

University of Groningen

Case note: Familierecht. Uitleg kwijtingsbeding echtscheidingsconvenant

Verstappen, L.C.A.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstappen, L. C. A., (2012). *Case note: Familierecht. Uitleg kwijtingsbeding echtscheidingsconvenant: NJ 2012/302*, mrt 30, 2010. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2012, Nr. 21/22).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

NJ 2012/302: Familierecht. Uitleg kwijtingsbeding echtscheidingsconvenant.

Instantie:	Hof Amsterdam	Datum:	30 maart 2010
Magistraten:	Mrs. G.J. Driessen-Poortvliet, J.C.W. Rang, C.G. Kleene-Eijk	Zaaknr:	106.006.812
Conclusie:	-		
Noot:	L.C.A. Verstappen	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	Uitspraak, Hof Amsterdam, 30-03-2010		
Wetingang: BW art. 1:135 lid 2, 3:196			
Brondocument: Hof Amsterdam, 30-03-2010, nr. 106.006.812			

Essentie

Familierecht. Uitleg kwijtingsbeding echtscheidingsconvenant.

Vrouw heeft ter gelegenheid van opmaken echtscheidingsconvenant haar rechten op verrekening ingevolge akte van huwelijkse voorwaarden prijsgegeven.

Samenvatting

De vrouw en de man zijn in 1987 op huwelijkse voorwaarden met elkaar gehuwd, waarbij een verrekenbeding is opgenomen. In 2002 is tussen hen de echtscheiding uitgesproken en ingeschreven. Ter gelegenheid van de echtscheiding hebben partijen een convenant gesloten, waarin is bepaald dat partijen ter zake van de verdeling niet meer van elkaar te vorderen te hebben en elkaar over en weer finale kwijting te verlenen. De vrouw vordert in rechte de man te veroordelen zijn medewerking te verlenen aan uitvoering van het verrekenbeding. De man beroept zich in zijn verweer op de in het convenant opgenomen kwijtingsclausule. De rechtbank heeft de vordering van de vrouw afgewezen. In hoger beroep vordert de vrouw voor recht te verklaren primair dat met het convenant nog geen uitvoering is gegeven aan het verrekenbeding, en subsidiair, dat het hof de overeenkomst wegens dwaling, bedrog dan wel misbruik van omstandigheden zal vernietigen dan wel nietig verklaren. Bij tussenarrest van 16 september 2008 oordeelt het hof onder meer dat de kwijting in het convenant mede betrekking heeft op de afwikkeling van hetgeen partijen op grond van het verrekenbeding in de

huwelijkse voorwaarden van elkaar te vorderen hadden (rov. 4.6) en heeft het hof het beroep op misbruik van omstandigheden afgewezen (rov. 4.8). Bij tussenarrest van 23 juni 2009 wijst het hof de vordering af, omdat de vrouw niet heeft voldaan aan haar stelplicht, inhoudende dat de door haar in de bodemprocedure genoemde vermogensbestanddelen zijn verkregen uit inkomen uit arbeid dat in aanmerking komt voor verrekening (rov. 2.2).

Bij eindarrest van 30 maart 2010 overweegt het hof dat het in zijn tussenarrest van 16 september 2008 heeft miskend dat, gezien HR 1 september 2006 (LJN AT4544; NJ 2008/166) art. 1:135 lid 2 BW niet van toepassing is op dit geval, zodat het hof niet meer toekomt aan een verdere beoordeling van de vraag, of de vrouw bij de ondertekening van het convenant voor meer dan een vierde is benadeeld (rov. 2.1-2.1). Voorts oordeelt het hof daarbij dat het beroep op dwaling geen doel treft, nu de vrouw daartoe onvoldoende heeft gesteld (rov. 2.3).

Volgt bekrachtiging vonnis waarvan beroep.

[Opm. red.: cassatieberoep m.t.v. art. 81 RO verworpen: HR 16 december 2011, 10/03332, LJN BU3780, RvdW 2012/8; conclusie A-G strekte tot verwerping.]

Partij(en)

de vrouw, appellante, adv.: mr. J. Bouter te Amsterdam,
tegen

de man, geïntimeerde, adv.: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Uitspraak

Hof (tussenarrest 16 september 2008):

Het geding in hoger beroep

- 1.1. De vrouw is bij exploit van 10 april 2007 in hoger beroep gekomen van een vonnis dat door de rechtbank te Alkmaar onder zaak/rolnummer 75279/HA ZA 04-830 tussen partijen, de man als eiser in conventie tevens gedaagde in reconventie en de vrouw als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie, is gewezen en dat is uitgesproken op 10 januari 2007, met dagvaarding van de man voor dit hof.
- 1.2. De vrouw heeft bij memorie tien grieven tegen het vonnis waarvan beroep aangevoerd, met conclusie dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en opnieuw rechtdoende:
 - I. voor recht zal verklaren dat partijen met het tekenen van het convenant d.d. 7 februari 2002 geen uitvoering hebben gegeven aan het in de akte huwelijksvoorwaarden opgenomen verrekenbeding conform artikel 1:132 e.v. BW en subsidiair, voor zover het hof zal oordelen dat partijen hieraan wel uitvoering hebben gegeven, deze overeenkomst wegens dwaling zijdens de vrouw c.q. bedrog door de man c.q. misbruik van omstandigheden zal vernietigen c.q. nietig zal verklaren;

- II. voor recht zal verklaren dat alle vermogensbestanddelen van partijen gezamenlijk dan wel een van hen die zij ten tijde van de indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding (20 februari 2002) in hun bezit hadden, door partijen conform de tussen hen overeengekomen akte huwelijksvoorwaarden verrekend c.q. verdeeld hadden moeten worden;
- III. de omvang van alle te verrekenen en te verdelen vermogensbestanddelen van partijen per datum indiening verzoekschrift echtscheiding zal vaststellen waarbij de man bij weigering tot overlegging van de hiervoor noodzakelijke (financiële) bescheiden, veroordeeld zal worden tot afgifte van alle noodzakelijke gegevens te rekenen vanaf 5 jaar voorafgaand aan de echtscheiding waaronder (economische) eigendomsbewijzen, alle bankafschriften en overzichten, eventuele leenovereenkomst, aan/verkoop en leveringsbewijzen van opties en aandelen, jaarverslagen van zijn bedrijven, belastingaangiften en definitieve aanslagen, etc. etc. in de ruimste zin van het woord;
- IV. de man zal veroordelen aan de vrouw binnen 14 dagen na het ten deze te wijzen arrest een bedrag zal betalen gelijk aan hetgeen de man in het kader van de verrekening en verdeling aan de vrouw verschuldigd zal zijn, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 21 maart 2002 zijnde de datum van de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking dan wel vanaf een datum die het hof in goede justitie als rechtens juist zal voorkomen tot aan de dag van de algehele voldoening;
- V. zonodig een deskundige zal aanwijzen voor het verrichten van een financieel onderzoek van het positieve c.q. negatieve vermogen van de man door een door het hof aan te wijzen accountant en makelaar alsmede dat de kosten hiervan volledig voor rekening komen van de man;
- VI. voor het geval op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid bepaald zal worden dat de vrouw ter verrekening van het zakelijk vermogen van de man niet meer krijgt dan de man met behulp van het ondernemingsvermogen zal kunnen financieren, de man zal veroordelen om:
 - a. binnen 14 dagen na betekening van het in deze te geven arrest ten behoeve van de vrouw het recht op eerste pand te verlenen op alle ondernemingen van de man en het aldus gevestigde pandrecht op rechtsgeldige wijze op te nemen in het handelsregister, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000 voor iedere dag dat de man in gebreke blijft om aan deze veroordeling te voldoen;
 - b. steeds binnen 1 week na het totstandkomen van een overeenkomst die direct of indien, strekt tot wijziging van de onderneming(en) in andere onderneming(en) danwei in een rechtspersoonlijkheid de vrouw hiervan bij aangetekende brief of deurwaardersexploot in kennis zal stellen onder gelijktijdige overlegging van een door een notaris voor met het origineel overeenstemmende gewaarmerkte fotokopie van de overeenkomst(en) en alle daartoe behorende stukken, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000 voor iedere dag die de man in gebreke blijft om aan deze veroordeling te voldoen;
 - c. terstond na de levering van de onderneming (en) c.q. de daarvoor in de plaatstredende onderneming(en) c.q. rechtspersoon of personen aan een derde, aan de vrouw zal voldoen een bedrag gelijk aan de helft van de overwinst, met de

wettelijke rente hierover vanaf de datum van levering van de ondernemingen tot aan de dag van de algehele voldoening;

- d. steeds indien en voor zover de man, dan wel een door hem gecontroleerde rechtspersoon, overgaat tot liquidatie van het gehele dan wel enig onderdeel van de onderneming(en), aan de vrouw zal voldoen een bedrag gelijk aan de helft van de intrinsieke waarde van het aldus geliquideerde (onderdeel) van de onderneming(en), met de wettelijke rente over het door de man uit dien hoofde te betalen bedrag vanaf 14 dagen na de liquidatie tot de dag der algehele voldoening;

VII. de man zal veroordelen in de kosten van het geding.

- 1.3. De man heeft daarop bij memorie van antwoord de grieven bestreden, enige producties in het geding gebracht en een bewijsaanbod gedaan, met conclusie dat het hof de vrouw niet-ontvankelijk zal verklaren in haar vorderingen, althans haar deze zal ontzeggen als zijnde rechtens ongegrond en/of niet bewezen, het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, althans de door de vrouw aangevochten overwegingen in het vonnis van de rechtbank waarvan beroep, met veroordeling van de vrouw in de kosten van beide instanties.
- 1.4. De vrouw heeft zich vervolgens bij akte uitgelaten over de producties van de man.
- 1.5. De vrouw heeft op de rol van 28 februari 2008 stukken gefourneerd voor pleidooi, waarna op de rol van 10 april 2008 als datum en tijdstip voor pleidooi 26 juni 2008, 09.30 is bepaald. De vrouw is ter gelegenheid van het pleidooi niet verschenen, noch haar procureur. De procureur van de vrouw heeft, nadat de griffier telefonisch contact had gezocht, doen weten dat ze geen oproep had gekregen, maar geen aanhouding gevraagd. Nadat het hof had vastgesteld dat de datum voor pleidooi ter rolle is meegedeeld, heeft de man de zaak, onder overlegging van pleitnotities, doen bepleiten door mr. F.H. Eijmaal te Maastricht. Vervolgens is een datum voor arrest bepaald.
- 1.6. De procureur van de vrouw heeft zich in de middag van 26 juni 2008 schriftelijk tot het hof gericht met een verzoek haar alsnog de gelegenheid te geven om te pleiten dan wel een schriftelijke conclusie te nemen. Het hof heeft de vrouw op 10 juli 2008 meegedeeld dat zij in de gelegenheid werd gesteld ter rolle — uiterst peremptoir — een korte nadere conclusie te nemen, welke conclusie zij uiterlijk 7 augustus 2008 aan de wederpartij diende te zenden, zodat deze op 14 augustus 2008 daarop kort kon reageren.
- 1.7. Bij faxbericht van 4 augustus 2008 heeft de advocaat van de man het hof verzocht de nadere conclusie van de vrouw gelet op de omvang daarvan buiten beschouwing te laten dan wel een langere termijn te gunnen om daarop te reageren.
- 1.8. Het hof heeft partijen vervolgens laten weten dat de procureur van de vrouw gelegenheid werd gegeven voor het nemen van een korte nadere conclusie van maximaal zes pagina's ter rolle van 14 augustus 2008, uiterst peremptoir, welke conclusie uiterlijk 7 augustus 2008 aan de wederpartij gezonden diende te worden zodat deze eveneens op 14 augustus 2008 kon reageren.
- 1.9. De procureur van de vrouw heeft vervolgens aan de griffier van het hof aangekondigd ter rolle van 14 augustus 2008 een conclusie willen nemen bestaande uit zes pagina's, die met weglating van het voor- en achterblad, inhoudelijk identiek zou zijn aan de eerder aan de wederpartij toegezonden conclusie. Slechts het lettertype en de regelafstand waren gewijzigd. De wederpartij had daartegen bezwaar. Deze conclusie is ter rolle van 14

augustus 2008 door de rolrechter geweigerd.

1.10. vervolgens is de zaak door het hof wederom op de rol geplaatst voor arrest.

2. De grieven

voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de memorie van grieven.

3. Waarvan het hof uitgaat

De rechtbank heeft in het in deze zaak gewezen tussenvonnis van 9 november 2005 in rechtsoverweging nummer 2.1 tot en met 2.5 een aantal feiten vastgesteld. De juistheid van die feiten is niet in geding, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4. Behandeling van het hoger beroep

4.1. De vrouw heeft blijkens de dagvaarding in hoger beroep slechts appel ingesteld tegen het eindvonnis van 10 januari 2007. In de memorie van grieven heeft zij echter ook grieven gericht tegen het in deze zaak gewezen tussenvonnis van 9 november 2005. De man voert aan dat het hof de grieven tegen laatstgenoemd vonnis buiten beschouwing dient te laten en dat hetgeen in dit vonnis is bepaald als vaststaand dient te worden beschouwd.

4.2. Volgens vaste rechtspraak heeft een appellant die enkel vernietiging vraagt van een eindvonnis in het algemeen de vrijheid om bij nadere omlijning van zijn hoger beroep in zijn memorie van grieven ook grieven te richten tegen beslissingen in tussenvonnissen indien deze nog niet in een eerder appel zijn bestreden en voor zover zij niet tevens eindvonnis zijn. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake, zodat het hof dit verweer van de man passeert.

4.3. Partijen in deze zaak zijn op 4 september 1987 gehuwd op huwelijkse voorwaarden, welke voorwaarden in artikel 1 een gemeenschap van inboedel en in artikel 9 een verrekenbeding van arbeidsinkomsten inhouden. Tijdens het huwelijk hebben partijen geen uitvoering gegeven aan dit beding. Het huwelijk van partijen is op 15 mei 2002 ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 21 maart 2002 in de registers van de burgerlijke stand. Op 7 februari 2002 hebben partijen een echtscheidingsconvenant ondertekend. De gang van zaken daarbij is als volgt geweest.

De man heeft zich begin januari 2002 telefonisch gewend tot de heer betrokkene 1, wonende te a-plaats en van beroep echtscheidingsbemiddelaar. Blijkens de door genoemde betrokkene 1 in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaring heeft de man toen een uur met hem gesproken over de problemen in de relatie. De man is geadviseerd het nog een tijdje aan te kijken. Eind van die maand heeft de man opnieuw contact met betrokkene 1 opgenomen omdat hij de echtscheiding wilde doorzetten. De man vroeg betrokkene 1 hem daarin bij te staan. Er is toen telefonisch gesproken over de mogelijkheid dat betrokkene 1 ook voor de vrouw kon optreden maar dat daarvoor de instemming van de vrouw nodig was. Uiteindelijk is een afspraak gemaakt voor 7 februari 2002. In de ochtend heeft betrokkene 1 kort gesproken met de man en zijn belastingadviseur de heer betrokkene 2 te b-plaats. Die bespreking had blijkens de door betrokkene 2 in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaring tot doel de financiële situatie en de jaarrekening over 2001 in kaart te brengen, waarbij alle vermogensbestanddelen zijn besproken. Daartoe behoorden volgens betrokkene 2 de woning (hof: bedoeld wordt de echtelijke woning) en het spaarvermogen. De waardering van

de woning is volgens betrokkene 2 toen niet aan de orde gekomen. In de middag heeft betrokkene 1 gedurende de gehele middag gesproken met de man en de vrouw in aanwezigheid van een vriendin van de vrouw, mevrouw betrokkene 3 te c-plaats. Gesproken is over de kinderen, de alimentatie en het bedrag dat de vrouw van de man wilde ontvangen voor elke maand dat het huwelijk had geduurd.

Zowel betrokkene 1 in zijn getuigenverklaring als de man tijdens het pleidooi verklaren dat de waarde van alle verschillende afzonderlijke vermogensbestanddelen tijdens de bespreking met betrokkene 1 niet aan de orde is geweest. Zij verklaren dat de vrouw het bedrag dat zij wilde ontvangen al lang in haar hoofd had. Betrokkene 1 verklaart dat zij aan het begin van het gesprek duidelijk maakte dat zij zich tevoren had laten informeren en dat zij zich baseerde op het uitgangspunt dat zij f 1000 per dag wilde voor iedere maand dat partijen getrouwd waren geweest. Uiteindelijk zijn partijen overeen gekomen dat de man de vrouw een bedrag van € 44.305 in gedeelten zou betalen.

Een eerste deel van € 13.615 op of omstreeks het moment dat de vrouw de beschikking zou krijgen over zelfstandige woonruimte, terwijl het restant van € 30.690,- door de man in zes gelijke jaarlijkse termijnen van € 5115 zou worden voldaan. De man heeft het volledige bedrag inmiddels aan de vrouw betaald. Na de bespreking in de middag heeft betrokkene 1 het convenant opgesteld. Omstreeks 21.00 uur diezelfde avond hebben partijen in aanwezigheid van betrokkene 1 en mevrouw betrokkene 3 het convenant ondertekend.

4.4. Het convenant luidt voor zover thans van belang als volgt:

“De boedelverdeling

Artikel 5. Omvang van de huwelijksgemeenschap en peildatum

Als peildatum voor de omvang van de gemeenschap van partijen geldt 1 februari 2002; als peildatum voor de waardering van de goederen van de gemeenschap geldt 1 februari 2002. (...)

Artikel 6. Verdeling

Aan de vrouw worden toegedeeld de in huwelijkse voorwaarden bedoelde stoffering en meubilering en alle aan de gemeenschappelijke huishouding dienstbare goederen. Aan de man worden toegedeeld alle overige stoffering, meubilering en aan de gemeenschappelijke huishouding dienstbare goederen.

Ten titel van overbedeling zal de man met inachtneming van artikel 5 van dit convenant aan de vrouw voldoen een totaal bedrag van € 44.305, (...)

Vrijwaring en finale kwijting

Artikel 9. Vrijwaring en finale kwijting

Partijen vrijwaren elkaar over en weer, indien de ene partij wordt aangesproken tot voldoening van een schuld, welke ingevolge deze overeenkomst ten laste van de andere partij komt. Partijen verklaren terzake van de verdeling na uitvoering van bovenstaande niets meer van elkaar te vorderen te hebben en verlenen elkaar over en weer te dier zake finale kwijting.”

4.5. De vrouw betoogt primair dat met het convenant geen uitvoering is gegeven aan het

verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden omdat — naar het hof begrijpt — het convenant slechts spreekt over ‘boedelverdeling’ en niet over verrekening op grond van de huwelijkse voorwaarden.

- 4.6.** Het hof volgt de vrouw niet in dit standpunt. De man en Betrokkene 1 hebben als getuige verklaard dat tijdens de bespreking op 7 februari 2002 over het verrekenbeding is gesproken respectievelijk dat hij (Betrokkene 1) partijen heeft voorgehouden dat partijen jaarlijks hadden moeten verrekenen, maar dat dit niet is gebeurd, terwijl mevrouw betrokkene 3 heeft verklaard dat zij tot dat moment dacht dat partijen in gemeenschap van goederen waren getrouwd en dat betrokkene 1 uitlegde dat dat niet het geval was. Voorts erkent de vrouw in de memorie van grieven (III. 9) dat zij bij de notaris de huwelijkse voorwaarden heeft opgevraagd toen zij tijdelijk was opgenomen. Of de vrouw voorafgaande aan de bespreking met betrokkene 1 daarvan kennis heeft genomen, doet in dit verband niet ter zake. De vrouw wist dat er huwelijkse voorwaarden waren en dat er geen sprake was van een algehele gemeenschap van goederen en met die wetenschap is zij de bespreking met betrokkene 1 ingegaan. Krachtens artikel 6 van het convenant zijn aan de vrouw toebedeeld de in de huwelijkse voorwaarden bedoelde stoffering en meubilering en alle aan de gemeenschappelijke huishouding dienstbare goederen. Aan de man zijn toebedeeld alle overige stoffering, meubilering en aan de gemeenschappelijke huishouding dienstbare goederen. De vrouw heeft in hoger beroep op geen enkele wijze onderbouwd dat de goederen die de man krachtens artikel 6 van het convenant toebedeeld heeft gekregen in verhouding tot hetgeen aan haar werd toebedeeld, zodanige waarde hadden, dat alleen al de toedeling van deze zaken aan de man een overbedeling van € 44.305 rechtvaardigt, zonder dat het verrekenbeding daarbij in aanmerking wordt genomen. Uit de getuigenverklaringen van de man, betrokkene 1 en mevrouw betrokkene 3 blijkt dat partijen gesproken hebben over een alles omvattende regeling en dat niet alleen is gesproken over hetgeen partijen op grond van de huwelijkse voorwaarden gemeenschappelijk hadden. De vrouw vroeg blijkens genoemde getuigenverklaringen een bedrag van € 1000,- voor iedere maand dat zij met de man getrouwd was geweest. De bedoeling die partijen hebben gehad met de kwijting die zij elkaar over en weer in artikel 9 van het convenant hebben verleend, heeft dan ook naar het hof aanneemt mede betrekking op de afwikkeling van hetgeen partijen op grond van het in de huwelijkse voorwaarden vervatte verrekenbeding van elkaar te vorderen hadden.
- 4.7.** De vrouw verwijt de man misbruik van omstandigheden te hebben gemaakt bij de ondertekening van het convenant. Zij voert daartoe aan dat zij in de periode voorafgaand aan de bespreking van 7 februari 2002 in een overspannen toestand heeft verkeerd, dat zij enige tijd opgenomen is geweest en daardoor niet in staat geacht kon worden haar belangen bij het aangaan van rechtshandelingen te behartigen. Door de in labiele toestand verkerende vrouw na een bespreking van vier uur nog diezelfde avond een convenant te laten tekenen zonder haar in de gelegenheid te stellen nader juridisch advies in te winnen, heeft de man misbruik van omstandigheden gemaakt en is het convenant vernietigbaar, aldus de vrouw.
- 4.8.** Van misbruik van omstandigheden is sprake wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert,

ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden. De vrouw heeft ten bewijze van haar stelling een email bericht overgelegd van 3 oktober 2006, gericht aan de procureur van de vrouw en afkomstig van M. Raimond, psycholoog die schrijft:

“Mevrouw de vrouw was in de periode november 2001 tot februari/maart 2002 overspannen. Ze is naar aanleiding daarvan in die periode opgenomen geweest in een herstellingsoord. Iemand die overspannen is kan het contact met de buitenwereld niet goed aan. De buitenwereld is dan bedreigend en daarom worden contacten uit de weg gegaan. Ook het concentratievermogen is dan slecht. Het moge duidelijk zijn dat iemand in overspannen toestand niet in staat kan worden geacht de eigen belangen goed te behartigen of de gevolgen te overzien bij het aangaan van (rechts)handelingen en dat zo iemand zeker niet in staat is te vechten voor de eigen belangen.”

Deze verklaring, die in algemene bewoordingen is gesteld, is onvoldoende voor het bewijs dat de man tijdens de bespreking met betrokkene 1 heeft moeten begrijpen dat de vrouw door bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 3:44 lid 4 Burgerlijk Wetboek (BW) tot het maken van de afspraken en het ondertekenen van het convenant werd bewogen en gesprekken voerde met een psycholoog/psychiater. Het enkele feit dat de vrouw niet lang tevoren enige tijd in een klooster heeft verbleven, betekent nog niet dat de man daarop bedacht had moeten zijn, zeker niet nu de vrouw zelf als getuige heeft verklaard: “ik was niet ziek, ik wilde alleen rust”. Gesteld noch gebleken is dat de vrouw tegen haar wil de bespreking met betrokkene 1 heeft gevoerd. Uit de verklaring van mevrouw betrokkene 3 blijkt dat niet alleen de vrouw maar ook de man tijdens de bespreking bij tijd en wijle emotioneel was, hetgeen gelet op het feit dat een echtscheiding en onderhandelingen over de gevolgen daarvan in het algemeen voor partners een emotionele aangelegenheid is, onvoldoende is om misbruik van omstandigheden bij de man aan te nemen. De vrouw heeft daartoe onvoldoende gesteld. Voorts acht het hof van belang voor verwerping van hetgeen de vrouw hieromtrent aanvoert dat ook mevrouw betrokkene 3, die ter ondersteuning van de vrouw was meegekomen, blijkens haar verklaring geen aanleiding heeft gevonden te veronderstellen dat de vrouw niet tot afhandeling van een en ander in staat was.

4.9. De vrouw beroept zich voorts op benadeling van meer dan een vierde, conform het bepaalde in artikel 1:135 lid 2 juncto 3:196 BW. Zij noemt een aantal vermogensbestanddelen die niet in de verrekening zijn betrokken, te weten:

- de economische eigendom van de voormalig echtelijke woning te c-plaats aan de a-straat 1;
- de economische eigendom van het kassenbedrijf ‘A’ inclusief grond en toebehoren, inclusief niet uitbetaalde winsten;
- het schadeherstelbedrijf ‘Eurocaravans’;
- de effectenrekeningen ten name van de man met nr. 001 Bank en de daarbij behorende abonnementen;
- de saldi van de bankrekeningen: 002, 003, 004 en 005;
- de lijfrentepolissen zoals benoemd in de brief van de Bank d.d. 11 oktober 2004, inclusief de AXA-polis;
- de inhoud van de bankkluis;
- eventuele overige bestanddelen.

De vrouw stelt dat aannemelijk is dat de schuld van de man aan zijn ouders met betrekking tot de overdracht van de economische eigendom van de voormalig echtelijke woning en de bedrijfspanden volledig is afgelost en dat deze vermogensbestanddelen niet belast zijn met enige hypotheek.

Voorts stelt zij dat de man nog geen jaar na de echtscheiding heeft erkend dat de woning tenminste € 750.000 bedraagt, zodat de conclusie geen andere kan zijn dan dat de vrouw met de toedeling van een bedrag van € 44.305 voor meer dan een vierde is benadeeld. Op grond daarvan dient de vordering van de vrouw tot vernietiging te worden gehonoreerd, aldus de vrouw. De man heeft een en ander gemotiveerd weersproken.

- 4.10.** Het hof oordeelt als volgt. Krachtens het bepaalde in artikel 3:196 BW lid 1 is een verdeling vernietigbaar wanneer een deelgenoot omtrent de waarde van een of meer der te verdelen goederen en schulden heeft gedwaald en daardoor voor meer dan een vierde gedeelte is benadeeld. Lid 2 van artikel 3:196 BW bepaalt dat, wanneer een benadeling voor meer dan een vierde is bewezen, de benadeelde wordt vermoed omtrent de waarde van een of meer der te verdelen goederen en schulden te hebben gedwaald. Om te beoordelen of benadeling heeft plaatsgehad, worden de goederen en schulden der gemeenschap geschat naar hun waarde op het tijdstip van de verdeling. Tot slot is in lid 4 bepaald dat een verdeling niet op grond van dwaling omtrent de waarde van een of meer der te verdelen goederen en schulden vernietigbaar is, indien de benadeelde de toedeling te zijnen bate of schade heeft aanvaard. Ingevolge het bepaalde in artikel 1:135 lid 2 BW is geciteerd artikel van overeenkomstige toepassing op de verrekening waarvan in casu sprake is. Voor de beoordeling van de vraag of benadeling als bedoeld in artikel 3:196 BW heeft plaatsgevonden, is het in artikel 1:142 lid 1 sub b BW genoemde tijdstip bepalend. Het tweede lid van dit artikel bepaalt echter dat van dit tijdstip bij op schrift gestelde overeenkomst kan worden afgeweken. In casu zijn partijen als peildatum zowel voor de omvang als voor de bepaling van de waarde van het te verrekenen vermogen 1 februari 2002 overeengekomen. Van deze datum dient dan ook te worden uitgegaan.
- 4.11.** In het algemeen geldt dat van dwaling omtrent de waarde van een of meer van de te verdelen of verrekenen vermogensbestanddelen in de zin van artikel 3:196 BW sprake is, ingeval een deelgenoot of een tot verrekening gerechtigde weliswaar weet of behoort te weten dat hij voor meer dan een vierde is benadeeld, maar niet weet noch hoeft te weten wat de te verdelen vermogensbestanddelen waard zijn of in welke orde van grootte deze waarde ligt (HR 7 april 1995, *NJ* 1996/499). In de onderhavige zaak hebben partijen in het op 7 februari 2002 ondertekende convenant weliswaar verklaard terzake van de verdeling na uitvoering van het convenant niets meer van elkaar te vorderen te hebben, doch volgens vaste rechtspraak voorkomt deze clausule vernietiging wegens benadeling voor meer dan een kwart niet, indien men de omvang van de benadeling niet kende. Gelet op de in eerste aanleg afgelegde getuigenverklaringen staat vast dat betrokkene 1 niet met partijen, heeft besproken welke concrete vermogensbestanddelen in de verrekening dienden te worden betrokken en welke waarde partijen aan die vermogensbestanddelen hebben toegekend. Er is in het algemeen gesproken over een bedrag dat de vrouw wilde ontvangen. Betrokkene 1 heeft als getuige verklaard dat de waarde van de vermogensbestanddelen niet aan de orde is geweest. De man heeft dat bevestigd. In casu is derhalve sprake van een zogenaamde blinde verrekening, de te verrekenen vermogensbestanddelen zijn niet

gewaardeerd, terwijl evenmin voldoende bepaald is welke vermogensbestanddelen zijn verrekend omdat het convenant slechts in algemene termen is gesteld.

4.12. Het voorgaande betekent echter niet dat daarmee nu vaststaat dat sprake is van benadeling voor meer dan een vierde gelet op het navolgende. In de tussen partijen geldende huwelijkse voorwaarden is bepaald dat de echtgenoten verplicht zijn over elk kalenderjaar hetgeen van hun netto inkomen uit arbeid overblijft na aftrek van hetgeen daarvan is besteed voor de gemeenschappelijke huishouding, onderling te verrekenen. De verplichting tot verrekening heeft geen betrekking op vermogen dat krachtens erfopvolging, making of gift wordt verkregen, noch op vermogensbestanddelen die niet uit het inkomen uit arbeid zijn verkregen. De vrouw noemt een aantal vermogensbestanddelen met de daarbij behorende waarde, welke waardes door de man worden betwist. De man voert aan dat de echtelijke woning bij de verrekening geen rol heeft gespeeld omdat hij deze van zijn ouders in economische eigendom heeft overgenomen, waarna de schuld aan hem die hij aldus verkreeg, door jaarlijkse schenkingen is verminderd. De vrouw onderbouwt niet nader waarom zij thans de stelling inneemt dat zij in de waarde van de woning zou moeten delen. Voorts heeft de vrouw in eerste aanleg bij de conclusie van antwoord tevens eis in reconventie een aantal bankafschriften overgelegd van diverse zogenaamde en/of rekeningen die dateren van juni en september 2001, terwijl de tussen partijen overeengekomen peildatum 1 februari 2002 is, zodat deze afschriften voor de beoordeling van de waarde van het te verrekenen vermogen onbruikbaar zijn. Dat er tijdens het huwelijk een aantal polissen van levens- c.q. lijfrente-verzekeringen zijn afgesloten, staat, mede gelet op de door de man afgelegde getuigenverklaring in eerste aanleg, vast. Of deze polissen zijn betaald uit overgespaarde inkomsten uit arbeid en wat de waarde van de diverse polissen is op de peildatum, is vooralsnog onduidelijk.

Voorts staat tussen partijen vast dat de vrouw een bedrag aan contanten uit de kluis van partijen heeft meegenomen bij haar vertrek uit de echtelijke woning. De invloed daarvan op de verrekening is voor het hof onduidelijk.

4.13. Op de vrouw rust niet alleen de stelplicht, maar ook de bewijslast van de benadeling van meer dan een vierde. Het kan immers niet zo zijn dat de vrouw door het louter opwerpen van vragen achteraf, nadat zij reeds met een verrekening akkoord is gegaan, de man kan noodzaken verantwoording af te leggen, zonder dat zij de benadeling van haar zijde eerst voldoende onderbouwt. De vrouw zal in de gelegenheid worden gesteld bij akte een opstelling, voorzien van bewijsstukken, in het geding te brengen, waaruit de omvang en waarde van de te verrekenen vermogensbestanddelen blijkt op 1 februari 2002. Te denken valt daarbij aan het in het geding brengen van taxatierapporten, bankafschriften en waardes van de diverse polissen en voorts bewijs voor haar stelling dat overgespaard inkomen is benut voor de echtelijke woning en de bedrijfspanden. Voor wat betreft de polissen geldt overigens dat het er niet toe doet op wiens naam de betreffende polis is gesteld of afgesloten. Bepalend is of de betreffende polis is betaald uit overgespaarde inkomsten uit arbeid. Voor wat betreft de polissen die op naam van de man zijn afgesloten zal de man aan de vrouw toestemming moeten geven om de benodigde informatie bij de diverse verzekeringsmaatschappijen op te vragen.

Nadat de vrouw een akte heeft genomen zal de man in de gelegenheid zijn een antwoordakte te nemen en zonodig tegenbewijs te leveren. De vrouw wordt voorts

toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat overgespaard inkomen is gebruikt voor buiten de verrekening gebleven vermogensbestanddelen door het desgewenst doen horen van getuigen. Berst daarna zal het hof kunnen beslissen omtrent de door de vrouw gestelde benadeling van meer dan kwart.

5. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 14 oktober 2008 voor het nemen van een akte aan de zijde van de vrouw als omschreven in rechtsoverweging 4.13 van dit arrest; laat de vrouw toe door getuigen bewijs te leveren van haar stelling dat overgespaard inkomen is gebruikt voor buiten de verrekening gebleven vermogensbestanddelen en bepaalt dat getuigen zullen worden gehoord door mr. G.J. Driessen-Poortvliet, die hierbij wordt benoemd tot raadsheer-commissaris in het Paleis van Justitie aan de Prinsengracht 436 te Amsterdam op een in nader overleg met de raadsheer-commissaris te bepalen datum en tijdstip; houdt iedere verdere beslissing aan.

Hof (tussenarrest 23 juni 2009):

1. Het geding in hoger beroep

- 1.1. Het hof heeft op 16 september 2008 een tussenarrest gewezen. Voor de loop van het geding tot genoemde datum verwijst het hof naar dit arrest.
- 1.2. De vrouw heeft vervolgens een incidentele conclusie genomen tevens houdende akte overlegging producties en aanbod van bewijs middels het horen van getuigen.
- 1.3. De man heeft daarna een incidentele conclusie van antwoord genomen en twee producties in het geding gebracht.
- 1.4. De vrouw heeft vervolgens een akte uitlating producties genomen.
- 1.5. Partijen hebben daarna de stukken aan het hof overgelegd voor het wijzen van arrest in het incident.

2. Beoordeling van het incident

- 2.1. In het incident vordert de vrouw — kort gezegd — dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, de man:
 - I. toestemming geeft tot taxatie van het registergoed aan de a-straat X te a-plaats;
 - II. zijn accountant of boekhouder toestemming geeft tot afgifte aan de vrouw van de jaarrekeningen van de door hem gedreven ondernemingen over de jaren 1999 tot en met 2001 en van de aangiften inkomstenbelasting en aanslagen van de man over deze jaren;
 - III. de onder II genoemde stukken afgeeft;
 - IV. aan de door de vrouw in te schakelen deskundige alle door deze deskundige noodzakelijk geachte stukken afgeeft;
 - V. bekend maakt voor welke notaris schenkingsakten zijn verleden en de vrouw toestemming geeft van deze akten kopieën op te vragen;
 - VI. te belasten met het bewijs van schenkingen indien daarvan geen akten zijn opgemaakt;

- VII. toestemming geeft aan diverse verzekeringsmaatschappijen voor het inwinnen door de vrouw van informatie over op zijn naam staande lijfrente- en levensverzekeringspolissen;
- VIII. toestemming verleent voor het inwinnen van informatie bij de Bank terzake van saldi van op zijn naam staande bank- en/of effectenrekeningen;
- IX. een dwangsom verbeurt van € 5000 per dag voor elke dag dat de man weigert aan het gevorderde te voldoen.

2.2. In het tussenarrest van 16 september 2008 heeft het hof overwogen dat op de vrouw niet alleen de stelplicht rust, maar ook de bewijslast van de door haar gestelde benadeling van meer dan een vierde. De vrouw is in de gelegenheid gesteld bij akte een opstelling, voorzien van bewijsstukken, in het geding te brengen, waaruit de omvang en waarde van de te verrekenen vermogensbestanddelen blijkt op 1 februari 2002, alsmede bewijs van haar stelling dat overgespaard inkomen is gebruikt voor buiten de verrekening gebleven vermogensbestanddelen. In plaats daarvan heeft de vrouw een incidentele conclusie genomen en de vordering zoals onder 2.1 omschreven ingesteld.

De door de vrouw ingestelde vordering is een specificatie van hetgeen zij bij memorie van grieven onder III heeft gevorderd.

De vrouw lijkt het standpunt in te nemen dat op de man jegens haar een algemene exhibitieplicht rust en dat de man gedwongen kan worden tot het verschaffen van informatie en documenten zodat de vrouw kan voldoen aan de haar in het tussenarrest gegeven opdracht. Dit standpunt is — behoudens hetgeen hierna zal worden overwogen met betrekking tot de lijfrente- c.q. levensverzekeringspolissen — onjuist nu het hier niet gaat om een verrekenbeding dat nog moet plaatsvinden, in welk geval het verschaffen van opening van zaken over en weer verwacht mag worden, maar om een reeds afgewikkeld convenant dat de vrouw achteraf nog wil aantasten. De vrouw zal allereerst moeten voldoen aan de op haar rustende stelplicht dat de door haar in de bodemprocedure genoemde vermogensbestanddelen, inclusief de voormalig echtelijke woning en de bedrijven, zijn verkregen uit inkomen uit arbeid dat in aanmerking komt voor verrekening op grond van de huwelijkse voorwaarden. Tot nu toe heeft zij iedere onderbouwing en concretisering op dat punt met betrekking tot de verschillende vermogensbestanddelen achterwege gelaten, hetgeen gelet op het feit dat uit de stukken blijkt dat de vrouw in het verleden belast was met de boekhouding van partijen en de door de man gedreven ondernemingen en dat er zogenaamde en/of rekeningen waren, opmerkelijk is en in de gegeven omstandigheden onvoldoende.

Een vordering als thans door de vrouw ingesteld behoort niet het karakter te hebben van een zoekactie, zoals thans het geval lijkt te zijn. Eerst indien de vrouw heeft voldaan aan de op haar rustende stelplicht en bewijslast kan de man toegelaten worden tot tegenbewijs en kan zo nodig van hem verlangd worden dat hij bescheiden in het geding brengt en taxaties toestaat, hetgeen thans nog niet aan de orde is.

2.3. Het voorgaande betekent dat de incidentele vorderingen onder I, II, III, IV, V, VI en VIII zullen worden afgewezen.

2.4. Het gevorderde onder VII zal daarentegen wel worden toegewezen. In de als productie 1 bij de conclusie van antwoord tevens eis in reconventie in eerste aanleg overgelegde brief van de Bank van 11 oktober 2004 blijkt dat er op dat moment nog zeven lopende polissen waren

op naam van de man die gedurende het huwelijk van partijen afgesloten zijn. Bovendien was er nog een polis met nummer 006, naar het hof aanneemt de zogenaamde AXA-polis. Het hof heeft in het tussenarrest overwogen dat de man aan de vrouw toestemming zal moeten geven om de benodigde informatie bij de diverse verzekeringsmaatschappijen op te vragen. De man stelt in zijn incidentele conclusie van antwoord (nr. 20) dat hij in beginsel wel bereid is om medewerking te verlenen aan het opvragen van de poliswaarden, maar dat hij dit vanzelfsprekend niet zal doen als hierdoor zijn eigen procespositie wordt benadeeld. Dit standpunt van de man is, gelet op het tussenarrest, onbegrijpelijk en kan gelet op de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen ex- echtgenoten beheerst, geen stand houden. De vrouw heeft met betrekking tot de polissen aan haar stelplicht voldaan. Vaststaat dat deze polissen zijn aangekocht met overgespaarde inkomsten en dat de waarden van genoemde acht polissen in principe bij de afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden verrekend hadden moeten worden. Dat is niet gebeurd. Of dit alsnog zal moeten gebeuren hangt af van het antwoord op de vraag of de vrouw bij het sluiten van het convenant is benadeeld voor meer dan een vierde. Bij de berekening daarvan dient de waarde van alle polissen per peildatum bekend te zijn. De twee aan de man gerichte brieven van Bank Levensverzekering NV van 4 november 2008, zijn daartoe onvoldoende. Het hof zal de man veroordelen om binnen twee weken na betekening van het onderhavige arrest toestemming te verlenen aan de vrouw voor het inwinnen door de vrouw van de waardes van de op de peildatum bestaande polissen, te weten de in de brief van 11 oktober 2004 van Bank Verzekeringen NV genoemde polissen en de AXA-polis, partijen genoegzaam bekend op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 250,- per dag voor iedere dag dat de man niet aan deze veroordeling voldoet met een maximum van € 10.000.

- 2.5.** In haar incidentele conclusie noemt de vrouw een aantal getuigen die zij wil doen horen indien en voor zover de incidentele vorderingen niet worden toegewezen. Het hof wijst het horen van getuigen in dit stadium van de procedure af. De vrouw is in het tussenarrest toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat overgespaard inkomen is gebruikt voor buiten de verrekening gebleven vermogensbestanddelen door het desgewenst doen horen van getuigen. Aan het onderhavige verzoek tot het horen van de door de vrouw genoemde getuigen liggen echter in de hoofdzaak onvoldoende concrete stellingen ten grondslag op grond waarvan het hof deze getuigen reeds thans zou moeten horen. Zolang de vrouw niet heeft voldaan aan de op haar rustende stelplicht is het horen van getuigen (nog) niet aan de orde.
- 2.6.** Omdat partijen ex-echtgenoten zijn zullen de proceskosten in het incident zullen gecompenseerd als na te melden.

3. Beslissing

Het hof:

In het incident

veroordeelt de man binnen twee weken na betekening van dit arrest toestemming te geven aan de vrouw voor het opvragen bij de betrokken levensverzekeringsmaatschappijen van de waardes van de in de brief van ABN AMRO Verzekeringen NV van 4 november 2004 genoemde polissen alsmede van de zogenaamde AXA-polis op straffe van verbeurte van

een dwangsom van € 250 per dag vanaf twee weken na betekening tot de dag dat de man aan deze veroordeling voldoet, met een maximum van € 10.000;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
compenseert de proceskosten in het incident in die voege dat iedere partij de eigen kosten draagt;
wijst af het meer of anders gevorderde.

Hof (eindarrest 30 maart 2010):

1. Het geding in hoger beroep

- 1.1. Het hof heeft op 23 juni 2009 een tussenarrest gewezen en op 25 augustus 2009 een herstelarrest. Voor de loop van het geding tot genoemde data verwijst het hof naar deze arresten.
- 1.2. De vrouw heeft daarna op 14 september 2009 een akte genomen, producties in het geding gebracht en een bewijsaanbod gedaan.
- 1.3. De man heeft vervolgens een antwoordakte genomen, eveneens producties in het geding gebracht en een bewijsaanbod gedaan.
- 1.4. De vrouw heeft daarna nog een akte uitlating producties genomen.
- 1.5. Partijen hebben andermaal de stukken aan het hof overgelegd voor het wijzen van arrest.

2. Nadere beoordeling van het hoger beroep

- 2.1. De vrouw is bij tussenarrest van 16 september 2008 in de gelegenheid gesteld bij akte een opstelling, voorzien van bewijsstukken, in het geding te brengen, waaruit de omvang en waarde van de te verrekenen vermogensbestanddelen blijkt op 1 februari 2002. Deze akte heeft zij, nadat het hof op 23 juni 2009 een tussenarrest had gewezen in het door de vrouw opgeworpen incident, op 14 september 2009 genomen. Onder 16 van de door de man op 13 oktober 2009 genomen antwoordakte stelt de man onder verwijzing naar Hoge Raad 1 september 2006, *LJN* AT 4544, dat de vrouw geen beroep op artikel 1:135 lid 2 juncto artikel 3:196 Burgerlijk Wetboek (BW) toekomt. Dit standpunt van de man is juist. In zijn tussenarrest van 16 september 2008 heeft het hof miskend dat de Wet regels verrekenbedingen die op 1 september 2002 in werking is getreden weliswaar onmiddellijke werking heeft, doch dat de Hoge Raad in voornoemd arrest heeft bepaald dat deze onmiddellijke werking niet tot gevolg heeft dat artikel 3:196 BW met terugwerkende kracht van toepassing is op een verrekening ter uitvoering van een periodiek verrekenbeding waarover, zoals in het onderhavige geval, vóór de invoering van genoemde wet al overeenstemming was bereikt.
- 2.2. Het voorgaande betekent dat het hof niet meer toekomt aan verdere beoordeling van de vraag of de vrouw bij de ondertekening van het convenant op 7 februari 2002 is benadeeld voor meer dan een vierde.
- 2.3. De vrouw vordert in haar vordering in hoger beroep onder I onder meer dat het hof het op 7 februari 2002 getekende convenant zal vernietigen op grond van dwaling zijdens de vrouw c.q. bedrog door de man van de vrouw. Hetgeen zij ter onderbouwing van deze vorderingen heeft gesteld is echter onvoldoende om die vorderingen te dragen. Met name valt uit haar stellingen niet af te leiden dat de man zich realiseerde of had moeten realiseren dat de vrouw

— naar zij stelt — tot de ondertekening van het convenant werd bewogen door onwetendheid over de financiële situatie van de man en de inhoud van haar eigen aanspraken.

- 2.4. In zijn tussenarrest van 16 september 2008 heeft het hof reeds beslist over het eveneens onder I van de vordering gestelde misbruik van omstandigheden. Voorts heeft het hof in genoemd tussenarrest onder 4.6 beslist dat de bedoeling die partijen hebben gehad met de kwijting die zij elkaar over en weer in artikel 9 van het convenant hebben verleend, mede betrekking heeft op de afwikkeling van hetgeen partijen op grond van het in de huwelijksvoorwaarden vervatte verrekenbeding van elkaar te vorderen hadden. Het gevolg van die beslissing is dat alle overige vorderingen van de vrouw in hoger beroep afstuiten op artikel 9 van genoemd convenant. De bestreden vonnissen zullen worden bekrachtigd.
- 2.5. Nu partijen ex-echtgenoten zijn, zullen de kosten van dit hoger beroep worden gecompenseerd als na te melden. Er is geen aanleiding om de vrouw te veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties, zoals door de man is gevorderd.

3. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Alkmaar van 10 januari 2007;

compenseert de proceskosten van het hoger beroep in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Auteur: L.C.A. Verstappen

1. In deze zaak, die door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO is afgedaan, gaat het met name om de betekenis van een finale kwijting in een echtscheidingsconvenant die algemeen is geformuleerd, terwijl uit het echtscheidingsconvenant niet expliciet blijkt dat het bij huwelijksvoorwaarden overeengekomen verrekenbeding daarin is betrokken
2. In het echtscheidingsconvenant, dat op 7 februari 2002 is ondertekend, is de verdeling van de gemeenschappelijke inboedel en het pensioen geregeld. Over enige verrekening wordt echter met geen woord gesproken. Wel komt een kwijtingsclausule voor: "Partijen verklaren ter zake van de verdeling van bovenstaande niets meer van elkaar te vorderen te hebben en verlenen elkaar over en weer te dier zake finale kwijting." De vrouw vordert van de man dat hij medewerking verleent aan de verrekening van zijn vermogen. Volgens de man zou de vrouw haar rechten op verrekening hebben prijsgegeven.
3. De rechtbank geeft de man gelijk. Daartegen komt de vrouw in hoger beroep op. Haar stellingen in hoger beroep zijn dat nog geen uitvoering is gegeven aan het verrekenbeding en subsidiair dat de overeenkomst wegens wilsgebreken dient te worden vernietigd.
4. Het hof oordeelt dat de kwijting mede betrekking heeft op de verrekenplicht, maar dat die kwijting niet in de weg staat aan een beroep op dwaling wegens benadeling voor meer dan een kwart. Maar

in het eindarrest corrigeert het Hof zichzelf gelet op HR 1 september 2006, *NJ* 2008/166, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de van overeenkomstige toepassing verklaring van onder meer art. 3:196 BW in art. 1:135 lid 2 BW niet van toepassing is op een verrekening ter uitvoering van een periodiek verrekenbeding waarover voor 1 september 2002 al overeenstemming was bereikt.

5. De A-G gaat in zijn conclusie in op de kwijting in deze casus als afstand van recht na een blinde verrekening als de onderhavige:

“3.7. Voor elke afspraak geldt, dat zij alleen betrekking heeft op datgene wat partijen met die afspraak wensen te regelen. Het middel neemt daarom terecht tot uitgangspunt dat ook een finale kwijting die in algemene bewoordingen is geformuleerd alleen betrekking heeft op de onderwerpen waarop de kwijting ziet.(4) Waarop de kwijting in het echtsscheidingsconvenant ziet, moet aan de hand van Haviltexmaatstaf worden bepaald met inachtneming van de omstandigheden van het geval.”

, en even later:

“3.15. Een blinde verdeling en/of verrekening vergroot mogelijk het risico, dat wordt vergeten bepaalde vermogensbestanddelen in de afspraak te betrekken, omdat daarover niet is gesproken. Daardoor kan eerder de vraag rijzen of een kwijting, die (ook) daarop ziet, een element in zich bergt van afstand van recht dat bepaalde vermogensbestanddelen alsnog moeten worden verdeeld en/of verrekend. Of sprake is van de rechtshandeling afstand van recht, moet worden beantwoord aan de hand van de wilsvertrouwensleer. De wil om afstand te doen van een recht veronderstelt kennis van dat recht. Ondanks het ontbreken van een daarop gerichte wil, kan bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen bestaan dat afstand van recht wordt gedaan, zodat de rechtshandeling op die grondslag tot stand komt. Daarvoor is nodig dat de wederpartij heeft begrepen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen begrijpen dat de rechthebbende zich bewust was van zijn recht. Wanneer niet door partijen is geïdentificeerd wat de relevante vermogensbestanddelen (en de daaraan toe te kennen waarden) zijn, moet men om te bepalen of sprake is van afstand van recht, terugvallen op het beeld dat elke partij voor zich had van het vermogen dat verdeeld en/of verrekend moest worden en op hetgeen een partij meende en mocht menen omtrent het beeld dat de wederpartij daarvan had.”

6. Wat is een blinde verdeling of verrekening? Vgl. onderdeel 3.13 van de conclusie van de AG, die het ‘blinde’ karakter van de verdeling of verrekening vooral ziet in de vraag welke vermogensbestanddelen in de verdeling of verrekening worden betrokken, welke waarde zij vertegenwoordigen en welke vermogensbestanddelen onvermeld zijn gebleven. Een blinde verdeling of verrekening ziet inderdaad in het algemeen gesproken op het niet expliciet vermelden van vermogensbestanddelen of hun waarde bij de verdeling of verrekening. Daarin bestaan verschillende gradaties, zoals bijvoorbeeld het zonder vermelding van enig vermogensbestanddeel alles toebedelen aan één echtgenoot en aan de ander een onderbedelingsvordering toekennen of bij het uitvoeren van een verrekenbeding slechts één bedrag noemen zonder nadere onderbouwing van de verrekenplicht door een beschrijving en waardering van het te verrekenen vermogen. Mogelijk is ook dat slechts één of enkele belangrijke goederen worden genoemd en de overige onvermeld of onvoldoende vermeld worden gelaten. Ten slotte kan het zijn dat van geen of niet van alle in de verdeling of verrekening betrokken goederen of schulden de waarde of het bedrag wordt vermeld. Kortom: de ene blinde verdeling of verrekening is de andere nog niet.
7. Er bestaan natuurlijk legio bezwaren tegen dergelijke blinde verdelingen of verrekeningen,

voornamelijk wanneer die nadelig voor een der partijen uitpakt. Het sluiten van een overeenkomst veronderstelt toch in de eerste plaats wilsovereenstemming over wat daarin is geregeld. Die wilsovereenstemming laat zich nu eenmaal moeilijker voorstellen als het object van de verdeling of verrekening niet of niet voldoende is beschreven of gewaardeerd. Nu zijn er twee mogelijkheden: of men is wel op de hoogte van de samenstelling en omvang (waarde) van hetgeen in de verdeling of verrekening is betrokken, of men is daarvan geheel of gedeeltelijk onkundig. In het eerste geval heeft men de benadeling gewild en kan zelfs sprake zijn van een gift. In het laatste geval kan het zijn dat men bewust het risico neemt dat men benadeeld wordt. De vraag is dan of men daarmee de facto afstand heeft gedaan van de aanspraken op toedeling of verrekening. Hebben partijen deze consequentie van de overeenkomst gewild en mocht de wederpartij daarop vertrouwen? Kan men dan toch een beroep op benadeling voor meer dan een kwart doen, art. 3:196 lid 3 BW, welke bepaling ingevolge art. 1:135 lid 2 BW ook voor verrekenen geldt? Hier speelt de uitleg van de kwijtingsbepaling een belangrijke rol. Het kan echter ook zijn dat men dit risico niet heeft willen lopen. Dan kan beargumenteerd worden dat de overeenkomst, met name het kwijtingsbeding, niet op de onbekende goederen en schulden ziet. Dan zou bijvoorbeeld gesteld kunnen worden dat die goederen zich nog in een onverdeeldheid bevinden of nog verrekend moeten worden en is er voor de echtgenoot die anders benadeeld zou zijn, nog geen man overboord. In het onderhavige arrest speelde echter ook nog een overgangsrechtelijk probleempje waarover HR 1 september 2006, *NJ* 2008/166 al eerder een uitspraak heeft gedaan. Daarover hierna meer.

8. Aan een blinde verdeling als titel voor levering van vermogensbestanddelen kleven ook in een ander opzicht bezwaren. Als er registergoederen blind zijn verdeeld, zal het registergoed toch expliciet moeten worden omschreven in de notariële leveringsakte die ter uitvoering van de verdeling in de openbare registers moet worden ingeschreven. Anders kan de afstand van het registergoed die in de blinde verdeling begrepen is, eenvoudigweg niet uitgevoerd worden. Een notaris zal zich dan toch moeten vergewissen of registergoederen in de blinde verdeling zijn begrepen. Ook overneming van vorderingen en rechtsverhoudingen zoals bijvoorbeeld rekening-courantverhoudingen, verzekeringsovereenkomsten e.d., is aan vormen gebonden, zie art. 6:159 BW. Ook daarvoor geldt dat uiterlijk bij de levering of overneming duidelijk moet zijn om welke goederen en rechtsverhoudingen het gaat.
9. Uit het vorenstaande volgt dat blinde verdelingen of verrekeningen veel vragen oproepen en reeds daarom geen schoonheidsprijs verdienen. In de notariële praktijk wordt dan ook met veel terughoudendheid hiervan gebruik maakt. Hoogstens in een lichte vorm, waarbij de belangrijkste goederen en schulden zijn toegedeeld en al het overige, bestaande uit bijvoorbeeld enkel roerende zaken, als restcategorie aan de ene of de andere echtgenoot wordt toegedeeld. De meest vergaande vorm van blinde verdeling of verrekening, waarin alle goederen zonder specificatie aan één echtgenoot worden toegedeeld en de ander een vordering uit hoofde van onderverdeling krijgt, komt althans in de notariële praktijk bij mijn weten niet of nauwelijks voor. Dat is anders bij verrekenen. Omdat het bij verrekenen niet om een goederenrechtelijke maar verbintenisrechtelijke afwikkeling gaat, bestaat minder schroom om te doen alsof er niet verrekend hoeft te worden of om een lump sum op te nemen met de gedachte 'dat bedrag moet het maar zijn' zonder het te verrekenen vermogen te beschrijven en uit te rekenen welk bedrag het werkelijk is. Daarom is het gevaar dat onbezonnen akkoord gegaan wordt met een blinde verrekening groter dan bij blinde verdelingen.
10. Over de toelaatbaarheid van een blinde verdeling of verrekening kan geen algemene uitspraak

worden gedaan omdat dat sterk afhangt van de omstandigheden van het geval, met name hoe dat beding precies luidt en hoe dat zich verhoudt tot de overige inhoud van de overeenkomst waarin het is opgenomen, mede in het licht van alle omstandigheden van het geval.

11. In de onderhavige zaak ging het ook om de vraag of een dergelijke afstand gelezen kan worden in het algemeen geformuleerde kwijtingsbeding ("Partijen verklaren terzake van de verdeling van bovenstaande niets meer van elkaar te vorderen te hebben en verlenen elkaar over en weer te dier zake finale kwijting."). Dat hierover discussie kan ontstaan mag niet bevreemden, aangezien dit beding enkel rept over 'verdeling' en niet ook verrekening. Hoe dit ook zij, het Hof heeft in feitelijke instantie al uitgemaakt dat dit beding ook ziet op verrekening, dus dat heeft de Hoge Raad als een gegeven moeten aannemen.
12. In het arrest van HR 7 april 1995, *LJN ZC1697*, *NJ 1996/499* m.nt. WMK, ging het om een geval van blinde verdeling waarbij de vrouw in een ter tekening voorgelegd echtscheidingsconvenant afstand van de helft van de haar toekomstige huwelijksgemeenschap ten behoeve van de man deed, met dien verstande dat zij op grond van de handgeschreven aanvulling toch nog enkele roerende goederen en fl. 25 000 bruto toebedeeld kreeg. De verdeling werd vervolgens aanvaard 'te zijnen bate of schade' als bedoeld in art. 3:196 lid 4 BW. De man moest feiten en omstandigheden stellen en bewijzen waaruit zou volgen dat de vrouw in het convenant haar recht op vernietiging wegens benadeling voor meer dan een vierde heeft prijsgegeven. Daar slaagde de man niet in omdat de vrouw weliswaar wist dat zij werd benadeeld, maar niet de omvang van de benadeling kende en de man haar hieromtrent heeft nagelaten in te lichten. Nu is het verschil tussen deze uitspraak en de onderhavige, dat in de onderhavige niet expliciet de toedeling is aanvaard 'te zijnen bate of schade' als bedoeld in art. 3:196 lid 4 BW. De vraag is in hoeverre aanvaarding 'te zijnen bate of schade' en kwijting ook afstand van recht kan inhouden en of daar dan vervolgens andere eisen voor zouden gelden. Het is jammer dat de Hoge Raad niet aan deze kwestie kon toekomen vanwege zijn eerdere, hierna nog te bespreken uitspraak over toepasselijkheid van de nieuwe regels die betrekking hebben op verrekenbedingen op echtscheidingsconvenanten waarover voor de invoering van de Wet regels verrekenbedingen al overeenstemming werd bereikt.
13. In zijn arrest van HR 1 september 2006, *LJN AT4544*, *NJ 2008/166*, oordeelde de Hoge Raad dat de art. 3:196 en 199 BW niet van toepassing zijn op een verrekening ter uitvoering van een periodiek verrekenbeding waarover voor 1 september 2002 al overeenstemming was bereikt. In dat arrest wordt toepasselijkheid van de regels inzake het wettelijk deelgenootschap, waarin in art. 1:137 oud BW onder meer art. 3:196 BW van overeenkomstige toepassing was verklaard, afgewezen, mede gelet op de aard van het periodiek verrekenbeding en de kritiek die door de literatuur op overeenkomstige toepassing van de regels van het wettelijk deelgenootschap is geuit. Het arrest steunt op de gedachte van het overgangsrecht dat verkregen rechten dienen te worden geëerbiedigd (art. 69 Ow) en dat ook de geldigheid van rechtshandelingen naar oud recht door het nieuwe recht moeten worden geëerbiedigd (art. 79 Ow). Uitgaande van het standpunt dat de regeling van het wettelijk deelgenootschap op dit punt niet van overeenkomstige toepassing was op de afwikkeling van een niet-uitgevoerd Amsterdams verrekenbeding, impliceerde de nieuwe regeling van art. 1:135 lid 2 BW, een nieuwe grond voor vernietigbaarheid van reeds overeengekomen echtscheidingsconvenanten. Daarop is inderdaad art. 79 Ow van toepassing, inhoudende kort door de bocht geformuleerd: wat geldig was, blijft geldig. Let wel: deze uitspraak heeft alleen betrekking op echtscheidingsconvenanten waarin de afwikkeling van verrekenbedingen

is begrepen.

14. Of de uitspraak een gelukkige is valt om een andere reden te betwijfelen. Het lijkt alsof de Hoge Raad heeft opgezien tegen toepasselijkheid van de *laesio enormis* (benadeling voor meer dan een kwart) bij de uitvoering van verrekenbedingen. Dat is naar mijn mening echter niet geheel terecht. De wetgever heeft met de *laesio enormis* regel juist willen beperken dat over elke achteraf tegenvallende verdeling (of verrekening) dwaling in stelling kan worden gebracht door een drempel op te werpen. De vernietiging van een verdeling moet volgens de wetgever wegens de ingrijpende gevolgen zoveel mogelijk worden voorkomen. De wetgever heeft het wenselijk gevonden om de mogelijkheid tot vernietiging wegens dwaling in te perken, omdat met name over de waarde van de goederen gemakkelijk kan worden (Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 1308-1309). Men moet immers voor meer dan een kwart zijn benadeeld om te kunnen vernietigen. Dat volgens de Hoge Raad deze regel niet van toepassing is op zaken waar reeds een echtscheidingsconvenant is getekend, heeft het averechtse effect, dat de normale dwaling (art. 6:228-230 BW) in stelling kan worden gebracht. Het lijkt daarmee juist gemakkelijker te worden om echtscheidingsconvenanten aan te tasten vanwege benadeling. Maar de regels van dwaling stellen weer eigen eisen van stel- en bewijsplicht waaraan in benadelingsgevallen ook lastiger kan worden voldaan dan simpel het stellen en bewijzen van de benadeling voor meer dan een kwart. Het hof oordeelt overigens hierover in de onderhavige zaak dat het beroep op dwaling geen doel treft, omdat de vrouw daartoe onvoldoende heeft gesteld.
15. Dan nog een paar woorden over het kwijtingsbeding als vaststellingsovereenkomst. Dat speelde in de onderhavige procedure in zoverre een rol, dat de vrouw klaagt dat het Hof niet heeft beoordeeld of aan de criteria van een vaststellingsovereenkomst is voldaan (“een onzekerheid en/of een geschil inzake de gevolgen van het verrekenbeding”). In cassatie speelde dat geen rol omdat in feitelijke instantie dit niet aan de orde is geweest. Toch wil ik dit onderwerp aanroeren omdat sinds een uitspraak van Hof Den Haag (23 september 2008, *LJN* BG5068), men verdelingen en verrekeningen in de praktijk dichttimert door de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap of de uitvoering van een verrekenbeding te voorzien van een ‘vaststellings’-clausule. Men beargumenteert dan dat men onzekerheid en/of geschillen over de wijze waarop moet worden verdeeld of verrekend wenst te beëindigen dan wel te voorkomen. Daarmee wordt volgens Hof Den Haag art. 3:196 BW opzij gezet, en eigenlijk ook andere manieren om de verdeling of verrekening achteraf nog aan te tasten. Deze route om verdelingen en verrekeningen onaantastbaar te maken is minst genomen discutabel als partijen zich niet realiseren wat de rechtsgevolgen daarvan zijn. Als zo’n clausule standaard wordt opgenomen, dan wordt die gebruikt voor situaties waarvoor de vaststellingsovereenkomst niet in het leven is geroepen. Maar het wordt nog een lastige om dergelijk gebruik te bestrijden (vgl. echter Rechtbank Breda 9 februari 2011 *LJN* BP3867). Ik denk dat het steeds de vraag is of werkelijk sprake is van een (mogelijke) onzekerheid of geschil, terwijl men zich in voorkomende gevallen mag afvragen of partijen die met zo’n beding akkoord gaan de strekking daarvan voldoende hebben begrepen. De vraag is dan welke specifieke voorlichting is gegeven voorafgaand aan het sluiten van het echtscheidingsconvenant met een dergelijk clausule.