grenzen verleggen* (Van der Burght-bundel), 2009, p. 87.

worden toegekend wanneer de arbeid is verricht in een beroep of bedrijf, uitgeoefend door een BV of NV waarvan de echtgenoot alle aandelen hield en waarvan hij bestuurder was.

De wettekst biedt geen duidelijke houvast over de berekening van de *omvang* van het salaire différé van art. 4:36 BW. In art. 4:37 lid 4 BW staat weliswaar een plafond, kort gezegd de halve nalatenschap, maar een verdere leidraad ter invulling van de 'billijke vergoeding' ontbreekt. In de jurisprudentie daarentegen wordt extensief op de nadere omlijning van art. 4:36 BW ingegaan.[23] Duidelijk komt hierin naar voren dat de rechter enkele vereisten aan de som ineens verbindt die niet met zoveel woorden in de wet zijn terug te vinden: men is voorzichtig bij de toepassing van dergelijke 'inbreukbepalingen'.[24]

De jurisprudentie laat zien dat de erfrechtelijke somgerechtigde de slagingskans van een beroep op het salaire niet hoog moet inschatten. De rechtspraak vaart een restrictieve koers. Daar komt bij dat de somgerechtigde zich niet in een florissante bewijspositie bevindt: de eiser zal de aard, duur en omvang van de verrichte arbeid aannemelijk moeten maken.[25]

Voor de huwelijksvermogensrechtelijke som ineens zullen vooral twee obstakels een rol spelen: de ongewisse omvang en (daardoor) de toename in geschilvorming. Indien in de wet echter heldere criteria voor de toepassing van de lumpsum worden opgenomen, neemt dat deze obstakels in belangrijke mate weg. Zie hierover paragraaf 5.3.4.4.

---

[23] Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Tilburg 14 juni 2007, *LJN* BA7400 en Hof Den Bosch 22 juli 2008, *LJN* BD8647. Zie over deze zaak onder meer Mellema-Kranenburg, 'Hoe wenselijk is het salaire différé', *Tijdschrift Erfrecht* 2007, nr. 4, p. 76-79, Kolkman, 'De eerste stappen van de andere wettelijke rechten', *FTV* 2007/7-8, p. 6-13, en Janssen, 'Salaire différé', *WPNR* 6732 (2007), p. 981-990.

[24] Zo stelt de kantonrechter dat er sprake moet zijn van *langdurig* verrichte arbeid in het beroep of bedrijf of in de huishouding van erflater. Het hof gaat vooral in op de eis dat de arbeid een *economische waarde* heeft gehad. De kantonrechter stelde daarbij als nadere maatstaf dat het kind door zijn arbeid 'in een maatschappelijk en/of financieel slechtere positie is geraakt'. Terecht gaat het hof minder ver, oordelende dat dit aspect een gezichtspunt vormt waarmee bij de beoordeling van de vraag of er in casu grond bestaat voor een aanspraak (en zo ja, wat de hoogte daarvan is) rekening moet worden gehouden. Een topische benadering. De verslechterde positie is geen absoluut vereiste, maar een factor die meeweegt op de schaal van art. 4:36 BW. In een soortgelijke kwestie overwoog Hof Den Haag 1 augustus 2007, *LJN* BB0962, dat voor het aanspraak kunnen maken op een billijke vergoeding vereist is dat de arbeid van het kind economische waarde moet hebben gehad, in die zin dat (i) bij gebreke van die arbeid betaalde derden hadden moeten worden ingeschakeld en (ii) het kind door het verrichten van de arbeid is beperkt in zijn mogelijkheden om elders betaalde arbeid te verrichten.

[25] Soms zelfs nog meer dan dat: in de genoemde zaak voor het Hof Den Haag diende de somgerechtigde ook tegenbewijs te leveren tegen het vermoeden dat zij reeds een billijke vergoeding voor de door haar in het huishouden van haar ouders verrichte arbeid had ontvangen.

5.3.4.2 Wijzigingsbevoegdheid rechter

Om de onbillijke gevolgen van een koude uitsluiting tegen te gaan, kan worden bezien of voor de rechter een wettelijke mogelijkheid tot 'ingrijpen' kan worden gecreëerd.

In het rechtsvergelijkende hoofdstuk 4 is gebleken dat het merendeel van de Europese *civil law*-landen een benadering kent waarin geen bijzondere mogelijkheden passen voor de aantasting van onbillijke huwelijkse voorwaarden.[26] Een in omvang toenemende minderheid van landen in Europa is tot een andere benadering overgegaan, waarin het de rechter is toegestaan in uitzonderlijke gevallen de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te corrigeren. In deze groep bevinden zich in de eerste plaats de Scandinavische landen, maar ook klassieke *civil law*-landen zoals Duitsland en Zwitserland, en een aantal post-socialistische landen.[27] In alle landen behalve Duitsland, is de mogelijkheid van de rechterlijke billijkheidscorrectie verankerd in de wet.[28]

Voor de Nederlandse situatie kan ten eerste gedacht worden aan een specifieke billijkheidscorrectie voor het geval dat de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door de veranderde omstandigheden extreem ongunstig zijn geworden voor de kinderen van de partijen of de verzorgende ouder.[29] Deze mogelijkheid zou de rechter in staat stellen om huwelijke voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, aan te passen in het geval dat binnen de relatie kinderen zijn geboren, of wanneer de kinderen of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijkse voorwaarden bijvoorbeeld ernstig ziek of gehandicapt zijn geraakt.

Ten tweede valt de introductie te overwegen van een meer algemene billijkheidscorrectie die de mogelijkheid biedt huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij te zetten of aan te passen indien die onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden ten tijde van het maken daarvan, de latere ontwikkelingen, of alle omstandigheden van het geval. Het Zweedse recht kent een dergelijke regeling; zij wordt aldaar beschouwd als een belangrijke innovatie. Zij is aanzienlijk ruimer geformuleerd dan de in de vorige alinea genoemde correctiemogelijkheid.

Op de laatste expertmeeting liet de rechterlijke macht een positief geluid horen voor dergelijke algemene wettelijke bepalingen voor gewijzigde omstandigheden. Men heeft geen angst voor een toename van procedures, omdat duidelijke besliscriteria – vergelijk het in paragraaf 5.3.4.4 opgemerkte over de topische

---

[26] België, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Italië, Malta, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slowakije, Spanje en Tsjechië.

[27] Hongarije, Litouwen, Oekraïne en Rusland.

[28] In Duitsland is deze mogelijkheid door de rechtspraak zelf gecreëerd.

[29] Een dergelijke regeling bestaat in Australië.

benadering – de toestroom aan zaken zal beperken. De besliscriteria behoeven overigens niet per se in de wet te staan; rechters betrekken de wetsgeschiedenis in hun oordeelsvorming. Vanuit de hoek van de wetenschap werd erop gewezen dat er reeds een algemene bepaling voorhanden is in de vorm van art. 6:258 BW. Tot nu toe gaat de Hoge Raad daar weliswaar zeer terughoudend mee om, maar een wetswijziging is niet nodig, zo luidde dit betoog. Volgens de meerderheid der aanwezigen op de expertmeeting van september is wetswijziging onnodig; art. 6:258 BW zou ruimer toegepast kunnen worden door de rechterlijke macht. Daarvoor is echter eveneens vereist dat de advocatuur meer aanstuurt op de imprévision.
Goed voorstelbaar is dat de wettelijke correctie van koude uitsluiting, maar ook de al eerder beschreven mogelijkheid van een som ineens, vergezeld gaat van een regeling op de voet van het dwingendrechtelijke art. 1:140 BW.[30] Dat brengt met zich dat op verzoek van de echtgenoot de rechter wegens gewichtige redenen kan bepalen dat een verschuldigde geldsom – of een andersoortige schuld – in termijnen of eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan. De rechter let daarbij op de belangen van beide partijen en kan betalingsplichtige echtgenoot verplichten zakelijke of persoonlijke zekerheid te stellen voor de voldoening.

5.3.4.3 'Reallocatie', in het bijzonder van de woning

In het rechtsvergelijkende hoofdstuk is de mogelijkheid beschreven dat de echtelijke woning en de huishoudelijke goederen een aparte en dwingend-rechtelijke status krijgen, indien tot het gezin minderjarige kinderen behoren. De rechter dient dan de bevoegdheid te hebben deze goederen na echtscheiding aan een van de echtgenoten of aan de echtgenoten tezamen in eigendom of (vrucht)gebruik toe te wijzen, ongeacht wie gerechtigd is tot deze goederen en ongeacht welke overeenkomsten partijen hieromtrent hebben gesloten. De toewijzing dient te geschieden aan de echtgenoot die daaraan de grootste behoefte heeft, in het bijzonder in verband met de verzorging en opvoeding van de kinderen, al dan niet met een verplichting tot vergoeding ten bedrage van ten hoogste de waarde van het goed dat de andere echtgenoot ten gevolge van de uitoefening van deze bevoegdheid verliest.
Dit mogelijke instrument is gebaseerd op de Zweedse regeling. Het stelt de echtgenoot met kinderen in staat om de echtelijke woning met de inboedel over te nemen, als deze formeel (mede-)eigendom is van de andere echtgenoot. Dat betekent dat deze voor het gezin en vooral voor de kinderen belangrijkste objecten aan de werking van de koude uitsluiting zijn onttrokken. De toewijzing

[30] Vergelijk ook art. 4:5 BW.

kan tegen een vergoeding geschieden, die over een langere periode kan worden gespreid, al dan niet tegen betaling van rente. De verschuldigde vergoeding kan in de hoogte van de partneralimentatie worden verdisconteerd.
Tijdens de laatste expertmeeting was de meerderheid der aanwezigen geen voorstander van deze regeling. Gelet op de goederenrechtelijke implicaties achtte men haar te verregaand. Meer bijval kreeg een verbintenisrechtelijke tegenhanger, mede in het licht van de mogelijke toepassing van art. 1:140 BW. Vanuit de wetenschap kwam de opmerking dat de gedachte achter de Zweedse regeling is dat huis en vermogen de weerspiegeling zijn van een gezamenlijke inspanning gedurende het huwelijk. Daarom kan er afgeweken worden van een overeengekomen koude uitsluiting. Het contrast met de alimentatieaanspraak is dat die gedaan wordt door een behoeftige, terwijl in het Zweedse recht de aanspraak op de helft van het huis en vermogen niet vanuit behoefte ontstaat: huis en vermogen zijn samen opgebouwd, dus moeten zij gelijkelijk verdeeld worden. Invoering zou een fundamentele wijziging in het Nederlandse huwelijksvermogensrecht betekenen. Zie echter ook paragraaf 4.2.3.1, waar blijkt dat zich op het gebied van regulering van huwelijkse voorwaarden een toenadering in gang heeft gezet tussen enerzijds de Continentaal-Europese jurisdicties en anderzijds bepaalde *common law* jurisdicties.

5.3.4.4 Conclusies over som ineens, wijzigingsbevoegdheid en 'reallocatie'

Het voorgaande toont aan dat de erfrechtelijke som ineens een complexe regeling behelst die de nodige problematiek over de afwikkeling van een nalatenschap afroept.[31] Ook van de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid kan worden aangenomen dat deze niet in alle gevallen een eenvoudige ingreep zal behelzen. Anderzijds mag louter complexiteit niet een reden zijn een wenselijke bepaling niet in de wet op te nemen. Opmerking verdient dat de inhoudelijke argumenten die voor dergelijke correcties spreken, van een geheel andere orde zijn dan de praktische argumenten die daartegen spreken.
Voorzienbaar is dat een doorbreking van de koude uitsluiting door middel van een som ineens of door een uitdrukkelijk verwoorde rechterlijke wijzigingsbevoegdheid in eerste instantie een negatief gevolg zullen hebben voor de rechtszekerheid, wanneer men daaronder verstaat dat 'pacta sunt servanda'; men zal er minder op aan kunnen dat de wederpartij aan het overeengekomene te houden is. Hierop valt aan te merken dat *rechts*zekerheid niet moet worden verward met zekerheid. Procederende echtgenoten zijn, in de terminologie van

[31] De literatuur uit kritiek op de regeling. Zie bijvoorbeeld de artikelen genoemd in noot 23.

Galanter, *one-shotters*, geen *repeat-players*.[32] In zoverre is voor 'billijk recht in een concreet geval' meer te zeggen dan voor 'zeker recht'.
Voorzienbaar is eveneens dat genoemde doorbrekingen in eerste instantie een verhoging zullen betekenen voor de mate van geschilvorming en voor de belasting van de rechterlijke macht.[33] Waar onder het huidige recht wellicht nog wordt gedacht dat het aanvechten van een koude uitsluiting een heilloze weg is, zal men bij een wettelijke doorbrekingsmogelijkheid eerder ten strijde trekken tegen de onbillijk uitpakkende huwelijkse voorwaarden.
Hierbij passen vier kanttekeningen. Dat in beide vorige alinea's wordt gesproken van 'in eerste instantie' hangt ermee samen dat wanneer eenmaal de storm is gaan liggen en zich in literatuur en jurisprudentie criteria voor de toepassing van de doorbreking hebben gevormd, de mate van geschilvorming en de belasting van de rechterlijke macht naar alle waarschijnlijkheid weer terug bij af zullen zijn.
Ten tweede laat het zich denken dat weliswaar de doorbrekingsregeling zelf voor een nieuwe en frequente gang naar de rechter zorgt, maar dat over het geheel de rechterlijke macht niet meer wordt belast dan thans in scheidingszaken. Dit vloeit voort uit de redenering dat wanneer een partij zich onheus of onbillijk voelt behandeld (mede) door een tekortschietende wettelijke regeling, deze partij alles op alles zet om toch zijn gelijk te krijgen. Men begint in dergelijke gevallen bijvoorbeeld een geding over verrekenposten of men stelt 'extreme alimentatievorderingen' in, om toch enigszins zijn gram te halen. Het is goed mogelijk dat deze proceslust op andere terreinen afneemt, wanneer de eigenlijke onbillijkheid – gelegen in de uitwerking van de koude uitsluiting – kan worden tegengegaan. Dit betoog werd op de expertmeeting in september beaamd vanuit de hoek van zowel de advocatuur als de rechterlijke macht. Bevestigd werd dat het juridisch zuiverder en in praktische zin beter is het pad te bewandelen dat de ontstane onbillijkheid in de kern kan bestrijden in plaats van oneigenlijke middelen te gebruiken om het wenselijke doel (een evenwichtige en billijke vermogensrechtelijke afwikkeling van de echtscheiding) te bereiken. Treffend wordt zulks geïllustreerd door de jurisprudentie rondom vermogensverschuivingen tussen echtelieden waarop bij de echtscheiding het etiket voldoening aan een natuurlijke verbintenis wordt geplakt.

---

[32] M. Galatanter, 'Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', *Law & Society Review* 1974, p. 95-160. Ook Tjittes wijst hierop: grote ondernemers willen de loop van een procedure kunnen inschatten en hebben derhalve behoefte aan 'zeker recht' en niet aan 'billijk recht in een concreet geval'. R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005-1, p. 20.

[33] Dit vormt een praktisch aspect waarvoor onze opdrachtgever uitdrukkelijk aandacht heeft gevraagd.

Ten derde is het goed mogelijk in de te ontwerpen wettelijke regeling de justitiabelen al de nodige houvast te bieden in de vorm van een al dan niet limitatieve opsomming van wegingsfactoren. Een dergelijke *topische benadering* leidt er mogelijk toe dat niet onnodig procedures worden geëntameerd, aangezien beter een inschatting valt te maken van de uitkomst. Een blik op de erfrechtelijke regeling van het 'verzorgingsvruchtgebruik' van art. 4:29 en 4:30 BW kan hier verhelderend werken. Bij die dwingendrechtelijke aanspraak staat de langstlevende echtgenoot van de erflater tegenover de erfgenamen, met als inzet de vestiging van een recht van vruchtgebruik op de woning, de inboedel en de overige goederen van de nalatenschap, op grond van de behoeftigheid van eerstgenoemde. Bij een geschil over deze vestigingsverplichting houdt de rechter in ieder geval rekening met de leeftijd van de echtgenoot, de samenstelling van de huishouding waartoe de echtgenoot behoort, de mogelijkheden van de echtgenoot om zelf in de verzorging te voorzien door middel van arbeid, pensioen, eigen vermogen dan wel andere middelen of voorzieningen, en ten slotte met hetgeen in de gegeven omstandigheden als een passend verzorgingsniveau voor de echtgenoot kan worden beschouwd.[34]

Ten vierde zal door het intensiveren van de voorlichting rondom huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting zoals door ons beschreven, het aantal huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting naar verwachting eerder afnemen dan toenemen, waardoor het aantal mogelijke probleemgevallen in de toekomst zal verminderen. Daarmee zal eveneens het aantal zaken afnemen waarin bij de rechter een beroep op de voorgestelde instrumenten wordt gedaan. Voorts mag worden verwacht dat de rechtspraktijk bij echtscheidingen in de onderhandelingsfase al zal inspelen op het bestaan van deze door ons voorgestelde instrumenten. Het hoeft dan ook lang niet altijd tot procedures te leiden.

Tot slot rijst hier de vraag of een wettelijke doorbreking van koude uitsluiting voor alle gehuwde paren op gelijke wijze zou moeten gelden. Het motief om voor deze huwelijkse voorwaarden te kiezen, verschilt. Dient daaraan gewicht te worden toegekend in de wettelijke regeling?[35]

Koude uitsluiting lijkt het meest voor te komen bij mensen die op latere leeftijd nogmaals huwen dan wel eigen vermogen hebben en bij mensen die een onderneming hebben, met name een familiebedrijf of een boerenbedrijf. Maar het komt bijvoorbeeld ook voor bij jonge mensen die nog geen kinderen hebben

---

[34] Zie art. 4:33 lid 5 BW.

[35] In het kader van de dwingendrechtelijke aanspraken in het erfrecht voor de langstlevende echtgenoot (art. 4:29 en 4:30 BW) is een soortgelijke vraag gerezen: verdient de echtgenoot-op-leeftijd bij een tweede huwelijk wel bescherming tegen een onterving? De wettelijke regeling maakt geen onderscheid en antwoordt derhalve bevestigend.

en nog niet 'toe zijn' aan een verrekenbeding. Koude uitsluiting lijkt zeldzaam te zijn bij echtgenoten met kinderen of een kinderwens (al is dit misschien anders in agrarische kringen). Omwille van de hanteerbaarheid van de regeling zouden wij geen onderscheid willen maken tussen de verschillende motieven voor koude uitsluiting. Een duidelijke omlijning van categorieën echtparen bij wie koude uitsluiting onder alle omstandigheden onaantastbaar zou moeten zijn, valt immers niet goed te geven.[36] Dat wil echter niet zeggen dat aan deze verscheidenheid geen waarde toekomt: bij een rechterlijk oordeel wordt uiteraard gewicht toegekend aan de omstandigheden van het geval.

5.3.5 Overige praktijkoplossingen

Zowel door de geïnterviewde notarissen als door de geïnterviewde advocaten is aangegeven dat voor problemen als gevolg van koude uitsluiting in de praktijk vaak in zekere mate een oplossing wordt gevonden, hetzij door de advocaat, hetzij door de notaris, indien betrokken. Zo komt het vaak voor dat als er wel een gemeenschappelijke woning is, voor de financieel minder bedeelde partner iets extra's wordt gedaan in het kader van de verdeling. Ook wordt soms een verlenging van de alimentatieduur afgesproken. In veel zaken valt een minnelijke regeling te bereiken, omdat de mensen het niet op een procedure aan willen laten komen. Ook door middel van mediation kan vaak een bepaalde oplossing worden gevonden. Veel moeilijker is dat – zo geven advocaten en notarissen aan – als geen sprake is van mediation. De bereidheid om tot mediation te adviseren, of meer in het algemeen tot het nastreven van een goede minnelijke regeling, bestaat vooral bij de goed opgeleide familierechtadvocaten, in het bijzonder bij leden van de vereniging van Familierechtadvocaten Scheidingsmediators (vFAS).

De ondervraagden en de aanwezigen tijdens de expertmeetings zijn het er in het algemeen over eens dat de rechter niet snel bereid lijkt te zijn om de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van koude uitsluiting te verzachten, hetzij door een bepaalde uitleg van de huwelijkse voorwaarden, hetzij door deze op grond van de redelijkheid en billijkheid opzij te schuiven. Ook onder de geïnterviewde advocaten valt te beluisteren dat de rechterlijke macht hierin heel terughoudend ('formeel-juridisch, niet creatief') is.

Wanneer de praktijk met oplossingen komt, ingegeven door bijvoorbeeld de coulance van één der partijen, betekent dit in onze ogen nog niet dat daarmee de problematiek als zodanig van het toneel is verdwenen. De behoefte aan een (betere) wettelijke regeling kan nog steeds gerechtvaardigd zijn, ook al zou

[36] Zou men dergelijke categorieën wél kunnen identificeren, dan ligt het voor de hand om ze van een wettelijke regeling uit te sluiten.

thans uiteindelijk maar een gering aantal 'onbillijkheden' resteren, hetgeen wij overigens niet met zekerheid hebben kunnen vaststellen.

5.3.6 Slotconclusies

Wij komen tot de conclusie dat zich in de rechtspraktijk inderdaad materiële problemen onbillijkheden voordoen ten gevolge van het regime van koude uitsluiting, overeengekomen bij huwelijkse voorwaarden. Weliswaar is het aantal gevallen dat in de praktijk als problematisch of onbillijk kan worden gekwalificeerd waarschijnlijk niet zeer omvangrijk en worden dergelijke gevallen door de rechtspraktijk soms op creatieve wijze tot een redelijk resultaat gevoerd, maar dat neemt niet weg dat er behoefte bestaat aan instrumenten om dergelijke gevallen beter te bestrijden. Deze bestrijding heeft enerzijds een preventief karakter (een betere voorlichting) en anderzijds een repressief karakter (een som ineens als passende vergoeding wegens verrichte arbeid en een rechterlijke wijzigingsbevoegdheid).

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

Wij komen tot de conclusie dat er ook termen aanwezig zijn om in de wet voorzieningen op te nemen om de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te mitigeren. Bij de vraag welke de instrumenten zijn die een onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie kunnen tegengaan, dient in ogenschouw te worden genomen welke de juridische argumenten en de feiten en omstandigheden zijn die zodanig zwaar zijn, dat zij rechtvaardigen om af te wijken van de overeengekomen huwelijkse voorwaarden. In die gevallen wegen de contractsvrijheid en de gebondenheid aan de overeenkomst per saldo minder zwaar, ook al kan het afwijken van hetgeen is overeengekomen op zichzelf ook als onbillijk worden gekwalificeerd.

Als mogelijk instrument kan worden genoemd de som ineens zoals besproken in paragraaf 5.3.4.1: indien partijen bij huwelijkse voorwaarden afwijken van de regels der wettelijke gemeenschap kan de echtgenoot die arbeid heeft verricht in het door de andere echtgenoot uitgeoefende beroep of bedrijf of in diens huishouding, zonder voor die arbeid een passende beloning te ontvangen, aanspraak maken op een billijke vergoeding van de andere echtgenoot. Bij een

dergelijke regeling dient de wet bij voorkeur ook criteria te vermelden die door de rechter kunnen worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of een som ineens moet worden toegekend, en zo ja, in welke omvang.
Als mogelijk instrument kan ook worden genoemd een specifieke billijkheidscorrectie voor het geval dat de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door de veranderde omstandigheden onaanvaardbaar ongunstig zijn geworden voor de ex-echtgenoot die al dan niet de zorg voor de kinderen (mede) op zich heeft genomen. Deze mogelijkheid zou de rechter in staat stellen om huwelijke voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, aan te passen in het geval waarin binnen de relatie kinderen zijn geboren, of wanneer de kinderen of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijkse voorwaarden bijvoorbeeld ernstig ziek of gehandicapt is geraakt. Mogelijk is ook een meer algemene billijkheidscorrectie te introduceren, bestaande uit de mogelijkheid huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij te zetten of aan te passen indien die onredelijk zijn in het licht van alle omstandigheden van het geval.
De beide laatste instrumenten (som ineens als passende vergoeding wegens verrichte arbeid en de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid) zien elk op een andere categorie van onbillijke gevallen[37] en zijn dus niet te beschouwen als alternatieven.

5.4 'Instrumenten' met betrekking tot ongehuwde samenwoners

5.4.1 Wenselijkheid van ingrijpen?

Een van de belangrijkste punten van dit rapport betreft de vraag of er een lex specialis met het oog op 'scheiding' door ongehuwde samenwoners dient te komen. Hoe verhoudt dat zich tot de contractsvrijheid (waaronder ook de vrijheid valt om *niet* te contracteren)? Grijpt de overheid met een dergelijke regeling niet te ver in? Met name in de wat oudere literatuur heerst de mening dat aan een algemene vermogensrechtelijke regeling voor ongehuwden geen behoefte bestaat.[38] Recentere publicaties staan echter positiever tegenover een dergelijke regeling, alhoewel er geenszins eenstemmigheid bestaat over hoe deze dan vorm zou moeten krijgen.[39] Wij zouden in dit verband willen

[37] Al kunnen zich situaties voordoen die in beide categorieën vallen.

[38] J.M. Polak, Twee mensen en het recht, Boekenreeks *NJB* 1 (1974), p. 84, E. Cohen Henriquez en J.K. Moltmaker, *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, preadvies KNB 1977, p. 26, 55 en 72, M. van Hoeken, 'Samenlevingsvormen en de wetgever', *AA* 1993, p. 78 e.v., A.J.M. Nuytinck, *Van huwelijksvermogensrecht naar samenlevingsvermogensrecht*, (oratie 1996) en MvA I, Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 54. Vgl. Asser/De Boer 1* 2010, 561.

[39] C. Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, oratie 2000, W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*,

benadrukken dat de door ons in paragraaf 5.3.2 uiteengezette overwegingen met betrekking tot overheidsingrijpen, in beginsel ook hier gelden.
Wel is het in dit kader relevant om inzicht te hebben in de motieven van partners om niet te trouwen. Een veelgehoord argument tegen de bedoelde lex specialis is namelijk dat een van de belangrijkste redenen om niet te trouwen gelegen is in een bewuste en gezamenlijke vrije keuze van de partners om niet onder de wettelijke regeling van het huwelijk te vallen.[40] Wetgeving die hen daar toch onder brengt, zou dan een rechtstreekse inbreuk inhouden op de persoonlijke autonomie van de betrokkenen. Zie echter tabel 9 in paragraaf 3.7.3, waaruit blijkt dat slechts een minderheid redenen noemt die zouden kunnen worden begrepen als het willen ontlopen van de wettelijke regeling van het huwelijk ('principieel tegen huwelijk' en 'niet gebonden willen worden'). Bij mannen is dat een kwart, bij vrouwen nog minder. Dit relativeert het argument van de 'bewuste gezamenlijke vrije keuze' nogal.
Voorts is opmerkelijk dat aanzienlijk meer mannen dan vrouwen principieel tegen het huwelijk zeggen te zijn. Verder valt op dat een kwart van alle vrouwelijke respondenten (ook) de onwilligheid van de partner als reden noemt. Vooral jonge vrouwelijke respondenten noemen dat als belangrijkste reden.[41] Bij mannen is dit slechts een vijfde. Dit verschil in voorkeur valt samen met een feitelijke economische ongelijkheid, waarbij per saldo de economisch sterke partij – de man – aan de economisch zwakkere partij – de vrouw – de bescherming van de wettelijke regeling van het huwelijk ontzegt. Ook dit houdt een relativering in van het argument van de 'bewuste gezamenlijke vrije keuze'.

---

diss. UU 2004, p. 552 e.v. en C. Forder en A. Verbeke, 'Geen woorden maar daden', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 489 e.v., J. van Duijvendijk-Brand, 'Ex-samenwonenden en het onderhoudsrecht : alimentatie; eerst uit de lengte, dan pas in de breedte', *FJR* 2007, p. 265 e.v. Contra: Huijgen, 'Relaties en (huwelijks)vermogensrecht', in: *In dienst van het recht grenzen verleggen* (Van der Burght-bundel), 2009, p. 73-83, idem, 'Ieder het zijne in het relatievermogensrecht', in: *Ex libris Hans Nieuwenhuis* (Nieuwenhuis-bundel), p. 199-210.

40 R. Deech, 'The Case Against Legal Recognition of Cohabitation', in: J. Eekelaar, S. Katz, (red.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies,* Butterworths, Toronto, 1980, p. 300-312, aldaar p. 301. Zie ook: A. Agell, 'Family Forms and Legal Policies. A Comparative View form a Swedish Observer', *Scandinavian Studies in Law* 38, 1999, p. 197-216. In de Duitstalige literatuur vormde dit argument de basis voor de zogenoemde *Rechtsfreier Raum*-doctrine. Zie: W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU 2004, p. 394-395. Voor een overzicht van de invloed van dit argument op de Nederlandse rechtspaak zie: C. Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, Kluwer, Deventer, 2000, p. 30-36.

41 J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009, p. 39.

Uit de interviews is over de wenselijkheid van overheidsingrijpen het volgende naar voren gekomen. Onder de geïnterviewde notarissen bestaat slechts ten dele steun voor een wettelijke regeling van de gevolgen bij de verbreking van een (langdurige) duurzame samenleving. Eén van hen is voorstander van een recht op partneralimentatie als er kinderen zijn (tenzij anders overeengekomen), of een som ineens. Een andere notaris voelt wel voor een regeling als de samenleving vijf jaar heeft geduurd of er kinderen zijn; ook deze notaris denkt dan aan partneralimentatie en eventueel vermogensverrekening (tenzij anders overeengekomen). De andere notarissen voelen niet voor een wettelijke regeling.
De geïnterviewde advocaten zijn iets minder terughoudend. Van hen is meer dan de helft voor een regeling ten aanzien van partneralimentatie, vooral als er kinderen zijn of een notarieel samenlevingscontract is gesloten. Andere advocaten zien weinig in een regeling en argumenteren dat men wel weet dat als er niets is geregeld, men ook nergens recht op heeft. Als gezegd moet dit argument nogal worden gerelativeerd.
Tijdens de eerste expertmeeting is de suggestie naar voren gekomen dat samenwonenden meer bewust moeten worden gemaakt van de mogelijke gevolgen van ongehuwd samenwonen, door middel van voorlichting. De mogelijkheid om het recht op alimentatie eventueel te koppelen aan feitelijke samenwoning, wordt door de aanwezige notarissen afgewezen: men zou alleen recht op alimentatie moeten hebben als er sprake is van een samenlevingscontract. Hierbij tekenen wij echter aan dat volgens de aanwezigen bij de eerste expertmeeting de situaties dat één der partijen in armoede terechtkomt, zich veelal aan het zicht van de notaris onttrekken, doordat men het in dergelijke gevallen vaak te duur vindt om naar de notaris te gaan. Uiteindelijk vinden de aanwezigen een wettelijke regeling voor partneralimentatie op zijn plaats, maar slechts ingeval van aanwezigheid van minderjarige kinderen.
Tot slot een opmerking over de 'werkbaarheid' van een eventueel in te voeren lex specialis voor samenwoners. Het behoeft nauwelijks betoog dat een specifieke wettelijke regeling in ieder geval *hanteerbaar* moet zijn voor de praktijk. Te wijzen valt op de thans voorhanden zijnde regelingen bij in koude uitsluiting gehuwden (redelijkheid en billijkheid, ongerechtvaardigde verrijking etc.): zij worden – hoewel zij wellicht tot een billijk eindresultaat leiden – in de praktijk nauwelijks toegepast, hetgeen naar onze overtuiging mede te wijten is aan hun problematische hanteerbaarheid.

5.4.2 Afbakening

Indien op welke wijze ook maar de hierboven gestelde vraag naar de wenselijkheid van overheidsingrijpen bevestigend wordt beantwoord, dient zich

logischerwijs de vraag aan naar de afbakening van de groep van samenwoners voor wie de regeling zou moeten gaan gelden.
Als bekend vertoont de categorie 'ongehuwd samenwonenden' een hoge mate van pluriformiteit. Dit vormt een wezenlijk verschil met de gehuwden: daarvan bestaat – juridisch gesproken – maar één soort, ongeacht de duur van het huwelijk, het al dan niet samenwonen, de aanwezigheid van kinderen, enzovoorts. Het belangrijkste verschil is dat gehuwden altijd een rechtshandeling hebben verricht waarmee het huwelijk is voltrokken en waaraan de wetgever vermogensrechtelijke gevolgen verbindt waarop partijen invloed kunnen uitoefenen door huwelijkse voorwaarden te maken. Ongehuwd samenwonen is een feitelijk gebeuren dat niet hoeft te worden voorafgegaan of te worden bezegeld door een samenlevingsovereenkomst.
Het behoeft geen betoog dat een nadere, precieze omlijning van de ongehuwd samenwonenden een conditio sine qua non vormt voor eventuele vermogensrechtelijke regelgeving te hunnen behoeve. Men kan bij deze kwalificatie onder meer aan een of meer van de volgende vereisten denken, waarvan sommige cumulatief kunnen gelden:

- partijen hebben een gemeenschappelijke huishouding;
- partijen hebben een bij het bevolkingsregister geregistreerde gemeenschappelijke huishouding;
- partijen hebben een duurzame gemeenschappelijke huishouding;
- partijen hebben een gemeenschappelijke huishouding met een wettelijke voorgeschreven minimale duur;
- partijen hebben een samenlevingscontract;
- partijen hebben een notarieel verleden samenlevingscontract;[42]
- partijen hebben een notarieel verleden samenlevingscontract met een bepaalde inhoud (bijvoorbeeld een wederzijdse zorgverplichting);
- partijen hebben een affectieve relatie;
- partijen hebben een gemeenschappelijk kind (gezamenlijk gezag);
- partijen zijn geen bloedverwanten (in rechte lijn);
- partijen zijn meerderjarig;
- partijen voldoen niet ook met een andere persoon aan de gestelde eisen.

Ontegenzeggelijk kan de afbakening van de beoogde categorie ongehuwden in de praktijk tot problemen leiden. Kwalificaties als 'duurzaam' en 'affectief'

[42] Vgl. art. 4:82, tweede zin, BW, dat de eis van een samenlevingsovereenkomst inhoudt, zonder daaraan nadere inhoudelijke eisen te stellen.

geven licht aanleiding tot discussie. Deze problematiek is inherent aan de situatie waarin geen sprake is van een objectief vaststelbaar 'vertrekpunt', zoals de huwelijkssluiting. Dat betekent echter niet dat op de enkele grond van te verwachten kwalificatievraagstukken een regeling uit de weg zou moeten worden gegaan. Ook immers in met name fiscale en sociale wetgeving bestaan invullingen van de categorie ongehuwden; de wetgever heeft meer met dit bijltje gehakt.

In het rechtsvergelijkende hoofdstuk is als aanbeveling naar voren gekomen dat bij de afbakening geen minimale duur van de relatie zou moeten worden gehanteerd, maar enkel de aard van de relatie als uitgangspunt dient te worden genomen: 'samenwonen als waren zij gehuwd.[43] Dit voorstel is gebaseerd op de regelingen van onder andere Schotland, Slovenië, en Zweden.

De voornaamste argumenten voor deze oplossing kunnen worden ontleend aan de Schotse parlementaire geschiedenis. In navolging van de aanbevelingen van de Schotse *Law Commission* stelt de nieuwe Schotse wet geen vereisten aan de minimale duur van de relatie. De achtergrond van het besluit om dit vereiste niet in de wet op te nemen, is uitgelegd in de *Policy Memorandum* van de Schotse regering. Zij was van mening dat er met een minimumduur meer valt te verliezen dan te winnen, omdat:

> 'It would be arbitrary, rigid and irresponsible to individual cases; would create problems of proof; could distort behaviour; and could lead to especially harsh outcomes in relation to discretionary awards on death.'[44]

Verdere uitleg wordt gegeven in het rapport van de *Law Commission,* die verwachtte dat de regeling:

> 'would either be self-limiting (in the sense that a short cohabitation or one involving little mutual commitment would be likely to give rise to minimum legal consequences) or would involve sufficient discretion to enable a court to take account of all circumstances of the case.'[45]

De *aanwezigheid van kinderen* wordt in Schotland niet apart genoemd bij de criteria, maar kan belangrijk zijn voor het de beoordeling van de aard van de relatie.

Behalve landen die voor deze materiële benadering kiezen zijn er ook landen waarin de wettelijke regeling alleen van toepassing is als de samenlevende partners gedurende een door de wet bepaalde termijn met elkaar hebben

---

43 Zie noot 47 over art. 1:160 BW.

44 Scottish Executive. The Family Law (Schotland) Bill Policy Memorandum, paragraaf 67.

45 Scottish Law Commission, Report on *Family Law*, paragraaf 16.4.

samengewoond. Die termijn varieert van twee jaar in Engeland en Wales (voor de verkrijging van het recht om te erven) en Saskatchewan (Canada), drie jaar in Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), Kroatië, Manitoba, New South Wales, Nieuw-Zeeland, Tasmanië, twee tot vijf jaar in Engeland en Wales (voorstel *Law Commission*), tot vijf jaar in Oekraïne (voor verkrijging van het recht om bij versterf te erven). Als een paar gezamenlijke kinderen heeft, wordt deze termijn echter verkort tot twee jaar (Ierland (voorstel *Law Reform Commission*)) of in het geheel niet noodzakelijk geacht (Nieuw-Zeeland, Tasmanië, aantal Spaanse autonomieën).
De keuze voor een bepaalde termijn is echter altijd arbitrair en brengt het risico mee dat de wettelijke regeling aan de ene kant van toepassing is op paren die buiten de beoogde doelgroep van de wetgever vallen, en aan de andere kant niet van toepassing is op paren die wel binnen de doelgroep groep vallen. Als de wetgever voor een termijn van bijvoorbeeld twee jaar zou kiezen, worden de vermogensrechtelijke verhoudingen van twee studenten die bij wijze van proefrelatie met elkaar samenwonen na twee jaar opeens wettelijk geregeld, tenzij zij dit op tijd contractueel uitsluiten. Aan de andere kant zouden de vermogensrechtelijke verhoudingen van een paar dat slechts een jaar heeft samengewoond maar in dat jaar een kind heeft gekregen, niet wettelijk worden geregeld.

5.4.3 Het samenlevingscontract

In paragraaf 5.2.3.1 is het samenlevingscontract reeds uitgebreid ter sprake gekomen. Het bleek dat het initiatief tot het sluiten van het contract vaak niet uitgaat van de samenwoners zelf. In vele gevallen hebben de cliënten van de geïnterviewde advocaten nooit wezenlijke aandacht besteed aan het sluiten van een overeenkomst. Aan het afzien van een samenlevingsovereenkomst liggen dan ook vaak geen duidelijke motieven ten grondslag. Bij een minderheid van vooral oudere cliënten gaat het wel om een bewuste keuze.
Interessant is dat veel samenlevingsovereenkomsten van een zodanig beperkte reikwijdte zijn, dat er eigenlijk ‘niets instaat en je er dus ook niets aan hebt bij scheiding.’ Ter verklaring geven diverse deskundigen tijdens de expertmeetings aan dat partijen tijdens hun relatie vaak niet willen nadenken over de mogelijkheid van een scheiding. Concrete afspraken daarover worden wel voorgesteld door de notaris, maar komen vaak niet in de samenlevingsovereenkomst terecht. Wij hebben, als gezegd, geen aanwijzingen gevonden dat ongehuwde samenlevingspartners zonder samenlevingsovereenkomst een bewuste en gezamenlijke keuze hebben gemaakt om niet aan bepaalde regels gebonden te zijn.
De belangrijkste redenen om wel een samenlevingsovereenkomst te sluiten liggen op het gebied van het erfrecht (met name verblijvensbedingen, maar ook

kan gedacht worden aan niet-opeisbaarverklaring van de legitieme portie) en pensioenaanspraken. Verrekenbedingen en alimentatiebedingen worden lang niet altijd opgenomen en vormen dan ook niet de kern van de meeste samenlevingsovereenkomsten.
Notarissen benadrukken dat zij zich zeer serieus kwijten van hun voorlichtende taken, bijvoorbeeld door cliënten voorafgaand aan een bespreking op kantoor een *vragenlijst* toe te zenden, met het verzoek die in te vullen en mee te nemen, zodat aan de hand daarvan gerichter kan worden gesproken. Zie uitgebreider over de voorlichting reeds paragraaf 5.3.3. Ten opzichte van pakweg vijftien jaar geleden is er in dit opzicht veel ten goede veranderd. Niettemin blijkt er achteraf bij veel cliënten vaak niet zoveel te zijn blijven hangen van de voorlichting. De inhoud van de samenlevingsovereenkomst 'leeft' bij de partners niet echt. Het zal dan ook niet zo eenvoudig zijn om de voorlichting aan cliënten effectiever te maken.

5.4.4 Partneralimentatie

In paragraaf 2.3.4.2a is reeds uiteengezet dat uit bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat enkel samenwonen geen rechtsplicht schept tot onderhoud.[46] Zonder nadere afspraak gelden voor ongehuwde samenwonenden noch de rechten en plichten uit art. 1:81 BW, noch die op het gebied van de partneralimentatie.
Dat laat uiteraard onverlet dat een verbintenisrechtelijke regeling tot de mogelijkheden behoort. Het is echter onze indruk dat in samenlevingscontracten slechts zelden een alimentatieverplichting, analoog aan de huwelijkse regeling, wordt overeengekomen. In de interviews komt naar voren dat door twee notarissen met grote regelmaat alimentatiebedingen worden opgenomen, terwijl dit bij de overige notarissen niet of slechts bij hoge uitzondering voorkomt. Naar ons gevoel is de persoonlijke benadering van de notaris hier van grote invloed. Opmerkelijk is overigens dat de personen uit de advocatuur en de rechterlijke macht met wie wij spraken op de expertmeetings zelden of nooit samenlevings-overeenkomsten waren tegengekomen met een alimentatiebeding.
Wij menen dat het tot de taak van een notaris behoort partijen bij het sluiten van een notarieel samenlevingscontract erop te wijzen, ten eerste, dat zonder meer geen recht op alimentatie bestaat in tegenstelling tot bij een huwelijk, en ten tweede dat een dergelijk recht wel kan worden 'nagebootst' in het voorliggende contract. Gesterkt door de bij het onderzoek betrokken notarissen zijn wij van

[46] HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 82, HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 397, HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 927, en HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711.

mening dat in de praktijk de notariële voorlichting voorafgaand aan het verlijden van de samenlevingsovereenkomst inderdaad deze elementen bevat.
Interessant is overigens dat volgens alle bij de expertmeetings aanwezige advocaten in geval van scheiding bij vrouwen geregeld aanzienlijke verbazing bestaat als blijkt dat de indertijd gesloten samenlevingsovereenkomst in feite géén aanspraak op alimentatie meebrengt.
Het gemis aan partneralimentatie wordt door advocaten als ernstig bestempeld. Als er al financiële problemen zijn, dan heeft dat te maken met het feit dat er geen recht op partneralimentatie bestaat, zo menen de meeste advocaten. De problemen die zich dan voordoen, laten zich gemakkelijk voorstellen.
Op de laatste expertmeeting, te weten die van 7 september 2010, is aan de aanwezigen de stelling voorgelegd dat de wet aan ongehuwd samenlevenden die geen samenlevingsovereenkomst hebben gesloten of slechts een samenlevingsovereenkomst zonder bepalingen over verrekening van inkomen of vermogen of partneralimentatie, dezelfde bescherming tegen onbillijkheden dient te bieden als aan echtgenoten die in koude uitsluiting zijn gehuwd (met inbegrip van partneralimentatie), indien uit de relatie één of meer kinderen zijn geboren, dan wel tot het gezin één of meer minderjarige kinderen behoren en de relatie een substantiële periode heeft geduurd.
Deze stelling steunt op de bevindingen van het sociaal-demografisch onderzoek uit hoofdstuk 3. Een variant hierop zou kunnen zijn dat als twee personen gedurende een bepaalde periode hebben samengeleefd alsof zij waren gehuwd, titel 6 van Boek 1 BW op hen van overeenkomstige toepassing is en dat als aan deze samenleving een einde komt, de artikelen 1:157 e.v. BW van overeenkomstige toepassing zijn (partneralimentatie).[47] Een andere variant is het recht op partneralimentatie afhankelijk (of mede afhankelijk) te laten zijn van het oordeel van de rechter dat dit redelijk is. Dit laatste is het geval in de Nederlandse Antillen.
Men vergelijke over dat laatste paragraaf 4.3.2.1. Het betreft hier art. 1:408b van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen. Zij komt erop neer dat wanneer twee personen langdurig hebben samengeleefd als waren zij gehuwd, en aan deze samenleving anders dan door de dood een einde is gekomen, de rechter, indien dat redelijk is, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud kan toekennen. Het bepaalde omtrent een uitkering tot levensonderhoud aan een gewezen echtgenoot is van overeenkomstige toepassing.

[47] Overigens wordt 'als waren zij gehuwd' in art. 1:160 BW gemeenlijk beperkt uitgelegd, hetgeen in casu wellicht juist niet voor de hand ligt. Te denken valt aan een ander criterium, zoals een duurzame affectieve relatie.

In hoofdstuk 4 kwam reeds naar voren dat partneralimentatie aan samenlevende partners eveneens wordt toegekend in Slovenië, de Spaanse autonomieën, de Canadese provincies (behalve Quebec), Kroatië, Nieuw-Zeeland, Oekraïne, Servië, Slovenië en Tasmanië. In de Nederlandse Antillen voorziet de wetgeving in een recht op levensonderhoud na het verbreken van de samenleving anders dan door overlijden, waarbij voldaan dient te zijn aan twee vereisten. Het eerste is het (rekbare) criterium 'na een *langdurige* samenleving' en als tweede vereiste geldt dat slechts aanspraak op levensonderhoud kan worden gemaakt indien dat *'redelijk'* is. Hierbij gaat de materiële inhoud van het samenleven voor boven formele aspecten ervan. De rechter kan zelfstandig beoordelen wanneer hij een dergelijke samenleving – voor wat betreft een onderhoudsverplichting na beëindiging ervan – zal gelijkstellen met een huwelijk, zij het dat hiervan slechts sprake zal kunnen zijn ingeval van een samenleven van geruime duur. Het vereiste van langdurigheid zal mede aan de hand van de materiële inhoud van de samenleving kunnen worden beoordeeld.
Ook kan worden gedacht aan een minder vergaande maatregel, bestaande uit een vergoeding voor de toekomstige kosten van zorg voor gezamenlijke kinderen. Dit voorstel is gebaseerd op de Schotse regelgeving en zal de lasten van verzorging van gezamenlijke kinderen na een relatiebreuk tussen de partners verdelen. Deze maatregel gaat minder ver dan partneralimentatie, omdat zij slechts de kosten verdisconteert die de verzorgende partner in verband met de zorg voor kinderen maakt. In Schotland bestaat overigens onduidelijkheid over welke posten daaronder precies vallen: slechts daadwerkelijke uitgaven of ook verlies van verdiencapaciteit van de verzorgende partner.
Op de genoemde expertbijeenkomst werd aangegeven dat de bescherming van minderjarige kinderen van groot belang is; het kind kiest namelijk niet voor de samenlevingsvorm van de ouders. Partneralimentatie is direct van belang voor het welzijn van het kind. De vraag laat zich zelfs stellen of niet uit het EVRM de positieve verplichting voor een lidstaat voortvloeit om een kind van ongehuwde ouders gelijk te behandelen als een kind van gehuwde, ook waar het de partneralimentatie betreft, gelet op de het directe effect van die alimentatie op de positie van het kind.
Desondanks was de meerderheid der aanwezigen geen voorstander van een koppeling aan het hebben van een of meer gezamenlijke kinderen, zoals in de stelling bedoeld. Men zag liever aansluiting bij het begrip 'lotsverbondenheid'. Een dergelijk begrip is echter lastiger objectief vaststelbaar, hetgeen een nadeel vormt.

5.4.5 Verplichte verrekening inkomsten of opgebouwd vermogen

Een vermogensrechtelijke regeling tussen samenwoners kan eruit bestaan dat de wet voorschrijft dat zij verplicht zijn tot verrekening van de tijdens de relatie

opgebouwde vermogensgroei of de overgespaarde inkomsten. Aldus participeren de partners in de aanwinsten die 'tijdens de rit' zijn opgekomen. Onder aanwinsten zou men dan kunnen verstaan alle goederen die tijdens de duur van de relatie onder bezwarende titel door de partners zijn verworven (behoudens toepassing van de regels van (weder)belegging en zaaksvervanging), de inkomsten daarvan en de besparingen daarop. Dit 'relatiegerelateerde' vermogen vormt aldus de basis voor een gelijke participatie.[48]

Uit het rechtsvergelijkende hoofdstuk komt een vergelijkbare mogelijkheid naar voren: een wettelijke mogelijkheid van compensatie voor tijdens de relatie opgelopen economisch nadeel, met inbegrip van compensatie voor vermindering van verdiencapaciteit. Dit voorstel vindt zijn basis in de Schotse wetgeving en die van New South Wales en in voorstellen van de Law Commission van Engeland en Wales en de Law Commission van Ierland. Deze maatregel kan de partner die voor de kinderen en het huishouden heeft gezorgd, een billijke compensatie verschaffen.

In hoofdstuk 3 is beschreven hoe vaak het voorkomt dat in de samenlevingsovereenkomst een regeling voor verrekening van inkomsten of vermogen wordt opgenomen. Het valt op dat periodieke verrekening van (vooral) inkomsten bij enkele notarissen in een ruime meerderheid van de gevallen voorkomt, terwijl dit bij andere notarissen zeldzaam is. Verrekening van vermogen komt slechts betrekkelijk zelden voor; het gaat dan meestal om een woning die eigendom van slechts één der partners is, zodat de andere partner meedeelt in een eventuele waardestijging. Ook worden wel bedingen gemaakt met betrekking tot en/ofrekeningen.

5.4.6 Bijzondere bescherming woning

Tijdens de expertmeeting van 7 september 2010 is een stelling besproken over bijzondere bescherming van de door de samenwoners bewoonde woning. De stelling hield in dat het toestemmingsvereiste van 1:88 lid 1 onder a BW van overeenkomstige toepassing diende te worden verklaard op overeenkomsten tot vervreemding, bezwaring of ingebruikgeving van de gezinswoning van ongehuwd samenlevenden en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een zodanige woning. Dit voorstel vindt zijn wortels in Zweedse wetgeving, die voor de gezinswoning van ongehuwd samenlevenden eenzelfde beschermingsregime kent als voor de gezinswoning van de gehuwden.

De deskundigen op de expertmeeting gaven te kennen dat deze regel weliswaar sympathiek oogt, maar dat hij tot aanzienlijke praktische complicaties zou

[48] Aldus C. Forder en A. Verbeke, 'Geen woorden maar daden', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 547.

leiden. De bezwaarlijke kenbaarheid voor derden vormt een wezenlijke bedenking tegen deze regeling.
Uit de GBA is immers niet kenbaar of personen die op hetzelfde adres wonen, samenwonen in de zin van 'ongehuwd samenwonen'. Voor degene die een onroerende zaak verkrijgt, is dus niet op eenvoudige wijze vast te stellen of voor de vervreemding toestemming van een ander dan de eigenaar vereist is. In feite kan hij alleen afgaan op hetgeen zijn wederpartij hem vertelt. Daarnaast resteert hem de mogelijkheid van feitelijk onderzoek. Bij dit alles moet worden bedacht dat de problematiek van de kenbaarheid van de toepasselijkheid van het toestemmingsvereiste als bedoeld in art 1:88 BW ook bij gehuwden een lastige is.
Wanneer de 'partner' van de vervreemder zich beroept op art. 1:88 jo. 1:89 BW en de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de vervreemding vernietigt, wordt de overdracht geacht niet te hebben plaatsgevonden. Dat neemt niet weg dat art. 1:89 lid 2 BW uitkomst kan bieden voor de derde. Wanneer hij te goeder trouw meende dat de vervreemder niet ongehuwd samenwoonde, is art. 1:89 lid 1 BW niet van toepassing. De hamvraag luidt hier derhalve: aan welke eisen moet het feitelijk onderzoek voldoen wil men te goeder trouw zijn in de zin van art. 1:89 lid 2 BW? Kan de wederpartij genoegen nemen met het antwoord van de vervreemder of moet hij verder onderzoek doen. Dit laatste lijkt bezwaarlijk. Hoe zou een verkrijger dit moeten doen zonder inbreuk te maken op de privacy van de vervreemder? Ook hier geldt dat deze vraagpunten en overwegingen evenzeer de gehuwden gelden.
Bij bijzondere bescherming van de woning kan tevens gedacht worden aan een dwingende gemeenschappelijke status van deze woning bij het einde van de relatie, bijvoorbeeld met de bijkomende eis dat uit de relatie een kind is geboren: de woning (en inboedel) dient dan verdeeld te worden tussen de ex-samenwoners, mogelijk in weerwil van de goederenrechtelijke verhoudingen tijdens de relatie. Ook deze gedachte is aan het Zweedse – en Noorse – recht ontleend. Zie hierover paragraaf 4.2.2.4c en de paragrafen 5.3.4.2 en 5.3.4.3 over de rechterlijke wijzigingsbevoegdheid en de mogelijkheid van reallocatie.

5.4.7 Opting out

Bij het overwegen van een wettelijke regeling voor ongehuwde samenwoners dient een juiste balans gevonden te worden tussen enerzijds respect voor de autonomie van samenwonende paren die voor deze relatievorm hebben gekozen en anderzijds de bescherming van de zwakkere partij. Het ligt voor de hand de mogelijkheid te introduceren een in te voeren wettelijke bescherming contractueel uit te sluiten (*opting out*). In hoofdstuk 4 is naar voren gekomen dat vrijwel

alle landen die een beschermende regeling voor samenwoners kennen, tevens enigerlei mogelijkheid van *opting out* bieden.[49]

De mogelijkheid van *opting out* verzekert dat de partijautonomie wordt gerespecteerd van partners die willens en wetens aan hun relatie geen financiële gevolgen willen toekennen. Zij beschermt de zwakkere partij beter dan *opting in* – door middel van ofwel registratie ofwel een samenlevingsovereenkomst – omdat bij *opting out* de sterkere partij afhankelijk is van de instemming van de zwakkere, terwijl dat bij *opting in* niet het geval is.

Wij zien geen bezwaren tegen een wettelijke *opting out*-mogelijkheid, indien een lex specialis voor samenwoners het licht zal zien. Aandacht zal moeten uitgaan naar nadere voorwaarden van deze 'uitweg', alsmede naar mogelijke bijzondere vormvereisten. Men denke daarbij aan een wettelijke 'tenzij-clausule', erop neerkomende dat de *opting out* niet van toepassing is indien de rechter dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht. Het Zweedse recht kent een dergelijke billijkheidscorrectie. Zij biedt de rechter uitdrukkelijk een beperkte bevoegdheid onredelijke *opting out*-overeenkomsten aan te passen of opzij te zetten.

Het voorgaande is verwoord in stelling 9 voor de expertmeeting van 7 september 2010: 'Wel dient de wet dan een rechterlijke billijkheidscorrectie te bevatten om de overeenkomst waarmee de partners te toepassing van de wettelijke bescherming uitsluiten, opzij te zetten of aan te passen, indien die onredelijk zijn gelet op de inhoud ervan, de omstandigheden ten tijde van het sluiten en alle overige omstandigheden van het geval.' De aanwezigen stemden in meerderheid in met de wenselijkheid van een dergelijke regel.

Aandacht zal tevens moeten uitgaan naar mogelijke bijzondere vormvereisten voor het uitbrengen van de keuze. Men denke daarbij met name aan de notariële vorm. Gezien het gewicht van de rechtshandeling ligt het voor de hand aan te knopen bij de vormvoorschriften voor huwelijkse voorwaarden.[50]

Mocht worden overgegaan tot invoering van een alimentatieregeling tussen ex-samenwoners, dan zal – parallel aan het huwelijksvermogensrecht – de vraag onder ogen moeten worden gezien of en (vooral) wanneer hier een *opting out* mogelijk is.

---

[49] Men zie de *ALI Principles* (VS), Balearen (Spanje), Ierland (voorstel *Law Reform Commission*), Engeland en Wales (voorstel *Law Commission*), Manitoba, Navarra (Spanje), Nieuw-Zeeland, Noorwegen Oekraïne, Schotland, Servië (niet met betrekking tot alimentatie) en Zweden.

[50] Vergelijk HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524 (Zweedse schone), over art. 1:115 BW, dat op straffe van nietigheid notariële tussenkomst voorschrijft voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden. Dit artikel 'strekt immers mede tot bescherming van partijen' bij de op te stellen huwelijkse voorwaarden.

5.4.8 Processuele gelijkstelling

Tijdens de drie expertmeetings, alsmede in de interviews met de advocatuur, is de processuele ongelijkheid aan bod gekomen van geschillen bij samenwoners enerzijds en geschillen bij gehuwden anderzijds.
Voor het treffen van (voorlopige) maatregelen biedt art. 822 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) voor gehuwden in zaken van echtscheiding of scheiding van tafel en bed de mogelijkheid dat aan de rechter wordt verzocht – derhalve bij verzoekschrift – om voor de duur van het geding een of meer voorlopige voorzieningen te treffen. Deze voorzieningen kunnen met name betrekking hebben op het uitsluitend gerechtigd zijn tot het gebruik van de (echtelijke) woning, het beschikbaar stellen van goederen tot dagelijks gebruik strekkend, een voorlopige toevertrouwing van de minderjarige kinderen of het vaststellen van een omgangsregeling.
Samenlevers wier relatie eindigt, dienen zich tot het treffen van gelijksoortige voorzieningen te wenden tot de rechter in kort geding.
Voor gehuwden biedt art. 827 Rv de mogelijkheid om ingeval van echtscheiding en scheiding van tafel en bed aan de rechter te verzoeken nevenvoorzieningen te treffen. Deze nevenvoorzieningen kunnen onder meer betrekking hebben op gezag, omgang en onderhoudsbijdragen van de minderjarige kinderen alsmede de verdeling van de (huwelijks)gemeenschap en bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen verrekening van inkomsten of van vermogen. Hieronder worden ook voorzieningen begrepen betreffende de verdeling van gemeenschappelijke zaken, welke wel gezamenlijke eigendom zijn doch niet behoren tot een algehele of beperkte huwelijksgemeenschap.
De praktijk laat zien dat in echtscheidingszaken veelvuldig gebruik wordt gemaakt van deze door de wet geboden mogelijkheid om de in verband met de verzochte echtscheiding gewenste regelingen, zowel voorzieningen betreffende gezag en omgang als voorzieningen inzake de (huwelijks)vermogensrechtelijke afhandeling, tegelijk in één verzoekschrift aan de rechter voor te leggen.
Voor samenlevers bestaat die mogelijkheid niet, zodat zij aangewezen zijn op afzonderlijke procedures en – voor wat de afwikkeling van de vermogensrechtelijke verhouding betreft – op de dagvaardingsprocedure van titel 2 van Boek 1 Rv.
Hoewel natuurlijk bij het verbreken van samenleving geen sprake is van een verzoek tot echtscheiding waarop de rechter heeft te beslissen, vertonen de geschillen waarop de rechter in verband daarmee heeft te beslissen, een zeer grote mate van gelijkenis.
Er bestond bij betrokkenen algemene steun voor een processuele gelijkstelling, in die zin dat bij geschillen over de gevolgen van beëindiging van de samenleving zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de processuele regels voor gehuwden en derhalve te komen tot gelijksoortige regels voor voorlopige

voorzieningen en nevenvoorzieningen als in scheidingszaken, met toepassing van de verzoekschriftprocedure. De verwachting bestaat dat op die wijze een aanzienlijke versnelling van de procedure kan worden bereikt.

5.4.9 Overige praktijkoplossingen

Uit de interviews en de expertmeetings is naar voren gekomen dat het door advocaten buitengewoon moeilijk wordt geacht bij de rechter gehoor te vinden voor een vrouw die alimentatie of verrekening verlangt zonder dat de wet of de samenlevingsovereenkomst daarvoor een basis verschaft. Dergelijke zaken worden over het algemeen als kansloos beschouwd en daarom afgeraden. Wel vallen er in onderhandelingen of door mediation vaak bepaalde regelingen te treffen. De geïnterviewde advocaten – stuk voor stuk gespecialiseerd in familierecht en in die zin wellicht niet volledig representatief – geven aan dat zij in de meeste gevallen door onderhandelingen (of mediation) een regeling weten te bereiken. Het ontbreken van juridisch afdwingbare aanspraken is wel van invloed op hetgeen bereikt kan worden in de onderhandelingen. Het kan gaan om een bepaalde voor de vrouw gunstige verdeling van de goederen of het regelen van de schulden. Maar ook afspraken over een hogere kinderalimentatie of zelfs over partneralimentatie komen voor. Lastiger is het om mannen te bewegen in te stemmen met vermogensoverheveling. Een veelgenoemde stimulerende factor vormt de aanwezigheid van kinderen: partners willen met het oog op de belangen van de kinderen hun ex-partner wel (wat) tegemoetkomen.
Evenals in paragraaf 5.3.5 ten aanzien van de in koude uitsluiting gehuwden, wijzen wij erop dat wanneer de praktijk hier met oplossingen komt, ingegeven door bijvoorbeeld de coulance van één der partijen, dit in onze ogen nog niet betekent dat daarmee de problematiek als zodanig van het toneel is verdwenen. De behoefte aan een (betere) wettelijke regeling kan nog steeds gerechtvaardigd zijn, ook al zou thans uiteindelijk maar een gering aantal ‘onbillijkheden’ resteren.

5.4.10 Slotconclusies

Wij komen op grond van het voorgaande tot de conclusie dat er zeker termen aanwezig zijn om een wettelijke regeling te introduceren om onbillijkheden te ondervangen die zich bij het verbreken van een aan bepaalde criteria beantwoordende relatie van ongehuwd samenwonenden kunnen voordoen, met het oog op de positie van minderjarige kinderen of meerderjarige kinderen die wegens studie of opleiding afhankelijk zijn van één der partners. Of en zo ja in hoeverre die termen daadwerkelijk voldoende zijn om tot wetgeving over te gaan, zal uiteindelijk beoordeeld moeten worden door de wetgever. In ons onderzoek volstaan wij met het onderzoeken en bespreken van enige instrumenten die de wetgever zou kunnen benutten.

Het meest voor de hand liggende instrument daarvoor is partneralimentatie, toepasselijk als de partners voor de verbreking van de samenwoning samenleefden alsof zij waren gehuwd.[51] Met dit instrument kan een terugval in verdiencapaciteit van de verzorgende partner op een afgewogen wijze voor een beperkt aantal jaren[52] worden gecompenseerd, terwijl rekening gehouden wordt met daadwerkelijk aanwezige draagkracht enerzijds en concreet bestaande behoefte anderzijds. Hiermee wordt de rechter het best in staat gesteld de onbillijke gevolgen van de enerzijds gaandeweg ontstane afhankelijkheid in economisch opzicht en anderzijds het ontbreken van enige aanspraak op onderhoud of vermogen tussen de partners, op passende wijze te ondervangen.
Anders dan ingeval van een huwelijk, dat een duidelijk wettelijk statuut kent dat echtelieden door het aangaan van het huwelijk geacht kunnen worden expliciet te aanvaarden, menen wij dat het voor ongehuwd samenwonenden mogelijk moet zijn om van dit door ons in overweging gegeven regime uitdrukkelijk af te wijken bij notarieel verleden (samenlevings)overeenkomst.
Wij menen overigens dat een aantal wettelijke regelingen, geschreven voor gehuwden, van overeenkomstige toepassing zou kunnen worden verklaard op ongehuwd samenwonenden. Wij denken daarbij met name aan:

- art. 1:84 BW over kosten van de huishouding;
- het voorgestelde art. 1:87 BW over vergoedingsrechten wegens vermogensverschuivingen;[53]
- een regeling voor een billijke vergoeding wegens verrichte arbeid (de som ineens, zie paragraaf 5.3.4.1 inzake in koude uitsluiting gehuwden);
- een bijzondere rechterlijke bevoegdheid tot wijziging van samenlevingsovereenkomsten (zie paragraaf 5.3.4.2 inzake in koude uitsluiting gehuwden);
- de processuele regels over voorlopige voorzieningen en nevenvoorzieningen in scheidingszaken (zie paragraaf 5.4.8).

---

[51] Het ligt daarbij naar onze mening voor de hand om dit criterium, gelet op de ratio van de regeling, minder beperkt uit te leggen dan in art. 1:160 BW.

[52] Het is enerzijds mogelijk hier naadloos aan te sluiten bij de regels voor gehuwden, anderzijds valt het te overwegen, gelet op de aard van de relatie, een kortere (eventueel gestaffelde) termijn te hanteren.

[53] Zie Wetsvoorstel 28 867 tot aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen. Met art. 1:87 BW krijgt de 'beleggingsvisie' vaste wettelijke voet in het huwelijksvermogensrecht. Vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten belopen volgens het voorgestelde art. 1:87 BW – kort gezegd – niet langer het nominale bedrag, maar zij groeien (of krimpen) mee met het ermee verbonden goed.

Middelen ter voorkoming van onbillijkheden die het algemene vermogensrecht kent, zoals omschreven in hoofdstuk 2, zijn reeds nu van toepassing op ongehuwd samenwonenden. Het voorgestelde art. 1:87 BW leunt daar zozeer tegenaan, dat overeenkomstige toepassing voor de hand ligt. De Kriek/Smit-doctrine is immers gebaseerd op het algemene uitgangspunt van nominaliteit. Voor de som ineens als passende vergoeding voor verrichte arbeid kan hetzelfde gelden. Ook hier bestaat een algemeen vermogensrechtelijk leerstuk waarmee de passende vergoeding wegens verrichte arbeid aanzienlijke raakvlakken vertoont, te weten de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Ten slotte is de wijzigingsbevoegdheid van de rechter mede gebaseerd op de imprévision (art. 6:258 BW).

Samenvatting

1. Aanleiding, doel en vraagstelling

De Minister van Justitie heeft op 11 september 2008 aan de Tweede Kamer toegezegd een onderzoek in te stellen naar de mogelijkheden van een aanvullende wettelijke regeling met betrekking tot de 'koude uitsluiting' (huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden waarbij iedere vorm van gemeenschap of verrekening is uitgesloten). De Minister deed zijn toezegging naar aanleiding van een tweetal moties, waarin werd verzocht een wettelijke regeling te treffen ter voorkoming van onbillijke gevolgen van koude uitsluiting bij gehuwden, alsmede van dergelijke gevolgen bij het verbreken van een langdurige duurzame relatie door ongehuwden.

Het doel van het onderzoek is inzicht te genereren in deze tweeledige problematiek en haar mogelijke oplossingen. Het onderzoek concentreert zich op de aard, omvang, oorzaken en mogelijke oplossingen van de materiële problemen en op de onbillijkheden die kunnen ontstaan door de beëindiging van formele dan wel informele relaties. Dat wil zeggen dat wij onze blik richten op gescheiden echtgenoten of geregistreerde partners die in koude uitsluiting waren gehuwd of geregistreerd (formele relatie) en op 'gescheiden' ongehuwden (informele relatie) die ofwel geen ofwel een weinig vergaande samenlevingsovereenkomst hebben gesloten.

2. Onderzoeksaanpak

In het eerste deel van het onderzoek (hoofdstuk 2) wordt uiteengezet hoe het positieve recht thans met de beide vormen van 'koude uitsluiting' omgaat. Wetgeving, jurisprudentie en literatuur worden daarbij geïntegreerd behandeld.

Het tweede deel (hoofdstuk 3) is het empirische deel van het onderzoek, waar vooral de vermogensrechtelijke problemen centraal staan die in koude uitsluiting gehuwde partners en ongehuwd samenlevende partners na scheiding ondervinden. Daarnaast hebben wij onderzoek – zij het niet van kwantitatieve aard – verricht naar de onbillijkheden die deze partners na scheiding ondervinden. Wij hebben gebruik gemaakt van onderzoek in de sociaal-demografische, sociaal-economische en juridische literatuur, van analyse van bestaande statistische gegevens, van semi-gestructureerde diepte-interviews met advocaten en notarissen, en tot slot van twee expertmeetings met deskundigen.

Het derde deel van het onderzoek (hoofdstuk 4) is rechtsvergelijkend van aard. Het doel van het rechtsvergelijkende onderzoek is vast te stellen op welke wijze in de regelgeving van andere westers landen is getracht de negatieve gevolgen te ondervangen van – in de eerste plaats – koude uitsluiting voor gehuwde paren en – in de tweede plaats – van vergelijkbare gevolgen, alsmede het ontbreken van alimentatieaanspraken, bij ongehuwd samenwonende paren. Beide deelonderzoeken zijn in twee fasen uitgevoerd. De eerste fase is een quickscan, waarin een inventarisatie is gemaakt van landen die interessante regelingen kennen om de zojuist bedoelde negatieve gevolgen tegen te gaan. De tweede fase betreft een nader, uitgebreider onderzoek naar mede op grond van de quickscan geselecteerde landen. Het onderzoek is uitgevoerd door middel van literatuurstudie, aangevuld met informatie van gerenommeerde experts op het gebied van familierecht in de desbetreffende landen. Op basis van het rechtsvergelijkende onderzoek is een eerste selectie gemaakt van voor de Nederlandse overheid mogelijk bruikbare instrumenten.
Tot slot zijn de drie hoofdstukken met elkaar verbonden in hoofdstuk 5, dat conclusies, suggesties en slotbeschouwingen bevat. Ten behoeve van dit finale hoofdstuk is een derde expertmeeting georganiseerd, waar aan deskundigen is gevraagd om aan de hand van stellingen te reageren op door ons geïdentificeerde mogelijke instrumenten voor overheidsingrijpen. In dit slothoofdstuk zijn onze bevindingen samengevat en van de door ons getrokken conclusies voorzien.

3. Koude uitsluiting bij gehuwden

Koude uitsluiting kan zich in verschillende gedaanten voordoen. Het meest evident is koude uitsluiting in geval sprake is van huwelijkse voorwaarden waarbij elke gemeenschap van goederen is uitgesloten, zonder enige verrekening van inkomen of vermogen. Maar er zijn ook andere huwelijkse voorwaarden, die wij in het kader van dit rapport daarmee gelijkstellen. Men denke daarbij vooral aan huwelijkse voorwaarden waarbij finaal wordt verrekend alleen in geval van overlijden of aan huwelijkse voorwaarden met een zogenaamd facultatief verrekenbeding met vetorecht, inhoudende dat verrekening alleen plaatsvindt als beide echtelieden het na het einde van het huwelijk willen.

4. Motieven en aantallen koude uitsluiting

Aan koude uitsluiting liggen uiteenlopende motieven ten grondslag (zoals huwen op latere leeftijd, aanwezigheid van eigen vermogen of van een onderneming).
De laatste vijf jaren tot en met 2003, het laatste jaar waarover cijfers beschikbaar zijn, vormden koude uitsluitingen tussen circa 4% en 10% van de gemaakte huwelijkse voorwaarden. Uit de interviews met notarissen is de indruk ontstaan dat koude uitsluiting sinds een paar jaar weer vaker wordt overeengekomen, met

name in gevallen waarin sprake is van slecht renderende kapitaalsintensieve ondernemingen zoals in de agrarische sector.

5. Vermogensrechtelijke verhouding tussen ongehuwde samenlevers

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

6. Problemen en onbillijkheden

Sociaal-demografisch onderzoek laat zien dat vrouwen, vooral met jonge kinderen, structureel materiële achterstanden oplopen ten gevolge van ongelijke verdeling van zorgtaken en betaalde arbeid, zowel in formele als in informele relaties. De problemen manifesteren zich vooral vanaf het moment van de verbreking van de relatie: achteruitgang in woonkwaliteit, daling van koopkracht, lage inkomsten en een grote kans op langdurige armoede. Aangenomen mag worden dat materiële problemen en achterstanden zich na scheiding vooral voordoen bij vrouwen die de zorg voor kinderen hebben (gehad) en daardoor hun verdiencapaciteit hebben zien teruglopen. De problemen en achterstanden doen zich hier dus voor ondanks de compenserende werking van het huwelijksgoederen- en alimentatierecht.

Het gaat behalve om materiële problemen ook om (andere) onbillijkheden, met name in gevallen dat de ene partner substantieel heeft bijgedragen aan de vermogensvorming bij de ander en in verband daarmee geen of onvoldoende aanspraak kan maken op verrekening. De omvang van de groep waarbij dergelijke onbillijkheden aan de orde zijn, is moeilijk vast te stellen. Om die reden hebben wij de schatting van de omvang van de problematiek beperkt tot eenoudergezinnen met kinderen onder de armoedegrens (de lage-inkomens-grens), waarvan we weten dat zich in die groep ernstige materiële problemen voordoen. Het totale aantal gevallen waarin koude uitsluiting negatieve gevolgen heeft, is groter, maar voor de onderzoeksgroep niet met redelijke zekerheid te bepalen.

7. Omvang probleemgroepen

De belangrijkste omstandigheid waardoor koude uitsluiting thans minder problematisch is dan vroeger, is zonder twijfel het gegeven dat koude uitsluiting zowel absoluut als relatief veel minder frequent voorkomt.
Wij hebben de omvang van de groepen personen – veelal vrouwen – die na scheiding de zorg voor de kinderen voortzetten en daarbij ernstige financiële problemen ontmoeten, met een beredeneerde schatting vastgesteld op:

- circa 1 500 vrouwen die in koude uitsluiting waren gehuwd;
- circa 20 000 vrouwen die ongehuwd hebben samengeleefd.

De ernst van de materiële problemen valt bij deze specifieke groepen volgens de door ons geraadpleegde advocaten en notarissen in het algemeen mee, onder andere doordat de problemen in de praktijk vaak enigermate verzacht worden door bij de scheiding afspraken te maken met de ex-partner. Wij hebben ons afgevraagd of er niet een spanning bestaat tussen enerzijds de uitkomsten van ons op sociaal-demografische en statistische gegevens gebaseerde onderzoek en anderzijds de bevindingen uit de interviews en de expertmeetings. Het eerstbedoelde onderzoek suggereert dat er een aanzienlijke groep vrouwen is die na scheiding met de kinderen een eenoudergezin hebben gevormd en onder de lage-inkomensgrens verkeert. De geraadpleegde advocaten en notarissen onderkennen wel dat vrouwen na scheiding problemen ervaren, maar eigenlijk beoordelen de deskundigen die problemen zelf over het algemeen als niet bijzonder ernstig. Met andere woorden: de aanzienlijke groep vrouwen met ernstige financiële problemen die wij op grond van het literatuuronderzoek verwachtten aan te treffen, vinden wij niet terug in onze contacten met deskundigen uit de praktijk.

8. Methodologische beperkingen

Ter verklaring van deze spanning hebben wij gewezen op de methodologische beperkingen van ons kwalitatieve onderzoek. Die beperkingen zijn gelegen in het beperkte aantal personen dat is geïnterviewd, in een mogelijke vertekening als gevolg van een zogenoemde *selectie-bias* van de geïnterviewde personen. Voorts behoren de door ons geraadpleegde advocaten en notarissen wellicht tot de specialisten op hun terrein en bedienen zij in verband daarmee wellicht ook vooral cliënten ‘aan de bovenzijde van de markt’ bedienen. Ook denkbaar is dat ernstige financiële probleemgevallen nogal eens geheel buiten het blikveld van advocaten en notarissen blijven. Het beeld van de materiële problemen van ex-partners die in koude uitsluiting waren gehuwd of ongehuwd samenleven, is ten slotte niet meer dan een indirect beeld, gevormd op grond van gegevens via advocaten en notarissen.

9. Oorzaken voor de problemen en onbillijkheden

De oorzaken voor de problemen en onbillijkheden kunnen gevonden worden in een huwelijksgerelateerde vermindering van verdiencapaciteit bij vrouwen in het algemeen, waarbij de gevolgen versterkt worden door het bij deze groepen ontbreken van compenserende werking van huwelijksvermogensrechtelijke figuren als gemeenschap van goederen of verrekenbedingen. Bij ongehuwde samenlevers speelt daarnaast het ontbreken van alimentatieaanspraken een negatieve rol. Wel zijn ongehuwd samenlevende vrouwen met kinderen gemiddeld hoger opgeleid dan gehuwde vrouwen met kinderen, hetgeen leidt tot lagere economische kwetsbaarheid bij scheiding.
Voorts kunnen zich problemen en onbillijkheden voordoen indien sprake is van ongelijke vermogensverhoudingen tussen de ex-partners, met name wanneer een echtgenoot heeft bijgedragen aan vermogensvorming bij de andere echtgenoot en daarvoor onvoldoende is gecompenseerd. De mate waarin dit zich voordoet, is zozeer afhankelijk van de omstandigheden van elk geval, dat hierover geen specifieke uitspraken kunnen worden gedaan. Wel kan in het algemeen worden gesteld dat problemen en onbillijkheden van ernstige aard zich voornamelijk voordoen wanneer zorgtaken en werken in de onderneming van de partner worden gecombineerd en de onderneming op naam van de ander staat.

10. Algemene conclusie; rechtvaardiging van overheidsingrijpen

Wij komen tot de conclusie dat zich in de rechtspraktijk inderdaad problemen en onbillijkheden voordoen ten gevolge van het regime van koude uitsluiting, overeengekomen bij huwelijkse voorwaarden, dan wel daarmee vergelijkbare verhoudingen tussen ongehuwd samenlevende partners. Weliswaar is het aantal gevallen van koude uitsluiting bij huwelijkse voorwaarden dat in de praktijk als problematisch of onbillijk kan worden gekwalificeerd, waarschijnlijk niet heel erg groot en worden de geconstateerde gevallen door de rechtspraktijk zoveel mogelijk op creatieve wijze afgewikkeld, maar dat neemt niet weg dat het voor de overheid overweging verdient de gebleken knelpunten beter te bestrijden. Dit laatste geldt met betrekking tot ongehuwd samenlevende partners eveneens of zelfs in versterkte mate, gelet op het feit dat het daar gaat om grotere aantallen.
De inhoudelijke rechtvaardiging voor overheidsingrijpen schuilt in het op rechtvaardige en evenwichtige wijze regelen van de vermogensrechtelijke verhoudingen die een duurovereenkomst als huwelijkse voorwaarden in het leven roept tussen personen die in de eerste plaats een affectieve relatie hebben. Personen die een affectieve relatie hebben, blijken vaak niet goed in staat hun onderlinge verhouding vooraf daadwerkelijk voor langere tijd goed te overzien en daarvoor regelingen te treffen waarin ook negatieve scenario's daadwerkelijk zijn verdisconteerd. Dit gegeven kan naar ons oordeel goede grond bieden voor ingrijpen door de overheid op de contractsvrijheid en de partijautonomie, om te

voorkomen dat vermogensrechtelijke regelingen onbillijke eindresultaten opleveren. Daarbij tekenen wij aan dat in gevallen waarin de koude uitsluiting negatief uitpakt voor een echtgenoot die de zorg over de kinderen heeft, naar onze mening een extra rechtvaardigingsgrond bestaat om als overheid in te grijpen.
Wij hebben een aantal instrumenten geïnventariseerd. Deze instrumenten hebben met betrekking tot gehuwden enerzijds een preventief karakter (een betere voorlichting) en anderzijds een repressief karakter (een som ineens als passende vergoeding wegens verrichte arbeid en een rechterlijke wijzigingsbevoegdheid). Met betrekking tot ongehuwden kan voorts gedacht worden aan uitbreiding of overeenkomstige toepassing van regelingen voor gehuwden, zoals partneralimentatie. De instrumenten zijn in belangrijke mate gebaseerd op de uitkomsten van ons rechtsvergelijkende onderzoek.

11. Rechtsvergelijkend onderzoek

Op basis van de quickscan van de meeste Europese stelsels, en een ruime selectie van andere westerse landen, almede een nader onderzoek naar voor nader onderzoek gekozen landen – is een aantal instrumenten geïnventariseerd die toegepast kunnen worden bij vermogensrechtelijke problemen en onbillijkheden na scheiding.

12. Rechtsvergelijking: gehuwden

De quickscan en het nader onderzoek naar vier landen (Australië, de Nederlandse Antillen, Rusland en Zweden) laten zien dat op het gebied van regulering van huwelijkse voorwaarden sprake is van een toenadering van deze stelsels. Het traditionele beeld van een tweedeling tussen enerzijds de flexibele benadering van common law-landen, die geen bindende huwelijkse voorwaarden toelaten en de rechter discretionaire bevoegdheid geven om huwelijksvermogen aan het eind van het huwelijk naar billijkheid te realloceren, en anderzijds de rigide benadering van landen van continentaal Europa, die bindende huwelijkse voorwaarden toelaten en volgens het principe ‘contract is contract’ in beginsel onaantastbaar laten zijn, spoort niet meer met de werkelijkheid. In de common law-landen bestaat sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw een duidelijke trend om bindende huwelijkse voorwaarden mogelijk te maken, al blijft de rechter een grote discretionaire bevoegdheid houden om deze in geval van onbillijkheid aan te passen. In de landen van continentaal Europa bestaat een trend om huwelijkse voorwaarden in geval van extreme onbillijkheid door de rechter te laten aanpassen. Deze trend is begonnen in de Scandinavische landen in de jaren tachtig van de vorige eeuw.
Met betrekking tot de matiging van negatieve gevolgen van koude uitsluiting in geval van ontbinding van het huwelijk, wordt op basis van de rechtsvergelijking

een aantal instrumenten genoemd die mogelijk ook voor Nederland bruikbaar zijn:

- Een wettelijke verplichting dat partijen voorafgaand aan het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden ieder afzonderlijk deskundig worden voorgelicht.
- Toekenning van een aparte, dwingendrechtelijke status aan de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding, indien tot het gezin minderjarige kinderen behoren.
- Een rechterlijke billijkheidscorrectie die de mogelijkheid biedt om huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij te zetten of aan te passen, indien deze onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden ten tijde van het maken daarvan, van latere ontwikkelingen, of van alle andere omstandigheden van het geval.
- De mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie voor het geval dat de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door veranderde omstandigheden extreem ongunstig zijn geworden voor de kinderen van partijen of voor de verzorgende ouder.

13. Rechtsvergelijking: ongehuwden

De quickscan en het nader onderzoek naar een viertal landen (de Nederlandse Antillen, Zweden, Slovenië en Schotland) maken duidelijk dat er een algemene trend is dat wetgevers van steeds meer landen de noodzaak voelen om ongehuwde samenwoners enige bescherming te bieden tegen vermogensrechtelijke problemen. Deze trend is ingegeven door het almaar groeiende aantal ongehuwd samenlevende partners en het feit dat een steeds groter aantal kinderen in deze samenlevingsvorm opgroeit. Daarnaast speelt een rol dat uit sociaal-empirisch onderzoek is gebleken dat de oude opvatting dat niet-trouwen en het niet sluiten van een samenlevingscontract berust op een bewuste keuze van beide partners, veelal niet strookt met de feiten.

Bij de vormgeving van regelingen voor de vermogensrechtelijke relaties van ongehuwd samenlevende partners, kampen alle landen met hetzelfde dilemma, namelijk het vinden van een juiste middenweg tussen de Scylla van respect voor de autonomie van samenwonende paren die, al dan niet willens en wetens, voor deze relatievorm hebben gekozen, en de Charybdis van het zonder bescherming laten van de zwakkere partij.

Vanuit dit dilemma kunnen oplossingen die in verschillende landen zijn gekozen, worden gezien als een glijdende schaal van maatregelen, die reikt van het verschaffen van minimale bescherming zoals in Zweden en Noorwegen, tot de volledige gelijkstelling van ongehuwde partners met echtgenoten qua vermogensrechtelijke positie en partneralimentatie. Daarbij wordt de autonomie

van de partners bijna overal gerespecteerd door een mogelijkheid om de wettelijke regeling contractueel uit te sluiten (*opting out*).
De rechtsvergelijking heeft de volgende voor de Nederlandse wetgever mogelijk interessante instrumenten opgeleverd:

- beschermende wetgeving die niet aanknoopt bij een minimale duur van de relatie, maar enkel de aard van de relatie als uitgangspunt neemt: 'samenwonen als waren zij gehuwd';
- van een wettelijke regeling moeten partijen kunnen afwijken (opting out); de wet zou daarbij een rechterlijke billijkheidscorrectie kunnen bevatten om de overeenkomst waarmee de partners de wettelijke bescherming uitsluiten, zo nodig opzij te zetten of aan te passen;
- een wettelijk vermoeden dat huishoudelijke goederen gezamenlijk eigendom van beide partners zijn, tenzij een van hen bewijst dat deze goederen tot zijn privévermogen behoren;
- verdeling van de gezinswoning en huishoudelijke goederen ingeval van scheiding en overlijden, als uit de relatie een kind is geboren;
- compensatie van een tijdens de relatie opgelopen economisch nadeel, met inbegrip van vergoeding voor vermindering van verdiencapaciteit;
- een wettelijke regeling op grond waarvan de rechter, wanneer twee personen langdurig hebben samengeleefd als waren zij gehuwd en aan deze samenleving anders dan door de dood een einde is gekomen, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud kan toekennen, indien dat redelijk is;
- compensatie voor de toekomstige kosten van zorg voor gezamenlijke kinderen.

14. Te overwegen instrumenten met betrekking tot gehuwden

Wij komen tot de conclusie dat er termen aanwezig zijn om de voorlichting aan (aanstaande) echtelieden over de bijzondere aard van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting extra te verankeren in de wet. Om de voorlichting aan partijen bij het sluiten van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting nog meer dan thans kracht bij te zetten, kan worden overwogen in de wet op te nemen dat partijen voorafgaand ieder afzonderlijk deskundig worden voorgelicht. Voorstelbaar is om eveneens voor te schrijven dat deze voorlichting in een verslag wordt neergelegd, te hechten aan de huwelijkse voorwaarden, dan wel dat van de voorlichting expliciet melding wordt gemaakt in de huwelijkse voorwaarden.
Wij komen tot de conclusie dat er ook termen aanwezig zijn om in de wet voorzieningen op te nemen om de negatieve gevolgen van koude uitsluiting te mitigeren. Als mogelijk instrument kan worden genoemd de som ineens zoals besproken in paragraaf 5.3.4.1: indien partijen bij huwelijkse voorwaarden

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

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

15. Te overwegen instrumenten met betrekking tot ongehuwden

Wij komen op grond van het voorgaande tot de conclusie dat er termen aanwezig zijn om een wettelijke regeling te introduceren om problemen en onbillijkheden te ondervangen die zich bij het verbreken van een relatie van ongehuwd samenwonenden kunnen voordoen, met het oog op de positie van minderjarige kinderen of meerderjarige kinderen die wegens studie of opleiding afhankelijk zijn van één der partners. Of en zo ja in hoeverre die termen daadwerkelijk voldoende zijn om tot wetgeving over te gaan, zal uiteindelijk beoordeeld moeten worden door de wetgever. In ons onderzoek volstaan wij met het in kaart brengen van enige instrumenten die de wetgever zou kunnen benutten.

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

Anders dan ingeval van een huwelijk, dat een duidelijk wettelijk statuut kent dat echtelieden door het aangaan van het huwelijk geacht kunnen worden expliciet

te aanvaarden, menen wij dat het voor ongehuwd samenwonenden mogelijk moet zijn om van dit door ons in overweging gegeven regime uitdrukkelijk af te wijken bij notarieel verleden (samenlevings)overeenkomst.
Wij menen overigens dat een aantal wettelijke regelingen, geschreven voor gehuwden, van overeenkomstige toepassing zou kunnen worden verklaard op ongehuwd samenwonenden. Wij denken daarbij met name aan:

- art. 1:84 BW over kosten van de huishouding;
- het in wetsvoorstel 28 867 voorgestelde art. 1:87 BW over vergoedingsrechten wegens vermogensverschuivingen;
- een regeling voor een billijke vergoeding wegens verrichte arbeid (vergelijk paragraaf 5.3.4.1 inzake in koude uitsluiting gehuwden);
- een specifieke rechterlijke wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van samenlevingsovereenkomsten (vergelijk paragraaf 5.3.4.2 inzake in koude uitsluiting gehuwden);
- de processuele regels over voorlopige voorzieningen en nevenvoorzieningen in scheidingszaken (zie paragraaf 5.4.8).

Summary

1. Context, objective and research questions

On 11 September 2008, the Minister of Justice promised the Second Chamber of the Parliament to commission research investigating the necessity to provide an additional legal regulation of the total separation of property (contractual regime allowing spouses or registered partners to exclude any community of assets). The Minister made his promise following two motions made by MP's who asked the Government to consider a legal regulation that could mitigate the unfair effects of total separation of property, chosen by the spouses by marital contract; in addition to the similar effects of total separation of property, resulting from the absence of legal regulation of property relationships of partners in long-standing informal cohabitation. The objective of this research is to scrutinise this twofold problem, and to put forward possible solutions for this problem. The research covers an inquiry into the nature, extent and causes of financial problems and unfair effects resulting from total separation of property that can occur through the termination of formal and informal relationships, as well as the search for possible solutions to these problems. Thus, the researchers will focus their attention on divorced spouses and registered partners, who have made a marital (partnership) contract providing for total separation of property; and also separated cohabitees who have failed to regulate their property relationships in a cohabitation contract.

2. Research methods

In the first part of the research (chapter 2) the current legal regulation of both instances of the separation of property will be brought into focus. Therefore, legislation, case law and legal literature will be dealt with. The second part (chapter 3) entails the empirical part of the research which focuses mainly on the financial problems encountered by partners in formal and informal relationships upon termination of their relationships. This part will include a qualitative research into the unfair effects encountered by such partners after the separation. This research involves the study of the relevant socio-demographic, socio-economic and legal literature, the analyses of the existing statistical data, semi-structured in-depth interviews with practicing lawyers and notaries, and also two meetings with experts in this field.

The third part of the research (chapter 4) comprises a comparative study. This research is aimed at exploring how other Western jurisdictions deal with the negative effects of total separation of property – in the first part – by married partners, and – in the second part – by partners in informal relationships. In case of partners in informal relationships the research will also embrace the negative effects of the absence of statutory maintenance obligations. Both parts of the comparative research are conducted in two steps. The first step involves a quick scan aimed to identify the jurisdictions providing for the interesting solutions for mitigating the aforementioned negative effects. The second part entails a further detailed study of the jurisdiction selected through the quick scan. The comparative research evolves the study of the relevant literature supplemented by the information acquired from renowned family law experts from the countries in question. On the ground of the data gathered through comparative research the first selection of the instruments suitable for the Dutch situation is made.

In conclusion, three subchapters are put together in chapter 5, incorporating the conclusions, the proposals and the final deliberations. In preparation of this chapter a third expert meeting is organised, whereby experts are invited to comment on the range of the selected instruments that could be possibly incorporated in a Government legislative proposal. This final chapter comprises general conclusions and the summary of the research findings.

3. Total separation of property by married couples

Total separation of property can take different shapes. The most evident form of total separation is the case when a marital contract excludes any community of assets without providing for any form of participation in each other incomes or assets (netting covenants). However, there are also other forms of marital agreements which produce nearly the same effect and therefore have also been dealt with in this report. One can think of marital agreement including a final netting covenant applicable only in case the marriage is ended by death of a spouse; or a so-called subsidiary netting covenant, including a right of veto, which means that at the end of marriage the netting covenant shall only apply if both spouses so wish.

4. Reasons for the choice of total separation and numbers of such cases

A spouses' choice for total contractual separation of property can be grounded in various reasons (e.g. a marriage at older age, owning a fortune or a business).

During the five years preceding 2003 – the last year when the statistic data is still available – the number of marital contracts with total separation of property lay between approximately 4% and 10% of all marital contracts. The interviews with the notaries gives an impression that during the last couple of years the

total separation of property becomes more popular, especially in cases where one party owns a low interest, capital-intensive businesses, for instance farming.

5. Property relationships of informally cohabiting partners

The property relations of unmarried cohabitees who have not made a cohabitation agreement, are very similar to those of married couples who chose for the total separation of property by marital contact. The important difference is that in contrast with the spouses, the law does not provide for maintenance obligations of the cohabitees. However, even in cases where cohabitees have made a cohabitation agreement, their property relationships often remain total separation of property, since their cohabitation agreement goes no further than regulating contributions to household costs, division of pensions and distribution of property in case of death. Incorporation of the provisions on participation in each other's incomes or assets (netting covenants) is seldom. No data is available both on the overall number of the cohabitation agreements and on the cohabitation agreements leaving total separation of property unchanged.

6. Problems and unfair effects

Social-demographic research reveals that women, both in formal and informal relationships, and especially mothers with young children, encounter enduring financial disadvantages resulting from the unequal distribution of child care and gainful employment. The problems manifest themselves mainly from the moment of the termination of the relationship. These problems are: appreciable decrease in quality of living accommodation, decrease in income, increase of risk of long-lasting poverty. It is stated that financial problems and disadvantages after the termination of the relationships are mainly faced by the women who have (have had) the care for the children and therefore have suffered a significant reduction in their earning capacity. These problems and disadvantages are evident throughout the whole population of women with children, despite the compensatory mechanism of the legal regime of community of property and statutory maintenance obligations between the partners in formal relationships.

In addition to these financial problems, another kind of unfair effect of total separation of property has being identified: namely the cases when one of the partners has substantially contributed to the increase of the property of the other partner, without being entitled to any compensation. The size of the group of the partners confronted with this kind of unfair effect is difficult to estimate. For this reason, the researchers have limited their estimation of the size of the group encountering problems to single parent families with children living under the poverty level. Consequently, one has to bear in mind that the overall size of the group encountering the negative effects of total separation of property is

somewhat larger, although the researchers lack the means to provide for any further reliable quantitative estimation.

7. Size of the problem groups

The most important reason why the total separation of property is at present considered as less problematic than in the past, lies undoubtedly in the fact that the number of marital contracts providing for total separation has diminished both in absolute and in relative terms.
Using an educated guess the researchers have calculated the size of the group of individuals encountering serious financial problems – mainly women continuing to care for the children after the relationship breakdown – as following:

- circa 1 500 women in formal relationships with a marital agreement providing for total separation of property;
- circa 20 000 informally cohabiting women.

The practising lawyers and notaries, participating in this research, have reported that the financial problems faced by these groups are in the rule not very severe, mainly because the problems are often moderated by the arrangements made by the partners during the separation. This outcome made the researchers pose a question as to a possible discrepancy between the outcomes of the study of the socio-demographic literature and the statistical data, on the one hand, and the outcomes of the interviews and the expert meetings, on the other hand. The former studies suggest that a substantial group of women – forming after the separating together with their children a one parent family – is living under the poverty level. The practicing lawyers and notaries have generally acknowledged that women in total separation of property settings are facing problems after the separation. However, these practitioners do not consider their problem as particularly serious. In other words the existence of a substantial group of women with serious financial problems that has been identified through the literature study has not been confirmed by the reports of the practitioners.

8. Methodological limitations

The explanation of the aforementioned discrepancy has been sought in the methodological limitation of the conducted qualitative empirical research. The limitations lay mainly in the limited number of practitioners that have been interviewed and the effect of a possible selection bias. The selection bias might have to do with the fact that practicing lawyers and notaries involved in this research are highly qualified experts in the field and therefore might be consulted mainly by the more effluent clients from the top of the market. It is also possible that separating partners with severe financial problems belong to the poorest groups, who have almost nothing to divide upon the separation, and

therefore altogether escape the attention of the practicing lawyers and notaries. Further the researchers had no means for a large scale research among the relevant group of the separating partners self and had to confine themselves with the indirect information acquired through the practitioners.

9. Causes of the problems and unfair effects

In general, the relationship-based reduction in earning capacity can be identified as the main cause of the problems and further unfair effects encountered by child-caring women after relationship breakdown. In cases of total separation of property these women generally experienced problems and unfair results are aggravated by the lack of the compensatory mechanism of the statutory regime of the community of property or the participation arrangements – and in case of the informal relationships – also by the absence of the statutory maintenance obligations. At the same time informally cohabiting women, caring for children, are on average highly educated, which make them less vulnerable in case of divorce.

Problems and unfair effects can also result from unequal property relationships between the partners, mainly when one of the partners has contributed to the increase of property of the other partner without due compensation. The extent of the problems is so context-dependant that making any general statement on the matter appears to be almost impossible. The only general pattern that can be established is that serious problems and unfair effects mainly occur when one partner's child-care and work in the business of the other partner is combined with the sole ownership of the biasness by the latter partner.

10. General conclusion. Justification of legal intervention

The general conclusion of this research is that total separation of property does lead to financial problems and unfair effects – both in cases where total separation results from a contract between the partners in formal relationship and from the absence of legal regulation of the property relationship of partners in informal relationships.

The number of the couples in formal relationships whereby contractual total separation of property actually leads to problems and unfair results is likely to be limited. In practice these problems are sometimes rather successfully accommodated through separation arrangements. This however, does not make it unnecessary for the Government to consider enacting legal instruments providing for better remedies for existing problems. The necessity to consider legal instruments is felt even stronger with regard to the multiple cohorts of informally cohabiting couples.

The justification for legal intervention can be sought in the aspiration to provide fair and equitable regulation for the property relations governed by a marital

agreement. In contrast to an ordinary civil contract, a marital agreement is typified by such particularities as long duration and possible effects of the affective relationships between its parties on their choices. Persons in affective relationships often appear not to be able to foresee and properly accommodate in the marital contract all possible future developments that can negatively affect their respective property situation. This consideration provides a sufficient ground for a legal intervention aimed at limiting the contractual freedom and the autonomy of the parties in order to protect them from unfair results. In cases where contract-based total separation of property negatively affects the partners caring for minor children, the protection of the interests of the children forms an additional ground for a legal intervention.
In the course of this research a number of possible legal instruments have been identified. As to the partners in formal relationships, some of these instruments – e.g. better advice for the partners before making a marital contract – seek to prevent concluding an unfair marital contract. Other instruments – e.g. statutory compensation for unpaid work in a business of the other partner or the discretional power of the judge to amend an unfair marital contract – seek to provide a remedy for dealing with already existing unfair marital contracts. Concerning the partners in informal relationships, the remedy can be sought in the extrapolation of some rules governing the relationships of the spouses, for instance the rules on spouses' maintenance. The selection of the suggested instruments is largely based upon the findings of comparative research.

11. Comparative research

A number of instruments – that could be remedial for financial problems and unfair effects of the total separation of property – have been identified upon the findings of the quick scan of the most of the European jurisdictions and a selection of the other Western countries and the in-depth study of a number of selected jurisdictions.

12. Comparative research: married couples

The quick scan and the in-depth research in to jurisdictions (Australia, the Dutch Antilles, Russia and Sweden) have revealed a convergence tendency in the area of regulation of marital contract. The conventional image of a sharp division between the flexible approach of the common law countries and the rigid approach of the countries of the continental Europe is apparently no longer valid. The common law counties traditionally did not allow for binding marital agreements and granted the judge the discretional power to set aside a marital agreement and to reallocate the property himself. The countries with the continental European tradition used to adhere to a rigid approach providing that according to the adagio *pacta sunt servanda* a marital agreement is as binding

and unalterable as any other civil contract. Both clichés are no longer reflecting the present-day situation. Since the 1970s there is a clear tendency in the common law countries to allow for binding marital agreements. Yet, in these jurisdictions the judge continues to enjoy a larger discretionary power to amend unfair marital agreements. In the countries of the continental Europe there is a cross-current trend to give the judge a discretional power to amend extremely unfair marital agreements. This trend has commenced in the Scandinavian countries in the 1980s[t].

The findings of the comparative research allowed the distinction of several instruments allowing for the mitigation of the negative effects of total separation of property agreed upon in a marital contract, which could be possibly used in the Dutch legal context:

- a statutory requirement that each of the parties should separately receive independent legal advice before signing a marital agreement;
- in cases where a couple has young children, the matrimonial home and household goods shall have a special legal status, which cannot be set apart by a marital agreement;
- the judge shall have the discretionary power to amend or set aside a marital agreement if its terms are unreasonable in view of the subject matter of the agreement, the circumstances when it was drawn up and circumstances subsequently arising and the overall circumstances;
- a judge shall have discretionary power to amend or set aside a marital agreement if its terms due to a material change in circumstances have become extremely unfair for the child of the parties or the parent caring for such child.

13. Comparative research: informally cohabiting partners

The quick scan and the in-depth research in the four countries (Dutch Antilles, Sweden, Slovenia and Scotland) reveal a general feeling shared by many legislatures that property relationships of the partners in informal relationships should enjoy at least some protection. This trend is reinforced by the ever growing numbers of informal cohabitees and the fact that more and more children grow up in this relationship. Another important consideration in favour of the regulation is the empirical research evidence proving the fallacy of the old belief that the decisions not to marry and not to make a cohabitation agreement are bases on a mutual, deliberate choice of the parties.

While designing the legal regulation for the property relationships of cohabitees the legislature of all countries are wrestling with the same dilemma, namely to find a safe passage between the Scylla of paying due respect to the autonomy of the partners who – either deliberately or not – have chosen not to marry; and the Charybdis of leaving the vulnerable party without protection.

Taking this dilemma as a starting point, the legal solutions employed in various countries can be seen as a scale of instruments starting from granting only a minimal protection – as it is the case in Sweden and Norway – to the complete equalisation of cohabitees with the spouses in relation of the property and the partner maintenance.

The party autonomy almost everywhere is honoured by giving the partners a possibility to opt out.

The comparative research allowed the selection of the following instruments – that could be of possible interest for the Dutch legislature:

- The legal rules should apply to any marriage like informal cohabitation without a requirement that the relationship should be of a certain minimal duration.
- The parties should have the possibility to opt out. The court shall have discretion to amend or set aside an unfair opting out agreement.
- The law should provide for a rebuttable statutory presumption of community of property in regard of household goods. The presumption should be rebutted if one of the partners proves that these goods belong to his/her personal property.
- If a child has been born into the relationship, the matrimonial home and household goods shall be mandatorily divided between the partners if the relationship is terminated by separation or death. .
- A partner shall have a right to compensation of a relationship-related economic disadvantage, including lessening of the earning capacity
- The court shall have a discretional power – if it finds it reasonable – to grant maintenance to one of the partners of a long-term marriage-like relationship, if the relationship is terminated other than by death of one of the partners.
- A partner shall have a right to claim compensation from the other partners for her/his future costs of the care for the children of the relationship.

14. Instruments considered: partners in formal relationships

The researchers have come to the conclusion that there is a need for specific statutory regulation regarding the provision of legal advice in order to adequately reveal the special nature of a marital contract of total separation of property. In order to improve the legal advice procedure, the legislature could consider introducing a statutory rule providing that each of the parties contemplating total separation of property should separately receive independent legal advice. There should also be a rule that the legal advice should be laid down in a certificate attached to the marriage contract, or that the marriage contract shall contain a notification that the required advice have been provided.

The researchers have come to the conclusion that the law should contain provisions allowing for mitigation of the negative effects of the total separation of property. One example of a possible instrument is a lump sum, mentioned in the paragraph 5.3.4.1. If the parties have chosen for a contractual regime, deviating from the legal regime of community of property, the partner, who, without adequate compensation, has worked in the enterprise or business of the other partner of in the household, should have the right to claim due compensation from the other partner. The law should also provide for criteria enabling the court to determine when such compensation should be granted, and how the amount should be calculated.

Another possible instrument can be to bestow the court with the discretional power to correct a marital contract if its terms, due to a material change in circumstances, have become extremely unfair for the partner who has (primarily) been caring for the children of the couple. This instrument would allow the court to amend a marital contract in cases when, after the conclusion of the contract, children have been born into the relationship, or when one of the children or the child-caring parent has become seriously ill of handicapped. It is also possible bestow the court with a more general discretional power to amend or set aside a marital contract providing for total separation of property if it has been rendered unfair considering the overall circumstances of the case.

15. Instruments considered: partners in informal relationships

The conducted research allows the conclusion that there are sufficient grounds to consider a regulation providing for the mitigation of financial problems and unfair effects of the termination of informal relationships, especially when the interests of minor or dependant growing up children of the couple are concerned. It is up to the legislature to further decide whether or not these grounds are weighty enough for enacting such provisions. The researchers confine themselves to the making up of an inventory of the legal instruments that could be employed.

One of the most obvious instruments is to extrapolate partner maintenance to all informal marriage like-relationships. This instrument would allow the temporarily mitigation of the reduction of the earning capacity of the child-caring partner, taking into consideration both the needs of the receiving partner and the financial capacity of the paying partner. When doing so, one should allow for the difference between spouses, who by entering into marriage have explicitly committed themselves to a certain legal status, and partners in informal relationships, who did not make such commitment. Hence, unmarried partners should be given the opportunity to opt out of maintenance obligations by a contract verified by a notary.

Several other instruments, suggested for spouses, could be equally applied to partners in informal relationships. The following instruments could be considered:

- art. 1:84 of the Civil Code regarding household expenses;
- art. 1:87 of the Civil Code proposed in the Bill 28 867 regarding compensation for the reallocation of property;
- a regulation regarding a fair compensation for unpaid work in the business of the other partner (compare paragraph 5.3.4.1 regarding spouses);
- discretional power of the court to amend a cohabitation contract (compare paragraph 5.3.4.2 regarding spouses);
- procedural rules regarding provisional orders and orders on ancillary matters in separation cases (see paragraph 5.4.8).

Literatuur

Hoofdstuk 1. Inleiding

M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, De ontwikkeling in de praktijk der huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003, Resultaten van een voortgezet landelijk onderzoek, *WPNR* 6648 (2005), p. 1027-1043.

F.W.J.M. Schols, 'Er was eens ... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren', *WPNR* 6860 (2010), p. 754-759.

Hoofdstuk 2. Wetgeving, jurisprudentie en literatuur

P. Abas, 'De correctievergoeding van Anna Kriek', *WPNR* 5947 (1990).

P. Abas, 'De invloed van redelijkheid en billijkheid op de (afwikkeling van de) overeenkomst van huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 6371 (1999).

P. Blokland, 'Van Groningen tot Middelburg: notarissen en huwelijkse voorwaarden', *JBN*, nr. 12, december 2000, p. 2-4.

P. Blokland, *Handboek Familievermogensrecht* (red. W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen), Walburg Pers 2006.

W.M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss. GU), Amsterdam: 1937.

A.R. de Bruijn, W.G. Huijgen, B.E. Reinhartz, C.G. Breedveld-de Voogd, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht,* vierde druk, Kluwer, 2010.

Gr. van der Burght, *De notaris en huwelijksvoorwaarden in Notariaat en 150 jaar BW*, Deventer: 1988, p. 17 e.v.

Gr. van der Burght, 'De vervaltermijn, het verrekenbeding en de gratis arbeid', *WPNR* 5962 (1990).

Gr. van der Burght, 'Het noodlot van een veel voorkomend type: of bij uitsluiting staat de vrouw in de kou', *WPNR* 6072 (1992), p. 890-895.

W.J.M. Davids, 'Alimentatie... Niet in de lengte, wel in de breedte', in: *Samenleven Samenwerken* (Cohen Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983.

G.J. Dommerholt, 'Vermogensrechtelijke aanspraken ondanks koude uitsluiting in geval van een gezamenlijke geldlening', *WPNR* 6629 (2005).

J.I. Driessen-Kleijn, 'Onroerende zaken van samenwoners gemeenschappelijk eigendom?', *FTV* 2005, nr. 1.

J.I. Driessen-Kleijn, 'Onroerende zaken van samenwoners gemeenschappelijk eigendom? Vervolg', *FTV* 2005, nr. 5.

J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, diss. Leiden, 1990.

J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict*, preadvies KNB 1994.

J. van Duijvendijk-Brand, 'Waardering voor huishoudelijke en andere niet-betaalde arbeid', in: *Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?,* Deventer: Kluwer 1999, Ars Notariatus 93.

J. van Duijvendijk-Brand, 'Uitleg van huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 2007 (6709), p. 388-397.

J.M. van Dunné, 'Het beginsel van de goede trouw en de afwikkeling van de huwelijksgoederengemeenschap', *WPNR* 5849 (1987), p. 607-610, met reactie van M.J.A. van Mourik, p. 610.

W.E. Elzinga, Echtscheiding en koude uitsluiting , *NJB* 1988, p. 1439-1443.

D. van Grunderbeek, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering,* diss. Leuven 2003.

N.C.G. Gubbels, 'De fiscale aspecten van de bijdrage in het levensonderhoud tussen (ex-)ongehuwd samenwonenden', *WPNR* 6808 (2009), p. 674-681.

A.S. Hartkamp, 'De maatschap als samenlevingscontract', *NJB* 1986, p. 119.

W.H. van Hemel, *Beschikken over een aandeel in een gemeenschap: een rechtsvergelijkende studie*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

E. Cohen Henriquez, *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, preadvies KNB 1977.

E. Cohen Henriquez, 'De huishoudelijke maatschap' *WPNR* 5511 en 5512 (1980).

E. Cohen Henriquez, 'Verblijvingsbedingen tussen echtgenoten en relatiepartners in theorie en praktijk', *WPNR* 5532 (1980).

E. Cohen Henriquez, 'Affectie en Recht', *WPNR* 5667 (1983).

E. Cohen Henriquez, 'De rechtsverhouding tussen buiten elke gemeenschap gehuwde echtgenoten bij bepaalde vermogensverschuivingen', *WPNR* 5947 (1990).

E. Cohen Henriquez, 'Miskende maatschappen', *WPNR* 6000 (1991).

E. Cohen Henriquez, 'Lauwe uitsluiting van de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 6053 (1992).

T.R. Hidma, 'Koude uitsluiting en huishoudelijke arbeid als redelijke grond voor wijziging van huwelijksvoorwaarden', in: *Een kapitein Twee schepen*, Bundel opstellen aangeboden aan prof. mr. E.A.A. Luijten, Zwolle: 1984, p. 73-87.

T.R. Hidma, *Op het kruispunt van notariële en rechterlijke functie* (inaugurele rede RUG), Arnhem: Gouda Quint 1992.

T.R. Hidma, 'Notariële aktiviteit(en) in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 6096 (1993), p. 473-476.

T.R. Hidma, 'De calculerende echtgenoot. Gisse en ongisse praktijken in het huwelijksvermogensrecht', in: *Heden verschenen voor mij* (Soonsbundel), Arnhem: Gouda Quint, p. 235-245.

W.G. Huijgen, 'Vervalbeding in huwelijkse voorwaarden onredelijk?', *JBN*, 2007, 7.

W.G. Huijgen, 'Relaties en (huwelijks)vermogensrecht', in: *In dienst van het recht grenzen verleggen (Van der Burght-bundel)*, 2009.

W.M. Kleijn, 'De positie van de inboedel, in gezamenlijk gebruik geweest bij de echtgenoten bij de ontbinding van het huwelijk', *WPNR* 5924 (1989).

W.M. Kleijn, 'Het verrekenbeding en de korte verjarings- of vervaltermijn daaraan veelal verbonden', in: *Heden verschenen voor mij* (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 247-252.

C.A. Kraan, 'Een bewijsrechtelijk aspect van het huwelijk en van ongehuwd samenleven', in: *Samenleven Samenwerken* (Cohen Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983.

C.A. Kraan, 'Ongerechtvaardigde verrijking in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 6253 (1997), p. 56-57.

C.A. Kraan, 'Verrekening van te veel betaalde kosten van de huishouding', *FTV* november 2006.

C.A. Kraan, *Het huwelijksvermogensrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2008.

G.J.C. Lekkerkerker, 'Het samenlevingscontract; zijn ordenende functie in privaatrechtelijke zin', *WPNR* 6364 (1999).

A.G. Lubbers, 'Niet door rechtshandeling overbrugbare vermogensrechtelijke verschillen tussen huwelijk en concubinaat', in: *Samenleven Samenwerken* (Cohen Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983.

E.A.A. Luijten, *Objectieve goede trouw en/of rechtszekerheid, Personenrecht in beweging*, Serie Ars Notariatus XXXIX, Deventer: 1988, p. 73.

E.A.A. Luijten, 'De Hoge Raad, huwelijksvoorwaarden en de rechtszekerheid', *WPNR* 5865-5866 (1988), p. 151-154 en 168-172.

E.A.A. Luijten, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 5964 (1990).

E.A.A. Luijten, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 6100 (1993).

E.A.A. Luijten, 'De ongelijke verdeling volgens art. 100 BW', in: *Heden verscheen voor mij* (Soons-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 258.

E.A.A. Luijten, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 6279 (1997).

E.A.A. Luijten, 'Verrekeningsvorderingen tussen (ex-)echtgenoten, nominaliteitsleer of beleggingsleer?', *WPNR* 6367 (1999), p. 608-610.

E.A.A. Luijten, 'Panta rhei, ook in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 6432 (2001), p. 95-101.

E.A.A. Luijten, 'Financiering met andermans geld; een vingerwijzing voor de notariële praktijk bij een merkwaardig arrest', *WPNR* 6485 (2002), p. 313-315.

E.A.A. Luijten, 'De uitleg van de rechtspraak inzake het Amsterdams verrekenbeding (AVB)', *WPNR* 6490 (2002), p. 392-397.

E.A.A. Luijten en W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, Eerste gedeelte: huwelijksgoederenrecht,* Deventer: Kluwer 2005.

Martens-Smits, *Vergoedingsrechten en -plichten bij beperkte gemeenschappen van goederen*, Preadviezen Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1939.

W.R. Meijer, 'Waarvoor gaat u het geleende geld gebruiken en waarvan gaat u het terugbetalen?', *WPNR* 6440 (2001), p. 321-324, en 6441 (2001) p. 341-343.

V.A.E.M. Meijers, 'De koude uitsluiting tussen huwelijksvoorwaarden en personenvennootschappen', in: *Heden verschenen voor mij* (Soonsbundel) Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 175-179.

M.J.A. van Mourik, 'Civielrechtelijke en andere bezwaren tegen het gebruik van de maatschap ter regeling van de vermogensrechtelijke betrekkingen bij affectieve relaties', *WPNR* 5407 (1977).

M.J.A. Van Mourik, 'De rechtspraktijk en het ongehuwd samenleven', *WPNR* 5523 (1980).

M.J.A. van Mourik, 'De maatschap als samenlevingscontract', *NJB* 1986, p. 314.

M.J.A. van Mourik, ‘Echtgenote of onbezoldigd huishoudster?’, *FJR* 1986, p. 217.

M.J.A. van Mourik, ‘Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid’, *WPNR* 5811 (1987), met reactie van A.J.H. Pleijsier en K. Frielink en naschrift van Van Mourik in *WPNR* 5826 (1987).

M.J.A. van Mourik, ‘De huishoudelijke maatschap’, *NJB* 1987, p. 178 e.v.

M.J.A. van Mourik, ‘Het echtscheidingsconvenant’, *WPNR* 5931 (1989).

M.J.A. van Mourik, ‘Vervaltermijn en (periodiek) verrekeningsbeding: een treurige combinatie’, *WPNR* 5957 (1990).

M.J.A. van Mourik, ‘Huwelijkse voorwaarden tijdens huwelijk, redelijke grond en vervaltermijn’, *WPNR* 6162 (1994), p. 897-898.

M.J.A. van Mourik, ‘Eenzijdig verrekenbeding en vervalbeding’, *WPNR* 6231 (1996), p. 533-534.

M.J.A. van Mourik, ‘Ondernemingsvermogen en aandelen bij beperkte gemeenschappen van goederen en verrekenstelsels’, *WPNR* 6241 (1996), p. 747-751.

M.J.A. van Mourik, ‘De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijkse voorwaarden’, *WPNR* 6302 (1998), p. 115-123, met een reactie van J.F.M. Verhagen en een naschrift van M.J.A. van Mourik in *WPNR* 6313 (1998), p. 307.

M.J.A. van Mourik, ‘Het vervalbeding in huwelijkse voorwaarden na Rensing-Polak’, *WPNR* 6339 (1998), p. 785-786.

M.J.A. van Mourik, ‘Rechtsvraag 2 – Facultatief verrekenbeding bij overlijden’, *WPNR* 6432 (2001), p. 110.

M.J.A. van Mourik, ‘Vermogensrechtelijke afwikkeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap en van een huwelijksvermogensrechtelijk verrekenstelsel na overlijden’, *WPNR* 6433 (2001), p. 182-187.

M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, ‘De ontwikkeling in de praktijk der huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003, Resultaten van een voortgezet landelijk onderzoek’, *WPNR* 6648 (2005), p. 1027-1043.

H. Nijenhuis, 'Huwelijksvoorwaarden, echtgenoten, notaris', *WPNR* 5849 (1987).

A.J.M. Nuytinck, 'Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht', *FJR* 2002/4, p. 98-102.

J.G. van der Pas, 'Het arrest Smit-Kriek: een tussenstation', *WPNR* 5968 (1990).

A.J.H. Pleijsier, 'Huwelijkse voorwaarden en de eisen van redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 5826 (1987).

A.J.H. Pleijsier, 'Iets over de inhoud en reikwijdte van art. 1:81 BW', *FJR* 1989.

P.W. van der Ploeg, 'Het nieuwe erfrecht bij versterf, in het bijzonder de verzorgingsrechten en een trein buiten de dienstregeling', *WPNR* 5273 (1974), p. 543-544.

D.M. van der Putt-Rozenbroek, 'Een kanttekening bij en een aanvulling op het overzicht Recente Rechtspraak over samenlevingsgoederenrecht, *WPNR* 1978/5419', *WPNR* 5423 (1978) met reactie van A.L.G.A. Stille.

B.E. Reinhartz, 'Verjaring van vorderingen uit een periodiek verrekenings-beding bij samenwoners', *JBN* 2007, 39.

B.E. Reinhartz, 'Natrekking echtelijke woning door privégrond van de vrouw: Hoge Raad past Kriek-Smit-criterium toe op recompense', *JBN* 2008, nr. 19.

D.L. Rodrigues Lopes, 'Het zesde Europese colloquium voor agrarisch recht. De bescherming van landbouwbedrijven door middel van huwelijksvoorwaarden, schenkingen en testamenten', *De Pacht*, jrg. 32 (1972), p. 194.

A.H.M. Santen, 'Het ontwerp-erfrecht geeft te denken', WPNR 5301 (1975), p. 201-206.

A.H.M. Santen, Notaris, echtscheiding en echtelijke woning (preadvies KNB), Deventer: Kluwer 1987.

A.H.M. Santen, 'Orthodoxie en heterodoxie in het huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 5871 (1988).

A.F. de Savornin Lohman, 'Verhaal declaratie op wederpartij', *Advocatenblad* 1973, p. 331.

P. van Schilfgaarde, 'Kriek/Smit', *Ars Aequi* 1987, p. 780.

H.C.F. Schoordijk, 'De vaststellingsovereenkomst, vooral in het licht van titel 15 van het Zevende Boek van het Ontwerp Nieuw B.W.', *WPNR* 5283-5284 (1974).

H.C.F. Schoordijk, 'De in uitsluiting van iedere gemeenschap gehuwde echtgenoten en de fiscus', *WPNR* 5291 (1975).

H.C.F. Schoordijk, 'Aan een actie uit ongegronde verrijking dienen wij in geval van een contract niet toe te komen', *WPNR* 5326 (1976).

H.C.F. Schoordijk, 'Notaris, echtscheiding en echtelijke woning', *WPNR* 5441 (1978).

H.C.F. Schoordijk, 'Reallocatie van vermogen tussen echtgenoten vanuit rechtsvergelijkend perspectief', *WPNR* 5776 (1986).

H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 5839 (1987).

H.C.F. Schoordijk, 'Samen delen in en na het huwelijk naar Amerikaans recht', in: *Van Dijck-Bundel*, p. 355.

H.C.F. Schoordijk, 'Twee recente arresten van de Hoge Raad over koude uitsluiting van iedere gemeenschap en hun betekenis voor de rechtspraktijk', *WPNR* 5858-5859 (1988).

H.C.F. Schoordijk, 'Luijtens visie op koude uitsluiting', *WPNR* 5868 (1988).

H.C.F. Schoordijk, 'Amerikaanse huwelijkse voorwaarden en koude uitsluiting', *WPNR* 5914 (1989).

H.C.F. Schoordijk, 'De betekenis van de rechtswetenschap voor het notariaat', *WPNR* 6207 (1996).

H.C.F. Schoordijk, 'Het rechtsverkeer staande huwelijk bij goederenrechtelijke scheiding', *WPNR* 6451 (2001), p. 615-617.

H.C.F. Schoordijk, 'Het arrest van Hoge Raad van 26-10-2001 (*RvdW* 2001, 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst', *WPNR* 6479 (2002), p. 199-207.

H.C.F. Schoordijk, 'Modernisering van ons huwelijksvermogensrecht. Het concept regeringsontwerp derde tranche', *NJB* 2003/5, p. 218-222.

H.C.F. Schoordijk, 'Goederenrechtelijke uitsluiting van iedere gemeenschap A never ending story?, reactie op de artikelen van E.A.A. Luijten in *WPNR* 6485 en 6490 (2002)', in: *WPNR* 6499 (2002), p. 573-575, met naschrift van E.A.A. Luijten op p. 575-576.

H.C.F. Schoordijk, 'De syllabus errorum van de koude uitsluiting. Waarom de wetgever aan de zgn. koude uitsluiting bij voorrang aandacht dient te schenken', *NTBR* 2003/1, p. 7-12.

H.C.F. Schoordijk, 'Het huwelijk als partnership', *WPNR* 6525 (2003).

W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, diss. UU, Kluwer, Amsterdam, 2004.

W.M. Schrama, 'Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving', in: *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Forder en Verbeke (red.), Intersentia 2005.

H. Schuttevâer, 'Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk', *WPNR* 5398 (1977).

A.L.M. Soons, 'Schenkingen huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 6186 (1995).

A.L.M. Soons*, Redelijkheid en billijkheid in het huwelijksvermogensrecht, A la minuut*, september 1987 en december 1987.

A.L.M. Soons, 'Koude uitsluiting wat minder koud maar (nog?) niet warm', *FJR* 1988, p. 214.

A.L.M. Soons, 'De koude uitsluiting blijft in feite koud', in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 389-393.

A. Stein, '2025 BW of Waarom van Mourik gelijk had en het nu niet meer heeft', *WPNR* 5804 (1986), met naschrift van M.J.A. van Mourik.

A.L.G.A. Stille, 'De rol van de notaris bij huwelijkse voorwaarden', in: *Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?*, Deventer: Kluwer 1999.

A.L.G.A. Stille, 'Gemene huwelijksvruchten', in: *Bundel Luijten en Kleijn nader bekeken*, Deventer: Kluwer 2001, p. 7-13.

P.A.J.Th. van Teeffelen, 'Tussen koude uitsluiting en warme gemeenschap; een ongelukkig Amsterdams verrekenbeding', *EB* 2000/9, p. 4-8.

W.L. Valk, 'De door de rechter te betrachten terughoudendheid in geval van onvoorziene omstandigheden', *NTBR* 1994-10, p. 258-260.

J.B. Vegter, 'Omzetting en nakoming natuurlijke verbintenis, Huwelijks-voorwaarden, Nalatenschapschuld', *NTBR* 1996, nr. 4.

A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 6464 (2001), p. 945-952.

A.L.P.G. Verbeke, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', *TvPr* 2001, p. 391 e.v.

M.H.G.A. Verlinden, 'Het vervalbeding in huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 6360 (1999), p. 435-436, met naschrift van M.J.A. van Mourik op p. 436.

L.C.A. Verstappen, *FJR* 1991, nr. 4, p. 91.

L.C.A. Verstappen, 'De beleggingsvisie van de Hoge Raad op niet periodiek uitgevoerde Amsterdamse verrekenbedingen en verjaring', *WPNR* 6368 (1999), p. 630-632.

L.C.A. Verstappen, 'Naar nieuwe verrekenstelsels (I) en (II)', *WPNR* 6387-6388 (2000), p. 67-72 en 92-95.

L.C.A. Verstappen, 'Het wetsvoorstel verrekenbedingen', *EB* 2002/4, p. 54-60.

L.C.A. Verstappen, 'Renovatiewerkzaamheden aan het Nederlandse huwelijks-vermogensrecht', *RMThemis* 2002/6, p. 307-318.

L.C.A. Verstappen, 'Modehuis Nolly, art. 1:90 lid 3 en het voorgestelde art. 1:87', *WPNR* 6652 (2006).

L.C.A. Verstappen 'Een verrekenbeding als fopspeen', WPNR 6725 (2007).

L.C.A. Verstappen, 'Anticipatie op het voorgestelde art. 1:87 BW (wetsvoorstel 28 867): HR 15 februari 2008, NJ 2008, 110', *WPNR* 6767 (2008).

L.C.A. Verstappen, 'Boekbespreking', WPNR 6817 (2009).

J.M.A. Waaijer, *Het moderne vermogensrechtelijke echtscheidingsrecht*, diss. Leiden, 1981.

H. Wammes, *De gemeenschap naar komend recht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

J.H. Weenink 'De onbetaalde onderneemster en de koude uitsluiting', *FBN* 1995, nr. 98.

A.M. van de Wiel, *Samenleven buiten huwelijk*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, nr. 16, 1974.

L.H.M. Zonneberg, *Het verrekenbeding*, diss. OU, 2009.

Hoofdstuk 3. Aard, oorzaken en omvang van de problemen

A. Agell, 'Family Forms and Legal Policies. A Comparative View from a Swedish Observer', *Scandinavian Studies in Law* 38, 1999, p. 197-216.

M. Alders, 'Demografie van gezinnen', CBS *Bevolkingstrends* 52, 4e kwartaal 2004, p. 31-34.

A.M. Bouman, 'Financiële gevolgen van de beëindiging van ongehuwd samenwonen voor man en vrouw', CBS *Bevolkingstrends* 52, 3e kwartaal 2004, p. 67-74.

A.M. Bouman, 'Vrouwen na scheiding fors in koopkracht terug'. CBS *Webmagazine*, 1 juni 2004.

M. van den Brakel, R. Lok, 'De inkomenssituatie van alleenstaande moeders: trends en dynamiek', CBS *Sociaaleconomische trends*, 4e kwartaal 2009, p. 29-36.

CBS *Statline*. Bevolking naar huishoudenspositie, 2009-2050 (gewijzigd op 20 juli 2009).

CBS *Statline*. Echtscheiding; leeftijdsverschil, kinderen, geboorteland, huwelijksduur (gewijzigd op 23 juli 2010).

CBS *StatLine*. Huwelijksontbindingen; door echtscheiding en door overlijden (gewijzigd op 15 oktober 2009).

CBS *StatLine*. Huishoudens; grootte, samenstelling, positie in het huishouden (gewijzigd op 12 augustus 2010).

CBS *Statline*. Laag en langdurig laag inkomen; particuliere huishoudens naar kenmerken (gewijzigd op 3 december 2009).

CBS *Statline.* Moeders; binding met de arbeidsmarkt (gewijzigd op 3 maart 2009).

M. Corijn, K. Matthijs, 'Gehuwd en ongehuwd samenwonen in België een sociaal-demografisch perspectief', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 47-79.

R. Deech, 'The Case Against Legal Recognition of Cohabitation', in: J. Eekelaar, S. Katz, (red.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies,* Butterworths, Toronto, 1980, p. 300-312.

Esveldt, K. Henkens, 'Kind remt economische zelfstandigheid. Meer vrouwen werken, maar niet meer uren,' *Demos* 17 (4), 2001, p. 32-34.

P. Feijten, 'Union Dissolution, Unemployment and Moving out of Home-ownership', *European Sociological Review* 21 (1)*, 2005*, p. 59-71.

T. Fokkema, 'Vrouwen minder inkomen na scheiding; bieden hertrouw en betaald werk uitkomst?', *Demos* 16 (10), 2000, p. 81-85.

C. Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, Kluwer, Deventer, 2000.

S. Fouwels, 'Steeds meer moeders met grotere deeltijdbaan', CBS *Webmagazine* 4 maart 2009.

J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009.

J. Garssen e.a. (red.), *Samenleven. Nieuwe feiten over relaties en gezinnen,* CBS, Voorburg/Heerlen, 2001.

M.A Glendon, *The New Family and the New Property*, Butterworth, Toronto, 1981.

A. de Graaf, 'De helft samenwoners heeft samenlevingscontract', CBS *Webmagazine*, 22 maart 2004.

A. de Graaf, 'Steeds meer samenwoners hebben een samenlevingscontract', CBS *Webmagazine*, 10 februari 2010.

A. de Graaf, 'Scheiden: motieven, verhuisgedrag en aard van de contacten,' CBS *Bevolkingstrends* 53, 4e kwartaal 2005, p. 39-46.

A. de Graaf, 'Vruchtbaarheid in de twintigste eeuw', CBS *Bevolkingstrends* 56, 1e kwartaal 2008, p. 14-22.

C. Harmsen, 'Ontwikkeling in de huishoudendynamiek sinds 1971', CBS *Bevolkingstrends*, 1e kwartaal 2008, p. 44-54.

B. ten Hengel, J. Latten, 'Wie krijgt na echtscheiding de woning? Het effect van Gender Balance op het behouden van de woning na een echtscheiding,' CBS *Bevolkingstrends* 4e kwartaal 2009, p. 22-32.

R. Hoksbergen, 'Ontwikkelingen in het denken over het gezin', *Demos* 26-4, 2010, p. 6-8.

K. de Hoog, 'Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire samenlevingsvormen in een veranderende samenleving', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 81-103.

S. de Hoog, C. van Egten, T. de Jong, *Vrouwen en financiële zelfredzaamheid, Een onderzoek naar de kenmerken van financieel kwetsbare vrouwen*, E-Quality, september 2010.

D. van de Kaa, 'Europe's Second Demographic Transition,' *Population Bulletin 42*, 1987, p. 1-47.

M. Kalmijn, 'Scheiding in de NKPS; risico's, initiatieven, motieven en gevolgen'. *Demos* 24 (5), 2008, p. 10-12.

Keij, C. Harmsen, ''Repartnering': Living with a new partner after breaking up,' Paper voor the EAPS Population Conference, 7-9 June 2001, Helsinki, Finland.

K. Kiernan, 'The Rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe', *International journal of law, policy and the family*, 15 (1), 2001, p. 1-21.

M. Kreyenfeld, D. Konietzka, 'Nichteheliche Lebensgemeinschaften – Demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen', in: J.M. Scherpe, N. Yassari (red.), *Die Rechtsstellung nichtehelichter Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants,* Tübingen, 2005, p. 45-77.

J. Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat', CBS *Bevolkingstrends*, 4de kwartaal 2004, p. 46-60.

J. Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005, p. 11-45.

K. Leufkens, 'Steeds minder vrouwen gaan korter werken na geboorte eerste kind', CBS Webmagazine 31 augustus 2009.

A.C. Liefbroer, 'Het gezinsideaal: van traditioneel naar modern', *Demos* 18 (3), 2002, p. 25-28.

A. Merens, B. Hermans (red.), *Emancipatiemonitor 2008*, CBS/SCP, Den Haag, 2009.

M.J.A. van Mourik en W. Burgerhart, 'De ontwikkeling in de praktijk der huwelijkse en partnerschapsvoorwaarden in de periode 1997-2003', *WPNR* 6648 (2005).

NIBUD, *De financiële gevolgen van scheiden*, 2009.

Nieuwsbrief Notariaat 1990, aflevering 12, bijlage I (persbericht: 'Aanstaande echtparen en samenwonenden te weinig geïnformeerd over juridische gevolgen trouwen en samenwonen').

F.Otten, W. Bos (red.), *Lage inkomens, kans op armoede en uitsluiting 2009*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009.

C. Reich 'The New Property', *Yale L.J.* 73, 1963, p. 1245-1257.

E. de Ruijter, B. Braat, 'Co-working partners: the influence of legal arrangements', *International Journal of Law, Policy and the Family* 22, 2008, p. 421-435.

W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Kluwer, Amsterdam, 2004.

L. Steenhof, C. Harmsen, 'Ex-samenwoners', *Maandstatistiek van de Bevolking* 50 (3), CBS, Voorburg/Heerlen, 2002, p. 17-20.

H.A.G. de Valk, R.I.A. van Gaalen, 'Zo zijn we (niet) getrouwd!', *Demos* 21 (2), 2005, p. 9-12.

E. Wobma, A. de Graaf, 'Scheiden en weer samenwonen,' CBS *Bevolkingstrends*, 4e kwartaal 2009, p. 14-21.

Hoofdstuk 4. Het rechtsvergelijkende onderzoek

A. Agell, 'The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation. A Journey without Destination', 24 *Scandinavian Studies in Law*, 1980.

M.V. Antokolskaia, 'Russian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses'. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Russia.pdf.

M.V. Antokolskaia, *Семейное право, (Familierecht*), 3de druk, Norma, Moskou, 2010.

J. Aslan, P. Hanbro, 'New Developments and Expansion of Relationships Covered by Norwegian Law', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2009.

B. Atkin, 'Reflections on New Zealand's Property Reforms "Five Years On"', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2007.

B. Atwood, 'Ten years later: lingering concerns about the Uniform Premarital Agreement Act', *19 Journal of Legislation*, 1993.

S. Babic, 'Family Law in Bosnia and Herzegovina', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Martinus Nijhoff, The Hague, 1996.

F. Bates, 'What Change is for the Better? Australian Family Law in 2000', in: A. Bainham (ed.) *The International Survey of Family Law*, Jordan Publishing, Bristol, 2002.

K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (eds.), *Property Relations Between Spouses*, *European Family Law in Action,* vol IV, Antwerpen, Intersentia, 2009.

D. Bradley, *Family Law and Political Culture* Scandinavian Laws in Comparative Perspective. Sweet & Maxwell, London, 1996.

M. Brattström,'The Protection of a Vulnerable Party when a Cohabitees Relationships Ends – An Evaluation of the Swedish Cohabitees Act', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009.

Briggs, 'The Formalization of Property Sharing Rights For De Facto Couples in New Zealand', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009.

P. Corbett, *The Roman Law of Marriage*, The Clarendon Press, Oxford, 1969 2nd edn

S. Cretney, J. Masson, R. Bailey-Harris, *Principles of Family Law* (7th edn.), Sweet and Maxwell: London 2003.

G. Douglas, J. Pearce, H. Woodward, 'Cohabitation and Conveyance Practice: Problems and Solutions', *Conveyance and Property Lawyer 5*, 2008.

M. Draškić 'Financing the Romance: Marriage Contract in the Serbian Family Act', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009.

M. Draškić, G. Kovaček Stanić, 'The New Family Act of Serbia', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2006.

L. Edwards, A. Griffiths, *Family Law*, 2de druk, Edinburg, Thompson/W Green, 2006.

B. Fehlberg, B. Smyth, 'Pre-nuptial agreements for Australia: why not?' *14 Australian Family Law Journal*, 2000.

B. Feinberg, B. Smyth, 'Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year', *16 International Journal of Law Policy and the Family*, 2002.

J-U. Frank, '"So Hence Therefore, Who Join Forever": Understanding the Interrelations of No-Fault Divorce and Premarital Contracts', *23 International Journal of Law Policy and the Family*, 2009.

G. Garciía Cantero, 'De Facto Unions Revisited', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, Bristol, 2003.

M. Geč-Korošec, S. Kraljić, 'The Influence of Validly Established Cohabitation on Legal Regulations Between Cohabitants on Slovene Law', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2001.

D. Goubau, 'Davison of Family Assets and De Facto Conjugality: the Limits of a Free Choice approach', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009.

T. Guthrie, H. Hiram*,* Property and Cohabitation: Understanding the Family Law (Scotland) Act 2006, 2007.

M. Hickey, 'Estate Planning for Cohabitants', 22 Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers 1, 2009.

D. Hrabar, 'The Protection of the Weaker Family Members: the Ombudsman for Children, Same-Sex Unions, Family Violence and Family Law', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2004.

R. Hübner, *History of Germanic Private Law*, transl. by F. Philbrick, Murray, London.

M. Jänterä-Jareborg, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses'. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf/Sweden02.pdf.

M. Jänterä-Jareborg, M. Brattström, K. Walleng, 'Swedish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Sweden.pdf.

C. Jessel-Holst, 'Ansätze für eine rechtliche Regelung der gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften in Ungarn', in: BASEDOW, J., et al (eds.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften,* Moch, Tübingen, 2000.

H. Jolowicz, Roman *Foundations of Modern Law,* 2nd edn., Clarendon Press, Oxford, 1961.

M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Part I, 2. Aufl., Beck, München.

M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Part II, 2. Aufl., Beck, München, 1975.

S. Kraljić, 'Consequences Deriving From Cohabitation-Relations Between Partners and Between Parents and Children' in: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerpen, 2003.

H. D. Krause, L.D. Elrod, M. Garrison, J.T. Oldham, *Family Law*, 6e edn., St.Paul, MN, Thomson-West, 2007.

E. Kulagina, Commentaar op art. 43, in: *Het commentaar op het familiewetboek van RF*, Netchaeva A. (red.), Uright, Moscou, 2008.

K. Kurki-Suonio, 'Finish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. http://www.cefl-online.net/Reports/pdf3/Finland.pdf.

G. Lind, Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation, Oxford, Oxford University Press, 2008.

G. Lind, 'Legislation for the Surviving Cohabitant From a Comparative Perspective', in: K. Boele-Woelki, T. Sverdrup, *European Challenges in Contemporary Family Law,* Antwerpen, Intersentia, 2008.

N. Lowem, R. Key, 'The Status of Prenuptial Agreements in English Law – Eccentricity or sensible pragmatism?', in: B. Verschraegen (ed.) *Family Finances*, Jan Sramek Verlag, Wenen, 2009.

J. Mair, 'Scottish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses'. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Scotland.pdf.

Å. Malmström, 'Matrimonial Property Law in Sweden' in: W. Friedmann (ed.), *Matrimonial Property Law,* Stevens and Sons, London, 1955.

M. Martin-Casals, J. Jordi Ribot, 'Spanish Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Spain.pdf.

D. Martiny, 'German Country *Report* concerning the CEFL Questionnaire on Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses', 2002. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf/Germany02.pdf.

D. Martiny, N. Dethloff, 'German Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Germany.pdf.

L. Maksimovich, Брачный договор в российском праве (Huwelijkse voorwaarden in het Russische recht), Os'-89, Moskou, 2003.

V. Mikelenas, 'Lithuanian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Lithuania.pdf.

M. Mladenović, et al, 'The Family in Post-Socialist Countries', in: Glendon M.A., (ed.), *International Encyclopaedia of Comparative Law,* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1998.

M.F. Murray e.a., De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek, Wolf Legal Publishers 2005.

O. Nizemarva, Договорно ерегулирование имущественных отношений в семье (Contractuele regulering van de vermogensrechtelijke verhoudingen in het gezinsverband), Kazan, Taglimat, 2005.

P. Parkinson, 'Setting aside financial agreements', *15 Australian Family Law Journal*, 2001.

P. Parkinson, 'The Yardstick of Equality: Assessing Contributions in Australia and England', *19 International Journal of Law Policy and the Family*, 2005.

E. Roca, 'Same-Sex Partnerships in Spain: Family, Marriage or Contract?' *3 European Journal of Law Reform,* 2001.

E. Ryrstedt, 'Legal Status of Cohabitants in Norway', in: I. Scherpe, N. Yassari (eds.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

Å. Saldeen, 'Cohabitation Outside Marriage or Partnership', in: A. Bainham, (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2005.

C. Sandgren, 'A Social Law of Conrtact?', *37 Scandinavian Studies in Law*, 1993.

P. Sarcevic, 'Cohabitation without Formal Marriage in Yugoslavian Law', in: J. Eekelaar, S. Katz (eds.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Society,* Butterworths, Toronto, 1980.

J. Scherpe, 'Einführung: Nichteheliche Lebelmsgemeinschaften als Problem für den Gesetzgeber', in: J. Scherpe, N. Yassari (eds.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften,* Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.

I. Scherpe, 'The Nordic Countries in the Vanguard of European Family Law', *50 Scandinavian Legal Studies, What is Scandinavian Law? – Social Private Law*, 2007.

J. Schiratzki, National Report 'Sweden', in: Consortium Asser-UCL, Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law, European Commission, 2003.

I. Schwenzer, A.-F. Bock, 'Swiss Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Switzerland.pdf.

T. Sverdrup, 'Maintenance as a Separate Issue – the Relationship Between Maintenance and Matrimonial Property', in: K.Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen, 2005.

C. Sörgjerd, 'Neutrality: the Death or the Revival of the Traditional Family', in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.

T. Sverdrup, 'Norwegian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.ceflonline.net/Reports/pdf3/Norway.pdf.

O. Szeibert Erdös, 'Unmarried Partnerships in Hungary', in: K. Boele-Woelki (ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law,* Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.

O. Szeibert, 'Cohabitation, Registered Partnership and their Financial Consequences in Hungary', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, Bristol, 2009.

E. Tchefranova, Имущественные отношения супругов (Vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de echtgenoten), Eksmo, Moskou, 2008.

C. Thomas, 'The Roles of Registered Partnership and Conjugality in Canadian Family Law', *22 Canadian Journal of Family* Law 223, 2006.

F. Wasoff, J. Miles, E. Mordaunt, Legal Practitioners' Perspectives on the Cohabitation Provisions of the Family Law (Scotland) Act 2006, mei 2010.

E. Weiss, O. Szeibert-Erdös, 'Hungarian Report concerning the CEFL Questionnaire on Property Relations Between Spouses', 2008. Http://www.cefl-online.net/Reports/pdf3/Hungary.pdf.

I. Zagorovskii, Kurs *semeinogo prava*, Zertzalo, Moscow, 2003 (Reprint van de druk van 1909).

V. Žnidaršič Skubic, 'The Reform of Slovenian Family Law: Property Relations Between Spouses', in: A. Bainham (ed.), *The International Survey of Family Law,* Jordan Publishing, Bristol, 2009.

Hoofdstuk 5. Conclusies en slotbeschouwingen

A. Agell, 'Family Forms and Legal Policies. A Comparative View form a Swedish Observer', *Scandinavian Studies in Law* 38, 1999, p. 197-216.

Asser/De Boer 1*, *Personen- en familierecht*, Kluwer 2010.

Asser/Perrrick 4*, *Erfrecht*, Kluwer 2009.

P. Blokland, 'De boedelnotaris als regisseur van de boedelafwikkeling; de zorgplicht', *WPNR* 6672 (2006), p. 480.

R.T.F. Boonacker, *De onpartijdigheid van de notaris*, (diss. Amsterdam UvA), 2006.

W. Burgerhart, 'Als de knecht niet krijgt wat hem toekomt, zorgt de wetgever daar wel voor! Het salaire différé', *Tijdschrift Agrarisch Recht* 2005, nr. 11.

E. Cohen Henriquez en J.K. Moltmaker, *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, preadvies KNB 1977.

R. Deech, 'The Case Against Legal Recognition of Cohabitation', in: J. Eekelaar, S. Katz, (red.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies,* Butterworths, Toronto, 1980.

J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict*, Preadvies KNB 1994.

J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss.), Leiden 1990.

J. van Duijvendijk-Brand, 'Ex-samenwonenden en het onderhoudsrecht: alimentatie; eerst uit de lengte, dan pas in de breedte', *FJR* 2007, p. 265 e.v.

C. Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*, oratie, Kluwer, Deventer, 2000.

C. Forder, A.Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Intersentia, Antwerpen, 2005.

M. Galatanter, 'Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', *Law & Society Review* 1974, p. 95-160.

J. Garssen, A. de Graaf en J. Apperloo (red.), *Relatie en gezin aan het begin van de 21ste eeuw*, CBS, Den Haag/Heerlen, 2009.

H.F. van den Haak, 'De evenwichtskunstenaar', *WPNR* 6291 (1997), p. 782.

T.R. Hidma, 'ABC van de notariële aansprakelijkheid', *WPNR* 6239 (1996), p. 701-708.

M. van Hoeken, 'Samenlevingsvormen en de wetgever', *AA* 1993, p. 78 e.v.

W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming?* (oratie Leiden), Kluwer, Deventer 1997.

W.G. Huijgen, Relaties en (huwelijks)vermogensrecht, in: *In dienst van het recht grenzen verleggen* (Van der Burght-bundel), 2009, p. 73-83.

W.G. Huijgen, Ieder het zijne in het relatie-vermogensrecht, in: *Ex libris Hans Nieuwenhuis* (Nieuwenhuis-bundel), p. 199-210.

R.L.M.C. Janssen, Salaire différé, *WPNR* 6732 (2007), p. 981-990.

C.L.B. Kocken, *De hand van de notaris* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer, Deventer 1997.

W.D. Kolkman, 'Deontologische dilemma's in het erfrecht', in G.J.C. Lekkerkerker, C.G. Breedveld-de Voogd, W.D. Kolkman, V.A.E.M. Meijers, *De goede notaris. Over notariële deontologie* (2010).

W.D. Kolkman, 'Uw verdiende loon', in: *In dienst van het recht grenzen verleggen* (Van der Burght-bundel), 2009, p. 85-94.

W.D. Kolkman, De eerste stappen van de andere wettelijke rechten, *FTV* 2007/7-8, p. 6-13.

T.J. Mellema-Kranenburg, Hoe wenselijk is het salaire différé, *Tijdschrift Erfrecht* 2007, nr. 4, p. 76-79.

E.A.A. Luijten, 'De Hoge Raad, huwelijksvoorwaarden en de rechtszekerheid', *WPNR* 5865-5866, p. 151-154 (1988) en 168-172.

M.J.A. van Mourik, 'Echtgenote of onbezoldigd huishoudster?', *FJR* 1986, p. 217.

M.J.A. van Mourik, 'Huwelijkse voorwaarden en de eisen van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 5811 (1987).

M.J.A. van Mourik, 'De huishoudelijke maatschap', *NJB* 1987, p. 178 e.v.

M.J.A. van Mourik, 'De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijkse voorwaarden', *WPNR* 6302 (1998), p. 115-123.

A.J.M. Nuytinck, *Van huwelijksvermogensrecht naar samenlevingsvermogensrecht?*, oratie Deventer: Kluwer, 1996.

Pitlo/Van der Burght/Doek, *Personen- en familierecht*, Deventer 2002.

J.M. Polak, Twee mensen en het recht, *Boekenreeks NJB* 1 (1974).

W. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss. UU), Kluwer, Amsterdam, 2004.

H.C.F. Schoordijk, 'Notaris, echtscheiding en echtelijke woning', *WPNR* 5441 (1978).

H.C.F. Schoordijk, 'Reallocatie van vermogen tussen echtgenoten vanuit rechtsvergelijkend perspectief', *WPNR* 5776 (1986).

H.C.F. Schoordijk, 'Vermogensverschuivingen onder een regime van koude uitsluiting van iedere gemeenschap', *WPNR* 5839 (1987).

H.C.F. Schoordijk, 'Twee recente arresten van de Hoge Raad over koude uitsluiting van iedere gemeenschap en hun betekenis voor de rechtspraktijk', *WPNR* 5858-5859 (1988).

H.C.F. Schoordijk, 'Luijtens visie op koude uitsluiting', *WPNR* 5868 (1988).

H.C.F. Schoordijk, 'Amerikaanse huwelijkse voorwaarden en koude uitsluiting', *WPNR* 5914 (1989).

H.C.F. Schoordijk, 'Goederenrechtelijke uitsluiting van iedere gemeenschap A never ending story?, reactie op de artikelen van E.A.A. Luijten in *WPNR* 6485 en 6490 (2002)', *WPNR* 6499 (2002), p. 573-575.

H.C.F. Schoordijk, 'De syllabus errorum van de koude uitsluiting. Waarom de wetgever aan de zgn. koude uitsluiting bij voorrang aandacht dient te schenken', *NTBR* 2003/1, p. 7-12.

W.J.J.G. Speetjens, 'De 'som ineens' als billijke vergoeding voor verrichte arbeid', *FTV* juni 2005.

R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005-1, p. 20.

P.F. Veltman, 'Boedelafwikkelingsaspecten bij andere wettelijke rechten', *Tijdschrift Nieuw Erfrecht* 2003, nr. 3.

A.L.P.G. Verbeke, *Goederenverdeling bij echtscheiding,* diss. Leuven, Antwerpen, Maklu, 1991.

A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 6464 (2001), p. 945-952.

A.L.P.G. Verbeke, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', *TvPr* 2001, p. 391 e.v.

A.L.P.G. Verbeke, 'Wettelijk verbod van koude uitsluiting', *NJB* 2001 p. 2185.

L.H.M. Zonnenberg, *Het verrekenbeding*, diss. OU 2009.

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHRM 14 juli 1977, nr. 7289/75 en 7349/76, D&R 9, 57 78
EHRM 18 december 1986, NJ 1989, 97 78
EHRM 29 januari 1999, nr. 37784/97 78

Hoge Raad
HR 27 februari 1980, BNB 1980/113 66
HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 29
HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679 38, 48
HR 15 februari 1985, *NJ* 1985, 885; Belegde besparingen 44
HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 82 66, 331
HR 8 juli 1985, *NJ* 1986, 358, BNB 1985/239 52, 74
HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 397 66, 331
HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622; Baartman/Huijbers 46, 56, 62
HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353 53
HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 927 66, 331
HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912; Bruinsma/Smit 52, 70, 79
HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 231 46, 57, 62
HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150; Kriek/Smit 38, 47, 62, 73
HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 en *NJ* 1988, 678;
Bloemendaalse horeca 53, 62
HR 25 november 1988, NJ 1989, 529; Hilversumse horeca 39, 41, 56, 62
HR 20 januari 1989 *NJ* 1989, 766,
Groningse huwelijkse voorwaarden 33, 312
HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23 52, 52, 73, 79
HR 30 juli 1989, *NJ* 1989, 786 48
HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 395 29
HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 576;
afwijzing pensioenverrekening 48, 59, 62
HR 9 november 1990, *NJ* 1992, 212 54
HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 593; Moordhuwelijk 45
HR 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191,
BNB 1991/124, RN 1993, 325 54, 62
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651; Kriek/Smit à l'inverse 48, 49, 62

HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 156 48
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463; Sonnevanck 44, 59
HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 561 57
HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 486; Vossen/Swinkels 45
HR 21 juni 1995, *NJ* 1996, 603 40, 62, 309
HR 21 juni 1995, VN 1995, p. 2415 e.v. 56
HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616; Le Miralda 54, 62
HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88; Melkquotum 41, 44, 63
HR 6 oktober 1995, *NJ* 1996, 105 55
HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 Rensing/Polak 40, 44, 56, 59
HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 686 59
HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581;
Burhoven Jaspers/De Kroon 45
HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 383; Bal/Keller 1 45
HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 692 54
HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493 38
HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711 66, 331
HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583; Slot/Ceelen 45
HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584; Zeevisser 45
HR 23 juni 2000, *NJ* 2001, 347; Op de Weegh/Sneek 44
HR 6 oktober 2000, *NJ* 2004, 58 36, 45
HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 556 251
HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93; Lindner/Mannaerts 45
HR 20 september 2002, JOL 2002, 477 63
HR 6 december 2002, *NJ* 2005, 125;
Schwanen/Hundscheid 1 45
HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524; Zweedse schone 53, 336
HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1 54
HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 41, 53
HR 17 december 2004, *LJN* AR3636 65, 69, 79
HR 2 september 2005, *NJ* 2006, 29; Rensing/Polak 2 40, 45, 56
HR 9 september 2005, NJ 2006, 99 32
HR 20 januari 2006, *LJN* AU5284 42
HR 27 januari 2006, NJ 2008, 564;
Schwanen/Hundscheid 2 45
HR 21 april 2006, *NJ* 2007, 395 48
HR 15 september 2006, *NJ* 2007, 217 58
HR 8 juni 2007, *RvdW* 2007, 561 45
HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 110 48
HR 11 april 2008, *LJN*: BC3928 251
HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 394 45

HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 400 45
HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 481 73, 46
HR 26 september 2008, *NJ* 2009, 40 45
HR 10 juli 2009, *NJ* 2009, 377; Postbode 45
HR 25 juni 2010, *RvdW* 2010, 811; *LJN* BM4649 43

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba
Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba 23 februari 2010, *LJN* BL7899 255
Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba 19 juli 2010, *LJN* BN7656 256

Gerechtshoven
Hof Den Haag 22 oktober 1953, *NJ* 1954, 205 52, 69
Hof 's-Gravenhage 5 januari 1977, *NJ* 1977, 569 69
Hof 's-Hertogenbosch 8 september 1982, *NJ* 1983, 436 44, 56
Hof Den Haag 22 december 1983, *NJ* 1985, 860 31
Hof Leeuwarden 1 februari 1984, *NJ* 1984, 673 66
Hof Amsterdam 10 maart 1988, *NJ* 1989, 579 56
Hof 's-Gravenhage 4 november 1988, *NJ* 1989, 540 39, 62
Hof Amsterdam 1 februari 1996, *NJ* 1997, 235 57
Hof Amsterdam van 18 december 2003, *LJN* AR5521 69
Hof 's-Gravenhage 13 oktober 2004, *LJN* AR4247 54
Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2004, *LJN* AS4514; *RFR* 2005, 41; *VN* 2005/16.17 55
Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2005, *LJN* AV2163 33, 51
Hof Amsterdam 19 januari 2006, *LJN* AV9260 41
Hof Arnhem 14 februari 2006, *LJN* AX6403 42
Hof Arnhem 13 juni 2006, *LJN* AY5543 60
Hof Amsterdam 22 juni 2006, *LJN* AY3871, *JPF* 2008/117 60
Hof Arnhem 13 maart 2007, *LJN* BA9509 69
Hof Den Haag 1 augustus 2007, *LJN* BB0962 317
Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2008, *LJN* BD8647 317
Hof 's-Gravenhage 24 november 2009, *LJN* BK4741 72
Hof Leeuwarden 14 september 2010, *LJN* BN7333 43

Rechtbanken
Rechtbank Groningen 5 november 1976, *NJ* 1977, 407 68
Rechtbank Groningen 27 mei 1977, *NJ* 1977, 570 68
Rechtbank Assen 7 februari 1984, *NJ* 1987, 427 69

Rechtbank ’s-Gravenhage 4 september 1985, *NJ* 1988, 336 48
Rechtbank Leeuwarden 12 september 1991,
Praktijkgids 1992, 3654 67
Rechtbank Rotterdam 14 december 2004, *KG* 2004, 905 69
Rechtbank Arnhem 16 augustus 2006, *LJN* BB1527 44
Rechtbank Leeuwarden 14 januari 2009, *LJN* BH0633 42
Rechtbank Arnhem 2 juli 2009, *LJN* BD9230 54
Rechtbank Haarlem 12 januari 2010,
LJN BL0633, *RFR* 2010, 67 60
Rechtbank Rotterdam 27 januari 2010, *LJN* BM7429 72

Kantongerechten

Kantonrechter Tilburg 14 juni 2007, *LJN* BA7400 316, 317

Bijlagen

Bijlage 1. De onderzoekers

Het onderzoek is uitgevoerd in het kader van het *Netherlands Institute for Law and Governance*, een samenwerkingsverband tussen de rechtenfaculteiten van de Vrije Universiteit Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen.

Het onderzoek is uitgevoerd door:

Prof. mr. M.V. Antokolskaia	hoogleraar personen- en familierecht (VU)
Mr. B. Breederveld	universitair docent (VU) en advocaat te Alkmaar
Mr. J.E. Hulst M.Sc.	onderzoekspsycholoog (VU)
Prof. mr. W.D. Kolkman	hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht (RUG)
Prof. mr. F.R. Salomons	hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht (VU)
Prof. mr. L.C.A. Verstappen	hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht (RUG)

Bijlage 2. Samenstelling begeleidingscommissie

Prof. mr. W.G. Huijgen (voorzitter)	Hoogleraar notarieel recht, Universiteit Leiden, en notaris bij Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn NV te ’s Gravenhage
Dr. F. van Balen	Frank van Balen Research. Tot januari 2008 universitair hoofddocent, Faculteit der Maatschappij- en Gedragswetenschappen van de Universiteit van Amsterdam
Mr. E.C. van Ginkel	Projectbegeleider, afdeling Extern Wetenschappelijke Betrekkingen, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie
Mr. E.C.C. Punselie	Wetgevingsjurist, Directie wetgeving van het Ministerie van Justitie

Bijlage 3. Vragenlijsten en interview-schema's

I. Vragenlijst ter selectie van te interviewen notarissen m.b.t. Ongehuwd samenwonende partners

Graag willen wij weten hoe vaak u als notaris bent benaderd door partners die ongehuwd en niet-geregistreerd samenwoonden voor het opstellen van een samenlevingsovereenkomst dan wel – na verbreking van de samenleving – voor advies over bepaalde problemen.

Vraag 1
Hoe vaak bent u benaderd met het verzoek om een samenlevingsovereenkomst op te stellen voor ongehuwd (en niet-geregistreerd) samenwonende partners, en daarin **geen** regeling werd opgenomen voor:
a. de verrekening van inkomsten/vermogen;
b. partneralimentatie?
1a. verrekening van inkomsten/vermogen
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)
1b. partneralimentatie
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 2
Hoe vaak bent u benaderd door personen als hierboven bedoeld voor advies over vermogensrechtelijke problemen dan wel over het verkrijgen van partneralimentatie na beëindiging van de samenwoning?
1. nooit

2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 3
Zou u bereid zijn om in verband met uw betrokkenheid bij de hierboven bedoelde problemen in een interview een aantal nadere vragen te beantwoorden?
1. ja
2. nee

Uw naam:

II. VRAGENLIJST TER SELECTIE VAN TE INTERVIEWEN NOTARISSEN M.B.T. ONDER KOUDE UITSLUITING GEHUWDE/GEREGISTREERDE PARTNERS

Graag willen wij weten hoe vaak u als notaris bent benaderd door – al dan niet aanstaande – gehuwde of geregistreerde partners voor het opstellen van huwelijkse voorwaarden dan wel partnerschapsvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting

Vraag 1
Hoe vaak bent u benaderd met een verzoek om voor cliënten huwelijkse voorwaarden of voorwaarden van geregistreerd partnerschap op te stellen, inhoudende koude uitsluiting van iedere gemeenschap of verrekening?
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 2
Zou u bereid zijn om in verband met uw betrokkenheid bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden of partnerschapsvoorwaarden als hierboven bedoeld in een interview een aantal nadere vragen te beantwoorden?
1. ja
2. nee

Uw naam:

III. VRAGENLIJST TER SELECTIE VAN TE INTERVIEWEN ADVOCATEN M.B.T. ONGEHUWD SAMENWONENDE PARTNERS

Graag willen wij weten hoe vaak u als advocaat bent opgetreden voor (ex-) partners die ongehuwd en niet-geregistreerd samenwoonden en die:
- ofwel geen samenlevingsovereenkomst waren aangegaan;
- ofwel een samenlevingsovereenkomst waarin geen regeling was opgenomen voor de verrekening van inkomsten/vermogen of voor partneralimentatie.

Vraag 1
Hoe vaak hebt u in de afgelopen drie jaren aan personen als hierboven bedoeld *advies verstrekt* over vermogensrechtelijke problemen dan wel het verkrijgen van partneralimentatie na beëindiging van de samenwoning?
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 2
Hoe vaak hebt u in de afgelopen drie jaren voor personen als hierboven bedoeld *gerechtelijke procedures gevoerd* over vermogensrechtelijke problemen dan wel het verkrijgen van partneralimentatie na beëindiging van de samenwoning?
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 3
Zou u bereid zijn om in verband met uw betrokkenheid bij de hierboven bedoelde problemen in een interview een aantal nadere vragen te beantwoorden?
1. ja
2. nee

Uw naam:

IV. VRAGENLIJST TER SELECTIE VAN TE INTERVIEWEN ADVOCATEN M.B.T. ONDER KOUDE UITSLUITING GEHUWDE/GEREGISTREERDE PARTNERS

Graag willen wij weten hoe vaak u als advocaat bent opgetreden voor (ex-) partners die gehuwd of als partners geregistreerd waren op huwelijkse voorwaarden, resp. partnerschapsvoorwaarden, inhoudende koude uitsluiting van iedere gemeenschap of verrekening.

Vraag 1
Hoe vaak hebt u in de afgelopen drie jaren aan personen als hierboven bedoeld *advies verstrekt* over vermogensrechtelijke problemen in het kader van de beëindiging van het huwelijk of het geregistreerde partnerschap?
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 2
Hoe vaak hebt u in de afgelopen drie jaren voor personen als hierboven bedoeld *gerechtelijke procedures gevoerd* over vermogensrechtelijke problemen in het kader van de beëindiging van het huwelijk of het geregistreerde partnerschap?
1. nooit
2. in 1-5 zaken
3. in 6-10 zaken
4. in 11 of meer zaken
(vink juiste antwoord aan)

Vraag 3
Zou u bereid zijn om in verband met uw betrokkenheid bij de hierboven bedoelde problemen in een interview een aantal nadere vragen te beantwoorden?
1. ja
2. nee

Uw naam:

V. INTERVIEWSCHEMA NOTARISSEN M.B.T. SAMENLEVERS

Vier te bespreken thema's:

A. Motieven keuze koude uitsluiting;
B. Inzicht in (ontstaan) verschil vermogen tussen partners;
C. Gevolgen daarvan bij scheiding (aard, oorzaken, gevolgen financiële problemen een van ex-partners) en in hoeveel zaken heeft een van ex-partners financiële problemen;
D. Oplossingen in praktijk (minnelijke regeling of via de rechter)

1.

Komt het ook voor dat ongehuwd samenwonenden bij u voor een transactie zijn en uitdrukkelijk afzien van het maken van een samenlevingsovereenkomst?
Kunt u aangeven welke motieven een rol (lijken te) spelen (om geen samenlevingsovereenkomst af te sluiten)?

a. Men wil geen inkomen/vermogen delen
b. Niet over nagedacht
c. Niet van gekomen
d. Niet willen binden
e. Eerdere verbroken relatie al dan niet met kinderen
f. Samenwonen op latere leeftijd
g. Financiële problemen bij een van de partners (bijvoorbeeld faillissement)
h. Bescherming tegen schuldeisers
i. Eigen bedrijf, ZZP
j. Grote verschillen in omvang vermogen
k. Andere regelingen al getroffen (bijvoorbeeld pensioen, levensverzekering of los verblijvensbeding)
l. Men vertrouwt elkaar niet (expliciete of impliciete indicatie)
m. Een van de partners houdt het sluiten van een samenlevingsovereenkomst tegen
n. anders, namelijk:

2.

Wat voor partners kiezen ervoor om geen samenlevingsovereenkomst of slechts een beperkte samenlevingsovereenkomst te sluiten?

a. Opleidingsniveau
b. Waren er verschillen tussen de echtgenoten, zoals
   - opleidingsniveau

- welstand
- afkomst
- etniciteit
- leeftijd
- kinderen uit eerdere relatie

c. Andere bijzondere kenmerken (homoseksuele paren)

3.

Kunt u aangeven welke de belangrijkste redenen zijn om een samenlevings-overeenkomst te sluiten?

a. Pensioen
b. Verblijvensbeding (langstlevende making)
c. Vastleggen eigen goederen
d. Verrekening inkomsten
e. Verrekening vermogen
f. Partneralimentatie
g. Successierecht
h. Het gevoel dat je iets moet regelen
i. Overig:

N.B. Proberen in te schatten hoe vaak bepaalde reden een rol spelen, en wat de doorslaggevende reden is geweest

4.

Maakt u regelmatig samenlevingscontracten waarin geen regeling is opgenomen voor de verrekening van inkomsten/vermogen, noch voor partneralimentatie?
Kunt u een inschatting maken hoe vaak U dergelijke samenlevingscontracten maakt?

a. Geen verrekening inkomsten, hoe vaak per jaar?
b. Geen verrekening vermogen, hoe vaak per jaar?
c. Geen partneralimentatie, hoe vaak per jaar?

5.

Op basis van uw professionele ervaringen: geeft na een relatiebreuk tussen samenwoners de afwikkeling van een ‘samenwonersboedel’ waarin geen verrekening of partneralimentatie speelt aanleiding tot problemen tussen de (ex-) samenwoners?

Wij doelen daarmee zowel op financiële problemen voor een (ex-)samenwoner als op de mogelijkheid dat een (ex-)samenwoner het eindresultaat van de afwikkeling als onbillijk ervaart.

a. Welke samenwoner komt vaak in de problemen? Man of vrouw?
b. Wat is, naar uw mening, de aard van die problemen?
c. Hoe schat u de ernst van die problemen in?
d. Heeft u op basis van uw professionele ervaringen een beeld van het aandeel van formele ex-samenwoners dat ernstig in de problemen komt?
e. Wat zijn kenmerken van mensen die in ernstige problemen komen?
f. Wat is, naar uw mening, de oorzaak van die problemen?

Voorbeelden van problemen:

- Grote ongelijkheid in vermogen ten tijde van scheiding:
- Onbillijke resultaat: de bijdrage van een ex-samenwoner in vorm van zorg- en huishoudelijke arbeid en/of on- onderbetaald werken in het bedrijf of praktijk van de andere ex-samenwoner wordt niet gecompenseerd;
- De levensstandaard van een van een ex-samenwoner daalt ernstig: een ex-samenwoner moet een beroep doen op sociale voorzieningen (of komt in de bijstand terecht).
- Geen aanspraak op verdeling van de tijdens de samenleving aangekochte woning
- Ex-samenwoner (moeder?) heeft minderjarige kinderen te verzorgen die na de verbreking van de relatie bij hem/haar blijven wonen
- Er zijn meerderjarige (studerende) kinderen die na de verbreking van de relatie bij de ex-samenwoner blijven wonen
- Ex-samenwoner heeft tijdens de samenleving niet gewerkt; geen earning capacity opgebouwd
- Andere kenmerken? (bepaalde beroepsgroep (bijv. ondernemers/agrariërs) of opleidingsniveau of omgeving (planologisch)

6.

a. Hoe vaak wordt voor de hiervoor (bij vraag 5) gesignaleerde problemen een (door betrokkenen als billijk ervaren) oplossing gevonden en waarin bestaat die dan?
b. Speelt uw betrokkenheid als notaris daarbij een rol en, zo ja, welke?
c. Zijn er obstakels, en zo ja welke, die naar uw oordeel in de weg staan aan het bereiken van billijke oplossingen?

7.

In hoeveel van de door u behandelde zaken is een minnelijke regeling – buiten de rechter om – tot stand gekomen?

a. Hebben die minnelijke regelingen de onbillijke vermogensrechtelijke gevolgen van beëindiging van de samenleving zonder samenlevingsovereenkomst/met beperkte samenlevingsovereenkomst kunnen verhelpen m.b.t.
   - het vermogen:
   - het ontbreken van een aanspraak op partneralimentatie:
   - het ontbreken van een aanspraak op pensioenverevening:

b. Indien, nee, wat is naar uw mening de oorzaak daarvan?

c. Indien een minnelijke regeling tot stand komt heeft u er zicht op waarom dat – een minnelijke regeling – dan gebeurt?

d. Indien sprake bleef van een geschil over vermogensrechtelijke gevolgen van verbreking van de samenleving heeft u daarover geprocedeerd of werd daar vanaf gezien? Indien u hebt afgezien van het procederen, wat was de reden daarvoor?

e. In hoeverre waren er bij de door u behandelde zaken minderjarige kinderen betrokken.

f. In hoeverre heeft dit – naar uw inschatting – effect gehad op de afhandeling van het vermogensrechtelijke gevolgen van de samenleving

g. Wat zijn naar uw mening de redenen waarom de onbillijke vermogensrechtelijke gevolgen van beëindiging van de samenleving zonder samenlevingsovereenkomst/met beperkte samenlevingsovereenkomst in door de u behandelde zaken niet konden worden verholpen:

8.

Acht u het wenselijk dat er een wettelijke regeling komt ter bestrijding van problemen en door betrokkenen ervaren onbillijkheden bij het verbreken van een langdurige duurzame relatie door mensen die gehuwd noch geregistreerde partners zijn?

Welke regeling zou u voorstellen?

a. Gelijkstelling met gehuwden naar _____ jaar samenleving of indien uit de relatie een kind is geboren, een regeling over het vermogen met betrekking tot:
   - vermogensrechtelijk regime
   - partneralimentatie

- erfrecht

b. gelijkstelling met gehuwden, tenzij de samenlevende partners de toepassing van deze regeling contractueel uitsluiten (opting out)

c. Een apart beperkt wettelijk regime voor duurzaam samenlevende die _____ jaar met elkaar hebben samengewoond indien uit de relatie een kind is geboren, een regeling over het vermogen, met betrekking tot:

- vermogensrechtelijk regime
- partneralimentatie
- erfrecht

d. Toepassing van een apart beperkt regime, tenzij de samenlevende partners de toepassing van deze regeling contractueel uitsluiten (opting out)

VI. INTERVIEWSCHEMA NOTARISSEN M.B.T. GEHUWDEN

Vier te bespreken thema's:

A. Motieven keuze koude uitsluiting;
B. Inzicht in (ontstaan) verschil vermogen tussen partners;
C. Gevolgen daarvan bij scheiding (aard, oorzaken, gevolgen financiële problemen een van ex-partners) en in hoeveel zaken heeft een van ex-partners financiële problemen;
D. Oplossingen in praktijk (minnelijke regeling of via de rechter)

1.
Inleiding

Vragen over maken huwelijkse voorwaarden:

a. Maakt u regelmatig huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting?
b. Kunt u een inschatting maken hoe vaak U dergelijke huwelijkse voorwaarden maakt?
c. Wat voor mensen kiezen voor koude uitsluiting?
   1. Opleidingsniveau
      – laag/middel/hoog
   2. Waren er verschillen tussen de echtgenoten, zoals:
      - opleidingsniveau
      - welstand
      - afkomst
      - etniciteit
      - leeftijd
      - kinderen uit eerdere relatie
   3. Andere bijzondere kenmerken:

Vragen over scheiding:

d. Was er op moment van echtscheiding een significant verschil in de vermogens van de echtgenoten in de door u behandelde zaken?
e. Is dit verschil (scheve verhouding) ontstaan tijdens het huwelijk en gerelateerd aan de koude uitsluiting (uitzondering schenkingen/erfenissen)?
f. Zo ja, is dit verschil (scheve verhouding) mede toe te schrijven geweest aan de rolverdeling tijdens het huwelijk?

2.
Kunt u aangeven welke de belangrijkste motieven zijn om koude uitsluiting overeen te komen? [ITR: niet onderstaande opties voorlezen. Probeer onderscheid te achterhalen tussen eigenlijke (b.v. geen vermogen delen) en oneigenlijke redenen (bescherming tegen schuldeisers).]

a. Men wil geen inkomen/vermogen delen (DV: waarom niet?)
b. Eerdere verbroken relatie al dan niet met kinderen
c. Huwen op latere leeftijd
d. Financiële problemen bij een van de echtelieden/partners (bijvoorbeeld faillissement)
e. Voorhuwelijkse schulden (b.v. studieschulden)
f. Bescherming tegen schuldeisers
g. Eigen bedrijf, ZZP
h. Bescherming tegen schuldeisers
i. Grote verschillen in omvang vermogen
j. Men vertrouwt elkaar niet (expliciete of impliciete indicatie)
k. Etc. ____[INT invullen]

3.
Hoe reageren de partijen, als ze 'oneigenlijke' redenen hebben aangevoerd (b.v. eigen bedrijf of bescherming tegen schuldeisers) en u uitlegt dat een verrekenstelsel daarvoor ook bescherming biedt?

a. Ze kiezen voor een verrekenstelsel (DV hoe vaak ongeveer?)
b. Ze (een of beiden) willen toch met de koude uitsluiting doorgaan (DV hoe vaak ongeveer?)

4.
a. Als u echtelieden of geregistreerde partners voor een transactie bij u op kantoor krijgt en u verneemt (al dan niet op een uitdrukkelijk daartoe door u gestelde vraag), dat partijen koude uitsluiting hebben, vertelt u hun dan van het bijzondere karakter van dergelijke huwelijkse voorwaarden en geeft u hun dan in overweging daaraan iets te doen?
b. Kunt u aangeven in hoeveel gevallen deze opmerkingen voor echtelieden aanleiding zijn de huwelijkse voorwaarden aan te passen?

5.
Wat is uw beeld, op basis van uw professionele ervaringen, bij scheiding. Geeft de afwikkeling van een boedel waarin koude uitsluiting speelt aanleiding tot problemen tussen de (ex-)echtgenoten of (ex-)geregistreerde partners? Wij doelen daarmee zowel op financiële problemen voor een (ex-)partner als op de mogelijkheid dat een (ex-)partner het eindresultaat van de afwikkeling als onbillijk ervaart.

a. Welke partner komt vaak in de problemen? Man of vrouw?
b. Wat is, naar uw mening, de aard van die problemen?
c. Hoe schat u de ernst van die problemen in?
d. Heeft u op basis van uw professionele ervaringen een beeld van het aandeel van formele ex-partners dat ernstig in de problemen komt?
e. Wat zijn kenmerken van mensen die in ernstige problemen komen?
f. Wat is, naar uw mening, de oorzaak van die problemen?
g. In welke mate heeft partneralimentatie ertoe bijgedragen om die problemen te matigen/ verschil in vermogen te compenseren?

Voorbeelden van problemen:
- Grote ongelijkheid in vermogen ten tijde van scheiding:
- Onbillijke resultaat: de bijdrage van een ex-echtgenoot in vorm van zorg- en huishoudelijke arbeid en/of on- onderbetaald werken in het bedrijf of praktijk van de andere ex-echtgenoot wordt niet gecompenseerd;
- De levensstandaard van een van een ex-echtgenoot daalt ernstig: een ex-echtgenoot moet een beroep doen op sociale voorzieningen (of komt in de bijstand terecht).
- Geen aanspraak op verdeling van de tijdens het huwelijk aangekochte woning
- Ex-echtgenoot (moeder?) heeft minderjarige kinderen te verzorgen die na de echtscheiding bij hem/haar blijven wonen
- Er zijn meerderjarige (studerende) kinderen die na de echtscheiding bij de ex-echtgenoot blijven wonen
- Ex-echtgenoot heeft tijdens het huwelijk niet gewerkt; geen earning capacity opgebouwd
- Andere kenmerken? (bepaalde beroepsgroep (bijv. ondernemers/agrariërs) of opleidingsniveau of omgeving (planologisch)

6.

a. Hoe vaak wordt voor de hiervoor (bij vraag 5) gesignaleerde problemen een (door betrokkenen als billijk ervaren) oplossing gevonden en waarin bestaat die dan?
b. Speelt uw betrokkenheid als notaris daarbij een rol en, zo ja, welke?
c. Zijn er obstakels, en zo ja welke, die naar uw oordeel in de weg staan aan het bereiken van billijke oplossingen?

7.

Acht u het wenselijk dat er een wettelijke regeling komt ter doorbreking van koude uitsluiting (men vergelijke het erfrechtelijke art. 4:36 BW)?

a. Welke regeling zou u voorstellen?

Wat vindt u van het navolgende?

a. Verzwaring van de voorlichting: invoeren van verplichte checklijst
b. Vastlegging van de resultaten van de voorlichting in aparte documenten getekend door de notaris en elk der partijen
c. Aparte voorlichting van elk der partijen door een notaris/advocaat
d. Invoeren van verplichte voorlichting van de echtgenoten over de stand van elkaars vermogen (disclosure)
e. Wettelijk verbod van koude uitluiding
f. Invoering van een rechterlijke billijkheidscorrectie voor oude huwelijkse voorwaarden /voor alle huwelijkse voorwaarden
g. Versoepeling van de voorwaarde van de toepassing van de imprévision op de KU
h. voor oude huwelijkse voorwaarden /voor alle huwelijkse voorwaarden
j. anders, namelijk:

8.

Overige vragen:

- Hebt u zelf nog vragen / toevoegingen? Is alles belicht wat u belicht zou willen zien?
- Zou ‘disclosure’ (verplichte openheid voordat k.u. wordt overeengekomen) een oplossing zijn?
- Zou individuele *Belehrung* (man en vrouw apart voorgelicht door notaris) een oplossing zijn?

- Vind je dat middelen uit het algemene vermogensrecht (vb. redelijkheid en billijkheid) volstaan? Zijn algemeen vermogensrecht en huwelijks-vermogensrecht niet te verschillend?

VII. INTERVIEWSCHEMA ADVOCATEN M.B.T. SAMENLEVERS

1.
Inventarisatie:
Vraagstelling op basis van reactie n.a.v. van verzoek tot medewerking aan onderzoek. vragen.
Aantal zaken die behandeld zijn in de afgelopen 3 jaar (periode 2007/2009)
Zonder samenlevingsovereenkomst of met een samenlevingsovereenkomst waarin geen/onvoldoende regeling is getroffen inzake verrekening of deling in elkaars vermogen (verder aangeduid als beperkte samenlevingsovereenkomst)
Hoeveel zaken

Ik wil graag met u spreken over uw ervaring als advocaat betrokken bij de scheiding van samenwoners zonder samenlevingsovereenkomst (X zaken tussen 2007-2009).

Vier te bespreken thema's:
A motieven om geen samenlevingsovereenkomst of slechts een beperkte samenlevingsovereenkomst te sluiten;
B. Inzicht in (ontstaan) verschil vermogen tussen partners
C. gevolgen daarvan bij uit elkaar gaan (aard, oorzaken, gevolgen financiële problemen een van ex-partners)
en in hoeveel zaken heeft een van ex-partners financiële problemen
D oplossingen in praktijk (minnelijke regeling of via de rechter)

A Motieven om geen samenlevingsovereenkomst of slechts een beperkte samenlevingsovereenkomst te sluiten

Op basis van uw ervaring als advocaat betrokken bij uit elkaar gaan samenwoners zonder samenlevingsovereenkomst of met slechts een beperkte samenlevingsovereenkomst (X zaken tussen 2007-2009):

2. Kunt u aangeven welke de belangrijkste redenen zijn geweest om geen samenlevingsovereenkomst of slechts een beperkte samenlevingsovereenkomst te sluiten? [meerdere antwoorden mogelijk?

a. Men wil geen inkomen/vermogen delen (DV: waarom niet?) _____zaken

b. Niet over nagedacht _____zaken

c. Eerdere verbroken relatie al dan niet met kinderen_____zaken

d. Samenwonen op latere leeftijd_____zaken

e. Financiële problemen bij een van de partners (bijvoorbeeld faillissement) _____zaken

f. Bescherming tegen schuldeisers _____zaken

g. Eigen bedrijf, ZZP_____zaken

h. Grote verschillen in omvang vermogen _____zaken

i. Men vertrouwt elkaar niet (expliciete of impliciete indicatie) _____zaken

j. Niet willen binden

k. Een van de partners houdt het sluiten van een samenlevingsovereenkomst tegen

l. anders, namelijk _____
(_____zaken per categorie)

- Bewust _____zaken

- misbruik _____zaken

3. Wat voor partners kiezen om geen samenlevingsovereenkomst of slechts een beperkt samenlevingsovereenkomst te sluiten?

a. Opleidingsniveau

i. Laag:_____zaken

ii. Middel:_____zaken

iii. Hoog: _____zaken

b. Significant verschil in opleidingsniveau tussen partners: _____zaken

c. Significant verschil in niveau van welstand: _____zaken

d. Partner(s) van buitenlandse afkomst: _____zaken

e. Kinderen uit vorige relaties:

- Een partner_____zaken
- Beiden partners_____zaken
- Geen van de partners_____zaken

f. Andere bijzondere kenmerken (etnische afkomst, homoseksuele paren)

_____aantal zaken per categorie

B. Inzicht in (ontstaan) verschil vermogen tussen partners

4. Was er een significant verschil in de vermogens en inkomen van de partners in de door u behandelde zaken?

- Ja**,** _____zaken
- Nee, _____zaken

5. Is dit verschil (scheve verhouding) ontstaan tijdens de samenleving (*uitzondering schenkingen/erfenissen*)?

- Ja**,** _____zaken
- Nee, _____zaken

6. Zo ja, is dit verschil (scheve verhouding) mede toe te schrijven geweest aan de rolverdeling tijdens de samenleving? Met name:

- Een partner heeft voor kinderen en de huishouding gezorgd: _____zaken
-
- Een partner heeft on- of onderbetaald in het bedrijf of de praktijk van de ander gewerkt:_____zaken
-
- Anders, namelijk _____ (_____zaken per categorie)

C. Gevolgen ontbreken van de samenlevingsovereenkomst/ sluiting van slechts beperkte samenlevingsovereenkomst bij uit elkaar gaan samenwoners:
- aard, oorzaken, gevolgen financiële problemen bij een van de ex-partners?
- getalsmatig: in hoeveel zaken heeft een van ex-partners financiële problemen?

Ik wil het nu met u hebben over vermogensrechtelijke afwikkeling bij uit elkaar gaan samenwoners zonder samenlevingsovereenkomst. Op basis van uw ervaring met de [X] door u behandelde zaken in afgelopen 3 jaar… :

7. Geeft de beëindiging van de samenleving zonder samenlevingsovereenkomst/met beperkte samenlevingsovereenkomst aanleiding tot financiële problemen voor een van ex-partners?

- Ja, in _____zaken

- nee, in_____zaken

  a. Zo ja, welke partner komt dan in de problemen?

  - Man, _____zaken

  - Vrouw_____zaken

b. Wat is de aard van die problemen:

- Grote ongelijkheid in vermogen ten tijden van scheiding: _____zaken

- Onbillijk resultaat: de bijdrage van een partner in vorm van zorg- en huishoudelijke arbeid en/of on- onderbetaald werken in het bedrijf of praktijk van de andere partner wordt niet gecompenseerd:_____zaken

- De levensstandaard van een van de partners daalt ernstig: _____zaken

- Partner moet zijn woning verlaten: _____zaken

- Een partner komt in de bijstand terecht: _____zaken

- Partner (moeder) met minderjarige kinderen vervalt in armoede: _____zaken

c. Hoe schat u de ernst van die problemen in? *DV*

- gering: _____zaken

- matig:_____ zaken

- ernstig:____ zaken

- zeer ernstig: _____zaken

8. In hoeveel van de door u behandelde zaken gaf de vermogensrechtelijke afwikkeling van de beëindigde relatie, aanleiding tot problemen die gerelateerd waren aan:

- het ontbreken van een regeling over het vermogen _____aantal zaken

- het ontbreken van een aanspraak op partneralimentatie_____aantal zaken

- het ontbreken van een aanspraak op pensioenverevening _____aantal zaken

Bij 9 Doorvragen naar persoonskenmerken van de mensen die in de problemen komen

9. Wat zijn kenmerken van partners die in <u>ernstige en zeer ernstige</u> problemen komen?

a. vrouw (_____zaken)/ man (_____zaken), waarmee minderjarige kinderen na de scheiding blijven wonen

b. vrouw (_____zaken)/ man (_____zaken), waarmee meerderjarige studerende kinderen na de scheiding blijven wonen

c. partner man (_____zaken), vrouw (_____zaken) die tijdens het huwelijk niet werkte/had kleine parttime ban

d. partner die uit ander land afkomstig is (_____zaken)

e. partner met laag (_____zaken); middel (_____zaken) hoog (_____zaken) opleidingsniveau

f. partner wonende in het dorp (_____zaken); stad (_____zaken)

g. anders, namelijk _____ (_____zaken per categorie)

D oplossingen in praktijk (minnelijke regeling of via de rechter)

10. In hoeveel van de door u behandelde zaken is een minnelijke regeling – buiten de rechter om – tot stand gekomen? _____

a. Hebben die minnelijke regelingen de onbillijke vermogensrechtelijke gevolgen van beëindiging van de samenleving zonder samenlevingsovereenkomst/met beperkte samenlevingsovereenkomst kunnen verhelpen m.b.t.

– het vermogen: Ja _____zaken/nee_____zaken
– het ontbreken van een aanspraak op partneralimentatie:

Ja _____zaken/nee_____zaken

– van het ontbreken van een aanspraak op pensioenverevening:
Ja _____zaken/nee_____zaken

Indien, nee, wat is naar uw mening de oorzaak daarvan?

11. Indien sprake bleef van een geschil over vermogensrechtelijke gevolgen van verbreking van samenleving heeft u daarover geprocedeerd of werd daar van af gezien?

– **Indien u hebt afgezien van het procederen, wat was de reden daarvoor?**

– **Voor zover u het geschil voorlegde aan de rechter: wat verzocht of vorderde u?**

– **Heeft dat geleid tot een beslissing van de rechter en heeft deze beslissing – naar uw mening – de onbillijke vermogensrechtelijke gevolgen van beëindiging van de samenleving zonder samenlevings-overeenkomst/met beperkte samenlevingsovereenkomst kunnen verhelpen m.b.t.**

  – het vermogen: Ja _____zaken/nee_____zaken
  – het ontbreken van een aanspraak op partneralimentatie:
    Ja _____zaken/nee_____zaken
  – van het ontbreken van een aanspraak op pensioenverevening:
  Ja _____zaken/nee_____zaken

– **Indien, nee, wat was de reden daarvoor?**

12. In hoeverre waren er bij de door u behandelde zaken minderjarige kinderen betrokken?

_____zaken

In hoeverre heeft dit – naar uw inschatting – effect gehad op de afhandeling van het vermogensrechtelijke gevolgen van de samenleving?

13. Wat zijn naar uw mening de reden waarom de onbillijke vermogensrechtelijke gevolgen van beëindiging van de samenleving zonder samenlevingsovereenkomst/met beperkte samenlevingsovereenkomst in door de u behandelde zaken niet konden worden verholpen?

a. De imperfecte wettelijke regeling_____

b. De houding van de rechters_____

c. Anders, namelijk_____

14. Acht u het wenselijk dat er een wettelijke regeling komt ter regeling van de gevolgen bij de verbreking van en (langdurige) duurzame samenleving

Ja____/nee_____

Indien ja, welke regeling zou u voorstellen?

a. Gelijkstelling met gehuwden naar _____ jaar samenleving of indien uit de relatie een kind is geboren een regeling over het vermogen, met betrekking tot:

– vermogensrechtelijk regime
– partneralimentatie
– erfrecht

b. Gelijkstelling met gehuwden, tenzij de samenlevende partners de toepassing van deze regeling contractueel uitluiten (*opting out*)

c. Een apart beperkt wettelijk regime voor duurzaam samenlevende die _____ jaar met elkaar hebben samengewoond indien uit de relatie een kind is geboren een regeling over het vermogen, met betrekking tot:

– vermogensrechtelijk regime
– partneralimentatie
– erfrecht

d. Toepassing van een apart beperkt regime, tenzij de samenlevende partners de toepassing van deze regeling contractueel uitluiten *(opting out*)

VIII. INTERVIEWSCHEMA ADVOCATEN M.B.T. GEHUWDEN

1.
Inventarisatie:
Vraagstelling op basis van reactie n.a.v. van verzoek tot medewerking aan onderzoek.
Zie beantwoording vragen.
Aantal zaken die behandeld zijn in de afgelopen 3 jaar (periode 2007/2009)
Ex-echtgenoten is tevens ex-geregistreerde partners
Hoeveel zaken.

Ik wil graag met u spreken over uw ervaring als advocaat betrokken bij de echtscheiding van echtgenoten met koude uitsluiting gehuwd (X zaken tussen 2007-2009).

Vier te bespreken thema's:
A motieven keuze koude uitsluiting;
B. Inzicht in (ontstaan) verschil vermogen tussen partners
C. gevolgen daarvan bij scheiding (aard, oorzaken, gevolgen financiële problemen een van ex-partners)
en in hoeveel zaken heeft een van ex-partners financiële problemen
D oplossingen in praktijk (minnelijke regeling of via de rechter)

A. Motieven keuze koude uitsluiting

Afgaande op uw ervaring als advocaat betrokken bij de echtscheiding van echtgenoten met koude uitsluiting gehuwd (X zaken tussen 2007-2009).

2. Welke zijn de belangrijkste motieven geweest om koude uitsluiting – destijds – overeen te komen? (*Meerdere antwoorden zijn mogelijk*)

a. Men wil geen inkomen/vermogen delen (DV: waarom niet?) _____zaken

b. Eerdere verbroken relatie al dan niet met kinderen_____zaken

c. Huwen op latere leeftijd_____zaken

d. Financiële problemen bij een van de echtelieden/partners (bijvoorbeeld faillissement) _____zaken

e. Voorhuwelijkse schulden (b.v. studieschulden) _____zaken

f. Bescherming tegen schuldeisers _____zaken

g. Eigen bedrijf, ZZP_____zaken

h. Grote verschillen in omvang vermogen _____zaken

i. Men vertrouwt elkaar niet (expliciete of impliciete indicatie) _____zaken

j. anders, namelijk _____ (_____zaken per categorie)

- Bewust _____zaken

- misbruik _____zaken

3. wat voor mensen kiezen voor KU?

a. Opleidingsniveau
   - Laag:_____zaken
   - Middel:_____zaken
   - Hoog: _____zaken

b. Significant verschil in opleidingsniveau tussen echtgenoten: _____zaken

c. Significant verschil in niveau van welstand: _____zaken

d. Partner(s) buitenlandse afkomst: _____zaken

e. Kinderen uit vorige relaties:

- Een partner_____zaken
- Beide partners_____zaken
- Geen van de partners_____zaken

f. Andere bijzondere kenmerken (etnische afkomst, heteroseksuele paren)

_____aantal zaken per categorie

B. Inzicht in (ontstaan) verschil vermogen tussen partners

4. Was er op moment van behandeling van de zaak een significant verschil in de vermogens van de echtgenoten in de door u behandelde zaken?

- Ja**,** _____zaken
- Nee, _____zaken

5. Is dit verschil (scheve verhouding) ontstaan tijdens het huwelijk gerelateerd aan de koude uitsluiting (*uitzondering schenkingen/erfenissen*)?

- Ja**,** _____zaken
- Nee, _____zaken

6. Zo ja, is dit verschil (scheve verhouding) mede toe te schrijven geweest aan de rolverdeling tijdens het huwelijk? Met name:

- Een echtgenoot heeft voor kinderen en de huishouding gezorgd: _____zaken
- Een echtgenoot heeft on- of onderbetaald in het bedrijf of de praktijk van de ander gewerkt:_____zaken
- Anders, namelijk _____ (_____zaken per categorie)

C. Gevolgen van KU bij scheiding:
- aard, oorzaken, gevolgen financiële problemen bij een van de ex-partners?
- getalsmatig: in hoeveel zaken heeft een van ex-partners financiële problemen?

Ik wil het nu met u hebben over boedelafwikkeling bij echtscheiding waarin KU speelt.
Op basis van uw ervaring met de [X] door u behandelde zaken in afgelopen 3 jaar…

7. Geeft de afwikkeling van een boedel waarin koude uitsluiting speelt, aanleiding tot financiële problemen voor een van de (ex-)echtgenoten?

- Ja, in _____zalen

- nee, in_____zaken

a. **Zo ja, welke partner komt dan in de problemen?**

- Man, _____zaken

- Vrouw_____zaken

b. Wat is de aard van die problemen?

- Grote ongelijkheid in vermogen ten tijden van scheiding: _____zaken

- Onbillijk resultaat: de bijdrage van een ex-echtgenoot in vorm van zorg- en huishoudelijke arbeid en/of on- onderbetaald werken in het bedrijf of praktijk van de andere ex-echtgenoot wordt niet gecompenseerd: _____zaken

- De levensstandaard van een van de ex-echtgenoten daalt ernstig: _____zaken

- Ex-echtgenoot moet zijn woning verlaten: _____zaken

- Een ex-echtgenoot komt in de bijstand terecht: _____zaken

– Ex-echtgenoot (moeder) met minderjarige kinderen vervalt in armoede: _____zaken

c. Hoe schat u de ernst van die problemen in? *DV*

– gering: _____zaken

– matig:_____ zaken

– ernstig:____ zaken

– zeer ernstig: _____zaken

8. In hoeverre heeft partneralimentatie geholpen om die problemen te matigen?

– niet: _____zaken

– in geringe mate:_____ zaken

– deels:____ zaken
– in grote mate

– wel: _____zaken

Bij 9 Doorvragen naar persoonskenmerken van de mensen die in de problemen komen

9. Wat zijn kenmerken van mensen die in <u>ernstige en zeer ernstige</u> problemen komen?

a. vrouw (_____zaken)/ man (_____zaken), waarmee minderjarige kinderen na de scheiding blijven wonen

b. vrouw (_____zaken)/ man (_____zaken), waarmee meerderjarige studerende kinderen na de scheiding blijven wonen

c. ex-echtgenoot man (_____zaken), vrouw (_____zaken) die tijdens het huwelijk niet werkte/had kleine parttime baan

d. ex-echtgenoot die uit ander land afkomstig is (_____zaken)

e. ex-echtgenoot met laag (_____zaken); middel (_____zaken) hoog (_____zaken) opleidingsniveau

f. ex-echtgenoot wonende in het dorp (_____zaken); stad (_____zaken)

g. anders, namelijk _____ (_____zaken per categorie)

D oplossingen in praktijk (minnelijke regeling of via de rechter)

10. In hoeveel van de door u behandelde zaken is een minnelijke regeling – buiten de rechter om – tot stand gekomen?

_____

- **Hebben die minnelijke regelingen de onbillijke gevolgen van de KU in afdoende mate kunnen verhelpen?**

  Ja _____zaken/nee_____zaken

- **Indien, nee, wat is naar uw mening de oorzaak daarvan?**

11. Indien sprake bleef van een geschil over de aan de koude uitsluiting gerelateerde gevolgen, heeft u daarover geprocedeerd of werd daarvan afgezien?

- **Indien u hebt afgezien van procederen, wat was de reden daarvoor?**

- **Voor zover u het geschil voorlegde aan de rechter: wat verzocht of vorderde u?**

- **Heeft dat geleid tot een beslissing van de rechter en heeft deze beslissing – naar uw mening – de onbillijke gevolgen van de KU in afdoende mate kunnen verhelpen?**

  Ja _____zaken/nee_____zaken

- **Indien, nee, wat was de reden daarvoor ?**

12. In hoeverre waren er bij de door u behandelde zaken minderjarige kinderen betrokken.
In hoeverre heeft dit – naar uw inschatting – effect gehad op de afhandeling van het vermogen?

13. Wat zijn naar uw mening de redenen waarom de onbillijke gevolgen van koude uitsluiting in door de u behandelde zaken niet konden worden verholpen?

a. De imperfecte wettelijke regeling_____

b. De houding van de rechters_____

c. Slechte voorlichting door de notarissen_____

d. Anders, namelijk_____

14. Acht u het wenselijk dat er een wettelijke regeling komt ter doorbreking van koude uitsluiting (men vergelijke het erfrechtelijke art. 4:36 BW)?

Ja____/nee_____

Indien ja, welke regeling zou u voorstellen?

a. Aparte voorlichting van elk der partijen door een notaris

b. Verzwaring van de voorlichting: invoeren van verplichte checklijst

c. Neerleggen van de resultaten van de voorlichting in aparte documenten getekend door de notaris en elk der partijen

d. Invoeren van verlichte voorlichting van de echtgenoten over de stand van elkaars vermogen (*disclosure*)

e. Wettelijk verbod van koude uitluiding

f. Invoering van een rechterlijke billijke correctie

– voor oude gevallen
– voor alle gevallen

g. Versoepeling van de voorwaarden voor de toepassing van de imprévision op de KU

– voor oude gevallen
– voor alle gevallen

h. anders, namelijk:

Bijlage 4. Stellingen voor de expertmeetings

A. Stellingen voor de eerste expertmeeting (16 juni 2010), gewijd aan de problemen na scheiding van ongehuwd samenlevende partners

1. Afzien van een samenlevingsovereenkomst

In de totale groep ongehuwd samenwonenden zijn drie subgroepen te onderscheiden:
- jonge mensen die samenleven bij wijze van 'proefhuwelijk'
- ongehuwd samenwonende paren *met* minderjarige kinderen
- ouderen zonder thuiswonende kinderen die na beëindiging van een eerdere relatie met een nieuwe partner samenwonen.

We kijken nu specifiek naar de tweede groep (samenwoners met minderjarige kinderen).

1.1. In die groep ongehuwd samenwonende paren met minderjarige kinderen bevinden zich meer *hoogopgeleide* vrouwen dan in de groep gehuwde paren.

1.2. Vrouwen in die groep ongehuwd samenwonende paren met minderjarige kinderen *werken* evenveel buitenshuis als vrouwen in de groep gehuwde paren.

1.3. Slechts een minderheid van samenlevers die bij de notaris komen, laat zich niet overtuigen van het nut van een samenlevingsovereenkomst waarin iets wordt geregeld over verrekening van inkomsten/vermogen of zelfs partner-alimentatie.

2. Belangrijkste redenen voor sluiten samenlevingsovereenkomst

2.1. De redenen voor het sluiten van een samenlevingsovereenkomst liggen vaak primair in het zorgen voor een verblijvensbeding voor de woning of het regelen van pensioenaanspraken.

2.2. Voor wie wil dat over en weer vermogen wordt opgebouwd, is gezamenlijk sparen op een en/of-rekening of een gezamenlijk huis een aantrekkelijkere mogelijkheid dan het sluiten van een verrekenbeding.

3. Het ontstaan van vermogensverschillen tussen de partners

3.1. Ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen zijn net zo vaak economisch *afhankelijk* van hun partner als gehuwde vrouwen.

3.2. Ook bij samenlevers ontstaan er tijdens de samenleving vermogensverschillen, veelal samenhangend met de rolverdeling tussen man en vrouw, maar in mindere mate dan bij gehuwden.

4. Problemen als gevolg van ontoereikende samenlevingsovereenkomst (financieel c.q. onbillijkheid)

Na een scheiding gaan vrouwen gemiddeld 21% achteruit in koopkracht. Bij ongehuwd samenlevende vrouwen is die daling slechts 14%. De verklaring wordt gezocht in het feit dat de vrouwen die niet trouwen, ook als ze kinderen krijgen, wat hoger opgeleid zijn. Het hogere opleidingsniveau zorgt voor meer financiële zelfstandigheid, zowel tijdens de relatie als na verbreking daarvan.

4.1. Na de relatiebreuk daalt de koopkracht van samenwonende vrouwen met kinderen doorgaans net zoveel als die van gehuwde vrouwen.

4.2. De financiële problemen bij relatiebreuk van ongehuwd samenwonende vrouwen met kinderen zijn minder ernstig dan die van vrouwen die onder koude uitsluiting zijn gehuwd.

4.3. Bij relatiebreuk van samenlevers worden problemen minder zwaar genomen dan bij ex-echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd. (Citaat: ‘Ik heb gemerkt dat deze mensen minder ‘strak in hun vel zitten’ dan bij huwelijken. Ze hebben iets luchtigs over zich. Er is wel een probleem, maar dat moet opgelost worden.’)

5. Oplossingen voor dergelijke problemen

5.1. 'De man weet ook wel dat het met de kinderen niet goed gaat als de vrouw het met alleen maar kinderalimentatie moet doen.'

5.2. Er bestaat vaak bereidheid tot het treffen van een regeling, vaak in de vorm van tijdelijke partneralimentatie.

5.3. Het bereiken van een oplossing door middel van een gerechtelijke procedure vindt niet plaats, doordat de kans op succes zeer laag wordt geacht.

6. Wettelijke regeling wenselijk?

6.1. Er bestaat een zekere behoefte aan een regeling voor partneralimentatie, vooral als er kinderen zijn.

6.2. Bij ongehuwde samenlevers met kinderen bestaat soms behoefte aan een regeling van vermogensoverheveling.

6.3. Er is behoefte aan procesrechtelijke gelijkstelling van samenlevers en gehuwden, zodat de verzoekschriftprocedure ook voor zaken tussen samenlevers geldt.

B. Stellingen voor de tweede expertmeeting (16 juni 2010), gewijd aan de problemen na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde partners

1. Het maken van huwelijkse voorwaarden

1.1. In mijn notarispraktijk komt het nog regelmatig voor dat huwelijkse voorwaarden worden gemaakt die neerkomen op koude uitsluiting van gemeenschap en verrekening, zeker voor het geval van echtscheiding.

2. Motieven voor koude uitsluiting

2.1. Vrouwen die huwen in koude uitsluiting en binnen dat huwelijk kinderen krijgen, hebben (in vergelijking met niet in koude uitsluiting gehuwde vrouwen):

- een hoger opleidingsniveau
- niet vaker een betaalde baan (naast zorg voor kinderen).

2.2. De meeste mensen met een eigen bedrijf kiezen voor koude uitsluiting.

2.3. Mensen uit de agrarische sector kiezen nog steeds meestal voor koude uitsluiting.

2.4. Echtelieden kiezen koude uitsluiting omdat de belastingadviseur en de accountant verrekenbedingen niet zien zitten.

2.5. 'Vroeger wisten beide echtgenoten vaak niet wat koude uitsluiting inhield, tegenwoordig vaak alleen de vrouw niet.'

2.6. Vóór 1990 schoot de notariële voorlichting over de gemaakte huwelijkse voorwaarden tekort.

2.7. De voorlichting over huwelijkse voorwaarden moet ook nu nog worden verbeterd.

3. Ontstaan van vermogensverschillen

3.1. Koude uitsluiting draagt tijdens huwelijk bij aan het ontstaan of vergroten van vermogensverschillen tussen man en vrouw, vaak in verband met een traditionele rolverdeling.

3.2. 'Meestal is de vrouw de pineut. Haar positie is aan het begin al slechter en er is nooit wat aan gedaan tijdens de rit.'

4. Scheiding: problemen bij onder koude uitsluiting gehuwden

Volgens statistische gegevens kampt 40% van de vrouwen met kinderen na een echtscheiding, ondanks de compenserende werking van gemeenschap van goederen, met substantiële financiële problemen (lagere inkomsten, achteruitgang in woonkwaliteit). Omdat deze compenserende werking in geval van koude uitsluiting ontbreekt, kan verondersteld worden dat de financiële problemen bij vrouwen die gehuwd waren in koude uitsluiting, ernstig en frequent zijn.

4.1. Financiële problemen doen zich vooral voor ten aanzien van huisvesting van de vrouw.

4.2. Bij deze groep staat de echtelijke woning doorgaans niet mede op de naam van de vrouw.

4.3. Financiële problemen doen zich vooral voor als er minderjarige kinderen zijn.

4.4. Echt schrijnende gevallen zijn zeldzaam.

4.5. Ik ken uit mijn eigen praktijk voorbeelden van vrouwen die in de bijstand terechtkwamen.

4.6. Het verschil in vermogen als gevolg van koude uitsluiting leidt tot gevoelens onbillijk behandeld te worden.

5. Oplossingen

5.1. Als er minderjarige kinderen zijn, is de man vrijwel altijd bereid een minnelijke regeling te treffen.

5.2. Als er geen minderjarige kinderen zijn, komt er doorgaans geen minnelijke regeling tot stand.

5.3. De regelingen komen tot stand in het nadrukkelijke besef dat het gaat om (zonder regeling) niet juridisch afdwingbare aanspraken.

5.4. Het onderhandelingsproces is onevenwichtig, doordat de man tot niets verplicht is en naar de rechter stappen voor de vrouw geen reële optie is.

6. Wettelijke regeling wenselijk?

6.1. Vooral voor oude gevallen is er behoefte aan bijvoorbeeld een billijkheids-correctie op koude uitsluiting.

6.2. Betere voorlichting is veel belangrijker dan het creëren van nieuwe wettelijke aanspraken.

C. Stellingen voor de derde expertmeeting (7 september 2010), gewijd aan de op grond van de voorlopige onderzoeksbevindingen overwogen instrumenten

Hieronder formuleren wij enige stellingen over mogelijke instrumenten om tegemoet te komen aan (eventuele) vermogensrechtelijke problemen na scheiding van ex-echtgenoten die in koude uitsluiting waren gehuwd of van ongehuwd samenwonenden die geen samenlevingsovereenkomst hadden gesloten dan wel een samenlevingsovereenkomst zonder bepalingen over verrekening van inkomen of vermogen en/of partneralimentatie.
U wordt gevraagd tijdens de expertmeeting uw zienswijze te geven over deze instrumenten, onder meer ten aanzien van uitvoerbaarheid, effectiviteit (en efficiëntie), belasting rechterlijke macht, juridisch-technische problemen, etc.

A. GEHUWD IN KOUDE UITSLUITING

1. **Partijen dienen voorafgaand aan het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden ieder *afzonderlijk* deskundig te worden voorgelicht. De wet dient een opsomming te bevatten van de onderwerpen die tijdens deze voorlichting aan de orde moeten komen.**

Dit voorstel is gebaseerd op de Australische en Nieuw-Zeelandse regelingen en biedt de zwakkere en de onvoldoende geïnformeerde partij een bescherming tegen argeloosheid en misbruik door de andere partij. Het is het meest vergaande voorstel, waarop verschillende varianten denkbaar zijn, zoals: geen afzonderlijke voorlichting, voorlichting ook door andere dienstverleners dan de instrumenterende notaris (incl. advocaten), deze vorm van voorlichting alleen indien partijen koude uitsluiting willen overeenkomen, etc.

2. **In de wet moeten de echtelijke woning en de huishoudelijke goederen een aparte en dwingendrechtelijke status krijgen, indien tot het gezin minderjarige kinderen behoren. De rechter dient de bevoegdheid te hebben deze goederen na echtscheiding aan een van de echtgenoten of aan de echtgenoten tezamen in eigendom of (vrucht)gebruik toe te wijzen, ongeacht wie gerechtigd is tot deze goederen en ongeacht welke overeenkomsten partijen hieromtrent hebben gesloten. De toewijzing dient te geschieden aan de echtgenoot die daaraan de grootste behoefte heeft, in het bijzonder in verband met de verzorging en opvoeding van de kinderen, al dan niet met een verplichting tot vergoeding ten bedrage van ten hoogste de**

waarde van het goed dat de andere echtgenoot ten gevolge van de uitoefening van deze bevoegdheid verliest.

Dit voorstel is gebaseerd op de Zweedse regeling. Het stelt de echtgenoot met kinderen in staat om de echtelijke woning met de inboedel over te nemen, als deze formeel (mede) eigendom is van de andere echtgenoot. Dat betekent dat deze voor het gezin en vooral voor de kinderen belangrijkste objecten als het ware aan de werking van de koude uitsluiting zijn onttrokken. De toewijzing kan tegen een vergoeding geschieden, die over een langere periode kan worden gespreid, al dan niet tegen betaling van rente. De verschuldigde vergoeding kan in de hoogte van de partneralimentatie worden verdisconteerd.

3. **Een mogelijkheid van rechterlijke billijkheidscorrectie in geval dat de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door de veranderde omstandigheden extreem ongunstig zijn geworden voor de kinderen van de partijen of de verzorgende ouder.**

Dit voorstel is gebaseerd op de Australische regelingen. Deze mogelijkheid zou de rechter in staat stellen om huwelijke voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, aan te passen in het geval dat binnen de relatie kinderen zijn geboren, of wanneer de kinderen of de verzorgende ouder na het maken van de huwelijkse voorwaarden ernstig ziek of gehandicapt zijn geraakt.

4. **Rechterlijke billijkheidscorrectie om huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitluiding opzij te kunnen zetten of aan te passen indien die onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden ten tijde van het maken daarvan, van de latere ontwikkelingen, en van alle omstandigheden van het geval.**

Dit voorstel is gebaseerd op de Zweedse regeling. Deze mogelijkheid wordt beschouwd als een belangrijke innovatie van het moderne Zweedse recht. In Zweden heeft de rechter de beperkte bevoegdheid om de onredelijke huwelijkse voorwaarden aan te passen of opzij te zetten.

5. **In de wet dient een regeling te worden opgenomen op grond waarvan de echtgenoot die arbeid heeft verricht in het door de andere echtgenoot uitgeoefende beroep of bedrijf of in diens huishouding, zonder voor die arbeid een passende beloning te ontvangen, recht heeft op een billijke vergoeding.**

Dit voorstel is gebaseerd op het amendement Anker bij het wetsvoorstel tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), 28 867, nr. 15.

B. ONGEHUWDE SAMENLEVING

6. De algemene bekendheid van de voordelen van een samenlevingsovereenkomst en het bestaan van rechtsfiguren als redelijkheid en billijkheid, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling, maken het overbodig een bijzondere vermogensrechtelijke regeling te ontwerpen met betrekking tot de verbreking van een duurzame relatie door ongehuwde en ongeregistreerde stellen.

Deze stelling, waarmee geen wettelijk instrument wordt voorgesteld, is gebaseerd op de gedachte dat er al voldoende instrumenten voorhanden zijn om 'onbillijkheden' bij ongehuwde samenwoners die vermogensrechtelijk geen inkomen of vermogen met elkaar delen te ondervangen. Het is veeleer zaak de gedupeerde in de bestaande oplossingen wegwijs te maken, dan er nieuwe aan toe te voegen.

7. De wet dient aan ongehuwd samenlevenden die geen samenlevingsovereenkomst hebben gesloten of slechts een samenlevingsovereenkomst zonder bepalingen over verrekening van inkomen of vermogen en/of partneralimentatie, dezelfde bescherming tegen onbillijkheden te bieden als aan echtgenoten die in koude uitsluiting zijn gehuwd (met inbegrip van partneralimentatie), indien uit de relatie één of meer kinderen zijn geboren, dan wel tot het gezin één of meer minderjarige kinderen behoren en de relatie een substantiële periode heeft geduurd.

Dit voorstel is gebaseerd op de bevindingen van het sociaal-demografisch onderzoek. Voor de mogelijke regelingen wordt verwezen naar de voorstellen voor gehuwden. Een variant hierop zou kunnen zijn dat als twee personen gedurende een bepaalde periode hebben samengeleefd alsof zij waren gehuwd, titel 6 van Boek 1 BW op hen van overeenkomstige toepassing is en dat als aan deze samenleving een einde komt, de artikelen 1:157 e.v. BW van overeenkomstige toepassing zijn (partneralimentatie). Een andere variant zou kunnen zijn om het recht op partneralimentatie afhankelijk (of mede afhankelijk) te laten zijn van het oordeel van de rechter dat dit redelijk is. Dit laatste is het geval in de Nederlandse Antillen.

8. **Het toestemmingsvereiste van 1:88 lid 1 onder a BW moet van overeenkomstige toepassing zijn op overeenkomsten tot vervreemding, bezwaring, of ingebruikgeving van de gezinswoning van ongehuwd samenlevenden en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een zodanige woning .**

Het voorstel is gebaseerd op de Zweedse regeling, die de gezinswoning van ongehuwd samenlevenden dezelfde bescherming biedt als de gezinswoning van de gehuwden.

9. **Partijen dienen te kunnen afwijken van een eventuele wettelijke regeling als hiervoor bedoeld ('opting out').**
   Wel dient de wet dan een rechterlijke billijkheidscorrectie te bevatten om de overeenkomst waarmee de partners te toepassing van de wettelijke bescherming uitsluiten, opzij te zetten of aan te passen, indien die onredelijk zijn gelet op de inhoud ervan, de omstandigheden ten tijde van het sluiten en alle overige omstandigheden van het geval.

De mogelijkheid van *opting out* komt in bijna alle onderzochte landen voor. Zij verzekert dat de partijautonomie wordt gerespecteerd van partners die willens en wetens aan hun relatie geen financiële gevolgen willen toekennen. Dit beschermt de zwakkere partij beter dan *opting in* – registratie of samenlevingsovereenkomst – omdat bij *opting out* de sterkere partij afhankelijk is van de instemming van de zwakkere, terwijl dat bij *opting in* niet het geval is.
Het voorstel van de billijkheidscorrectie is gebaseerd op de Zweedse regeling. Aldus heeft de rechter de beperkte bevoegdheid om onredelijke *opting out*-overeenkomsten aan te passen of opzij te zetten.