

Gelukkig Getrouwd!

Mediation voorafgaand aan het huwelijk

Fred Schonewille

Uittreksel uit: Frerks/Jongbloed e.a. (eds.), Preventieve Mediation, Maklu-Uitgevers, Apeldoorn, 2010, 220 blz., isbn 978-90-466-0348-2

1. Inleiding

Mediation bij (echt)scheiding is vrijwel ingeburgerd en door goed opgeleide scheidingsmediators wordt veel kennis en energie ingebracht bij het begeleiden van scheidende partners. Hoefnagels stelde al in 2002 vast dat er veel meer wordt nagedacht over scheiden – de *uitgang* van de relatie – dan over huwen – de *ingang* van de relatie – en hij verdedigde de visie dat indien dit zou veranderen, er veel problemen zouden kunnen worden voorkomen die, als ze eenmaal de kop opsteken tijdens een relatie, vaak nog maar slecht kunnen worden genezen.¹

Hij wijst ook op de cijfers die meer aandacht voor het huwelijk zouden rechtvaardigen: 30.000 echtscheidingen tegenover 90.000 huwelijken, aantallen die in 2009 licht gewijzigd blijken te zijn, te weten 32.000 echtscheidingen en 72.000 huwelijken.² Zijn pleidooi voor bemiddeling voorafgaand aan het huwelijk is overtuigend en ik sluit mij daar in deze beschouwing bij aan, zij het dat ik de rol van bemiddelaar toe zou willen kennen aan de *family mediator* en niet zoals Hoefnagels, aan de notaris.

Na enkele inleidende opmerkingen, beantwoord ik kort de volgende vragen:

1. Kan mediation *preventief* worden toegepast?
2. Wat is de toegevoegde waarde van mediation voorafgaand aan het huwelijk?
3. Is het doel van prehuwelijkse mediation steeds de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden of *prenuptials*?
4. Welke mediationbenadering zou moeten worden toegepast?
5. Welke mediator is geschikt?

¹ G.P. Hoefnagels 'Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay', in *Yin Yang* (Van Mourikbundel). Deventer: Kluwer 2002, 71-76.

² Persberichten Centraal Bureau voor de Statistiek d.d. 10 februari 2010 (PB10-006) en 29 november 2009 (PB09-075).

Als ik hierna over huwelijk spreek, bedoel ik daarmee meestal ook het geregistreerd partnerschap en de duurzame samenwoningrelatie.³

2. Het huwelijk: een *comedy of errors*?

In zijn afscheidsrede stelde Hoefnagels al het gebrek aan voorlichting aan aanstaande echtgenoten over de juridische gevolgen van het huwelijk aan de kaak.⁴ In dit verband kan worden geconstateerd dat slechts de wilsverklaring die door aanstaande echtgenoten wordt afgelegd ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand voldoende is voor het automatisch in werking treden van de algehele gemeenschap van goederen en van andere wettelijke regelingen die aan het huwelijk worden verbonden die ik hier onbesproken laat. Maar is deze wilsover-eenstemming wel (mede) hierop gericht? Met andere woorden: zeggen de aanstaande echtgenoten ook ja tegen de huwelijksgemeenschap als de door hen gewenste huwelijksvermogensrechtelijke structuur? Waarschijnlijk moet toch worden aangenomen dat de wilsovereenstemming tussen beide aanstaande echtgenoten vooral de totstandkoming van het huwelijk betreft.

Afhankelijk van de taakopvatting en de kwaliteiten van de ambtenaar van de burgerlijke stand is in het voortraject in meer of mindere mate aandacht besteed aan de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk.⁵ Hoefnagels stelt nog te wachten op de ambtenaar van de burgerlijke stand die het bruidspaar als volgt toespreekt:

*Ik wens u geluk met uw voornemen de belangrijkste relatie aan te gaan die het leven kent, de vriendschap ingesloten. Maar daarvoor sta ik niet hier. Ik ben een ambtenaar bij wie u een huwelijk met alle wettelijke gevolgen van dien kunt sluiten. U weet daar echter weinig van. U dwaalt ter zake van het onderwerp der overeenkomst. U dwaalt mogelijk ook in de aard van de persoon met wie u trouwt, maar deze dwaling zal de wet u niet aanrekenen; daar is de scheiding voor. Echter, uw vrije wil is door de affectstuwingen van uw verliefdheid, die ik overigens met vreugde observeer, gebrekkig, zo niet afwezig. Als ambtenaar kan ik dan ook niets voor u doen. Gaat heen. Hebt een mooie dag en een gelukkig leven!*⁶

³ Waar het betreft de duurzame samenwoningrelatie is door Latten vastgesteld dat samenwoners in veel gevallen hun samenwoning niet (meer) beschouwen als een voorportaal van het huwelijk. J. Latten, *Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat*, Centraal Bureau voor de Statistiek, bevolkingstrends, 4^e kwartaal 2004.

⁴ G.P. Hoefnagels, *Het Huwelijk, A Comedy of Errors*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

⁵ Zelf ben ik twee maal in het huwelijk getreden en heb daarbij beide uitersten ervaren: in het eerste geval deed de wethouder die optrad als ambtenaar van de burgerlijke stand de benaming van diens hoofdfunctie eer aan door het letterlijk voorlezen voorafgaand aan het jawoord van alle relevante bepalingen uit de Titels 6 en 7 Boek 1 Burgerlijk Wetboek; in het tweede geval werd in het geheel geen aandacht besteed aan het huwelijksvermogensrecht.

⁶ Hoefnagels, 2002, 73 en 74.

Idealiter zijn de bedoelde juridische gevolgen uitvoerig met de aanstaande echtgenoten besproken en realiseren zij zich dat een 'ja' tegen het huwelijk, tevens een 'ja' impliceert tegen de algehele gemeenschap van goederen. Besteedt de ambtenaar van de burgerlijke stand echter in het geheel geen aandacht aan de vermogensrechtelijke aspecten en zijn de aanstaande echtgenoten evenmin op andere wijze op de desbetreffende vermogensrechtelijke gevolgen gewezen⁷, dan dient naar mijn mening de vraag te worden gesteld of gebondenheid aan een zo vergaand vermogensrechtelijk stelsel als de gemeenschap van goederen nog past bij de huidige tijd.

Waarschijnlijk moet worden aangenomen dat Hoefnagels gelijk heeft als hij stelt dat er vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw een ontwikkeling heeft plaatsgevonden van veel voorlichting voorafgaand aan de toen nog min of meer gearrangeerde huwelijken naar vrijwel geen voorlichting met betrekking tot het moderne romantische huwelijk:

*Tenslotte hield iedereen zijn mond bij de keuze van de partner en bij het huwelijk. Het huwelijk als allerindividueelste expressie van de allerindividueelste emotie werd een feit. Vanaf de verliefdheid tot de scheiding werd de tweezaamheid door zwijgen omgeven.*⁸

Wie als mediator echtscheidingen begeleidt weet dat aanstaande echtgenoten evenmin worden geïnformeerd over hoe partners (binnen een huwelijk) op een constructieve en bevredigende wijze met elkaar zouden kunnen communiceren⁹ en evenmin over het feit dat het in stand houden van een goede en liefdevolle relatie vereist dat beide partners daarin voortdurend investeren;¹⁰ het gevolg van beide omissies is dat hun *relatie-IQ*¹¹ tijdens het huwelijk niet noemenswaardig toeneemt. Ook worden echtgenoten in spe niet voorbereid op het ouderschap zoals bijvoorbeeld blijkt uit de vele opvoedingsprogramma's op televisie en de ruime aandacht voor dit onderwerp in tijdschriften. De wetgever heeft in maart 2009 het opstellen van een zogenaamd *ouderschapsplan* verplicht gesteld voorafgaand aan een echtscheiding¹² en het valt te hopen dat dit er op termijn toe bijdraagt dat ouderschap in een eerder stadium onderwerp van gesprek tussen – aanstaande –

⁷ Uit de in opdracht van het WODC door het Molengraaff Instituut verrichte evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap blijkt dat gehuwden in het algemeen niet goed op de hoogte zijn van de rechtsgevolgen van het huwelijk; Boele-Woelki, 2007, 224 e.v., 257 en 269.

⁸ G.P. Hoefnagels, 'Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay', in *Yin Yang* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2002, 72.

⁹ Vgl. A. Heffels, *Praten met je partner. Voor liefde kun je kiezen*, Utrecht: Het Spectrum, 2000.

¹⁰ Vgl. M. Scott Peck, *The road less travelled*, London: Arrow Books 1990.

¹¹ Vgl. P. Dijkstra, *Verhoog je relatie-IQ*, Utrecht: Het Spectrum, 2007.

¹² Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, *Stb.* 2008, 500.

ouders wordt. Juridisch staat niets er aan in de weg om een ouderschapsplan *in abstracto* op te nemen in huwelijkse voorwaarden of samenlevingscontract.¹³

Voorts bestaat een seculier equivalent van het door de Evangelische Omroep georganiseerde *Ready to marry?*¹⁴ en andere door kerken en religieuze organisaties georganiseerde huwelijksvorbereidingcursussen op dit moment nog niet in enige serieuze vorm.

Aanstaande echtgenoten die kiezen voor het opmaken van huwelijkse voorwaarden zullen op het terrein van het huwelijksvermogensrecht worden voorgelicht door de notaris. Niet verwacht mag worden dat in een dergelijk gesprek de onderlinge communicatie van de partners, het investeren in het huwelijk of aspecten van ouderschap aan de orde worden gesteld. Vaker zal door de notaris een mogelijke echtscheiding met de aanstaande echtgenoten worden besproken maar op dit terrein lijkt nog een zekere terughoudendheid aan de dag te worden gelegd.

Dat notarissen ook op het beperkte terrein waarop door hen wel voorlichting en advies wordt gegeven in veel gevallen ondermaats presteren, kan worden afgeleid uit de vele procedures die over huwelijkse voorwaarden worden gevoerd ten tijde van de echtscheiding, op welke zere plek ook Breederveld de vinger legt als deze zich de vraag stelt of huwelijkse voorwaarden wel het exclusieve domein van notarissen zouden moeten zijn.¹⁵ Wie vaststelt dat veel notarissen huwelijkse voorwaarden aanbieden voor honoraria van € 250,- tot € 282,-¹⁶ behoeft zich over het gebrek aan door notarissen geleverd kwaliteit inzake huwelijkse voorwaarden uiteraard niet te verbazen.

3. Kan mediation preventief worden toegepast?

Mediation is een methode van bemiddeling in conflicten waarbij een neutrale deskundige – de mediator – de communicatie en de onderhandelingen tussen partijen begeleidt, teneinde vanuit hun werkelijke belangen tot een gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale overeenkomst te komen.¹⁷ In mediation gaat het er derhalve om dat partijen worden aangemoedigd om de (werkelijke) belangen die ten grondslag liggen aan de door hen ingenomen standpunten op

¹³ F. Schonewille, 'Kunnen huwelijkse voorwaarden en samenlevingscontract een *ouderschapsplan* bevatten?', *WPNR* 2007/6717, 604-607.

¹⁴ www.eo.nl/readytomarry

¹⁵ B. Breederveld, 'Huwelijkse voorwaarden exclusief terrein notaris?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2009/5, editorial.

¹⁶ www.degoedkoopstenotaris.nl, laagste, respectievelijk hoogste vermelde honorarium van de eerste tien weergegeven notariškantoren op 26 februari 2010 (exclusief BTW en griffierecht).

¹⁷ A.F.M. Brenninkmeijer, 'Mediation', in A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: SDU 2009, 6.

te sporen en daarover om een gestructureerde wijze met elkaar te communiceren en *integratief* te onderhandelen, onder leiding van een neutrale derde.

Dit brengt met zich mee dat mediation een gefaseerde aanpak kent waarin sprake is van achtereenvolgens een relationele fase, een zakelijke fase en een juridische fase. In de eerste wordt de relatie tussen partijen onderzocht en besproken en worden zoveel mogelijk aspecten van het conflict in kaart gebracht. In de tweede fase wordt principieel onderhandeld en in de laatste fase worden de bereikte resultaten en gemaakte afspraken juridisch vertaald en vastgelegd in een overeenkomst. In de gegeven definitie heeft mediation in het afgelopen decennium een hoge vlucht genomen en vinden mediations plaats op het terrein van echtscheidingen, tussen ouders in gezags- en omgangskwesties, in conflicten tussen werkgever en werknemer, tussen overheid en burger, binnen maatschappen, waar het betreft de afwikkeling van nalatenschappen en in zakelijke geschillen.¹⁸ Steeds is echter sprake van een conflict of geschil dat zich heeft geopenbaard en vaak al in meer of mindere mate is geëscaleerd.

Naar mijn mening verzet zich er echter niets tegen om mediation zoals hiervoor geduid in *preventieve* zin toe te passen, daar waar partijen een langdurige relatie met elkaar aangaan, verwachtingen, zienswijzen en belangen die ten minste deels tegenstrijdig zijn, kunnen worden verwacht of mogen worden verondersteld, juridische aspecten -welke bij partijen niet of gebrekkig bekend zijn- vaak een rol spelen en het mitsdien noodzakelijk is dat partijen effectief met elkaar kunnen communiceren. Wel is hiervoor noodzakelijk dat zij in dit verband de beschikking hebben over vaardigheden en technieken om in een tijdig stadium mogelijk conflicterende verwachtingen, zienswijzen en belangen te detecteren en te benoemen en vervolgens in staat zijn om deze met elkaar te verzoenen.

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

Een huwelijksrelatie draagt alle onder punt 3 hierboven genoemde facetten in zich en leent zich naar mijn oordeel daarom bij uitstek voor de toepassing van preventieve mediation, derhalve voorafgaand aan de sluiting van het huwelijk.

In het algemeen gesteld zal de mediator daarom met de aanstaande echtgenoten bespreken welk *Ehetyp* hun voor ogen staat, welke verwachtingen zij van het huwelijk hebben en welke concrete afspraken zij in dat verband met elkaar wensen te maken. Onder *Ehetyp* versta ik het door de aanstaande echtgenoten gewenste huwelijksmodel. Zo kan bewust worden gekozen voor een klassiek kostwinners-huwelijk met duidelijk afgebakende taken maar ligt het in deze tijd meer voor de

¹⁸ Vgl. M. Guiaux e.a., *Mediation Monitor 2005-2008*, WODC, Ministerie van Justitie, Cahier 2009-9.

hand dat een huwelijksvorm wordt geprefereerd waarin beide echtgenoten de zorg voor eventuele kinderen, werk buitenshuis en huishoudelijke taken op een voor hen evenwichtige wijze verdelen. Elk huwelijkstype kent consequenties en deze dienen te worden geïnventariseerd en geverifieerd, waarna *in concreto* de taken kunnen worden geformuleerd die iedere echtgenoot op zich zal moeten nemen. Tijdens dit proces analyseert de mediator de communicatie tussen de partners, draagt hij er indien nodig zorg voor dat partijen zich van hun communicatiepatronen bewust worden en kan hij hun technieken aanreiken ter verbetering daarvan en met hen vaardigheden oefenen. Ook worden moeilijke punten zoals bijvoorbeeld een ontbrekende kinderwens bij de ene echtgenoot, terwijl deze bij de andere echtgenoot sterk aanwezig is, bespreekbaar gemaakt, waardoor wordt voorkomen dat deze tijdens het huwelijk uitgroeien tot grote proporties. Deze focus op de wijze waarop partners met elkaar communiceren is erg belangrijk omdat in veel scheidings-mediationstrajecten duidelijk wordt dat de wortel van de echtscheiding wordt gevormd door een (zeer) gebrekkige communicatie tussen de echtgenoten. Communicatieproblemen vormen ook de hoofdmoot van de kwesties die in relatietherapie aan de orde komen. En voorbeeld hiervan betreft de navolgende analyse van Heffels:

(...) Wat opvalt, is dat ze (als ik er niet voortdurend tussenkom met het verzoek om de ander even zijn verhaal te laten doen) elkaar alleen maar bestrijden. Als de een probeert uit te leggen wat zijn visie is, komt de ander er onmiddellijk tussen om te betogen dat hij/zij het helemaal verkeerd ziet. Daarbij worden niet alleen gedachten tegengesproken maar ook gevoelens. Dat Angela zich onveilig voelt als Sjoerd zijn vaste baan opzegt, is volgens hem onzin. Het is niet onveilig, dus moet ze het ook niet zo voelen. Onnodig te zeggen dat dit argument nauwelijks iets verandert aan Angela's gevoel. Net zoals het Sjoerd niet op andere gedachten brengt als Angela beweert dat het niet nodig is dat hij zich ongelukkig voelt op zijn werk bij de bank. (...) Door niet in te gaan op de gevoelens van de ander en ze te ontkennen of te bagatelliseren, zullen Angela en Sjoerd zeker niet tot een beslissing komen waarbij ze zich beiden goed voelen. Ik vraag hun om eerst goed te luisteren naar de gedachten en gevoelens van de ander en om te proberen zich daar echt in te verplaatsen. Het gaat namelijk niet alleen om het al dan niet ontslag nemen door Sjoerd. Waar het om gaat is dat Angela het gevoel heeft dat Sjoerd niet genoeg van haar houdt om haar veiligheid te waarborgen. Zij voelt zich door deze kwestie onbelangrijk in zijn leven en dus onveilig. Ze is bang hem te verliezen. Sjoerd voelt zich door Angela afgewezen. Hij vindt dat hij altijd alles heeft gedaan om goed voor zijn gezin te zorgen en voelt geen waardering daarvoor van Angela. Ze voelen zich beiden gekwetst en genegeerd. Daarom voelen ze er in eerste instantie weinig voor om zich te verplaatsen in de gevoelens van de ander. Mensen hebben vaak het idee dat de ander begrijpen betekent dat je het dan ook met hem eens moet zijn. Dus dat je door je in te leven in je partner in feite al een slag verliest. Dat is niet zo.

*Pas als je echt begrijpt wat iemand voelt en dat erkent, kun je zeggen dat jij het anders ziet. En pas dan kan die ander jou ook horen. (...)*¹⁹

Gesteld zou tegen deze achtergrond kunnen worden dat prehuwelijkse mediation tot op zekere hoogte een preventieve werking zou kunnen hebben waar het echtscheiding betreft, omdat de aanstaande echtgenoten op dat moment al de nodige ervaring hebben kunnen opdoen met de wijze waarop zij met elkaar praten maar er tussen hen nog geen ingesleten verkeerde communicatiepatronen zijn ontstaan en er derhalve veel ruimte is om te leren en zich principes als in de casus geduid aan te leren.

Vervolgens komen de vermogensrechtelijke en financiële aspecten aan de orde, zowel ter zake van de huwelijkse periode als waar het een eventuele echtscheiding betreft. Het perspectief van echtscheiding is naar mijn mening een belangrijke krachtlijn die bespreking behoeft, aangezien gesteld kan worden dat de echtscheiding in zekere zin de lakmoesproef vormt van het huwelijksvermogensrecht. Voorts is de kans dat het huwelijk in een echtscheiding eindigt statistisch beschouwd aanzienlijk. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de *family mediator* om dit thema in de veilige setting van een mediation bespreekbaar te maken, net als bijvoorbeeld de onderwerpen faillissement, overlijden en arbeidsongeschiktheid. Partijen kunnen desgewenst zover gaan om alle facetten van hun echtscheiding bij voorbaat te regelen in hun huwelijkse voorwaarden.²⁰

Het arrest *Zwijgzame bruid* geeft een voorbeeld van een conflict op het terrein van het huwelijksvermogensrecht dat was ontstaan doordat de aanstaande echtgenoten hierover niet waren geïnformeerd.²¹ In deze casus had de vrouw voorafgaand aan de huwelijksvoltrekking een aanzienlijk deel van haar spaargeld opgenomen en ‘afgedragen aan haar moeder’, terwijl de man een ‘niet met hypotheek belaste woning’ ten huwelijk aanbracht. Partijen waren gehuwd in algehele gemeenschap van goederen en de man stelde in de echtscheidingsprocedure dat het weggesluisde spaargeld van de vrouw ook bij de verdeling van de desbetreffende gemeenschap betrokken diende te worden, omdat anders geen rechtvaardige uitkomst zou worden gerealiseerd. Waar het Hof in hoger beroep had vastgesteld dat het geld door de vrouw uitsluitend op grond van het huwelijk aan haar moeder was gegeven en dit in strijd met redelijkheid en billijkheid achtte, oordeelt de Hoge Raad:

de niet-gehoudenheid van de vrouw tot afgifte kort vóór het huwelijk van het tot haar vermogen behorende spaartegoed aan haar moeder en de reden van die afdracht, vormen evenwel op zichzelf dan wel in samenhang met de omstandig-

¹⁹ A. Heffels, *De Therapie* in de rubriek: *Kan deze relatie nog gered worden?* Margriet 2010/09, 118.

²⁰ Vgl. mijn artikel: ‘Methode en civielrechtelijke aspecten van Divorce Estate Planning’, *Kwartaalbericht Estate Planning* 2008/3, 4-12.

²¹ HR 8 oktober 2000, LJN AA7362; NJ 2004, 58 m.nt. WMK

*heid dat het onbelaste woonhuis van de man in de gemeenschap zou vallen, onvoldoende grondslag voor een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde verplichting van de vrouw om vóór het huwelijk aan de man mededeling te doen van de plaatsgevonden hebbende vermindering van haar vermogen en van de reden van de vermindering als door het Hof aangenomen.*²²

Indien deze echtgenoten mediationgesprekken zouden hebben gevoerd alvorens in het huwelijk te treden, was dit conflict vermoedelijk niet ontstaan omdat in het kader van een mediation de relevante rechtsnormen worden besproken en partijen deze bewust overnemen dan wel eigen keuzen maken op vermogensrechtelijk gebied. Voorts zouden de beide vermogensposities in kaart zijn gebracht en opties geformuleerd teneinde op dit terrein tot voor beide partijen goede en evenwichtige afspraken te komen, met inachtneming van de overgenomen of zelf geformuleerde rechtsnormen.

Een ander voorbeeld betreft nalatenschappen en schenkingen die voorafgaand aan of tijdens het huwelijk worden verkregen door de echtgenoten. Heeft de erflater of schenker daaraan de uitsluitingsclausule van artikel 94 Boek 1 Burgerlijk Wetboek verbonden, dan valt een nalatenschap of schenking niet in de algehele gemeenschap van goederen; ontbreekt een dergelijke clausule echter, dan vormt de desbetreffende verkrijging wel een bestanddeel van de gemeenschap. Omdat het bijvoorbeeld voorkomt dat de ouders van de ene echtgenoot wel een uitsluitingsclausule opstellen en de ouders van de andere echtgenoot niet en de Hoge Raad heeft bepaald dat echtgenoten de wil van een erflater of schenker in dit opzicht niet kunnen *overrulen*²³, dient dit punt tijdens de mediation aan de orde te worden gesteld. Ook blijkt in echtscheidingen vaak dat een echtgenoot bepaalde zaken of een geldsom als privébezit ziet, terwijl dit beschouwd vanuit juridisch perspectief niet het geval is.

Het voorgaande maakt duidelijk dat preventieve toepassing van mediation voorafgaand aan het huwelijk zeer zinvol is en een grote toegevoegde waarde kan hebben.²⁴

5. Is het doel van prehuwelijkse mediation steeds de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden?

Veelal zullen prehuwelijkse mediationgesprekken leiden tot het opstellen van op maat gemaakte huwelijkse voorwaarden om de eenvoudige reden dat het huwelijk in Nederland veel juridische, financiële en fiscale gevolgen met zich

²² Rechtsoverweging 3,6

²³ HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193 m.nt. EAAL.

²⁴ Vgl. ook A. Verbeke, 'Ongelijkheid in huwelijks- en samenlevingscontracten', *Tijdschrift voor Conflictantering* 2009/8, 21-30.

brengt. Indien de partners vorm wensen te geven aan een eigen huwelijkstype, zullen derhalve op de genoemde terreinen juridisch relevante afspraken dienen te worden gemaakt. Het bepaalde in artikel 115 Boek 1 Burgerlijk Wetboek leidt tegen deze achtergrond in de meeste gevallen tot de conclusie dat het opstellen van huwelijkse voorwaarden nodig is.

Ingeval de partners constateren dat de wettelijke standaardregelingen goed bij hen passen, kunnen huwelijkse voorwaarden achterwege blijven en zal de mediation er mogelijk toe leiden dat afspraken worden gemaakt over communicatie, alsmede over meer feitelijke kwesties: deze kunnen dan worden vastgelegd in een onderhandse overeenkomst.

6. Welke mediationbenadering zou moeten worden toegepast?

Indien de in Nederland het meest toegepaste mediationbenaderingen – de evaluatieve en de faciliterende²⁵ – met elkaar worden vergeleken, zal deze vergelijking waar het gaat om prehuwelijkse mediation in de meeste situaties uitvallen in het voordeel van de eerstgenoemde mediationwerkwijze. In een evaluatieve mediation informeert de mediator partijen nadrukkelijk over de relevante (rechts)normen en treedt hij tegen deze achtergrond mitsdien sturend op. In een faciliterende mediation staat het proces centraal en zijn de inhoudelijke aspecten van de kwestie die speelt niet of nauwelijks relevant. Beoogd wordt hier om de zelfbeschikking van partijen verregaand te faciliteren en de mediator is derhalve niet of slechts in geringe mate directief. Zoals gesteld onder punt 5 hierboven zullen in veel – maar niet alle – gevallen rechtsnormen een belangrijke rol spelen in een prehuwelijkse mediation en is een evaluatieve mediator die inhoudsdeskundig is, noodzakelijk.

7. Welke mediator is geschikt?

Hoefnagels zag voor zich dat de notaris als bemiddelaar zou kunnen optreden ingeval van bemiddeling voorafgaand aan het huwelijk. Ik ben daarentegen van mening dat een prehuwelijkse mediation zoals door mij geschetst onder punt 4, meer kennis en vaardigheden vergt dan waar een gemiddelde notaris gewoonlijk over kan beschikken. Mijn inziens is een ervaren mediator die tevens deskundig familierechtjurist is, ofwel *family mediator*, aanmerkelijk geschikter voor deze taak, omdat deze naast over vakinhoudelijke kennis, tevens beschikt over de vaardigheden en technieken van een mediator en in de toepassing daarvan is getraind. Voorts zijn notarissen gemiddeld genomen gericht op het toepassen van

²⁵ H.C.M. Prein, 'Benaderingen', in A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: SDU 2009, 157-201

modelakten, terwijl mediators beogen om steeds maatwerk tot stand te brengen en zij hun cliënten daartoe ook aansporen. Een notaris denkt als adviseur van een cliënt en denkt daarom vaak voor de cliënt, terwijl een mediator partijen helpt zelf te denken en hen daarin faciliteert.

De meest geschikte mediator voor prehuwelijkse mediation is – denk ik – de mediator die veel scheidingsmediations heeft begeleid: deze kan de daarbij verworven inzichten aanwenden in de aanvangsfase van de huwelijksrelatie en de aanstaande echtgenoten er gemakkelijker toe bewegen om ook vanuit het perspectief van de echtscheiding naar het door hen gewenste huwelijksmodel te kijken. Uiteraard zijn er notarissen die tevens ervaren *family mediator* zijn, waarbij ik in de eerste plaats denk aan de (kandidaat-)notarissen die zijn aangesloten bij de Vereniging van Mediators en Scheidingsbemiddelaars in het Notariaat (VMSN).²⁶ Het aantal advocaat-scheidingsmediators²⁷ is thans echter aanmerkelijk groter en ik acht hen in beginsel zeer geschikt om prehuwelijkse mediations uit te voeren.

Indien juridische aspecten geen of zeer geringe aandacht behoeven, kan ook een psycholoog-mediator²⁸ worden ingeschakeld die desgewenst samenwerkt met een notaris in die gevallen waarin bijvoorbeeld het opstellen van huwelijkse voorwaarden uiteindelijk toch wenselijk blijkt te zijn; wel zal in deze gevallen de grens met prehuwelijkse relatietherapie of coaching moeilijker te trekken zijn.

In het arrest *Zweedse vrouw*²⁹ heeft de Hoge Raad waar het betreft de door de wet voorgeschreven notariële tussenkomst bij het opmaken van huwelijkse voorwaarden overwogen:

De door artikel 1:115 voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven notariële tussenkomst strekt immers mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.

Hiermee verwijst dit rechtscollege naar de notariële zorgplicht³⁰, welke zoals hiervoor onder punt 2 gesteld, naar mijn oordeel in de praktijk in de meeste gevallen niet of nauwelijks tot haar recht komt, door de beperkte taakopvatting van de notaris ter zake van het 'product' huwelijkse voorwaarden en de zeer beperkte hoeveelheid tijd die door hem aan dit product wordt besteed. Ik acht de zorgplicht van de *family mediator* veel adequater omdat deze de communicatie tussen partijen

²⁶ www.vmsn.nl

²⁷ www.verenigingfas.nl

²⁸ www.psynip.nl

²⁹ HR 27 juni 2003, NJ 2003, 524.

³⁰ Zie voor een korte beschrijving met vindplaatsen in de jurisprudentie: F. Schonewille, *Zorgplicht van de notaris*, in: R. J. Holtman e.a., (red.), *Rechtspraak beroepsuitoefening notaris*, Den Haag, SDU 2009, 5 en 6.

analyseert en waar nodig helpt om deze te verbeteren, actief informeert naar hun verwachtingen van het huwelijk, op zoek gaat naar de wederzijdse belangen en bedoelingen en met hen komt tot een *Ehetyp*, waarna hij de onderhandeling tussen partijen begeleidt onder toepassing van inzichtelijke onderhandelingsprincipes zoals geformuleerd door het *Harvard Negotiation Project*,³¹ daarin met hen opties genereert en oplossingsrichtingen onderzoekt en tot slot de door partijen gemaakte afspraken juridisch vertaalt in huwelijkse voorwaarden, deze daarbij toetsend aan de vigerende rechtsnormen.

In een ander arrest dat bekend staat onder de benaming *Huwelijk Las Vegas*³² maakt de Hoge Raad duidelijk dat het ingeval van huwelijkse voorwaarden gaat om de in de akte van huwelijkse voorwaarden tot uitdrukking gebrachte partijbedoelingen. Omdat het notariaat het tot op heden kennelijk niet tot zijn taak rekent om de bedoelingen van partijen te achterhalen en deze in samenhangende vorm op te nemen in een considerans welke voorafgaat aan de concreet door partijen gemaakte afspraken, zijn de zogenaamde *Haviltex*-criteria maatgevend bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden door de rechter zoals uit het onderhavige arrest blijkt. Een *family mediator* pleegt daarentegen de bedoelingen van de partijen wel te inventariseren en vat deze samen bij wijze van overwegingen vooraf welke ten grondslag worden gelegd aan de overeenkomst (van huwelijkse voorwaarden).

Ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het zaak om tot veel beter geformuleerde en onderbouwde huwelijkse voorwaarden te komen, waartoe een werkwijze zoals door mij hiervoor toegeschreven aan de *family mediator* noodzakelijk is. In de praktijk blijkt thans immers keer op keer dat echtgenoten de inhoud van hun huwelijkse voorwaarden niet kennen, zij de daarin opgenomen afspraken (daarom) niet naleven en er ten tijde van de echtscheiding daardoor vaak conflicten ontstaan.

De volgende casus is in dit verband illustratief:

Tijdens een scheidingsmediation stelt de man dat de beide schenkingen en de erfenis van in totaal € 200.000,- welke hij van zijn vader heeft ontvangen door beide echtgenoten steeds zijn beschouwd als privévermogen van de man. De vrouw bevestigt deze lezing en voegt daaraan toe dat dit voor haar altijd vanzelf heeft gesproken. De mediator constateert dat door de vader van de man geen uitsluitingsclausule werd opgenomen in diens testament en voorts dat deze door hem evenmin aan de schenkingen werd verbonden. Het afschrift van de huwelijkse voorwaarden van de echtgenoten bevindt zich nog immer in de gesloten enveloppe waarin de instrumenterend notaris dit destijds heeft gedaan en wordt door

³¹ Zie A.F.M. Brenninkmeijer, 'Onderhandelen', in A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: SDU 2009, 78 e.v.

³² HR 28 november 2003, NJ 2004, 116.

de vrouw plechtig aan de mediator overhandigd; de mediator vertelt partijen dat hun huwelijkse voorwaarden een zogenaamd finaal verrekenbeding bevatten dat er niet in voorziet dat schenkingen en op grond van erfrecht verkregen goederen niet in de desbetreffende verrekening worden betrokken. In het daarop volgende gesprek laat de vrouw weten dat zij het door de man van diens vader verkregen vermogen toch in de verrekening wenst te betrekken waarop de man in woede ontsteekt en haar voor de voeten werpt dat zij zich immoreel opstelt.

De beschreven aanpak van de *family mediator* kent in het algemeen de volgende evidente voordelen:

- Partijen weten veel beter wat ze ondertekenen: het worden hun huwelijkse voorwaarden en het betreft niet meer een technisch stuk uit de printer van de notaris;
- Partijen worden aangemoedigd zich een beeld te vormen van het door hen gewenste *Ehetyp*;
- De formulering van de overwegingen ten behoeve van het opstellen van een considerans prikkelt en vergroot het bewustzijn van partijen;
- Huwelijkse voorwaarden gaan meer leven voor partijen;
- De kans dat partijen hun huwelijkse voorwaarden naleven wordt sterk vergroot;
- De noodzaak om hun huwelijkse voorwaarden periodiek te onderhouden wordt door partijen veel beter ingezien;
- De *family mediator* levert toegevoegde waarde en maakte deze voor partijen zichtbaar waardoor dezen bereid zijn om de kosten voor prehuwelijkse mediation en de daaruit voortvloeiende huwelijkse voorwaarden te betalen.

Gesteld kan derhalve worden dat ideale huwelijkse voorwaarden op maat worden gemaakt en derhalve zijn toegesneden op de wensen en verwachtingen van de desbetreffende echtgenoten. Ideale huwelijkse voorwaarden komen tot stand door zorgvuldige communicatie met de aanstaande echtgenoten waartoe de mediatiomethode de beste waarborgen biedt.

8. Een methodische handreiking

De door Hoefnagels voor toepassing in echtscheidingen ontwikkelde methodische mediation zoals beschreven in het Handboek Scheidingsbemiddeling³³ en in het ten behoeve van een groter publiek getoonzette *Gelukkig Getrouwd Gelukkig Gescheiden*³⁴, biedt een direct toepasbare handreiking voor een concrete werkwijze

³³ G.P. Hoefnagels, *Handboek scheidingsbemiddeling*, Deventer: Kluwer 2007 (mede bewerkt door C.A.R.M. van Leuven).

³⁴ G.P. Hoefnagels, *Gelukkig Getrouwd, Gelukkig Gescheiden*, Amsterdam/Antwerpen: L.J. Veen 2009 (mede bewerkt door C.A.R.M. van Leuven).

van de mediator in prehuwelijkse mediation. Dit wordt veelvuldig bevestigd door cliënten in mijn praktijk die komen voor scheidingsmediation en aan wie ik het laatstgenoemde boek voorafgaand aan het eerste mediationgesprek pleeg toe te sturen. Menig keer wordt mij gezegd dat men dit boek graag zou hebben gelezen alvorens met elkaar in het huwelijk te treden. Omdat ik hiervoor al dieper ben ingegaan op de inhoud van deze toe te passen methode, met name onder de punten 3, 4 en 7, volsta ik hier met daarnaar te verwijzen.

Wel is het vanzelfsprekend zo dat – waar het betreft de onder punt 3 bedoelde relationele fase – deels anders te werk dient te worden gegaan dan in beide boeken beschreven. In de relationele fase van een scheidingsmediation gaat het er om te reflecteren op de verbroken relatie, afscheid te nemen als partners en inhoud en structuur te geven aan de voortdurende ouderrelatie indien deze bestaat. In een mediation voorafgaand aan een huwelijk staat daarentegen voorop dat de aanstaande echtgenoten elkaar beter leren kennen, inzicht verwerven in hun communicatiepatronen en die waar nodig verbeteren, hun verwachtingen omtrent het huwelijk uitspreken, alsmede dat door hen onderzoek wordt gedaan naar hun eigen belangen en zij die onder woorden brengen. In plaats van naar de in een scheidingsmediation noodzakelijke *scheidingsmelding*, dient in een prehuwelijkse mediation toegewerkt te worden naar wat ik de *trouwbevestiging* zou willen noemen:

Trouwen is iets anders dan huwen. Trouwen betreft de relatie. Trouwen is het werkwoord van trouw en wordt ingegeven door een 'raison de coeur'. Trouw groeit, is als een boom, soms komen er vruchten aan. Huwen doe je op het stadhuis. Het huwelijk is een instituut, een verklaring ten overstaan van de overheid, een ambtenaar, 'dat zij ... alle plichten zullen vervullen, die door de wet aan de huwelijkse staat worden verbonden.' Die plichten kennen ze niet, die wetten kennen ze niet, maar ze zeggen 'ja'. Het 'ja' op het stadhuis is zelden een rationeel ja, maar doorgaans een door ritueel omgeven reflex op de verliefdheid.³⁵

De *family mediator* begeleidt dit voortgaande trouwproces in een cruciaal stadium daarvan, te weten vlak voor de bevestiging door ieder van de aanstaande echtgenoten dat zij daadwerkelijk verder willen gaan met trouwen. Praktisch gezien staan de *family mediator* hiervoor vele *tools* ter beschikking, welke grotendeels worden betrokken uit de discipline van de relatietherapie. Naast de in de noten 9, 10 en 11 genoemde boeken, kan in de eerste plaats worden genoemd *De zeven pijlers van een goede relatie* van Gottman³⁶ maar bijvoorbeeld ook *De vijf talen van de liefde* van

³⁵ G.P. Hoefnagels, 'Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay', in *Yin Yang* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2002, 72.

³⁶ J. Gottman & N. Silver, *De zeven pijlers van een goede relatie*, Utrecht/Amsterdam: Kosmos-Z&K Uitgevers 2005.

Chapman³⁷, *Liefde is een werkwoord* van Vansteenwegen³⁸ en *Lies At The Altar. The Truth About Great Marriages* van Smith.³⁹ Afhankelijk van de religieuze of culturele achtergrond van partijen of hun opleidingsniveau en belangstelling, kan voor de ene of de andere werkwijze worden gekozen.

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

9. Slot

Geconstateerd kan worden dat Hoefnagels beslist gelijk had met zijn pleidooi voor bemiddeling bij huwelijk maar acht jaren nadien moet tevens worden vastgesteld dat een notariële tussenkomst niet volstaat, behoudens wanneer het een notaris betreft die tevens ervaren *family mediator* is. Waar Hoefnagels de rol van de bemiddelaar vooral zag in het aanreiken van informatie aan de aanstaande echtelieden teneinde hun verantwoordelijkheden en keuzemogelijkheden te vergroten⁴⁰, hoop ik te hebben aangetoond dat deze een veel groter speelveld heeft en dat ook dient te gebruiken.

Het aantal huwelijken dat jaarlijks wordt voltrokken kan, tezamen met de geregistreerde partnerschappen en duurzame samenwoonrelaties welke elk jaar worden aangegaan, ten minste worden geschat op 125.000 en dat aantal biedt *family mediators* die hun toegevoegde waarde inzichtelijk weten te maken een grote potentiële markt, alsook de mogelijkheid om met (aanstaande) echtgenoten een cliëntband aan te gaan gezien het feit dat huwelijkse voorwaarden als duurovereenkomst periodiek bijgesteld dienen te worden. De uitdaging is derhalve thans om van huwelijkse voorwaarden (partnerschapsvoorwaarden en samenlevingscontract) een *premium product* maken waarvan aanstaande echtgenoten de meerwaarde op het eerste gezicht direct duidelijk is en waarin zij daarom graag bereid zijn te investeren.

³⁷ G. Chapman, *De 5 talen van de liefde*, Vaassen: Medema 1996.

³⁸ A. Vansteenwegen, *Liefde is een werkwoord*, Tiel: Lannoo 2008.

³⁹ R.L. Smith, *Lies At The Altar: The Truth About Great Marriages*, New York: Hyperion, 2006.

⁴⁰ G.P. Hoefnagels, 'Notaris van nature. Naar een nieuwe huwelijksmarkt. Een essay', in *Yin Yang* (Van Mourikbundel), Deventer: Kluwer 2002, 75.