

Woning, gefinancierd met groten- deels onder uitsluitingsclausule kwijtgescholden geldlening, gemeenschappelijk of privé?

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1199 (mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, C.E. Drion, G. de Groot en T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)

Personen- en familierecht. Verdeling ontbonden huwelijks-gemeenschap. Woning gekocht met geldlening die voor 2/3 is kwijtgescholden onder uitsluitingsclausule. Is woning gemeenschappelijk of privé? Strekking samenstel gelijk-tijdig verrichte rechtshandelingen. Analoge toepassing artikel 1:124 lid 2 BW (oud) op wettelijke gemeenschap van goederen? Totstandkomingsgeschiedenis artikel 1:95 lid 1 BW.

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

1 De vrouw en de man zijn op 12 mei 1989 in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. Op 11 december 2008 is het huwelijk door echtscheiding ontbonden.

2 Uit een schuldbekentenis van 16 april 1993 blijkt dat de man aan zijn ouders een hoofdsom van f 52.000,- verschuldigd is geworden wegens op die dag ter leen ontvangen gelden ter financiering van de aankoop door de man van een (aan zijn ouders toebehorende) schuur met aanhorigheden, ondergrond en tuin (hierna: het perceel). Uit de schuldbekentenis blijkt voorts dat de ouders van de man hem van voormeld bedrag een gedeelte, groot

f 34.996,- (dus ongeveer 2/3), hebben kwijtgescholden en dat de kwijtschelding is geschied onder uitdrukkelijke bepaling dat het geschonken bedrag, met inbegrip van de daaruit voortvloeiende vruchten en hetgeen door belegging of wederbelegging daarvoor in de plaats zal komen, niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen.

3 Uit een akte van levering van eveneens 16 april 1993 blijkt dat de ouders van de man het perceel aan de man hebben verkocht en geleverd voor een koopsom van f 52.000,- en dat zij de koopsom hebben ontvangen door storting bij de notaris.

4 De vrouw en de man zijn op 16 juli 1993 een hypothe-caire geldlening aangegaan en hebben met het geld een op het door de man aangekochte perceel aanwezige opstal verbouwd tot woonhuis (hierna: de echtelijke woning). De echtelijke woning is door natrekking eigendom van de man geworden.

Het geding in feitelijke instanties²

In dit geding hebben zowel de vrouw als de man onder meer verdeling van de ontbonden huwelijksgoederen-gemeenschap verzocht. De vrouw heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat de echtelijke woning tot de huwelijksgoederengemeenschap behoort en dat de man

¹ Ontleend aan de punten (i) t/m (iv) (onder *Beoor-deling van het middel*) van de beschikking van de

Hoge Raad.

² Ontleend aan de punten 3.2.1 t/m 3.2.3 (onder

Beoordeling van het middel) van de beschikking van de Hoge Raad.

een deel van de waarde toekomt ter grootte van de door diens ouders geschonken aankoop voor het perceel. De man is van mening dat de woning niet tot de huwelijks-goederengemeenschap behoort, maar zijn privé-eigendom is, en dat ter zake geen verrekening hoeft plaats te vinden. Hij heeft daartoe aangevoerd dat hij het perceel met van zijn ouders verkregen privé-geld heeft gekocht, zodat dit via zaaksvervanging zijn privé-eigendom is geworden (art. 1:124 lid 2 BW oud).

De rechtbank heeft geoordeeld dat de echtelijke woning tot de huwelijks-goederengemeenschap behoort en dat aan de man een vergoedingsrecht ten laste van die gemeenschap toekomt ten bedrage van het hem door zijn ouders geschonken bedrag van f 34.996,-.

Het hof heeft de (tussen- en eind)beschikkingen van de rechtbank vernietigd. In zijn tussenbeschikking heeft het geoordeeld dat het perceel met daarop de voormalige echtelijke woning niet in de gemeenschap is gevallen en dus niet voor verdeling in aanmerking komt. Daartoe overwoog het hof onder meer als volgt.

‘3.6. (...) Het perceel is betaald met geld dat de man met dat doel van zijn ouders heeft geleend.

De ouders hebben een deel van de lening kwijtgescholden onder uitsluitingsclausule. Lening, koop, overdracht en kwijtschelding zijn gelijktijdig gebeurd. Nu de man, door de kwijtschelding onder uitsluitingsclausule van een deel van de lening, een deel van de voor de koop verschuldigde tegenprestatie geschonken heeft gekregen en de schenking is verrekend met het recht op voldoening van de verschuldigde koopprijs, is de tegenprestatie niet ten laste van de huwelijks-gemeenschap, maar ten laste van het privévermogen van de man gekomen. Het ligt voor de hand om de maatstaf van artikel 1:124 lid 2 BW³ ook hier toe te passen, bepalende dat een goed buiten de gemeenschap blijft als het voor meer dan 50% is gefinancierd met geld uit het privévermogen van degene die het goed verkrijgt of, anders gezegd, als de schenking (kwijtschelding met uitsluitingsclausule) – bij de verkrijging van het goed – meer dan de helft van de verschuldigde tegenprestatie omvat.⁴

De koopsom van het perceel bedroeg f 52.000,-, de man heeft de volledige koopsom van zijn ouders geleend en de ouders hebben een deel groot f 34.996,- onmiddellijk kwijtgescholden onder uitsluitingsclausule. Aldus is naar het oordeel van het hof de koopsom van het perceel voor meer dan de helft ten laste van het privévermogen van de man gekomen.

Met analoge toepassing van artikel 1:124 lid 2 BW is het hof van oordeel dat het perceel met daarop de echtelijke woning niet in de gemeenschap is gevallen en derhalve niet voor verdeling in aanmerking komt.

(...)

3.12. (...) Het standpunt van de vrouw dat eerst geld is geleend, vervolgens de woning is gekocht en ten slotte de lening deels is kwijtgescholden, doet geen recht aan het feit dat lening, koop en kwijtschelding in onderhavig geval een samenspel⁵ van gelijktijdige handelingen betreft, zo geconstrueerd en vastgelegd door de ingescha-

kelde notaris, en miskent in het bijzonder dat de kwijtschelding van een deel van de lening plaats had gelijktijdig met de lening en met de koop en het transport van de onroerende zaak.

In een geval als het onderhavige, waarbij geld wordt geleend en met dat geld een onroerende zaak van de uitlener wordt gekocht en gelijktijdig met de lening een deel ervan wordt kwijtgescholden onder uitsluitingsclausule, acht het hof voor de vraag of het goed in de gemeenschap is gevallen beslissend ten laste van welk vermogen de aan de koop verbonden tegenprestatie (voor meer dan de helft) is gekomen. Zoals hiervoor in 3.6 uiteengezet is in het onderhavige geval de koopprijs naar het oordeel van het hof voor meer dan de helft ten laste van het privévermogen van de man gekomen.⁶

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen als volgt.⁶

‘3.3.1 Onder 2.7-2.9 komt het middel op tegen het oordeel van het hof dat de koopsom voor het perceel voor meer dan de helft ten laste is gekomen van het privévermogen van de man. Volgens onderdeel 2.7 heeft het hof miskend dat de door de man tijdens het huwelijk aangegane lening een gemeenschapsschuld is, zodat, nu de koopprijs (gedeeltelijk) is voldaan met (gedeeltelijke) kwijtschelding van die gemeenschapsschuld, de koopsom geacht moet worden ten laste van de gemeenschap te zijn gekomen. Daaraan doet niet af dat aan de kwijtschelding een uitsluitingsclausule is verbonden, noch dat verkoop, lening en kwijtschelding tegelijkertijd hebben plaatsgevonden. Het stond de ouders van de man vrij om – uit erfrechtelijke overwegingen – voor de onderhavige constructie te kiezen, maar dat rechtvaardigt niet (zonder meer) daaraan huwelijksgoederenrechtelijke gevolgen te verbinden. Onder 2.8 verwijt het middel het hof zijn oordeel onvoldoende te hebben gemotiveerd en in 2.9 klaagt het dat het hof de aard en strekking van de kwijtschelding had moeten vaststellen door uitleg, waarbij het had moeten betrekken de stelling van de vrouw dat de ouders van de man destijds niet de bedoeling hadden om het perceel buiten de huwelijks-goederengemeenschap te houden.

3.3.2 De onderhavige zaak kenmerkt zich hierdoor dat op 16 april 1993 de volgende rechtshandelingen hebben plaatsgevonden:

- (i) de man heeft van zijn ouders geleend en ontvangen een bedrag van f 52.000,- ter financiering van de aankoop van het perceel;
- (ii) de ouders hebben ten titel van koop het perceel aan de man geleverd waarbij in de leveringsakte is vermeld dat de koopsom van f 52.000,- is ontvangen door storting onder de notaris; en
- (iii) de ouders hebben de man een bedrag van f 34.996,- kwijtgescholden onder de uitdrukkelijke bepaling dat het geschonken bedrag niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen.

3.3.3 Het oordeel van het hof komt erop neer dat dit samenstel van gelijktijdig verrichte rechtshandelingen (naar de bedoeling van de ouders van de man) ertoe strekte de tegenprestatie voor de overdracht van het perceel aan de man ten laste van diens privévermogen te laten komen. De hiertegen onder 2.9 van het middel gerichte klacht faalt op de gronden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.46 en 2.47.⁷

3 Het hof bedoelt uiteraard de tekst van deze bepaling, zoals deze gold op 16 april 1993, de datum van de lening, koop, overdracht en kwijtschelding. Deze tekst heeft gegolden vanaf 1 januari 1992 tot 1 januari 2012, toen de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen (Wet van 18 april 2011, *Stb.* 2011, 205) in werking trad en de tekst van art. 1:124 lid 2 BW (oud) in een enigszins gewijzigde redactie werd overgeheveld naar art. 1:95 lid 1 eerste volzin BW, waarover meer hierna onder punt 1 van deze noot.

4 Hier vergist het hof zich. De woorden ‘bij de verkrijging van dit goed’ komen wél voor in art. 1:95 lid 1 eerste volzin BW, maar kwamen niet voor in art. 1:124 lid 2 BW (oud). Daarentegen kwam een soortgelijke redactie weer wél voor in art. 1:124 lid 1 slot BW (oud), zoals deze bepaling luidde tot 1 januari 1992, toen de wet nog eiste dat de contraprestatie ‘ter gelegenheid van de verkrijging geheel’ (dus toen nog niet voor meer dan de helft) uit eigen goederen van de desbetreffende echtgenoot is voldaan.

5 Lees: samenstel.

6 In r.o. 3.3.1 vat de Hoge Raad de onderdelen 2.7 t/m 2.9 van het cassatiemiddel samen. In r.o. 3.3.2 t/m 3.3.5 beoordeelt hij deze onderdelen. In r.o. 3.4.1 vat de Hoge Raad de onderdelen 2.10 t/m 2.14 van het cassatiemiddel samen. In r.o. 3.4.2 t/m 3.4.5 beoordeelt hij deze onderdelen.

7 Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot 27 februari 2015, ECLI:NL:PHR:2015:146.

3.3.4 In cassatie is voorts niet in geschil dat voor de hiervoor in 3.3.2 weergegeven constructie is gekozen uit erfrechtelijke motieven, zoals het vermijden van het destijds aan schenking van een goed verbonden risico van aantastbaarheid daarvan wegens een beroep op de legitieme portie (zie het cassatieverzoekschrift onder 2.3, 2.4 en 2.7).

3.3.5 Door onder deze omstandigheden doorslaggevend betekenis toe te kennen aan de strekking van het samenstel van rechtshandelingen en te oordelen dat de tegenprestatie voor de overdracht van het perceel ten belope van het, onder de voorwaarde van uitsluiting, kwijtscholden bedrag ten laste van het privévermogen van de man is gekomen, heeft het hof geen blijf gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het heeft zijn oordeel bovendien voldoende gemotiveerd. De tegen dat oordeel gerichte klachten onder 2.7 en 2.8 falen dan ook.

3.4.1 Onder 2.10-2.13 bestrijdt het middel het oordeel van het hof dat plaats is voor analoge toepassing van art. 1:124 lid 2 (oud) BW. Het middel wijst erop dat deze bepaling slechts gold voor de gemeenschap van vruchten en inkomsten en betoogt dat analoge toepassing op de wettelijke gemeenschap van goederen afstuit op de eis van rechtszekerheid, te meer vanwege het uitzonderingskarakter van de rechtsfiguur van (oneigenlijke) zaaksvervangings. Onder 2.14 klaagt het middel dat, indien het hof heeft geoordeeld dat aan het sinds 1 januari 2012 geldende art. 1:95 lid 1 BW anticiperende werking toekomt, dat onjuist is, onder meer omdat de wetsgeschiedenis daarvoor geen aanknopingspunt biedt.

3.4.2 Art. 1:124 (oud) BW luidde als volgt:

‘1. De gemeenschap van vruchten en inkomsten omvat, wat haar baten betreft, alle goederen die de echtgenoten tijdens het bestaan van de gemeenschap hebben verkregen anders dan door erfopvolging, making of gift, met uitzondering van hetgeen krachtens de volgende leden buiten de gemeenschap valt.

2. Een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, blijft buiten de gemeenschap, indien het voor meer dan de helft van zijn prijs ten laste van hem persoonlijk komt.

3. (...)

De bepaling maakte deel uit van de regeling die gold voor de beperkte huwelijksgemeenschap van vruchten en inkomsten, en die van overeenkomstige toepassing was op de beperkte huwelijksgemeenschap van winst en verlies (art. 1:128 (oud) BW). Met ingang van 1 januari 2012 zijn deze bepalingen vervallen.

3.4.3 De regeling van art. 1:124 lid 2 (oud) BW is verplaatst naar art. 1:95 BW, dat deel uitmaakt van de regeling betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen. Met ingang van 1 januari 2012 luidt art. 1:95 lid 1 BW:

‘Een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, blijft buiten de gemeenschap indien de tegenprestatie bij de verkrijging van dit goed voor meer dan de helft ten laste komt van zijn eigen vermogen. Voor zover de tegenprestatie ten laste van de gemeenschap komt, is de echtgenoot gehouden tot een vergoeding aan de gemeenschap. Het beloop van de vergoeding wordt bepaald overeenkomstig artikel 87, tweede en derde lid.’

De MvT vermeldt over deze bepaling onder meer (Kamerstukken II 2002-2003, 28 867, nr. 3, p. 22):

‘In de huidige regeling van de wettelijke gemeenschap wordt een zaaksvervangingsregel node gemist. Over het algemeen wordt in de literatuur het standpunt verdedigd dat de voor beperkte gemeenschappen geschreven regel van artikel 124, tweede lid, van overeenkomstige toepassing is.

(...)

Ik merk overigens op dat naar huidig recht een en ander niet anders is, nu – zoals hiervoor opgemerkt – over het algemeen de voor beperkte gemeenschappen geschreven regel van artikel 124, tweede lid, van overeenkomstige toepassing wordt geacht op de gemeenschap van goederen. (...)

3.4.4 Voor de eerste zin van art. 1:95 lid 1 BW, waarvan de inhoud overeenkomt met art. 1:124 lid 2 (oud) BW, is geen overgangsrecht vastgesteld: de bepaling heeft in zoverre onmiddellijke werking. In de MvT is daarover vermeld (Kamerstukken II 2002-2003, 28 867, nr. 3, p. 31):

‘Het voorgestelde artikel 95 is nieuw en bevat een zaaksvervangingsregel. Voorheen was deze regel voor de beperkte gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten opgenomen in artikel 124, tweede lid. Algemeen wordt aangenomen dat deze regel ook analogoos van toepassing is op de wettelijke gemeenschap van goederen. Op dit punt bestaat dus geen noodzaak om een regel van overgangsrecht op te stellen.’

3.4.5 Gelet op het voorgaande heeft het hof aan zijn vaststelling dat de koopsom voor het perceel voor meer dan de helft ten laste van het privévermogen van de man is gekomen terecht het rechtsgevolg verbonden dat het perceel geen deel uitmaakt van de huwelijks-goederengemeenschap en om die reden niet voor verdeling in aanmerking komt. Ook in zoverre faalt het middel dus.’

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het beroep van de vrouw.

Noot

1 Zaaksvervangings in het huwelijksvermogensrecht

De Hoge Raad heeft in deze beschikking een belangrijke toepassing van het beginsel van zaaksvervangings in het huwelijksvermogensrecht gegeven. Hij sluit zich terecht aan bij de heersende leer dat de regel van artikel 1:124 lid 2 BW (oud) van overeenkomstige toepassing is op de wettelijke gemeenschap van goederen in de periode vanaf 1992 tot 2012.⁸ Sinds 2012 vloeit de regel van zaaksvervangings rechtstreeks voort uit de plaatsing hiervan in afdeling 1.7.1 BW met algemene bepalingen betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen, en wel in artikel 1:95 lid 1 eerste volzin BW. De woorden ‘bij de verkrijging van dit goed’ in laatstgenoemde bepaling ontbraken echter in artikel 1:124 lid 2 BW (oud).⁹ Hof (r.o. 3.12) en Hoge Raad (r.o. 3.3.2 en 3.3.3) benadrukken weliswaar allebei het samenstel van *gelijktijdig* verrichte rechtshandelingen, maar ik benadruk nogmaals dat op 16 april 1993 – de datum van de koop, levering, geldlening en kwijtschelding – *niet* was vereist dat de tegenprestatie ‘ter gelegenheid van’, ‘bij’, ‘ten tijde van’, of hoe men het ook wil noemen, de verkrijging van de onroerende zaak voor meer dan de helft van de koopprijs ten laste van de man persoonlijk komt. Hoe dit

8 Tot 1992 gold een geheel ander regime op grond van het destijds geldende art. 1:124 lid 1 slot BW (oud), te weten de passage ‘tegen een contraprestatie die ter gelegenheid van de verkrijging geheel uit zijn eigen goederen is voldaan’ (zie voetnoot 4). De Wet van 15 november 1989, *Stb.* 1989, 541 (In-

voeringswet Boeken 3, 5 en 6 BW, zesde gedeelte), in werking getreden op 1 januari 1992, bracht ons de tekst van art. 1:124 lid 2 BW (oud), waarop de Hoge Raad in de onderhavige beschikking doelt. Zie hierover de MvT Inv., *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, Deventer: Kluwer 1991,

p. 66, waaruit met zoveel woorden blijkt dat het de bedoeling was de regeling van de zaaksvervangings te verruimen onder verwijzing naar o.a. de art. 3:167, 213 en 229 BW.

9 Zie voetnoot 4.

ook zij, men hoeft op grond van de parlementaire geschiedenis van zowel artikel 1:124 lid 2 BW (oud) als artikel 1:95 lid 1 eerste volzin BW, door de Hoge Raad (r.o. 3.4.3 en 3.4.4) uitdrukkelijk en letterlijk geciteerd, niet terughoudend om te springen met de zaaksvervangingsregel.¹⁰

2 Het samenstel van de op 16 april 1993 gelijktijdig verrichte rechtshandelingen

Als men de combinatie van de op 16 april 1993 verrichte rechtshandelingen – geldlening, koop, levering en kwijtschelding onder uitsluitingsclausule, zoals opgesomd door de Hoge Raad (r.o. 3.3.2) – in ogenschouw neemt, vraagt men zich wellicht af waarom de ouders het stuk grond met opstal zelf niet meteen onder uitsluitingsclausule aan hun zoon hebben geschonken onder de last om hun f 17.004,- te betalen. De Hoge Raad geeft zelf meteen antwoord op deze vraag (r.o. 3.3.4): voor deze constructie is gekozen uit erfrechtelijke motieven, zoals het vermijden van het destijds¹¹ aan schenking van een goed verbonden risico van aantastbaarheid daarvan wegens een beroep op de legitieme portie. Onder het oude erfrecht was het van belang te weten of een goed dan wel een geldbedrag was geschonken. Een legitimaris wiens legitieme portie was geschonden, kon makingen (erfstellingen en legaten) en giften inkorten. Deze werden dan vernietigd met terugwerkende kracht en goederenrechtelijk effect. Als dus een erfflater tijdens zijn leven een stuk grond aan een derde had geschonken, de legitieme portie van een legitimaris hierdoor was geschonden en laatstgenoemde de schenking van het stuk grond succesvol had ingekort (lees: vernietigd), werd het stuk grond geacht altijd in het vermogen (later de nalatenschap) van de erfflater te zijn gebleven met alle goederenrechtelijke gevolgen van dien. Het ging hier in het bijzonder om de artikelen 4:967, 972 en 976 BW (oud), terwijl derden op grond van artikel 4:976 lid 3 BW (oud) slechts in beperkte mate tegen de inkortingsactie van de legitimaris werden beschermd.¹² Thans is van deze actie geen goederenrechtelijk gevaar meer te dach-

ten, nu de legitieme portie op grond van artikel 4:7 lid 1 aanhef en onder g i.v.m. artikel 4:80 BW is gedegradeerd tot een verbintenisrechtelijke aanspraak in geld van de legitimaris jegens de gezamenlijke erfgenamen.

Met de onderhavige constructie heeft de instrumenterende notaris ervoor gezorgd dat de ouders niet het stuk grond met opstal zelf onder uitsluitingsclausule hebben geschonken aan hun zoon, maar hem als het ware een geldbedrag onder uitsluitingsclausule hebben geschonken door hem 2/3 van de geldlening onder uitsluitingsclausule kwijt te schelden. Kwijtschelding is een overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar, die inhoudt afstand om niet van een vorderingsrecht – in dit geval uit geldlening – door de schuldeiser jegens de schuldenaar, in de zin van artikel 6:160 lid 2 BW.¹³ ‘Om niet’ versta ik als ‘zonder tegenprestatie én uit vrijgevigheid’, waardoor sprake is van een schenkingsovereenkomst in de zin van artikel 7:175 BW – zie ook artikel 7:186 BW – en mede van een gift in de zin van artikel 1:94 lid 2 onder a BW betreffende de uitsluitingsclausule.

Nu de Hoge Raad terecht heeft beslist dat de onroerende zaak in haar geheel tot het privévermogen van de man behoort, omdat meer dan de helft – te weten 2/3 – van de koopprijs ten laste van hem persoonlijk is gekomen, staat hiermee tevens vast dat de gemeenschap een vergoedingsvordering, een zogenaamde ‘récompense’, ten bedrage van f 17.004,- ten laste van de man heeft, destijds op grond van artikel 1:122 i.v.m. artikel 1:96 lid 2 BW (oud) en thans op grond van artikel 1:95 lid 1 tweede volzin BW. Een belangrijk verschil tussen de vergoedingsvorderingen onder het oude en die onder het geldende recht is dat het vroeger om nominale bedragen ging,¹⁴ terwijl nu waardefluctuaties (zowel waardestijgingen als waardedalingen) ter zake van het goed waarop de vergoedingsvorderingen betrekking hebben, van belang zijn door de koppeling van artikel 1:95 lid 1 derde volzin en lid 2, alsmede artikel 1:96 lid 3 tweede volzin en lid 4 tweede volzin BW aan de leer van de economische deelgerechtigdheid van artikel 1:87 leden 2 en 3 BW.¹⁵

¹⁰ Zie over beide genoemde bepalingen J.B. Spath, *Zaaksvervangingsrecht* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 55), Deventer: Kluwer 2010, passim. De analoge toepasselijkheid van de zaaksvervangingsregel van art. 1:124 lid 2 BW (oud) staat buiten twiifel volgens M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 130. Zie ook HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295 (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent), *NJ* 2009/40, m.nt. L.C.A. Verstappen; AA 2008-11, p. 806-811, m.nt. A.J.M. Nuytinck, *AA20080806 (voortgezette verknoctheid en zaaksvervangingsrecht in het huwelijksvermogensrecht)*, in het bijzonder AA 2008-11, p. 809 rechterkolom, punt 4b (*Zaaksvervangingsrecht en de gemeenschap van vruchten en inkomsten en die van winst en verlies*), waarin ik schreef: ‘De heersende leer is dat deze zaaksvervangingsregel reeds nu analoog moet worden toegepast op de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen van de artikelen 1:93 e.v. BW. (...) In het nieuwe

huwelijksvermogensrecht worden deze beide beperkte gemeenschappen (art. 1:122-128 BW) geschrapt. Daarom moet de ook in de ogen van de wetgever wenselijke zaaksvervangingsregel van artikel 1:124 lid 2 BW verhuizen naar artikel 1:95 lid 1, eerste volzin, BW (nieuw)’. Zie ten slotte ook de andere door A-G Rank-Berenschot in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2015:146) in voetnoot 51 genoemde auteurs.

¹¹ De Hoge Raad bedoelt de periode vóór 1 januari 2003, toen het thans geldende erfrecht werd ingevoerd. Op 16 april 1993 gold derhalve nog het oude erfrecht.

¹² Zie hierover o.a. HR 19 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4343 (concl. A-G J.K. Franx), *NJ* 1983/250, m.nt. W.M. Kleijn (*erven Bal*). Was onder het oude erfrecht een geldbedrag geschonken, dan kon men voor de toepassing van de regels betreffende de legitieme portie uitgaan van het nominale bedrag. Was echter een goed geschonken, dan moest men voor bijvoorbeeld de toepassing van art. 4:968 BW (oud) betreffende de zogenaamde legitimaire massa uitgaan van de

staat van het goed ten tijde van de gift en van de waarde van het goed ten tijde van het overlijden van de schenker (de indertijd beruchte ‘staat- en waardeproblematiek’). Het maakte destijds dus heel wat uit of een geldbedrag dan wel een goed was geschonken.

¹³ Zie A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenisrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 315-318.

¹⁴ HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2558 (concl. A-G A.M. Biegman-Hartogh), *NJ* 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten; AA 1987-12, p. 780-785, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Kriek / Smit*).

¹⁵ Zie in dit verband ook de overgangsbepaling van art. V leden 1, 3 en 4 Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen (Wet van 18 april 2011, *Stb.* 2011, 205, in werking getreden op 1 januari 2012) en over de leer van de economische deelgerechtigdheid Van Mourik & Nuytinck 2015 (zie voetnoot 10), nr. 81b en 102.

3 Zaaksvervanging in geval van faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van een echtgenoot of geregistreerde partner

Stel dat de vrouw in de onderhavige zaak in staat van faillissement zou verkeren en dat de huwelijksgemeenschap nog niet zou zijn ontbonden. Zou de man dan ook in die situatie met succes kunnen betogen dat de onroerende zaak uitsluitend hem toebehoort en niet in de failliete boedel van zijn echtgenote valt? Meestal zal er sprake zijn van drie vermogens: de wettelijke gemeenschap van goederen (art. 1:94 leden 1, 2 aanhef en 5 aanhef BW) en de privévermogens van de beide echtgenoten (art. 1:94 leden 2 onder a, b en c, 3, 4 en 5 onder a en b BW). Het privévermogen van de vrouw valt uiteraard in haar failliete boedel. Hetzelfde geldt voor de gehele huwelijksgemeenschap op grond van artikel 63 Fw. Alleen als de huwelijksgemeenschap al zou zijn ontbonden ten tijde van de faillietverklaring, zou slechts de onverdeelde helft van de ontbonden huwelijksgemeenschap in de failliete boedel vallen. Het gaat hier natuurlijk vooral om het privévermogen van de man: valt ook dit vermogen in de failliete boedel van de vrouw? De wetgever beantwoordt deze vraag in beginsel bevestigend en legt de bewijslast op de man: hij moet proberen te bewijzen – niet met alle middelen, maar volgens de verscherpte bewijsregeling van artikel 61 leden 2, 3 en 4 Fw – dat bepaalde goederen hem in privé toebehoren. Pas nadat hij in dit bewijs is geslaagd, mag hij deze goederen vanuit de failliete boedel van de vrouw naar zijn privévermogen ‘terugnemen’ in de zin van artikel 61 lid 1 Fw. Het werkwoord ‘terugnemen’ (met de nadruk op de eerste twee lettergrepen) is hier zeer op zijn plaats, want het laat zien dat het privévermogen van de man in de aanvangssituatie tot de failliete boedel van de vrouw wordt gerekend. Van belang in dit verband is dat de zaaksvervangingsregel van artikel 1:95 lid 1 eerste volzin BW in geval van faillissement van een echtgenoot rechtstreeks, dus niet slechts analoog, van toepassing is op grond van artikel 61 lid 4 tweede volzin Fw. Dit betekent in het onderhavige geval dat de man de litigieuze onroerende zaak uit de failliete boedel van de vrouw mag terugnemen, omdat hij meer dan de helft van de koopsom met privémiddelen heeft gefinancierd, uiteraard onder de verplichting om f 17.004,- in de failliete boedel te storten.

Een en ander geldt ook in geval van surseance van betaling (art. 229 lid 2 Fw) en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (art. 313 lid 1 Fw) en uiteraard niet alleen voor echtgenoten, maar ook voor geregistreerde partners.¹⁶

4 Komend recht: initiatiefwetsvoorstel 33987

Als het aan drie initiatiefnemers uit de Tweede Kamer ligt, wordt de algehele gemeenschap van goederen als wettelijke gemeenschap binnen afzienbare tijd vervangen door een beperkte gemeenschap van goederen.¹⁷ Voortaan zullen aanbrengrsten ten huwelijk, dus de goederen die de echtgenoten al hadden vóór de huwelijksvoltrekking, alsmede erfrechtelijke verkrijgingen en giften van rechtswege – dus ook als een uitsluitingsclausule ontbreekt – buiten de wettelijke gemeenschap vallen op grond van artikel 1:94 lid 2 aanhef en onder a BW (nieuw). Ook voorhuwelijkse schulden blijven buiten de gemeenschap op grond van artikel 1:94 lid 7 aanhef BW (nieuw). Op dit punt bestaat dus een sterke gelijkheid met de op 1 januari 2012 afgeschafte gemeenschap van vruchten en inkomsten en die van winst en verlies. In dit verband noem ik slechts de wijziging van artikel 61 Fw. De enige bewijsregel die wordt gehandhaafd, is die van artikel 61 lid 2 Fw (nieuw): het bij huwelijkse voorwaarden of bij voorwaarden van geregistreerd partnerschap buiten de gemeenschap houden van rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn, kan slechts worden bewezen zoals bij artikel 1:130 BW ten opzichte van derden is voorgeschreven. Voor het overige worden de verscherpte bewijsregeling en enkele andere bepalingen geschrapt: het in artikel 61 leden 3, 4, 5 en 6 Fw bepaalde komt te vervallen.¹⁸ Dit betekent voor het hierboven onder punt 3 gegeven voorbeeld dat het privévermogen van de man ook naar komend recht in beginsel in de failliete boedel van de vrouw valt, maar dat de man *met alle middelen* – behoudens artikel 61 lid 2 Fw (nieuw) – mag proberen te bewijzen dat bepaalde goederen hem in privé toebehoren. Slaagt hij in dit bewijs, dat dus naar komend recht gemakkelijker dan naar huidig recht kan worden geleverd, dan mag hij zijn recht van terugneming in de zin van het ongewijzigde artikel 61 lid 1 Fw uitoefenen. Omdat schrapping van onder andere de verscherpte bewijsregeling een inhoudelijke vernieuwing oplevert, is het logisch dat in de overgangsbepaling van artikel IV lid 3 wetsvoorstel 33987¹⁹ wordt bepaald dat artikel 61 Fw (nieuw) slechts van toepassing is op een faillissement dat is uitgesproken na het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet; op een faillissement dat is uitgesproken vóór dat tijdstip, blijft het recht van toepassing zoals dat gold op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet, dus het thans nog geldende artikel 61 Fw. ■

16 Zie Van Mourik & Nuytinck 2015 (zie voetnoot 10), nr. 114a.

17 Gewijzigd voorstel van wet van 30 september 2014 van de leden Berndsen-Jansen, Recourt en Van Oosten tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken, *Kamerstukken II* 2014/15,

33987, 5. Zie hierover o.a. de auteurs, genoemd door Van Mourik & Nuytinck 2015 (zie voetnoot 10), nr. 75, voetnoot 3, aan wie inmiddels kunnen worden toegevoegd T.J. Mellema-Kranenburg, ‘Maakt wetsvoorstel 33987 huwelijkse voorwaarden overbodig of juist noodzakelijk?’, *WPNR* 2015/7054, p. 270-275, alsmede A.N. Labohm en A.H.N. Stollenwerck, ‘De onderneming(swinst) in

het wetsvoorstel Aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen. Is er ook aandacht voor bedrijfseconomie?’, *WPNR* 2015/7057, p. 314-319.

18 Zie art. II wetsvoorstel 33987, *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 5, p. 3.

19 *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 5, p. 4.