

# Rechtvaardige huwelijkse voorwaarden en *premarital mediation*

Indien echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd gaan scheiden, ontstaat er in veel gevallen discussie over de uitleg van deze overeenkomst. De belangrijkste oorzaak hiervan is dat huwelijkse voorwaarden meestal niet rechtvaardig zijn. In dit artikel beantwoord ik eerst de vraag wat naar mijn mening verstaan moet worden onder een rechtvaardige overeenkomst van huwelijkse voorwaarden. Vervolgens laat ik zien hoe deze met toepassing van (*premarital*) mediation tot stand kan komen.<sup>1</sup>

Door Fred Schonewille

In mijn visie is de belangrijkste voorwaarde om in mediation – maar ook daarbuiten – tot rechtvaardige huwelijkse voorwaarden te komen, het bevorderen en tot uitdrukking laten komen van de autonomie van de aanstaande echtgenoten.<sup>2</sup> Vaak wordt partijautonomie gebruikt als een synoniem van contractvrijheid maar ik denk dat dit te kort door de bocht is omdat partijautonomie naast contractvrijheid ook het rechtsbeginsel solidariteit omsluit.

## Wat zijn rechtvaardige huwelijkse voorwaarden?

Volgens Nieuwenhuis gaat het in het contractenrecht om zelfontplooiing door middel van samenwerking met anderen, waarmee tevens de kern van het contractenrecht is gegeven.<sup>3</sup> Dit betekent dat partijautonomie ingeval van het aangaan van huwelijkse voorwaarden naar mijn oordeel verstaan dient te worden als de vrijheid te komen tot zelfontplooiing of zelfbeschikking van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot.

Ik zie partijautonomie daarom als de in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de verantwoordelijkheid die elk van de echtgenoten voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruikmaakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de zeer nauwe persoonlijke band die het huwelijk is. Deze verantwoordelijkheid beschouw ik als rechtstreeks samenhangend met het rechtsbeginsel *solidariteit*.

In dit verband dringt zich de vraag op of in het contractenrecht een bijzondere zorg aan de dag dient te worden gelegd voor ‘de zwakkere partij’.

Evenals Lindenberg ben ik van opvatting dat de positie of hoedanigheid van partijen niet steeds een bepalende voorwaarde voor het intreden van een bepaald gevolg is.<sup>4</sup> Deze kunnen echter wel een bruikbaar gezichtspunt opleveren voor het antwoord op de vraag of hetgeen is overeengekomen in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Lindenberg past zijn visie ook toe op echtgenoten die met elkaar hebben gecontracteerd en betoogt dat een echtgenoot – veelal de vrouw als de klassiek ‘zwakkere’ echtgenoot – geen bescherming verdient omdat zij vrouw is maar omdat het zo kan zijn – en ook heden ten dage nog vaak zo is – dat de vrouw veelal de niet-verdienende of niet-betaalde echtgenoot is. Ik relateer vervolgens ‘de bescherming van de zwakkere partij’ aan het zojuist genoemde rechtsbeginsel solidariteit. Een argument dat voor mij hierin meeweegt is dat het begrip solidariteit de gedachte van evenwicht tot uitdrukking brengt, waar het begrip ‘bescherming van de zwakkere partij’ veeleer de notie van correctie oproept.

Solidariteit beschouw ik als een rechtsbeginsel dat de tegenpool vormt van contractvrijheid en tussen beide polen bestaat in mijn opvatting vrijwel steeds een spanningsveld.

Ik acht deze visie zeer bruikbaar voor toepassing op de rechtsverhouding en de contractuele positie tussen echtgenoten: van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

Mak omschrijft het voorgaande als de *double nature of the law* waarmee zij doelt op het feit dat autonoom handelen in rechte

betekent dat daarin de belangen van de wederpartij zijn verdisconteerd en dat – andersom geredeneerd – het handelen in rechte vanuit solidariteit, ook het bestaan van contractvrijheid erkent en veronderstelt.<sup>5</sup> Of door ieder van de echtgenoten bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden voldoende rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de andere echtgenoot is daarom een vraag die voortdurend centraal dient te staan.

Vranken verbindt aan dit rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij de term ‘zorgplicht’, welk begrip mij zeer aanspreekt ter zake van de contractuele relatie tussen echtgenoten. Deze zorg voor elkaar betreft de actieve zijde van het rechtsbeginsel solidariteit en is mijns inziens niet alleen aan de orde in de precontractuele fase, maar ook tijdens de looptijd van huwelijkse voorwaarden.<sup>6</sup>

De omvang van de desbetreffende zorgplicht is niet op voorhand te bepalen omdat verschillende omstandigheden hierbij een rol spelen, waaronder in de eerste plaats de aard van de huwelijksverhouding – of *Ehetyp* zoals men in Duitsland zegt –, de hoedanigheid, de onderlinge verhouding en de deskundig-

Het belang dat door een echtgenoot kan worden geschonden is – in de woorden van Nieuwenhuis – het belang van de andere echtgenoot om niet door een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken betrokken te raken in een contract dat deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten. Het gaat hier, zo betoogt Nieuwenhuis, om de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt is onvrij. Het recht van een echtgenoot bij het aangaan van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden om uit de droom geholpen te worden door de andere echtgenoot, prevaleert boven de onderzoeksplicht van de andere echtgenoot.

Uiteindelijk gaat het dan om *contractgerechtigheid* welk begrip mijns inziens is te beschouwen als synoniem voor partijautonomie: contractvrijheid derhalve waarin de tegenpool daarvan – solidariteit –, is verdisconteerd. Aanstaande echtgenoten die willen komen tot rechtvaardige huwelijkse voorwaarden moeten zich er derhalve steeds van bewust zijn dat het beginsel solidariteit vereist dat ook aan de zijde van de andere echtgenoot sprake is van contractvrijheid. Zoals voor vrijheid in het

## Aanstaande echtgenoten worden door de notaris slechts geïnformeerd over het huwelijksvermogensrecht

heid van partijen maar ook de wijze waarop de huwelijkse voorwaarden tot stand zijn gekomen en de duur van het huwelijk. Deze factoren wijzen naar mijn oordeel in elk geval op een in beginsel grote zorgplicht van echtgenoten voor elkaar.

In mijn visie bevindt het vertrouwensbeginsel zich in het verlengde van het rechtsbeginsel solidariteit. Het vertrouwen dat de ene contractpartij bij de andere opwekt – indien gerechtvaardigd – impliceert immers verantwoordelijkheid van de eerstbedoelde voor de andere partij en verantwoordelijkheid maakt onderdeel uit van de invloedssfeer van het beginsel van de solidariteit.

Dit voert echter niet tot fundamentele contradicties maar slechts tot paradoxen: het rechtssysteem bestaat in de werking van beide beginselparen tegelijkertijd en het spanningsveld dat daardoor ontstaat doet geen afbreuk aan het systeem maar is integendeel een essentieel onderdeel daarvan.

Indien echtgenoten met elkaar contracteren door huwelijkse voorwaarden op te stellen is naar mijn oordeel snel sprake van een mededelingsplicht omdat dan sprake is van een bijzondere rechtsverhouding. Het opbouwen en vervolgens uitbaten van een voorsprong in kennis gaat voor hen dan ook niet op. Voor echtgenoten geldt in beginsel dat gesproken dient te worden om te voorkomen dat een verkeerde voorstelling van zaken het huwelijk uiteindelijk vergiftigt.

algemeen geldt, is ook ingeval van contractvrijheid aan de orde dat slechts sprake kan zijn van vrijheid van de een voor zover deze verenigbaar is met de vrijheid van de ander, hetgeen zeker ook opgeld doet voor echtgenoten in hun onderlinge verhouding. Hartlief spreekt in dit verband van een paradoxale legitimatie: de beperking van de vrijheid omwille van de vrijheid.<sup>7</sup>

Aanstaande echtgenoten die kiezen voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden zullen in de huidige praktijk door de notaris slechts worden geïnformeerd over het huwelijksvermogensrecht. Niet mag worden verwacht dat in een dergelijk gesprek de onderlinge communicatie van de partners, het investeren in het huwelijk of aspecten van ouderschap aan de orde worden gesteld. Vaker zal door de notaris een mogelijke echtscheiding met de aanstaande echtgenoten worden besproken maar op dit terrein lijkt nog een zekere terughoudendheid aan de dag te worden gelegd. Dat notarissen ook op het beperkte terrein waarop door hen wel voorlichting en advies wordt gegeven in veel gevallen niet presteren als zou mogen worden verwacht, kan worden afgeleid uit de vele procedures die over huwelijkse voorwaarden worden gevoerd ten tijde van de echtscheiding. Breederveld legt de vinger op deze zere plek als hij zich de vraag stelt of huwelijkse voorwaarden wel het exclusieve domein van notarissen zouden moeten zijn.<sup>8</sup>

### Kan mediation preventief worden toegepast?

Mediation is een methode van bemiddeling in conflicten waarbij een neutrale deskundige – de mediator – de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen begeleidt, teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale overeenkomst te komen.<sup>9</sup>

In mediation gaat het er derhalve om dat partijen worden aangemoedigd om de (werkelijke) belangen die ten grondslag liggen aan de door hen ingenomen standpunten op te sporen en daarover op een gestructureerde wijze met elkaar te communiceren en integratief te onderhandelen, onder leiding van een neutrale derde. Dit brengt mee dat mediation een gefaseerde aanpak kent waarin sprake is van achtereenvolgens een relationele fase, een zakelijke fase en een juridische fase. In de eerste wordt de relatie tussen partijen onderzocht en besproken en worden zoveel mogelijk aspecten van het conflict in kaart gebracht. In de tweede fase wordt principieel onderhandeld en in de laatste fase worden de bereikte resultaten en gemaakte afspraken juridisch vertaald en vastgelegd in een overeenkomst. In de gegeven definitie heeft mediation in het afgelopen

### Wat is de toegevoegde waarde van mediation voorafgaand aan het huwelijk?

Een (aanstaande) huwelijksrelatie draagt alle onder de in de vorige alinea genoemde facetten in zich en leent zich naar mijn oordeel daarom bij uitstek voor de toepassing van preventieve mediation, derhalve voorafgaand aan de sluiting van het huwelijk. In het algemeen gesteld zal de mediator daarom met de aanstaande echtgenoten bespreken welk Ehetyp hun voor ogen staat, welke verwachtingen zij van het huwelijk hebben en welke concrete afspraken zij in dat verband met elkaar wensen te maken.

Onder Ehetyp versta ik zoals gezegd de door de aanstaande echtgenoten gewenste huwelijksverhouding. Zo kan bewust worden gekozen voor een klassiek kostwinnershuwelijk met duidelijk afgebakende taken maar ligt het in deze tijd meer voor de hand dat een huwelijksvorm wordt geprefereerd waarin beide echtgenoten de zorg voor eventuele kinderen, werk buitenshuis en huishoudelijke taken op een voor hen evenwichtige wijze verdelen.<sup>11</sup>

Elk huwelijksstypet kent consequenties en deze dienen te worden geïnventariseerd en geverifieerd, waarna *in concreto* de

## Naar mijn mening verzet zich er niets tegen om mediation in preventieve zin toe te passen

decennium een hoge vlucht genomen en vinden mediations plaats op het terrein van echtscheidingen, tussen ouders in gezags- en omgangskwesties, in conflicten tussen werkgever en werknemer, tussen overheid en burger, binnen maatschappen, waar het betreft de afwikkeling van nalatenschappen en in zakelijke geschillen.<sup>10</sup> Steeds is echter sprake van een conflict of geschil dat zich heeft geopenbaard en vaak al in meer of mindere mate is geëscaleerd.

Naar mijn mening verzet zich er echter niets tegen om mediation zoals hiervoor geduid in *preventieve zin* toe te passen, te weten daar waar partijen een langdurige relatie met elkaar aangaan, verwachtingen, zienswijzen en belangen die ten minste deels tegenstrijdig zijn kunnen worden verwacht of mogen worden verondersteld en juridische aspecten – die bij partijen niet of gebrekkig bekend zijn – vaak een rol spelen. In dergelijke situaties is het immers evenzeer noodzakelijk dat partijen effectief met elkaar kunnen communiceren, zij de beschikking hebben over vaardigheden en technieken om in een tijdig stadium mogelijk conflicterende verwachtingen, zienswijzen en belangen op te sporen en te benoemen en vervolgens in staat zijn om deze met elkaar te verzoenen. Het daadwerkelijk bestaan van een conflict is hier daarom geen vereiste.

taken kunnen worden geformuleerd die iedere echtgenoot op zich zal moeten nemen.

Tijdens dit proces analyseert de mediator de communicatie tussen de partners, draagt hij er indien nodig zorg voor dat partijen zich van hun communicatiepatronen bewust worden en kan hij hun technieken aanreiken ter verbetering daarvan en met hen vaardigheden oefenen.

Ook worden moeilijke punten zoals bijvoorbeeld een ontbrekende kindwens bij de ene echtgenoot, terwijl deze bij de andere echtgenoot sterk aanwezig is, bespreekbaar gemaakt, waardoor wordt voorkomen dat deze tijdens het huwelijk uitgroeien tot grote proporties.

Deze focus op de wijze waarop partners met elkaar communiceren is erg belangrijk omdat in veel scheidingsmediations duidelijk wordt dat de wortel van de echtscheiding wordt gevormd door een (zeer) gebrekkige communicatie tussen de echtgenoten.

Naar mijn mening kan eveneens gesteld worden dat premarital mediation tot op zekere hoogte een preventieve werking zou kunnen hebben waar het echtscheiding betreft, omdat de aanstaande echtgenoten op dat moment al de nodige ervaring hebben kunnen opdoen met de wijze waarop zij met elkaar praten maar er tussen hen nog geen ingesleten verkeerde communicatiepatronen zijn ontstaan en er derhalve veel ruimte



HH/Truus van Gog

is om te leren en zich communicatieprincipes aan te leren. Vervolgens komen de vermogensrechtelijke en financiële aspecten aan de orde, zowel ter zake van de huwelijkse periode als waar het een eventuele echtscheiding betreft.

Het standaard huwelijksvermogensrecht is in Nederland de gemeenschap van goederen. Dit stelsel brengt mee dat alle vermogensbestanddelen van de echtgenoten door de huwelijksluiting gemeenschappelijk worden, ongeacht of deze voorafgaand aan het huwelijk al aanwezig waren of tijdens het huwelijk worden verkregen. In beginsel kan de gemeenschap van goederen worden gezien als een systeem dat is gebaseerd op het rechtsbeginsel solidariteit. Daarmee is echter niet gezegd dat het ook in alle gevallen een rechtvaardige regeling is. Twee voorbeelden maken dit duidelijk.

Het arrest *Zwijgzame bruid* laat zien hoe een conflict op het terrein van de gemeenschap van goederen ontstaat doordat de aanstaande echtgenoten niet waren geïnformeerd over de werking daarvan.<sup>12</sup> In deze casus had de vrouw voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking een aanzienlijk deel van haar spaargeld opgenomen en 'afgedragen aan haar moeder', terwijl de man een 'niet met hypotheek belaste woning' ten huwelijk aanbracht. Partijen waren gehuwd in gemeenschap van goederen en de man stelde in de echtscheidingsprocedure dat het weggesluisde spaargeld van de vrouw ook bij de verdeling van de desbetreffende gemeenschap betrokken diende te worden, omdat anders geen rechtvaardige uitkomst zou worden gerealiseerd.

Waar het Hof in hoger beroep had vastgesteld dat het geld door de vrouw uitsluitend op grond van het huwelijk aan haar moeder was gegeven en dit in strijd met redelijkheid en billijkheid achtte, oordeelt de Hoge Raad echter: 'De niet-gehoudenheid van de vrouw tot afgifte kort vóór het huwelijk van het tot haar vermogen behorende spaartegoed aan haar moeder en de reden van die afdracht, vormen evenwel op zichzelf dan wel in samenhang met de omstandigheid dat het onbelaste woonhuis van de man in de gemeenschap zou vallen, onvoldoende grondslag voor een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting van de vrouw om vóór het huwelijk aan de man mededeling te doen van de plaatsgevonden hebbende vermindering van haar vermogen en van de reden van de vermindering als door het Hof aangenomen.'<sup>13</sup> Indien deze echtgenoten mediationgesprekken zouden hebben gevoerd alvorens in het huwelijk te treden, was dit conflict vermoedelijk niet ontstaan omdat in het kader van een mediation de relevante rechtsnormen worden besproken en partijen deze bewust overnemen dan wel eigen keuzen maken op vermogensrechtelijk gebied. Voorts zouden de beide vermogensposities in kaart zijn gebracht en opties geformuleerd teneinde op dit terrein tot voor beide partijen goede en evenwichtige afspraken te komen, met inachtneming van de overgenomen of zelfgeformuleerde rechtsnormen. Een ander voorbeeld betreft nalatenschappen en schenkingen die voorafgaand aan of tijdens het huwelijk worden verkregen door de echtgenoten. Heeft de erflater of schenker daaraan de uitsluitingsclausule van artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek

verbonden, dan valt een nalatenschap of schenking niet in de gemeenschap van goederen. Indien een dergelijke clausule echter ontbreekt, dan vormt de desbetreffende verkrijging wel een bestanddeel van de gemeenschap.

Omdat het bijvoorbeeld voorkomt dat de ouders van de ene echtgenoot wel een uitsluitingsclausule opstellen en de ouders van de andere echtgenoot niet – en de Hoge Raad heeft bepaald dat echtgenoten de wil van een erfflater of schenker in dit opzicht niet kunnen *overrulen* –,<sup>14</sup> dient dit punt tijdens de mediation aan de orde te worden gesteld. De aanstaande echtgenoten kunnen dan met kennis van zaken bepalen wat voor hen een rechtvaardige uitkomst zou zijn op dit terrein en hun huwelijkse voorwaarden dienovereenkomstig inrichten.<sup>15</sup>

Het perspectief van echtscheiding is naar mijn mening de belangrijkste krachtlijn die bespreking behoeft, aangezien gesteld kan worden dat de echtscheiding in zekere zin de lakmoesproef vormt van het huwelijksvermogensrecht. Voorts is de kans dat het huwelijk in een echtscheiding eindigt statistisch beschouwd aanzienlijk.<sup>16</sup> Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de family mediator om dit thema in de veilige setting van een mediation bespreekbaar te maken, net als bijvoorbeeld de onderwerpen faillissement, overlijden en arbeidsongeschiktheid. Partijen kunnen desgewenst zover gaan om alle facetten van hun echtscheiding bij voorbaat te regelen in hun huwelijkse voorwaarden.<sup>17</sup>

Het voorgaande maakt naar mijn oordeel duidelijk dat preventieve toepassing van mediation voorafgaand aan het huwelijk zinvol is en een grote toegevoegde waarde kan hebben.<sup>18</sup>

### **Is het doel van premarital mediation steeds de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden?**

Veelal zullen voorhuwelijkse mediationsgesprekken leiden tot het opstellen van op maat gemaakte huwelijkse voorwaarden om de eenvoudige reden dat het huwelijk in Nederland veel

wettelijke standaardregeling goed bij het door hen gewenste Ehetyp past, kunnen huwelijkse voorwaarden achterwege blijven en zal de mediation er mogelijk toe leiden dat afspraken worden gemaakt over communicatie, alsmede over meer feitelijke kwesties; deze kunnen dan worden vastgelegd in een onderhandse overeenkomst.

### **Welke mediationbenadering toepassen?**

Indien de in Nederland het meest toegepaste mediationbenaderingen – de evaluatieve en de faciliterende –<sup>19</sup> met elkaar worden vergeleken, zal deze vergelijking waar het gaat om premarital mediation in de meeste situaties uitvallen in het voordeel van de eerstgenoemde werkwijze.

In een evaluatieve mediation informeert de mediator partijen nadrukkelijk over de relevante (rechts)normen en treedt hij tegen deze achtergrond daarom tot op zekere hoogte sturend op.

In een faciliterende mediation staat het proces centraal en zijn de inhoudelijke aspecten van de kwestie die speelt niet of nauwelijks relevant. Beoogd wordt hier om de zelfbeschikking van partijen verregaand te faciliteren en de mediator is derhalve niet of slechts in geringe mate directief.

Zoals eerder gesteld zullen in veel – maar niet in alle – gevallen rechtsnormen een belangrijke rol spelen in premarital mediation en is een evaluatieve mediator die inhoudsdeskundig is, noodzakelijk.

### **Welke mediator is geschikt?**

Hoefnagels zag voor zich dat de notaris als bemiddelaar zou kunnen optreden ingeval van bemiddeling voorafgaand aan het huwelijk.<sup>20</sup> Ik ben daarentegen van mening dat het toepassen van premarital mediation meer kennis en vaardigheden vergt dan waar een gemiddelde notaris gewoonlijk over kan beschikken. Mijn inziens is een ervaren mediator die tevens deskundig familierechtjurist is, ofwel family mediator, aanmerkelijk geschikter voor deze taak, omdat deze naast over vakinhoudelijke kennis, tevens beschikt over de vaardigheden en technie-

## De meest geschikte mediator voor premarital mediation is de mediator die veel scheidingsmediations heeft begeleid

juridische, financiële en fiscale gevolgen met zich brengt. Indien de partners vorm wensen te geven aan een eigen huwelijkstype, zullen zij derhalve op de genoemde terreinen juridisch relevante afspraken met elkaar moeten maken. Het bepaalde in artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek leidt tegen deze achtergrond in de meeste gevallen vervolgens tot de conclusie dat het opstellen van huwelijkse voorwaarden nodig is. Ingeval de partners echter tot de conclusie komen dat de

ken van een mediator en in de toepassing daarvan is getraind. Voorts zijn notarissen gemiddeld genomen gericht op het toepassen van modelakten, terwijl mediators beogen om steeds maatwerk tot stand te brengen en zij hun cliënten daartoe ook aansporen. Een notaris treedt op als adviseur van een cliënt en denkt daarom vaak voor de cliënt, terwijl een mediator partijen helpt zelf te denken en hen daarin faciliteert.

De meest geschikte mediator voor premarital mediation is



denk ik de mediator die veel scheidingsmediations heeft begeleid. Deze kan de daarbij verworven inzichten aanwenden in de aanvangsfase van de huwelijksrelatie en de aanstaande echtgenoten er gemakkelijker toe bewegen om ook vanuit het perspectief van de echtscheiding naar het door hen gewenste huwelijksmodel te kijken. Uiteraard zijn er notarissen die tevens ervaren family mediator zijn, waarbij ik in de eerste plaats denk aan de (kandidaat-)notarissen die zijn aangesloten bij de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN).<sup>21</sup> Het aantal advocaat-scheidingsmediators is thans echter aanmerkelijk groter en ik acht hen in beginsel geschikt om prehuwelijks mediations uit te voeren.<sup>22</sup> Indien juridische aspecten geen of zeer geringe aandacht

Deze aanpak bevordert de partijautonomie van de aanstaande echtgenoten sterk en waarborgt derhalve dat zij zelf de verantwoordelijkheid kunnen nemen voor hun huwelijksvoorwaarden. Huwelijksvoorwaarden die op deze wijze tot stand zijn gekomen kunnen worden gekwalificeerd als rechtvaardig omdat zij aansluiten bij de huwelijksverhouding die de aanstaande echtgenoten voor ogen staat en zij voorts het resultaat zijn van hun partijautonomie, doordat zij zowel uitdrukking geven aan hun contractvrijheid, als aan het rechtsbeginsel solidariteit.

In een ander arrest dat bekend staat onder de benaming *Huwelijk Las Vegas* maakt de Hoge Raad duidelijk dat het in geval van huwelijksvoorwaarden gaat om de in de akte van

## Het notariaat rekent het tot op heden kennelijk niet tot zijn taak om de bedoelingen van partijen te achterhalen

behoeven, kan ook een psycholoog-mediator worden ingeschakeld die desgewenst samenwerkt met een notaris in die gevallen waarin bijvoorbeeld het opstellen van huwelijksvoorwaarden uiteindelijk toch wenselijk blijkt te zijn; wel zal in deze gevallen de grens met voorhuwelijks relatietherapie of coaching moeilijker te trekken zijn.<sup>23</sup>

In het arrest *Zweedse vrouw* heeft de Hoge Raad waar het betreft de door de wet voorgeschreven notariële tussenkomst bij het opmaken van huwelijksvoorwaarden overwogen: 'De door artikel 1:115 voor het aangaan van huwelijksvoorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven notariële tussenkomst strekt immers mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijksvoorwaarden.'<sup>24</sup>

Hiermee verwijst dit rechtscollege naar de notariële zorgplicht, die naar mijn oordeel echter in de praktijk in de meeste gevallen niet of nauwelijks tot haar recht komt, door de beperkte taakopvatting van de notaris ter zake van het 'product' huwelijksvoorwaarden en de geringe hoeveelheid tijd die door hem aan dit product wordt besteed.<sup>25</sup> Ik acht de zorgplicht van de family mediator veel adequater omdat deze de communicatie tussen partijen analyseert en waar nodig helpt om deze te verbeteren, actief informeert naar hun verwachtingen van het huwelijk, op zoek gaat naar de wederzijdse belangen en bedoelingen en met hen komt tot een Ehetyp. Vervolgens begeleidt hij de onderhandelingen tussen partijen onder toepassing van inzichtelijke onderhandelingsprincipes. In dit proces genereert hij met hen verschillende opties en worden oplossingsrichtingen onderzocht die aansluiten bij het geformuleerde Ehetyp. Tot slot worden de uiteindelijk door partijen gemaakte afspraken juridisch vertaald in huwelijksvoorwaarden, waarbij deze worden getoetst aan de vigerende rechtsnormen.

huwelijksvoorwaarden tot uitdrukking gebrachte partijbedoelingen.<sup>26</sup> Omdat het notariaat het tot op heden kennelijk niet tot zijn taak rekent om de bedoelingen van partijen te achterhalen en deze in samenhangende vorm op te nemen in een considerans die voorafgaat aan de concreet door partijen gemaakte afspraken, zijn de zogenaamde Haviltex-criteria maatgevend bij de uitleg van huwelijksvoorwaarden door de rechter zoals uit dit arrest blijkt.

Een family mediator pleegt daarentegen de bedoelingen van de partijen wel te inventariseren en vat deze samen bij wijze van overwegingen vooraf die vervolgens ten grondslag worden gelegd aan de overeenkomst van huwelijksvoorwaarde.

Ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het zaak om tot veel beter geformuleerde en onderbouwde huwelijksvoorwaarden te komen, waartoe een werkwijze zoals door mij hiervoor toegeschreven aan de family mediator noodzakelijk is. In de praktijk blijkt thans immers keer op keer dat echtgenoten de inhoud van hun huwelijksvoorwaarden niet kennen, zij de daarin opgenomen afspraken (daarom) niet naleven en er ten tijde van de echtscheiding daardoor vaak conflicten ontstaan. De volgende casus is in dit verband illustratief: 'Tijdens een scheidingsmediation stelt de man dat de beide schenkingen en de erfenis ad in totaal € 200.000,=, die hij van zijn vader heeft ontvangen door beide echtgenoten steeds zijn beschouwd als privévermogen van de man. De vrouw bevestigt deze lezing en voegt daaraan toe dat dit voor haar altijd vanzelf heeft gesproken.

De mediator constateert dat door de vader van de man geen uitsluitingsclausule werd opgenomen in diens testament en voorts dat deze door hem evenmin aan de schenkingen werd verbonden. Het afschrift van de huwelijksvoorwaarden van

de echtgenoten bevindt zich nog immer in de gesloten enveloppe waarin de notaris dit destijds heeft gedaan en wordt door de vrouw plechtig aan de mediator overhandigd. De mediator vertelt partijen daarop dat hun huwelijkse voorwaarden een zogenaamd finaal verrekenbeding bevatten dat er niet in voorziet dat schenkingen en op grond van erfrecht verkregen goederen niet in de desbetreffende verrekening worden betrokken.

## Rechtvaardige huwelijkse voorwaarden komen tot stand door zorgvuldige communicatie van de family mediator met de aanstaande echtgenoten, waarbij hun partijautonomie het uitgangspunt vormt

In het daarop volgende gesprek laat de vrouw weten dat zij het door de man van diens vader verkregen vermogen toch in de verrekening wenst te betrekken waarop de man in woede ontsteekt en haar voor de voeten werpt dat zij zich immoreel opstelt.<sup>7</sup>

### Een methodische handreiking

De door Hoefnagels voor toepassing in echtscheidingen ontwikkelde methodische mediation zoals beschreven in het *Handboek scheidingsbemiddeling* en in het ten behoeve van een groter publiek getoonzette *Gelukkig getrouwd, gelukkig gescheiden*, biedt een direct toepasbare handreiking voor een concrete werkwijze van de mediator in premarital mediation.<sup>27</sup> Omdat ik hiervoor al dieper ben ingegaan op de inhoud van deze toe te passen methode, volsta ik hier met daarnaar te verwijzen.

Wel is het vanzelfsprekend zo dat – waar het betreft de onder de paragraaf ‘Kan mediation preventief worden toegepast?’ bedoelde relationele fase – deels anders te werk dient te worden gegaan dan in beide boeken beschreven. In de relationele fase van een scheidingsmediation gaat het erom te reflecteren op de verbroken relatie, afscheid te nemen als partners en inhoud en structuur te geven aan de voortdurende ouderrelatie indien deze bestaat. In een mediation voorafgaand aan een huwelijk staat daarentegen voorop dat de aanstaande echtgenoten elkaar beter leren kennen, inzicht verwerven in hun communicatiepatronen en die waar nodig verbeteren, hun verwachtingen omtrent het huwelijk uitspreken, alsmede dat door hen onderzoek wordt gedaan naar hun eigen belangen en zij die onder woorden brengen. In plaats van naar de in een scheidingsmediation noodzakelijke scheidingsmelding dient in premarital mediation toegewerkt te worden naar wat ik de ‘*trouwbevestiging*’ zou willen noemen: ‘Trouwen is iets anders dan huwen. Trouwen betreft de relatie. Trouwen is het werkwoord van trouw en wordt ingegeven door een *raison de coeur*. Trouw groeit, is als een boom, soms komen er vruchten

aan. Huwen doe je op het stadhuis. Het huwelijk is een instituut, een verklaring ten overstaan van de overheid, een ambtenaar, “dat zij ... alle plichten zullen vervullen, die door de wet aan de huwelijkse staat worden verbonden.” Die plichten kennen ze niet, die wetten kennen ze niet, maar ze zeggen ja. Het “ja” op het stadhuis is zelden een rationeel ja, maar doorgaans een door ritueel omgeven reflex op de verliefdheid.<sup>28</sup>

De family mediator begeleidt dit voortgaande trouwproces in een cruciaal stadium daarvan, te weten vlak voor de bevestiging door ieder van de aanstaande echtgenoten dat zij daadwerkelijk verder willen gaan met trouwen.

Praktisch gezien staan de family mediator hiervoor vele *tools* ter beschikking, die grotendeels worden ontleend aan de discipline van de relatietherapie. Bij wijze van voorbeeld kunnen hier worden genoemd *De zeven pijlers van een goede relatie* van Gottman,<sup>29</sup> maar bijvoorbeeld ook *De 5 talen van de liefde* van Chapman,<sup>30</sup> *Liefde is een werkwoord* van Vansteenwegen<sup>31</sup> en *Lies at the Altar. The Truth About Great Marriages* van Smith.<sup>32</sup> Afhankelijk van de religieuze of culturele achtergrond van partijen of hun opleidingsniveau en belangstelling, kan voor de ene of de andere werkwijze worden gekozen.

Waar relatietherapeuten deze technieken en vaardigheden inzetten om echtgenoten te laten nadenken over hun bestaande relatie, te achterhalen hoe het komt dat het gelopen is als het is gelopen en – in de hoopvolle gevallen – ter verbetering en voortzetting van de relatie, gebruikt de family mediator deze voor de eerder in deze paragraaf genoemde doelen.

### Slot

De in dit artikel door mij beschreven werkwijze van de family mediator kent waar het betreft de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden in het algemeen de volgende voordeelen:

- Aanstaande echtgenoten worden aangemoedigd zich een beeld te vormen van het door hen gewenste Ehetyp.
- De formulering van de overwegingen ten behoeve van het opstellen van een considerans prikkelt en vergroot het bewustzijn van de aanstaande echtgenoten.
- Huwelijkse voorwaarden gaan meer leven voor de aanstaande echtgenoten.
- De kans dat de echtgenoten hun huwelijkse voorwaarden naleven wordt sterk vergroot.
- De noodzaak om hun huwelijkse voorwaarden periodiek te

onderhouden wordt door de echtgenoten veel beter ingezien.

- Aanstaande echtgenoten weten veel beter wat zij onder tekenen: het worden hún huwelijkse voorwaarden en het betreft niet meer een onbegrijpelijk technisch stuk uit de printer van de notaris.
- De family mediator levert toegevoegde waarde en maakt deze voor de aanstaande echtgenoten zichtbaar, waardoor dezen bereid zijn om de kosten voor premarital mediation en de daaruit voortvloeiende huwelijkse voorwaarden te betalen.

Rechtvaardige huwelijkse voorwaarden komen tot stand door zorgvuldige communicatie van de family mediator met de aanstaande echtgenoten, waarbij hun partijautonomie het uitgangspunt vormt. Dit brengt mee dat de contractvrijheid van ieder van de aanstaande echtgenoten wordt afgestemd op die van de ander en hun onderlinge solidariteit een belangrijke invalshoek vormt. Rechtvaardige huwelijkse voorwaarden worden op maat gemaakt en zijn toegesneden op de huwelijksverhouding die de aanstaande echtgenoten voor ogen staat, derhalve op de wensen en verwachtingen van de desbetreffende aanstaande echtgenoten.

Betoogd kan daarom worden dat de mediationmethode de beste waarborgen biedt om rechtvaardige huwelijkse voorwaarden op te stellen.

#### Noten

- 1 Een gedeelte van dit artikel is ontleend aan mijn bijdrage aan de bundel *Preventieve mediation* (G. Frerks e.a. (red.), Maklu 2010) die de titel draagt: Gelukkig getrouwd! Mediation voorafgaand aan het huwelijk. Daarnaast gebruik ik enkele gedachten die ik bij het schrijven van mijn proefschrift heb ontwikkeld (deze dissertatie wordt door mij in het najaar van 2011 verdedigd).
- 2 Uiteraard is wat voor aanstaande echtgenoten geldt in beginsel ook toepasbaar op echtgenoten die tijdens hun huwelijk (nieuwe) huwelijkse voorwaarden willen opstellen.
- 3 J.H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbaarstig beginsel', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 1999, p. 26.
- 4 S.D. Lindenbergh, 'Bescherming van de "zwakkere": regel en uitzondering', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), idem, p. 408.
- 5 C. Mak, 'Personality rights in the Dutch and German law of obligations', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Amsterdams Instituut voor Privaatrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 174.
- 6 J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van het contractenrecht: opstellen aangeboden aan B.W.M. Nieskens-Ishphording*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 151.
- 7 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd, enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 14.
- 8 B. Breederveld, 'Huwelijkse voorwaarden exclusief terrein notaris?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2009/5, editorial.
- 9 A.F.M. Brenninkmeijer, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 6.
- 10 Vgl. M. Guiaux e.a., *Mediation Monitor 2005-2008*, WODC, Ministerie van Justitie, Cahier 2009-9.
- 11 In Duitsland worden door Langenfeld vele huwelijksstypen onderscheiden; G. Langenfeld, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, München: C.H. Beck 2005, p. 349 e.v.
- 12 HR 8 oktober 2000, *LJN AA7362*; *NJ* 2004, 58 m.nt. WMK.
- 13 Rechtsoverweging 3.6.
- 14 HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193 m.nt. EAAL.
- 15 De door mij onder punt 7 gegeven casus sluit aan bij dit voorbeeld.
- 16 Vgl. statline.cbs.nl, zoek Tabel huwelijksontbinding; personen, aantallen en verhoudingscijfers.
- 17 Vgl. mijn artikel: 'Methode en civielrechtelijke aspecten van Divorce Estate Planning', *Kwartaalbericht Estate Planning* 2008, nr. 3, p. 4-12.
- 18 Vgl. ook A. Verbeke, 'Ongelijkheid in huwelijks- en samenlevingscontracten', *Tijdschrift voor Conflictantering* 2009, nr. 8, p. 21-30.
- 19 H.C.M. Prein, in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 157-201. Ik realiseer mij uiteraard dat het onderscheid niet heel scherp is en er overgangsvormen bestaan.
- 20 G.P. Hoefnagels, 'Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay', in: *Yin Yang* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 72.
- 21 www.vmsn.nl.
- 22 www.verenigingfas.nl.
- 23 www.psynip.nl.
- 24 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524.
- 25 Zie voor een korte beschrijving met vindplaatsen in de jurisprudentie: F. Schonewille, *Zorgplicht van de notaris*, in: R.J. Holtman e.a., (red.), *Rechtspraak beroepsuitoefening notaris*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 5 en 6.
- 26 HR 28 november 2003, *NJ* 2004, 116.
- 27 G.P. Hoefnagels, *Handboek scheidingsbemiddeling*, Deventer: Kluwer 2007 (mede bewerkt door C.A.R.M. van Leuven) en G.P. Hoefnagels, *Gelukkig getrouwd, gelukkig gescheiden*, Amsterdam/Antwerpen: L.J. Veen 2009 (gedeeltelijk bewerkt door C.A.R.M. van Leuven).
- 29 G.P. Hoefnagels, *Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay*, in: *Yin Yang* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 72.
- 30 J. Gottman en N. Silver, *De zeven pijlers van een goede relatie*, Utrecht/Amsterdam: Kosmos-Z&K Uitgevers 2005.
- 31 G. Chapman, *De 5 talen van de liefde*, Vaassen: Medema 1996.
- 32 A. Vansteenwegen, *Liefde is een werkwoord*, Tiel: Lannoo 2008.
- 33 R.L. Smith, *Lies at the Altar: The Truth About Great Marriages*, New York: Hyperion 2006.