



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het nieuwe huwelijksvermogensrecht in Nederland

Reinhartz, B.E.

Publication date
2019

Published in
De Achterkant van Minerva

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Reinhartz, B. E. (2019). Het nieuwe huwelijksvermogensrecht in Nederland. In G. P. van Nifterik, J. de Vries, & M. de Wilde (Eds.), *De Achterkant van Minerva: Opstellen aangeboden aan prof. Kees Cappon ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit van Amsterdam* (pp. 60-73). Faculteit der Rechtsgeleerdheid.

General rights

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), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Het nieuwe huwelijksvermogensrecht in Nederland: heel modern?!

Barbara Reinhartz

Enkele jaren van jouw tijd aan de UvA was jij, Kees Cappon, naast verschillende andere functies (zoals voorzitter van de afdeling Algemene Rechtsleer en voorzitter van de Examencommissie) ook bijzonder hoogleraar Geschiedenis van het Notariaat, namens de Stichting tot bevordering der notariële wetenschap.¹ Naast een mooi proefschrift over de geschiedenis van het huwelijksvermogensrecht dat onder jouw bezielende leiding het licht mocht zien, is er in die tijd ook een interessant samenwerkingsproject gestart tussen de rechtsgeschiedenis en het hedendaagse notariële recht. Een resultaat ervan is het gezamenlijke artikel in de bundel *Pro Forma* uit 2006 over de vraag of er een verband bestaat tussen de vorm (notarieel of onderhands) en de rechterlijke inzet bij het afwickelen van testamenten.² Ik had destijds een mooie hypothese omtrent een causaal verband hierbij opgesteld waarvan (helaas?) door jouw grondige rechtshistorische onderzoek de onjuistheid werd aangetoond. Maar we kunnen ook tevreden zijn over het resultaat want dit verband was daarvoor nog niet onderzocht en met ons onderzoek hebben we de wetenschap toch weer een beetje verder geholpen.

Ook op het terrein van het huwelijksvermogensrecht, of – zoals het tegenwoordig heet – het relatievermogensrecht, komen wij regelmatig vragen tegen die een historische component hebben. Graag had ik je bij de beantwoording hiervan betrokken, maar dit *Liber Amicorum* moest buiten jouw blikveld tot stand komen, dus dat ging niet. Ik doe daarom in deze bijdrage een bescheiden poging tot een aanzet voor wat gedachten op dat terrein. Wellicht kunnen we na jouw emeritaat nog eens een doorwrochter stuk over dit onderwerp schrijven. Er ligt ook nog een ander groot stuk op dit terrein op de plank, wachtend op tijd en aandacht om afgemaakt te worden...

Uit de toekomst terug naar het heden: het Nederlandse huwelijksvermogensrecht 2012 – 2018

Tijdens het college huwelijksvermogensrecht afgelopen najaar kwam natuurlijk de gemeenschap van goederen als thema voorbij. In de afgelopen jaren heeft dit deel van het Burgerlijk Wetboek, titel 1.7 BW (en ook nog een beetje titel 1.6 BW), om precies te zijn, twee grote wijzingen ondergaan.

De wijzigingen per 2012

¹ <https://notarielestichting.nl/>.

² Rechtszekerheid en doelmatigheid in het testamentair erfrecht. De opstelling en afwikkeling van testamenten in Nederland, België en Duitsland mede bezien in historisch perspectief, C.M. Cappon en B.E. Reinhartz, in: *Pro forma*. Opstellen over de rol van formele regels en vormvoorschriften in het privaatrecht, A.F. Salomons, G.J.P. de Vries (ed.), AIP-serie nr. 3, Den Haag 2006, 235-273.

Eerst kregen wij de herziening per 1 januari 2012, gebaseerd op wetsvoorstel 28 867. Dit wetsvoorstel was oorspronkelijk ingediend in 2003 en een dankbaar onderwerp voor mijn oratie datzelfde jaar.³ Een van de kerngedachten was dat alleen gemeen moest worden wat partijen samen hebben verdiend. Dat betekent dat voorhuwelijkse verkrijgingen en -schulden, voor verkrijgingen krachtens erfrecht en gift buiten de gemeenschap moeten vallen, want die hebben partijen niet “samen verdiend”. Uiteindelijk is in de loop van de wetsgeschiedenis van wetsontwerp 28 867 de hele beperking van de omvang van de huwelijksgemeenschap alsnog gesneuveld. De voorhuwelijkse verkrijgingen kwamen terug in de gemeenschap omdat werd ingezien door de minister dat deze niet goed te bewijzen waren zonder verplichte staat van aanbrengsten. Hij zag in dat bij een beperkte gemeenschap als wettelijk stelsel, waar geen notaris aan te pas komt die de echtgenoten grondig voorlicht over een en ander, partijen waarschijnlijk niet of nauwelijks zouden overgaan tot het maken van een staat van aanbrengsten waardoor later zou kunnen worden aangetoond wat van welke kant is aangebracht.⁴ Deze echtgenoten worden dan bij een echtscheiding geconfronteerd met het vermoeden van art. 1:94 lid 8 BW (nieuw), dat eerder in lid 6 stond van hetzelfde artikel. Het komt erop neer dat als niet bewezen kan worden door partijen dat een goed privé is, aangenomen wordt dat het in de huwelijksgemeenschap valt. Het leek mij destijds verstandig om een wijziging die bij vele echtgenoten bij een echtscheiding tot grote teleurstellingen zou leiden – in combinatie met een te verwachten toename van ingewikkelde bewijszaken in gerechtelijke procedures waar de echtgenoten toch nog hun gelijk proberen te halen – uit het wetsontwerp te halen.

Erfrechtelijke verkrijgingen en giften vielen in het originele wetsontwerp ook buiten de gemeenschap, maar ook deze wijziging sneuvelde nog voor de invoering door een amendement van Anker, destijds Tweede Kamerlid voor de ChristenUnie. Hij beriep zich daarbij op de Bijbelse eenheid in het huwelijk tussen man en vrouw, naar ik vermoed gebaseerd op deze tekst uit het Oude Testament: “Toen zei Adam: Deze is ditmaal been van mijn beenderen, en vlees van mijn vlees! Deze zal mannin genoemd worden, want uit de man is zij genomen. Daarom zal een man zijn vader en zijn moeder verlaten en zich aan zijn vrouw hechten; en zij zullen tot één vlees zijn”, Genesis 2:23-24.

De overige wijzigingen van de wet werden uiteindelijk wel ingevoerd in 2012. Men kan daarbij denken aan de vergoedingsrechten die voortaan niet meer nominaal zouden worden berekend maar volgens de evenredigheidsleer of beleggingsleer, art. 1:87 BW,⁵ al dan niet in combinatie met art. 1:95 en 1:96 BW in het kader van de reprises en de recompenses.⁶ Per 2012 werden ook de beperkte gemeenschap van vruchten en inkomsten en winst en verlies

³ Het notariaat: heel speciaal?!, oratie Reinhartz van 23 mei 2003 aan de Universiteit van Amsterdam, Ars Notariatus 126.

⁴ Zie voor deze problematiek in de praktijk: Cd van jou Cd van mij, van Acta en de Munnik, https://www.youtube.com/watch?v=FdYRKp_6bfk.

⁵ De vraag van het al dan niet letterlijk toepassen van art. 1:87 BW laat ik hier buiten beschouwing. In EK, 28 867, E, wordt gesuggereerd dat de berekening van het vergoedingsrecht ingeval van een lening en een verbouwing heel anders moet plaatsvinden dan in de wettekst staat.

⁶ Een reprise is een vergoedingsrecht van de gemeenschap aan een privévermogen; een recompense is een vergoedingsrecht van een privévermogen aan de gemeenschap. Vergoedingsrechten zijn alleen dan aan de orde als er geen andere causa voor de vermogensverschuiving is.

afgeschaft, die voorheen in de artikelen 1:122-128 BW te vinden waren. Deze beperkte gemeenschappen werden maar heel zelden in huwelijkse voorwaarden opgenomen.⁷

Ook de rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden die staande het huwelijk worden gemaakt (art. 1:119 BW) werd afgeschaft, mede met een beroep op de (onnodige?) kosten die dit voorschrift voor de justitiabelen met zich meebrengt. Het Nederlandse notariaat zou zelfstandig in staat zijn om de concepten te toetsen op mogelijke benadeling van schuldeisers (en op andere kwesties, zoals eventuele inbreuken op de goede zeden en de betamelijkheid).⁸ Dat dat niet helemaal is uitgekomen, zal niemand verbazen. Sindsdien zijn er al meerdere rechtszaken over de geldigheid van (passages in) huwelijkse voorwaarden gevoerd.⁹

De wijzigingen per 2018

In 2014 heeft weer een wijzigingsvoorstel voor de gemeenschap van goederen het licht gezien. In een initiatiefwetsvoorstel van de VVD, D66 en de PvdA, wetsvoorstel 33 987, is een aantal wijzigingen dat het niet haalde bij de behandeling van wetsvoorstel 28 867, alsnog opgenomen. Het betreft bijvoorbeeld de beperking van de gemeenschap van goederen.¹⁰ Dit keer hadden de genoemde partijen de ChristenUnie niet nodig om een meerderheid in het parlement te behalen en zijn de wijzigingen wel aangenomen en per 1 januari 2018 in werking getreden.

De nieuwe beperkte gemeenschap van goederen laat in beginsel weer alleen gemeen worden wat partijen “samen hebben verdiend”. Alles wat partijen niet samen hebben verdiend, dus bijvoorbeeld erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen, valt buiten de huwelijksgemeenschap. Dat geldt ook voor voorhuwelijkse verkrijgingen (en schulden) want die hebben ze wel verdiend maar niet samen. Hierop wordt een uitzondering gemaakt voor

⁷ Zie de onderzoeken van de Nijmeegse collegae in het WPNR 2005/6648 en WPNR 2012/6956.

⁸ Omdat in de praktijk maar heel weinig zaken bekend zijn waarin de goedkeuring daadwerkelijk is onthouden vanwege dreigende benadeling van schuldeisers (Rb. 's-Gravenhage 12 december 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5757, JPF 2007/41 m.nt Reinhartz; en Rechtbank Utrecht 5 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0234, zijn voorbeelden van de schaarse uitspraken waarin op deze grond de rechterlijke goedkeuring werd onthouden), vermoed ik dat de dreiging van de rechterlijke afkeuring menig notaris voor 2012 ervoor zal hebben behoed om enigszins dubieuze huwelijkse voorwaarden te passeren.

⁹ Rb. Gelderland 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5276, JPF 2015/24 m.nt. Reinhartz, is hier een voorbeeld van. Hier speelde een spijtoptanten-situatie, zie hieronder.

In de zaak van Rb. Limburg 6 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:5234, speelde eveneens het probleem van een benadeling van de vrouw die ook nog de pech had dat zij door een oogziekte blind zou worden. Ook hier werd vastgesteld dat gezien de omstandigheden de huwelijkse voorwaarden onaanvaardbaar nadelig uitpakten voor de vrouw.

In Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2834, ging het -Hof weliswaar niet over tot vernietiging van de huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting wegens dwaling, maar er was wel twijfel over de gang van zaken bij de totstandkoming van die huwelijkse voorwaarden. Was de vrouw wel voldoende gewaarschuwd door de notaris dat er koude uitsluiting zou worden overeengekomen en niet scheiding van goederen met een periodiek verrekenbeding waar eerst sprake van was? Het gevolg is dat het Hof het onaanvaardbaar acht dat de vrouw zoals afgesproken de waardedaling van de woning deels voor haar rekening moet nemen terwijl aan de man de waardevermeerdering van de rest van het vermogen ten goede komt.

¹⁰ De wijziging van de verhaalsrechten van privéschuldeisers van de echtgenoten (art. 1:96 lid 3 BW) laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing. Ook de aanpassing van de Faillissementswet wordt niet nader besproken.

gezamenlijke voorhuwelijkse goederen en schulden, alsmede voor schulden die betrekking hebben op een voorhuwelijk gezamenlijk goed, art. 1:94 lid 7 BW (nieuw). De gedachte hierachter is dat moet worden voorkomen dat naast de drie bestaande vermogens (de privévermogens van partijen en de huwelijksgemeenschap die wordt beheerst door de regels van titel 1.7 BW) ook nog een eenvoudige gemeenschap (beheerst door de regels van afdeling 3.7.1 BW) zou kunnen ontstaan.¹¹ Intussen is gebleken dat de intentie van deze aanvulling goed was maar dat zij toch niet voldoende is om te voorkomen dat er een eenvoudige gemeenschap kan ontstaan naast de genoemde drie vermogens: als de echtgenoten namelijk een tijdens het huwelijk gezamenlijk verkregen goed voor meer dan de helft betalen met privévermogen, dan valt dit goed buiten de huwelijksgemeenschap maar wordt wel gemeenschappelijk in de zin van afdeling 3.7.1 BW.¹² De uitzondering in de wet met betrekking tot de gezamenlijke goederen heeft immers alleen betrekking op voorhuwelijk verkregen gezamenlijke goederen en niet ook op tijdens het huwelijk verkregen gezamenlijke goederen. Op deze problematiek kom ik zo nog terug.

Een andere wijziging die past in het stramien dat gezamenlijk moet worden wat “samen is verdiend”, is de regeling in het nieuwe art. 1:95a BW, waarin een soort vergoedingsrecht wordt geïntroduceerd voor de kennis, vaardigheden en arbeid, die een echtgenoot heeft geïnvesteerd in zijn privéonderneming zonder daarvoor een passend salaris te ontvangen dat immers in de gemeenschap van goederen zou zijn gevallen. Als de echtgenoot-ondernemer zijn kennis, vaardigheden en arbeid niet in zijn privéonderneming had aangewend maar deze te gelde had gemaakt in een dienstverband, dan was het daarmee verdiende salaris immers wel in de gemeenschap gevallen. Ook als de echtgenoot-ondernemer zijn kennis, vaardigheden en arbeid had aangewend in een onderneming, die wel in de gemeenschap van goederen was gevallen, dan was de waardestijging van de onderneming die daarvan het gevolg was geweest (de waarde van de onderneming stijgt dan immers extra hard als er geen passend salaris wordt uitgekeerd), ook aan de gemeenschap ten goede gekomen.

Even voor de goede orde: naar nieuw recht worden/blijven ondernemingen niet automatisch privé zoals dit het geval was bij de beperkte gemeenschappen van winst en verlies en vruchten en inkomsten. Daar waren alle ondernemingen privé maar vielen de winsten en de verliezen in de gemeenschap. Daar is nu niet voor gekozen omdat hierdoor de echtgenoot-niet ondernemer toch draagplichtig werd voor de verliezen die de onderneming leed. Er is voor gekozen om de winsten en de verliezen, evenals de waardestijgingen en -dalingen van het ondernemingsvermogen buiten de gemeenschap te houden, als de onderneming in het privévermogen van een van de echtgenoten valt.¹³ Daarvoor komt genoemd vergoedingsrecht

Met opmerkingen [NGv1]: ziet dit verwijswaard op artikel (dat), of op regeling (die)

¹¹ Zie de toelichting bij de Nota van wijziging, TK, 33 987, nr. 11.

¹² Zie HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8938, JPF 2018/80 m.nt. Reinhartz. Zie ook W.G. Huijgen, Nieuw huwelijkvermogensrecht: opnieuw een aandachtspunt signaleerd, JBN 2018/33.

¹³ Anders is dat bij de VOF, aldus A.N. Labohm en A.H.N. Stollenwerck, De (voor)huwelijkse man-vrouw-firma en de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen, FTV 2019/2/3, onderdeel 2.10-3.

van art. 1:95a BW in de plaats. Dit is verschuldigd indien en voor zover een dergelijke vergoeding niet al op andere wijze ten bate van beide echtgenoten komt of is gekomen.¹⁴

Hoe wij ons de inhoud van art. 1:95a BW precies moeten voorstellen, blijft helaas duister. De wetgever heeft aan de praktijk overgelaten hoe men dit recht op vergoeding moet berekenen. In de parlementaire stukken van de behandeling in de Tweede en de Eerste Kamer worden verschillende berekeningswijzen genoemd.¹⁵ Men kan daarbij denken aan de winst van de onderneming in een gegeven jaar, maar ook aan hetgeen de echtgenoot zou hebben verdiend als hij dit werk had gedaan in dienst van een ander.

Er wordt zelfs gesuggereerd dat we hier minder moeten denken aan een vergoedingsrecht in de zin van de reprises en de recompenses, maar meer in het kader van een verrekenrecht dat zou voortvloeien uit een periodiek verrekenbeding. Wat dat dan precies betekent, wordt ook met die analogie niet echt duidelijk. Zoals bekend, wordt bij de periodieke verrekenbedingen immers onderscheid gemaakt tussen het meest beperkte periodieke verrekenbeding dat alleen betrekking heeft op het overgespaarde salaris van een echtgenoot (ook wel (Nieuw) Amsterdams verrekenbeding genoemd), de verrekening van zogenaamde “zuivere inkomsten”,¹⁶ dus inclusief de dividenden die uit de onderneming worden ontvangen als er sprake is van een BV of een NV, of het meest uitgebreide verrekenbeding inclusief de opgepote winsten die dus niet tot uitkering zijn gekomen, zie art. 1:141 leden 4 en 5 BW. Als partijen huwelijkse voorwaarden maken met een periodiek verrekenbeding dan zal de notaris hen de verschillende opties voorleggen waarna zij een gefundeerde keuze kunnen maken. Bij art. 1:95a BW, dat immers deel uitmaakt van het wettelijk stelsel sinds 1 januari 2018,¹⁷ ontbreekt deze voorlichting geheel. Men kan en mag van de bezoekende ambtenaar van de burgerlijke stand niet verlangen dat deze de echtgenoten hierop wijst. Kortom, voor echtparen waarbij art. 1:95a BW een rol speelt, blijft in de regel omvang van de vergoeding/verrekening ten bate van de gemeenschap uitermate vaag indien zij niet alsnog huwelijkse voorwaarden maken waarin dit nader geregeld wordt.

Daar komt nog bij dat niet duidelijk is ten laste van wie/wat de betaling komt omdat ook hier tegenstrijdige antwoorden over zijn gegeven in de parlementaire geschiedenis. Onduidelijk is of het vergoedingsrecht ten laste van de onderneming komt zoals in de Tweede Kamer is gezegd,¹⁸ dan wel ten laste van de ondernemende echtgenoot, zoals in de Eerste Kamer is

¹⁴ Vanwege hun genoemde opvatting ten aanzien van de geldstromen tussen de VOF en de echtgenoot, komen Labohm en Stollenwerck, o.c., onderdeel 3, tot de conclusie dat er op die manier eigenlijk altijd wel zal zijn voldaan aan de uitkering van een redelijke vergoeding aan de gemeenschap.

¹⁵ Zie voor een korte samenvatting W.G. Huijgen, De nieuwe wet inzake de beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen (wetsvoorstel 33987), JBN 2017/45, onder nummer 3.

¹⁶ Vergelijk HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617, m.nt. WMK (Rensing/Polak I).

¹⁷ Bovenop de genoemde onduidelijkheid is de wetgever ook nog vergeten duidelijkheid te scheppen met betrekking tot het overgangsrecht van deze bepaling. Zonder uitdrukkelijke bepaling geldt in de regel art. 68a OW, dat onmiddellijke werking voorschrijft. Dat zou betekenen dat art. 1:95a BW ook geldt voor reeds eerder ontstane huwelijksgemeenschappen waar een privéonderneming aanwezig is. Kennelijk is dat toch niet de bedoeling, zo kunnen wij afleiden uit art. IV van het Wetsvoorstel tegengaan huwelijkse gevangenschap (<https://www.internetconsultatie.nl/huwelijksegevangenschaptengaan>), dat ook een overgangsbepaling voor art. 1:95a BW blijkt te geven. Helaas is deze wet nog niet ingevoerd zodat onduidelijk blijft wat thans rechtens is voor reeds vóór 2018 ontstane gemeenschappen. Zie ook Stollenwerck, Herstel van een omissie inzake het nieuwe vergoedingsrecht van art. 1:95a BW, FTV 2019/1/1.

¹⁸ Nota n.a.v. het verslag, TK, 33 987, nr. 10, 21.

opgemerkt.¹⁹ Het verschil kan relevant worden als er bijvoorbeeld veel kennis, vaardigheden en arbeid is geïnvesteerd terwijl er niet of nauwelijks winst is gemaakt, zoals niet ongebruikelijk is bij een startup. Als men aanneemt dat de betaling ten laste van de onderneming moet geschieden, dan is deze nihil omdat er geen winst is gemaakt. Als men aanneemt dat de betaling ten laste van het privévermogen van de ondernemer moet komen, dan zou in dat geval van de startup wel een uitkering betaald kunnen worden als er om andere redenen middelen in het privévermogen voorhanden zijn, bijvoorbeeld uit een erfenis of anderszins aangebracht privévermogen. Vanuit het standpunt van de gemeenschap die recht heeft op de vergoeding omdat er heel hard en kundig is gewerkt door de echtgenoot-ondernemer, lijkt dit heel redelijk, maar ik kan mij goed voorstellen dat de echtgenoot-ondernemer dat zelf heel anders ziet.

Daarnaast maakt het antwoord op de vraag of de betaling ten laste van de onderneming of van de ondernemer moet komen, ook nog verschil in het kader van de verjaring. Is er wel een som verschuldigd aan de gemeenschap maar is deze staande het huwelijk niet betaald, dan verjaart deze vordering niet als deze ten laste van de ondernemer-echtgenoot komt, zie art. 3:321 lid 1 sub a BW. Komt de betaling ten laste van de onderneming, dan geldt deze regel niet en verjaart deze vordering volgens de gewone regels na vijf jaren, aldus art. 3:307 BW.

Het lijkt erop dat de toevoeging van deze bepaling vrij laat in het wetgevingsproces²⁰ de duidelijkheid ervan niet ten goede is gekomen. Oorspronkelijk was hiervoor de uit de gemeenschap van winst en verlies/vruchten en inkomsten afkomstige regeling geleend die reeds eerder werd aangestipt.²¹ In die stelsels was de onderneming steeds privévermogen maar kwamen de winsten en de verliezen steeds ten laste van de gemeenschap voor zover dat redelijk was.²² In die versie waren de echtgenoten ook nog draagplichtig ingeval een negatieve gemeenschap zou resteren overeenkomstig de regeling van de gemeenschap van vruchten en inkomsten, die tot willekeur en onrecht kon leiden.²³ In zoverre is het goed dat de oorspronkelijke regeling, afkomstig uit de gemeenschap van vruchten en inkomsten, is geschrapt en vervangen door een andere regeling, maar het zou voor de praktijk beter zijn geweest als de nieuwe regeling wat beter uitgewerkt zou zijn. Ik verwacht dat art. 1:95a BW bij echtgenoten zonder huwelijkse voorwaarden tot veel rechtszaken zal leiden; iets wat niet gewenst is bij een wettelijk stelsel. En dan laten we de onzalige plannen om de gesubsidieerde

¹⁹ EK, 33 987, nr. C, 25.

²⁰ Deze wijziging kwam pas bij de Nota van Wijziging, TK, 33 987 nr. 11, naar voren.

²¹ Zie de MvT, TK, 33 987, nr. 3, . 17.

²² Art. 1:126 BW oud luidde:

1. Buiten de gemeenschap van vruchten en inkomsten vallen de goederen en schulden die behoren tot een door één der echtgenoten uitgeoefend bedrijf of vrij beroep. Deze bepaling is niet van toepassing op registergoederen op naam van de andere echtgenoot.

2. Ten bate of ten laste van de gemeenschap komen vergoedingen ten bedrage van de winsten en verliezen van het bedrijf of beroep, vast te stellen naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd.

3. Voor zover een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefend bedrijf hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, wordt dat bedrijf voor de toepassing van het vorige lid aangemerkt als een door die echtgenoot uitgeoefend bedrijf.

²³ Reinhartz, Scènes uit een huwelijk. Oftewel: beter ten halve gekeerd..., Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht (FJR) 2015, afl. 1, 4-12.

rechtsbijstand in geval van echtscheiding en erfrecht-zaken af te schaffen, nog even buiten beschouwing.

... en de studenten

Kees, gedurende jouw carrière aan de UvA hebben de studenten je altijd nauw aan het hart gelegen. Streng doch rechtvaardig ben je hen tegemoet getreden, daarbij strijdend tegen onrecht en bureaucratie, maar wel in de verwachting dat zij zich ook redelijk zouden opstellen. Daarom wilde ik in mijn verhaal voor jou deze belangrijke speler in de academische gemeenschap niet buiten beschouwing laten.

Dat brengt mij tot de vraag: hoe reageren studenten op de genoemde wetswijzigingen? Is er voor hen nog chocolade van te maken?!

Afgelopen najaar 2018 vond weer – zoals gebruikelijk – een cursus Huwelijksvermogensrecht plaats voor de masterstudenten Privaatrechtelijke rechtspraktijk waarin ik bovenstaande regeling moest uitleggen. Natuurlijk probeer je dan als docent de studenten niet alleen bij te brengen wat er in de nieuwe wetsartikelen staat maar probeer je ze ook nog iets mee te geven van de achtergronden van de nieuwe wet.

Waarom vonden de initiatiefnemers van wetsvoorstel 33 987 het nodig om zo kort na de wijzigingen per 2012 alweer een wijziging voor te stellen? Het initiatiefwetsvoorstel dateert immers van 2014, dus van vlak na de invoering van de wijzigingen van januari 2012.

Ik probeer de studenten dan uit te leggen wat de basis is van het nieuwe wettelijke systeem versus de basis van het oude systeem. Het oude systeem heeft de gedachte als grondslag dat man en vrouw één zijn. Daar hoort een uitgebreide wettelijke gemeenschap bij, inclusief de aanbrengsten en de erfenissen en giften zonder uitsluitingsclausule. Het nieuwe systeem gaat uit van een beperkte gemeenschap.

Hoe werkt het geheel in de praktijk waarin de studenten kort na hun afstuderen in terecht zullen komen? Hoe zijn de wetten in de praktijk ontvangen? Of te wel: kan ik de studenten uitleggen hoe wat in Den Haag is verzonnen werkt in de praktijk? |

Als wij beginnen met de beperkte omvang van de huwelijksgemeenschap per 2018, dan is hier nog niet zo heel veel over te zeggen als wij alleen maar kijken naar de echtscheidingspraktijk. De eerste echtscheidingsprocedures van paren die in 2018 in het huwelijk zijn getreden, zijn alweer begonnen, als ik de verhalen uit de praktijk mag geloven, maar daar valt nog weinig over te zeggen. Vooral bij wat langer durende huwelijken moet ik de studenten vertellen dat wij grote problemen op het terrein van het bewijs verwachten: het mag dan zo zijn dat voorhuwelijkske privéverkrijgingen en verkrijgingen krachtens erfrecht en giften privé zijn, maar als dat privé karakter niet kan worden aangetoond, dan wordt alsnog vermoed dat het goed gemeenschappelijk is.²⁴ Ook de studenten kunnen zich hierbij mijn aarzelingen goed

²⁴ Zie art. 1:94 lid 8 BW (nieuw) voor het vermoeden dat het goed in de huwelijksgemeenschap valt, en art. 1:131 BW voor het vermoeden dat het goed in een eenvoudige gemeenschap overeenkomstig titel 3.7.1 BW valt als het niet in de tussen partijen geldende huwelijksgemeenschap kan vallen. Vroeger waren beide vermoedens

Met opmerkingen [NGv2]: Suggestie: "Kan ik de studenten uitleggen hoe wat in Den Haag is verzonnen werkt in de praktijk?"
Ik doe deze suggestie omdat het anders is alsof je de studenten hier alweer hebt verlaten (en naar de praktijk bent gekeerd), terwijl je nog maar net bij de studenten was aangekomen. Ik stel daarom voor dat je hetgeen je over de praktijk meldt meer expliciet in een context plaatst van wat contact met de studenten. Helder?

voorstellen: moet je een wet maken en invoeren die vanwege een bewijsvermoeden waarschijnlijk in veel gevallen een heel andere uitkomst zal geven dan de echtgenoten verwachten? Ook voor de studenten die nog niet veel ervaring hebben in de praktijk maar wel een basisgevoel voor wat “rechtvaardig is”, voelt dat niet goed.

Ook de problematiek van de consumptieve bestedingen van privévermogen (bijvoorbeeld dat met een privé-erfenis een al dan niet erg dure vakantie wordt betaald of een luxe auto wordt gekocht) baart ons zorgen maar daar is heel recent een standaardarrest door de Hoge Raad over geweest. De lagere jurisprudentie was erg verdeeld over de vraag of er dan een reprise moet ontstaan (een vergoedingsrecht van de gemeenschap aan het privévermogen om de privé-onttrekking weer goed te maken).²⁵ De Hoge Raad heeft op 5 april 2019²⁶ de knoop doorgehakt: in beginsel heeft degene met wiens privé-geld een gemeenschapsschuld is betaald, een reprise. Ook het feit dat het geld, dat onder uitsluitingsclausule was verkregen, op een gemeenschappelijke rekening van partijen was gestort en daardoor vermengd was geraakt met gemeenschapsgeld, doet daar volgens de Hoge Raad niet aan af. Het is positief, dat de Hoge Raad hierover een beslissing heeft gegeven, omdat dit een vaak voorkomend geschil is. Natuurlijk bestond deze problematiek voor 2018 ook al (de zaak bij de Hoge Raad betreft een echtpaar dat is gehuwd in 1985) maar doordat er sinds 2018 veel meer privévermogen is gekomen, zal het veel vaker voorkomen dat gemeenschapsschulden (zoals de meeste consumptieve schulden bij de gemeenschap van goederen gekwalificeerd worden) met privévermogen worden betaald. Voor 2018 vielen erfenissen en schenkingen zonder uitsluitingsclausules (kortgezegd) immers gewoon in de gemeenschap, net als aangebracht vermogen. In de zaak die recentelijk door de Hoge Raad zelf is afgedaan, was er sprake van een aantal schenkingen onder uitsluitingsclausule waaruit consumptieve uitgaven waren betaald. De studenten zullen blij zijn dat hier nu eindelijk een “echt antwoord” op is gegeven, wat in deze gevallen rechtens is. Zij worden vaak wat onrustig als wij in het onderwijs moeten zeggen dat we het antwoord niet weten en dat er op twee manieren over kan worden gedacht.

... en het notariaat

Een beroepsgroep die “aan de voorkant” van de juridische keten zit bij beide kwesties, zowel ten aanzien van de nieuwe omvang van de gemeenschap, als ook met het vergoedingsrecht van art. 1:95a BW, is het notariaat, een beroepsgroep die ons beiden na aan het hart lag en ligt.

Notarissen hebben te maken met echtgenoten die sinds 1 januari 2018 in het huwelijk zijn getreden zonder (goed voorgelicht te zijn en zonder) huwelijkse voorwaarden te maken en waar zich met name de bepaling van art. 1:94 lid 2 aanhef (voor de activa) en art. 1:94 lid 7

opgenomen in art. 1:131 BW maar deze twee verschillende gevallen zijn sinds 2012/2018 opgenomen in respectievelijk art. 1:94 lid 6/8 BW en art. 1:131 BW, dat per 2018 niet is gewijzigd.

²⁵ Zie het uitgebreide overzicht van F.A.M. Schoemaker in *Erfrecht Actueel* 2019/8, § 1 (SDU). Over de problematiek omtrent gemeen of privé ten gevolge van zaaksvervangings (art. 1:95 BW), die naar nieuw recht ook vaker zal optreden omdat er meer privévermogen is, zullen wij hier maar zwijgen vanwege de omvang van deze bijdrage.

²⁶ ECLI:NL:HR:2019:504.

aanhef BW (voor de passiva) wreekt. Het probleem dat daarbij speelt, is dat na een goedbedoelde aanpassing van wetsvoorstel 33 987²⁷ toch bepaalde voorhuwelijkse goederen en schulden in de gemeenschap vallen, namelijk goederen die partijen reeds vóór het huwelijk gezamenlijk hadden verkregen, en schulden die op deze goederen betrekking hebben alsmede andere gemeenschappelijke schulden. Vóór 2018 was dat ook zo, omdat toen in beginsel alle voorhuwelijkse goederen en schulden in de gemeenschap vielen, maar dat verwachtten partijen ook. In het nieuwe recht onthouden partijen vaak alleen de hoofdregel: voorhuwelijkse goederen en schulden zijn privé, maar dat geldt dus niet voor alle voorhuwelijkse goederen en schulden.

Het gaat in verschillende constellaties mis: bij paren die tijdens de voorhuwelijkse samenwoon-periode bijvoorbeeld een gezamenlijk huis hebben verkregen in een andere eigendomsverhouding dan 50%/50%. Daarvoor geldt dat het huis na de huwelijksluiting in de huwelijksgemeenschap valt waartoe partijen elk voor de helft gerechtigd zijn (zie art. 1:100 BW). Daardoor verandert de eigendomsverhouding die vaak gerelateerd was aan de betaling van de aandelen, zonder dat de echtgenoten zich dat realiseren. De financiering die niet 50%/50% was, blijft zo als zij was; een onbedoelde discrepantie waar echtgenoten waarschijnlijk pas bij de echtscheiding achter komen als de verdeling van de huwelijksgemeenschap aanstaande is. Men kan dan bij echtscheidingsconvenant voor een andere verdeling dan 50%/50% kiezen,²⁸ maar dat werkt alleen als beide echtgenoten daarvoor tekenen. Laat een scheidingsituatie nou vaak niet bepaald de tijd zijn waarin partijen nog geneigd zijn om soepel met elkaar samen te werken.

Maar ook bij paren waarvan de ene partner zijn deel van de financiering van een gezamenlijk goed zelf heeft betaald en de andere zijn deel heeft moeten lenen, werkt de regeling van art. 1:94 BW nieuw niet naar verwachting. Dan valt het goed zelf in de gemeenschap, en dat geldt ook voor de schuld van de minder-vermogende partner. Die schuld wordt dan een gemeenschapsschuld die partijen uiteindelijk samen moeten dragen, terwijl de meer vermogende echtgenoot zijn deel van de financiering al uit privévermogen heeft voldaan. Per saldo komt het er dan op neer dat deze zijn deel zelf heeft gefinancierd en het deel van de ander voor de helft, terwijl beiden voor de helft gerechtigd zijn tot de woning. Ook dat gevolg is een ongewenst neveneffect van art. 1:94 BW (nieuw).

Kunnen notarissen die hiermee worden geconfronteerd, nog iets voor partijen betekenen? Theoretisch is het mogelijk dat partijen alsnog teruggaan naar de goederenrechtelijke situatie die voor de boedelmenging bestond. Dit moet worden bewerkstelligd door middel van huwelijkse voorwaarden inhoudende scheiding van goederen en daarmee verbonden een verdeling waarbij elk der partners het zijne weer krijgt toebedeeld. Als partijen dit doen binnen drie jaren na de huwelijksluiting en zij aangeven dat zij eigenlijk huwelijkse voorwaarden vóór het huwelijk hadden willen maken maar dat zij dit hebben verzuimd, dan kan dit alsnog geschieden zonder dat partijen schenkbelasting zijn verschuldigd.²⁹ Dit

²⁷ In de Nota van Wijziging, TK, 33 987, nr. 11.

²⁸ Art. 1:100 lid 1 BW.

²⁹ Zie het besluit, DGB2010/872M, waarin dit is geregeld. In de volksmond staat deze regeling ook wel bekend als 'spijtoptantenregeling'.

veronderstelt natuurlijk wel dat op dat moment beide echtgenoten nog mee willen werken aan die ongelijke verdeling. De echtgenoot die door de ongewenste gevolgen van de boedelmenging is benadeeld, is hierbij geheel afhankelijk van de medewerking van de echtgenoot die door die boedelmenging een ongepland voordeel heeft gekregen. Deze remedie zal dus ook niet in alle gevallen soelaas bieden.

Is de nieuwe regeling dan tenminste “modern”?

Tot zover is er vooral kritiek geuit op allerlei (onbedoelde) neveneffecten van de nieuwe wet. Kan ik de studenten dan tenminste vertellen dat de nieuwe regeling “modern” is, en dat in ieder geval op dat punt succes is geboekt?

Wij kunnen ons natuurlijk afvragen of de nieuwe regeling per 2018, nog even afgezien van de wat ingewikkelde herkomst van de ideeën die hieraan ten grondslag liggen, wel past bij de moderne tijd. De opstellers van de wetsontwerpen in 2003 en 2014 (van resp. de wetten die zijn ingevoerd in 2012 en 2018) zullen er oprecht van overtuigd zijn geweest dat met de nieuwe wetgeving de echtparen in Nederland vooruit geholpen zouden worden. We zouden meegaan met de vaart der Europese volkeren en we zouden minder last hebben van het feit dat de Nederlandse oude gemeenschap van goederen afwijkt van wat er elders in Europa te vinden is aan wettelijke stelsels. Zijn die aannames van de opstellers terecht?

Wat betreft de omvang van de gemeenschap, geldt dat de beperking tot – grof gezegd – goederen en schulden die de echtgenoten tijdens de gemeenschap hebben verkregen doordat ze de goederen tijdens het bestaan van de gemeenschap hebben “verdiend”, onder meer is gebaseerd op een NIPO-onderzoek uit 2002 in opdracht van het WODC en een rechtsvergelijkend onderzoek door de collegae in Utrecht.³⁰ Men zou ook andere conclusies uit deze onderzoeken kunnen trekken, maar de conclusies die de opstellers van de twee wetsvoorstellen, 28 867 en 33 987, uit deze onderzoeken hebben getrokken, waren dat ten eerste “het Nederlandse volk” dat zo wilde en ten tweede dat Nederland niet uit de Europese pas zou moeten lopen met een meer omvattende huwelijksgemeenschap. De uitkomsten van het NIPO-onderzoek zijn mijns inziens veel genuanceerder dan de heldere conclusie die getrokken is.³¹

Wat betreft de Europese pas: elk van de onderzochte landen heeft een heel eigen wettelijk stelsel, zodat er niet van één Europese lijn gesproken kan worden waar wij ons bij aan zouden kunnen sluiten. Bovendien zal het probleem van afwijkende stelsels in ieder geval voor de toekomst veel minder pregnant zijn dan vroeger. Per 29 januari 2019 is de Europese

³⁰ <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/derde-fase-huwelijksvermogensrecht.aspx>; https://www.wodc.nl/binaries/98.124-deel1-landenrapporten_tcm28-74835.pdf en https://www.wodc.nl/binaries/98.124-deel2-ii-tm-iv-en-bijlagen_tcm28-74836.pdf, gezamenlijk gepubliceerd in Ars Notariatus nr. CIII.

³¹ Zie voor een kort overzicht mijn drieluik: De nieuwe voorstellen ter aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen, FJR 2006, afl. 1, 3-14; Een uitweg uit de impasse van wetsvoorstel 28 867, de herziening van de gemeenschap van goederen, FJR 2008, nr. 2, p. 28-35; en Scenes uit een huwelijk. Oftewel: beter ten halve gekeerd..., FJR 2015, afl. 1, 4-12. Zie voor een uitgebreid overzicht over de wetgeving van 2012 en 2018 GS Personen- en familierecht, art. 1:93 BW, aant. 0.

Met opmerkingen [NGv3]: Er volgt straks nog een “Tot slot”. Mijn voorstel is om dit “Tot slot” hier weg te halen

huwelijksvermogensverordening 2016/1103 in werking getreden, waardoor bij de deelnemende 18 landen hetzelfde conflictenrecht geldt: in alle deelnemende landen³² wordt volgens dezelfde regels vastgesteld welk recht op het huwelijksvermogen van partijen toepasselijk is.³³ Ik zal niet zeggen dat daarmee alle problemen zijn opgelost (in tegendeel, want door die verordening komen er nog wat extra problemen bij, bijvoorbeeld ten aanzien van de rechtskeuze) maar de omvattende regeling van de verordening zal het samenleven in die landen in Europa een heel stuk eenvoudiger maken als we kijken naar het huwelijksvermogensrecht van echtgenoten. Doordat de landen het eens zijn welk recht van toepassing is, maakt het waarschijnlijk wat minder uit dat de materiële rechtsstelsels van de betrokken landen van elkaar verschillen. De harmonisatie vindt niet plaats via het materiële recht maar via eenvormig conflictenrecht.

Als ik dan tot slot van het college nog een opmerking maak over het feit dat de uitgangspunten wellicht modern mogen lijken, maar dat de achterliggende gedachten alles behalve modern zijn, dan dreig ik de studenten in verwarring achter te laten. Hoeveel kunnen zij beginnen met de boodschap dat deze wetgeving uit 2018 is gestoeld op een oud-Testamentarische tekst: “In het zweet uws aanschijns zult gij brood eten, totdat gij tot de aarde wederkeert, Genesis 3 vers 19”? Alles wat partijen immers niet samen hebben “verdiend”, dus bijvoorbeeld erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen, valt – zoals hierboven nader uitgewerkt – in beginsel buiten de huwelijksgemeenschap. In wezen is het nieuwe huwelijksvermogensrecht anno 2018 gebaseerd op een oud-Testamentarische zin, die later qua gedachte is overgenomen door het Calvinisme en die wij in het Nederland van de eerste helft van de 20e eeuw overal terug vinden, niet alleen in het voornamelijk protestantse deel van het land. Als ik dit aan mijn studenten probeer mee te geven, stuit ik in het algemeen op onbegrip, dat naar ik aanneem grotendeels zijn grond vindt in ontbrekende kennis van de Joods-Christelijke *roots* van ons hedendaagse denken. Ik kan het dan niet laten om ze ook daarover nog wat basale kennis mee te geven, ook al heeft dat weinig met *hardcore* huwelijksvermogensrecht te maken.

Tot slot

Kees, de tijd van jouw leeftijdsontslag, bij ons hoogleraren met de chique term “emeritaat” aangeduid, is gekomen. Aan de ene kant is dat goed omdat je je niet meer hoeft te ergeren aan allerlei zaken die in jouw ogen niet goed gaan, maar aan de andere kant zul je het werken met jouw collegae en de studenten missen; dat weet ik zeker. Het is een prachtige leeftijd waarop de maatschappij haar slimste jonge mensen aan ons toevertrouwt. Jij hebt dit vertrouwen altijd waargemaakt en geprobeerd, ze verder op weg te helpen. Heel veel dank hiervoor.

Het ga je goed!

Met opmerkingen [NGv4]: Ik zou tot slot die “Tot slot” laten staan

³² België, Bulgarije, Tsjechië, Duitsland, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Kroatië, Italië, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Slovenië, Finland en Zweden doen gelijk vanaf het begin mee. Estland heeft het verzoek ingediend ook mee te mogen doen.

³³ Zie voor het overgangsrecht art. 69 Verordening 2016/1103. Een vergelijkbare regeling voor het partnerschapsvermogensrecht vinden wij in de Europese Verordening nr. 2016/1104.