

Renovatie van de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)

Omslagtekst

In deze bijdrage wordt ingegaan op de tweede nota van wijziging, die op 25 oktober 2005 bij de Tweede Kamer is ingediend en die vooral vereenvoudigingen en verduidelijkingen in het oorspronkelijke wetsvoorstel van 7 mei 2003 heeft aangebracht.

Inleiding

Bijna twee jaren was het stil rondom wetsvoorstel 28 867 betreffende de wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen).¹ Deze stilte is nu doorbroken door indiening van een aantal nieuwe stukken bij de Tweede Kamer, waarvan de tweede nota van wijziging het belangrijkste stuk is.² Deze tweede nota van wijziging heeft vooral vereenvoudigingen en verduidelijkingen in het oorspronkelijke wetsvoorstel aangebracht. Het gaat hierbij om de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht. De eerste twee tranches zijn al in 2001 en 2002 in werking getreden.³ In het hierna volgende beperk ik mij tot een bespreking van de wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Voor een bespreking van het oorspronkelijke wetsvoorstel zelf verwijs ik naar eerdere publicaties.⁴

Wijziging van titel 6

De belangrijkste wijziging van titel 6 betreft de introductie van art. 1:87, waarin de zogenaamde ‘Kriek-Smit’-problematiek wordt gecodificeerd.⁵ Daarmee bedoel ik niet dat het arrest zelf wordt gecodificeerd, maar dat de daarin voorkomende problematiek in de wet wordt vastgelegd, want in de nieuwe bepaling wordt niet de nominaliteitsleer van de Hoge Raad gevolgd, doch de beleggingsvisie, die uitgaat van het in economische zin medegerechtigd zijn en die bij wijze van regelend recht tot uitgangspunt wordt genomen. Een soortgelijke regel treft men voor verrekenbedingen thans al aan in art. 1:136 lid 1, eerste zin, waarin de evenredigheidsleer is neergelegd. In art. 1:87 gaat het om het geval dat een echtgenoot ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een goed dat tot zijn eigen vermogen zal behoren, verkrijgt of het geval dat ten laste van het vermogen van de andere

¹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, A (oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State en voor zover nadien gewijzigd), B (advies Raad van State en nader rapport), nrs. 1-2 (koninklijke boodschap en voorstel van wet), nr. 3 (memorie van toelichting) en nr. 4 (nota van verbetering), alsmede *Kamerstukken II* 2003/04, 28 867, nr. 5 (verslag), nr. 6 (nota naar aanleiding van het verslag) en nr. 7 (nota van wijziging).

² *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 8 (verslag van een schriftelijk overleg), nr. 9 (tweede nota van wijziging), nr. 10 (tekst van de tweede nota van wijziging en van de toelichting zoals deze aan de Raad van State zijn voorgelegd, voor zover daarin wijzigingen zijn aangebracht nadat het advies is gevraagd) en nr. 11 (advies Raad van State en nader rapport).

³ Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001 (Wet rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners), alsmede Wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152, in werking getreden op 1 september 2002 (Wet regels verrekenbedingen).

⁴ In het bijzonder de bijdragen van L.C.A. Verstappen, M.J.A. van Mourik, J.B. Vegter, Gr. van der Burght, E.A.A. Luijten, W.R. Meijer en A. Verbeke aan het themanummer *Exit algehele gemeenschap van goederen?*, *WPNR* 6545 (2003), p. 629-664, alsmede A.J.M. Nuytinck, ‘De derde tranche van de herziening van het huwelijksvermogensrecht’, *FJR* 2003, p. 150-156 en B. Breederveld, ‘Afschaffing algehele gemeenschap van goederen, waarom eigenlijk?’, *FJR* 2003, p. 198-203.

⁵ HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, m.nt. EAAL (Kriek-Smit).

echtgenoot een schuld ter zake van een tot zijn eigen vermogen behorend goed wordt voldaan of afgelost. Er ontstaat dan voor de eerstgenoemde echtgenoot een plicht tot vergoeding (art. 1:87 lid 1). De tweede nota van wijziging verhoogt de leesbaarheid en brengt ook een aantal vernieuwingen aan in art. 1:87 leden 2-5.⁶

De vergoeding belooft volgens art. 1:87 lid 2 een gedeelte van de waarde van het goed op het tijdstip waarop de vergoeding wordt voldaan. Dit gedeelte:

- a. is in het geval van een verkrijging ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot evenredig aan het uit diens vermogen afkomstige aandeel in de tegenprestatie voor het goed;
- b. komt in het geval van een voldoening of aflossing ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot overeen met de verhouding tussen het uit diens vermogen voldane of afgeloste bedrag ten opzichte van de waarde van het goed op het tijdstip van die voldoening of aflossing.

Ten aanzien van de vergoeding gelden op grond van art. 1:87 lid 3 voorts de volgende regels:

- a. tenzij de echtgenoot het vermogen van de andere echtgenoot met diens toestemming heeft aangewend op de wijze als bedoeld in art. 1:87 lid 1, belooft de vergoeding ten minste het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
- b. ter zake van goederen die naar hun aard bestemd zijn om te worden verbruikt, belooft de vergoeding steeds het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen;
- c. ter zake van goederen die inmiddels zijn vervreemd zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats zijn gekomen, wordt in plaats van de waarde, bedoeld in art. 1:87 lid 2, aanhef, uitgegaan van de waarde ten tijde van de vervreemding. Met een vervreemding wordt gelijkgesteld het onherroepelijk worden van een begunstiging bij een sommenverzekering of een andere begunstiging bij een beding ten behoeve van een derde.

Door de redactie van art. 1:87 lid 3, onder a ('tenzij ... met diens toestemming'), komt beter uit dat de bewijslast in verband met het verleend zijn van toestemming in beginsel rust op de echtgenoot die tot vergoeding verplicht is.⁷ In art. 1:87 lid 3, onder b, is een uitzondering op de beleggingsleer geformuleerd voor 'verbruiksgoederen' (consumptieve bestedingen).⁸ In art. 1:87 lid 3, onder c, wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat een goed ter zake waarvan de andere echtgenoot aanspraak heeft op vergoeding, wordt vervreemd. Treedt daarvoor een ander goed in de plaats, dan zal de vergoedingsaanspraak afhankelijk zijn van de waardeontwikkeling van dat goed. Is het vervangende goed evenwel een verbruiksgoed, dan speelt de waardeontwikkeling daarvan ingevolge art. 1:87 lid 3, onder b, geen rol. Wordt een goed te gelde gemaakt zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats treden, of wordt het goed weggeschonken, dan wordt de vergoeding bepaald aan de hand van de waarde ten tijde van de vervreemding. Het speciale geval van een begunstiging bij sommenverzekering dient te worden gelijkgesteld met een vervreemding, omdat met het onherroepelijk worden van de begunstiging de verzekeringnemer niet langer de vrije beschikking heeft over de rechten uit de verzekering. Het ligt voor de hand voor de waarde aan te knopen bij de uitkering (vgl. de art. 1:96a, waarover meer hierna, en 7:188 lid 2). In voorkomende gevallen zal hetzelfde gelden voor andere begunstigingen door middel van een derdenbeding (vgl. art. 4:127).⁹

⁶ *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 22. Zie ook het algemene gedeelte van de toelichting op de tweede nota van wijziging, nr. 9, p. 10-12.

⁷ Aldus de toelichting op de tweede nota van wijziging, *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 22.

⁸ Zie de vorige noot.

⁹ Zie noot 7.

Op grond van art. 1:87 lid 4 kunnen echtgenoten bij overeenkomst afwijken van art. 1:87 leden 1-3. Op deze mogelijkheid van afwijking ‘bij overeenkomst’ in plaats van ‘bij schriftelijke overeenkomst’, zoals het geval is in art. 1:84 lid 3 bij afwijking van de draagplicht- en fourneerplichtregeling van art. 1:84 leden 1 en 2, heb ik al eerder kritiek geleverd.¹⁰ Wij bevinden ons hier immers binnen het in titel 6 opgenomen primaire huwelijksvermogensregime (rechten en verplichtingen van echtgenoten), dat geldt voor alle niet van tafel en bed gescheiden echtgenoten (art. 1:92a). Het kan hierbij gaan om grote financiële belangen en dan vind ik het onbegrijpelijk dat de echtgenoten vormloos, zelfs mondeling, kunnen afwijken van de wettelijke regeling inzake de beleggingsleer. Ik pleit dus wederom voor toevoeging van het woord ‘schriftelijke’.

Nieuw is ten slotte de bepaling dat, als de vergoeding overeenkomstig art. 1:87 leden 1-4 niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zij wordt geschat (art. 1:87 lid 5).

Wijziging van titel 7

Algemene bepalingen

Een van de belangrijkste wijzigingen van titel 7 betreft de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen. Aanvankelijk was in het wetsvoorstel (art. 1:94 lid 3) bepaald dat aanbrengsten, dus ten huwelijk aangebrachte goederen en schulden, in beginsel niet in de gemeenschap vallen. Deze regel wordt nu precies omgekeerd: aanbrengsten vallen in beginsel wél in de gemeenschap. Met het oog hierop komt art. 1:94 lid 2, aanhef, als volgt te luiden: ‘De gemeenschap omvat, wat haar baten betreft, alle goederen der echtgenoten, bij aanvang van de gemeenschap aanwezig of nadien, zolang de gemeenschap niet is ontbonden, verkregen (...)’. Met deze nieuwe redactie komt ook beter tot uitdrukking dat goederen, verkregen na de ontbinding van de gemeenschap, maar vóór de verdeling en afwikkeling daarvan, buiten de gemeenschap vallen.¹¹

Bepaalde erfrechtelijke verkrijgingen en giften blijven buiten de gemeenschap (art. 1:94 lid 2, onder a en c). Het gaat dan enerzijds om krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen (onderdeel a). Terecht zijn thans in het wetsvoorstel de woorden ‘bij versterf’ toegevoegd, want in de vorige versie was er sprake van een overlapping met de term ‘making’. Erfopvolging omvat immers ook testamentaire erfopvolging, dat is de verkrijging op grond van een erfstelling (art. 4:115; vgl. ook art. 4:182), maar de erfstelling valt ook onder het begrip ‘making’. Het legaat (art. 4:117) valt uitsluitend onder ‘making’ en niet onder ‘erfopvolging’, omdat men bij een legaat weliswaar krachtens erfrecht, maar niet door erfopvolging, doch door overdracht verkrijgt (vgl. ook art. 3:80 leden 2 en 3). Anderzijds gaat het om rechten op het vestigen van vruchtgebruik als bedoeld in de art. 4:29 en 30, vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen is gevestigd, alsmede hetgeen wordt verkregen ingevolge de art. 4:34, 35, 36, 38 en 126 lid 2, onder a en c, en afdeling 4.4.3, kort gezegd: bepaalde erfrechtelijke verkrijgingen ingevolge de andere wettelijke rechten, de quasi-legaten en de legitieme portie (onderdeel c).

Als de ene echtgenoot een gemeenschapsgoed schenkt aan de andere echtgenoot, blijft dit goed tot de gemeenschap behoren en verandert hooguit de bestuursbevoegdheid in die zin, dat het privaatieve bestuur van de schenkende echtgenoot wordt vervangen door het privaatieve bestuur van de begiftigde echtgenoot, althans voor zover het gaat om goederen op naam (art. 1:97 lid 1, eerste zin), want bij andere goederen wordt het bestuur cumulatief (art. 1:97 lid 1, tweede zin). Art. 1:94 lid 3, eerste zin, bepaalt immers dat op giften van tot de gemeenschap

¹⁰ Zie Nuytinck 2003, p. 152 (noot 4 hierboven).

¹¹ Zie noot 7 en ook het algemene gedeelte van de toelichting op de tweede nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 7-8.

behorende goederen aan de andere echtgenoot art. 1:94 lid 2, onder a, niet van toepassing is. De minister merkt hierover in de toelichting¹² op dat, ware dit anders, de echtgenoten langs deze weg de gemeenschap eenvoudig zouden kunnen uithollen. Zou de ene echtgenoot dan niet een gemeenschapsgoed onder uitsluitingsclausule aan de andere echtgenoot kunnen schenken? Terecht stelt de minister¹³ dat over deze vraag in de literatuur verschillend wordt geoordeeld.

De tweede nota van wijziging introduceert in art. 1:94 lid 3, tweede zin, de tegenhanger van de uitsluitingsclausule, te weten de insluitingsclausule: de gemeenschap omvat voorts goederen, alsmede de vruchten van die goederen, ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift is bepaald dat zij in de gemeenschap vallen. Dit novum wordt als volgt toegelicht.¹⁴ De insluitingsclausule kan onder omstandigheden voorzien in een behoefte van de erflater om goederen aan een kind na te laten, zodanig dat deze in afwijking van art. 1:94 lid 2, onder a, niet buiten de gemeenschap vallen waarin het kind is gehuwd of geregistreerd. In de memorie van toelichting¹⁵ werd reeds uitgegaan van de geldigheid van een dergelijke uiterste wilsbeschikking, maar in verband met art. 4:42 lid 1 betreffende het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen verdient het de voorkeur haar in de wet te regelen. Anders dan ten aanzien van de uitsluitingsclausule (art. 1:121a, waarover meer hierna) lijkt er volgens de minister vooralsnog geen behoefte te zullen bestaan aan een regel dat de werking van een insluitingsclausule prevaleert boven een uitdrukkelijke andersluidende bepaling in huwelijkse voorwaarden. Dit laatste waag ik te betwijfelen. Als de wetgever het primaat van de testeervrijheid van de erflater boven de contractsvrijheid van de echtgenoten regelt in geval van een uitsluitingsclausule, zie ik niet in waarom hij dit niet zou moeten regelen in geval van een insluitingsclausule.

In beginsel zijn alle voorhuwelijkse en huwelijkse schulden gemeenschapsschulden. Op grond van art. 1:94 lid 6 omvat de gemeenschap, wat haar lasten betreft, alle schulden van ieder der echtgenoten, met uitzondering van schulden:

- a. betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen;
- b. uit door een der echtgenoten gedane giften, gemaakte bedingen en aangegane omzettingen als bedoeld in art. 4:126 lid 1 en lid 2, onder a en c, dat zijn dus schulden betreffende giften ter zake des doods, schulden betreffende verblijvingsbedingen ter zake des doods en schulden betreffende omzettingen van een natuurlijke verbintenis in een rechtens afdwingbare ter zake des doods.

Daarnaast moet uiteraard nog worden gewezen op de mogelijkheid dat schulden privé zijn, omdat zij aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn in de zin van art. 1:94 lid 4.

Het oorspronkelijk voorgestelde art. 1:96 lid 3 betreffende beperking van het verhaal op gemeenschapsgoederen voor een privé-schuld van een echtgenoot tot de helft van de executie-opbrengst is vervallen. De aan deze bepaling ten grondslag liggende gedachte vond ik zo gek nog niet, maar in de uitwerking leidde deze nieuwe regel tot lastig op te lossen kwesties, zoals met name Vegter¹⁶ heeft aangetoond.

Zonder meer een verbetering acht ik dat ook voor de vergoedingsrechten (reprises en récompenses) wordt verwezen naar de beleggingsleer van art. 1:87 leden 2 en 3, althans voor zover het een schuld ter zake van een gemeenschapsgoed respectievelijk een privé-goed van een echtgenoot betreft. Zonder deze wijziging zouden deze vergoedingsrechten nominale vorderingen zijn gebleven. Voor de reprises bepaalt art. 1:96 lid 3 dat de echtgenoot uit wiens

¹² *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 23.

¹³ Zie de vorige noot.

¹⁴ Zie noot 12.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nr. 3, p. 21.

¹⁶ Zie Vegter 2003, p. 645-649 (noot 4 hierboven) en *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 12-13.

eigen goederen een schuld der gemeenschap is voldaan, deswege recht heeft op vergoeding uit de goederen der gemeenschap; betreft het een schuld ter zake van een tot de gemeenschap behorend goed, dan wordt het beloop van de vergoeding bepaald overeenkomstig art. 1:87 leden 2 en 3. Voor de récompenses bepaalt art. 1:96 lid 4 dat de echtgenoot wiens niet in de gemeenschap gevallen schuld uit goederen der gemeenschap is voldaan, deswege is gehouden tot vergoeding aan de gemeenschap; betreft het een schuld ter zake van een tot zijn eigen vermogen behorend goed, dan wordt het beloop van de vergoeding bepaald overeenkomstig art. 1:87 leden 2 en 3.

In art. 1:96 lid 5 is een nieuwe bewijsregel geformuleerd: de echtgenoot die een schuldeiser tegenwerpt dat een goed waarop deze verhaal zoekt, niet behoort tot de gemeenschap, draagt daarvan de bewijslast. Deze regel lijkt mij juist. In beginsel behoren alle goederen (en schulden) tot de gemeenschap, omdat deze een aanzuigende werking heeft. Terecht gebruikt de minister in de toelichting¹⁷ het beeld van de gemeenschap die de goederen ‘als een spons’ aan zich trekt. De regering is tot de slotsom gekomen dat het de voorkeur verdient om voor de wettelijke gemeenschap van goederen ook in de verhouding tot een schuldeiser als hoofdregel vast te leggen dat deze ervan mag uitgaan dat een goed tot de gemeenschap behoort. Ik onderschrijf deze zienswijze. Degene die zich op de uitzondering van het privé zijn van een goed beroept, zal dat privé zijn moeten bewijzen. Ik wijs er nog op dat de ene echtgenoot in geval van faillissement van de andere echtgenoot het in art. 1:96 lid 5 bedoelde bewijs zal moeten leveren op de wijze als voorzien in art. 61 Fw.¹⁸

De minister besteedt in de toelichting¹⁹ vrij uitvoerig aandacht aan enkele aspecten van de gemeenschap van goederen in verband met levensverzekeringen. Daarover valt inderdaad veel te zeggen. Bovendien gaat het hierbij om uitermate ingewikkelde vraagstukken. In dit verband beperk ik mij tot de nieuwe bepaling van art. 1:96a, die het volgende inhoudt. Indien een echtgenoot door een begunstiging bij een door zijn overlijden tot uitkering komende sommenverzekering een gift aan een derde heeft gedaan en ten laste van de gemeenschap premies voor die verzekering zijn gekomen, is de echtgenoot deswege gehouden tot vergoeding aan de gemeenschap. De vergoeding beloopt een gedeelte van de waarde van de uitkering, evenredig aan het uit de gemeenschap afkomstige aandeel in de premies. Het gaat hier dus om een speciaal vergoedingsrecht (speciale récompense). Vanwege de complexiteit van de materie geef ik hier de volledige toelichting op art. 1:96a weer.²⁰

In het nieuwe art. 1:96a is een vergoedingsrecht opgenomen ter zake van ten laste van de gemeenschap gekomen premies voor een sommenverzekering, voor het geval de echtgenoot die verzekeringnemer is, door aanwijzing van een derde als begunstigde een gift heeft gedaan die te vergelijken is met een schenking ter zake des doods. Een dergelijke (ook in art. 7:188 behandelde) begunstiging wordt in art. 4:126 lid 2, onder b, gelijkgesteld met een legaat voor de toepassing van het in Boek 4 bepaalde omtrent inkorting en vermindering. Evenmin als de in art. 1:94 lid 6 van de gemeenschap uitgesloten schulden uit tot werking na dode strekkende giften, verblijvensbedingen en omzettingen van natuurlijke verbintenissen (art. 4:126 lid 1 en lid 2, onder a en c), behoren dergelijke verzekeringsgiften (waarmee door het mechanisme van het derdenbeding niet rechtstreeks een schuld correspondeert) ten laste van de huwelijksgemeenschap te komen. In overeenstemming met de beleggingsgedachte in het wetsvoorstel is de vergoeding niet gesteld op de premies die ten behoeve van deze uitkering zijn voldaan, maar op het bedrag van de uitkering. Niet ondenkbaar is dat de andere

¹⁷ *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 14.

¹⁸ Zie ook de wijziging van art. 61 leden 3 en 4 Fw, *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 5 en 26.

¹⁹ *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 14-18.

²⁰ *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 24.

echtgenoot met de begunstiging heeft ingestemd.²¹ Onder omstandigheden zou die instemming kunnen worden opgevat als het doen van afstand van de met de begunstiging gemoeide vergoeding. Met het voorgestelde vergoedingsrecht wordt uitvoering gegeven aan een toezegging, gedaan in de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel tot vaststelling van de titels 7.17 (verzekering) en 7.18 (lijfrente).²²

Op grond van art. 1:96b kunnen echtgenoten bij overeenkomst het beloop van vergoedingen ingevolge de art. 1:95, 96 en 96a anders bepalen. Kan de vergoeding niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat (aldus ook art. 1:87 lid 5). Ook hier had ik liever ‘bij schriftelijke overeenkomst’ zien staan.

Het bestuur van de gemeenschap

Weliswaar brengt de tweede nota van wijziging geen veranderingen meer aan in de bestuursregeling, maar ik wil toch nogmaals²³ benadrukken dat het onderhavige wetsvoorstel een stelsel van gemengd privaat-cumulatief bestuur introduceert in art. 1:97 lid 1, eerste en tweede zin, te weten privaat bestuur bij goederen op naam en cumulatief bestuur bij alle andere goederen. Voor goederen op naam verandert er dus niets. Voor roerende zaken die geen registergoederen zijn, en rechten aan toonder verandert er de iure wel iets, maar de facto niet, omdat het bestuur over deze goederen materieel eigenlijk al cumulatief in plaats van privaat was wegens de vergaande derdenbescherming van art. 1:92 lid 1, al dan niet in verbinding met art. 3:86.²⁴ Welbeschouwd is de belangrijkste verandering voor de rechtspraak gelegen in art. 1:97 lid 1, derde zin, welke bepaling art. 3:170 lid 1 van overeenkomstige toepassing verklaart op *alle* goederen. Laatstgenoemd voorschrift gaat uit van cumulatief bestuur, althans voor zover het gaat om handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed, en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, alsmede stuiting van verjaring ten behoeve van de gemeenschap.²⁵

Ontbinding van de gemeenschap

Art. 1:99 lid 1 vervroegt het tijdstip van ontbinding van de gemeenschap: zij wordt op een eerder tijdstip ontbonden dan het huwelijk eindigt. In geval van echtscheiding bijvoorbeeld wordt de gemeenschap niet langer ontbonden op het tijdstip waarop de in kracht van gewijsde gegane echtscheidingsbeschikking is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163), doch reeds op het tijdstip waarop het verzoek tot echtscheiding is ingediend bij de rechtbank (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder b).²⁶

Art. 1:99 lid 2 regelt de noodzakelijke derdenbescherming. Aanvankelijk werden alle derden beschermd, maar de tweede nota van wijziging beperkt deze bescherming terecht tot derden ‘die daarvan onkundig waren’, geheel overeenkomstig de redactie van art. 1:116 lid 1. De ontbinding van de gemeenschap door bijvoorbeeld indiening van het verzoek tot echtscheiding kan aan derden die daarvan onkundig waren, slechts worden tegengeworpen, indien dit verzoek was ingeschreven in het huwelijksgoederenregister.

²¹ Vgl. in dit verband ook art. 1:88 lid 1, onder b, jo. lid 4, op grond waarvan geen toestemming van de niet-handelende echtgenoot is vereist voor giften ‘mortis causa’, maar wél voor een begunstiging bij een sommenverzekering die tijdens het leven van de verzekeringnemer is aanvaard of kan worden aanvaard.

²² *Kamerstukken II* 2001/02, 19 529, nr. 7, p. 2-3.

²³ Zie Nuytinck 2003, p. 154-155 (noot 4 hierboven).

²⁴ Zie Nuytinck 2003, p. 154 (noot 4 hierboven).

²⁵ Zie de vorige noot.

²⁶ Zie Nuytinck 2003, p. 155 (noot 4 hierboven).

De tweede nota van wijziging brengt een aantal veranderingen aan in de redactie van art. 1:99 lid 3. Indien komt vast te staan dat een verzoek als bedoeld in art. 1:99 lid 1, onder b, c en d, dan wel een overeenkomst als bedoeld in art. 1:99 lid 1, onder e, niet meer kan leiden tot echtscheiding, ontbinding van het geregistreerd partnerschap, scheiding van tafel en bed, opheffing van de gemeenschap door een beschikking, onderscheidenlijk beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden, herleven van rechtswege alle gevolgen van de gemeenschap, alsof er geen verzoek was ingediend of overeenkomst was gesloten, tenzij zich inmiddels een andere grond voor ontbinding heeft voorgedaan. Nochtans wordt de geldigheid van rechtshandelingen die zijn verricht tussen het tijdstip van indiening van het verzoek of sluiting van de overeenkomst en het tijdstip waarop komt vast te staan dat het verzoek of de overeenkomst niet meer tot het in art. 1:99 lid 3, eerste zin, bedoelde gevolg kan leiden, beoordeeld naar het tijdstip van de handeling. Het nieuwe art. 1:99 lid 3 wordt als volgt toegelicht.²⁷ In art. 1:99 lid 3 wordt ook rekening gehouden met uitblijven van tijdige inschrijving van de rechterlijke beslissing tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, opheffing van de gemeenschap, alsmede met afwijzing door de rechter van de desbetreffende verzoeken. De slotwoorden van art. 1:99 lid 3 zijn opgenomen met het oog op het geval dat een huwelijk eindigt door overlijden van een der echtgenoten, terwijl op dat tijdstip een echtscheidingsprocedure aanhangig is. Alsdan blijft het tijdstip van indiening van het echtscheidingsverzoek bepalend voor de ontbinding van de gemeenschap. Zulks strookt met de overwegingen voor vervroeging van het tijdstip van ontbinding van de huwelijksgemeenschap, genoemd in de memorie van toelichting.²⁸

Art. 1:102 vervalt niet, zoals aanvankelijk²⁹ de bedoeling was, maar krijgt een nieuwe redactie van zijn tweede zin. De Dozy-clausule komt in de wet te staan, zou men kunnen zeggen. De Dozy-clausule is het hoofdelijkheidsbeding, waarbij echtgenoten die bijvoorbeeld tijdens hun huwelijk overstappen van het regime van de wettelijke gemeenschap van goederen op het regime van uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap, zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de gemeenschapsschulden die aanwezig zijn ten tijde van de wijziging van het huwelijksvermogensregime. Door deze clausule in de wet op te nemen wordt de rechterlijke goedkeuring van het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk overbodig, nu de kans op gevaar voor benadeling van schuldeisers gering is. Art. 1:119 vervalt dan ook.³⁰ Art. 1:102, tweede zin, bepaalt dat hij (dat is de ene echtgenoot die vóór ontbinding van de gemeenschap niet aansprakelijk was voor gemeenschapsschulden, omdat hij deze niet was aangegaan) hoofdelijk met de andere echtgenoot is verbonden voor andere schulden van de gemeenschap (dat zijn dus de niet door de ene echtgenoot aangegane gemeenschapsschulden), met dien verstande evenwel dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen hij uit hoofde van verdeling van de gemeenschap heeft verkregen, onverminderd de art. 3:190 lid 1 en 191 lid 1. Aldus wordt de extra aansprakelijkheid voor 50% van het huidige recht uitgebreid tot een extra aansprakelijkheid voor 100% in het nieuwe recht, maar deze uitbreiding van de aansprakelijkheid wordt verzacht door een beperking van de verhaalsaansprakelijkheid of uitwinbaarheid van het vermogen van de vóór ontbinding van de gemeenschap niet aansprakelijke echtgenoot. Het privé-vermogen van laatstgenoemde echtgenoot blijft dus buiten schot. Zodoende bereikt men dat de bescherming van schuldeisers in de wet op de juiste maat wordt gesneden, dat de 'overkill' van de Dozy-clausule wordt voorkomen en dat de rechterlijke rol bij toetsing van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk overbodig

²⁷ *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 24-25.

²⁸ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 867, nr. 3, p. 27, tweede tot en met vierde alinea.

²⁹ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 867, nrs. 1-2, p. 5, onderdeel E.

³⁰ *Kamerstukken II 2005/06*, 28 867, nr. 9, p. 18-21.

wordt.³¹ Volgens de toelichting³² maakt de verwijzing naar de art. 3:190 lid 1 en 191 lid 1 duidelijk dat ook verhaal kan worden genomen op het aandeel van de desbetreffende echtgenoot in de ontbonden gemeenschap of in een afzonderlijk daartoe behorend goed. Dit laatste begrijp ik niet, nu art. 3:190 lid 1 uitwinning van een aandeel in een tot de gemeenschap behorend goed afzonderlijk juist *niet* mogelijk maakt. De wetgever doet er dus verstandig aan om zijn bedoeling met zoveel woorden in de tekst van art. 1:102, tweede zin, uit te schrijven zonder te verwijzen naar de beide bepalingen uit Boek 3.

Opheffing van de gemeenschap bij beschikking

Door de nieuwe regeling van de ontbinding van de gemeenschap in art. 1:99 kan een aantal bepalingen in afdeling 1.7.4 betreffende opheffing van de gemeenschap bij beschikking worden geschrapt. Een en ander hangt samen met de nieuwe regel dat in geval van opheffing van de gemeenschap door een beschikking de gemeenschap van rechtswege wordt ontbonden op het tijdstip van indiening van het verzoek tot opheffing van de gemeenschap bij de rechtbank (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder d).

Naar huidig recht moet het verzoek tot opheffing van de gemeenschap in het huwelijksgoederenregister worden ingeschreven en daarnaast openlijk worden bekendgemaakt in een landelijk dagblad of in een dagblad verschijnend in de streek waar de tot kennisneming van het verzoek bevoegde rechter zitting houdt (art. 1:110 lid 1). Deze publicatievereisten vervallen. Ook art. 1:111 lid 1 kan vervallen. Daarin is de terugwerkende kracht geregeld van de beschikking waarbij het verzoek tot opheffing van de gemeenschap is toegewezen, tot de dag waarop aan art. 1:110 lid 1 is voldaan. Ten slotte vervalt ook art. 1:112. Daarin zijn eveneens publicatievereisten opgenomen, nu niet betreffende het verzoek tot opheffing van de gemeenschap, maar betreffende de opheffing en de beschikking zelf. De opheffing van de gemeenschap moet, om tegen onkundige derden te werken, openlijk worden bekendgemaakt en, nadat de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, worden ingeschreven in het huwelijksgoederenregister. De bekendmaking geschiedt door plaatsing van een uittreksel van de beschikking in de *Staatscourant* en in een of meer in de beschikking aangewezen dagbladen. Door het schrappen van de art. 1:110 lid 1, 111 lid 1 en 112 is de wettelijke regeling betreffende opheffing van de gemeenschap bij beschikking aanzienlijk vereenvoudigd.

Wijziging van titel 8

Huwelijkse voorwaarden in het algemeen

In afdeling 1.8.1, waarin algemene bepalingen betreffende huwelijkse voorwaarden zijn opgenomen, wordt art. 1:119 geschrapt en wordt een nieuw art. 1:121a ingevoegd. Bovendien vervallen de art. 1:122-128 betreffende de gemeenschap van vruchten en inkomsten en die van winst en verlies, maar dat was al in het oorspronkelijke wetsvoorstel geschied.³³ Beide laatstgenoemde beperkte gemeenschappen zijn immers overbodig, nu de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen zelf een beperkte huwelijksgemeenschap is. Het vervallen van art. 1:119 – goedkeuring van de rechtbank voor het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk – heb ik hierboven reeds besproken bij de behandeling van art. 1:102, tweede zin, zodat ik hier kan volstaan met een bespreking van art. 1:121a. Daarin is

³¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 19 en HR 21 februari 1997, *NJ* 1998, 205, m.nt. WMK (Dozy-clausule).

³² *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 25.

³³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nrs. 1-2, p. 5, onderdeel F.

bepaald dat goederen, alsmede de vruchten van die goederen, ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen, buiten de gemeenschap blijven, ook al zijn echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbeoordeling of gift verkregen goederen dan wel de vruchten daarvan in de gemeenschap van goederen vallen. Het gaat hier dus om de uitsluitingsclausule, die aanvankelijk was opgenomen in art. 1:94 lid 4, maar nu naar titel 8 is verplaatst, en wel om de volgende, in de toelichting³⁴ vermelde reden. Omdat in de regeling van de wettelijke gemeenschap erfrechtelijke verkrijgingen en giften ingevolge art. 1:94 lid 2, onder a, daarbuiten zullen vallen, is de uitsluitingsclausule slechts van belang voor het geval bij huwelijkse voorwaarden anders is bepaald. Om die reden past de regeling van de uitsluitingsclausule beter in de aan huwelijkse voorwaarden gewijde titel 8. Hieruit blijkt dus ook dat de uitsluitingsclausule in het nieuwe recht niet overbodig wordt, ook al blijven erfrechtelijke verkrijgingen en giften reeds krachtens de wet buiten de gemeenschap. De uitsluitingsclausule blijft van belang, omdat bij gebreke daarvan de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden kunnen overeenkomen dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften wél in de gemeenschap vallen. In geval van een uitsluitingsclausule kunnen de echtgenoten dit niet rechtsgeldig overeenkomen. Aldus is verduidelijkt dat de testeervrijheid op dit punt vóór de contractsvrijheid van echtgenoten gaat.³⁵

Verrekenbedingen

In de algemene regels voor verrekenbedingen in § 1 van afdeling 1.8.2 heeft de tweede nota van wijziging nog enkele kleine correcties moeten aanbrengen, die voortvloeien uit de wijziging van art. 1:94 en de invoeging van art. 1:121a. Het gaat hierbij om de art. 1:133 en 134. In art. 1:133 lid 2 wordt thans nog gesproken over vermogen dat ‘krachtens erfopvolging, making of gift’ wordt verkregen. In overeenstemming met art. 1:94 lid 2, onder a, wordt deze passage gewijzigd in ‘krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbeoordeling of gift’. Voorts wordt in verband met de nieuwe tekst van art. 1:94 lid 2, onder c, een derde zin toegevoegd aan art. 1:133 lid 2, die inhoudt dat de verplichting tot verrekening evenmin betrekking heeft op vermogen dat bestaat uit rechten op het vestigen van vruchtgebruik als bedoeld in de art. 4:29 en 30, vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen is gevestigd, alsmede hetgeen wordt verkregen ingevolge de art. 4:34, 35, 36, 38 en 126 lid 2, onder a en c, en afdeling 4.4.3. Ook in art. 1:134 moet de passage ‘krachtens erfopvolging, making of gift’ worden vervangen door ‘krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbeoordeling of gift’.

Tot besluit

Ik ben positief gestemd over de veranderingen die de tweede nota van wijziging in het wetsvoorstel heeft aangebracht. Het zijn stuk voor stuk verbeteringen, vereenvoudigingen dan wel verduidelijkingen ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Helemaal tevreden ben ik echter pas als mijn volgende vier wensen zijn vervuld:

1. in de art. 1:87 lid 4 en 96b, eerste zin, moeten de woorden ‘bij overeenkomst’ worden vervangen door ‘bij schriftelijke overeenkomst’;
2. niet alleen ten aanzien van de uitsluitingsclausule (art. 1:121a), maar ook ten aanzien van de insluitingsclausule (art. 1:94 lid 3, tweede zin) moet de

³⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 25.

³⁵ HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193, m.nt. EAAL (de uitsluitingsclausule dwingt) en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nr. 3, p. 21. Vgl. hiermee het voor verrekenbedingen geldende art. 1:134. Zie ook Nuytinck 2003, p. 152 (noot 4 hierboven).

- testeervrijheid van de erflater prevaleren boven de contractsvrijheid van de echtgenoten, zodat laatstgenoemde bepaling moet worden aangevuld;
3. de slotpassage van art. 1:102, tweede zin, moet worden verduidelijkt;
 4. het thans geldende stelsel van privaat bestuur (art. 1:97 lid 1, eerste zin, aanhef) moet niet worden vervangen door een stelsel van gemengd privaat-cumulatief bestuur, zoals het onderhavige wetsvoorstel doet (art. 1:97 lid 1, eerste en tweede zin), maar door een stelsel van gemengd cumulatief-collectief bestuur, met andere woorden: art. 3:170 moet niet gedeeltelijk van overeenkomstige toepassing worden verklaard, zoals het onderhavige wetsvoorstel doet (art. 1:97 lid 1, derde zin, jo. art. 3:170 lid 1), maar in zijn geheel, zodat het huwelijksvermogensrecht in deze niet onnodig afwijkt van het algemene vermogensrecht.

Mijn laatste wens heb ik in deze bijdrage niet uitgewerkt, omdat ik hiervoor al sinds 1987 onafgebroken heb gepleit en mijn opvatting hierover dus als bekend mag worden beschouwd.³⁶ Wat mij betreft staat niets meer in de weg aan invoering van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen op 1 januari 2007, uiteraard het liefst met inachtneming van mijn zojuist vermelde vier wensen.

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen

³⁶ Zie laatstelijk A.J.M. Nuytinck, 'Ontwikkelingen in het huwelijksvermogensrecht', *FJR* 2002, p. 98-102, in het bijzonder p. 101-102, alsmede Nuytinck 2003, p. 154-155 (noot 4 hierboven).