

De onder uitsluitingsclausule verkregen grond en de daarop gebouwde nieuwe woning: nominaliteitsleer of beleggingsleer?

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 15 februari 2008, LJN: BC1856, NJ 2008, 110 (mrs. J.B. Fleers, P.C. Kop, A. Hammerstein, F.B. Bakels en W.D.H. Asser; A-G mr. J. Wuisman)

Geschil tussen voormalige echtelieden bij verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschap over vergoeding aan de man van helft van overwaarde van de echtelijke woning die (gefinancierd met de opbrengst van eerdere woning) is opgericht op een stuk grond dat de vrouw had geërfd en buiten de gemeenschap was gebleven; natrekking; derogende werking van redelijkheid en billijkheid

(iv) De bouwkosten van deze woning zijn gefinancierd met de opbrengst van de voormalige echtelijke woning van partijen ten bedrage van f 109.000,- (€ 49.462,04) en met een door de moeder van de vrouw aan de vrouw verstrekte lening van f 45.000,- (€ 20.420,11). Op deze lening hebben partijen tijdens hun huwelijk niet afgelost.

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Partijen zijn op 28 september 1978 in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. Hun huwelijk is op 17 juli 2002 ontbonden door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van de beschikking waarbij tussen hen echtscheiding is uitgesproken.
- (ii) De vrouw heeft uit de nalatenschap van haar in 1982 overleden vader een perceel bouwgrond, ter grootte van ongeveer acht aren, met opstal verkregen, onder bezwaar van vruchtgebruik door haar moeder. In het testament van de vader van de vrouw is bepaald dat al hetgeen uit zijn nalatenschap wordt verkregen, niet zal vallen in enige huwelijksgemeenschap. Het door de vrouw verkregen perceel maakte deel uit van een groter stuk grond met opstallen, dat voor het overige door de moeder van de vrouw uit de nalatenschap van de vader is verkregen.
- (iii) De op het door de vrouw verkregen perceel staande bouwvallige woning is afgebroken en in 1984 vervangen door een nieuwgebouwde woning, waarin partijen tijdens hun huwelijk tot 2002 hebben gewoond. De moeder van de vrouw woonde in een gedeelte van deze aan de vrouw in eigendom toebehorende woning.

Het geding in feitelijke instanties²

Kort samengevat en voor zover thans van belang strekt de vordering van de man ertoe dat de vrouw hem de helft van de overwaarde van de voormalige echtelijke woning zonder de ondergrond vergoedt. De vrouw heeft betwist dat aan de man meer toekomt dan de door haar erkende nominale investering in de bouw van de woning van f 54.000,-. Het hof heeft – gedeeltelijk in afwijking van het tussenvonnis van de rechtbank voor zover dit in hoger beroep aan de orde was – samengevat als volgt geoordeeld.

- a. De vrouw is door natrekking eigenaar geworden van de nieuwgebouwde (echtelijke) woning. Deze woning is buiten de gemeenschap gebleven. De financiering van de woning met gemeenschapsmiddelen heeft tot gevolg dat voor de man vergoedingsrechten zijn ontstaan. (rov. 5.2)
- b. De bouw van de woning is gefinancierd op de wijze die hiervoor al onder (iv) is vermeld. Het hof heeft de man in de gelegenheid gesteld te reageren op de stelling van de vrouw dat haar moeder nog een bedrag van f 15.000,- heeft betaald voor materialen die voor de bouw van de woning zijn gebruikt. (rov. 5.3)
- c. De kosten die ten behoeve van de woning zijn gemaakt, moeten worden beschouwd als aan de vrouw verknoch-

¹ Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

² Ontleend aan punt 3.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

te schulden die ingevolge artikel 1:94 lid 3 BW buiten de gemeenschap vallen. Op grond van artikel 1:96 lid 2 BW dient de vrouw het bedrag waarmee de bouw van de woning is betaald, aan de gemeenschap (en dus voor de helft aan de man) te vergoeden. (rov. 5.4)

- d. De stelling van de vrouw dat de man heeft voldaan aan een natuurlijke verbintenis omdat hij, terwijl hij wist dat de woning niet zijn eigendom was, desondanks doelbewust geld in de woning heeft ingebracht om de vrouw ook na het huwelijk in staat te stellen in de woning te blijven wonen, is door het hof verworpen, omdat de vrouw daaraan onvoldoende feiten ten grondslag heeft gelegd en de man heeft betwist dat hij heeft beseft dat hij niet zou kunnen profiteren van een waardestijging van de woning. (rov. 5.5)
- e. Het vergoedingsrecht strekt in beginsel tot vergoeding van een gelijk bedrag als destijds aan de gemeenschap is onttrokken. Op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de deelgenoten beheersen, kan hierop een uitzondering worden gemaakt aldus dat tevens (een deel van) de door dit bedrag gerealiseerde waardestijging aan de gemeenschap dient te worden vergoed. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is onaanvaardbaar dat de vrouw jegens de man volstaat met de teruggave van het destijds ontvangen bedrag zonder enige waardevermeerdering van de woning. (rov. 5.6)
- f. Daarbij zijn de navolgende omstandigheden van belang.
- De woning op het door de vrouw verkregen perceel was in zo'n bouwvallige staat dat deze niet of nauwelijks voor bewoning geschikt was. Partijen hebben in de plaats daarvan een grote, goedgebouwde en luxueus uitgevoerde woning doen bouwen. De bouw daarvan is grotendeels gefinancierd met de opbrengst van de voormalige echtelijke woning.
 - Wanneer wordt uitgegaan van een nominale vergoedingsverplichting van de vrouw, kan de man niet profiteren van deze inbreng. Daarmee zou de man in feite een toekomstige waardestijging van de eerste gemeenschappelijke woning hebben prijsgegeven om de vrouw in staat te stellen de onderhavige woning te bouwen als privé-eigendom, zodat alleen zij van de waardestijging profiteert. Gesteld noch gebleken is dat partijen zich van dit gevolg bewust zijn geweest.
 - De verkrijging van de grond en de woning door de vrouw in privé vloeit voort uit de uiterste wilsbeschikking van haar vader en is niet gebaseerd op een bewuste keuze van partijen: zij waren in wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd, waaruit voortvloeit dat zij in beginsel in gelijke mate delen in de waardestijging/waardedaling van de tot de gemeenschap behorende goederen. (rov. 5.7)
- g. het verweer van de vrouw dat de wil van de erflater wordt doorkruist als de man meedeelt in de waardestijging van de woning, verwerpt het hof. De stelling van de vrouw dat de man zich ervan bewust was dat de

vrouw de eigendom had van de woning en dat partijen zich daarnaar hebben gedragen, stuit af op het feit dat de woning voor een groot gedeelte is gefinancierd met gemeenschapsvermogen. (rov. 5.8)

- h. Er is geen aanleiding voor analoge toepassing van de artikelen 3:120 en 121 BW, omdat deze bepalingen betrekking hebben op de goederenrechtelijke situatie, terwijl het hier gaat om de verbintenissenrechtelijke betrekkingen tussen partijen, die ondanks de goederenrechtelijke situatie voortvloeien uit hun ontbonden huwelijksgemeenschap. (rov. 5.9)
- i. Aan het vorenstaande kan niet afdoen dat de vrouw eventueel zal zijn genoodzaakt de woning te verkopen of zal tekortschieten in de nakoming van een verbintenis jegens haar moeder. In dit verband heeft de vrouw onvoldoende gesteld. Overigens zal het door de vrouw aan de man te vergoeden bedrag beperkt dienen te blijven tot de waarde van de woning voor zover die zich verhoudt tot de helft van het door de gemeenschap daarin geïnvesteerde bedrag. Daarbij komt dat bij de waardebepaling rekening moet worden gehouden met het feit dat de verkrijging uit de nalatenschap is bezwaard met vruchtgebruik. Niet de gehele waarde van de woning komt voor verrekening in aanmerking. (rov. 5.10)

Het cassatiemiddel³

Het door de vrouw aangevoerde middel keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de oordelen die hiervoor zijn weergegeven aan het slot van e en onder f tot en met i. De klachten van de onderdelen 2 (onderdeel 1 bevat geen klacht) tot en met 5.3 komen erop neer dat het hof onvoldoende terughoudend is geweest met het aannemen van een uitzondering op de regel dat de vergoeding nominaal dient te geschieden en dat in de gegeven omstandigheden onvoldoende grond bestaat voor deze beslissing. Onderdeel 5.4 bestrijdt dat partijen zich niet bewust zijn geweest van het feit dat de vrouw als enige van de waardestijging van de woning kan profiteren. Onderdeel 6 strekt ten betoge dat geen sprake is geweest van onvoorzien omstandigheden. Onderdeel 7 acht onbegrijpelijk dat het hof de stellingen van de vrouw dat zij niet in staat zal zijn de vergoeding aan de man te financieren, heeft verworpen.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door de vrouw tegen het arrest van het hof gerichte cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen als volgt.

3.5 Het hof heeft terecht vooropgesteld dat de man in beginsel alleen recht heeft op vergoeding op basis van het nominale bedrag dat ten behoeve van de bouw van de echtelijke woning aan de gemeenschap is onttrokken, tenzij het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de man in het geheel niet

3 Ontleend aan punt 3.4 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

meedeelt in de waardeestijging van deze woning. Het oordeel van het hof dat de man recht heeft op vergoeding van een bedrag dat is gerelateerd aan de waardeestijging van de woning is in de kern hierop gebaseerd dat (i) partijen in gemeenschap zijn gehuwd, en (ii) tot deze gemeenschap de oorspronkelijke echtelijke woning behoort (iii) waarvan de opbrengst is geïnvesteerd in een nieuwe echtelijke woning, (iv) die door natrekking eigendom is geworden van de vrouw als gevolg van het feit dat het perceel waarop deze woning is gebouwd, door een daartoe strekkende bepaling in de testamentaire beschikking die tot de verkrijging van dit perceel had geleid, buiten de gemeenschap viel. Het hof heeft aldus van belang geacht dat het feit dat de waardeestijging van de echtelijke woning geheel in het vermogen van de vrouw vloeit, niet kan worden beschouwd als een door partijen beoogd gevolg, doch voortvloeit uit de wilsbeschikking van de erflater en de wettelijke natrekkingsbepaling. Daarnaast heeft het hof in aanmerking genomen dat deze woning in belangrijke mate is gefinancierd met de opbrengst van de voormalige, tot de huwelijksgemeenschap van partijen behorende, echtelijke woning. Op grond van dit een en ander heeft het hof geoordeeld dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de vrouw volstaat met vergoeding van het nominale bedrag dat aan de gemeenschap is onttrokken, en dat de vrouw in plaats daarvan een vergoeding moet betalen die erop neerkomt dat dit bedrag wordt vermeerderd in evenredige mate met de waardeestijging van de tweede echtelijke woning. Het hof was kennelijk van oordeel dat aldus zowel recht wordt gedaan aan de testamentaire bepaling dat het door de vrouw verkregen perceel buiten de gemeenschap valt, als aan de in het huwelijksvermogensregiem besloten liggende bedoeling van partijen dat zij tijdens hun huwelijk een gemeenschappelijk vermogen opbouwen en dat partijen met hun handelwijze niet de bedoeling hebben gehad in afwijking daarvan de vrouw te bevoorstellen. Het oordeel van het hof, dat geheel is gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van dit geval, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende begrijpelijk gemotiveerd. Voor zover in dit geval al van belang is of partijen zich tijdens hun huwelijk steeds van alle gevolgen van hun handelen voldoende bewust zijn geweest, heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat, ook indien de man op de hoogte was van de inhoud van het testament van de vader van de vrouw en hij zich heeft gerealiseerd dat hij geen mede-eigenaar was of zou worden van de woning die op de door de vrouw verkregen grond werd gebouwd, daaruit in de omstandigheden van dit geval niet volgt dat hij zich ook ervan bewust was dat hij in beginsel niet zou meedelen in de waardeestijging van de echtelijke woning.

3.6 Op het vorenoverwogene stuiten de onderdelen 2 tot en met 6 af. Onderdeel 7 faalt eveneens. Daargelaten of het verweer van de vrouw dat zij bij toewijzing van de vordering van de man genoodzaakt zal zijn de onderhavige woning te verkopen, in dit geding over de verdeling van de gemeenschap relevant is, kunnen de daarop betrekking hebbende klachten van het onderdeel niet tot cassatie leiden omdat deze zijn gericht tegen de aan het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitleg van de gedingstukken, die alleszins begrijpelijk is.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het door de vrouw tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep en compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat ieder van partijen de eigen kosten draagt.

Noot

1 Inleiding

Na mijn uitvoerige commentaar op het arrest van de Hoge Raad⁴ inzake ex-samenwoners, waarin dezelfde problematiek als in het onderhavige arrest een rol speelt, kan de noot bij laatstgenoemd arrest beperkt van omvang blijven. Niettemin is dit arrest belangrijk genoeg om er toch nog even kort bij stil te staan. Deze noot kan dus worden beschouwd als een aanvulling op de in voetnoot 4 genoemde noot, in het bijzonder op punt 3 (vergoedingsrechten overeenkomstig het arrest Kriek-Smit) en punt 4 (vergoedingsrechten overeenkomstig de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht).⁵

2 De casus

De casus in het arrest van 2008 is vrij eenvoudig. Man en vrouw zijn met elkaar gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen (art. 1:93 e.v. BW). De vrouw heeft van haar vader een stuk grond geërfd, ten aanzien waarvan de vader in zijn uiterste wil heeft bepaald dat deze niet in de wettelijke gemeenschap van zijn dochter valt. Het gaat hier om de zogenaamde uitsluitingsclausule (art. 1:94 lid 1 BW). Later wordt op dit stuk grond na afbraak van de bouwvallige eerdere echtelijke woning een nieuwe echtelijke woning gebouwd. Deze wordt uiteraard door natrekking ook privé-eigendom van de vrouw (art. 3:4, 5:3 en 5:20 lid 1, aanhef en onder e, BW). Omdat de nieuwe woning met gemeenschapsmiddelen is gefinancierd, ontstaat voor de gemeenschap, dus voor de helft voor de man, een zogenaamde 'récompense', een vergoedingsrecht (art. 1:96 lid 2 BW). De cruciale vraag is nu natuurlijk of de man na echtscheiding kan meedelen in de waardeestijging van de nieuwe woning ('beleggingsleer') dan wel genoeg moet nemen met de helft van het nominale bedrag dat destijds aan de gemeenschap is onttrokken ('nominaliteitsleer'). De Hoge Raad⁶ gaat naar huidig recht uit van de nominaliteitsleer, maar naar komend recht introduceert de wetgever⁷ de beleggingsleer in artikel 1:87 BW (nieuw), die ook doorwerkt in de regeling van de vergoedingsrechten, zowel de reprise als de récompense, in artikel 1:96 leden 3 en 4 BW (nieuw). In het onderhavige arrest laat de Hoge Raad echter het oordeel van het hof in stand, dat de man wel degelijk recht heeft op zijn aandeel in de waardeestijging van de nieuwe woning.

3 Anticipeert de Hoge Raad nu wel of niet op de beleggingsleer van artikel 1:87 BW (nieuw)?

De grote vraag is of de Hoge Raad in dit arrest heeft geanticipeerd op het komende recht. Deze vraag kan mijns

4 HR 22 september 2006, *NJ* 2006, 521, AA 2007, p. 58-65, m.nt. AJMN (ex-samenwoners, uitleg van hun samenlevingsovereenkomst en vergoedingsrechten).

5 AA 2007, p. 62-65.

6 HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, m.nt. EAAL, AA

1987, p. 780-785, m.nt. PvS (Kriek-Smit).

7 In de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), te weten in *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nr. 1-2, p. 2 (voorstel van wet), alsmede *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p.

1-2 (tweede nota van wijziging) en nr. 12, p. 1 (derde nota van wijziging); zie ten slotte *Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 18 (amendement-Van der Staaij ter vervanging van het woord 'overeenkomst' door de woorden 'schriftelijke overeenkomst' in de art. 1:87 lid 4, eerste zin, en 96b, eerste zin, BW nieuw).

inziens noch bevestigend, noch ontkennend worden beantwoord. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof bevestigd en dus het cassatieberoep van de vrouw verworpen, niets meer en niets minder. De Hoge Raad kon namelijk niet anders, nu het hof op bewonderenswaardige wijze zijn arrest flink heeft 'dichtgetimmerd'. Niet voor niets begint de Hoge Raad in punt 3.2 van zijn arrest met een samenvatting van het oordeel van het hof, waarin onder a tot en met i alle relevante rechtsoverwegingen van het hof (rov. 5.2 tot en met 5.10) de revue passeren met een nauwkeurige weergave van de bijzondere omstandigheden van dit concrete geval. Bovendien heeft het hof deze zaak goed aangepakt door de nominaliteitsleer voorop te stellen en aan te geven dat afwijking hiervan uitzonderlijk is en alleen aan de orde komt als toepassing van de nominaliteitsleer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In de tweede volzin van rov. 3.5 noemt de Hoge Raad nogmaals onder (i) tot en met (iv) de relevante omstandigheden van dit concrete geval, waarop het oordeel van het hof in de kern is gebaseerd. Het wekt dan ook geenszins verbazing dat de Hoge Raad in diezelfde rechtsoverweging tot de conclusie komt dat het oordeel van het hof, *dat geheel is gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van dit geval* (cursivering van mij, AJMN), niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en voldoende begrijpelijk is gemotiveerd. Het hof is immers de rechter die over de feiten oordeelt (aldus ook de laatste volzin van rov. 3.6 van het arrest van de Hoge Raad). Volgens de Hoge Raad heeft het hof recht willen doen aan zowel de uitsluitingsclausule van de erflater als het huwelijksvermogensregime van partijen. Persoonlijk vind ik toch dat het hof iets te vrijgevig is geweest in de richting van de man. Zelf had ik niet verwacht dat het hof de man zou laten meedelen in de waardeestijging van de nieuwe woning, maar wél dat het – in de trant van het eindarrest van het Haagse hof⁸ in de procedure Kriek-Smit – zou kiezen voor de uit laatstgenoemde procedure bekende 'correctievergoeding'. Er zit naar mijn mening toch nog wel een behoorlijk verschil tussen het laten meedelen in de waardeestijging en het toekennen van een correctievergoeding. Voorts vraag ik mij af of in het onderhavige geval eigenlijk wel sprake was van de door de Hoge Raad in rov. 3.4 van het arrest Kriek-Smit bedoelde onvoorziene omstandigheden en/of van een aldaar bedoelde exorbitante waardeestijging, die een uitzondering op de hoofdregel rechtvaardigen. Eerlijk gezegd denk ik van niet en daarmee luidt mijn conclusie dat het hof dan toch impliciet op de beleggingsleer van artikel 1:87 BW (nieuw) heeft geanticipeerd. Opvallend, maar gelet op het bovenstaande wel verklaarbaar, is dat noch het hof, noch de Hoge Raad verwijst naar laatstgenoemd artikel en ook overigens met geen woord rept van het wetgevingsproces rondom de derde tranche tot herziening van het huwe-

lijksvermogensrecht. Uitdrukkelijke anticipatie door het hof zou trouwens ook niet voor de hand hebben gelegen, omdat de Hoge Raad⁹ al in 2006 heeft geweigerd op de beleggingsleer te anticiperen, zij het met een onjuiste motivering.¹⁰ Daarnaast wijst ook het overgangsrecht ter zake van artikel 1:87 BW (nieuw) niet in de richting van anticipatie, integendeel. Artikel V lid 1 van wetsvoorstel 28 867¹¹ houdt immers in dat de beleggingsleer slechts van toepassing is op vergoedingsvorderingen die ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die na het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet plaatsvinden, en dat op de vergoedingsvorderingen die zijn ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die vóór dat tijdstip hebben plaatsgevonden, het recht van toepassing blijft zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe wet, dus concreet: de nominaliteitsleer van het arrest Kriek-Smit.

4 Ten slotte

Voor degenen die moeite hebben met het feit dat het hof op twee gedachten hinkt (recht willen doen aan zowel de uitsluitingsclausule van de erflater als het huwelijksvermogensregime van partijen), waardoor de wil van de erflater toch enigszins in het gedrang komt, wijs ik ten slotte nog even op de conclusie van A-G Wuisman. Deze wijst erop¹² dat de uitsluitingsclausule van de erflater vanwege een beschikking van de Hoge Raad¹³ van 1980 op het eerste oog tot de conclusie zou voeren dat de waarde van de woning bij de bepaling van de hoogte van het vergoedingsrecht niet in aanmerking kan worden genomen. In die uitspraak oordeelt de Hoge Raad dat bij een afrekening tussen buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten als waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd niet een goed kan worden betrokken, ten aanzien waarvan een erflater of schenker heeft bepaald dat het slechts ten goede komt aan één van de echtgenoten.¹⁴ Het bijzondere in de onderhavige zaak is echter dat de betrokken woning nimmer aan de vader heeft toebehoord. De woning is geheel nieuw op de van de vader van de vrouw afkomstige grond gezet ná het overlijden van de vader en ná de verwerving van de grond door de vrouw. De op de grond aanwezige woning was bouwvallig en is ook geheel afgebroken. Onder deze omstandigheden bestaat er geen goede grond om ten aanzien van de waarde van de nieuwe woning rekening met de wil van de vader te houden, aldus de A-G.

Wellicht kan men sneller vrede hebben met het arrest van het hof en dat van de Hoge Raad, als men rekening houdt met deze overwegingen van de A-G, die overigens wél heeft geconcludeerd tot vernietiging van het arrest van het hof op grond van een motiveringsklacht. ■

8 Hof's-Gravenhage 4 november 1988, *NJ* 1989, 540.

9 HR 21 april 2006, *NJ* 2007, 395. Zie ook AA 2007, p. 64, voetnoot 17.

10 Zie daarover AA 2007, p. 64.

11 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nr. 1-2, p. 6, als-

mede *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 6.

12 Conclusie, punt 2.10, voetnoot 8.

13 HR 21 november 1980, *NJ* 1981, 193, m.nt. EAAL (de uitsluitingsclausule dwingt).

14 Zie thans ook art. 1:134 BW, zoals dit luidt sinds

1 september 2002, toen de Wet regels verrekenbeningen in werking trad (Wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152).