

Vernietiging van huwelijkse voorwaarden, houdende ‘koude uitsluiting’, op grond van dwaling (Zeeuwse huwelijkse voorwaarden)

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 9 september 2005, NJ 2006, 99 (mrs. P. Neleman, H.A.M. Aaftink, D.H. Beukenhorst, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann; P-G mr. A.S. Hartkamp)

Vernietiging huwelijkse voorwaarden wegens dwaling (art. 6:228 BW); omkering bewijslast op basis van redelijkheid en billijkheid (art. 150 Rv)

De feiten en het geding in feitelijke instanties¹

1. Op 24 augustus 1972 zijn de man en de vrouw in gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd.
2. Op 18 april 1986 is voor de notaris een akte gepasseerd waarbij de man en de vrouw verklaarden dat zij met het oog op het (toekomstig) beroep van de man als notaris huwelijkse voorwaarden wensten te maken, zodanig dat tussen hen geen enkele gemeenschap van goederen zou bestaan en dat zij voorafgaande daaraan de tot dat moment bestaande algehele gemeenschap van goederen wensten te scheiden naar de toestand per 1 februari 1986. De man, die sinds 1973 als kandidaat-notaris bij het kantoor van de notaris werkzaam was en die dit kantoor in augustus 1986 heeft overgenomen, heeft de tekst van de akte, zoals die is gepasseerd, opgesteld.
3. Op 16 mei 1997 is het huwelijk van de man en de vrouw ontbonden door inschrijving van de tussen hen gegeven echtscheidingsbeschikking van 5 maart 1997 in de registers van de burgerlijke stand.

De vrouw heeft aan haar vordering – strekkende tot vernietiging van de rechtshandeling waarbij de huwelijksgemeenschap tussen partijen op 18 april 1986 werd opgeheven, primair wegens bedrog en misbruik van omstandigheden op grond van artikel 3:44 en dwaling op grond van artikel 6:228, en subsidiair op grond van het onrechtmatig handelen van de man jegens de vrouw door haar, zonder haar te informeren over de gevolgen ervan, te bewegen de huwelijksgemeenschap op te heffen door huwelijkse voorwaarden overeen te komen – ten grondslag gelegd dat de man haar heeft bewogen tot de opheffing van de huwelijksgemeenschap door huwelijkse voorwaarden overeen te komen, zonder haar te informeren over de inhoud en gevolgen van de (akte van) huwelijkse voorwaarden, en dat zij de akte heeft ondertekend omdat zij blind vertrouwd op de man en op zijn integriteit (zowel in zijn hoedanigheid van echtgenoot als in die van kandidaat-notaris en toekomstig notaris). Voorts stelde zij dat zij voorafgaand aan 18 april 1986 niet door de man is geïnformeerd over de inhoud en gevolgen van de huwelijkse voorwaarden, noch een conceptakte heeft ontvangen; evenmin heeft de notaris haar, ten tijde van het passeren van de akte, geïnformeerd over de inhoud en gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden. De rechtbank heeft de vordering, voor zover deze is gegrond op dwaling, toewijsbaar geacht en heeft de rechtshandeling waarbij de huwelijksgemeenschap tussen partijen op 18 april 1986 werd opgeheven, vernietigd met veroordeling van de man in de gedingkosten. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd en de kosten van het geding in hoger beroep aldus gecompenseerd dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

¹ Ontleend aan de punten 3.1 en 3.2 (onder *Uitgangspunten in cassatie*) van het arrest van de Hoge Raad.

De Hoge Raad beoordeelt de onderdelen 1 tot en met 9 van het cassatiemiddel als volgt. Ik ben zo vrij geweest om in de tekst van het arrest overal ‘eiser (tot cassatie)’ en ‘verweerster (in cassatie)’ te vervangen door ‘de man’ en ‘de vrouw’, terwijl ik de betrokken notaris (aanvankelijk de werkgever van de man) die de akte van huwelijkse voorwaarden heeft gepasseerd, kortweg aanduid met ‘de notaris’.

4.1.1. Onderdeel 1 keert zich tegen rov. 5, waarin het hof heeft overwogen dat het met de rechtbank van oordeel is dat sprake is van een rechtens relevante dwaling. Het onderdeel acht dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk en onvoldoende met redenen omkleed, nu het hof niet, althans niet voldoende kenbaar, vaststelt omtrent welke aspecten van de overeenkomst de vrouw gedwaald heeft en evenmin dat de vrouw de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten zonder de onjuiste voorstelling van zaken. Aldus ontbreken in de redenering van het hof onmisbare schakels voor een geslaagd dwalingsberoep, aldus het onderdeel.

4.1.2. Het onderdeel is tevergeefs voorgesteld, voorzover het klaagt dat het hof niet (voldoende kenbaar) heeft vastgesteld omtrent welke aspecten van de overeenkomst de vrouw heeft gedwaald. In rov. 5 heeft het hof in aansluiting aan rov. 4 concluderend overwogen dat het met de rechtbank van oordeel was dat bij de vrouw sprake was van rechtens relevante dwaling. Daarbij heeft het hof, gelet op de in rov. 4 vermelde omstandigheden en op hetgeen de rechtbank dienaangaande in rov. 4.3 en 4.4 heeft overwogen, kennelijk op het oog gehad dat de vrouw heeft gedwaald omtrent de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden van 18 april 1986. De bij de genoemde overwegingen van de rechtbank aansluitende gedachtegang van het hof in rov. 4 en 5 komt immers in het kort hierop neer dat

- de man met het oog op de overname van het notariskantoor van de notaris een conceptakte van huwelijkse voorwaarden heeft opgesteld, welke akte de vrouw niet vooraf heeft ontvangen en omtrent de inhoud waarvan zij niet deugdelijk door de man en de notaris is voorgelicht,
- deze akte, die slechts beperkt is voorgelezen, vermeldt dat het motief tot het aangaan van de huwelijkse voorwaarden is gelegen in het beroep van de man en, naar het hof aannemelijk achtte, alleen was bedoeld ter beperking van de risico's die uit het toekomstige ondernemerschap van de man voortvloeiden,
- de vrouw niet heeft overzien wat de vermogensrechtelijke consequenties van de akte waren, zoals de omstandigheid dat de vrouw niet langer zou delen in de vruchten van de arbeid van de man en dat een verrekenbeding voor het geval van echtscheiding ontbrak, en
- de vrouw geen nadere onderzoeksplicht had naar de mogelijke gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden, omdat zij als leek erop mocht vertrouwen dat haar echtgenoot, een ervaren notarieel jurist, met wie de relatie destijds goed was, haar mede gelet op zijn vertrouwensfunctie goed en op onpartijdige wijze had ingelicht omtrent de (werkelijke) gevolgen van de akte.

4.1.3. Het onderdeel faalt ook, voorzover het klaagt dat het hof niet voldoende duidelijk heeft overwogen dat de vrouw de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten zonder de onjuiste voorstelling van zaken. Het hof was, naar in rov. 4 en 5 van het arrest onmiskenbaar ligt besloten, van oordeel dat als de vrouw zou zijn voorgelicht omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte, zij deze akte niet, althans niet ongewijzigd, zou hebben ondertekend. Dit oordeel behoefde in het licht van het debat van partijen, waarin de man bestreed dat van dwaling sprake was maar niet (subsidiar) is ingegaan op het mogelijk ontbreken van causaal verband tussen de door de vrouw gestelde dwaling en de totstandkoming van de akte van huwelijkse voorwaarden, geen nadere motivering.

4.2.1. Onderdeel 2 keert zich met een motiveringsklacht tegen rov. 5, voorzover het hof daarin heeft geoordeeld dat aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op dwaling is voldaan (onder meer) omdat de akte van huwelijkse voorwaarden afwijkt van het in die rechtsoverweging omschreven doel van de akte. Het onderdeel acht dat oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk in het licht van enkele in het onderdeel vermelde omstandigheden en stellingen van de man.

4.2.2. Het onderdeel faalt. In het licht van de hiervoor in 4.1.2 samengevatte gedachtegang van het hof, behoefde het hof zijn oordeel dat bij de vrouw van relevante dwaling sprake was niet nader te motiveren dan het heeft gedaan. 's Hof's oordeel komt immers erop neer dat de vrouw niet ervan op de hoogte was, noch ervan op de hoogte behoefde te zijn, dat de akte van huwelijkse voorwaarden, waarin als motief voor het opmaken van de akte slechts het beroep van de man was vermeld, niet alleen gevolgen had voor haar positie ten opzichte van derden (in verband met aanspraken ter zake van door de man als notaris verrichte handelingen), maar evenzeer gevolgen had voor haar vermogensrechtelijke positie jegens de man die geen verband hielden met het in de akte uitgedrukte motief van beperking van de risico's die konden voortvloeien uit het ondernemerschap van de man. Tegen deze achtergrond noopten de in het onderdeel vermelde stellingen en omstandigheden het hof niet tot nadere motivering.

4.3.1. De onderdelen 3 tot en met 9 keren zich tegen de beslissing van het hof (in rov. 4 tot en met 6) met betrekking tot de verdeling van de bewijslast ten aanzien van de door de vrouw aan haar vordering ten grondslag

gelegde stelling dat zij de strekking en de gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden niet heeft kunnen overzien.

4.3.2. Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat het hof in rov. 6, kennelijk in reactie op de vijfde grief, die op de verdeling van de bewijslast betrekking had, heeft overwogen “dat in het onderhavige geval een redelijke bewijslastverdeling met zich medebrengt dat de man had dienen te bewijzen dat de vrouw de strekking en de gevolgen van de akte van huwelijksevoorwaarden kon overzien”. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat weliswaar volgens de hoofdregel van art. 150 Rv in verbinding met art. 6:228 lid 1 BW de bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op dwaling kunnen opleveren, rust op degene die zich op dwaling beroept, maar dat in het onderhavige geval uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Aldus heeft het hof, met toepassing van het bepaalde in de slotzin van art. 150 Rv, in afwijking van de hoofdregel de bewijslast niet op de vrouw gelegd, maar op de man. Deze beslissing geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot deze op de eisen van redelijkheid en billijkheid gegronde uitzonderingsbepaling en evenmin van de bij de toepassing daarvan in het algemeen te betrachten terughoudendheid. Het hof heeft voorts met zijn verwijzing naar rov. 4 toereikend gemotiveerd vastgesteld welke omstandigheden tot dit oordeel hebben geleid en voldoende inzicht gegeven in de gedachtegang die het daarbij heeft gevolgd. In de hiervoor in 4.1.2 geschetste gedachtegang van het hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin de man in strijd met het vertrouwen dat de vrouw in hem als haar echtgenoot (in een goede huwelijksrelatie) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten. Daarom is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering dat het hof aan de uitzonderingsbepaling toepassing heeft gegeven.

4.3.3. Op het hiervoor overwogene stuiten de onderdelen 3 tot en met 9 alle af.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het beroep en compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

NOOT

1 Het einde van een bijna zilveren huwelijk en de lotgevallen van de huwelijkse voorwaarden

In het zicht van de zilveren bruiloft (24 augustus 1972 – 24 augustus 1997) strandt het huwelijk van de man en de vrouw op 16 mei 1997 door de inschrijving van de in kracht van gewijsde gegane echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163). In deze procedure gaat het om de vraag of de huwelijkse voorwaarden die partijen hadden gemaakt op 18 april 1986 en die een overgang inhielden van de wettelijke gemeenschap van goederen naar uitsluiting van iedere gemeenschap zonder verrekenbeding, de zogenaamde ‘koude uitsluiting’, konden worden vernietigd op grond van dwaling. Het echtpaar beoogde dus de gemeenschap op te heffen door huwelijkse voorwaarden staande huwelijk te maken (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder d) en vervolgens de ontbonden gemeenschap te verdelen (art. 3:189 lid 2 jis. art. 3:182 e.v.). Blijkbaar zag de rechtbank, die ingevolge artikel 1:119 het ontwerp van de notariële akte van huwelijkse voorwaarden moet goedkeuren, hier geen problemen. Zij toetste toen aan artikel 1:119 lid 3 (oud), op grond waarvan de goedkeuring wordt geweigerd, indien een redelijke grond voor het maken of wijzigen van de huwelijkse voorwaarden ontbreekt, of indien er gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat. Zij achtte dus in dit geval een redelijke grond voor het maken van de huwelijkse voorwaarden en geen gevaar voor benadeling van schuldeisers aanwezig. Inmiddels is in 2001² de tekst van deze bepaling gewijzigd en thans houdt artikel 1:119 lid 2 in dat de gehele of gedeeltelijke goedkeuring slechts wordt geweigerd, indien gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat, of indien een of meer voorwaarden strijden met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. De ‘redelijke grond’ is dus

² Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001, tot wijziging van de titels 6 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (*rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners*).

geschrapd. Nieuw is ook dat het verzoekschrift zonder tussenkomst van een procureur kan worden ingediend (art. 1:119 lid 1, derde zin).

In de onderhavige akte van huwelijkse voorwaarden was vermeld dat het motief tot het aangaan van de huwelijkse voorwaarden is gelegen in het beroep van de man, destijds toekomstig notaris. De bedoeling was alleen de risico's die uit het toekomstige ondernemerschap van de man voortvloeiden, te beperken (rechtsoverweging 4.1.2 van het arrest van de Hoge Raad). Kwalijk hierbij was natuurlijk wel dat zowel de man als de notaris die de akte had verleden en die toen de werkgever van de man was, alleen met de vrouw hadden gesproken over de externe, maar niet over de interne aspecten van de huwelijkse voorwaarden. Zij dacht dat het alleen om risicobeperking ging, maar was zich er geenszins van bewust dat zij op grond van de koude uitsluiting niet langer zou delen in de vruchten van de arbeid van de man. Rechtbank, hof en Hoge Raad honoreren alle drie het beroep van de vrouw op dwaling.

2 Huwelijkse voorwaarden vernietigbaar op grond van dwaling?

De vrouw had primair vernietiging van de huwelijkse voorwaarden op grond van bedrog en misbruik van omstandigheden gevorderd (art. 3:44 leden 3 en 4). Op zichzelf is dat inderdaad mogelijk, want de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is een (familie)vermogensrechtelijke rechtshandeling, zodat titel 3.2 rechtstreeks van toepassing is. Aan de schakelbepaling van artikel 3:59 kom ik niet toe, want huwelijkse voorwaarden regelen de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk, zodat wij ons niet 'buiten het vermogensrecht' in de zin van laatstgenoemde bepaling bevinden. Huwelijksvermogensrecht is immers vermogensrecht. De genoemde wilsgebreken, in het bijzonder bedrog, zijn in de praktijk echter lastig te bewijzen en het mag dan ook geen verbazing wekken dat de rechters bij dwaling uitkomen.

De vrouw had een onjuiste voorstelling van zaken (art. 6:228 lid 1, aanhef). Wat de dwalingsgrond betreft, kan men hier zowel aan onderdeel a als aan onderdeel b van artikel 6:228 lid 1 denken. De dwaling van de vrouw is te wijten aan het feit dat de inlichtingen van de man zich beperkten tot de externe aspecten van de huwelijkse voorwaarden, terwijl de man had kunnen weten dat, als hij de vrouw ook omtrent de interne aspecten van de huwelijkse voorwaarden zou hebben ingelicht, zij de akte niet, althans niet ongewijzigd en niet op dezelfde voorwaarden, zou hebben ondertekend (rechtsoverweging 4.1.3 van het arrest van de Hoge Raad). Maar lopen wij nu niet te hard van stapel? Kan de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden eigenlijk wel op grond van dwaling worden vernietigd? Moeten wij niet eerst een voorvraag beantwoorden, te weten of deze overeenkomst eigenlijk wel een obligatoire overeenkomst in de zin van artikel 6:213 is? De Hoge Raad rept hierover met geen woord. In casu is de inhoud van de huwelijkse voorwaarden de omzetting van de wettelijke gemeenschap van goederen in een koude uitsluiting. Het valt te betwijfelen of dit een verbintenisscheppende overeenkomst is, als er alleen maar sprake is van een wijziging van het huwelijksvermogensregime. Ik geef echter onmiddellijk toe dat het belang van deze discussie niet erg groot is, omdat – ook als men van mening is dat er in het onderhavige geval geen sprake is van een obligatoire overeenkomst – toch de meeste bepalingen van het algemene overeenkomstenrecht, inclusief de dwalingsregeling, van toepassing zijn op niet-obligatoire overeenkomsten, en wel op grond van de schakelbepaling van artikel 6:216. De overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is immers hoe dan ook een 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling' in de zin van laatstgenoemde bepaling.

3 Rechtsgevolgen van de vernietiging van de huwelijkse voorwaarden

Is de vrouw niet te laat met haar beroep op dwaling? De huwelijkse voorwaarden zijn gaan werken op 19 april 1986, de dag volgende op die waarop de akte is verleden, tenzij in de akte

een later tijdstip is aangewezen (art. 1:120 lid 1). De verjaringstermijn van drie jaren begint dan echter nog niet te lopen, maar pas op het tijdstip waarop de dwaling is ontdekt (art. 3:52 lid 1, aanhef en onder c). De vernietiging heeft terugwerkende kracht, zodat de huwelijkse voorwaarden worden geacht nooit te hebben bestaan (art. 3:53 lid 1). Achteraf bezien heeft tussen de man en de vrouw dus steeds de wettelijke gemeenschap van goederen bestaan (art. 1:93 e.v.). Zij hebben in 1986 de vermeende ontbonden huwelijksgemeenschap verdeeld, maar er viel helemaal niets te verdelen, nu de gemeenschap nooit was ontbonden. Anders gezegd: de verdeling van 1986 is nietig, beter gezegd: non-existent, en heeft dus geen enkel effect gesorteerd.

Hier kunnen toch wel problemen zijn ontstaan, als de man of de vrouw vóór of tijdens het huwelijk verkregen goederen tussen 1986 en 1997 heeft vervreemd. Stel bijvoorbeeld dat goederen vóór 1986 onder het privaat bestuur van de man stonden (art. 1:97 lid 1, eerste zin, aanhef), dat deze goederen bij de zogenaamde verdeling van 1986 aan de vrouw zijn toegedeeld en dat de vrouw vervolgens deze goederen na 1986 heeft vervreemd, omdat zij ervan uitging dat zij na de verdeling exclusief was gerechtigd tot de haar toegedeelde goederen (art. 3:182 jo. art. 3:186; ik pas gemakshalve het sinds 1992 geldende verdelingsrecht toe, dat echter op een aantal punten afwijkt van het oude boedelscheidingsrecht van de art. 1112 e.v. oud). De wederpartij van de bestuursonbevoegde vrouw zal bij de verkrijging van roerende zaken die geen registergoederen zijn, in de meeste gevallen wel zijn beschermd door de ruime beschermingsbepaling van artikel 1:92 lid 1, die de goede trouw van artikel 3:86 lid 1 op een specifiek huwelijksvermogensrechtelijke wijze uitwerkt door te regelen dat de echtgenoot die de zaak onder zich heeft, bevoegd mag worden geacht in geval van niet-kenbaarheid van de bestuursbevoegdheid aan een derde, onder wie een wederpartij is begrepen.

Als de vrouw in dit voorbeeld echter registergoederen had vervreemd, zal haar wederpartij niet zijn beschermd, noch onder het oude, noch onder het huidige recht. Artikel 1910 (oud) – later artikel 1376a (oud) – bood in dit geval geen bescherming, maar ook artikel 3:88 beschermt hier niet tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vrouw, omdat er geen sprake is van een titel- of leveringsgebrek in een vorige schakel, maar van onbevoegdheid van de vrouw op grond van de wet, te weten artikel 1:97 lid 1, eerste zin, aanhef, nu de man als formele verkrijger privaat bestuursbevoegd was. De overdracht door de vrouw aan haar wederpartij is dus gewoon nietig. Convalescentie of bekrachtiging in de zin van artikel 3:58 dan wel bekrachtiging in de zin van artikel 3:69 is hier niet aan de orde; aan de vereisten voor toepasselijkheid daarvan is immers in deze casus niet voldaan. Wat artikel 3:58 betreft, is dit laatste wellicht³ anders, als bij de verdeling van de in 1997 ontbonden huwelijksgemeenschap de litigieuze registergoederen alsnog aan de vrouw worden toegedeeld. Op 9 september 2005, de datum van het arrest van de Hoge Raad, is immers de vernietiging van de huwelijkse voorwaarden onherroepelijk geworden en dus moet de huwelijksgemeenschap die tot de datum van de echtscheiding in 1997 blijkt te hebben bestaan en toen werd ontbonden, alsnog worden verdeeld, ook al is het inmiddels 2005 geworden.

Afgezien van artikel 3:58 is de – naar mijn mening enige – redding voor de wederpartij van de vrouw gelegen in artikel 1:116. De wederpartij zou zich wellicht op het standpunt kunnen stellen dat zij is afgegaan op de in het openbaar huwelijksgoederenregister ter griffie van de rechtbank gepubliceerde huwelijkse voorwaarden, op grond waarvan zij mocht aannemen dat de vrouw wegens de koude uitsluiting exclusief tot de haar in 1986 toegedeelde goederen was

³ Of art. 3:58 van toepassing is, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of ‘alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek (in casu het ontbreken van beschikkingbevoegdheid bij de vervreemdende vrouw; toevoeging van mij, AJMN) hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt’ in de zin van art. 3:58 lid 1.

gerechtigd en daarover dus alleen kon beschikken jegens de wederpartij, en dat de vernietiging van de huwelijkse voorwaarden pas aan de wederpartij zou kunnen worden tegengeworpen, nadat ook deze vernietiging zou zijn ingeschreven in het openbaar huwelijksgoederenregister (als deze inschrijving van de rechterlijke vernietigingsuitspraak in het huwelijksgoederenregister na 9 september 2005 al mogelijk is, gelet op art. 1 Besluit Huwelijksgoederenregister 1969⁴ en gelet op het feit dat het huwelijk inmiddels acht jaren geleden door echtscheiding is ontbonden!).

Ten slotte wijs ik er nog op dat problemen ook kunnen zijn ontstaan, als de man of de vrouw vóór of tijdens het huwelijk verkregen goederen tussen de echtscheiding in 1997 en de verdeling in 2005 (of een latere verdeling) heeft vervreemd, omdat er dan sprake is geweest van een ontbonden, maar nog niet verdeelde huwelijksgemeenschap, zodat de man en de vrouw slechts tezamen beschikkingsbevoegd blijken te zijn geweest (art. 3:189 lid 2 jo. art. 3:170 lid 3). De wederpartij van de man of de vrouw zal bij de verkrijging van roerende zaken die geen registergoederen zijn, niet kunnen worden beschermd door artikel 1:92 lid 1, omdat deze bepaling alleen geldt voor de verkrijging van laatstgenoemde zaken door de wederpartij van een echtgenoot die niet van tafel en bed is gescheiden (art. 1:92a), en niet voor de verkrijging van deze zaken door de wederpartij van een ex-echtgenoot. Titel 1.6 BW, waarvan artikel 1:92 deel uitmaakt, geldt namelijk blijkens zijn opschrift – ‘rechten en verplichtingen van echtgenoten’ – na echtscheiding niet meer. Artikel 3:86 lid 1 kan in dit geval echter wél worden toegepast, waarbij de goede trouw niet langer met behulp van het criterium van artikel 1:92 lid 1, maar met behulp van het criterium van artikel 3:11 moet worden ingekleurd. Bij de verkrijging van registergoederen door de wederpartij zal ook hier geen sprake kunnen zijn van toepasselijkheid van artikel 3:88 bij gebreke van een titel- of leveringsgebrek. De onbevoegdheid van de vervreemdende ex-echtgenoot vloeit immers voort uit de wet, te weten artikel 3:170 lid 3.

4 ‘Belehrungspflicht’ van de notaris

De notaris heeft in de onderhavige zaak zijn ambtsplicht ernstig veronachtzaamd door de vrouw niet vooraf een conceptakte van de huwelijkse voorwaarden te doen toekomen en haar ook niet, voordat de akte werd gepasseerd, te informeren omtrent met name de rechtsgevolgen van de huwelijkse voorwaarden in de onderlinge verhouding tussen de man en de vrouw. De notaris had beter moeten weten, ook in 1986, toen het arrest inzake de Groningse huwelijkse voorwaarden nog niet was geweest.⁵ In dat arrest overwoog de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.3): ‘Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico’s. (...) De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.’ In dit verband spreekt men wel van een ‘Belehrungspflicht’ van de notaris, in welke term volgens Waaijer⁶ een verwijzing naar het bekende leerstuk uit het Duitse recht kan worden gelezen. De wetgever heeft het arrest van 1989 gecodificeerd in

⁴ KB van 26 november 1969, *Stb.* 1969, 525, in werking getreden op 1 januari 1970, laatstelijk gewijzigd bij KB van 23 april 2001, *Stb.* 2001, 197. Art. 1 lid 1, aanhef en onder b en d, Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 maakt weliswaar inschrijving van rechterlijke uitspraken in het huwelijksgoederenregister mogelijk, maar beperkt deze tot rechterlijke uitspraken op grond van de art. 1:86, 91, 112 en 173.

⁵ HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766, m.nt. EAAL (Groningse huwelijkse voorwaarden).

⁶ J.C.H. Melis, *De Notariswet*, bewerkt door B.C.M. Waaijer, Deventer: Kluwer 2003, 7^e geheel herziene druk, p. 19; zie ook p. 109-110.

artikel 43 lid 1 Wet op het notarisambt,⁷ waarvan de eerste drie volzinnen bepalen: ‘De partijen bij de akte en de bij het verlijden van de akte eventueel verschijnende andere personen krijgen tijdig tevoren de gelegenheid om van de inhoud van de akte kennis te nemen. Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien.’. Deze wettekst laat aan duidelijkheid niets te wensen over en geeft naar mijn stellige overtuiging ook het in 1986 geldende recht weer, ook al was toen nog de oude Wet op het notarisambt van kracht. Overigens denk ik dat, als de litigieuze huwelijkse voorwaarden niet zouden zijn vernietigd, de vrouw met een grote kans van slagen de notaris had kunnen aanspreken tot schadevergoeding op grond van diens wanprestatie. Bij de notaris is immers sprake van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenis uit de overeenkomst van opdracht met de vrouw (art. 7:400 jis. art. 6:74 e.v.).

5 ‘*Actori incumbit probatio*’

Wie stelt, moet bewijzen. Dat is, enigszins kort door de bocht, de essentie van de hoofdregel van artikel 150 Rv, dat tot de algemene bepalingen van bewijsrecht behoort. ‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten’, aldus de aanhef van laatstgenoemd artikel. De vrouw beroept zich hier op dwaling en dus zal zij *in beginsel* bij betwisting door de wederpartij, in casu de man, worden belast met het bewijs van feiten die dwaling opleveren.⁸ Dit is echter anders als uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (art. 150, slot, Rv). Dat laatste heeft zich hier blijkbaar voorgedaan: de vrouw moest niet volgens de hoofdregel stellen en bewijzen dat zij de strekking en de gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden niet kende, maar de man had bij wijze van uitzondering dienen te bewijzen dat de vrouw de strekking en de gevolgen van de akte kon overzien. Het hof had dit een ‘redelijke bewijslastverdeling’ genoemd en aldus het slot van artikel 150 Rv toegepast. Terecht laat de Hoge Raad deze beslissing in rechtsoverweging 4.3.2 in stand.

⁷ Wet van 3 april 1999, *Stb.* 1999, 190, in werking getreden op 1 oktober 1999, houdende wettelijke regeling van het notarisambt.

⁸ Aldus ook HR 8 oktober 1999, *NJ* 1999, 781, ook genoemd in de conclusie van P-G Hartkamp onder punt 11, alsmede P.A. Stein, *Compendium van het nieuwe burgerlijk procesrecht*, verzorgd door A.S. Rueb, Deventer: Kluwer 2002, 13^e druk, p. 112-115, in het bijzonder p. 113 bovenaan.

