

Huwelijkse voorwaarden en afwijkende afspraken

Mr. T.J. Backx

Recent zijn er twee uitspraken gepubliceerd waarbij de vraag speelde of een vermogensrechtelijke afspraak ten tijde van het huwelijk, door partijen die op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd, rechtsgeldig is indien deze afspraak niet in de vorm van een notariële akte (wijziging huwelijkse voorwaarden) is vastgelegd. Waarop dient men in een dergelijke situatie alert te zijn?

De zaak die speelde bij het Gerechtshof Den Haag¹ betrof een situatie waarbij partijen op de dag van het passeren van de akte van huwelijkse voorwaarden een allonge hebben ondertekend. Deze allonge werd opgemaakt in de vorm van een onderhandse akte, opgesteld door de notaris. In de huwelijkse voorwaarden zijn partijen een gemeenschap van goederen overeengekomen met uitzondering van een specifieke beleggingsrekening van de vrouw. In de allonge is opgenomen dat buiten de in de huwelijkse voorwaarden gecreëerde gemeenschap een bedrag van € 600.000 zal blijven als zijnde privévermogen van de vrouw. Tevens is opgenomen dat de vrouw dit bedrag ter beschikking zal stellen aan de gemeenschap tegen een rentevergoeding van 4,5% en dat medio 2009 beoordeeld wordt of de terbeschikkingstelling nog wenselijk is. Volgens de notaris kon de inhoud van de allonge niet in de huwelijkse voorwaarden worden opgenomen ‘aangezien deze omschrijving niet sluitend weergeeft hetgeen buiten de huwelijksgemeenschap dient te blijven.’

In de echtscheidingsprocedure stelt de man zich op het standpunt dat de in de allonge opgenomen afspraken (specifiek de rentevergoeding) nietig zijn doordat deze niet zijn opgenomen in een notariële akte en daarmee niet aan het vereiste van art. 1:115 BW voldoen. Art. 1:115 BW bepaalt dat huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan.

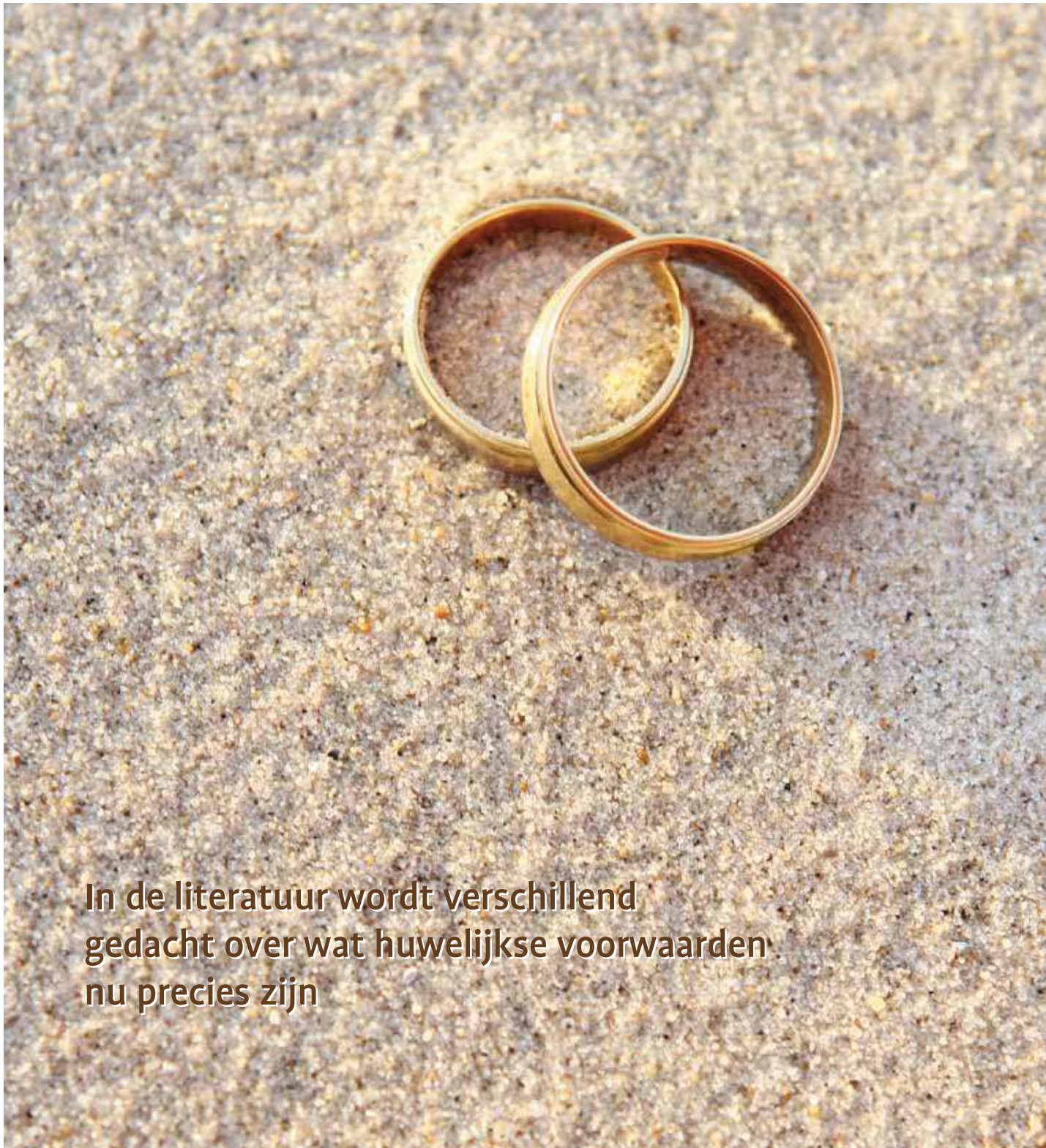
De rechtbank heeft de vordering van de vrouw op de gemeenschap vastgesteld op € 600.000 en de rentevergoeding afgewezen. Beide partijen gaan in beroep. In hoger beroep ziet het hof zich gesteld voor de vraag hoe de huwelijkse voorwaarden zich verhouden tot de in de allonge gemaakte afspraken. Is er sprake van een uitwerking/precisering van de huwelijkse voorwaarden of beoogt de allonge een afwijking dan wel aanpassing van de huwelijkse voorwaarden?

In het laatste geval hadden de afspraken, zoals de man stelt, in een notariële akte opgenomen moeten worden. Het hof beantwoordt deze vraag door onderzoek te doen naar de bedoelingen van partijen en kijkt daarbij, overeenkomstig vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, niet uitsluitend naar de taalkundige uitleg van de overeenkomst, maar tevens naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan het overeengekomen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²

Al doende is het hof in dit geval van oordeel dat de allonge geen wijziging van de huwelijkse voorwaarden

¹ Gerechtshof Den Haag 6 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2955 en RFR 2018/19.

² Zie Hoge Raad 13 maart 1981, LJN AG4158 en NJ 1981/635 (Haviltex).



**In de literatuur wordt verschillend
gedacht over wat huwelijkse voorwaarden
nu precies zijn**

behelst, maar een nadere precisering van het uitgesloten goed (de beleggingsrekening van de vrouw). Voorts overweegt het hof ten aanzien van de rentevergoeding: 'Aangenomen mag worden dat geen sprake is van een huwelijkse voorwaarde, wanneer een nadere overeenkomst ziet op de feitelijke invulling van de door de bestaande huwelijkse voorwaarden in het leven geroepen rechtsverhouding. Het hof is van oordeel dat hier sprake is van een feitelijke invulling en dat met de overeenkomst ten aanzien van de rente niet een afwijking is gemaakt van de huwelijkse voorwaarden.'

Hoge Raad 22 december 2017

In een andere zaak, die speelde bij de Hoge Raad³, waren partijen op huwelijkse voorwaarden gehuwd, inhoudende een finaal verrekenbeding bij echtscheiding. Tijdens het huwelijk (in 2009) hebben partijen afspraken gemaakt over de verrekening tijdens het huwelijk. Die afspraken hielden in dat de vrouw uit hoofde van verrekening reeds tijdens het huwelijk per saldo € 10 miljoen van de man ontving. Voorts werd de eigendom van de echtelijke woning (waarvan uitsluitend de man eigenaar was) overgedragen aan een stichting (waar onder meer de vrouw in het bestuur zat). Niet lang daarna failliede de man en zijn ondernemingen. De curator vordert in hoger beroep om te bepalen dat de titel voor de levering van de woning aan de stichting (te weten: de afspraken die partijen tijdens het huwelijk hebben gemaakt) nietig is, nu de afspraken niet zijn neergelegd in een notariële akte zoals vereist op grond van art. 1:115 BW.

Het hof stelt de curator in het gelijk. Daartoe overweegt het hof (cursivering door TB): 'Ingevolge art. 1:115 lid 1 BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Deze notariële tussenkomst strekt ter bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden (vgl. HR 27 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7541), alsmede tot de bescherming van de (verhaals)belangen van derden (schuldeisers). Ook een wijziging van huwelijkse voorwaarden is aan het hier bedoelde vormvereiste onderworpen. Onder huwelijkse voorwaarden (als bedoeld in art. 1:114 BW) dient te worden verstaan *iedere regeling tussen echtgenoten waar-*

bij wordt afgeweken van de vermogensrechtelijke regels die zonder deze regeling tussen de echtgenoten zou bestaan, of waarbij een overeengekomen afwijking ongedaan wordt gemaakt (HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004). Van het vormvereiste van art. 1:115 lid 1 BW zijn uitgezonderd het echtscheidingsconvenant, te weten een regeling van de onderlinge vermogensrechtelijke betrekkingen met het oog op een door hen voorgenomen echtscheiding (HR 26 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6480), *alsmede regelingen die een nadere uitwerking en concretisering vormen van een reeds in de huwelijkse voorwaarden vervat verrekenbeding* (HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3103).'

De gevolgen bij een verkeerde keuze kunnen aanzienlijk zijn

De crux zit hem er in dit geval in dat de door partijen gemaakte afspraken niet konden worden geschaard onder een van de twee door het hof genoemde uitzonderingen (echtscheidingsconvenant of nadere uitwerking van het verrekenbeding). Ten eerste was er in 2009 toen partijen de afspraken maakten nog geen sprake van een op handen zijnde scheiding en ten tweede hield het finaal verrekenbeding, dat in de huwelijkse voorwaarden was opgenomen, enkel een verrekening aan het einde van het huwelijk in en niet al tijdens het huwelijk. De vrouw verkreeg hiermee een gegarandeerd bedrag in plaats van een onzekere omvang van het te verrekenen vermogen aan het einde van het huwelijk. Daarmee hebben partijen een wijziging aangebracht in hun vermogensrechtelijke verhouding.

Het cassatieberoep van de stichting wordt door de Hoge Raad verworpen op grond van art. 81 lid 1 RO, hetgeen

³ Hoge Raad 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3256 en RFR 2018/42.

inhoudt dat de Hoge Raad van oordeel is dat de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid. De Hoge Raad komt dus niet toe aan een inhoudelijke beoordeling en de beslissing van het hof blijft in stand.

Afwijking of uitwerking?

De strekking van dit artikel is om professionals, die betrokken zijn bij de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden dan wel wijziging of uitwerking daarvan, te attenderen op de risico's indien de afspraken niet op de juiste wijze zijn of worden vastgelegd.

De wet zelf biedt geen definitie van het begrip huwelijkse voorwaarden

Afhankelijk van het antwoord op de vraag of een door partijen beoogde afspraak een wijziging dan wel uitwerking van bestaande huwelijkse voorwaarden inhoudt, dient er wel respectievelijk geen notariële akte houdende wijziging van huwelijkse voorwaarden opgesteld te worden. Zoals blijkt uit de hiervoor aangehaalde uitspraken kunnen de gevolgen bij een verkeerde keuze aanzienlijk zijn. Indien niet aan het vormvereiste van art. 1:115 BW is voldaan, is de overeenkomst nietig. Datzelfde geldt voor de daaruit voortvloeiende rechtshandelingen (art. 3:39 BW).⁴

De wet zelf biedt geen definitie van het begrip huwelijkse voorwaarden en in de literatuur wordt verschillend gedacht over wat huwelijkse voorwaarden nu precies zijn. Het merendeel van de auteurs meent dat onder huwelijkse voorwaarden wordt verstaan een overeenkomst tussen (aanstaande) echtgenoten over de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk. Een enkeling meent dat uitsluitend indien partijen in goederenrechtelijke zin afwijken van het wettelijk stelsel dan wel van de afspraken die zij bij huwelijkse voorwaarden heb-

ben gemaakt, wijziging van de huwelijkse voorwaarden bij notariële akte vereist is. Zo zouden volgens Brederveld periodieke noch finale verrekenbedingen huwelijkse voorwaarden zijn nu zij slechts interne werking hebben en verbintenisrechtelijk van aard zijn.⁵ Dergelijke bedingen wijzigen immers niet de eigendomsrechten van partijen.

Advocaat-Generaal Rank-Berenschot gaat in haar zeer lezenswaardige conclusie⁶ bij de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2017 in op de definitie van het begrip huwelijkse voorwaarden, echtscheidingsconvenant en verrekenbeding. In haar conclusie wordt onder meer de uitspraak van de Hoge Raad van 30 maart 2012 aangehaald waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld: "Het staat de partijen immers vrij om – al dan niet in de vorm van een echtscheidingsconvenant – nader overeen te komen dat bij een ontbinding van het huwelijk zal worden afgerekend alsof tussen hen een algehele gemeenschap bestond".⁷ In die casus was in de huwelijkse voorwaarden een periodiek verrekenbeding opgenomen, welk beding niet was uitgevoerd en waarbij partijen tijdens het huwelijk (zonder echtscheiding in het verschiet) een finaal verrekenbeding overeenkwamen in een onderhandse overeenkomst, uit te voeren bij het einde van het huwelijk.

Van Mourik & Verstappen hebben uiteengezet dat de Hoge Raad met de hiervoor aangehaalde uitspraak bedoeld heeft aan te geven dat een notariële akte niet is vereist, indien sprake is van het concreet maken van de aanspraak op verrekening in een situatie waarin het overeengekomen periodiek verrekenbeding niet is nagekomen. Dat komt doordat op basis van geldende wetgeving (art. 1:141 BW) een niet-uitgevoerd periodiek verrekenbeding aan het einde van het huwelijk in de uitwerking een zelfde effect heeft als een finaal verrekenbeding.⁸

Voorbeelden

Laat ik proberen om bovenstaande theorie te verduidelijken met een aantal voorbeelden.

1. Indien partijen in hun huwelijkse voorwaarden iedere gemeenschap van goederen hebben uitgesloten (zogenoemde koude uitsluiting) en nadien tijdens het

huwelijk een periodiek of finaal verrekenbeding overeenkomen, staat het mijns inziens niet ter discussie dat een dergelijke wijziging bij notariële akte dient plaats te vinden. Partijen wijzigen namelijk structureel de vermogensrechtelijke verhouding tussen hen.

2. Stel nu dat partijen in hun huwelijkse voorwaarden een periodiek verrekenbeding van inkomsten zijn overeengekomen, maar niet jaarlijks hebben verrekend. In dat geval staat het partijen vrij om tijdens het huwelijk bij overeenkomst (voor wat betreft het verleden) vast te stellen wat het bedrag is dat de ene echtgenoot aan de ander verschuldigd is. Daarvoor is geen notariële akte vereist. Het betreft een uitwer-

Het is verstandig de intenties te onderzoeken bij aanpassing van huwelijkse voorwaarden

king van het in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen verrekenbeding. Of die uitwerking correct is en aan het einde van het huwelijk in stand blijft, hangt af van de wijze waarop deze uitwerking heeft plaatsgevonden en hoe deze is onderbouwd en gemotiveerd.

3. Een ander voorbeeld. Stel dat partijen bij huwelijkse voorwaarden een periodiek verrekenbeding zijn overeengekomen. Tijdens het huwelijk spreken zij echter af dat mocht het huwelijk eindigen door echtscheiding de man voor ieder jaar dat zij getrouwd zijn geweest de vrouw een vast bedrag dient te betalen. In mijn optiek had deze afspraak bij notariële akte in de vorm van wijziging van de huwelijkse voorwaarden vastgelegd moeten worden. De vermogensrechtelijke verhouding tussen partijen wordt met deze afspraak structureel gewijzigd. Had het uit hoofde van het periodiek verrekenbeding aan het einde van het huwelijk nog zo kunnen zijn dat er niets te verrekenen viel, op basis van de tijdens het huwelijk gemaakte afspraak heeft de vrouw een gegarandeerd bedrag toegezegd gekregen.

Conclusie

Ik realiseer mij dat tussen de hiervoor genoemde voorbeelden een groot (grijs) gebied ligt. Het zal daarom van de omstandigheden van het geval afhangen of een door partijen tijdens het huwelijk gemaakte afspraak (schriftelijk of mondeling) bij notariële akte vastgelegd moet worden. Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van slechts een feitelijke invulling/uitwerking van de in de huwelijkse voorwaarden gemaakte afspraken of dat een structurele wijziging van de vermogensrechtelijke verhouding tussen partijen is beoogd speelt de bedoeling van partijen bij zowel de in de huwelijkse voorwaarden opgenomen afspraken als de afspraken die nadien tussen partijen zijn of worden gemaakt een grote rol.⁹ Zo zal de omstandigheid dat de man failliede kort nadat partijen onderling van de huwelijkse voorwaarden afwijkende afspraken hadden gemaakt (in de zaak die speelde in de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2017) een rol hebben gespeeld bij de oordeelsvorming van het hof.

Mocht u in uw praktijk aanlopen tegen een situatie waarin de in dit artikel beschreven problematiek speelt, dan is het aan te raden onderzoek te doen naar de huwelijkse voorwaarden van partijen, hun bedoelingen daarbij en hun intenties bij het aanpassen dan wel uitwerken van eerder gemaakte huwelijkse voorwaarden. Pas daarna kan een bewuste keuze worden gemaakt voor het al dan niet (alsnog) op laten stellen van een akte wijziging huwelijkse voorwaarden.

Tim Backx is advocaat bij Banning NV en maakt onderdeel uit van de sectie Familierecht en de sectie Cassatie

4 De vraag of in dat geval conversie (art. 3:42 BW) mogelijk is, wordt algemeen ontkennend beantwoord. Zie mr. J.H. Lieber in Groene Serie Personen- en familierecht, art. 1:115 BW, aant. 1.

5 Zie mr. dr. B. Breederveld, Huwelijkse voorwaarden, FJR 2015/1 en Contractvrijheid in het huwelijksvermogensrecht, FJR 2013/71.

6 ECLI:NL:PHR:2017:1325

7 ECLI:NL:HR:2012:BV3103

8 Zie M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding, Algemeen Deel A, Kluwer Deventer, 2014, p. 255.

9 Zie in dat kader T.M. Subelack, De uitleg van familierechtelijke contracten, EB 2016/23.