

Literatuurbespreking: Rapport koude uitsluiting en reactie staatssecretaris

mr. Evelien Verhagen

1 Inleiding

1.1 Aanleiding en doel van het onderzoek

Naar aanleiding van een toezegging van de Minister van Justitie is een onderzoek ingesteld naar de materiële problemen en onbillijkheden¹ die kunnen ontstaan bij de beëindiging van een huwelijkse relatie van in koude uitsluiting² gehuwde echtgenoten (*hierna ook wel genoemd: formele relatie*) en bij de beëindiging van een langdurige duurzame relatie van ongehuwde en niet geregistreerde³ samenlevers⁴ (*hierna ook wel genoemd: informele relatie*).⁵ Doel van het onderzoek is het inzichtelijk maken van de problematiek van de 'koude uitsluiting'⁶ en het geven van mogelijke oplossingen. Het maken van een rechtspolitieke keuze is (terecht) overgelaten aan de wetgever.

1.2 Onderzoeksvraag

De overkoepelende onderzoeksvraag is: wat is de aard en omvang van de problematiek van (echt) scheiding van in 'koude uitsluiting' gehuwde echtgenoten én van ongehuwde samenlevende partners, wat zijn de oorzaken en wat zijn mogelijke oplossingen? Aan bovenstaande onderzoeksvraag is toegevoegd de vraag of de regeling inzake partneralimentatie niet ook open zou moeten staan voor ongehuwde samenlevende ouders, die hun relatie hebben verbroken (p. 17).

1.3 Onderzoeksmethoden

Allereerst is – ter beantwoording van de derde deelvraag – de 'huidige stand van zaken' in wetgeving, jurisprudentie en literatuur ten aanzien van 'koude uitsluiting' uiteengezet. Hierbij is aangegeven welke (bestaande) juridische instrumenten succesvol zijn om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie te ondervangen, en welke niet (of in mindere mate). Om de aard, oorzaken en omvang van de vermogensrechtelijke problemen die in 'koude uitsluiting' gehuwde echtgenoten en ongehuwde samenlevende partners na (echt)scheiding ondervinden vast te stellen is empirisch onderzoek verricht. Bij dit empirisch onderzoek is gebruik gemaakt van onderzoek in de sociaal-demografische, sociaal-economische en juridische literatuur. Er is een analyse gemaakt van bestaande empirische gegevens. Daarnaast zijn semi-gestructureerde diepte-interviews afgenomen met advocaten en notarissen en zijn er expertmeetings gehouden.⁷ Het empirisch onderzoek is opgedeeld in een kwantitatief en een

kwalitatief deel. De berekening van de omvang van de probleemgroepen berust op beredeneerde schattingen en extrapolaties. Bij deze berekening is gebruikgemaakt van reeds bestaand cijfermateriaal. Het valt te betreuren dat er geen middelen beschikbaar waren voor het verschaffen van nieuwe empirische gegevens. Tot slot is er een rechtsvergelijkende literatuurstudie – hier en daar aangevuld met informatie verkregen door experts op het gebied van het familierecht in de desbetreffende landen – verricht, die is uitgevoerd in 2 fasen. Na een quickscan van de meeste Europese stelsels, alsmede een ruime selectie van andere Westerse landen en autonome provincies, zijn per categorie (*formele en informele relatie*) vier landen aan een uitgebreider onderzoek onderworpen. Deze blik over de grens heeft tot doel het vaststellen van de wijze waarop deze landen de negatieve gevolgen van algehele vermogensscheiding trachten te ondervangen.

1.4 Opzet onderzoeksrapport

Het onderzoeksrapport is opgebouwd uit 5 hoofdstukken. Na een inleidend hoofdstuk (hoofdstuk 1) worden behandeld: wetgeving, jurisprudentie en literatuur (hoofdstuk 2); aard, oorzaken en omvang van de problemen (hoofdstuk 3); en het rechtsvergelijkend onderzoek (hoofdstuk 4). Het onderzoek wordt afgesloten met conclusies en slotbeschouwingen (hoofdstuk 5).

2 Wetgeving, jurisprudentie en literatuur

2.1 Bestaand instrumentarium; de formele relatie

In het *Burgerlijk Wetboek* (BW) zijn geen instrumenten opgenomen die specifiek zien op het bestrijden van onbillijkheden ten gevolge van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting. De wet biedt echter diverse leerstukken die kunnen worden ingezet om dergelijke onbillijkheden te ondervangen. In paragraaf 2.2 van het onderzoeksrapport worden de volgende leerstukken nader geanalyseerd:

-
- De verplichting elkander het nodige te verschaffen (art. 1:81 BW);
-
- Wilsgebreken bij totstandkoming van huwelijkse voorwaarden, meer specifiek dwaling (art. 6:228 BW);
-
- De wijzigingsbevoegdheid van de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW);
-
- De beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artt. 6:2 BW en 6:248 BW);
-

Ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW);

•

Vergoedingsvorderingen ex art. 1:87 BW (*ingevoerd per 1 januari 2012*);

•

Economische eigendom, maatschap of onbenoemde overeenkomst;

•

Vermogensverschuivingen tussen echtelieden als voldoening aan natuurlijke verbintenis (artt. 6:3 BW en 6:5 BW);⁸

•

Verrekening van te veel betaalde kosten van huishouding (art. 1:84 BW);⁹ en

•

Verrekening/verevening van opgebouwde pensioenrechten.

Door de onderzoekers wordt in algemene zin geconcludeerd dat de Hoge Raad zeer terughoudend is in het toepassen van bovengenoemde instrumenten.¹⁰ De instrumenten 4 (in de sfeer van de uitvoering van verrekenbedingen), 6 en 8 zijn het meest succesvol gebleken om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de (huwelijks)relatie te ondervangen. Van de instrumenten 1, 5 en 7 mag geen heil worden verwacht. In de literatuur¹¹ gaan de meeste stemmen op voor het openbreken van het stelsel koude uitsluiting; over de wijze waarop dit vorm moet krijgen bestaat echter volop discussie.

2.2 Bestaand instrumentarium; de informele relatie

De onderzoekers stellen voorop dat het BW – op een enkele uitzondering na – geen vermogensrechtelijke gevolgen verbindt aan het ‘samenleven’. De onderzoekers achten het verdedigbaar dat sommige – met name ‘intern werkende’ – huwelijksvermogensrechtelijke regels analoog kunnen worden toegepast op ongehuwde samenlevers. Gelet op de grote diversiteit binnen deze groep valt er geen eenduidige regel te geven.¹² De in paragraaf 2.2 van het onderzoeksrapport besproken algemeen vermogensrechtelijke leerstukken kunnen eigenlijk vrijwel allemaal *mutatis mutandis* worden toegepast op de groep ongehuwde samenlevers. De toepasselijkheid van deze leerstukken hangt (mede) af van de aard, de duur en de invulling van de samenleving. Veel jurisprudentie over de analoge toepassing van deze leerstukken is er echter niet, aldus de onderzoekers. Op het gebied van het erfrecht bestaan fundamentele verschillen tussen de formele en de informele relatie. Voor een ‘dekkende’ erfrechtelijke regeling is altijd zowel een testament als een notarieel samenlevingscontract vereist.

3 Aard, oorzaken en omvang van de problemen

3.1 Materiële problemen na verbreken van de relatie door relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit

De sociaal-demografische literatuur duidt er volgens de onderzoekers op dat vrouwen in het algemeen, en vooral vrouwen met jonge kinderen, structureel materiële achterstanden oplopen ten gevolge van ongelijke verdeling van zorgtaken en betaalde arbeid gedurende duurzame formele en informele relaties. De oorzaak van de materiële problemen die vrouwen ondervinden na beëindiging van de (huwelijkse) relatie is dus met name gelegen in de relatiegerelateerde vermindering van verdiencapaciteit. De problemen manifesteren zich vooral vanaf het moment van de verbreking van de relatie. De voornaamste materiële problemen bestaan uit achteruitgang in woonkwaliteit, daling van koopkracht,¹³ lage inkomsten en grote kans op langdurige armoede. Het *huwelijksvermogensrecht* zorgt vooral voor (financiële) compensatie van achterstanden tijdens het huwelijk. Materiële achterstanden tijdens de periode na scheiding – hetgeen de beweegreden is geweest voor dit onderzoek – kunnen veelal slechts (financieel) worden gecompenseerd door middel van aanspraken op alimentatie en pensioenverevening. Merk hierbij op dat zowel de alimentatieaanspraak als de aanspraak op pensioenverevening is losgekoppeld van het huwelijksvermogensrechtelijke regime. De verklaring die wordt gegeven voor de stelling dat financiële compensatie tijdens de periode na scheiding veelal slechts kan worden geboden door middel van aanspraken op alimentatie en pensioenverevening is dat het belangrijkste ‘vermogensbestanddeel’ van de gemiddelde moderne mens bestaat uit zijn of haar verdiencapaciteit én niet uit diens opgebouwd vermogen. Het belangrijkste verschil tussen de formele en informele relatie is dat deze laatste groep is verstoken van een (wettelijke) alimentatieaanspraak.¹⁴

De geïnterviewde notarissen en advocaten zijn van mening dat de problemen globaal gesproken wel mee lijken te vallen; wel speelt volgens hen vaak het onbillijkheidsgevoel – zonder financiële nood – op. Door de notarissen en advocaten wordt er bovendien op gewezen dat de problemen (in zekere mate) worden verzacht door de bereidheid van de andere echtgenoot – vaak in mediation – om onverplicht bepaalde concessies te doen.¹⁵ Deze bereidheid hangt samen met de aanwezigheid van kinderen. De gevolgen van ‘koude uitsluiting’ worden daarnaast (soms) verzacht door gezamenlijke (goederenrechtelijke) gerechtigheid tot een koopwoning.

3.2 Eigen keuze?

De vraag of ex-echtgenoten die waren gehuwd onder koude uitsluiting hun vermogensrechtelijke situatie na scheiding aan zichzelf te danken hebben, is afhankelijk van de mate waarin de keuze (*een doen*) is gebaseerd op een goede kennis van zaken. In het onderzoeksrapport wordt erop gewezen dat de notariële voorlichting inzake de gevolgen van huwelijkse voorwaarden, meer in het bijzonder koude uitsluiting, tot 1997 te wensen overliet. Ondanks de (verbeterde) voorlichting door de notaris lijkt de voorlichting bij de

meeste mensen niet te leiden tot een goed blijvend inzicht in de huwelijksvermogensrechtelijke positie, aldus de gehoorde en aanwezige experts.¹⁶ Tevens bestaat bij de onderzoekers de indruk dat veel mensen niet goed in staat zijn de juridische gevolgen van huwelijkse voorwaarden op de lange termijn en onder gewijzigde omstandigheden te overzien. Mensen zijn nu eenmaal weinig bevattelijk voor informatie over zaken waar ze eigenlijk liever niet over willen nadenken (p. 102). De belangrijkste redenen voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden lijken het hebben van een eigen bedrijf,¹⁷ het hebben meegemaakt van een echtscheiding en het opleidingsniveau van partijen te zijn.

Kan het nalaten van ongehuwde samenlevers tot het sluiten van een huwelijk of het regelen van de vermogensrechtelijke aspecten van de samenleving hen worden tegengeworpen? In het onderzoeksrapport wordt benadrukt dat dit nalaten veelal niet een gevolg is van een bewuste wederzijdse keuze, maar tal van (andere) oorzaken kan hebben. Uit de interviews en expertmeetings komt naar voren dat ongehuwde samenlevers in de regel niet zelf het initiatief nemen tot het sluiten van een samenlevingsovereenkomst.¹⁸ Daarnaast liggen de redenen om een samenlevingsovereenkomst te sluiten eerder in de sfeer van het erfrecht en het maken van pensioenafspraken dan op het vastleggen van afspraken voor het geval van scheiding.

3.3 Omvang van de probleemgroepen

Van de groep vrouwen die na een huwelijk in koude uitsluiting is gescheiden en met kinderen een eenoudergezin vormt, verkeren naar schatting ongeveer 1.500 vrouwen onder de lage inkomensgrens¹⁹ en kampen derhalve met ernstige financiële problemen. Hierbij dient te worden bedacht dat koude uitsluiting thans zowel absoluut als relatief minder frequent voorkomt dan vroeger. De omvang van de groep na ongehuwd samenleven gescheiden vrouwen met kinderen die met vermogensrechtelijke problemen kampen wordt geschat op 20.000.²⁰ De aanzienlijke groep vrouwen met ernstige financiële problemen die op grond van het literatuuronderzoek werd verwacht, is niet terug te vinden in de bevindingen uit de interviews en expertmeetings, aldus de onderzoekers. Er bestaat dus een zekere kloof tussen de bevindingen op grond van het kwantitatieve en het kwalitatieve onderzoek.²¹

4 Het rechtsvergelijkende onderzoek

4.1 Huidige stand van zaken; formele relatie

Het merendeel van de Europese civil law-landen heeft hetzij een wettelijk stelsel van beperkte gemeenschap van goederen, hetzij een stelsel van uitgestelde gemeenschap of een verrekenstelsel. Met name de common law-landen hebben formeel een stelsel van scheiding van goederen, maar tegelijkertijd wordt door een correctiemechanisme in de vorm van rechterlijke ‘reallocatie’ van vermogen in materieel opzicht nagenoeg hetzelfde resultaat bereikt als in de eerst genoemde landen. De landen van continentaal Europa hebben een lange traditie van contractuele stelsels naast het wettelijke stelsel. Voor common law-

landen en post-socialistische stelsels is dit een relatief nieuwe ontwikkeling. In alle landen die het maken van bindende huwelijkse voorwaarden toelaten, is het mogelijk om te kiezen voor een stelsel van scheiding van goederen. Sommige landen hebben de inrichting van dergelijke regimes wettelijk geregeld, andere landen hebben dit overgelaten aan partijen en hun juridisch adviseurs. In nagenoeg alle Westerse landen fungeren wettelijke huwelijksgoederen- en alimentatiestelsels (mede) als compensatiemechanisme voor de nadelige gevolgen van ongelijke verdeling van onbetaalde zorgarbeid en huishoudelijke arbeid enerzijds, en betaalde arbeid anderzijds.

De oplossing voor problemen veroorzaakt door koude uitsluiting wordt door de onderzochte landen gezocht in betere voorlichting vooraf – eventueel aangevuld met volledige disclosure – en/of een eventuele billijkheidscorrectie achteraf. Het merendeel van de Europese civil law-landen schrijft voor huwelijkse voorwaarden notariële tussenkomst voor. In alle landen waar de notariële tussenkomst is voorgeschreven, krijgen partijen gezamenlijk algemene voorlichting door de notaris. Het merendeel van de Europese civil law-landen kent nog steeds een benadering waarin geen bijzondere mogelijkheden bestaan voor de aantasting van onbillijk uitwerkende huwelijkse voorwaarden. Een in omvang toenemende minderheid van landen in Europa is tot een andere benadering overgegaan, waarbij het de rechter is toegestaan om in uitzonderlijke gevallen onbillijke gevallen van koude uitsluiting te corrigeren. In al deze landen, behalve in Duitsland, is deze mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie verankerd in de wet. De vorm, alsmede de reikwijdte, waarin deze correctiemogelijkheid is gegoten verschilt echter aanzienlijk. In de onderzochte common law-landen daarentegen zijn de gronden voor correctie ruim en dragen geen uitzonderlijk karakter.

4.2 Te overwegen instrumenten; formele relatie

De Nederlandse Antillen, Australië, Rusland en Zweden zijn aan een nader onderzoek onderworpen. De onderzoekers achten de volgende instrumenten potentieel interessant voor de Nederlandse wetgever:

-

Voorlichting vooraf in de vorm van afzonderlijk en onafhankelijk deskundig advies aan elk van de partijen aan de hand van een in de wet opgenomen lijst van onderwerpen die tijdens deze voorlichting aan de orde moeten komen. De deskundige die de voorlichting uitvoert dient de inhoud daarvan in een verslag neer te leggen, te ondertekenen en ook door de voorgelichte partij te laten ondertekenen. Een exemplaar van het verslag wordt uitgereikt aan de voorgelichte partij, een ander wordt bewaard op het kantoor van de deskundige. De deskundige maakt een certificaat op en reikt ook dit uit aan de voorgelichte partij. Bij de ondertekening van huwelijkse voorwaarden moeten beide partijen aan de notaris elk een certificaat van hun eigen voorlichting overleggen (*Australische oplossing*);²²

-

De mogelijkheid van een rechterlijke billijkheidscorrectie ingeval de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden door de veranderde omstandigheden extreem ongunstig zijn geworden voor de kinderen van beide partijen of van de verzorgende ouder (*Australische oplossing*);

•

Toekenning van een aparte dwingendrechtelijke status aan de echtelijke woning en goederen betreffende de gezamenlijke huishouding indien tot het gezin minderjarige kinderen behoren. De rechter heeft daarbij de bevoegdheid om deze goederen na echtscheiding aan één van de echtgenoten of aan de echtgenoten samen in eigendom of (vrucht)gebruik toe te wijzen ongeacht wie gerechtigd is tot deze goederen en ongeacht welke overeenkomst partijen hieromtrent hebben gesloten. De toewijzing dient te geschieden aan de echtgenoot die daaraan het meeste behoefte heeft, in het bijzonder in verband met de verzorging en opvoeding van de kinderen, al dan niet met een verplichting tot vergoeding ten bedrage van ten hoogste de waarde van het goed dat de andere echtgenoot ten gevolge van de uitoefening van deze bevoegdheid verliest (*Zweedse oplossing*); en

•

Een rechterlijke billijkheidscorrectie die de mogelijkheid biedt om huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting opzij te zetten of aan te passen indien deze onredelijk zijn in het licht van de omstandigheden ten tijde van het maken daarvan, van latere ontwikkelingen, of van alle andere omstandigheden van het geval (*Zweedse oplossing*).²³

De onderzoekers plaatsen bij ieder potentieel instrument een enkele kanttekening. Zo zal afzonderlijke voorlichting leiden tot hogere kosten, en dient de vrouw de overgenomen woning te kunnen financieren. De vordering zou echter kunnen worden gespreid over een langere periode, al dan niet tegen betaling van rente. Bovendien zou deze vordering kunnen worden verdisconteerd in de alimentatieaanspraak.

4.3 Huidige stand van zaken: informele relatie

Een algemeen zichtbare trend is dat wetgevers van steeds meer landen de noodzaak voelen om ongehuwde samenlevers enige bescherming te bieden tegen vermogensrechtelijke problemen. Deze trend is ingegeven door een almaar groeiend aantal ongehuwd samenlevers en het feit dat een steeds groter aantal kinderen in deze samenlevingsvormen opgroeit. Bovendien is uit sociaal-empirisch onderzoek gebleken dat het nalaten van ongehuwde samenlevers tot het sluiten van een huwelijk of het regelen van de vermogensrechtelijke aspecten van de samenleving veelal niet op een bewuste wederzijdse keuze berust. De wetgever kampt steeds met hetzelfde dilemma: men wil enerzijds de keuze van partijen om hun relatie niet te formaliseren respecteren (*parijautonomie*), anderzijds wil men een zekere bescherming bieden aan de economisch zwakkere partij. In het merendeel van de landen wordt bovenstaand dilemma opgelost door de partners de mogelijkheid te geven om de toepassing van de

wettelijke regeling contractueel uit te sluiten (*opting out*). Daarnaast wordt de oplossing gezocht in een beperking van de omvang van de geboden bescherming. De geboden bescherming varieert aanzienlijk in reikwijdte, omvang en wijze van bescherming. In sommige landen omvat de wettelijke regeling het relatievermogensrecht, de partneralimentatie en het erfrecht. In andere landen omvat de regeling slechts één of twee deelonderwerpen. De omvang varieert van een zeer beperkte bescherming tot een volledige gelijkstelling met echtgenoten. Sommige landen creëren voor samenlevende partners een apart wettelijk regime dat hun een (beperkte) bescherming biedt, andere landen geven de rechter een discretionaire bevoegdheid om aan de hand van wettelijke maatstaven tot een billijke oplossing te komen. Een derde groeiende groep landen verklaart simpelweg de wettelijke regeling voor echtgenoten van overeenkomstige toepassing op ongehuwde samenlevende partners.

Om te bepalen welke groep samenlevers voor bescherming in aanmerking komt, hebben de meeste landen gekozen voor een bepaalde definitie van 'ongehuwde samenlevers'. In deze definitie wordt rekening gehouden met de aard van de relatie, de duur van de relatie en/of het geslacht van partners. De overgrote meerderheid van de besproken landen en jurisdicties hanteert het vereiste van een affectieve stabiele relatie. Sommigen spreken van 'samenleven als ware men gehuwd'. In veel landen vallen partners onder de wettelijke definitie ongeacht de duur van de relatie, maar het komt ook vaak voor dat de wettelijke regeling alleen van toepassing is als de samenlevende partners gedurende een bepaalde termijn met elkaar hebben samengeleefd.²⁴ Als het paar gezamenlijk kinderen heeft, wordt de termijn soms verkort. In een groeiend aantal jurisdicties is de regeling zowel van toepassing op paren van verschillend als van gelijk geslacht.

4.4 Te overwegen instrumenten: informele relatie

De Nederlandse Antillen, Schotland, Slovenië en Zweden zijn aan een nader onderzoek onderworpen. De onderzoekers achten de volgende instrumenten potentieel interessant voor de Nederlandse wetgever:

-

Een aanspraak op levensonderhoud na langdurige samenleving, doch slechts indien dit redelijk is. De rechter dient hierbij te letten op alle omstandigheden van het geval. Nadat door toepassing van beide criteria is vastgesteld dat de wettelijke regeling van toepassing is, zal vervolgens inhoudelijke toepassing moeten worden gegeven overeenkomstig de maatstaven die gelden voor uitkering van levensonderhoud aan gewezen echtgenoten (*Antilliaanse oplossing*);²⁵

-

Art. 1:87 BW (*ingevoerd per 1 januari 2012*) dient te worden uitgebreid tot ongehuwde samenlevers (*Antilliaanse oplossing*);

-

Een wettelijk vermoeden dat huishoudelijke goederen gezamenlijk eigendom zijn van beide partners, tenzij één van hen bewijst dat deze goederen tot zijn privé-vermogen behoren (*Schotse oplossing*);

•

Compensatie van een tijdens de relatie opgelopen economisch nadeel, met inbegrip van vermindering van verdien capaciteit (*Schotse oplossing*);

•

Aanspraak op een vergoeding voor toekomstige kosten van de zorg voor gezamenlijke kinderen, die de lasten van de verzorging van de gezamenlijke kinderen na een relatiebreuk tussen de partners verdeelt (*Schotse oplossing*);²⁶

•

De mogelijkheid om een vast bedrag of goederen uit de nalatenschap van de overledene toe te kennen aan de langstlevende partner (*Schotse oplossing*);

•

Verdeling van de gezinswoning en huishoudelijke goederen in geval van scheiding en overlijden. Het uitgangspunt is gelijke verdeling (*Zweedse oplossing*); en

•

Het vereiste van schriftelijke instemming van de partner van de eigenaar van de gezinswoning voor vervreemding en bezwaring daarvan tijdens de relatie (*Zweedse oplossing*).²⁷

Indien de wetgever zou overgaan tot het wettelijk beschermen van ongehuwde samenlevers verdient het bovendien aanbeveling om paren een opting out mogelijkheid te bieden, aldus de onderzoekers. Hierbij dient te worden overwogen of de rechter de bevoegdheid dient te hebben de opting out-overeenkomst opzij te zetten of aan te passen wanneer deze onredelijk is, gezien haar inhoud, de omstandigheden ten tijde van het sluiten daarvan, de daaropvolgende omstandigheden en de overige omstandigheden van het geval.²⁸ Tot slot dient de definitie van ‘ongehuwde samenlevers’ te berusten op een materiële benadering.

5 Conclusies en slotbeschouwingen

5.1 Wisselend beeld van de notariële praktijk

De bevindingen uit de interviews en expertmeetings geven een zeer wisselend beeld van de notariële praktijk. De indruk bestaat dat de inhoud van huwelijkse voorwaarden en samenlevingsovereenkomsten

in sterke mate wordt beïnvloed door de ervaring en persoonlijke opvatting van de notaris, evenals door diens cliëntèle.²⁹

5.2 Wenselijkheid van ingrijpen; formele relatie

De inhoudelijke rechtvaardiging voor overheidsingrijpen schuilt in het op rechtvaardige en evenwichtige wijze regelen van de vermogensrechtelijke verhoudingen die een duurovereenkomst als huwelijkse voorwaarden in het leven roept tussen personen die in de eerste plaats een affectieve relatie hebben.³⁰

Deze affectieve relatie maakt het bijvoorbeeld lastig om een wijziging van huwelijkse voorwaarden (voor het geval van echtscheiding) staande huwelijk bij wijziging van omstandigheden bespreekbaar te maken.

De wenselijkheid van overheidsingrijpen geldt temeer waar behalve de belangen van de partners ook de belangen van één of meer kinderen zijn betrokken (pp. 254-255). De onderzoekers concluderen dat er

grond is om de voorlichting aan (aanstaande) echtgenoten over de bijzondere aard van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting extra te verankeren in de wet.³¹ Ook zijn er termen aanwezig

om in de wet voorzieningen op te nemen om onbillijke gevolgen van koude uitsluiting te mitigeren. Het bestaand instrumentarium bij de formele relatie wordt hiervoor niet voldoende passend geacht (p. 253).

Als mogelijke (repressieve) instrumenten hiervoor worden genoemd: de som ineens,³² de

wijzigingsbevoegdheid van de rechter en 'reallocatie'. Bij invoering van een som ineens dient de wet bij voorkeur ook criteria te vermelden die aangeven wanneer een som ineens dient te worden toegekend, als ook om de omvang van de vordering te bepalen. Bij invoering van een (algemene of specifieke)

wijzigingsbevoegdheid dient de wetgever te beoordelen of een dergelijke bevoegdheid strikt noodzakelijk is met het oog op de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW. Tot slot wijzen de onderzoekers erop dat

rechterlijke 'reallocatie' niet goed past in ons wettelijk systeem.³³ Een verbintenisrechtelijke variant zou bovendien de voorkeur verdienen.

5.3 Wenselijkheid van ingrijpen; informele relatie

De onderzoekers achten zeker termen aanwezig om een wettelijke regeling te introduceren om

onbillijkheden te ondervangen die zich bij het verbreken van een aan bepaalde criteria beantwoordende relatie van ongehuwd samenlevende partners kunnen voordoen met het oog op de positie van

minderjarige kinderen of meerderjarige kinderen die wegens studie of opleiding afhankelijk van zijn van één der partners. Het meest voor de hand liggende instrument daarvoor is partneralimentatie voor

partners die vóór verbreking van de samenleving samenleefden 'als ware zij gehuwd' (*materiële benadering*).³⁴ Samenlevers zouden bovendien meer bewust moeten worden gemaakt van de gevolgen

van ongehuwd samenleven door middel van voorlichting. Het onderzoeksrapport laat de vraag open op welke wijze dit dient te geschieden, evenals wie hiervoor verantwoordelijk zou moeten zijn.³⁵ Voorts zou

een aantal wettelijke regelingen geschreven voor gehuwden van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard op ongehuwde samenlevers. De onderzoekers denken hierbij aan art. 1:84 BW

betreffende de kosten van de huishouding, art. 1:87 BW betreffende vergoedingsrechten wegens vermogensverschuivingen, som ineens voor een billijke vergoeding wegens verrichte arbeid (mits ingevoerd voor de formele relatie, zie onder 5.2) en bijzondere rechterlijke bevoegdheid tot wijzigen van samenlevingsovereenkomst (mits ingevoerd voor de formele relatie, zie onder 5.2). Bovendien verdient processuele gelijkstelling – in die zin dat bij geschillen over de gevolgen van beëindiging van de samenleving zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de processuele regels voor gehuwden en derhalve te komen tot gelijksoortige regels voor voorlopige voorzieningen en nevenvoorzieningen als in scheidingszaken met toepassing van de verzoekschriftprocedure – aanbeveling. Indien de wetgever een wettelijk regeling zou introduceren voor ongehuwde samenlevers dient hen (gezamenlijk) de mogelijkheid te worden geboden om uitdrukkelijk af te wijken van een dergelijk regeling (*opting out*). Opmerkelijk is de keuze van de onderzoekers voor een notarieel vormvereiste voor de *opting out*-overeenkomst.³⁶

5.4 Kritiek en lof

Allereerst valt te betreuren dat er geen middelen beschikbaar waren voor het verschaffen van nieuwe empirische gegevens. De berekening van de omvang van de probleemgroep berust vooralsnog dan ook slechts op beredeneerde schattingen en extrapolaties. De gegevens verkregen via de notarissen en advocaten geven slechts een indirect beeld. Aanvullende gegevens afkomstig van getroffen ex-partners (zelf) zullen interessante nadere informatie kunnen opleveren. Met de onderzoekers kan worden ingestemd dat ook de psychologische kant van beslissingen die mensen nemen ten aanzien van de juridische inrichting van hun samenlevingsvorm, en de rol van juridische hulpverleners daarbij, zeker de moeite waard is om nader te onderzoeken. De problematiek van ‘koude uitsluiting’ doet zich ook voor bij overlijden; deze situatie is in het onderzoeksrapport helaas onderbelicht gebleven.³⁷ Als laatste puntje van kritiek: het is jammer dat de rechtspraakanalyse in hoofdstuk 2 (voornamelijk) beperkt is gebleven tot rechtspraak van de Hoge Raad, omdat de lagere rechtspraak (vermoedelijk) een beter en genuanceerder beeld laat zien van de praktijk. Bovendien is onduidelijk of de lagere rechtspraak de lijn van de Hoge Raad steeds volgt.

Onderstreept dient echter te worden dat het onderzoeksrapport een mooi overzicht geeft van de ‘huidige stand van zaken’ voor de formele en informele relatie. De interviews en expertmeeting geven, zoals bedoeld, meer reliëf aan het literatuuronderzoek. De materie komt als het ware tot leven en er wordt inzicht verschaft in hetgeen zich in de vertrouwelijke relatie tussen advocaat/notaris en cliënt heeft afgespeeld. Het rechtsvergelijkend onderzoek draagt verschillende opties aan die zeker overdenking door de Nederlandse wetgever behoeven. Hopelijk is dit rapport niet alleen een bron van inspiratie voor de wetgever, maar ook voor de praktijk! Wettelijk ingrijpen zal mogelijk uit kunnen blijven wanneer het bestaand instrumentarium op een adequatere wijze wordt ingezet door de advocatuur en de rechterlijke macht haar terughoudendheid – waar nodig – laat varen. Het gebruik van ‘oneigenlijke’ instrumenten dient te worden vermeden. De wetenschap zou hieraan haar steentje kunnen bijdragen. De notariële

voorlichting over de gevolgen van huwelijkse voorwaarden, meer specifiek koude uitsluiting, zal kunnen worden verbeterd door meer aandacht te besteden aan de positie van de zwakkere partij tijdens het huwelijksvoorwaardengesprek. Bovendien zou de kwaliteit van zowel de voorlichting als de inhoud van huwelijkse voorwaarden en samenlevingsovereenkomsten in heel Nederland gelijk moeten zijn.

6 Reactie van de staatssecretaris

6.1 Wettelijk ingrijpen bij formele relatie?

De staatssecretaris stelt in zijn vrij uitgebreide reactie van 26 september 2011 de partijautonomie van (aanstaande) echtgenoten – en daarmee de eigen verantwoordelijkheid – voorop. Ten tweede wordt gewezen op de algemeen vermogensrechtelijke leerstukken op grond waarvan eenmaal gemaakte afspraak kunnen worden aangetast. Zijn reactie op de in het onderzoeksrapport als potentiële bestempelde oplossingen luidt:

Afwijzend ten aanzien van afzonderlijke voorlichting (aanstaande) echtgenoten

De staatssecretaris ziet geen reden om de voorlichting van (aanstaande) echtgenoten over de bijzondere aard van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting extra te verankeren in de wet. De notariële voorlichting is thans met voldoende waarborgen (*art. 43 Wna en het arrest Groningse huwelijkse voorwaarden*) omkleed. Cliënten krijgen vaak een brochure en een uitgebreide vragenlijst toegezonden ter voorbereiding op het huwelijksvoorwaardengesprek. Bovendien acht de staatssecretaris een specifieke wettelijke verplichting in strijd met ons wettelijk stelsel. Tevens wordt aangevoerd dat de kosten bij afzonderlijke voorlichting aanzienlijk hoger zullen uitvallen, zonder dat met zekerheid gezegd kan worden dat de inhoud van de door partijen gewenste overeenkomst zal veranderen. De staatssecretaris voelt zich gesterkt door de regelingen in de ons omringende civil law-landen;

Afwijzend ten aanzien van som ineens voor verrichtte arbeid

Een regeling in de stijl van art. 4:36 BW lijkt op voorhand geen oplossing gezien de vele problemen die bij toepassing van dit artikel spelen. De onderzoekers hebben erop gewezen dat de tekst van art. 4:36 BW geen duidelijk houvast biedt voor de berekening van de omvang van de aanspraak. Ten tweede is uit de jurisprudentie gebleken dat de slagingskans niet erg hoog dient te worden ingeschat vanwege de restrictieve koers die de rechterlijke macht vaart, alsmede door de bewijsrechtelijke problemen waarvoor eiser wordt gesteld. Daarenboven is zowel in de literatuur als tijdens de parlementaire behandeling van art. 4:36 BW het bestaansrecht van genoemd artikel ter discussie gesteld. Bovendien zullen – wanneer een wettelijke regeling wordt getroffen – ook andere omstandigheden dan het verrichten van arbeid een rol kunnen spelen, aldus de staatssecretaris; en

Terughoudend ten aanzien van invoering van een billijkheidscorrectie

In het onderzoeksrapport is onvoldoende vast komen te staan wat de toegevoegde waarde van een billijkheidscorrectie is naast de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW. Onduidelijk is of er gevallen zijn waarin doorbreking van koude uitsluiting onmogelijk is gebleken, maar wel wenselijk dient te worden geacht. Onduidelijk is ook welke criteria voor deze billijkheidscorrectie zouden moeten gelden. Om te bezien welke criteria voldoende hanteerbaar zijn, dient overleg te worden gevoerd met de praktijk.

6.2 Wettelijk ingrijpen bij informele relatie?

Ook bij de informele relatie wordt het maken van keuzes door ongehuwd samenlevers zelf en het dragen van eigen verantwoordelijkheid vooropgesteld. De reactie van de staatssecretaris op de in het onderzoeksrapport als potentiële bestempelde oplossingen luidt:

Terughoudend ten aanzien van een aanspraak op partneralimentatie

Hoewel de staatssecretaris niet onsympathiek staat tegenover een alimentatievoorziening voor samenlevers, acht hij een wettelijke alimentatieaanspraak voor samenlevers (in beginsel) een te ver gaande inbreuk op de partijautonomie. Het redelijkheids-criterium, zoals dit geldt in de voormalige Antillen, is te vaag; een hanteerbare regeling zou aanvullende criteria dienen te bevatten. Alvorens een besluit te nemen dient nader te worden overlegd met de praktijk;

Afwijzend ten aanzien van overeenkomstige toepassing van art. 1:84 BW

Veel samenlevingsovereenkomsten bevatten reeds een afspraak omtrent de kosten van de huishouding. Een dergelijke regeling zou dus weinig toegevoegde waarde hebben.

Terughoudend ten aanzien van overeenkomstige toepassing van art. 1:87 BW

Er wordt op gewezen dat er nog te weinig ervaring is opgedaan met dit artikel; de toepasbaarheid staat nog ter discussie;

Afwijzend ten aanzien van overeenkomstige toepassing van som ineens voor verrichtte arbeid

Verwezen wordt naar hetgeen hierboven is opgemerkt;

Terughoudend ten aanzien van overeenkomstige toepassing van billijkheidscorrectie

Verwezen wordt naar hetgeen hierboven is opgemerkt; en

Positief gestemd ten aanzien van processuele gelijkstelling

De staatssecretaris is voornemens een wetsvoorstel voor te bereiden waarin ook voor samenlevers in één verzoekschrift verschillende definitieve of voorlopige voorzieningen kunnen worden gevraagd. Deze maatregel zal worden aangekondigd in het kader van de innovatieagenda Rechtsbestel.

6.3 Overleg met praktijk

Naar aanleiding van bovengenoemde toezeggingen is er op 15 december 2011 overleg gevoerd met vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, de advocatuur en het notariaat. Dit overleg heeft er allereerst toe geleid dat de staatssecretaris definitief afziet van invoering van een billijkheidscorrectie. Door de rechterlijke macht werd namelijk bevestigd dat de huidige algemeen vermogensrechtelijke leerstukken voldoende kunnen worden geacht om onbillijke gevallen van koude uitsluiting te bestrijden. Aan de rechterlijke macht is de boodschap meegegeven bovengenoemd instrumentarium ruimhartiger toe te passen. Dit is echter niet mogelijk zonder het adequaat invoeren van deze instrumenten door de advocatuur. Tot slot heeft het overleg ook niet tot andere inzichten geleid ten aanzien van de alimentatievoorziening voor samenlevers. Samenlevers hebben de keuze om contractueel een alimentatievoorziening overeen te komen. De lotsverbondenheid tussen samenlevers wordt onvoldoende geacht om een wettelijke alimentatievoorziening te kunnen dragen.

6.4 Wijziging van wettelijk stelsel?

In de brief van de staatssecretaris van 26 september 2011 wordt ook ingegaan op het voorstel van mevrouw Bernds en om het huwen buiten gemeenschap van goederen als hoofdregel op te nemen in het BW. De staatssecretaris acht de discussie inzake aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen als wettelijk stelsel na jaren van discussie gesloten. Aangetoond zou zijn dat de wettelijke gemeenschap van goederen het beste aansluit bij de wensen van de maatschappij. Vermoedelijk sluit het buiten de gemeenschap houden van erfenissen en schenkingen echter beter aan bij de wensen van de maatschappij!

Noten

1 In situaties waarin één van de partners – veelal de vrouw – zich vaak langdurig heeft ingespannen in de gezamenlijke huishouding of in de onderneming van de andere partner en de economische vruchten van die inspanningen als gevolg van ‘koude uitsluiting’ eenzijdig bij de andere partner zijn terechtgekomen, wordt deze vermogensverhouding na (echt)scheiding veelal als onbillijk ervaren. In dit onderzoek zijn onbillijkheden – zonder dat sprake is van financiële nood – echter niet meegenomen (p. 67). Deze groep is vrijwel niet te schatten, aldus de onderzoekers.

2 In het onderzoeksrapport worden een aantal huwelijkse voorwaarden van beperkte omvang met de zuivere koude uitsluiting gelijkgesteld: 1.) Huwelijkse voorwaarden waarbij finaal wordt verrekend alleen in geval van overlijden; 2.) Huwelijkse voorwaarden met een zogenaamd facultatief verrekenbeding met vetorecht, inhoudende dat verrekening alleen plaatsvindt als beide echtelieden het willen; en 3.) Huwelijkse voorwaarden met een periodiek (Amsterdams) verrekenbeding, waarbij aan het verrekenbeding een vervaltermijn is gekoppeld in de zin dat recht op verrekening komt te vervallen indien niet binnen een bepaalde termijn na het desbetreffende jaar is verrekend, al dan niet gecombineerd met een finaal verrekenbeding dat enkel in geval van overlijden werkt (p. 14).

3 Waar hieronder slechts wordt gesproken over gehuwden of ongehuwden, wordt eveneens bedoeld op geregistreerde partners of niet geregistreerde partners.

4 Het onderzoek concentreert zich op ongehuwde samenlevers die ofwel geen ofwel een weinig vergaande samenlevingsovereenkomst hebben gesloten. Vgl. voetnoot 3. Veel samenlevingsovereenkomsten bevatten volgens advocaten eigenlijk weinig waar je iets aan hebt bij echtscheiding. Ter verklaring geven deskundigen aan dat partijen tijdens hun relatie vaak niet willen nadenken over de mogelijkheid van scheiding (p. 248).

5 De minister deed zijn toezegging naar aanleiding van een tweetal moties van de Tweede Kamerleden Anker, Timmer en De Wit. Deze Kamerleden vrezen vooral voor de positie van de (voornamelijk) 'niet beroepsactieve partner' – die niet in geld, maar wel in arbeid heeft bijgedragen aan de opbouw van het vermogen binnen het huwelijk – bij scheiding onder 'koude uitsluiting'. Zie *Kamerstukken II 2007-08, 28 867*, nrs. 20 en 21. De Kamerleden hebben de moties naar aanleiding van deze toezegging ingetrokken.

6 Wanneer in deze bijdrage *koude uitsluiting* is omsloten door aanhalingstekens ('...') wordt zowel bedoeld op de formele als op de informele relatie.

7 De diepte-interviews zijn afgenomen met 6 notarissen en 8 advocaten. Aan de expertmeeting over de problematiek bij de formele relatie hebben 3 notarissen, 7 advocaten en 1 rechter deelgenomen en aan de expertmeeting over de problematiek bij de informele relatie hebben 4 notarissen, 7 advocaten en 1 rechter deelgenomen. De expertmeetings hebben plaatsgevonden in juni 2010. Tot slot is er nog een derde algemene expertmeeting geweest in september 2010. Bij deze derde meeting is gevraagd naar een reactie op de door de onderzoekers geformuleerde oplossingen en stellingen. Aan deze meeting hebben 4 notarissen, 1 advocaat, 1 rechter, 3 (juridische) wetenschappers en 2 vertegenwoordigers van LTO Nederland deelgenomen. Onduidelijk is waarom niet evenveel advocaten, notarissen, rechters, als (juridisch) wetenschappers zijn gehoord. Vermoedelijk voelen rechters zich minder vrij om over deze problematiek te spreken. Het wekt bovendien bevreemding dat er slechts één (willekeurig gekozen) ondernemingsorganisatie nader is betrokken bij dit onderzoek. Tot slot zijn alle gehoorde advocaten en

notarissen lid van de *Vereniging van Familie Advocaten Scheidingsmediators* (vFAS). Deze laatste kritische constatering is ook door de onderzoekers zelf aan de orde gesteld (p. 105, p. 136 en pp. 250-251).

8 Dit 'oneigenlijke' instrument is betrekkelijk willekeurig; toepassing is immers afhankelijk van het al dan niet plaatsvinden van vermogensverschuivingen.

9 Subparagraaf 2.2.1.11 van het onderzoeksrapport eindigt met de volgende opmerking: "Vooral wanneer sprake is van een traditioneel rollenpatroon binnen het gezin, zal de huishoudelijke echtgenoot eerder eigen financiële middelen die direct ter beschikking staan aanwenden, dan de andere echtgenoot om middelen vragen ter bestrijding van de kosten van de huishouding." Twijfelachtig is echter of de 'huishoudelijke echtgenoot' (in de regel) over een potje aan eigen vermogen zal beschikken. Bovendien is onduidelijk waar dit vermoeden op is gebaseerd.

10 Dit werd tijdens de tweede expertmeeting bevestigd door de aanwezige experts (p. 106).

11 De literatuur laat ruwweg twee stromingen zien: de stroming die de bezwaren van koude uitsluiting wel onderkent, maar het beginsel van de gebondenheid aan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden laat prevaleren (*Luijten en Zonnenberg*). Aanhangers van de andere stroming (*Schoordijk, Van Mourik, Van Duijvendijk-Brand en Verbeke*) hechten minder aan het dwingende karakter van de eenmaal gesloten overeenkomst van huwelijkse voorwaarden en vinden dat het op de een of andere manier mogelijk moet zijn koude uitsluiting open te breken teneinde tot een rechtvaardige oplossing te geraken. De onderzoekers merken hierbij op dat zeker niet is uitgesloten dat in het systeem van ons recht inpasbare remedies kunnen worden bedacht die onbillijkheden op adequate wijze opheffen, zonder de rechtszekerheid op aanvaardbare wijze aan te tasten.

12 Samenlevingsvormen kunnen in drie groepen worden verdeeld: 1.) Samenleving als 'proefhuwelijk'; 2.) Samenleving als alternatief voor het huwelijk; en 3.) Samenleving als 'nahuwelijk'. Vgl. Schrama, W.M., *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Deventer: Kluwer, 2004, p. 507.

13 Na de verbreking van een relatie daalt de koopkracht van vrouwen indien de kinderen bij de vrouw wonen gemiddeld met 21% als het gaat om een formele relatie en met 14% als het gaat om een informele relatie, terwijl de koopkracht van mannen in die gevallen juist stijgt met 33% resp. 23% (pp. 74-75). De relatief minder grote daling bij de informele relatie kan worden verklaard door het remmende effect dat uitgaat van het (veronderstelde) hogere opleidingsniveau van samenlevende vrouwen met kinderen, die de samenleving beschouwden als alternatief voor het huwelijk, aldus de onderzoekers.

14 Volgens de bij de expertmeetings aanwezige advocaten heerst er in geval van scheiding bij vrouwen geregeld aanzienlijke verbazing wanneer de indertijd gesloten samenlevingsovereenkomst in feite geen aanspraak op alimentatie blijkt te bevatten (p. 117). Volgens de onderzoekers behoort het tot de taak van de notaris partijen bij het sluiten van een notarieel samenlevingscontract erop te wijzen dat er niet zonder

meer een recht op alimentatie bestaat in tegenstelling tot bij gehuwden, en dat een dergelijk recht wel contractueel kan worden overeengekomen in voorliggend contract.

15 Wanneer de praktijk met oplossingen komt, ingegeven door bijvoorbeeld de coulance van één der partijen, betekent dit in onze ogen nog niet dat daarmee de problematiek als zodanig van het toneel is verdwenen (p. 266).

16 Volgens de geïnterviewde advocaten verdiepten partijen zich in elk geval tot pakweg 1990 niet grondig in hun huwelijkse voorwaarden. Nadien zijn echtgenoten gaandeweg veel bewuster omgegaan met de huwelijkse voorwaarden. Ook krijgen cliënten nu vaak eerst een brochure en een uitgebreide vragenlijst toegezonden ter voorbereiding op het gesprek op het kantoor van de notaris.

17 Merk hierbij op dat deze gegevens zien op huwelijkse voorwaarden in het algemeen en niet op koude uitsluiting in het bijzonder. De vraag die in het verlengde hiervan ligt, is of er thans tijdens het huwelijksvoorwaardengesprek voldoende aandacht wordt geschonken aan de echtscheidings situatie. De aanwezigheid van een eigen bedrijf (*bescherming tegen schuldeisers*) is op zichzelf geen reden om koude uitsluiting overeen te komen; een verrekenstelsel biedt voor een dergelijke situatie voldoende bescherming.

18 Notarissen plegen samenlevende cliënten die voor andere zaken notariële bijstand hebben ingeroepen (in veel gevallen het transport van een huis), te wijzen op de eventuele wenselijkheid van het sluiten van een samenlevingsovereenkomst (p. 248).

19 Zie Otten, F. & Bos, W. (red.), *Lage inkomens, kans op armoede en uitsluiting 2009*, Den Haag/Heerlen: CBS, 2009. De lage-inkomensgrens weerspiegelt een vast koopkrachtbedrag in de tijd. De grens is afgeleid van het bijstandsniveau voor een alleenstaande in 1979, toen deze in koopkracht het hoogst was. Voor meerpersoonshuishoudens is deze grens met behulp van equivalentiefactoren aangepast aan omvang en samenstelling van het huishouden. Doordat de lage-inkomensgrens alleen voor prijsontwikkeling wordt geïndexeerd, is dit criterium geschikt voor vergelijkingen in de tijd (p. 75, voetnoot 35).

20 Ongeveer 114.000 gescheiden moeders met kinderen leven onder de zogenoemde lage-inkomensgrens. Van deze groep bestaat dus slechts een deel uit vrouwen die in 'koude uitsluiting' gehuwd is geweest of gehuwd hebben samengeleefd (p. 128).

21 Dit kan o.a. inherent zijn aan de beperkte omvang van de ondervraagden en aanwezigen, alsmede aan de samenstelling van deze groep en/of samenhangen met de extrapolaties en schattingen die zijn gemaakt aan de hand van bepaalde factoren om de probleemgroep te achterhalen, aldus de onderzoekers.

22 In Australië moet elk van de partijen door een onafhankelijk juridisch adviseur worden voorgelicht: 1.) Over de gevolgen van huwelijkse voorwaarden voor de rechten van deze partij; 2.) Of het aangaan van de

huwelijkse voorwaarden wel of niet in het voordeel van deze partij is; 3.) Of het aangaan van de huwelijkse voorwaarden voor deze partij wel of niet verantwoord is; en 4.) Of op het desbetreffende moment en in het licht van de latere omstandigheden die in redelijkheid voorspelbaar zijn, de bepalingen van de huwelijkse voorwaarden redelijk en billijk zijn. (p. 151). Onafhankelijke voorlichting zou mijns inziens niet noodzakelijk zijn wanneer het notariaat uit zichzelf een voorbeeld zou nemen aan bovenstaande regeling. Bekend is immers dat de zwakkere partij vaak niet uit zichzelf eventuele vragen en zorgen aan de orde durft te stellen. Het notariaat zou dit kunnen ondervangen door standaard in te gaan op bovenstaande onderwerpen. Waarbij ook aandacht dient te worden besteed aan (toekomstige) onvoorziene omstandigheden – die bij een duurovereenkomst zich onvermijdelijk zullen voordoen. Ook het notariaat is terughoudend ten aanzien van invoering van afzonderlijke voorlichting. Partijen zouden namelijk niet open staan voor ‘het praten over echtscheiding’. Vanuit de rechterlijke macht is naar voren gekomen dat de mate van voorlichting meeweegt bij het geven van een oordeel. Dit zijn zwakke redenen. Het notariaat zou het praten over de echtscheidingssituatie juist moeten bevorderen. Dat de mate van voorlichting achteraf meeweegt kan niet afdoen aan het belang van betere voorlichting vooraf.

23 Deze Zweedse oplossing gaat verder dan de hierboven genoemde Australische oplossing, die voorziet in een specifieke billijkheidscorrectie.

24 Het stellen van een termijn werkt altijd arbitrair. Een materiële benadering daarentegen heeft het nadeel dat de precieze begin- en einddatum van de relatie lastig is te bewijzen.

25 Naar aanleiding van de bevindingen in het sociaal-demografisch onderzoek concluderen de onderzoekers dat een dergelijke regeling beperkt zou moeten blijven tot samenlevende paren met kinderen.

26 Deze regeling gaat minder ver dan een alimentatieverplichting (zoals wij die thans kennen voor gehuwden), omdat de overige behoeften van de verzorgende partner niet worden meegenomen. De onderzoekers achten het beter wanneer een dergelijke vergoeding in periodieke betalingen zou kunnen plaatsvinden.

27 Vgl. art. 1:88 BW. Hoewel dit instrument voor de Nederlandse wetgever interessant zou kunnen zijn, kan dit instrument uiteraard geen oplossing bieden om onbillijke vermogensverdeling na verbreking van de relatie te ondervangen.

28 De vraag is of – met het oog op de artikelen 6:2, 6:248 en 6:258 BW – een dergelijke billijkheidscorrectie noodzakelijk is om beoogd doel te bereiken. Bovendien zal deze mogelijkheid beperkt moeten blijven tot zeer uitzonderlijke situaties.

29 Vgl. Mourik, M.J.A., van, Boekbespreking koude uitsluiting, *WPNR 2011/6904*, pp. 897-901.

30 De vrees voor verhoging van de werklast voor de rechterlijke macht dient sterk te worden relativerd. Allereerst zal het slechts een tijdelijke verhoging betreffen. Daarnaast worden thans oneigenlijke paden bewandeld, die ook zorgen voor een verzwaring van de werklast. Ten derde kunnen met een topische benadering onnodige procedures worden geëntameerd. Tot slot zal verbeterde voorlichting leiden tot minder gevallen van koude uitsluiting en kan reeds aan de onderhandelingstafel worden ingespeeld op de (nieuwe) wettelijke instrumenten (pp. 264-265).

31 Door de interviews met de notarissen is de indruk ontstaan dat koude uitsluiting sinds een paar jaar weer vaker wordt overeengekomen. Met het oog op deze ontwikkeling achten de onderzoekers het toezien oog van de notaris op 'informed consent' nog belangrijker.

32 Vgl. art. 4:36 BW. De som ineens is bedoeld als passende vergoeding wegens verrichte arbeid. Vgl. *Kamerstukken II 2007-08, 28 867, nr. 15 (amendement Anker)*.

33 Ons stelsel is gebaseerd op de 'behoefte' van de ex-echtgenoot. Het Zweedse stelsel acht gelijke verdeling gerechtvaardigd aangezien ex-echtgenoten tezamen het vermogen binnen het huwelijk hebben opgebouwd.

34 Uit bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat enkel 'samenleven' geen rechtsplicht tot onderhoud schept. Het toekennen van een alimentatieaanspraak aan ongehuwde samenlevers zet de sterke samenhang tussen de onderhoudsplicht tijdens de relatie (art. 1:88 BW) en de 'nahuwelijkse solidariteit'(art. 1:157 BW) op scherp.

35 Hierbij dient te worden bedacht dat veel samenlevende partners zich onttrekken aan het oog van de notaris en de advocaat.

36 Zo ook: Boele-Woelki, K.R.S.D., Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van echtgenoten en samenlevers: moeten maatregelen worden genomen bij koude uitsluiting?, in: *Patrimonium 2011*, Antwerpen/Cambridge: Intersentia, 2011, p. 360.

37 De wettelijke erfrechtelijke regeling voor gehuwden is geheel onbesproken gebleven. Vgl. Mourik, M.J.A., van, Boekbespreking koude uitsluiting, *WPNR 2011/6904*, pp. 897-901.