

Vergaderjaar 2000–2001

**27 084**

## **Wijziging van de titels 6 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners)**

**Nr. 5**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 9 oktober 2000

De bijzondere belangstelling van de leden van de vaste commissie van Justitie voor dit wetsvoorstel verheugt mij. Graag beantwoord ik de gestelde vragen en opmerkingen. Voorafgaand aan de beantwoording merk ik op dat het wetsvoorstel – grotendeels in de gedaante waarin het ook is ingediend – op 17 juni 1999 voor commentaar is gezonden aan een aantal personen uit de wetenschap, de advocatuur en het notariaat. In de memorie van toelichting is hiervan op p. 2 melding gemaakt. Tot deze personen behoorde ook degene door wie de commissie zich heeft laten bijstaan, de heer prof. Mr A.L.G.A. Stille. Van prof. Stille is op het verzoek om commentaar geen reactie ontvangen.

Bij de beantwoording van de vragen is de volgorde van het verslag vrijwel steeds aangehouden. Waar dit de overzichtelijkheid ten goede komt, zijn enkele vragen tezamen beantwoord.

#### **1. Inleiding**

De leden van de PvdA-fractie vroegen waarom, gezien het samenhangende karakter van de drie onderdelen waarin de herziening of modernisering van het huwelijkvermogensrecht is onderverdeeld, niet gekozen is voor een gezamenlijke behandeling. Daarbij wezen de leden van de PvdA-fractie op een opmerking op p. 10 van de memorie van toelichting. Daar staat dat van een aantal vereisten met betrekking tot het maken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk het nut door de Commissie rechten en plichten echtgenoten werd betwijfeld en dat in dit wetsvoorstel wordt voorgesteld deze vereisten te laten vervallen, vooruitlopend op eventuele overige wijzigingen met betrekking tot het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden. De voorgestelde wijzigingen ter zake van het maken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk zijn in dit eerste wetsvoorstel gedaan, omdat duidelijk was dat deze wijzigingen voor de praktijk van belang zijn. In het bijzonder de afschaffing van de verplichte procureurstelling leidt tot een vermindering van kosten voor de burger.

Indien alle voorstellen tezamen in één wetsvoorstel zouden worden gedaan, zou het aanmerkelijk langer duren voordat een wetsvoorstel de Tweede Kamer der Staten-Generaal zou hebben bereikt. Dan zou op dit moment nog geen wetsvoorstel bij het parlement zijn ingediend. Bovendien was het zeer wel voorstelbaar dat in de voorbereiding van de moder-

nisering toch een knip tussen de verschillende onderdelen zou zijn gemaakt ter bevordering van de overzichtelijkheid. De drie verschillende onderwerpen kunnen immers redelijk los van elkaar behandeld worden. Dat zou betekenen dat, indien alle voorstellen in één wetsvoorstel zouden worden gedaan, een afgerond onderdeel op de plank zou zijn gelegd totdat ook de voorbereiding en advisering over andere onderdelen zouden zijn afgerond. Om dit alles te vermijden is gekozen voor drie verschillende onderdelen.

Het tweede onderdeel van het drieluik – het wetsvoorstel over verrekenbedingen – is inmiddels voor advies aan de Raad van State aangeboden. Over het derde onderdeel is een notitie in voorbereiding die besproken gaat worden met de klankbordgroepen die ook bij de eerdere voorstellen betrokken zijn geweest.

Voorts was het de leden van de commissie opgevallen dat in de memorie van toelichting niet naar de laatste druk van De Bruijn/Soons/Kleijn (sinds de laatste druk te citeren als: De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz) was verwezen, terwijl ook van de losbladige Personen- en Familierecht inmiddels een nieuw supplement was verschenen. Het ijkmoment voor de genoemde literatuur is voor de commissie kennelijk het moment van indiening van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel is echter wat de geciteerde literatuur betreft niet meer bijgesteld nadat het aan de ministerraad was aangeboden. Dit wetsvoorstel is twee maal in de ministerraad aan de orde geweest, op 22 oktober en 3 december 1999. De nieuwe druk van de Bruijn/Soons/Kleijn is in het najaar 1999 verschenen. Daarmee is bij het schrijven van de toelichting, gelet op de fase waarin het wetsvoorstel verkeerde, geen rekening meer gehouden. Het supplement van de losbladige serie personen- en familierecht, waarmee nog rekening gehouden had kunnen worden, is op 2 augustus 1999 verschenen. Relevant voor dit wetsvoorstel in dat supplement was uitsluitend het commentaar op artikel 82 van de hand van prof. Stille. Het herziene commentaar op andere artikelen relevant voor dit wetsvoorstel is van later datum. Zo verscheen het herziene commentaar op artikel 83 Boek 1 BW<sup>1</sup> van de hand van prof. Stille eerst op 27 december 1999. Op dat moment lag het wetsvoorstel voor advies bij de Raad van State.

## **2. Algemene opmerkingen titel 6 Boek 1 BW**

De leden van de commissie vroegen om een toelichting op het standpunt dat, hoewel in het algemeen de bepalingen van titel 6 een dwingendrechtelijk karakter hebben, van de huidige samenwoningsplicht van artikel 83 kan worden afgeweken, terwijl de wet daarover zwijgt.

Graag merk ik op dat de huidige wet niet helemaal zwijgt. Uit het huidige artikel 85, tweede lid, vloeit voort dat de wet rekening houdt met de mogelijkheid dat in onderling overleg niet wordt samengewoond. Deze situatie is niet gekoppeld aan «bijzondere omstandigheden» of aan tijdelijkheid, zoals terecht opgemerkt in Asser/De Boer, nr. 218. Asser/De Boer gaat er vanuit dat de samenwoningsverplichting van dwingendrechtelijke aard is, maar dat in onderling overleg kan worden afgeweken van deze verplichting. Van Duijvendijk-Brand, T&C, artikel 83, aant. 2 gaat er van uit dat de huidige verplichting tot samenwoning dwingendrechtelijk van aard is. Prof. Stille neemt in aant. 2 op artikel 83 in de losbladige Personen- en familierecht het standpunt in dat artikel 83 in die zin niet van dwingendrechtelijke aard is dat een overeenkomst tussen echtgenoten om niet samen te wonen als een gewichtige reden kan worden aangemerkt. Eerlijk gezegd doet het niet zeer ter zake of de bepaling al dan niet als dwingendrechtelijk van aard wordt gekwalificeerd. Een directe sanctie op de niet-nakoming van de verplichting is er niet. Bovendien kan er in onderling overleg van worden afgeweken. Dat wordt algemeen aangenomen. Ook de Hoge Raad deelt dit standpunt (HR 20 juni 1963, NJ 1964, 452). Het verheugt mij dat de leden van de commissie het juist achten dat

---

<sup>1</sup> Overal waar in het navolgende artikelen worden genoemd, zijn dit artikelen uit Boek 1 BW, tenzij anders aangegeven.

artikel 81 gehandhaafd blijft en dat zij instemmen met het ongemoeid laten van de artikelen 90 tot en met 92.

De leden van de commissie vroegen wat bedoeld wordt met de opmerking dat de artikelen 88 en 89 in dit wetsvoorstel buiten beschouwing worden gelaten, maar dat in het licht van een eventuele wijziging van het basishuwelijksvermogensregime ook aan deze artikelen aandacht geschonken zal worden. De artikelen 88 en 89 gelden immers, ongeacht het huwelijksvermogensregime dat de echtgenoten hebben. Inderdaad is de toepasselijkheid van de artikelen 88 en 89 niet afhankelijk van het bestaan van een bepaald huwelijksvermogensregime. In verband met het feit dat het rechtsvergelijkende onderzoek, waarvan in de memorie van toelichting melding is gemaakt en dat inmiddels heeft geleid tot een lijvig rapport, dat uw Kamer bij brief van 14 februari 2000 is toegezonden, mede zag op zogenoemde gezinsbeschermende bepalingen in andere landen, is in dit wetsvoorstel niet vooruit gelopen op de destijds nog niet bekende uitkomsten van dat onderzoek.

De leden van de PvdA-fractie vroegen hoe tot de conclusie is gekomen dat van nieuwe inzichten met betrekking tot de artikelen 90 tot en met 92 niet is gebleken. Dit inzicht is afgeleid uit de handboeken en literatuur met betrekking tot deze artikelen. Helaas ben ik niet in staat cijfermatig te onderbouwen hoeveel procedures jaarlijks met betrekking tot titel 6 worden gevoerd. Daarom is in de memorie van toelichting ook opgemerkt dat, voor zover bekend, er weinig geprocedeerd wordt over de artikelen opgenomen in titel 6. Afgestaan is op de indruk die verkregen wordt uit de gepubliceerde jurisprudentie.

De leden van de VVD-fractie vroegen of het opschrift van titel 6 geen aanpassing zou behoeven in verband met het geregistreerd partnerschap. In titel 5A over het geregistreerd partnerschap is titel 6 van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarmee is minder goed verenigbaar de aanpassing van het opschrift van titel 6 door aanvulling met het geregistreerd partnerschap. Dat is dan ook de reden dat dit niet reeds ter gelegenheid van de invoering van het geregistreerd partnerschap is gebeurd.

### **3. Artikelen (titel 6 Boek 1 BW)**

#### *Artikel 82*

De leden van de CDA-fractie merkten op dat de echtgenoten, of één van hen, niet perse in familierechtelijke relatie hoeft te staan tot de minderjarige kinderen, bedoeld in het voorgestelde artikel 82. Zij zien hierin een tegenstelling tot het huidige artikel, waarin van «hun» kinderen wordt gesproken. Ik merk graag op dat onder het huidige artikel reeds communis opinio is dat onder «hun» kinderen ook stiefkinderen begrepen worden, dus de kinderen die slechts tot één van beide ouders in familierechtelijke betrekking staan. Zie hieromtrent Asser/De Boer, nr. 187 en 188, De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz, nr. 29, Klaassen/Eggens/Luijten, p. 9, Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 131 en Stille, losbladige Kluwer, aant. 2. De vraag rees of onder «hun» kinderen in de huidige bepaling ook de pleegkinderen begrepen worden. Hierover bestond verschil van mening in de literatuur. Klaassen/Eggens/Luijten en Stille verdedigen het standpunt dat de pleegkinderen reeds onder de huidige bepaling vallen, Asser/De Boer neemt een beperkter standpunt in, terwijl De Bruijn c.s. en Pitlo c.s. zich over dit punt niet duidelijk uitlaten. Deze leden vroegen hoe dit voorstel zich verhoudt tot de rechten en plichten van de ouder of ouders die wel in familierechtelijke betrekking tot de kinderen staan, maar geen deel (meer) uitmaken van het gezin, bij voorbeeld als gevolg van echtscheiding. Worden de belangen van deze buiten het gezin staande ouders en daarmee, indirect, de belangen van de kinderen met dit wetsvoorstel geen geweld aangedaan? In geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed is titel 6 niet langer toepasse-

lijk, zodat geen rechtstreeks beroep op deze bepaling kan worden gedaan. De bepaling ziet op de plicht tot verzorging en opvoeding (daaronder begrepen de kosten van verzorging en opvoeding) van echtgenoten *jegens elkaar*. De ene echtgenoot kan de ander daarop aanspreken. De bepaling ziet niet op de plicht tot verzorging en opvoeding en tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding die ouders *jegens hun kinderen* hebben. Die plicht is uitgewerkt in artikelen 247, 392, 395 en 404. Ook als een ouder niet meer tot het gezin behoort, blijft hij jegens de kinderen tot wie hij in familierechtelijke relatie staat, verplicht te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding. De betekenis van artikel 82 dient dan ook niet te worden overschat.

Het begrip «tot het gezin behoren» komt niet alleen voor in het voorgestelde artikel 82, het komt nu al voor in artikel 395, dat de stiefouderlijke onderhoudsplicht regelt. Evenals in artikel 395 dient in artikel 82 dit begrip ruim te worden opgevat. Als een kind elders gaat studeren of op een internaat zit, dan mag worden aangenomen dat het nog steeds tot het gezin behoort. Als een van de echtgenoten het huis verlaat, zal duidelijkheid moeten ontstaan omtrent de vraag of dit vertrek definitief is, dus is geschied met de bedoeling om niet terug te keren (het gezin te verlaten). Die duidelijkheid moet uit feiten en omstandigheden worden afgeleid. Een belangrijk feit kan bij voorbeeld zijn dat de echtgenoten zijn ontslagen van de verplichting tot samenwoning in het kader van een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed dat is ingediend. Gelet op het voorgaande ben ik niet van mening dat de belangen van de buiten het gezin staande ouders en daarmee indirect de belangen van de kinderen met dit voorstel geweld worden aangedaan.

De leden van de fracties van GPV en RPF vroegen of de verplichting tot verzorging en opvoeding op grond van de nieuwe formulering ook geldt voor meerderjarige kinderen die niet zelfstandig zijn, zoals verstandelijk gehandicapte kinderen. Reeds het huidige artikel 82 ziet niet op meerderjarige kinderen, ongeacht of zij al dan niet zelfstandig zijn. Dit wordt afgeleid uit het gebruik van de woorden «verzorging en opvoeding». In het algemeen wordt in Boek 1 BW niet gesproken van «verzorging en opvoeding», als het gaat om meerderjarige kinderen, ook niet als zij niet zelfstandig kunnen zijn, bij voorbeeld door een verstandelijke handicap. De hierboven geciteerde schrijvers onderschrijven alle dit standpunt. Ook de Hoge Raad heeft toepassing van artikel 82 op meerderjarige kinderen afgewezen. In het voorstel is daarin geen verandering gebracht. Door opneming van het woord «minderjarig» wordt slechts in de tekst van de bepaling verduidelijkt wat nu al geldt. Ook in artikel 247 komt het woord «minderjarig» in verband met verzorging en opvoeding voor. Zie voorts de artikelen 395 en 404. Dit neemt niet weg dat meerderjarige behoeftige kinderen wel een zelfstandige aanspraak jegens de ouders hebben om te voorzien in hun levensonderhoud op grond van artikel 392.

Voor het antwoord op de vraag van deze leden of echtgenoten jegens elkaar verplicht zijn om kinderen die niet meer bij hen wonen te verzorgen en op te voeden, verwijs ik graag naar hetgeen ik hiervoor in antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie heb opgemerkt. Het begrip «tot het gezin behoren» dient, evenals dat gebeurt in artikel 395, ruim te worden opgevat.

De leden van de commissie merkten op de toevoeging «minderjarig» overbodig te achten, terwijl bovendien de (verwarrende) gedachte zou kunnen ontstaan dat er ook sprake zou kunnen zijn van meerderjarige kinderen die aanspraak zouden kunnen maken op «verzorging en opvoeding». Verwezen wordt onder andere naar artikel 247, 404 en 406. Zoals ik hiervoor in antwoord op een vraag van de leden van de fracties van GPV en RPF reeds opmerkte, wordt ook in de artikelen 247 en 404, alsmede in artikel 395 gesproken van minderjarige kinderen in verband met de verplichting tot (voorzien in de kosten van) verzorging en opvoeding. Dat is dan ook de reden geweest om het woord «minderjarig» op te nemen in

de tekst van artikel 82. Het lijkt mij dat opneming van het woord «minderjarig» in artikel 82, mede gelet op de communis opinio die hieromtrent onder schrijvers bestaat en mede gelet op het oordeel van de Hoge Raad hierover, alleszins gerechtvaardigd is. Opneming van dit woord impliceert een bevestiging van datgene wat geldt. Voor verwarring behoeft mijns inziens niet te worden gevreesd. Die verwarring zou wellicht eerder kunnen ontstaan als ter gelegenheid van de voorgestelde aanpassing op dit punt geen duidelijkheid wordt geboden.

De leden van de commissie vernamen voorts graag een standpunt over een geval dat C.A. Kraan bespreekt in WPNR 2000, nr. 6405, p. 417. Het gaat om echtgenoten die in onderling overleg gescheiden leven. Zij hebben samen drie kinderen. Kraan gaat ervan uit dat de kinderen tot het gezin behoren en dat de ouders om die reden jegens elkaar verplicht zijn tot verzorging en opvoeding van deze kinderen. Ik ben het met Kraan eens. Hierboven heb ik al aangegeven dat het begrip «tot het gezin behoren», evenals in artikel 395, waar het ook voorkomt, ruim dient te worden opgevat. In een situatie als deze, waarin de echtgenoten in onderling overleg niet samenwonen, ga ik ervan uit dat de kinderen in het licht van deze bepaling tot het gezin behoren. Vervolgens spitst de casus zich toe op de opneming van een pleegkind in het gezin van de vrouw zonder instemming van de man die elders woont. Kraan is geneigd de vraag of dit kind «tot het gezin behoort» ontkennend te beantwoorden. Ik ben het ook in dit opzicht met hem eens. Pleegkinderen zijn de kinderen die als waren zij eigen kinderen behoren tot het gezin. Ten aanzien van pleegkinderen mag worden verondersteld dat de echtgenoten gezamenlijk beslissen tot opneming van het kind in het gezin. Indien zonder overleg een echtgenoot een kind als pleegkind in huis opneemt, terwijl zij in onderling overleg gescheiden leven, kan naar mijn oordeel niet worden aangenomen dat het pleegkind behoort tot het gezin waarvan ook de andere echtgenoot deel uitmaakt. Deze echtgenoot kan daarom niet door degene die eenzijdig heeft beslist tot opneming van het pleegkind aangesproken worden op de verzorging en opvoeding. Het lijkt mij niet nodig om voor de situatie van pleegkinderen een toestemmingsvereiste in artikel 82 op te nemen. Het zijn de feiten en omstandigheden van het concrete geval die bepalen of een pleegkind «tot het gezin behoort» of niet. Overigens is het door Kraan geschetste voorbeeld uitzonderlijk van aard. Daarenboven zou de bepaling in verband hiermee ingewikkeld kunnen worden.

De leden van de PvdA-fractie wilden graag weten of ook de stiefouder alimentatieplichtig is jegens de stiefkinderen. Deze vraag kan reeds voor het geldende recht bevestigend beantwoord worden. Graag verwijs ik naar artikel 395. Daarin is opgenomen dat een stiefouder verplicht is gedurende zijn huwelijk levensonderhoud te verstrekken aan de tot zijn gezin behorende minderjarige kinderen van zijn echtgenoot. Zoals hierboven reeds opgemerkt, impliceert reeds het huidige artikel 82 dat echtgenoten jegens elkaar verplicht zijn tot (voorzien in de kosten van) verzorging en opvoeding van hun minderjarige stiefkinderen. Dit verandert niet in het voorgestelde artikel 82. Voorts vroegen deze leden wat in een dergelijke situatie de positie van de biologische ouder is met wie het kind voorheen een gezinsband heeft gehad, die nog leeft en die voldoende draagkrachtig is. Artikel 82 geldt alleen in de verhouding van echtgenoten en geregistreerde partners onderling. Indien de biologische ouder geen dergelijke relatie heeft gehad met de moeder, is artikel 82 niet van toepassing geweest. Dat neemt niet weg dat de biologische ouder, dat wil zeggen de verwekker dan wel degene die als levensgezel van de moeder ingestemd heeft met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, op grond van artikel 394 verplicht kan worden tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind. Deze onderhoudsplicht kan concurreren met die van een stiefouder. De leden van de commissie vroegen om een antwoord op een door Kraan

in zijn hierboven reeds genoemde artikel aangegeven vermoeden omtrent de betekenis van het begrip «verzorging en opvoeding». Ter verduidelijking citeer ik de heer Kraan letterlijk: «De Staatssecretaris heeft van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt om duidelijk te maken wat hij onder de verplichting tot verzorging en opvoeding verstaat. Hij vermeldt slechts dat de echtgenoten elkaar op deze verplichting kunnen «aanspreken». Vermoedelijk bedoelt de staatssecretaris met deze modieuze, maar weinig heldere taal te zeggen dat artikel 82 ook betrekking heeft op de financiering van de kosten van verzorging en opvoeding.» Artikel 82 ziet niet alleen op de lichamelijke en geestelijke verzorging en opvoeding van kinderen, artikel 82 ziet ook op de financiële kant van de verzorging en opvoeding. Echtgenoten en geregistreerde partners kunnen elkaar op grond van artikel 82 aanspreken op de kosten van verzorging en opvoeding van de in dit artikel bedoelde kinderen. Overigens bestaat hieromtrent in de wetenschap en rechtspraak nu reeds geen verschil van mening.

### *Artikel 83*

De leden van de commissie vroegen of de bezwaren die geuit zijn tegen een wettelijk vermoeden van samenwonen wel juist zijn. Het is immers toch mogelijk om tevens in de wet te bepalen dat dit vermoeden alleen geldt tussen de echtgenoten? Aldus wordt de werking ten opzichte van derden weggenomen. Het voorstel van de commissie rechten en plichten echtgenoten om de plicht jegens elkander tot samenwoning te vervangen door een vermoeden van samenwonen heb ik opgevat als een vermoeden dat niet slechts jegens elkander, maar ook jegens derden werking heeft, omdat een bepaling die een vermoeden van samenwoning jegens elkander in het leven roept naar mijn oordeel weinig tot geen betekenis heeft, zeker nu de commissie in het verlengde van haar voorstel ook heeft voorgesteld de leden 2 en 3 van artikel 83 te schrappen. Ik ben er daarom van uitgegaan dat het vermoeden van samenwoning dat de commissie voorstelde een bredere strekking had. Gelet op het feit dat een slechts in de onderlinge verhouding van echtgenoten werkend vermoeden van samenwonen nauwelijks of geen betekenis heeft, ben ik daarvan geen voorstander.

Echtgenoten kunnen in onderling overleg besluiten niet samen te wonen. Naar huidig recht staat het bestaande artikel 83 daaraan niet in de weg. Daarover bestaat in de rechtspraak en literatuur geen verschil van mening. Evenmin bestaat verschil van mening over de omstandigheid dat de verplichting tot samenwoning nauwelijks gesanctioneerd is. De leden van de commissie achtten deze redenen evenwel onvoldoende om de verplichting tot samenwoning te schrappen.

De in de wet opgenomen verplichting tot samenwoning van echtgenoten tegenover elkaar heeft, gelet op de beperkte betekenis ervan, vooral symbolische waarde. Deze wettelijke plicht bepaalt mede de betekenis van het huwelijk. De vraag is vooral of de familierechtelijke wetgever zich hierover nog langer dient uit te laten. Schrapping van deze verplichting impliceert dat de familierechtelijke wetgever zich ervan onthoudt om door de wet een deel van de (familierechtelijke) betekenis van het huwelijk te bepalen. Dat neemt niet weg dat in de praktijk echtgenoten veelal zullen samenwonen en dat in andere regelgeving samenwonen (gehuwd dan wel ongehuwd) als voorwaarde gesteld kan worden.

Het voorstel om de plicht tot samenwoning van echtgenoten tegenover elkaar te schrappen, is uiteindelijk gedaan, mede in het licht van de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en in het licht van de uitlatingen die door de fracties van de PvdA, VVD en D66 zijn gedaan tijdens de vorige kabinetsperiode, onder andere in het kader van de behandeling van de notitie leefvormen en van het wetsvoorstel inzake het geregistreerd partnerschap. De openstelling van huwelijk voor

personen van hetzelfde geslacht wijzigt de betekenis van het huwelijk. Normatieve elementen die de betekenis van het huwelijk tot nu toe mede bepalen, maar die niet tot uitdrukking gebracht zijn in de wet, zullen deels gaan verdwijnen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de tot nu toe veelal veronderstelde band tussen huwelijk en voortplanting. De schrapping van de plicht tot samenwoning van echtgenoten tegenover elkaar impliceert eveneens een minder inhoudelijke opvatting van de familie-rechtelijke wetgever ten aanzien van het huwelijk. In dit opzicht sluit het vervallen van artikel 83 aan op andere ontwikkelingen.

Voorts hebben de uitlatingen die in de Tweede Kamer der Staten-Generaal zijn gedaan door de woordvoerders van de hiervoor genoemde fracties tot de beslissing om de samenwoningsplicht te schrappen, bijgedragen.

Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van het geregistreerd partnerschap sprak het lid van de VVD-fractie dat toen het woord voerde, van het «kappen van dor hout in de huwelijks-wetgeving». Daarmee werd onder andere bedoeld op de schrapping van de samenwoningsplicht, zoals die is opgenomen in artikel 83 (Kamerstukken II 1996/97, p. 34–2831). De leden van de PvdA-fractie vroegen in de schriftelijke voorbereiding van dat wetsvoorstel of de regering zich al had verdiept in de noodzaak van de wettelijke plicht tot samenwonen. De leden van de D66-fractie vroegen of het in de ogen van de regering nog wel noodzakelijk was een eis tot samenwoning op te nemen (Kamerstukken II 1995/96, 23 761, nr. 6, p. 17). Deze vragen hadden niet alleen betrekking op het geregistreerd partnerschap. In het licht van deze opmerkingen is vervolgens de commissie rechten en plichten echtgenoten in het leven geroepen die eind 1997 een rapport heeft uitgebracht.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of het schrappen van artikel 83 geen gevolgen heeft voor andere wettelijke bepalingen. Zij noemden de scheiding van tafel en bed. Voorgesteld is om artikel 168 te laten vervallen. Door scheiding van tafel en bed wordt de verplichting tot samenwoning opgeheven, zo bepaalt artikel 168 thans. Nu de verplichting tot samenwoning vervalt, vervalt ook artikel 168.

Deze leden citeerden de memorie van toelichting waarin wordt opgemerkt dat schrapping van artikel 83 niet wegneemt dat elders in de regelgeving en het beleid de eis gesteld kan worden dat echtgenoten samenwonen. Zij gingen in op het voorbeeld uit het vreemdelingenrecht dat genoemd wordt en op de conclusie dat de gestelde voorwaarde van samenwonen door echtgenoten niet disproportioneel of discriminatoir is. Ook de leden van de CDA-fractie en die van de fractie van GroenLinks gingen op dit voorbeeld in. Zij merkten op dat de keuze van twee met elkaar gehuwde Nederlanders om niet samen te wonen, gerespecteerd wordt. Zij vroegen waarom dit in het vreemdelingenrecht anders is. Deze leden waren van mening dat de voorwaarde dan ook wel degelijk een discriminerende uitwerking kan hebben. Graag ga ik hierop nader in. De voorwaarde van samenwonen door echtgenoten in het vreemdelingenrecht wordt gesteld in het licht van het rechtsgevolg dat de ene echtgenoot in aanmerking komt voor verblijf bij de ander om reden dat de andere echtgenoot hier is gevestigd. Aan dit ver strekkende rechtsgevolg is de voorwaarde dat de echtgenoten samenwonen evenredig. De echtgenoot aan wie de andere echtgenoot het verblijf ontleent, is verantwoordelijk voor het levensonderhoud en de huisvesting van de ander. Onder die voorwaarden wordt verblijf in Nederland aan de ander toegestaan. Voldoet de verblijfgevende echtgenoot niet aan de voorwaarden dan kan het verblijf van de andere worden ingetrokken c.q. niet worden verlengd. De eis van samenwoning is tevens een gerechtvaardigd middel om te voorkomen dat men verblijf zou kunnen verschaffen aan een vreemdeling met wie men alleen op papier gehuwd is. Er wordt hiermee niet gediscrimineerd ten opzichte van bijvoorbeeld ongehuwde vreemdelingen. Een vergelijking met twee Nederlanders gaat mijns inziens niet op. Op hen is het vreemdelingenrecht immers niet van toepassing. Ook twee Nederlandse echtgenoten die

niet samenwonen, zullen de consequenties van het niet-samenwonen moeten dragen. Ik wijs bij voorbeeld op het in de memorie van toelichting al genoemde artikel 7a: 1623g BW. Een echtgenoot is alleen dan van rechtswege medehuurder, indien de woonruimte de echtgenoot tot hoofdverblijf strekt. Wonen de echtgenoten naar eigen keus niet samen, dan eindigt het medehuurderschap. In de memorie van toelichting is voorts artikel 88, eerste lid, onder a, genoemd. De ene echtgenoot heeft de toestemming nodig van de andere tot bijvoorbeeld verkoop van de echtelijke woning. Wonen de echtgenoten niet samen, dan heeft de echtgenoot die in de echtelijke woning is blijven wonen, niet langer de toestemming van de andere echtgenoot nodig voor de verkoop van deze woning, ook al was dit de voormalige echtelijke woning. Ook in andere regelgeving wordt uitgegaan van samenwonende echtgenoten. In de Algemene Bijstandswet wordt ervan uitgegaan dat echtgenoten hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben. Ook het fiscale recht gaat hiervan uit. Anders zouden speciale bepalingen omtrent duurzaam gescheiden leven van gehuwden niet noodzakelijk zijn.

Er is geen moment dat voor vreemdelingen het vermoeden van samenwonen gaat gelden. In de systematiek van het huidige vreemdelingenbeleid geldt dat wanneer een verblijfstitel wordt verleend onder de beperking voor verblijf bij echtgenoot men samen dient te gaan wonen en samen dient te blijven wonen, zolang men in het bezit is van een afhankelijke titel tot verblijf. Blijft men gehuwd en beschikken na verloop van tijd beide echtgenoten over een zelfstandige titel tot verblijf c.q. de Nederlandse nationaliteit en besluit men vervolgens niet langer te willen samenwonen dan heeft dit laatste geen gevolgen voor de verblijfspositie.

De leden van de VVD-fractie is onvoldoende duidelijk geworden waarom voorgesteld is om artikel 83 te schrappen. Zij achtten de symboolfunctie van dit artikel niet bijzonder bezwaarlijk. Subsidiar ondersteunden zij het voorstel dat de ene echtgenoot tegenover de ander vermoed wordt samen te wonen. Graag verwijs ik voor mijn motivering om de verplichting tot samenwoning te schrappen naar hetgeen in de aanvang van dit op artikel 83 betrekking hebbend onderdeel is opgemerkt. Samengevat komt het erop neer dat de vraag vooral is of de familierechtelijke wetgever zich nog langer dient uit te laten over de betekenis van het huwelijk op dit punt. Mede gelet op andere ontwikkelingen in verband met het huwelijk en op eerdere uitlatingen door leden van uw Kamer, beantwoord ik deze vraag ontkennend.

De leden van de VVD-fractie stelden voor dat ten aanzien van iedere woning die door één of beide partijen tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap wordt bewoond het rechtsvermoeden zal gelden dat partijen die woning gezamenlijk bewonen. Dit voorstel impliceert dat gehuwden tegelijkertijd op twee adressen zouden kunnen wonen, namelijk in de situatie dat zij in onderling overleg niet samenwonen, maar ieder een andere woning bewonen. Of het voorstel alleen in de onderlinge verhouding van echtgenoten geldt, of ook in de relatie tot derden, blijkt niet onmiddellijk. Is het laatste het geval, dan zou het voorstel een aanmerkelijke verruiming van het toepassingsbereik van bijvoorbeeld artikel 88, eerste lid, onder a, of van artikel 7a:1623g tot effect hebben. Op voorhand kan ik dit voorstel dan ook niet omarmen.

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af wat er gebeurt als een echtpaar dat volgens vreemd recht is gehuwd, waar een plicht tot samenwoning geldt, in Nederland apart van elkaar gaat wonen. Zijn zij dan nog wel getrouwd in Nederland, maar niet in het land van herkomst, of andersom? In een geval als geschetst, rijst in de eerste plaats de vraag welk recht de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten onderling beheerst. Daaromtrent geeft naar Nederlands internationaal privaatrecht de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (Wch) uitsluitel. Ingevolge artikel 1 van die wet worden de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen echtgenoten onderling beheerst door het recht van



de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit, indien de echtgenoten niet meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit hebben en bij gebreke daarvan door het recht van de Staat waar zij beiden hun gewone verblijfplaats hebben, of bij gebreke daarvan, door het recht van de Staat waarmee zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het nauwst zijn verbonden. Zonder nadere gegevens kan niet gezegd worden welk recht in het gegeven geval van toepassing is. Mocht het gaan om een echtpaar dat beiden dezelfde buitenlandse nationaliteit heeft en voorts het toepasselijke buitenlandse recht een plicht tot samenwoning kent, dan dient vervolgens te worden nagegaan wat het gevolg is van het niet voldoen aan deze verplichting. Het is onwaarschijnlijk dat aan het enkele niet voldoen aan deze verplichting het rechtsgevolg van het einde van het huwelijk verbonden is. De mij bekende rechtsstelsels van de ons omringende landen kennen in ieder geval een dergelijke consequentie niet. Deze leden vroegen voorts of gehuwden of geregistreerde partners straks het risico lopen dat hun huwelijk of geregistreerd partnerschap in het buitenland niet erkend wordt, omdat in Nederland de tussen echtgenoten of geregistreerde partners geldende plicht tot samenwoning is vervallen. Ik heb geen vrees dat het huwelijk van twee personen van verschillend geslacht geen erkenning meer zou krijgen in het buitenland, omdat de onderlinge verplichting tot samenwoning in Nederland niet meer zou gelden. Wat het geregistreerd partnerschap betreft, hangt de erkenning van dit instituut meer samen met de mate waarin het in het buitenland als zodanig geaccepteerd wordt dan met de vraag of er tussen de partners een plicht tot samenwoning bestaat.

De leden van de GroenLinks-fractie waren het niet eens met de stelling dat het niet nakomen van de verplichting tot samenwoning niet gesanctioneerd is. Deze leden merkten op dat wellicht het niet-samenleven jegens elkander formeel niet gesanctioneerd is, maar in de verhouding naar derden wordt het niet-samenleven in diverse regelgevingen wel degelijk gesanctioneerd. De gemaakte opmerkingen van deze leden onderschrijf ik. In de toelichting is opgemerkt dat het niet voldoen aan de huidige plicht, dat is de plicht van de ene echtgenoot jegens de ander tot samenwoning, zoals neergelegd in artikel 83, behoudens in het geval van artikel 84, zesde lid, niet gesanctioneerd is. De leden van de GroenLinks-fractie onderschrijven deze stelling. Zo onderschrijf ik de opmerking van deze leden dat in de verhouding tot derden het niet-samenleven door echtgenoten of geregistreerde partners wel degelijk rechtsgevolg kan hebben. Ik heb daarvan in het vorenstaande ook voorbeelden gegeven. In de toelichting is daarom ook een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de onderlinge plicht van echtgenoten en de eisen die elders in regelgeving en beleid kunnen zijn gesteld.

De leden van de SGP-fractie vroegen wat de gedachte achter de opening van de samenwoningsbepaling in Boek 1 BW is geweest. De bepaling dat echtgenoten jegens elkander verplicht zijn tot samenwoning, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten, is in 1956 in de plaats getreden van artikel 161 BW (oud), dat luidde: «De vrouw is verplicht met den man zamen te wonen, en hem overal te volgen, waar hij dienstig oordeelt zijn verblijf te houden» en artikel 162 BW (oud), dat luidde: «De man is verplicht zijn vrouw bij zich te ontvangen in het huis, hetwelk hij bewoont.» Destijds leverde inbreuk op de verplichting tot samenwoning grond tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed op. Het ging dan om kwaadwillige verlaten of buitensporigheid. Omtrent de achtergrond van de sinds 1956 geldende bepaling is niet veel geschreven. Zij sprak voor zich. Duidelijk is wel dat de betekenis van de bepaling aanmerkelijk is veranderd door de veranderingen in het scheidingsrecht.

Voor de overwegingen, anders dan feitelijke ontwikkelingen, die tot het voorstel artikel 83 te schrappen, hebben geleid, verwijs ik graag naar het begin van deze paragraaf over dit artikel.

Voorts vroegen deze leden in welke landen die een vergelijkbaar stelsel van huwelijksgoederenrecht kennen als Nederland, de samenwoningsverplichting bestaat, dan wel recent uit de wetgeving is verwijderd. Zoals voortvloeit uit het uw Kamer bij brief van 14 februari 2000 toegezonden rechtsvergelijkende onderzoek inzake het huwelijksvermogensrecht, zijn de gelijkenissen tussen de verschillende stelsels van huwelijksvermogensrecht in de ons omringende landen niet erg groot. In het Belgische Burgerlijk Wetboek is in een algemene bepaling (artikel 213 Belgisch BW), waarin ook staat dat de echtgenoten elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd zijn, opgenomen dat zij een verplichting tot samenwoning hebben. Niet duidelijk is of deze verplichting ook gesanctioneerd is. In Frankrijk is in artikel 215 van de Code Civil opgenomen dat echtgenoten jegens elkander verplicht zijn tot samenwoning. Ook in dit geval is niet duidelijk of deze onderlinge plicht gesanctioneerd is. In Duitsland is in het Burgerlijk Wetboek de volgende algemene bepaling (artikel 1353) opgenomen (in eigen vertaling): Het huwelijk wordt voor het leven gesloten. De echtgenoten zijn jegens elkaar verplicht tot samenwoning; zij zijn voor elkaar verantwoordelijk. In Denemarken wordt verondersteld dat echtgenoten samenleven, maar is geen wederzijdse plicht tot samenwoning opgenomen in de wet.

De leden van de commissie vroegen of, gelet op de opmerking in de memorie van toelichting inzake de Belastingherziening 2001, bedoeld is dat voor duurzaam gescheiden wonende echtgenoten tezamen slechts één van de woningen voor de zogeheten «eigenwoningregeling» in aanmerking komt. Het antwoord hierop luidt ontkennend. De opmerking op p. 5 van de memorie van toelichting heeft betrekking op niet duurzaam gescheiden levende echtgenoten. Inderdaad is nagegaan of het vervallen van artikel 83 overigens fiscale consequenties heeft. Gelet op het feit dat artikel 83 slechts op de onderlinge plicht van echtgenoten tot samenwoning betrekking heeft, zijn er aan het vervallen van deze bepaling geen fiscale consequenties verbonden.

Ten slotte merkten de leden van de commissie op dat Kraan (WPNR 2000/6405, p. 417–418) de vraag aan de orde stelt of in geval de verplichting tot samenwoning niet meer in de wet is opgenomen, niet alle gevallen van niet samenwonen gelijk moeten worden behandeld. Hij wijst er onder andere op dat onder het huidige recht bij toepasselijkheid van artikel 84 lid 6 wordt teruggegrepen op artikel 81 in plaats van op artikel 84. Voor de duidelijkheid citeer ik Kraan letterlijk: «Het is de vraag of, nu in het wetsontwerp geen verplichting tot samenwoning meer bestaat, alle gevallen van niet samenwonen gelijk moeten worden behandeld. Naar huidig recht wordt in bepaalde gevallen in plaats van op artikel 84 teruggegrepen op artikel 81. Naar het zich laat aanzien is dit in de opvatting van het wetsontwerp niet meer mogelijk».

Naar huidig recht worden de gevolgen voor in het bijzonder de bijdragen fourneerplicht van een echtgenoot in geval van niet-samenwonen beheerst door artikel 84, zesde lid, dan wel door artikel 81. In het verlengde van de schrapping van artikel 83 wordt voorgesteld artikel 84, zesde lid, te laten vervallen. Dit betekent dat de gevolgen van het niet-samenwonen voor de bijdrage- en fourneerplicht, voor zover niet voortvloeiend uit artikel 84, gebaseerd moeten worden op artikel 81. Naar mijn oordeel biedt dit artikel voldoende ruimte om naar gelang de omstandigheden van het geval te differentiëren.

Onder het hoofd van artikel 84 zijn door de leden van de fracties van GPV en RPF opmerkingen gemaakt over artikel 83 in samenhang met artikel 84, zesde lid. Gelet op het verband met artikel 83 en op hetgeen in de vorige alinea is opgemerkt, ga ik op deze opmerkingen graag op deze plaats in. De leden van de fracties van GPV en RPF vinden het goed dat de sanctie van artikel 84, zesde lid, bestaat omdat op deze wijze wordt voorkomen dat echtgenoten gemakkelijk uit elkaar gaan. Zoals Kraan in zijn artikel in WPNR 2000, nr. 6405, p. 419 reeds opmerkt, wordt vrij algemeen geoor-

deeld dat artikel 84, zesde lid, achterhaald is. Probleem van artikel 84, zesde lid, is veelal dat niet vastgesteld kan worden dat het niet samenwonen geheel en al te wijten is aan het onredelijk gedrag van een der echtgenoten. Als er twee vechten hebben twee schuld. Artikel 84, zesde lid, vormt in de praktijk dan ook geen rem op het gemakkelijk uit elkaar gaan.

#### *Artikel 84*

Ik ben de leden van de commissie dankbaar voor de uitgebreide beschouwingen over de voorgestelde wijziging van artikel 84, alsmede voor het overzicht van de bepalingen die in dit opzicht in Frankrijk, Zwitserland, Duitsland en België gelden. Van de regelingen is goede nota genomen. Er is ten aanzien van het onderhavige wetsvoorstel geen rechtsvergelijkend onderzoek verricht, niet omdat dit niet nuttig zou kunnen zijn, maar vooral omdat schaarse tijd en capaciteit zo goed mogelijk besteed dienden te worden. Goed en diepgaand rechtsvergelijkend onderzoek vergt veel tijd. Het is immers niet voldoende om regels te vergelijken. Het is ook nodig om te weten hoe de desbetreffende regels in de desbetreffende landen functioneren. Het rechtsvergelijkende onderzoek ter zake van het huwelijksvermogensrecht is in het licht van dit alles toegespitst op vragen die verband houden met het derde onderdeel van het gehele traject. Dat zijn de vragen rond het basishuwelijksvermogensregime.

Gelet op het algemene karakter van het betoog bij dit artikel, ga ik hierop eerst in algemene zin in. Voor zover in dit algemene deel niet reeds een aantal vragen wordt beantwoord, ga ik vervolgens op de concrete vragen in.

De discussie in de intussen verschenen literatuur over dit wetsvoorstel, waarbij ik ook het na de vaststelling van het verslag verschenen artikel van prof. Van der Burght in WPNR 2000, nr. 6409, p. 493–501, betrek, spitst zich toe op de formulering van de draagplicht in artikel 84, eerste lid, alsmede op de wijze waarop van het bepaalde in de wet kan worden afgeweken (artikel 84, derde lid). Van der Burght pleit voor een rechtvaardige, duidelijke en heldere regeling, zodat partijen weten waaraan zij toe zijn (a.w. p. 498). Kraan wijst erop dat de voorgestelde regeling niet minder ingewikkeld is dan de huidige en tot onrechtvaardige uitkomsten kan leiden. Hij maakt er bezwaar tegen als regel de kosten van de huishouding zowel te financieren uit het inkomen als uit het vermogen. In het door hem genoemde voorbeeld waarin de man het grootste deel van het gezinsinkomen verdient, de vrouw parttime werkt, het grootste deel van haar tijd besteedt aan de huishouding en de verzorging en opvoeding van de kinderen en de vrouw onder uitsluitingsclausule vermogen heeft geërfd, pakt de voorgestelde regel naar mijn oordeel inderdaad niet rechtvaardig uit. Het pleidooi van beide schrijvers zou zeer wel kunnen betekenen dat de huidige regeling, ofschoon die ook niet ideaal is, te verkiezen is boven de voorgestelde, al hebben zij zich daarover niet met zoveel woorden uitgelaten.

De regels uit het buitenlandse recht zijn globaler van aard. Zij tenderen meer naar algemene uitgangspunten, waarnaar de echtgenoten zich hebben te richten, voor zover het gaat om de kosten van de huishouding. De leden van de VVD-fractie stelden een dergelijke algemene bepaling voor. Deze buitenlandse regels geven geen antwoord op de vraag hoe de kosten van de huishouding in een concreet geval gedragen worden. Dat betekent dat in ieder concreet geval daarover discussie kan ontstaan. De genoemde Franse bepaling (artikel 214 Code Civil) behelst een voorschrift waarvan gezegd kan worden dat deze op grond van artikel 81 («het nodige verschaffen») naar Nederlands recht als ongeschreven bepaling geldt. Deze bepaling zegt niets over de concrete draagplicht voor de kosten van de huishouding, noch iets over de waardering van huishoudelijke arbeid. De Zwitserse bepaling doet dit laatste wel, maar geeft weer nauwelijks

een richtlijn. De Duitse bepaling is algemeen van aard. Daarin wordt rekening gehouden met huishoudelijke arbeid. Uit deze bepaling blijkt dat huishoudelijke arbeid inkomsten uit arbeid kan vervangen, maar hetzelfde geldt niet voor vermogen. Dat betekent dat in zijn effect de Duitse bepaling soortgelijke problemen kan opleveren als door Kraan geschetst ten aanzien van de voorgestelde Nederlandse bepaling. De Belgische bepaling is wel zeer algemeen van aard. Zij lijkt op de Franse bepaling. Al met al lijkt mij dat voor het Nederlandse recht uiteindelijk een keuze gemaakt zal moeten worden tussen een concrete bepaling, zoals die in het huidige recht voorkomt en een algemene bepaling, zoals die in het door de leden van de commissie geschetste buitenlandse recht wel voorkomt. Voordat die keuze wordt gemaakt, wil ik eerst twee andere vraagstukken bespreken die door de leden van de commissie aan de orde zijn gesteld.

In de eerste plaats is dit de vraag naar de waarde van huishoudelijke arbeid in de verhouding tot de kosten van de huishouding. In de tweede plaats de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de verwerking van het recht om de kosten van de huishouding terug te vorderen.

Voorafgaand aan de bespreking van deze vraagstukken merk ik graag in het algemeen het volgende op. In iets minder dan driekwart van de huwelijken is er een algehele gemeenschap van goederen. Het (arbeids)inkomen is dan gemeenschappelijk. Daaruit worden de kosten van de huishouding voldaan. Dat stemt overeen met de huidige wettelijke regeling. In de voorgestelde regeling zou naar evenredigheid rekening gehouden moeten worden met (privé)vermogen, ook als een van beide echtgenoten voornamelijk huishoudelijke arbeid verricht, hetgeen, zoals Kraan aantoonde, onrechtvaardig kan uitpakken. In feite is, zoals in de literatuur ook wordt opgemerkt, de huidige wettelijke regeling niet of nauwelijks van belang, als er een gemeenschap van goederen bestaat en het inkomen vrijwel uitsluitend arbeidsinkomen is (Pitlo/Van der Burght/Rood-de Boer, p. 136, Klaassen-Eggens-Luijten, p. 10-11, die opmerkt dat het voor de hand ligt dat de wetgever de kosten primair ten laste van het gemeenschappelijke inkomen laat komen, Asser/De Boer, nr. 203). Schoordijk merkte in 1970 reeds op dat artikel 84 lid 1 in vele opzichten overbodig en academisch van aard is (Schoordijk, Het nieuwste huwelijksvermogensrecht, 1970, p. 15). Indien er krachtens huwelijksvoorwaarden geen gemeenschap van goederen bestaat, is er vaak aanleiding om af te wijken van het door de wetgever thans vooropgestelde uitgangspunt. Die aanleiding is er zeker, als een van beide echtgenoten meer dan de ander huishoudelijke arbeid verricht. Dat gebeurt in de praktijk ook in de huwelijksvoorwaarden die als wordt afgeweken van het basis-huwelijksgoederenregime toch moeten worden gemaakt. Al met al dient de betekenis van de huidige en van de voorgestelde bepaling niet te worden overschat.

Het komt veel voor dat een van beide echtgenoten minder buitenshuis werkt dan de ander, omdat eerstgenoemde echtgenoot een groter deel van de huishoudelijke arbeid, soms ook de volledige huishoudelijke arbeid voor zijn rekening neemt. In die gevallen draagt de huishoudelijke echtgenoot niet bij in de kosten van de huishouding, omdat huishoudelijke arbeid niet in geld wordt uitgedrukt. Maar juist door die arbeid is de andere echtgenoot in staat om inkomen te vergaren en daaruit te sparen. Dat leidt tot de vraag of huishoudelijke arbeid niet op geld gewaardeerd zou moeten worden en in het kader van artikel 84 lid 1 betrokken zou moeten worden. Het op zichzelf terechte probleem speelt alleen wanneer echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn getrouwd en er geen verrekenbeding is overeengekomen. In de gevallen van een gemeenschap van goederen, van een gemeenschap van vruchten en inkomsten of van winst en verlies en in de gevallen dat een verrekenbeding of een wettelijk deelgenootschap is overeengekomen, zijn de overgespaarde inkomsten hetzij gemeenschappelijk hetzij worden zij verrekend.

Toch is het streven naar een waardering van huishoudelijke arbeid de

moeite waard. In de literatuur wordt met dit uitgangspunt alom gesympathiseerd. Alleen heeft tot nu toe geen enkele auteur een redelijke oplossing voor de waardering van huishoudelijke arbeid kunnen aandragen. Alle auteurs achten het uitgangspunt van de waardering van huishoudelijke arbeid sympathiek, maar zien vervolgens zoveel praktische problemen dat de conclusie luidt dat van een dergelijke waardering afgezien moet worden. Asser/De Boer, nr. 208, noemt een aantal vraagpunten die een rol spelen: moet de levensstandaard van de echtgenoten in deze waardering worden verwerkt? Moet de huishoudelijke arbeid van de andere echtgenoot worden afgetrokken? Hoe moet het met de kosten van huishoudelijke hulp van een derde? Moet de kwaliteit van de inspanning gemeten worden? Hoe moet verrekend worden dat de huishoudelijke echtgenoot niet alleen in natura bijdraagt, maar ook in natura ontvangt? De conclusie wordt getrokken dat een regeling bij huwelijkse voorwaarden, «op maat» de voorkeur verdient. Zie voorts Stille, aantekening 7 bij artikel 84 en de daar genoemde literatuur, De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz, nr. 40, die het uitermate bezwaarlijk noemt de maatstaven te vinden voor de taxatie van de vrouwelijke huishoudelijke arbeid. Klaassen/Eggens/Luijten, p. 17–18 bepleit aansluiting bij het ook in het verslag genoemde par. 1360 van het Duitse Burgerlijk Wetboek, maar geeft niet aan welke invulling een dergelijke algemene bepaling zou dienen te krijgen. Asser/De Boer reageert op dit voorstel in het genoemde nr. 208 met de hierboven al gememoreerde vragen. Van der Burght denkt in Pitlo/van der Burght/Rood-de Boer, p. 139, aan een vergoeding «op papier» van een vast – forfaitair – bedrag met een vaste toeslag voor elk kind dat deel uitmaakt van de huishouding, alles in procenten van 's mans netto-inkomen. Dit wordt verder niet uitgewerkt. De hierboven al gememoreerde vragen spelen reeds bij de bepaling van het forfaitaire bedrag wederom een rol. De ingewikkeldheid neemt alleen maar meer toe doordat allengs niet meer alleen vrouwen, maar ook mannen een deel van de huishoudelijke taken verrichten. Dat leidt tot nieuwe onderlinge verrekeringen.

Gelet op de omstandigheid dat het probleem zich slechts in zeer beperkte mate voordoet, namelijk alleen in die gevallen waarin krachtens huwelijkse voorwaarden overgespaarde inkomsten niet aan beide echtgenoten toekomen dan wel onderling verrekend worden, en dat de waardering van huishoudelijke arbeid op geld praktisch gesproken vrijwel niet goed op te lossen is, heb ik ervan afgezien in artikel 84, eerste lid, daarop in te gaan. Ik zie in het naar voren gebrachte commentaar van Kraan en van der Burght geen aanleiding voor een andere opvatting.

De leden van de commissie vroegen in dit verband ook mijn reactie op de stelling van Kraan dat de wetgever er goed aan zou doen af te wijken van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake rechtsverwerking en te bepalen dat de vordering tot verrekening van teveel betaalde kosten van de huishouding ook bij ontbinding van het huwelijk nog kan worden gevorderd. Ik acht de rechtspraak van de Hoge Raad in dit opzicht van groot praktisch belang. Terecht merkt de Hoge Raad in zijn arrest van 29 april 1994, NJ 1995, 561 op dat tegen afrekening bij het einde van het huwelijk het praktische bezwaar bestaat dat de voor de berekening van de over en weer verschuldigde bedragen benodigde gegevens veelal niet meer aanwezig zullen zijn. Daarom ligt het voor de hand aan te nemen dat de onderlinge afrekening periodiek plaats dient te vinden na het verstrijken van ieder kalenderjaar. Over die periode zullen immers veelal de gegevens verzameld moeten worden die nodig zijn voor het doen van aangifte voor de inkomstenbelasting. Ik zie geen goede reden om afstand te nemen van deze praktische rechtspraak. Indien echtgenoten onderling over ruimere periodes of bijvoorbeeld ook nog bij de ontbinding van het huwelijk wensen af te rekenen, kunnen zij onderling anders overeenkomen. Ik kom thans terug op het hierboven naar voren gebrachte keuze-probleem: is er aanleiding om een veel algemenere maatstaf voor de

draagplicht van de kosten van de huishouding voor te stellen of wordt vastgehouden aan een meer specifieke maatstaf, zoals we die nu kennen en zoals voorgesteld. Omdat een veel algemenere maatstaf weinig houvast biedt, terwijl een meer specifieke maatstaf weliswaar academici voer geeft tot overdenking, maar in de praktijk weinig problemen oplevert, houd ik vast aan een concretere regeling dan in het buitenlandse recht voorkomt. Vervolgens rijst de vraag hoe die concretere regeling er dan uit dient te zien, mede gelet op het door Kraan en van der Burght naar voren gebrachte commentaar.

De voorgestelde regeling kan ingewikkeld uitpakken en tot onrechtvaardige uitkomsten aanleiding geven, zo heeft Kraan aangetoond. Overigens kan ook de bestaande regeling tot onrechtvaardige uitkomsten aanleiding geven, in het bijzonder wanneer de kosten van de huishouding ook uit de inkomsten uit vermogen van beide echtgenoten dienen te worden bestreden en het vermogen van de één nauwelijks inkomsten genereert, terwijl dat van de andere echtgenoot anders is belegd en wel inkomsten genereert. In de memorie van toelichting is dit ook uiteengezet. Hier zal een beroep op bijzondere omstandigheden uitkomst dienen te bieden. Gelet evenwel op het feit dat de kosten van de huishouding veelal uit arbeids- of pensioeninkomen worden betaald, til ik bij nader inzien minder zwaar aan het in de vorige alinea gesignaleerde probleem dan aan de in de literatuur gesignaleerde problemen naar aanleiding van de voorgestelde bepaling. Alles afwegende wil ik dan ook afzien van de voorgestelde wijziging van artikel 84 lid 1 en het huidige artikel 84 lid 1 handhaven.

Ter zake van het voorstel om van de regels voor de draag- en fourneerplicht bij schriftelijke overeenkomst te kunnen afwijken, vroegen de leden van de commissie of hierbij wel voldoende is uitgegaan van de realiteit bij de meeste gezinnen. Daarbij rijst eveneens de vraag wat het nut is van de eis van schriftelijkheid, gelet op de korte termijn van rechtsverwerking. De leden van de commissie merkten voorts op dat de gedachte van Kraan (ook van der Burght, a.w. p. 499, heeft deze gedachte) om de notariële akte als vormvereiste voor te schrijven door hen niet wordt gesteund. Graag ga ik hierop in.

De huidige wettelijke regeling kent slechts de mogelijkheid om af te wijken van de wettelijke regeling bij huwelijkse voorwaarden. Iedere andere stilzwijgende of uitdrukkelijke afspraak tussen echtgenoten heeft geen effect. Een afwijkingsmogelijkheid die beperkt is tot huwelijkse voorwaarden acht ik te veeleisend. Maar aan het bewijs van gemaakte afspraken, ook al betreft dat niet de (omvang van de) gedane betalingen, hecht ik. Anders komt het erop neer dat uit gedane betalingen en de omvang daarvan de gemaakte afspraak, dan wel wijziging daarin zou moeten worden afgeleid. Dat lijkt mij de omgekeerde weg. Dat het bewijs van de gemaakte afspraak er weinig toe zou doen, omdat rechtsverwerking snel wordt aangenomen, is naar mijn oordeel geen toereikend argument om niet vast te houden aan de voorwaarde van schriftelijkheid. Men kan immers ook afspreken dat de afrekening op grond van de gemaakte afspraken zich uitstrekt over een langere periode dan die van een jaar na het jaar waarin de uitgaven zijn gedaan. Uiteraard staat niets de echtgenoten in de weg om de afspraken vast te leggen in huwelijkse voorwaarden. Ik veronderstel dat dat ook regelmatig zal voorkomen, als toch huwelijkse voorwaarden gemaakt worden.

De leden van de CDA-fractie vroegen in dit verband of het afwijken van de wettelijke regeling omtrent de draag- en fourneerplicht zo ver kan gaan dat partners helemaal niet behoeven te voldoen aan het eerste en tweede lid. Voorts vroegen zij aan te geven wat de minimale wederzijdse verplichtingen zijn om nog van een huwelijk te kunnen spreken. De partners kunnen afspreken dat een van beiden niets zal dragen en/of fourneren. De ander draagt en/of fourneert dan alles. Maar dat betekent niet dat de echtgenoot die niets draagt en/of fourneert, niet gehouden zou zijn om bij te

dragen en/of te fourneren, indien de ander daartoe helemaal niet in staat is. Echtgenoten kunnen immers niet afwijken van de dwingende artikelen 81 en 82. De bepalingen van die artikelen vormen dan ook basale wederzijdse rechten en plichten van echtgenoten in een huwelijk.

De leden van de commissie merkten voorts op dat niet geheel duidelijk is wat wordt bedoeld met het voorgestelde vierde lid van artikel 84, dat niet veel afwijkt van het huidige artikel 84. Het vierde lid bepaalt dat geschillen tussen echtgenoten omtrent de toepassing van het eerste tot en met derde lid door de rechtbank op verzoek van beiden (sc. echtgenoten) of een van hen worden beslist. Deze geschillen kunnen uiteenlopend van aard zijn. Er kan bij voorbeeld geschil zijn over de vraag of een bepaalde uitgave tot de kosten van de huishouding dient te worden gerekend.

Voorts kan er bij voorbeeld geschil zijn over de interpretatie van de op grond van het derde lid onderling gemaakte afspraken. Ik verwacht met deze voorbeelden mogelijke onduidelijkheden te hebben weggenomen. De leden van de commissie vroegen om een nadere toelichting op de door Kraan opgeworpen vragen die betrekking hebben op het niet samenwonen door echtgenoten in het licht van het vervallen van de samenwoningsplicht van echtgenoten. Artikel 84 veronderstelt dat in het algemeen echtgenoten zullen samenwonen, ook als er geen plicht tot samenwoning meer is. Naar huidig recht wordt aangenomen dat artikel 84 ook van toepassing is als echtgenoten in onderling overleg niet samenwonen, maar dan moet er wel uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenstemming zijn over het niet-samenwonen. Dit vloeit voort uit jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 20 juni 1963, NJ 1964, 452). De schrapping van artikel 83 behoeft er niet toe te leiden dat deze jurisprudentie niet langer zou gelden. Buiten de situaties, zoals door de Hoge Raad beschreven, blijft artikel 81 gelden. In het voorbeeld dat Kraan noemt, zou naar mijn oordeel artikel 81 van toepassing zijn. De echtgenoten zijn, zoals Kraan terecht opmerkt, dan verplicht elkaar het nodige te verschaffen, waarbij zij over en weer rekening mogen houden met ieders inkomen en vermogen. In het gegeven geval zouden de echtgenoten dan ieder hun eigen kosten moeten betalen.

#### *Artikelen 85 en 86*

De leden van de commissie merkten ter zake van de memorie van toelichting bij artikel 85 op dat voor twijfel vatbaar is of deze nu in alle opzichten sluitend is. Zij verwezen daarbij naar Kraan, p. 419. Kraan merkt op dat het zijns inziens twijfelachtig is of het recht op betaling gewaarborgd is door schriftelijke overeenkomsten die ten grondslag liggen aan klantenkaart-winkelpasssystemen. Hij haast zich daaraan toe te voegen dat hij geen winkels kent, waar hij met een dergelijke kaart betaalt. Aan klantenkaarten of winkelpassen ligt steeds een schriftelijke overeenkomst ten grondslag. In die overeenkomst heeft de winkelier de mogelijkheid omtrent het recht op betaling iets af te spreken. Voor zover dat tot nu toe niet zou gebeuren, kan dat in de toekomst gebeuren. Ik zie dan ook niet in waarom de toelichting in dit opzicht niet sluitend zou zijn. Kraan is het overigens eens met de schrapping van artikel 85 en als gevolg daarvan artikel 86. Ook van der Burght heeft kritiek op de memorie van toelichting in zijn hierboven al gememoreerde artikel in het WPNR. Helaas gaat deze kritiek niet vergezeld van een eigen opvatting over het schrappen, handhaven of wijzigen van artikel 85.

De leden van de commissie noemden vervolgens een arrest van het Gerechtshof Arnhem van 3 mei 1983, NJ 1984, 573. In dat arrest besliste dit hof dat medehuurderschap in de zin van artikel 7A:1623g lid 1 slechts kan ontstaan voor echtgenoten voor wie een verplichting tot samenwoning bestaat. In het gegeven geval ging het om van tafel en bed gescheiden echtgenoten. De leden van de commissie vroegen naar de gevolgen van het laten vervallen van artikel 85 in het licht van deze

uitspraak. De bepalingen van titel 6 zijn niet van toepassing in geval van scheiding van tafel en bed ingevolge het thans en ook in 1983 reeds geldende artikel 92a. De schrapping van artikel 85 heeft voor de hier aan de orde zijnde situatie dan ook geen gevolgen. Ten overvloede merk ik op dat artikel 7A: 1623g BW in het tweede lid een eigen regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid van medehuurlers kent.

De leden van de commissie vroegen voorts of artikel 2 van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen afgeschaft dan wel gewijzigd zou moeten worden, omdat deze bepaling kennelijk ziet op artikel 85. Artikel 2 van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen bevat een meerzijdige conflictenregel, die aangeeft welk recht van toepassing is op de vraag naar de eventuele aansprakelijkheid van de ene echtgenoot voor verbintenissen van de andere echtgenoot ten behoeve van de gewone gang van het huishouden. Het door deze regel aangewezen recht kan het Nederlandse recht zijn, maar ook een ander recht. De schrapping van artikel 1:85 BW betekent dus niet dat artikel 2 van de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen zou moeten vervallen. Ik maak van de gelegenheid gebruik om hierbij aan te tekenen dat bij de voorbereiding van de consolidatie van bestaande regelgeving op het gebied van het internationaal privaatrecht zal worden bezien of er behoefte is aan aanpassing van dit artikel.

De leden van de VVD-fractie achtten de argumenten gegeven voor schrapping van de artikelen 85 en 86 niet helder en plaatsten serieuze vraagtekens bij de vragen die in de memorie van toelichting zijn opgeworpen. Deze leden vonden het passend bij het huwelijk of het geregistreerd partnerschap, als een op continuïteit gerichte relatie, dat schuldeisers van de kosten ten behoeve van (de gewone gang van) de huishouding een bevoorrechte positie in geval van verhaal hebben, mede om hen in staat te stellen langer door te leveren. Bovendien vergroot de hoofdelijke aansprakelijkheid de kredietwaardigheid van deze samenlevingsvorm, hetgeen de stabiliteit van het gezin bevordert. Zij vergeleken huwelijk en geregistreerd partnerschap met een vof, waarin de vennoten ook hoofdelijk aansprakelijk zijn. Bovendien stralen de artikelen de geest uit dat beide echtgenoten en geregistreerde partners verantwoordelijk zijn voor hun gemeenschappelijke rechtshandelingen. Zij vroegen nader in te gaan op de relevantie van de schrapping van deze artikelen.

Doel van artikel 85 is de bescherming van crediteuren (zie onder andere van Duijvendijk-Brand, Haalt artikel 85 Boek 1 BW het jaar 2000? In: Recht Vooruit, 150 jaar BW, Kluwer, Deventer 1988, p. 27 e.v.). De rechtvaardiging voor deze bescherming in de vorm van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de kosten van de gewone gang van de huishouding wordt soms gezocht in de omstandigheid dat beide echtgenoten of geregistreerde partners profijt hebben van de uitgaven ten behoeve van de gewone gang van de huishouding. Naar mijn oordeel is dat echter onvoldoende om een dergelijke vergaande bescherming van crediteuren te rechtvaardigen. In aanvulling op het argument van «profijt hebben» wordt soms de rechtvaardiging voor deze hoofdelijke aansprakelijkheid gezocht in de omstandigheid dat het hier gaat om uitgaven die de ene echtgenoot of geregistreerde partner zonder overleg met de ander ten behoeve van de huishouding mag doen. Dat hij of zij deze uitgaven zonder overleg mag doen, zou voortvloeien uit de plicht van de partners elkander het nodige te verschaffen. Ik zie evenwel niet in dat dit gegeven tot een zo vergaande bescherming van crediteuren als bedoeld in artikel 85 dient te leiden, ook niet als beide genoemde argumenten worden gecombineerd. Mij overtuigt dat in de huidige maatschappij, waar toekomstige crediteuren in veel gevallen niet weten of iemand getrouwd is dan wel een geregistreerd partnerschap is aangegaan, dan wel ongehuwd samenleeft, er een ongerechtvaardigd voordeel voor crediteuren ter zake van de kosten van de gewone gang van de huishouding ontstaat, als achteraf komt vast te staan dat de wanbetaler gehuwd is dan wel een geregistreerd partnerschap is aangegaan. In dat geval kan immers krachtens de wet ook de partner



worden aangesproken. Dat kan niet wanneer ongehuwd of ongeregi-  
streerd wordt samengeleefd.

Het lijkt mij dat crediteuren wier rekening onbetaald wordt gelaten, niet genegen zullen zijn langer door te leveren vanwege het bestaan van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Er is immers al niet betaald. Daarenboven acht ik het primair de verantwoordelijkheid van de crediteur om in voorkomend geval extra zekerheid te vragen alvorens tot levering van de dienst of het goed wordt overgegaan. Ik verwacht voorts niet dat de schrapping van deze bepaling effect heeft op de stabiliteit van huwelijken of geregistreerde partnerschappen. Als het gaat om gemeenschappelijke rechtshandelingen van echtgenoten of geregistreerde partners, dan zijn zij beiden daaraan gebonden. In dat geval is er, als er geen andere afspraken zijn gemaakt, een aansprakelijkheid voor gelijke delen dan wel een hoofdelijke aansprakelijkheid als het gaat om een ondeelbare verbintenis. Ten slotte vergeleken de leden van de VVD-fractie, voor zover het gaat om de aansprakelijkheid, het huwelijk of geregistreerd partnerschap met een vof. Een vof is evenwel een samenwerkingsverband, terwijl het hier gaat om samenlevingsverbanden. Gelet op het uiteenlopende karakter van de verbanden waarom het hier gaat, ben ik van mening dat een vergelijking, voor zover het betreft de aansprakelijkheid, niet kan worden gemaakt. Voor mijn reactie op de opmerkingen van de leden van de fracties van GPV en RPF verwijs ik graag naar hetgeen hierboven in meer algemene zin is opgemerkt over de door hen aangehaalde punten.

#### **4. Algemene opmerkingen over titel 8 Boek 1 BW**

De leden van de commissie vroegen na uitgebreide overwegingen, welke in overwegende mate ontleend zijn aan het artikel van Prof. Stille «Weg met de rechter bij huwelijkse voorwaarden staande huwelijk!» In: Heden verscheen voor mij ..., liber amicorum aangeboden aan prof. mr A.L.M. Soons, Arnhem: Gouda Quint, 1995, p. 265–279, of het, gelet op de wijze van totstandkoming van de rechterlijke goedkeuring, de rechtspraktijk en de internationale omstandigheden in dit opzicht, nog wenselijk is dat het vereiste van rechterlijke goedkeuring gehandhaafd blijft en zo ja, waarom. Voorafgaand aan de beantwoording van deze vraag merk ik op dat de in het verslag meermalen aangehaalde auteur Kraan in zijn artikel in WPNR 2000, nr. 6405 pleit voor handhaving van de toetsingsgrond «redelijke grond» en daarmee impliciet aangeeft over schrapping van het vereiste van rechterlijke goedkeuring anders te denken. Voorts merkt Prof. Van der Burght in zijn artikel in WPNR 2000, nr. 6409, p. 501 op dat de voorstellen aangaande titel 8 over het algemeen steun verdienen. In de inleiding tot de bespreking over deze voorstellen schrijft hij dat het tweede onderdeel van het wetsvoorstel (te weten de wijzigingen in titel 8) tot meer tevredenheid stemt (p. 500). Ten slotte kunnen tegenover de schrijvers die zich voorstander hebben betoond van schrapping van het vereiste van rechterlijke goedkeuring evenzovele schrijvers genoemd worden die geen bezwaar hebben tegen handhaving van dit vereiste. Luijten noemt in Klaassen-Eggens-Luijten, 12e druk, 1999, p. 203 bij voorbeeld De Bruijn/Soons/Kleijn als voorstander van behoud van rechterlijke goedkeuring. Algemeen wordt aangenomen dat het huidige vereiste van rechterlijke goedkeuring tot doel heeft enerzijds het tegengaan van lichtzinnige wijziging van het huwelijksgoederenregime en anderzijds het beteugelen van het gevaar dat door wijziging van het huwelijksvermogensrecht schuldeisers kunnen worden benadeeld (zie onder andere De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz, nr. 196). Deze dubbele strekking keert terug in de gronden voor weigering van de goedkeuring door de rechter. De rechterlijke goedkeuring ter zake van het maken van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk beperkt de bevoegdheid van gehuwden ten opzichte van ongehuwden die een dergelijke goedkeuring niet behoeven. Meer doet de rechterlijke goedkeuring niet. Zij dekt dus niet gebreken die aan staande

huwelijk gemaakte huwelijkse voorwaarden zouden kunnen klevan. Achteraf is het mogelijk dat huwelijkse voorwaarden wegens wilsgebreken aan vernietiging bloot staan of dat bepaalde voorwaarden in strijd met de openbare orde of goede zeden worden geoordeeld. De leden van de commissie merkten op dat het vereiste van rechterlijke goedkeuring in de praktijk niet heeft kunnen verhinderen dat een van de partijen toch werd benadeeld. Zij wezen op een tweetal rechterlijke uitspraken. De rechterlijke goedkeuring heeft niet als oogmerk dat te verhinderen. In het voorgaande is dat aangegeven. Een dergelijke goedkeuring is geen garantie dat het allemaal wel goed zit. Op het moment van de goedkeuring kan een rechter, mede gelet op de beperkte informatie die hij heeft, niet overzien of bij voorbeeld door een van partijen gedwaald wordt. Los hiervan kan heel wel de vraag gesteld worden wat de zin is van de rechterlijke goedkeuring, als toch achteraf de huwelijkse voorwaarden wegens wilsgebreken aangetast kunnen worden en als schuldeisers zich achteraf via bij voorbeeld de actio pauliana op bescherming kunnen beroepen. In de eerste plaats noem ik hier de preventieve werking van de rechterlijke goedkeuring. Ik meen dat deze werking niet onderschat dient te worden. Het feit dat er een rechterlijke toets bestaat, impliceert dat op voorhand rekening wordt gehouden met de toetsing. Huwelijkse voorwaarden die deze toetsing zeker niet zullen doorstaan, worden helemaal niet voorgelegd aan de rechter.

De bestaande rechterlijke toetsing heeft als hiervoor uiteengezet twee doeleinden, die samenhangen met de gronden waarop de rechter toetst. Voorgesteld is de eerste toetsingsgrond (redelijke grond) te schrappen en de tweede (gevaar voor benadeling van schuldeisers) te handhaven. De schrapping van de eerste toetsingsgrond is onder andere ingegeven door de gedachte dat de verantwoordelijkheid van gehuwden zelf voor de aard van de wijziging die zij beogen zoveel als mogelijk bij henzelf en de notaris die hen adviseert wordt gelegd. Bovendien zullen in het verzoekschrift tot goedkeuring steeds de gronden van het verzoek dienen te worden opgenomen. Het zal de rechter reeds daarom steeds duidelijk worden waarom echtgenoten hun huwelijksvermogensregime willen aanpassen. Dat een of meer voorwaarden niet in strijd mag zijn met dwingende wetsbepalingen, de openbare orde of goede zeden spreekt haast voor zich. De handhaving van de grond – gevaar voor benadeling van schuldeisers – is geschied, omdat er niet vanuit mag worden gegaan dat betrokkenen en de notaris de belangen van derden primair voor ogen zullen hebben bij de wijziging van de huwelijkse voorwaarden. Daarop toetst dan ook de rechter. Aan deze toetsing voorafgaande aan de totstandkoming van de huwelijkse voorwaarden doet niet af dat achteraf een schuldeiser zich via de actio pauliana op bescherming kan beroepen. Samengevat zijn er twee duidelijke redenen om de rechterlijke goedkeuring te handhaven: enerzijds de preventieve werking van de goedkeuring en anderzijds de bescherming van de belangen van schuldeisers. De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz merkt in nr. 196 op dat de reden waarom bij afschaffing van het onveranderlijkheidsbeginsel de eis van rechterlijke goedkeuring is ingevoerd in de parlementaire geschiedenis niet echt duidelijk naar voren komt. Het onveranderlijkheidsbeginsel hield in dat staande huwelijk het huwelijksvermogensregime niet kon worden gewijzigd. Dit beginsel is in 1957 vervallen. In het verlengde van de opmerking in de Bruijn c.s. wordt in het verslag opgemerkt dat Meijers in de toelichting op zijn ontwerp, waarin die rechterlijke goedkeuring voorkomt ten onrechte een aantal landen heeft genoemd, die de rechterlijke goedkeuring voor tijdens het huwelijk gemaakte huwelijkse voorwaarden kenden. Wat daarvan zij, hierboven is de ratio van de rechterlijke goedkeuring, ook naar nieuw recht naar voren gebracht. Die ratio lijkt mij tot weinig misverstand aanleiding te geven. Ik merk terzijde op dat het voorstel voor rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk reeds in een uit 1930 stammend ontwerp was opgenomen (zie

Asser/De Boer, nr. 395; zie ook Asser-Wiarda, p. 241 en 242). Dat ontwerp is na de Tweede Wereldoorlog ingetrokken en vervangen door een voorstel waarin het onveranderlijkheidsbeginsel is gehandhaafd. Toen Meijers in zijn ontwerp daarvan afstapte en terugkwam op hetgeen reeds eerder was voorgesteld, is het voorstelbaar dat de reden voor invoering van de rechterlijke goedkering minder diepgaand aan de orde is gekomen. Thans komt de rechterlijke goedkeuring in het buitenland voor in de huwelijksgoederenstelsels van België en Frankrijk. Ik merk daarbij op dat ook het basishuwelijksgoederenregime van deze landen nog het meeste aansluit bij dat van Nederland. Dat geldt bij voorbeeld niet voor dat van Duitsland en Zwitserland. Duitsland kent als basisregime een vorm van deelgenootschap («Zugewinnngemeinschaft»). Zwitserland kent een (behoorlijk ingewikkeld) verrekenstelsel als basisregime. Wellicht dat het bestaan van de rechterlijke goedkeuring dan ook samenhangt met de traditie en historie waarin het huwelijksgoederenregime als geheel staat. De ontwikkelingen in Frankrijk, die in het verslag worden geschetst, wacht ik met belangstelling af. Het gegeven dat rechterlijke goedkeuring in het buitenland in beperkte mate voorkomt, is al met al voor mij geen zodanige factor dat ik mede om die reden van dat vereiste zou willen afstappen. Gelet op al het voorgaande, hebben ook de andere in het verslag aangevoerde argumenten mij niet overtuigd dat de rechterlijke goedkeuring geschrapt zou dienen te worden.

## **5. Artikelen**

### *Artikel 118*

De leden van de CDA-fractie waren van mening dat het in ieder geval verstandig is om in de wet een minimumtermijn op te nemen waarbinnen eenmaal opgestelde huwelijksvoorwaarden niet mogen veranderen om te voorkomen dat huwelijksvoorwaarden maar op ieder moment en naar willekeur kunnen worden gewijzigd en er voor gehuwden en hun omgeving duidelijkheid blijft bestaan over welke afspraken er gelden. Als ik de leden van de CDA-fractie goed begrijp willen zij de huidige voorwaarde dat eerst na een jaar huwelijk het huwelijksgoederenregime kan worden gewijzigd versterken met een bepaling dat ook een wijziging van eerder tijdens het huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden eerst na bepaalde tijd kan geschieden. Gelet op het feit dat de huidige praktijk geen aanleiding geeft te veronderstellen dat echtgenoten in korte tijd telkens weer nieuwe wijzigingen van hun huwelijksgoederenregime bewerkstelligen, ben ik geen voorstander van de suggestie van de leden van de CDA-fractie. Uit de resultaten van een onderzoek naar aantallen en inhoud van akten van huwelijksvoorwaarden in de jaren 1994, 1995 en 1996, gepubliceerd door Prof. mr M.J.A. van Mourik, in WPNR 1998, nr. 6302, p. 115–123, blijkt dat het aantal staande huwelijk gemaakte huwelijksvoorwaarden in 1996 1857 bedroeg. Dat is ongeveer hetzelfde aantal als in 1981. In 1985 was het aantal huwelijksvoorwaarden staande huwelijk sterk gedaald, nadien stijgt het weer langzaam om eerst in 1996 weer op ongeveer het niveau van 1981 te zijn. Deze aantallen geven geen aanleiding tot de veronderstelling dat huwelijksvoorwaarden staande huwelijk veelvuldig worden gemaakt. De aantallen maken uiteraard niet duidelijk of door dezelfde echtgenoten kort achter elkaar wijzigingen worden bewerkstelligd. Maar het gegeven dat tussenkomst van de notaris en rechterlijke goedkeuring voor een wijziging noodzakelijk zijn, geeft aanleiding te veronderstellen dat elkaar snel opvolgende wijzigingen niet erg voor de hand liggen.

### *Artikelen 119 en 120*

Het verheugt mij dat de leden van de commissie instemmen met het laten

vervallen van de eis van tussenkomst van een procureur ter zake van het verzoekschrift tot het verkrijgen van goedkeuring inzake huwelijkse voorwaarden staande huwelijk en dat zij instemmen met de schrapping van het publicatievereiste.

Inzake de gedeeltelijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden doen de leden van de commissie enige praktische suggesties met betrekking tot de gang van zaken in het geval de rechter overweegt zijn goedkeuring geheel of gedeeltelijk aan de voorgestelde huwelijkse voorwaarden te onthouden. Deze praktische gang van zaken, waarbij de griffie in de genoemde situatie contact zoekt met verzoekers, kan ertoe leiden dat een nieuw verzoekschrift kan worden voorkomen, omdat het bestaande verzoekschrift wordt aangepast. Voor de goede orde merk ik op dat de regeling van de verzoekschriftprocedure ertoe leidt dat er in principe steeds een mondelinge behandeling plaatsvindt (artikel 429f Rv.), alwaar het verzoek toegelicht kan worden en de rechter in de gelegenheid is vragen te stellen. Aanpassing van het verzoekschrift, zoals het genoemde artikel 429i aangeeft, is ook dan nog mogelijk. De behandeling kan in dat geval bij voorbeeld worden aangehouden en op een later moment worden voortgezet. De regeling van de verzoekschriftprocedure is voldoende flexibel om inefficiency in de rechtsgang tegen te gaan zonder dat daardoor de belangen van andere belanghebbenden dan de verzoekers worden geschaad. Nadere voorschriften die slechts zouden zien op één bepaalde procedure acht ik ongewenst.

De leden van de commissie merkten op dat Kraan in zijn meergenoemde artikel in het WPNR de vraag stelde of in geval van gedeeltelijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden, de huwelijkse voorwaarden exclusief het niet-goedgekeurde gedeelte verleden kunnen worden. Kraan beantwoordt deze vraag bevestigend. Zijn antwoord zou ook het mijne zijn. De leden van de commissie vroegen zich in dit verband af of geheel goedgekeurde huwelijkse voorwaarden ook slechts ten dele verleden kunnen worden. Ik zou menen van niet. De rechter heeft zijn goedkeuring gegeven aan het geheel, niet afzonderlijk aan de samenstellende onderdelen van het geheel. Dat betekent dat de goedgekeurde huwelijkse voorwaarden als geheel verleden kunnen worden, maar niet in andere (beperkte) vorm. De leden van de commissie vroegen voorts in te gaan op het commentaar van Kraan inzake het laten vervallen van de redelijke grond als toetsingsmaatstaf voor de rechter. Kraan merkt op (a.w. p. 420) dat de eis van een redelijke grond de echtgenoten dwingt in ieder geval een motief voor het maken van de huwelijkse voorwaarden op te geven. Aan de hand van dat motief kan de rechter een oordeel geven of een nader onderzoek instellen. Het is dus beter, zo vervolgt hij, om de echtgenoten te verplichten bij hun verzoek teven de grond voor dit verzoek te vermelden. Daarom, zo concludeert Kraan, zou de eis van een redelijke grond moeten worden gehandhaafd. Ik wijs erop dat ingevolge artikel 429d, eerste lid, Rv. ieder verzoek de gronden waarop het berust, dient te bevatten. Aan de wens van Kraan dat de gronden van het verzoek in het verzoekschrift worden aangegeven, wordt voldaan. Daarvoor is het niet nodig de bedoelde toetsingsgrond te handhaven.

De eis dat de huwelijkse voorwaarden niet strijdig mogen zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde impliceert, mede gelet op artikel 121, eerste lid, tweeërlei. In de eerste plaats zullen de voorwaarden zelf niet in strijd mogen zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. In de tweede plaats zal de wijziging van het huwelijksgoederenregime als zodanig, mede gelet op de omstandigheden van het geval, niet in strijd mogen zijn met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. In dit verband kan eveneens aan de orde komen de vraag of bij wijziging bijvoorbeeld sprake is van misbruik van omstandigheden. Overigens wijkt dit laatste niet af van de huidige situatie, gelet op het nu reeds bestaande artikel 121, eerste lid.

Het woord «mag» in de eerste zin van de laatste alinea op pagina 11 van de memorie van toelichting is inderdaad onjuist. Daar had «kan» dienen te staan.

Voor de leden van de commissie was het niet begrijpelijk dat in het kader van het voorstel tot schrapping van de publicatieregels in artikel 119, tweede lid, en artikel 120, derde lid, een opmerking wordt gemaakt over opnemings van de Dozy-clausule in de akte van huwelijkse voorwaarden. Het lijkt erop, zo vervolgden de leden, of een arrest van de Hoge Raad mij ontgaan is. Dat arrest is mij niet ontgaan. Uit het arrest vloeit voort dat een echtgenoot afstand kan doen van de gemeenschap, ondanks een Dozy-clausule, daar artikel 103, vierde lid, van dwingende aard is. Het arrest neemt niet weg dat onder omstandigheden een (aangepaste) Dozy-clausule een nuttige functie ter bescherming van reeds bestaande crediteuren kan vervullen (vergelijk bijvoorbeeld de casus uit het arrest van de HR van 15 mei 1992, NJ 1993, 486). In dit wetsvoorstel is niet voorgesteld om een vorm van Dozy-clausule in de wet op te nemen, aangezien daarmee vooruitgelopen zou worden op de nog te voeren discussie over het basishuwelijksgoederenregime.

De leden van de PvdA-fractie vroegen een reactie op de opmerking in de memorie van toelichting inzake het niet opmerken door schuldeisers van een door de rechter gelaste publicatie van huwelijkse voorwaarden. Deze opmerking is naar hun mening niet te rijmen met de eis van publicatie van de gemaakte huwelijkse voorwaarden in het huwelijksgoederenregister. De beide publicatie-eisen zijn verschillend van aard. De publicatie-eis, waarop de opmerking in de memorie van toelichting slaat, betreft een eenmalige publicatie in een of meer dagbladen van het feit dat een verzoek tot goedkeuring van huwelijkse voorwaarden is ingediend bij de rechtbank of van het feit van de inschrijving in het huwelijksgoederenregister van de (gewijzigde) huwelijkse voorwaarden. De publicatie in het openbare huwelijksgoederenregister betreft de huwelijkse voorwaarden zelf. Deze zijn steeds te raadplegen. De advertentie in een dagblad zal vaak niet opgemerkt worden. Als zij al opgemerkt wordt, is het de vraag of men zich de betekenis van de gedane mededeling realiseert. Veel schuldeisers zullen daartoe de technisch-juridische kennis immers ontberen. Voor zover het nodig of gewenst is om kennis te nemen van huwelijkse voorwaarden zelf, kan men steeds bij het huwelijksgoederenregister terecht. Zijn de huwelijkse voorwaarden daarin niet opgenomen, dan werken zij niet tegenover derden (artikel 120, tweede lid). Het verschillende karakter van de publicatie-eisen waarom het hier gaat, leidt ertoe dat een opmerking over de ene vorm van publicatie heel wel te rijmen valt met een publicatie van andere aard.

## **6. Overgangsbepalingen**

De leden van de commissie vroegen of met de tekst van artikel II, tweede lid, dat spreekt van hoofdelijke aansprakelijkheid, nu vastgesteld is dat de aansprakelijkheid van vóór 1 januari 1992 ook een hoofdelijke aansprakelijkheid is. Het is niet de bedoeling van deze overgangsbepaling om over de aard van de aansprakelijkheid op grond van artikel 85, zoals dat luidde voor 1 januari 1992 uitspraken te doen. Daartoe is een overgangsbepaling geen geëigend middel. Gelet daarop zal ik bij nota van wijziging voorstellen in het tweede lid van artikel II het woord «hoofdelijke» te schrappen.

De term «indienen» in artikel III, derde lid, dient in de gebruikelijke procesrechtelijke betekenis van dat woord te worden opgevat.

De leden van de commissie merkten voorts dat het in verband met het vervallen van artikel 85 van belang is te weten of een eenmaal onder het oude recht ontstane hoofdelijke aansprakelijkheid na het vervallen van artikel 85 blijft voortbestaan. Gelet op het tweede lid van artikel II blijft een

op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet reeds bestaande aansprakelijkheid in stand.

Van dit punt van overgangsrecht dienen te worden onderscheiden de opvattingen die in de literatuur bestaan over de voortdurende aansprakelijkheid *na het einde van het huwelijk* ter zake van duurovereenkomsten ten behoeve van de gewone gang van de huishouding. Het gaat dan vooral om huurovereenkomsten en om arbeidsovereenkomsten. Indien dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven, zal de (hoofdelijke) aansprakelijkheid op grond van artikel 85 ook voor duurovereenkomsten *voor de toekomst* niet meer bestaan. De kwestie of na het einde van het huwelijk de aansprakelijkheid voor bedoelde duurovereenkomsten tijdens het huwelijk aangegaan voortduurt, doet zich in de toekomst daarom niet meer voor. Dat laat onverlet dat op grond van andere wettelijke bepalingen een hoofdelijke aansprakelijkheid kan bestaan, zoals op grond van de genoemde bepaling van artikel 7A: 1623g, lid 2 BW. Over de vraag in hoeverre *voor het verleden* (dat wil zeggen tot aan het moment van inwerkingtreding van deze wet) de hoofdelijke aansprakelijkheid voor duurovereenkomsten na het einde van het huwelijk nog doorwerkt, bestaan in de literatuur uiteenlopende gedachten, die in het verslag zijn weergegeven. Zou door de rechter worden aangenomen dat ook na ontbinding van het huwelijk de hoofdelijke aansprakelijkheid voor een duurovereenkomst aangegaan ten behoeve van de gewone gang van de huishouding, blijft voortduren, dan zou ik in ieder geval menen dat deze aansprakelijkheid eindigt op het tijdstip dat de wettelijke grondslag voor het aannemen van deze voortdurende aansprakelijkheid vervalt, dus op het tijdstip van het vervallen van artikel 85.

De leden van de commissie vroegen naar aanleiding van een opmerking van mevrouw Reinhartz in JBN 2000, 17 dat in huwelijkse voorwaarden een bepaling kan voorkomen die dezelfde strekking heeft als artikel 85, of het geen aanbeveling zou verdienen om bij wijze van overgangsbepaling in de wet op te nemen dat ook een bepaling in huwelijkse voorwaarden met nagenoeg dezelfde strekking als artikel 85 van rechtswege ophoudt te gelden als artikel 85 niet meer bestaat. De leden van de commissie merkten op dat het toch wel wonderlijk is als artikel 85 eenmaal geschrapt zou zijn, maar echtgenoten wel (hoofdelijk) aansprakelijk blijven op grond van de huwelijkse voorwaarden die zij zijn aangegaan. Verondersteld wordt daarbij dat de desbetreffende bepaling in de huwelijkse voorwaarden is opgenomen ter voorlichting van de echtgenoten en niet met de bedoeling daardoor een extra zekerheid te scheppen voor bepaalde crediteuren.

Als de praktijk van het notariaat zou impliceren dat in huwelijkse voorwaarden bindende bepalingen worden opgenomen die slechts dienen ter voorlichting van echtgenoten, dan is dat op zichzelf curieus. Aangezien het notariaat zich bewust zal zijn van het feit dat huwelijkse voorwaarden primair geen instrument ter voorlichting zijn, maar dat ter voorlichting van gehuwden andere instrumenten voor handen en geëigend zijn, en het notariaat dan ook alleen om redenen van voorlichting geen bindende bepalingen in huwelijkse voorwaarden zal opnemen, kan deze achtergrond voor opneming in de huwelijkse voorwaarden van een bepaling met de strekking van artikel 85 geen reden zijn om een bijzondere overgangsbepaling als gesuggereerd, voor te stellen. Voorts rijst de vraag of het wel zo wonderlijk is dat schrapping van een wettelijke bepaling in een concreet geval geen effect zal hebben, omdat in huwelijkse voorwaarden in een regeling van dezelfde strekking is voorzien. Een dergelijke regeling zal in de huwelijkse voorwaarden toch niet zonder reden (anders dan de genoemde «voorlichtende» reden) zijn opgenomen. Bovendien, zo wordt opgemerkt, gaat het om regelingen «van dezelfde strekking». Dit impliceert dat deze regelingen geenszins geheel en al behoeven overeen te stemmen met de wettelijke bepaling van artikel 85. Zij kunnen bij voorbeeld wat verder gaan. Er kan met andere woorden onduidelijkheid

ontstaan over de vraag wat nu wel of niet meer geldt, als een overgangsbepaling als gesuggereerd zou gelden. Ten slotte rijst de vraag of het bij wege van overgangsbepaling ingrijpen in concrete huwelijkse voorwaarden door aan een bepaling zijn gelding te ontnemen, steeds recht zal doen aan de wil en wens van betrokkenen. Gelet op dit alles ben ik van oordeel dat een dergelijke bepaling te ver zou strekken. Zij grijpt te diep in in de contractsvrijheid van de (aanstaande) echtgenoten.

De leden van de VVD-fractie vroegen of door opnemng van een overgangsbepaling in voldoende mate is tegemoet gekomen aan de opmerking van de Raad van State inzake de verhouding van het voorgestelde artikel 84, derde lid, tot artikel 115. De Raad heeft gesignaleerd dat tot nu toe regelingen met betrekking tot de draag- en fourneerplicht van de kosten van de huishouding, waarbij wordt afgeweken van het wettelijke systeem op straffe van nietigheid bij huwelijkse voorwaarden moeten geschieden. In de toekomst is een schriftelijke overeenkomst voldoende. Maar omdat gemaakte huwelijkse voorwaarden slechts bij huwelijkse voorwaarden gewijzigd kunnen worden, rees bij de Raad terecht de vraag wat geldt ten aanzien reeds gemaakte huwelijkse voorwaarden op dit punt. Is dan wijziging bij huwelijkse voorwaarden nodig of kan volstaan worden met een schriftelijke overeenkomst? In wezen betreft dit een overgangsprobleem voor huwelijkse voorwaarden die op het moment van inwerkingtreding van de wet bestaan en waarin een regeling met betrekking tot de draag- en fourneerplicht is opgenomen. Daarom is aan de opmerking van de Raad tegemoet gekomen door hiervoor een overgangsregeling te treffen. In de toelichting daarbij (pagina 13) is opgemerkt dat, als na inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen omtrent de draag- en fourneerplicht regels opgenomen worden in huwelijkse voorwaarden wijziging ook bij huwelijkse voorwaarden dient te geschieden. Dat is dan de keuze die de echtgenoten of geregistreerde partners gemaakt hebben. Ik heb het vertrouwen dat met de getroffen regeling en de toelichting daarop aan de opmerking van de Raad van State recht is gedaan.

## **7. Overige opmerkingen**

De leden van de commissie stelden het op prijs te weten of de regering overweegt om de wens van de Commissie rechten en plichten echtgenoten in te willigen tot verbetering van de toegankelijkheid van de huwelijksgoederenregisters in Nederland. Naar deze wens, die naar mij bekend ook in het notariaat leeft, zal zeker gekeken worden. Het is echter de vraag op welk moment. Tijd en kosten, alsmede prioritering van werkzaamheden spelen daarbij een rol. Ik kan daarom op dit moment geen uitlatingen of toezeggingen doen omtrent automatisering van deze registers.

Ten slotte vroegen de leden van de commissie of de term huwelijksgoederenregister, gelet op de invoering van het geregistreerd partnerschap, geen aanpassing behoeft. De leden van de SGP-fractie gaven aan hieraan op dit moment geen behoefte te hebben. Er is ter gelegenheid van de invoering van het geregistreerd partnerschap nagedacht over een andere benaming voor het huwelijksgoederenregister. Zoals de leden van de commissie opmerkten, is het niet eenvoudig om een goede andere term te vinden. De suggestie «relatievermogensregister» is ook destijds de revue gepasseerd, maar is afgewezen, omdat zij meer suggereert dan in het register is opgenomen. Samenlevingscontracten zijn immers in dit register niet te vinden. Bij gebrek aan beter handhaaf ik vooralsnog de bestaande term.

De Staatssecretaris van Justitie,  
M. J. Cohen