

9 Ongehuwd samenleven

Wendy Schrama

9.1 Inleiding

In Nederland wonen steeds meer mensen samen zonder dat ze getrouwd zijn of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan. Waar voor het huwelijk en geregistreerd partnerschap (de formele relatievormen) veel geregeld is in Boek 1 BW, is dat niet het geval voor het ongehuwd samenleven. De regels voor de formele relatievormen hebben betrekking op het aangaan van de relatie, de rechtsgevolgen ervan en het einde van de relatie. Voor ongehuwde samenlevers gelden in Boek 1 BW geen speciale wettelijke regels (op een uitzondering na¹). De rechtsverhouding tussen de partners onderling wordt geregeld door het algemene vermogensrecht uit de Boeken 3, 5 en 6 BW. De gevolgen van het ongehuwd samenleven op andere terreinen zijn geregeld in afzonderlijke wetsbepalingen, bijvoorbeeld in het fiscale recht en het socialezekerheidsrecht. Hierna wordt met name ingegaan op enkele vermogensrechtelijke betrekkingen tussen de partners na scheiding. De verhouding tussen ongehuwde ouders en kinderen wordt behandeld bij het afstammingsrecht (zie hoofdstuk 10 en het gezagsrecht (zie hoofdstuk 13). Eerst worden hierna enkele algemene aspecten in ogenschouw genomen.

9.2 Kenmerken en beginselen

Tussen partners ontstaan gedurende de relatie vermogensrechtelijke betrekkingen, bijvoorbeeld omdat de een altijd de kosten van de verzekeringen voldoet, terwijl de ander de boodschappen betaalt. Of de ene partner betaalt de vakantie van hen beiden, of draagt bij aan de aankoop van een goed dat van de andere partner wordt. Ook komt vaak voor dat partners samen een huis kopen. Zo lang de partners een relatie hebben, doen zich doorgaans geen problemen voor. Pas bij een scheiding realiseren de ex-partners zich dat ze hun vermogensrechtelijke betrekkingen moeten

¹ * Een deel van deze tekst is afkomstig uit: W.M. Schrama, Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers, in: F. Schonewille (red.), Relatievermogensrecht geschetst, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 217-240.

De verplichting een ouderschapsplan op te stellen als partners die gezag hebben over de kinderen gaan scheiden: art. 1:247a BW.

ontrafelen. In al deze gevallen is het algemene vermogensrecht van belang. Daarbij gelden de beginselen van het algemene vermogensrecht. Dat houdt in dat partijen een grote partijautonomie hebben en dat de rechtsverhouding ter vrije bepaling van partijen staat. Dat is dus anders dan in het huwelijksvermogensrecht, waar wel (deels) dwingend recht geldt en waar een wettelijk standaardstelsel geldt als partijen niet anders overeenkomen. Het beginsel van solidariteit, dat in het huwelijksvermogensrecht een belangrijke rol heeft, speelt binnen het algemene vermogensrecht, dat primair bedoeld is om rechtsverhoudingen in het economisch verkeer te regelen, in veel mindere mate een rol. Ook ontbreekt in het wettelijk systeem voor ongehuwde samenlevers een beschermingsgedachte, zoals die wel voor echtgenoten en geregistreerde partners geldt (hoofdstuk 6).

9.3 Belangrijke ontwikkelingen

De ontwikkelingen in het recht zijn nauw verbonden met de maatschappelijke ontwikkelingen met betrekking tot relatievormen. In de jaren zeventig van de vorige eeuw kwam het ongehuwd samenleven in opkomst. Sinds die tijd is in de rechtsliteratuur nagedacht over de nieuwe juridische vragen die dat oproept. Moest de wet nu wel of geen rekening houden met het ongehuwd samenleven? Het aantal ongehuwd samenlevende partners is in de afgelopen drie decennia sterk gestegen, tot 1,8 miljoen mensen (920.000 paren) in 2014.² Opvallend is dat het aandeel ongehuwd samenlevende partners met kinderen ook sterk is toegenomen: van 15% in 1995 tot 43% van alle kinderen geboren in 2014. Naarmate meer mensen ongehuwd samenwonen, wint de vraag of wetgevend ingrijpen nodig of wenselijk is aan belang. Daarbij gaat het met name om de relationele en vermogensrechtelijke gevolgen van de relatie tussen de partners onderling. In de rechtswetenschap wordt hierover uiteenlopend gedacht.³ De wetgever heeft lange tijd geen aandacht besteed aan de maatschappelijke veranderingen op dit vlak. Pas in 2010 is in opdracht van het ministerie van Veiligheid en Justitie onderzoek verricht om na te gaan of wettelijk ingrijpen nodig is, waarbij voor deze partners een eigen regeling (een *lex specialis*) wordt gemaakt.

In verschillende andere rechtsstelsels bestaat voor ongehuwde samenlevers een aparte regeling van de gevolgen van het samenleven, die met name betrekking heeft op de gevolgen in hun onderlinge rechtsverhouding.⁴

2 CBS, Statline database: <http://statline.cbs.nl>.

3 M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons en L.C.A. Verstappen, Koude uitsluiting, serie Familie en Recht, deel 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; W.M. Schrama, Een *lex specialis* voor ongehuwde samenlevers, FJR 2012, p. 242-248; W.M. Schrama, Een redelijk en billijk relatiericht, TPR 2010, p. 1723-24.

4 Zie de landenrapporten van de Commission on European Family Law op www.ceflonline.net onder *Informal relationships Reports by jurisdiction*. Zie ook M.V. Antokolskaia e.a., Koude uitsluiting, serie Familie en Recht, deel 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

De onderzoekers meenden dat wetgevend ingrijpen wenselijk was.⁵ Staatssecretaris Teeven onderschreef deze conclusie echter niet.⁶ Ondertussen worden steeds meer geschillen tussen ruziënde ex-partners aan de rechter voorgelegd.

9.4 De rechtsgevolgen van het ongehuwd samenleven

Ongehuwd samenleven heeft op verschillende terreinen uiteenlopende gevolgen. Opvallend is dat de rechtsontwikkeling geen gelijke tred houdt binnen de verschillende rechtsgebieden. In het familiaal recht (het recht dat van toepassing is op affectieve relaties tussen mensen) wordt het ongehuwd samenleven genegeerd, maar op veel andere terreinen, zoals het belastingrecht en het socialezekerheidsrecht, wordt al decennialang rekening gehouden met deze 'nieuwe' relatievorm. Zowel in het privaatrecht als in het publiekrecht is het ongehuwd samenleven daarmee rechtens van belang geworden.

Voor 'het ongehuwd samenleven' bestaat overigens niet één term; veel wettelijke regelingen kennen een eigen begrip voor ongehuwd samenleven. In Boek 1 BW zijn verschillende voorbeelden te vinden waar het ongehuwd samenleven een rechtsfeit is. Dat is bijvoorbeeld het geval in artikel 1:160 BW, waar het gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd, leidt tot een definitieve beëindiging van de alimentatieplicht. De andere levensgezel is in de meerderjarigenbescherming een van de personen die bevoegd is een verzoek bij de rechter in te dienen tot het instellen van een maatregel en hij is ook degene die bij voorkeur wordt benoemd tot curator, bewindvoerder of mentor.⁷ In het huurrecht kent de ongehuwd samenlevende partner speciale rechten als medehuuder.⁸ Een ongehuwd samenlevende partner heeft geen recht op partneralimentatie. In het erfrecht heeft het ongehuwd samenleven slechts zeer beperkte gevolgen.⁹ Als de overleden partner geen testament heeft gemaakt, erven de kinderen of, als die er niet zijn, de ouders. De ongehuwd samenlevende partner erft niets. Of dat nog van deze tijd is, is de vraag.

Op het terrein van het publiekrecht heeft het ongehuwd samenleven vergaande rechtsgevolgen. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in het belastingrecht. In de inkomstenbelasting kunnen ongehuwd samenlevende partners onder het begrip fiscale partners vallen, met alle fiscale voor- en nadelen die daarbij horen. Voor de erf- en schenkingsbelasting gelden speciale regels voor ongehuwd samenlevende paren. Een ander voorbeeld is het socialezekerheidsrecht, waar het samenleven met een partner ook vergaande rechtsgevolgen heeft.

5 Idem.

6 Kamerstukken II 2011-2012, 28 867 nr. 23 en 29.

7 Art. 1:379 en 383 BW; art. 1:432 en 435 BW; art. 1:451 en 452 BW.

8 Art. 7:267-268 BW.

9 Art. 4:28 BW: tijdelijk voortgezet gebruiksrecht van de woning; art. 4:82 BW: de partners kunnen een niet-opeisbaarheidsclausule opnemen in hun testamente op grond waarvan de vordering van een legitimaris nog niet-opeisbaar is. Zie ook hoofdstuk 18 over erfrecht.

9.5 Verhouding tot andere rechtsgebieden

De rechtsregels die op grond van de wet en de rechtspraak voor (ex-)echtgenoten gelden, zijn niet van toepassing op ongehuwd samenlevende partners. Daarvoor ontbreekt een wettelijke basis. Met betrekking tot bijvoorbeeld het alimentatierecht en de gemeenschap van goederen is in rechtszaken wel geprobeerd om dit (analoog) toe te laten passen op ongehuwde partners, maar tevergeefs.¹⁰ Wel zijn er enkele regels uit het huwelijksvermogensrecht die in de rechtspraak analoog worden toegepast, bijvoorbeeld regels over de draagplicht voor de kosten van de huishouding en vergoedingsrechten. De rechtspraak is op dit punt niet consistent en het afdwingen van analoge toepassing is lastig.¹¹

9.6 Internationaal recht

Het internationale recht speelt tot nu toe geen grote rol voor de rechtspositie van ongehuwd samenlevende partners. Op zichzelf kan het ongehuwd samenleven onder de werking van artikel 8 EVRM (respect voor familie- en gezinsleven) vallen, als het voldoende met het huwelijk op één lijn te stellen is.¹² Ook de relatie tussen ongehuwd samenlevende ouders en hun kind zal doorgaans als *family life* aangemerkt kunnen worden.¹³ Wat betreft de vermogensrechtelijke gevolgen is het echter de vraag welke bescherming uit artikel 8 EVRM volgt. Een beroep op artikel 8 jo. artikel 14 EVRM om bepaalde (gunstige) regelingen voor echtgenoten ook van toepassing te doen zijn op ongehuwd samenlevende partners is tot nu niet succesvol geweest, zowel met betrekking tot gezinsbeschermende bepalingen voor echtgenoten, het verschoningsrecht in het strafprocesrecht en de erfbelasting.¹⁴ Het feit dat in artikel 12 EVRM aan het huwelijk een bijzondere status is toegekend, speelt in dit verband een rol en vormt een rechtvaardiging voor het maken van onderscheid. Momenteel richt de Commission on European Family (CEFL) zich op dit onderwerp. Inmiddels zijn de landenrapporten over *Informal Relationships* gepubli-

10 Bijv. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 927 (Roozendaal/Van Dilst) en recenter HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2925.

11 W.M. Schrama, *Ongehuwd samenleven*, in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a., *Relatierecht*, Sdu Commentaar, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 1991-2060. Vgl. HR 22 september 2006, NJ 2006, 521; Hof Amsterdam 16 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3067.

12 Bijv. EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90 (Keegan t. Ierland); EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91 (Kroon t. Nederland).

13 EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82 (Johnston e.a. t. Ierland).

14 EHRM 26 januari 1999, nr. 37784/97 (Saucedo Gómez t. Spanje). Vgl. EHRM 12 december 2006 (Burden & Burden t. Verenigd Koninkrijk), nr. 13378/05, EHRC 2007/18 (m.nt. Gerards); EHRM (Grote Kamer) 2 november 2010, nr. 3976/05 (Şerife Yiğit v. Turkije); EHRM 3 april 2012, nr. 42857/05 (Van der Heijden t. Nederland). Zie: W.M. Schrama, *Het EHRM slaat geen nieuwe piketpaaltjes in het relatierecht: Geen schending art. 8 EVRM door beperking van het verschoningsrecht tot formele relaties*, AA 2013, nr. 4, april 2013, p. 281-285.

ceerd.¹⁵ Op basis van nader onderzoek van die rapporten zal de CEFL *Principles of European Family Law* opstellen over ongehuwd samenlevende partners.¹⁶

9.7 Vermogensrechtelijke positie van ongehuwde samenlevers

9.7.1 Problemen bij een scheiding

Tijdens de relatie van ongehuwd samenlevende partners doen zich in de regel niet veel juridische knelpunten voor. Zo lang alles koek en ei is, maakt het niet zo veel uit van wie welke goederen zijn en wie aanspraak heeft op welke vorderingen. Tijdens de relatie zal doorgaans een gemeenschappelijk perspectief vooropstaan bij de vermogensrechtelijke handelingen van de partners. Dat verandert wanneer partners uit elkaar gaan. In dat geval keert het individuele perspectief op de voorgrond terug. Bij een scheiding kunnen over verschillende onderwerpen conflicten ontstaan. In de rechtspraak komt een aantal geschillen vaak terug: de vraag welke goederen van wie zijn (over honden, inboedel, auto's, enz.), de vraag of de ene partner nog geld van de ander tegoed heeft (waaronder vorderingen wegens te veel betaalde kosten van de huishouding) en vragen over de woning (wie mag daar blijven wonen en wie betaalt welke kosten?).¹⁷

Bij het beoordelen van conflicten is het belangrijk om twee kanten uit elkaar te houden: de goederenrechtelijke kant en de verbintenisrechtelijke kant. Deze twee kanten zijn nauw met elkaar verbonden, maar moeten tegelijk scherp onderscheiden worden. De goederenrechtelijke positie heeft betrekking op de vraag wat tot het vermogen van welke partner behoort. Het gaat dus om de directe verhouding tussen mens en goed. Het verbintenisrecht betreft de vermogensrechtelijke positie van twee mensen ten opzichte van elkaar: heeft de ene partner een vordering jegens de andere? Hoewel dus duidelijk te onderscheiden, is er ook een nauwe samenhang. Als bijvoorbeeld een zaak blijkt toe te behoren aan partner A, terwijl partner B aan de aanschaf daarvan heeft bijgedragen, dan staat voorop dat partner A de enig eigenaar is (dus goederenrechtelijk). Vervolgens rijst de vraag of partner B het bedrag dat hij heeft bijgedragen aan de aanschaf kan vorderen van A (verbintenisrechtelijk).

Als partner A en partner B gaan samenleven, behouden ze ieder hun vermogensrechtelijke positie die ze voorheen hadden. Het feit dat ze gaan samenleven, heeft niet direct invloed op hun vermogensrechtelijke positie. Ieder blijft eigenaar/recht-hebbende op de goederen waartoe hij voorheen gerechtigd was. Van boedelmen-ging, zoals bij echtgenoten die zonder huwelijkse voorwaarden trouwen, is geen sprake. In goederenrechtelijk opzicht verandert niets. Ook verbintenisrechtelijk treedt er door het enkele gaan samenleven geen verandering op in de vermogens-rechtelijke positie. Dat neemt niet weg dat zich door het samen voeren van een huishouding en het samenwonen onvermijdelijk een vermogensverstrengeling

¹⁵ Zie www.ceflonline.net onder *Informal relationships Reports by jurisdiction*.

¹⁶ Zie www.ceflonline.net.

¹⁷ Hof Leeuwarden 11 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY747; Hof Leeuwarden 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1245.

voordoet. Boodschappen worden dan door de een, dan door de ander betaald, goederen worden aangeschaft, lopende rekeningen worden betaald. Hierdoor is doorgaans al snel niet meer helder wat precies de vermogensrechtelijke positie van iedere partner is. Hieronder enkele voorbeelden die aan de rechtspraak ontleend zijn over vermogensrechtelijke conflicten na scheiding.

Chris en Janine hebben allebei een goedbetaalde baan. Ze betalen ieder ongeveer de helft van de kosten van de huishouding. Na drie jaar krijgen ze een dochter en na vijf jaar wordt een zoon geboren. In overleg besluiten ze dat Janine haar baan opgeeft om voor de kinderen te zorgen en het huishouden te doen. Vanaf die tijd betaalt Chris de kosten van de huishouding, want Janine heeft geen inkomsten meer. Ze hebben niets op papier gezet. Na tien jaar gaan Chris en Janine uit elkaar. Chris vordert de door hem te veel betaalde kosten van de huishouding van de afgelopen jaren van Janine. Maakt deze vordering kans van slagen en op welke juridische grondslag?

Gesteld dat Chris en Janine op beider naam een woning hebben gekocht en geleverd gekregen voor € 400.000. Daarvan wordt € 200.000 gefinancierd door een hypothecaire lening die op beider naam is aangegaan en is € 200.000 afkomstig uit vermogen van Janine. Bij de scheiding is de woning € 600.000 waard. Janine vordert betaling van het bedrag van € 200.000 plus meer dan de helft van de overwaarde van € 200.000, omdat haar investering de aankoop en de realisatie van de overwaarde mogelijk heeft gemaakt. Maakt de vordering van Janine kans van slagen en hoe zou deze ingekleed moeten worden?

Chris en Janine maken bij de scheiding beiden aanspraak op een banktegoed dat op naam van Chris staat en ze willen allebei hond Rex hebben. Wie is rechthebbende op het banktegoed en wie is eigenaar van de hond?

De uitkomst van deze conflicten is niet zo zwart-wit: veel hangt af van de processtrategie die beide partijen kiezen, de mogelijkheden om de vorderingen te onderbouwen en te betwisten, en de vraag hoe de rechter tegen de zaak aankijkt. Vergelijkbare feitencomplexen kunnen tot andere uitkomsten leiden en in die zin is sprake van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid.

9.7.2 Samenlevingscontracten

9.7.2.1 *Nut van een contract*

Het algemene vermogensrecht is van toepassing op de vermogensrechtelijke betrekkingen tussen de partners, zowel tijdens als na de relatie. Dit laat partijen veel vrijheid om de verhoudingen naar eigen inzicht te regelen. Ongeveer de helft van alle samenlevende paren maakt gebruik van de partijautonomie door het sluiten van een notarieel samenlevingscontract.¹⁸ Een notarieel contract kan om verschillende redenen aan te raden zijn. In de eerste plaats biedt het duidelijkheid over de daarin behandelde onderwerpen en biedt het de mogelijkheid om daardoor conflicten na

18 A. de Graaf, Steeds meer samenwoners hebben een samenlevingscontract, Webmagazine, woensdag 10 februari 2010.

scheiding te beperken of te voorkomen. Het is dan helder wat rechtens geldt, hetgeen zonder contract vaak niet zo is. In de tweede plaats is een notarieel contract (met een zorgplicht) vereist om in de relatie tot derden in aanmerking te komen voor bepaalde gunstige rechtsgevolgen. Pensioenfondsen vereisen bijvoorbeeld doorgaans een dergelijk contract om als partner voor het partnerpensioen aangemerkt te worden. Ook belastingtechnisch kan het sluiten van een contract handig zijn. Verder biedt een contract de mogelijkheid om af te wijken van het algemene vermogensrecht en een regeling op maat te maken. Een voorbeeld daarvan is de draagplicht voor kosten van de huishouding naar rato van ieders inkomen die kan worden opgenomen in het contract. Ook handig is een aangehechte staat waarin vermeld is welke goederen bij aanvang van de relatie van welke partner zijn. Een bewijsregel dat goederen waarvan de eigendom niet kan worden aangetoond aan hen beiden gezamenlijk voor de helft toebehoren, kan ook zijn nut bewijzen. Er zijn dus verschillende redenen waarom het sluiten van een contract een goede zaak is. Partners kunnen in het samenlevingscontract een beding over partneralimentatie opnemen en een verdeling of vergoeding met betrekking van tijdens de relatie opgebouwd vermogen. Uit verkennend empirisch onderzoek blijkt echter dat niet veel contracten dergelijke bedingen bevatten.¹⁹

9.7.2.2 *Problemen met een contract*

Met een contract zijn echter niet alle problemen opgelost. Belangrijke punten zijn in dat verband wat geldt als partijen gedurende de relatie het contract structureel niet naleven. Moet dan aan het contract worden vastgehouden? Ook komt het voor dat na een scheiding conflicten over de uitleg van het contract ontstaan.²⁰ Verder zijn sommige contracten zeer summier, zodat er bij een geschil nog steeds weinig houvast is. Als er niets of weinig geregeld is, neemt de kans op conflicten over de uitleg toe. Tot slot de vraag wat heeft te gelden als de feitelijke situatie sterk veranderd is, maar het contract niet is aangepast. Moet dan worden vastgehouden aan de afspraken of zijn er (stilzwijgende) afspraken voor in de plaats gekomen? Het zijn vragen waarop geen eenduidig antwoord te geven is, maar die in de rechtspraak op basis van de feiten en omstandigheden van het geval moeten worden opgelost.

9.8 Goederenrechtelijke afwikkeling na scheiding

9.8.1 Inleiding

Welke goederen zijn van wie? Om de goederenrechtelijke positie goed te beoordelen, kan een onderscheid gemaakt worden tussen goederen die al voor de relatie aan een van beide partners toebehoorden en goederen die tijdens de relatie zijn verkregen.

¹⁹ W. Schrama, P. Kuik, L. Verstappen, Samenlevingsovereenkomsten in de notariële praktijk, te verschijnen in *Familie en recht* 2014 of 2015. Zie www.familieenrecht.nl/.

²⁰ Zie de interessante zaak waarin de man zich succesvol op dwaling beroept om aan het samenlevingscontract te ontkomen: HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:416, besproken door W. Schrama in *PFR Updates Personen- en familierecht* 2014-0058 en L. Verstappen in *NJ* 2014, 265. Zie verder: HR 22 september 2006, *NJ* 2006, 521 en Hof Arnhem 5 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7532.

Voor goederen waarvan vaststaat dat zij bij aanvang al tot het vermogen van een van beide partners behoorden, doen zich doorgaans geen problemen voor. Het punt is echter dat het, zeker na een lange relatie, moeilijk kan zijn om te bewijzen dat een bepaald goed al tot het vermogen behoorde. Het gaat dan dus niet zozeer om de vraag wie de eigenaar is, maar om het bewijsrecht: wie kan bewijzen eigenaar te zijn?

Voor vermogen tijdens de relatie verkregen is het conflictpotentieel groter. Van wie is dat vermogen? Bij de verkrijging van goederen geldt de formele verkrijgingsleer: degene aan wie een goed is geleverd (krachtens een geldige titel en door een beschikkingsbevoegde: art. 3:84 BW) is daarvan rechthebbende geworden. Voor registergoederen en vorderingen op naam is de tenaamstelling doorslaggevend en doen zich dus geen goederenrechtelijke problemen voor. Voor andere goederen is dat echter wel een bron van conflict.²¹ In dit opzicht kunnen zich bewijsrechtelijke problemen voordoen. Hoe is (jaren later) bewijs te leveren?

9.8.2 Processuele functie van bezit

In dit opzicht kan de processuele functie van bezit een rol spelen. Het gaat hierbij dus om de verhoudingen tussen de partners aan een goederenrechtelijke kwalificatie te onderwerpen. Wie van beide partners is houder van een goed en wie bezitter? Een blik op de wettekst leert het volgende. Artikel 3:107 lid 1 BW bepaalt dat bezit het houden van een goed voor zichzelf is. Artikel 3:108 BW bepaalt dat de vraag of iemand een goed houdt en of hij voor zichzelf of voor een ander houdt, beantwoord moet worden naar de verkeersopvattingen met inachtneming van uiterlijke feiten en de artikelen 3:109-3:117 BW. Van deze bepalingen zijn met name de bewijsvermoedens belangrijk, die zijn te vinden in artikel 3:109 BW. Dit artikel bepaalt dat wie een goed houdt, vermoed wordt dit voor zichzelf te houden. Wie stelt bezitter te zijn van een goed waarover hij de feitelijke macht uitoefent, geldt als bezitter, tenzij bewezen wordt dat hij houder is. Artikel 3:119 lid 1 BW legt als tweede bewijsvermoeden neer, dat degene die een goed bezit, tevens rechthebbende daarvan is, tenzij het tegendeel bewezen wordt. Dit wordt aangeduid met de processuele functie van bezit.²²

Tot het moment van de scheiding maken beide partners in de regel gebruik van de goederen in en om de woning. Ze oefenen derhalve in beginsel allebei de feitelijke macht uit. Het gaat om de vraag of aan dit gebruiken een eigen goederenrechtelijke rechtsverhouding ten grondslag ligt of dat het gegrond is op een verbintenisrechtelijke verhouding met de andere partner. De verhouding is goederenrechtelijk moeilijk te kwalificeren: hoe moet vastgesteld worden of het gaat om het houden van een goed voor zichzelf of om het houden van een goed voor een ander wanneer beiden de feitelijke macht uitoefenen?

21 HR 19 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5636.

22 Vgl. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9684. Zie ook Hof Leeuwarden 13 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM1443 over de bewijslast ter zake van een motorfiets. Zie ook W.M. Schrama, Goederenrechtelijke afwikkeling: bewijskwesities, in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a., Relatierecht, Sdu Commentaar, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 2015-2024.

Zowel bezit als houderschap vereisen de feitelijke machtsuitoefening. Voor bezit geldt de bijkomende voorwaarde dat de bezitter een pretentie van toebehoren moet hebben. Op papier is dit onderscheid eenvoudig: de partner die enig eigenaar is van het goed is de bezitter, de ander mag er weliswaar de feitelijke macht over uitoefenen; hij is daarmee evenwel niet de bezitter, maar slechts houder voor de ander. Voor gemeenschapsgoederen zijn beide partners medebezitter.

Het gevolg van een scheiding is in de meeste gevallen dat slechts nog een van de partners de feitelijke macht over de goederen uitoefent, omdat de ander de woning verlaat. Met het verlaten van de woning en met de achterlating van de spullen verliest de partner de feitelijke macht over die goederen. Waar het gaat om niet-registergoederen die privé aan de ander toebehoren, houdt daarmee zijn houderschap in beginsel op.²³ Gaat het evenwel om gemeenschappelijke goederen of zijn eigen privégoederen, dan mag het verlaten van de woning in beginsel niet aangemerkt worden als het doen van afstand van het bezit van het goed.²⁴ De partner die niet de feitelijke macht over een goed uitoefent, kan bezitter zijn.

Het loopt mis in scheidingssituaties als niet meer duidelijk is wie rechthebbende op de goederen is. In dat geval komen de bewijsrechtelijke aspecten helder aan het licht. Vastgesteld wordt eerst wie de feitelijke macht heeft en (mede) aan de hand daarvan wie houder en bezitter zijn. Op die basis wordt de eigendomsvraag beantwoord.

Een voorbeeld. Indien tussen partners A en B een geschil ontstaat over de eigendom van een muziekinstallatie en B de woning heeft verlaten, heeft partner A na de scheiding de feitelijke macht over de installatie. In beginsel wordt vermoed dat A de installatie voor zichzelf houdt en dat hij daarmee bezitter is (art. 3:109 jo. art. 3:107 lid 1 BW). Via de tweede stap van artikel 3:119 BW wordt A op grond van zijn (vermoede) bezitterschap vermoed rechthebbende te zijn. Het is dan aan B te bewijzen dat hij bezitter en rechthebbende van de installatie is en dat A slechts houder voor B is. A verkeert dus in een gunstigere positie; hij kan rustig afwachten of B een beter recht kan bewijzen en dat laatste is niet eenvoudig. Doet A een beroep op verkrijging van het goed door schenking aan hem, dan is het ontkrachten van het eigendomsvermoeden praktisch onmogelijk.²⁵ Feitelijke macht, houderschap, bezit en eigendom zijn in dergelijke situaties nauwelijks van elkaar te onderscheiden. De uitkomst van het geding is daarmee tot op grote hoogte afhankelijk van de vraag wie de feitelijke macht over de goederen uitoefent. Dat hangt voornamelijk samen met

23 Het einde van de relatie en het verlaten van de woning duiden in beginsel op het prijsgeven van het houderschap.

24 In het algemeen kan bezitsverlies slechts geschieden op grond van het afstand doen van het bezit of omdat een ander het bezit verkrijgt, bijvoorbeeld door overdracht: art. 3:117 BW.

25 HR 8 mei 1987, NJ 1988, 700 en HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9684 (een atypische situatie van overdracht van een auto in het kader van een verzoeningspoging, waar de eiser door het bestaan van een stilzwijgende bruikleenovereenkomst moest bewijzen dat hij een auto niet aan zijn partner had geschonken).

toevallige factoren die met de goederenrechtelijke verhoudingen niets van doen hebben, zoals de vraag wie de woning heeft verlaten.²⁶

Deze problematiek hoeft zich niet per se voor te doen, omdat de rechter er in dergelijke situaties ook van uit kan gaan dat het verliezen van de feitelijke macht geen gevolgen heeft voor het bezit. De rechter kan op basis van een feitelijk vermoeden aannemen dat de partner zonder feitelijke macht rechthebbende is, behoudens tegenbewijs. Of de rechter op basis van een dergelijk feitelijk vermoeden het rechtsvermoeden opzij wil zetten, is aan hem en kan in cassatie niet worden getoetst.

Het is dus duidelijk dat goederenrechtelijke vraagstukken in de praktijk lastig te beantwoorden zijn. In de lagere rechtspraak bestaat dan ook geen eenduidige benaderingswijze. Het is daarom afwachten wat een rechter zal beslissen. In dit opzicht is sprake van een bepaalde mate van rechtsonzekerheid. Bovendien is het resultaat in een aantal gevallen onbillijk, omdat aan bepaalde feiten te veel gewicht wordt toegekend.

9.9 Verbintenisrechtelijke afwikkeling na scheiding

9.9.1 Inleiding

De verbintenisrechtelijke aspecten bij het einde van de relatie betreffen de vraag hoe moet worden omgegaan met verschuivingen die zich tijdens de relatie hebben voorgedaan in de vermogens van beide partners. Partners dragen over en weer bij aan het vermogen van de ander, bijvoorbeeld door geld ter beschikking te stellen aan de ander of door werkzaamheden te verrichten die ten goede komen aan de andere partner.²⁷ Welke rechten en plichten hebben de partners dan na scheiding? Hebben zij recht op compensatie en zo ja, naar welke maatstaf?

Hierbij moet wederom een onderscheid gemaakt worden tussen situaties waarin partners een overeenkomst zijn aangegaan over de prestatie en die gevallen waarin een contractuele rechtsverhouding ontbreekt.²⁸ Gaat het om een vermogensverschuiving die berust op een contractuele verbintenis, bijvoorbeeld een schenking, dan doet zich geen probleem voor ten aanzien van de grondslag van de prestatie. Immers, dan is duidelijk dat de vermogensverschuiving een grond heeft in de rechtsverhouding en de wil van de partners.²⁹ Dat brengt mee dat de verschuiving in het vermogen door de partners beoogd is en dat er een (reële) tegenprestatie tegenover stond, dan wel dat daar bewust van is afgezien. Moeilijker ligt dit bij de

26 HR 6 november 1987, NJ 1988, 293 (Bankstel Crystal).

27 Zie voor gevallen waarin een van de partners vermogensrechtelijk onverstandig handelt en de jurisprudentie die dit oplevert: W.M. Schrama, Groot vermogensrechtelijk nadeel als gevolg van een liefdesrelatie, Wie onverstandig handelt, heeft pech, ook al maakt liefde slechtziend, FJR 2009, nr. 4, p. 92-98.

28 Zie W. Schrama, Vermogensrechtelijke geschillen tussen ongehuwde samenlevers, FJR 2003, p. 2-10. Vgl. HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1540.

29 Zie echter HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2931, waar het hof een vermogensverschuiving, ondanks een contractueel vergoedingsrecht in het samenlevingscontract, toch als een natuurlijke verbintenis aanmerkte. De Hoge Raad casseert de uitspraak.

tweede categorie, de ongegronde vermogensverschuivingen, waarvoor een *causa* ontbreekt.

9.9.2 Contractuele grondslagen

Een gegronde vermogensverschuiving, dus een verschuiving waarvoor een rechtsgrond aanwijsbaar is, tussen de vermogens van de partners kan gebaseerd zijn op een expliciete overeenkomst, zoals een notarieel samenlevingscontract, of kan impliciet in het gedrag van de partners besloten liggen.

In theorie kan het vermogensrechtelijk handelen bij een groot aantal benoemde contracten ondergebracht worden: de (ver)bruikleenovereenkomst, schenking, opdracht, het verrichten van enkele diensten, de (geld)leenovereenkomst en de arbeidsovereenkomst. Ook een contract *sui generis* en een verrekenovereenkomst zijn denkbaar. Daarnaast kan het leerstuk van de natuurlijke verbintenis van belang zijn.³⁰ Indien partijen op dit punt een overeenkomst hebben gesloten, dan volgt de afwikkeling in beginsel overeenkomstig de contractuele regeling. In een aantal standaardmodellen die (in een of andere variant) in de notariële praktijk worden gebruikt, is een periodiek of finaal verrekenbeding opgenomen. In dat geval worden de vermogensverschuivingen op enig moment afgerekend/verrekend.

In gevallen waarin in een schriftelijk contract een vergoedingsrecht specifiek voor een bepaalde prestatie is opgenomen, zijn de problemen niet per definitie de wereld uit.³¹ Een uitspraak van de Hoge Raad illustreert dit.³² De vrouw in kwestie had f 67.000 bijgedragen aan de verkrijging van onroerend goed dat formeel alleen op naam van de man stond. In hun samenlevingscontract was expliciet bepaald dat de vrouw recht had op een vergoeding van f 50.000 gulden bij het verbreken van de relatie. Na tien jaar is het zover en na de verkoop van het huis en de grond blijft er netto f 415.000 over. De vrouw heeft hiervan f 80.000 gekregen, maar neemt hier geen genoegen mee. Zij beroept zich primair op een in het kader van de samenlevingsovereenkomst stilzwijgend gesloten verrekeningsovereenkomst en subsidiair op de redelijkheid en billijkheid en het arrest Kriek-Smit. Het hof oordeelde dat van het bestaan van een dergelijke verrekenovereenkomst niet was gebleken en wees bovendien het beroep op de redelijkheid en billijkheid af. De vrouw had alleen recht op haar nominale investering. De Hoge Raad oordeelt in cassatie dat de samenlevingsovereenkomst dient te worden uitgelegd met inachtneming van de Haviltex-norm.³³ Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het geval, waaronder dat de vrouw geld en arbeid heeft geïnvesteerd in de woning, dat zij hoofdelijk aansprakelijk was voor de hypotheeklening, dat de man de hypotheekrente voldeed, maar de vrouw alle andere gezamenlijke lasten droeg en dat partijen de premies voor een levensverzekering gezamenlijk hebben betaald. De Hoge Raad oordeelt dat het hof niet zonder nadere motivering aan deze punten voorbij had mogen gaan. Ook het beroep van de vrouw op redelijk-

30 Hof Den Bosch 5 februari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC4958 over de omzetting in een rechtens afdwingbare verbintenis.

31 HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9711 inzake een schuldbekentenis.

32 HR 22 september 2006, NJ 2006, 521.

33 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

heid en billijkheid had het hof moeten beoordelen met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval. Na verwijzing is de vordering van de vrouw overigens alsnog afgewezen door Hof Den Haag.³⁴

Indien een expliciet contract ontbreekt, kan sprake zijn van een stilzwijgend contract. Ook kan een natuurlijke verbintenis de grondslag voor een vermogensverschuiving vormen.³⁵ In de praktijk van belang zijn impliciete af- en verrekenovereenkomsten.

De Hoge Raad heeft in het *Kermisexploitanten*-arrest een aantal interessante overwegingen gegeven over een impliciete verrekenovereenkomst.³⁶ De kermisexploitanten besloten na dertig jaar huwelijk en een echtscheiding weer samen te gaan leven. Na ruim twaalf jaar liep ook deze verhouding op de klippen en inmiddels was het vermogen, dat grotendeels op naam van de man stond, behoorlijk in waarde gestegen door investeringen van beiden. De vrouw vorderde van de man een vergoeding van f 100.000 op de grond dat de helft van de waarde van de aanwezige activa haar toebehoorde. Hiertoe voerde ze onder meer een stilzwijgende overeenkomst van verrekening aan. Het hof overwoog dat een dergelijke overeenkomst uit de financiële uitwerking van hun samenleving moest blijken, bijvoorbeeld door het samenvoegen van hun inkomsten om daarmee alle uitgaven te bekostigen. Daarvan was *in casu* geen sprake. Verder had het volgens het hof voor de hand gelegen, dat zij het huis gezamenlijk zouden hebben gekocht, hetgeen echter niet geschied was. De Hoge Raad zag dit anders. Het hof had ten onrechte een aantal relevante stellingen van de vrouw gepasseerd die een aanwijzing voor het bestaan van een stilzwijgende overeenkomst konden zijn. Deze stellingen hadden met name betrekking op het feit dat partijen tijdens hun samenleving gezamenlijk kermisattracties exploiteerden en dat de inkomsten daarvan in onroerend goed en nieuwe attracties geïnvesteerd waren. Evenmin gecharmeerd was de Hoge Raad van de opvatting van het hof dat een gezamenlijke aankoop van het huis voor de hand gelegen had met het oog op de bedoeling de waardemutaties te delen. Uit het arrest volgt dat een samenvoeging van de inkomsten niet noodzakelijk is voor het aannemen van een overeenkomst tot verrekening. Het lijkt erop dat deze richtlijnen redelijk veel ruimte laten om een dergelijke overeenkomst aan te nemen, al moet gezegd worden dat de feiten die aan deze casus ten grondslag lagen uitzonderlijk waren.

Ook uit andere jurisprudentie blijkt het belang van stilzwijgende overeenkomsten tot verrekening.³⁷ Maar wanneer is plaats voor een dergelijke kwalificatie? Uitgaande van de regelmatig voorkomende situatie dat de ene partner financiële middelen ter beschikking stelt aan de andere partner voor de aanschaf van een woning

34 Hof Den Haag 14 augustus 2008, 105.006.756 (niet gepubliceerd).

35 W.M. Schrama, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers*, Deventer: Kluwer 2000, p. 118-120.

36 HR 26 mei 1989, NJ 1990, 23 m.nt. EAAL.

37 Bijv. HR 8 juni 2012, ECLI:NL:GR:2012:BV9539; HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3636; HR 16 januari 1987, NJ 1987, 912 (Bruinsma/Erven Smit).

die op naam van die ander gesteld wordt, hoe dient dit handelen dan gekwalificeerd te worden? Daarvoor zijn geen algemeen geldende richtlijnen te geven: de rechter dient te oordelen op basis van de feiten en omstandigheden van het geval.

In de rede ligt te veronderstellen dat de partners niet echt hebben nagedacht over de consequenties van hun handelen indien ze zouden scheiden; ze wilden samen in dat huis wonen en dat is min of meer toevallig op deze wijze gerealiseerd. Hun persoonlijke relatie beheerste derhalve het vermogensrechtelijke handelen. Op het moment dat de scheiding een feit is, is de interpretatie van deze feitelijke handelingen lastig. Mag nu verondersteld worden dat de geldschietter nooit zo maar het geld heeft willen schenken aan de ander en dat hij derhalve het geld geleend heeft? Of heeft de geldschietter beoogd om ook mee te delen in de waardeinstijging die met zijn geld gerealiseerd is? Naar welke norm moet dit beoordeeld worden? Op dit punt bestaat veel onduidelijkheid en er is nog betrekkelijk weinig consensus over wat naar de maatschappelijke verkeersopvattingen in dit soort situaties behoort te gelden.

Bedacht dient te worden dat de regels voor stelplicht en bewijslast gelden. In de context van het ongehuwd samenleven is dat vaak een hindernis.³⁸

9.9.3 Geen contract: andere grondslagen

Is van een contractuele verplichting als *causa* voor de vermogensverschuiving geen sprake, dan rijst de vraag of die vermogensverschuiving na afloop ongedaan gemaakt kan worden. Daartoe zijn vier grondslagen aan te voeren: de redelijkheid en billijkheid, het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad en onverschuldigde betaling. Voordat toepassing van de redelijkheid en billijkheid aan de orde komt, dient wel sprake te zijn van een rechtsbetrekking tussen de partners. Hier wordt niet ingegaan op de voorwaarden die voor ieder van deze rechtsfiguren gelden.³⁹ Uit de jurisprudentie en de literatuur blijkt dat het niet eenvoudig is om op deze grondslagen vermogen terug te schuiven.⁴⁰ Ook op dit punt bestaat de nodige rechtsonzekerheid. Dat betekent dat op voorhand niet te voorspellen is wat de uitkomst van een conflict zal zijn. De rechtsonzekerheid is een punt van aandacht.

9.10 Vragen voor de toekomst

Het recht wordt regelmatig de spiegel van de realiteit genoemd en vaak volgen de juridische ontwikkelingen de maatschappelijke tendensen. Bij het relatierecht is dat tot nu toe niet het geval, ook al is de maatschappelijke ontwikkeling al een aantal

38 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4084. Zie ook Hof Den Haag 24 november 2009, ECLI:NL:GHDHA:2009:BK4741; Hof Arnhem 9 november 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO5140.

39 W.M. Schrama, *Ongehuwd samenleven*, in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a., *Relatierecht*, Sdu Commentaar, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 1991-2060.

40 W.M. Schrama, *Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (deel I en II)*, Tijdschrift Relatierecht en Praktijk 2014/5 en 6, p. 25-28 en p. 40-44.

decennia geleden in gang gezet. Moet aan Boek 1 BW naast de regels voor het huwelijk en het geregistreerd partnerschap een wettelijke regeling (een *lex specialis*) voor ongehuwde samenlevers worden toegevoegd? Daarop is geen eenduidig antwoord te geven. De complexiteit van de problematiek leidt tot een genuanceerde benadering, waarbij de voor- en nadelen van beide kanten in het vizier moeten blijven.⁴¹ Op dit moment is het conflictpotentieel tussen ex-partners hoog, omdat niet helder is wat rechtens geldt. Het algemene vermogensrecht is gericht op andersoortige rechtsverhoudingen dan die tussen partners in een liefdesrelatie. Bovendien is de bescherming laag, waarvan niet alleen partners zelf, maar ook hun kinderen, nadeel kunnen ondervinden. Aan de andere kant biedt het recht in theorie voldoende mogelijkheden om de zaken, al dan niet met een samenlevingscontract, goed te regelen. Het vinden van een balans tussen partijautonomie, solidariteit en de noodzaak de wetgeving in Boek 1 BW niet complexer te maken dan vereist (subsidiariteit) is een taak voor de komende jaren.

9.11 Literatuur

M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons en L.C.A. Verstappen, Koude uitsluiting, serie Familie en Recht, deel 2, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

C. Forder, Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld (oratie), Deventer: Kluwer 2000.

C. Forder en A. Verbeke, Gehuwd of niet, Maakt het wat uit?, Antwerpen: Intersentia 2005.

W.M. Schrama, Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers, Deventer: Kluwer 2000.

W.M. Schrama, De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht (diss.), Deventer: Kluwer 2004.

W.M. Schrama, Een redelijk en billijk relatierecht, TPR 2010, nr. 4, p. 1703-1740.

W.M. Schrama, Een *lex specialis* voor ongehuwde samenlevers?, Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht 2012, p. 242-248.

W.M. Schrama, Het EHRM slaat geen nieuwe piketpaaltjes in het relatierecht: Geen schending art. 8 EVRM door beperking van het verschoningsrecht tot formele relaties, AA 2013, nr. 4, p. 281-285.

⁴¹ W.M. Schrama, Een redelijk en billijk relatierecht, TPR 2010, p. 1703-40.

W.M. Schrama, Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (deel 1 en II), Tijdschrift Relatierecht en Praktijk 2014/5 en 6, p. 25-28 en 38-42.

W.M. Schrama, Verschillende bijdragen over ongehuwd samenleven, in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a., Relatierecht, Sdu Commentaar, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 1991-2060.