

**Erfrechtelijke geschillen**  
**Mr. dr. G.T.J. Hoff**  
**Relatievermogensrecht en erfrecht**

Inhoudsopgave	
1. Inleiding	1
2. Rechten en verplichtingen van echtgenoten	8
3. Huwelijksgemeenschap	13
3.1. Inleiding	13
3.2. Wettelijke beperkte gemeenschap van goederen	17
3.3. Wettelijke algehele gemeenschap van goederen	25
3.4. Breukdelengemeenschap	27
3.5. Beperkte gemeenschap van goederen	30
3.6. Aansprakelijkheid en draagplicht	32
3.7. Uitwinning en verhaal	33
3.8. Bestuur	34
4. Vergoedingsrechten	36
5. Zaaksvervanging	45
6. Verknochtheid	48
7. In- en uitsluitingsclausules	49
8. Huwelijkse voorwaarden	60
8.1. Inleiding	60
8.2. Verrekenbedingen	63
8.3. Periodiek verrekenbeding	70
8.4. Finaal verrekenbeding	76
8.5. Is een finaal verrekenbeding een quasi-legaat?	79
9. Aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens huwelijk	82
10. Ontbinding, vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap	84
11. Informeel samenleven	88

## **1. Inleiding**

Ook buiten Boek 4 BW bestaan er regels die nauw verband houden met het erfrecht of die op de toepassing van het erfrecht in een concreet geval van invloed zijn. Zo is het relatievermogensrecht voor het erfrecht van belang, omdat de omvang en de samenstelling van de nalatenschap van de erflater mede worden bepaald door het

relatievermogensregime. Welke vermogensbestanddelen behoren als gevolg van het voor de echtgenoten geldende relatievermogensregime tot de nalatenschap van de erflater, en welke goederen vallen daarbuiten? Een andere invalshoek is dat als gevolg van het gekozen relatievermogensregime overgang van vermogen – ofwel bij leven, ofwel bij overlijden – plaatsvindt, zodat het relatievermogensrecht zo nodig ingezet kan worden voor *estate planning* doeleinden. Het relatievermogensregime kan worden onderscheiden in: (i) het huwelijksvermogensregime, (ii) het partnerschapsvermogensregime en (iii) het samenlevingsvermogensregime.

Is de erflater gehuwd of een geregistreerd partnerschap aangegaan, dan geldt het relatievermogensrecht van Boek 1 BW. Het huwelijksvermogensrecht is geregeld in titels 6 (Rechten en verplichtingen van echtgenoten), 7 (De wettelijke gemeenschap van goederen) en 8 (Huwelijkse voorwaarden) van Boek 1 BW (Personen- en familierecht). In deze drie titels worden de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk *en détail* geregeld. Art. 1:80b BW bepaalt dat op een geregistreerd partnerschap de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 BW van overeenkomstige toepassing zijn (met uitzondering van hetgeen omtrent scheiding van tafel en bed is bepaald), zodat het relatievermogensregime van gehuwden en geregistreerde partners precies hetzelfde is.<sup>1</sup> Voor de huwelijksgemeenschap treffen we ook belangrijke regels aan in titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3 BW (Vermogensrecht in het algemeen). Is de huwelijksgemeenschap eenmaal ontbonden (bijvoorbeeld door het overlijden van een van de echtgenoten), dan vormt de huwelijksgemeenschap een bijzondere gemeenschap in de zin van afdeling 2 van titel 7 van Boek 3 BW. De regels met betrekking tot de beschikking over en het beheer van de gemeenschapsgoederen van deze afdeling van de gemeenschapstitel dienen dan toegepast te worden (en niet langer die van Boek 1 BW). Het algemene vermogensrecht van de Boeken 3, 5 (Zakelijke rechten) en 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) BW vormt het sluitstuk van de regels die op de huwelijksgemeenschap van toepassing zijn.

Is de erflater niet gehuwd en geen geregistreerd partnerschap aangegaan, dan zal er een informele relatie tussen de ongehuwde, niet-geregistreerde samenlevingspartners bestaan (zie verder § 11). Die relatie kan zijn vastgelegd in een notarieel of onderhands samenlevingscontract. Is er geen samenlevingscontract, dan gelden nog steeds de algemene regels van het vermogensrecht, in het bijzonder de regels van titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3 BW voor wat betreft de gemeenschappelijke goederen van de ongehuwd samenwonenden.

### *Relatievermogensrecht gaat vóór erfrecht*

Verder geldt dat het relatievermogensrecht vóór het erfrecht gaat. Dat betekent dat eerst nadat met behulp van de regels van het relatievermogensrecht de omvang en de samenstelling van het vermogen van de erflater ten tijde van zijn overlijden zijn vastgesteld, toegekomen zal kunnen worden aan de toepassing van het erfrecht en de daarin voorziene erfopvolging. Om de impact van het relatievermogensrecht inzichtelijk te maken, worden enkele voorbeelden gegeven. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de volgende situaties:

---

<sup>1</sup> In art. 828 Rv wordt eveneens bepaald dat op een ontbinding van een geregistreerd partnerschap de bepalingen over de rechtspleging in scheidingszaken van overeenkomstige toepassing zijn.

- gemeenschap van goederen;
- geen gemeenschap van goederen, maar wel een finaal verrekenbeding; en
- quasi-legaten.

### *Gemeenschap van goederen*

Zijn de echtgenoten gehuwd in een huwelijksgemeenschap, dan behoort de onverdeelde helft van deze gemeenschap tot de nalatenschap van de overleden echtgenoot. Dat levert geen bijzondere verdelingsproblemen op indien de langstlevende echtgenoot enig erfgenaam is of de wettelijke verdeling van de nalatenschap van toepassing is (art. 4:13 e.v. BW). De verdeling van de door het overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap en van de nalatenschap is dan niet nodig. De langstlevende echtgenoot is immers van rechtswege als enige gerechtigd tot de goederen van de huwelijksgemeenschap én de nalatenschap.

Dat wordt anders als er meerdere erfgenamen zijn en de wettelijke verdeling van de nalatenschap niet van toepassing is. In dat geval zal pas ná verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap vastgesteld kunnen worden welke goederen en schulden tot de nalatenschap behoren én waartoe de langstlevende echtgenoot gerechtigd is uit hoofde van de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

Stel dat de echtgenoten zonder huwelijkse voorwaarden te maken, zijn gehuwd. De man overlijdt en hij heeft zijn kind tot enig erfgenaam benoemd. De man is eigenaar van de echtelijke woning met een waarde van € 400.000. Hij is tevens eigenaar van een zeilboot met een waarde van € 80.000. Deze boot heeft hij onder een uitsluitingsclausule van zijn vader geërfd. De vrouw heeft geen enkel vermogen. De nalatenschap van de man zou dan bestaan uit de helft van de huwelijksgemeenschap (de helft van de echtelijke woning) en de zeilboot, derhalve per saldo € 280.000. Het kind zou als erfgenaam exclusief gerechtigd zijn tot de zeilboot. De vrouw en het kind zouden tot aan het moment waarop de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap haar beslag krijgt gezamenlijk gerechtigd zijn tot de echtelijke woning. Mogelijk zou de vrouw nog wel het (vrucht)gebruik van de woning en de zeilboot kunnen vorderen op grond van art. 4:28 BW t/m art. 4:30 BW (de zogeheten andere wettelijke rechten).

### *Geen gemeenschap van goederen, maar wel een finaal verrekenbeding*

Stel dat de echtgenoten uit het vorige voorbeeld buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In de huwelijkse voorwaarden is een finaal verrekenbeding bij overlijden opgenomen, waarbij verrekend wordt alsof de echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd (het zogeheten alsof-beding, § 8.4). De man overlijdt zonder een testament gemaakt te hebben. Hij laat als zijn erfgenamen achter zijn echtgenote en een kind. De man is eigenaar van de echtelijke woning met een waarde van € 400.000. Hij is tevens eigenaar van een zeilboot met een waarde van € 80.000. Deze zeilboot heeft hij onder een uitsluitingsclausule van zijn vader geërfd. De vrouw heeft geen enkel vermogen. Het krachtens het finaal verrekenbeding te verrekenen vermogen bedraagt € 400.000. Bij

helfte verrekenen volgens het finaal verrekenbeding betekent dat de vrouw een verrekeningsvordering op de nalatenschap van de man heeft van € 200.000. De nalatenschap van de man omvat de woning en de zeilboot met een waarde van € 480.000 en een verrekenschuld aan de vrouw van € 200.000. Het saldo van de nalatenschap is € 280.000. Als gevolg van de wettelijke verdeling van de nalatenschap verkrijgt de echtgenote de goederen en de schulden (art. 4:13 e.v. BW). Het kind krijgt als erfgenaam een onderbedelingsvordering op de moeder ter grootte van zijn erfdeel (de helft), en dus van € 140.000.

### *Quasi-legaten*

Soms worden huwelijksvermogensrechtelijke verkrijgingen behandeld alsof het erfrechtelijke verkrijgingen (legaten) zijn. Het gaat dan om de quasi-legaten van art. 4:126 BW. Een voorbeeld daarvan is het verblijvingsbeding op grond waarvan de echtelijke woning zonder een redelijke tegenprestatie verblijft bij de langstlevende echtgenoot (art. 4:126 lid 2 onder a BW). De echtgenoot aan wie het goed aldus verblijft, kan op grond van Boek 4 BW genoot worden de waarde daarvan ten behoeve van de schuldeisers van de nalatenschap af te staan.

Stel dat de echtgenoten van het vorige voorbeeld ten aanzien van hun huwelijksgemeenschap een verblijvingsbeding zonder vergoeding waren overeengekomen ten gunste van de langstlevende echtgenoot. De vrouw zou dan na het overlijden van de man recht hebben op toedeling van de echtelijke woning ter waarde van € 400.000, zonder dat daarvoor een vergoeding aan zijn nalatenschap moet worden betaald. De helft van de waarde van de woning zou dan meetellen voor de legitimaire massa waarin de legitieme portie van het kind wordt berekend (art. 4:63 e.v. BW). De andere helft van de waarde van de woning zou de vrouw krachtens huwelijksvermogensrecht toekomen. Zou door het verblijvingsbeding de legitieme van het kind zijn geschonden en het kind zich op zijn legitieme portie beroepen, dan krijgt het kind een legitimaire geldvordering op zijn moeder (art. 4:7 lid 1 onder g BW). In zijn testament kan de man de opeisbaarheid van deze legitimaire geldvordering van het kind op de langstlevende echtgenoot hebben uitgesteld tot het overlijden van de langstlevende (art. 4:82 BW).

Al deze voorbeelden tonen aan dat het relatievermogensrecht een grote impact heeft op de uiteindelijke verdeling van erflaters nalatenschap en op de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers.

### *Historisch perspectief van het relatievermogensrecht*

Om de regels van het relatievermogensrecht, en in het bijzonder het huwelijksvermogensrecht, te begrijpen is het nuttig kennis te nemen van enkele hoogtepunten uit de totstandkomingsgeschiedenis van Boek 1 BW.

Sinds de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in 1838 bestaat de mogelijkheid om te huwen in gemeenschap van goederen. In aanvang had de vrouw echter een van de man afhankelijke positie. Zij was handelingsonbekwaam en kon daardoor niet zelfstandig onaantastbare rechtshandelingen verrichten (zoals bijvoorbeeld het sluiten van een

overeenkomst). De vrouw had met betrekking tot haar eigen vermogen en het gemeenschappelijke huwelijksvermogen geen zeggenschap. Pas in 1957 is de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw en de maritale macht van de gehuwde man afgeschaft door de Lex-Van Oven, een wet (*lex*) die vernoemd is naar de toenmalige minister van Justitie mr. J.C. van Oven in het kabinet Drees III. De vrouw kreeg toen ook meer zeggenschap over het gemeenschappelijke huwelijksvermogen (dat wil zeggen: een bestuursregeling en -verdeling bij de wettelijke algehele gemeenschap van goederen werd getroffen (zie daarvoor § 3.8) en handelingsvrijheid werd aan de echtgenoten toegekend, behoudens de toepasselijkheid van art. 1:88 BW (zie daarvoor § 2)). Het werd tevens mogelijk om een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden te sluiten (§ 8).

Een volgende belangrijke aanpassing van het huwelijksvermogensrecht vond plaats in 1970, met de inwerkingtreding van Boek 1 (Personen- en familierecht) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Vervolgens werd in 1998 titel 5A van Boek 1 BW ingevoerd. Deze titel handelt over het geregistreerd partnerschap en regelt onder meer de vermogensrechtelijke gelijkstelling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk.<sup>2</sup>

Sinds 2001 is het huwelijksvermogensrecht in vier tranches op onderdelen herzien. De *eerste tranche* (Wet rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners) is in werking getreden op 22 juni 2001 en had betrekking op onder meer het opheffen van de verplichting tot samenwonen van de echtgenoten.<sup>3</sup> De *tweede tranche* (Wet regels verrekenbedingen) is in werking getreden op 1 september 2002 en leidde tot enige regels voor verrekenbedingen in huwelijksvoorwaarden.<sup>4</sup> Het betrof met name een codificatie van bestaande rechtspraak van de Hoge Raad. De *derde tranche* (Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen) is in werking getreden op 1 januari 2012.<sup>5</sup> Deze tranche was gericht op het wettelijke stelsel van huwelijksvermogensrecht, dat in de volksmond de 'algehele gemeenschap van goederen' werd genoemd. De wijzigingen hadden onder meer betrekking op de vergoedingsrechten, het recht op informatie (art. 1:83 BW), de introductie van de beleggingsleer (art. 1:87 BW), de gewijzigde peildatum van ontbinding van de huwelijksgemeenschap en wijzigingen met betrekking tot het verhaal van gemeenschapsschuldeisers na ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Ook is toen art. 1:119 BW vervallen, waardoor niet langer meer rechterlijke goedkeuring nodig is voor een wijziging van het huwelijksvermogensregime. De *vierde tranche* (Wet beperking omvang wettelijke gemeenschap van goederen) is in werking getreden op 1 januari 2018.<sup>6</sup> Deze herziening heeft tot gevolg dat de aanbrengringen ten huwelijk (behalve de voorhuwelijks eenvoudige gemeenschap), de erfrechtelijke verkrijgingen (verkrijgingen krachtens erfopvolging bij versterf, making (een erfstelling of een legaat) of lastbevoordeling) en de giften na de huwelijksluiting tot het eigen vermogen van de desbetreffende echtgenoot blijven behoren. Tevens zijn de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers op het huwelijksvermogen op onderdelen beperkt.

---

<sup>2</sup> In aanvang was het geregistreerd partnerschap bedoeld als 'huwelijk' voor personen van gelijk geslacht. Ook nadat het huwelijk vanaf 1 april 2001 werd opengesteld voor personen van gelijk geslacht is het geregistreerd partnerschap blijven bestaan.

<sup>3</sup> Kamerstukken 27084.

<sup>4</sup> Kamerstukken 27554.

<sup>5</sup> Kamerstukken 28867.

<sup>6</sup> Kamerstukken 33987.

Het voorgaande heeft er wat betreft het overgangsrecht van de *vierde tranche* toe geleid dat we afhankelijk van de datum van het ontstaan van de huwelijksgemeenschap – vóór, op of na 1 januari 2018 – van doen hebben met de huwelijksgemeenschap oud regime (de zogeheten ‘wettelijke algehele gemeenschap van goederen’) of de huwelijksgemeenschap nieuw regime (de zogeheten ‘wettelijke beperkte gemeenschap van goederen’). Wat de omvang en de samenstelling van de huwelijksgemeenschap betreft is de huwelijksgemeenschap oud regime een ruimere huwelijksgemeenschap dan de huwelijksgemeenschap nieuw regime. Ook op of na 1 januari 2018 kan bij huwelijkse voorwaarden nog gekozen worden voor de huwelijksgemeenschap oud regime zoals die op 31 december 2017 bestond.

### *Drie versies van Boek 1 BW en overgangsrecht*

Vanwege het overgangsrecht van de wijzigingen van het huwelijksvermogensrecht komen in wettenbundels veelal drie versies van onderdelen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek voor. Het betreffen: (i) de versie die van 1970 tot en met 31 december 2011 heeft gegolden, (ii) de versie die van 2012 tot en met 31 december 2017 heeft gegolden en (iii) de versie die vanaf 2018 geldt. Men dient hierop bedacht te zijn.

Uitgangspunt is onmiddellijke werking van de nieuwe wet (art. 68a Overgangswet nieuw BW). Zie daarvoor het onderdeel ‘Overgangsrecht Boek 4 BW’. Niettemin wordt op dit uitgangspunt een aantal uitzonderingen gemaakt.

Zo luidt art. V van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen als volgt:

- “1. Artikel 87 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is slechts van toepassing op vergoedingsvorderingen die ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet plaatsvinden. Op de vergoedingsvorderingen die zijn ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die vóór dat tijdstip hebben plaatsgevonden, blijft het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.*
- 2. Op een gemeenschap van goederen, ontstaan vóór de inwerkingtreding van deze wet, is artikel 94, tweede lid, onder c, en zevende lid, onder b, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing.*
- 3. Artikel 95, eerste lid, tweede en derde zin, en tweede lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is slechts van toepassing op vergoedingsvorderingen die ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet plaatsvinden. Op de vergoedingsvorderingen die zijn ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die vóór dat tijdstip hebben plaatsgevonden, blijft het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.*
- 4. Artikel 96, vierde lid, tweede zin, en vijfde lid, tweede zin, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is slechts van toepassing op vergoedingsvorderingen die ontstaan op grond van voldoening van schulden die na het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet plaatsvindt. Op de vergoedingsvorderingen die zijn ontstaan op grond van voldoening van schulden die*

*vóór dat tijdstip heeft plaatsgevonden, blijft het recht van toepassing zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.*

*5. Artikel 96a van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing indien de begunstiging op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet reeds onherroepelijk was.*

*6. Artikel 99 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dit luidde onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft van toepassing in de gevallen waarin op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet een verzoek als bedoeld in artikel 99, eerste lid, onder b, c of d, van dat boek reeds is ingediend of een overeenkomst als bedoeld in artikel 99, eerste lid, onder e, van dat boek reeds is gesloten, maar nog geen inschrijving in de registers van de burgerlijke stand heeft plaatsgevonden.*

*7. Op de hoofdelijke aansprakelijkheid die vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet ter zake van gemeenschapsschulden door ontbinding van een gemeenschap is ontstaan, blijft artikel 102 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat artikel luidde onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, van toepassing.*

*8. De artikelen 119 en 166, derde zin, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, zoals deze luiden vóór de inwerkingtreding van deze wet, blijven van toepassing op vóór dat tijdstip gemaakte of gewijzigde huwelijkse voorwaarden.*

*9. De artikelen 122 tot en met 128 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, zoals die artikelen luiden onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijven van toepassing op gemeenschappen van winst en verlies en van vruchten en inkomsten, overeengekomen vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet."*

Hieruit blijkt dat voor de *derde tranche* in de volle breedte overgangsrecht geldt. Een voorbeeld is dat art. 1:87 BW - de introductie van de beleggingsleer (§ 4) - op grond van het overgangsrecht alleen van toepassing is op vergoedingsrechten die ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen die ná 1 januari 2012 plaatsvinden (art. V lid 1).

Ook de *vierde tranche*, de Wijzigingswet Boek 1 Burgerlijk Wetboek, enz. (beperking omvang wettelijke gemeenschap van goederen), bevat - in omvang beperkter - overgangsrecht. Art. IV van de wijzigingswet luidt als volgt:

*"1. Op een gemeenschap van goederen, ontstaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft artikel 94 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing, zoals dat artikel luidde op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet.*

*2. Op een gemeenschap van goederen, ontstaan vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, is artikel 96, derde lid, niet van toepassing.*

*3. Artikel 61 van de Faillissementswet is slechts van toepassing op een faillissement dat is uitgesproken na het tijdstip van inwerkingtreding van deze 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 deze wet."*

Het voorgaande betekent dat de wettelijke regeling van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen na 1 januari 2018 van kracht blijft. Die wettelijke regeling blijft

gelden voor de gemeenschappen die vóór 1 januari 2018 zijn ontstaan. Het tijdstip van ontstaan van de huwelijksgemeenschap is beslissend. Ook na 1 januari 2018 kan overigens voor de wettelijke algehele gemeenschap van goederen gekozen worden. Het tijdstip van het ontstaan van de huwelijksgemeenschap hoeft dus niet hetzelfde tijdstip te zijn als het tijdstip waarop het huwelijk gesloten wordt.

Verder geldt dat art. 1:96 lid 3 BW – een bepaling die ziet op een beperking van het verhaal op de huwelijksgemeenschap voor privéschulden en het overnemingsrecht (§ 3.7) – alleen geldt voor de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen. Het nieuwe art. 61 Fw beschermt de echtgenoot van de gefailleerde echtgenoot beter dan voorheen (§ 3.1), maar deze bepaling is slechts van toepassing op faillissementen die na 1 januari 2018 zijn uitgesproken.

Opgemerkt wordt ten slotte dat art. 1:95a BW – een bepaling die een vergoedingsrecht introduceert wanneer een onderneming op grond van huwelijkse voorwaarden buiten de gemeenschap valt – als gevolg van de onmiddellijke werking van het overgangsrecht onverkort van toepassing is op oude en nieuwe gemeenschappen. Het is de bedoeling dat art. 1:95a BW voortaan alleen zal gelden voor gemeenschappen die op of na 1 januari 2018 ontstaan.<sup>7</sup>

### *Wettelijke keuzestelsels*

Opgemerkt wordt ten slotte dat de drie oude wettelijke keuzestelsels – te weten (i) de gemeenschap van vruchten en inkomsten, (ii) de gemeenschap van winst en verlies en (iii) het wettelijke deelgenootschap – als onderdeel van de modernisering van het huwelijksvermogensrecht zijn komen te vervallen. Deze keuzestelsels kwamen in de praktijk niet veel meer voor. In huwelijkse voorwaarden kunnen overigens vergelijkbare regimes overeengekomen worden. De keuzestelsels gemeenschap van vruchten en inkomsten en gemeenschap van winst en verlies zijn wettelijke beperkte gemeenschappen, terwijl het wettelijke deelgenootschap een wettelijk verrekenstelsel was. Deze keuzestelsels waren hoofdzakelijk regeland van aard.

## **2. Rechten en verplichtingen van echtgenoten**

De rechten en verplichtingen van echtgenoten zijn geregeld in titel 6 van Boek 1 BW (art. 1:81 e.v. BW). Deze wettelijke regeling geldt ongeacht het huwelijksvermogensregime waarvoor de echtgenoten hebben gekozen (gemeenschap van goederen of huwelijkse voorwaarden) en is hoofdzakelijk dwingend van aard (*dwingend recht*), zodat daarvan niet kan worden afgeweken. Tot de belangrijkste rechten en verplichtingen van echtgenoten kunnen de volgende gerekend worden.

---

<sup>7</sup> Een wetsvoorstel genaamd Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten (tegenaan huwelijkse gevangenschap en enige andere onderwerpen) is daarvoor aanhangig. Art. V van dit wetsvoorstel bepaalt: “In artikel IV, tweede lid, van de Wet van 24 april 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken wordt «is artikel 96, derde lid, niet van toepassing» vervangen door «zijn de artikelen 95a en 96, derde lid, niet van toepassing.»”



#### *Art. 1:81 BW - Elkaar het nodige verschaffen*

Echtgenoten zijn elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkaar het nodige te verschaffen.

Met de verplichting om elkaar "het nodige" te verschaffen, wordt een dwingende wederzijdse zorgplicht tot uitdrukking gebracht. Tussen echtgenoten bestaat daarmee (financiële) lotsverbondenheid.

#### *Art. 1:82 BW - Verzorging en opvoeding van kinderen*

Echtgenoten zijn jegens elkaar verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die verzorging en opvoeding te dragen.

Onder de "tot het gezin behorende minderjarige kinderen" behoren de minderjarige kinderen van de ouders gezamenlijk, minderjarige stiefkinderen en minderjarige kinderen die worden opgevoed en verzorgd alsof zij tot het gezin behoren (pleegkinderen).

#### *Art. 1:83 BW - Informatieplicht*

Echtgenoten zijn verplicht elkaar desgevraagd te informeren over het door hen gevoerde bestuur en over de stand van hun goederen en schulden.

Deze wederzijdse informatieplicht is van belang voor in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten, maar ook voor echtgenoten die in huwelijkse voorwaarden een verrekenbeding zijn overeengekomen. De informatieplicht met betrekking tot de vermogenspositie van de echtgenoten ligt in het verlengde van de (financiële) lotsverbondenheid van de echtgenoten van art. 1:81 BW. De inlichtingenplicht heeft een algemene strekking en reikt daarmee verder dan uitsluitend het gemeenschappelijke vermogen. Echtgenoten kunnen hierdoor op de hoogte komen van het gezamenlijke financiële wel en wee.

In de wettelijke regeling van de verrekenbedingen zijn specifieke informatieplichten opgenomen (§ 8).

#### *Art. 1:84 BW - Kosten van de huishouding*

De kosten van de huishouding dienen door de echtgenoten gezamenlijk gedragen te worden. De echtgenoten zijn verplicht om overeenkomstig deze draagplicht intern gelden ter beschikking te stellen (ofwel te fourneren). Als uitgangspunt van de wettelijke regeling geldt dat de kosten van de huishouding achtereenvolgens ten laste komen van:

- het gemeenschappelijke inkomen van de echtgenoten;
- het eigen inkomen van de echtgenoten in evenredigheid daarvan;
- het gemeenschappelijk vermogen van de echtgenoten; en

- het eigen vermogen van de echtgenoten in evenredigheid daarvan.

De onderlinge draagplicht voor de huishoudkosten wordt veelal nader geregeld in de huwelijkse voorwaarden of bij schriftelijke overeenkomst (art. 1:84 lid 3 BW). De echtgenoten kunnen van de onderlinge draag- en fourneerplicht van de wettelijke regeling afwijken (*regelend recht*).

Het begrip kosten van de huishouding (art. 1:84 BW) is ruimer dan de kosten van de gewone gang van de huishouding als bedoeld in art. 1:85 BW. Tot de kosten van de huishouding behoren bijvoorbeeld de kosten van huisvesting (huur, rente en aflossing van een hypothecaire schuld en energiekosten), dagelijkse boodschappen, vakanties en de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen.

Geschillen tussen de echtgenoten dienaangaande worden door de rechtbank op verzoek van beiden of een van hen beslist (art. 1:84 lid 4 BW). Een door de rechtbank gegeven regeling of een onderling getroffen regeling kan op grond van veranderde omstandigheden gewijzigd worden (art. 1:84 lid 5 BW).

Heeft een echtgenoot in enig jaar meer bijgedragen aan de kosten van de huishouding dan zijn draagplicht, dan heeft hij voor het meerdere een vergoedingsrecht op de andere echtgenoot. Het is reëel dat onderlinge afrekening daarvan – op straffe van rechtsverwerking (ofwel het verlies van een recht tegen de wil van de betrokken echtgenoot) – na afloop van ieder kalenderjaar plaatsvindt, en niet vele jaren later (§ 4).<sup>8</sup>

#### *Art. 1:85 BW - Aansprakelijkheid voor verbintenissen*

De ene echtgenoot is naast de andere voor het geheel aansprakelijk voor de door deze ten behoeve van de gewone gang van de huishouding aangegane verbintenissen. Beide echtgenoten zijn hierdoor als schuldenaar aan te merken.

#### *Art. 1:87 BW - Vergoedingsrechten*

Deze bepaling ziet toe op de omvang van de vergoedingsrechten die tussen echtgenoten kunnen ontstaan vanwege de aanwezigheid van verschillende eigen en gemeenschappelijke vermogens van de echtgenoten (zie verder § 4).

#### *Art. 1:88 BW - Toestemming andere echtgenoot vereist*

De ene echtgenoot verdient een zekere bescherming tegen het handelen van de andere echtgenoot. De toestemming van de andere echtgenoot is vereist voor de definitieve geldigheid van bepaalde, ingrijpende rechtshandelingen, zoals:

- het verkopen of verhypothekeren van de echtelijke woning;
- het doen van schenkingen of giften;

---

<sup>8</sup> HR 29 april 1994, NJ 1995/561. In de huwelijkse voorwaarden of bij schriftelijke overeenkomst kan hiervoor een regeling worden getroffen. Die regeling kan ook inhouden dat terugvordering nog kan plaatsvinden binnen een zekere periode na ontbinding van het huwelijk.

- het zich borg stellen of anderszins sterk maken voor een derde; en
- overeenkomsten van goederenkrediet.

De toestemming moet door de niet-handelende echtgenoot schriftelijk worden verleend, indien de wet voor het verrichten van de rechtshandeling zelf een vorm voorschrijft. De toestemming voor de verkoop van een woning (en die toestemming is nota bene ook vereist als de woning tot het eigen vermogen van de andere echtgenoot behoort) zal in de regel schriftelijk moeten worden verleend, gelet op het bepaalde in art. 7:2 lid 1 BW. Daaruit volgt namelijk dat de koopovereenkomst van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan schriftelijk wordt aangegaan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De verleende toestemming maakt de andere echtgenoot nog geen partij bij de overeenkomst.

Ontbreekt de vereiste toestemming van de andere echtgenoot voor een van deze ingrijpende rechtshandelingen, dan is de rechtshandeling in beginsel wel geldig, maar vernietigbaar door de andere echtgenoot (art. 1:89 BW). In voorkomend geval kan de rechtbank de toestemming van de andere echtgenoot vervangen (art. 1:88 lid 6 BW). De beslissing van de rechtbank kan worden ingeroepen indien de andere echtgenoot door afwezigheid of een andere oorzaak in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te verklaren of zijn toestemming voor een dergelijke ingrijpende rechtshandeling niet verleent.

Met betrekking tot deze ingrijpende rechtshandelingen kan nog de volgende toelichting gegeven worden.

### *Woonmilieu*

Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor het sluiten van overeenkomsten strekkende tot vervreemding, bezwaring of ingebruikgeving en rechtshandelingen strekkende tot beëindiging van het gebruik van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning of van zaken die bij een zodanige woning of tot de inboedel daarvan behoren (art. 1:88 lid 1 onder a BW).

### *Giften*

Toestemming is eveneens vereist van de andere echtgenoot voor giften (art. 1:88 lid 1 onder b BW). Voor *“gebruikelijke, niet bovenmatige”* giften (art. 1:88 lid 1 onder b BW) en voor schenkingen waarvan de uitvoering tot het overlijden is opgeschort (de zogeheten gift of schenking ter zake des doods (vgl. art. 7:177 BW))<sup>9</sup> is geen toestemming van de andere

---

<sup>9</sup> Art. 7:177 lid 1 BW luidt: *“Voor zover een schenking de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, vervalt zij met het overlijden van de schenker, tenzij de schenking persoonlijk is aangegaan en van de schenking een notariële akte is opgemaakt.”* Voor de schenking ter zake des doods gelden – op straffe van verval van de schenking – derhalve vormvereisten, te weten het opmaken van een notariële akte en de schenking dient persoonlijk (en dus niet op basis van een

echtgenoot vereist (art. 1:88 lid 4 BW). Let wel: voor de toestemmingseis is het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten niet relevant en evenmin ten laste van welk vermogen (gemeenschappelijk of eigen vermogen) de gift wordt gedaan.

### *Sterk maken voor een derde*

Ook voor overeenkomsten die ertoe strekken dat een echtgenoot zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een derde verbindt, is toestemming van de andere echtgenoot vereist (art. 1:88 lid 1 onder c BW). Voor borgstellingen e.d. is geen toestemming vereist indien deze in het kader van de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening plaatsvinden (art. 1:88 lid 5 BW). Daarvoor lijkt vereist te zijn dat de zekerheidstelling kenmerkend is voor het beroep of bedrijf. Dat zal zich in de praktijk niet snel voordoen.

Van meer praktisch belang is de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW op het toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot voor zekerheidstelling. Die uitzondering is aan de orde, indien:

- de directeur-groootaandeelhouder (DGA) en zijn B.V./N.V. te vereenzelvigen zijn; en
- de rechtshandeling geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap.

De vereenzelving als hier bedoeld is aan de orde indien de bestuurder die de handeling verrichtte alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen in de B.V./N.V. houdt. De uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW geldt onverschillig of de bestuurder die zich voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap als borg verbindt, rechtstreeks aandeelhouder van de desbetreffende vennootschap is of dat de aandelen worden gehouden door één of meer tussengeschakelde vennootschappen.<sup>10</sup> De hoedanigheid van bestuurder dient aanwezig te zijn ten tijde van het aangaan van de borgtocht.<sup>11</sup>

Hoe dient over deze uitzondering op het toestemmingsvereiste voor zekerheidstelling geoordeeld te worden bij certificeringsconstructies? De Hoge Raad heeft overwogen dat de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1:88 BW geen steun biedt voor de opvatting dat de wetgever het geval van certificering als noodzakelijk leidende tot een ingewikkelde vennootschapsstructuur, zonder meer buiten het toepassingsbereik van de

---

volmacht) te zijn aangegaan. Deze vereisten gelden niet als deze schenking bij leven wordt uitgevoerd.

<sup>10</sup> HR 11 juli 2003, NJ 2004/173 en HR 26 januari 2007, NJ 2007/74. Men zegt wel dat één B.V. geen B.V. is. In de praktijk worden daarom kerstbomen van B.V.'s opgetuigd, soms met certificering van aandelen van de houdstermaatschappij. De aandelen worden in dat geval gehouden door een stichting administratiekantoor (AK), dat daartegenover certificaten van aandelen heeft uitgegeven. De certificering heeft tot doel de zeggenschap over het bedrijf te scheiden van het economische belang. Op deze wijze kan familie zoveel mogelijk op afstand van de bedrijfsactiviteiten worden gehouden.

<sup>11</sup> HR 20 januari 2006, NJ 2006/79.

uitzonderingsbepaling van art. 1:88 lid 5 BW heeft willen houden.<sup>12</sup> Veeleer blijkt – aldus de Hoge Raad – dat de wetgever een uitgebreide regeling niet nodig heeft geoordeeld op de grond dat vennootschappen als waarop deze bepaling ziet, zelden gecompliceerd van structuur zullen zijn. Uit deze, met het oog op de praktijk gemotiveerde keuze voor een eenvoudige regeling, kan niet worden afgeleid dat inrichtingsvormen, waarmee geen rekening is gehouden, bij voorbaat aan toepassing van deze uitzonderingsbepaling in de weg staan.

In een geval waarin de echtgenoot niet rechtstreeks aandeelhouder is van de B.V. waarvoor hij zekerheid verschaft, dient getoetst te worden aan twee criteria. *Ten eerste*: is de handelende echtgenoot zo nauw verbonden met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij de zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich als zekerheidsverschaffer verbindt. *Ten tweede*: is niet sprake van een (te) complexe vennootschapsstructuur? In voorkomend geval zal de juridische structuur van een concern (met bijvoorbeeld meerdere aandeelhouders, verschillende soorten aandelen en eventueel ook een aandeelhoudersovereenkomst met bijzondere afspraken) aan een nader onderzoek moeten worden onderworpen om te beoordelen of aan deze criteria voldaan is.

Om gebruik te kunnen maken van de uitzondering op het toestemmingsvereiste moet de rechtshandeling voorts geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf (vgl. art. 1:88 lid 1 onder c BW alwaar gesproken wordt van *“anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf”*). Het gaat er dan om dat niet de borgstelling, maar dat het aantrekken van de geldlening waarvoor de borgstelling vereist is, *“ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap”* geschiedt.<sup>13</sup>

Men zij er ten slotte op bedacht dat de rechten en verplichtingen van echtgenoten uit hoofde van titel 6 van Boek 1 BW blijven gelden totdat aan het huwelijk door ontbinding (bijvoorbeeld wegens echtscheiding) een einde komt. Is het wenselijk dat daaraan eerder een einde komt (bijvoorbeeld na de beëindiging – goedschiks dan wel kwaadschiks – van de samenwoning), dan zullen daarover tijdig bij huwelijkse voorwaarden of een convenant afspraken gemaakt moeten worden.

### 3. Huwelijksgemeenschap

#### 3.1. Inleiding

Vanaf de huwelijkssluiting geldt voor de echtgenoten die bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden geen afwijkende regeling hebben getroffen de wettelijke gemeenschap van goederen.<sup>14</sup> De wettelijke gemeenschap van goederen is geregeld in titel 7 van Boek 1 BW (art. 1:93 e.v. BW).

In art. 1:94 BW wordt de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen geregeld. Van de wettelijk geregelde omvang van deze huwelijksgemeenschap kan in

---

<sup>12</sup> HR 8 oktober 2010, NJ 2011/30.

<sup>13</sup> HR 8 juli 2005, NJ 2006/96.

<sup>14</sup> Hetzelfde geldt voor het geregistreerd partnerschap (art. 1:80b BW).

ruime mate bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden worden afgeweken (art. 1:93 BW).<sup>15</sup> Zo kan de omvang van de huwelijksgemeenschap worden vergroot of worden verkleind. Ook is het mogelijk om iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap uit te sluiten (koude uitsluiting). In dat geval kunnen in de verbintenisrechtelijke sfeer aanvullende regelingen ten opzichte van de koude uitsluiting worden getroffen, zoals een periodiek of finaal verrekenbeding van inkomsten en vermogen (art. 1:132 e.v. BW) (§ 8).

Art. 1:94 lid 1 BW bepaalt dat van het ogenblik van de voltrekking van het huwelijk tussen de echtgenoten van rechtswege een gemeenschap van goederen bestaat. Sinds 1 januari 2018 kent die gemeenschap een beperktere omvang dan voorheen (§ 3.2). Zo vallen giften en erfrechtelijke verkrijgingen bij huwelijksgemeenschappen die na die datum zijn ontstaan in beginsel buiten de gemeenschap (art. 1:94 lid 2 onder a BW), en behoren die toe aan de betreffende echtgenoot. In art. 1:94 lid 2 BW wordt bepaald welke goederen en schulden deel uitmaken van de gemeenschap, en welke niet.

### *Boedelmenging*

Het belangrijkste vermogensrechtelijke gevolg van de huwelijksvoltrekking is dat de vermogens van beide echtgenoten ineenvloeien tot één gemeenschappelijk vermogen, boedelmenging genaamd. Op deze wijze wordt een vermogensverschuiving tussen de echtgenoten gerealiseerd. De goederen van de echtgenoten die tot de huwelijksgemeenschap gaan behoren, worden gemeenschappelijk. Van schenking en een daaraan verbonden heffing van schenkbelasting is geen sprake omdat een voltooide vermogensverschuiving ontbreekt.<sup>16</sup> Tijdens het huwelijk kan er namelijk financieel nog van alles gebeuren. Boedelmenging biedt derhalve de mogelijkheid dat op de fiscaal meest gunstige wijze in één keer vermogen van de ene echtgenoot naar de andere echtgenoot wordt overgeheveld.

Tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap door de echtgenoten tezamen of door een van hen verkregen goederen vallen rechtstreeks in de gemeenschap op grond van de aard van de huwelijksgemeenschap (tenzij de huwelijksgemeenschap deze goederen niet omvat). Men spreekt in dit verband wel van de 'absorberende' of 'aanzuigende' werking van de huwelijksgemeenschap. Tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap speelt boedelmenging derhalve niet.

Omgekeerd geldt dat in beginsel alle schulden - reeds bestaand voor het huwelijk en tijdens het huwelijk aangegaan - gemeenschappelijk zijn. Wie de schuld is aangegaan, doet er niet toe. We onderscheiden daarbij aansprakelijkheid (wie is extern jegens de schuldeiser aansprakelijk?) en draagplicht (voor wiens rekening komt de schuld uiteindelijk na betaling intern?) voor de gemeenschapsschulden (zie verder § 3.6).

---

<sup>15</sup> Bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden kan uitdrukkelijk worden afgeweken van titel 1.7 BW. Ook de aard van de bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen bedingen kan een afwijking van titel 1.7 BW meebrengen (art. 1:93 BW).

<sup>16</sup> HR 28 januari 1959, NJ 1959/171. Zelfs bij het invoeren van de gemeenschap van goederen op het sterfbed is geen sprake van een schenking (HR 17 maart 1971, BNB 1971/94).

### *Wettelijk bewijsvermoeden*

Het gegeven dat de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen sinds 1 januari 2018 beperkt is, leidt er toe dat naast het gemeenschappelijke vermogen van de echtgenoten ook eigen vermogens van de echtgenoten bestaan. Het zal niet altijd even duidelijk zijn waar bepaalde goederen en schulden in dat geval gesitueerd moeten worden: behoren die goederen en schulden tot het gemeenschappelijke vermogen of tot het eigen vermogen van de ene of de andere echtgenoot? Een wettelijk bewijsvermoeden kan dan uitkomst bieden. Als tussen de echtgenoten een geschil bestaat aan wie van hen beiden een goed toebehoort en geen van beiden zijn recht op dit goed kan bewijzen, dan wordt dit goed als gemeenschapsgoed aangemerkt (art. 1:94 lid 8 BW). Het bewijsvermoeden werkt uitsluitend tussen de echtgenoten. Het werkt niet ten nadele van de schuldeisers van de echtgenoten.

### *Wettelijke gemeenschap van goederen als primair stelsel*

Boek 1 BW stelt de wettelijke gemeenschap van goederen voorop. Dat de wetgever voor de wettelijke gemeenschap van goederen als primair stelsel heeft gekozen, lijkt verdedigbaar. Bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden kan immers van het wettelijke regime worden afgeweken (art. 1:93 BW). Bij de aard van het huwelijk past het dat inkomsten uit arbeid van (een van) de echtgeno(o)t(en) en al hetgeen daarmee wordt aangeschaft, automatisch tot de huwelijksgemeenschap gaat behoren. Op deze wijze worden de echtgenoten in gelijke mate gehonoreerd voor hun inspanningen. Ten slotte geldt dat een gemeenschap van goederen de charme van de eenvoud heeft. Aan een bij huwelijkse voorwaarden gemaakt verrekenbeding, een verbintenisrechtelijke regeling die gericht is op verrekening van inkomsten en vermogen van de echtgenoten tijdens en/of bij het einde van het huwelijk, zijn nu eenmaal tal van haken en ogen verbonden (§ 8).

### *Huwelijksgemeenschap als algemeenheid van goederen*

De huwelijksgemeenschap vormt een algemeenheid van goederen. Daaronder wordt verstaan een geheel van goederen en schulden die volgens verkeersopvatting, gezien de aard van de rechtsverhouding, bijeen behoren. Goederen (woning, inboedel e.d.) kunnen aan een gemeenschap - in dit geval de huwelijksgemeenschap - toebehoren. Het gaat dan om een gezamenlijke gerechtigdheid van de echtgenoten tot die goederen. Schulden worden gedragen door de gemeenschap, dat wil zeggen dat deze schulden voor rekening komen van de gemeenschap. Ten aanzien van schulden die tot de gemeenschap 'behoren' geldt dat deze door beide echtgenoten, ieder voor de helft, worden gedragen. De huwelijksgemeenschap duurt voort totdat de ontbinding van de gemeenschap (als gevolg van echtscheiding of overlijden) daaraan een einde maakt (§ 10).

### *Breukdelenvisie of gezamendehandse visie?*

Bestaat een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen, dan komt de vraag op hoe de gerechtigdheid tot goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren

geregeld is. Zijn de echtgenoten hiertoe voor de helft (*breukdelenvisie*) dan wel voor het geheel gerechtigd (*gezamendehandse visie*). Uit zijn arrest van 3 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:156](#), is op te maken dat de Hoge Raad de gezamendehandse visie aanhangt. In de woorden van de Hoge Raad uitgedrukt:

*“Onderdeel van die regeling [van de wettelijke gemeenschap van goederen, JH] is dat echtgenoten van de aanvang van het huwelijk af ieder zijn gerechtigd tot de goederen die tot die gemeenschap behoren en daarin gedurende het huwelijk dus geen aandelen hebben (vgl. art. 1:94 lid 1 BW en art. 1:100 BW).”*

De echtgenoten hebben gedurende het huwelijk “geen aandelen” in de tot de huwelijksgemeenschap behorende goederen. Naar mag worden aangenomen, doelt de Hoge Raad met de passage “gedurende het huwelijk” op de periode tot aan het indienen van het verzoek tot echtscheiding (art. 1:99 lid 1 onder a BW). Op dat moment wordt de huwelijksgemeenschap als gevolg van het indienen van het echtscheidingsverzoek van rechtswege ontbonden (en dan ontstaan de aandelen in de huwelijksgemeenschap), hoewel het huwelijk dan nog niet geëindigd is.

De Hoge Raad maakt aldus een duidelijk onderscheid tussen: (i) de periode tot de ontbinding van de huwelijksgemeenschap (waarvoor art. 1:94 lid 1 BW met een gezamendehandse visie geldt) én (ii) de periode daarna (waarvoor art. 1:100 BW met een breukdelenvisie geldt). In deze lijn bepaalt art. 1:100 BW dat de echtgenoten “een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap” hebben, “tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden.” Ook art. 3:189 lid 1 BW bepaalt met zoveel woorden dat de bepalingen van titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3 BW niet gelden voor de huwelijksgemeenschap zolang deze niet ontbonden is. De regels van Boek 1 BW gelden in die periode voor de huwelijksgemeenschap.

### *Faillissement*

Bestaat een huwelijksgemeenschap, dan regelt de Faillissementswet (Fw) dat de gehele huwelijksgemeenschap deel uitmaakt van de failliete boedel (art. 63 Fw). Hierdoor wordt de echtgenoot van een failliet mede in een faillissement betrokken. Het faillissement van een in (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot, geldt als faillissement van de gehele gemeenschap (art. 63 lid 1 Fw). De echtgenoot van de failliet kan zijn eigen, niet in de huwelijksgemeenschap vallende goederen terugnemen uit het faillissement (art. 61 Fw).<sup>17</sup> Uiteraard moet de echtgenoot daar dan wel bewijs voor kunnen aandragen. De echtgenoot die een schuldeiser of curator tegenwerpt dat een goed niet tot

---

<sup>17</sup> Uiteraard kan ook een beroep op art. 61 Fw gedaan worden als echtgenoten buiten elke gemeenschap gehuwd zijn. Er is dan immers geen gemeenschappelijk vermogen. Huwelijkse voorwaarden waarin elke gemeenschap is uitgesloten (koude uitsluiting) biedt derhalve goede bescherming tegen schuldeisers van de ondernemende echtgenoot. Dat roept misschien wel weer de behoefte op aan een andere bescherming: de bescherming van de ondernemende echtgenoot waarvan het vermogen op naam van de niet-ondernemende echtgenoot is gesteld.



de huwelijksgemeenschap behoort, draagt daarvan de bewijslast (art. 1:96 lid 6 BW). Hij kan daarbij van alle bewijsmiddelen gebruik maken.

### *Voorbeelden*

Man en vrouw zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd. De vrouw heeft ten huwelijk enige familiesieraden aangebracht. De man gaat failliet. Tot 2018 kon de vrouw deze sieraden alleen buiten het faillissement van de man brengen als deze waren vermeld op een aan de huwelijkse voorwaarden gehechte lijst van aanbrengsten als bedoeld in art. 1:130 (oud) BW (art. 61 lid 2 (oud) Fw). Gaat de man na 1 januari 2018 failliet, dan kan de vrouw met alle toegestane bewijsmiddelen aantonen dat de familiesieraden haar eigendom zijn.

Man en vrouw zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd en de echtelijke woning staat alleen op naam van de vrouw. De man gaat failliet. Het enkele gegeven dat de echtelijke woning op naam van de vrouw staat, sluit niet uit dat de waarde van de woning in de failliete boedel valt of wordt betrokken. Heeft de man bijvoorbeeld een deel van de koopsom voor de echtelijke woning aan de vrouw verschaft, dan behoort tot zijn failliete boedel mogelijk een vergoedingsrecht op basis van art. 1:87 BW (§ 4).

### *Belang van het relatievermogensrecht voor het erfrecht*

Hiervoor is in § 1 reeds vermeld dat het huwelijksvermogensrecht vóór het erfrecht gaat. Dat betekent dat eerst nadat met behulp van de regels van het huwelijksvermogensrecht de omvang en samenstelling van het vermogen van de erflater ten tijde van zijn overlijden zijn vastgesteld, toegekomen zal worden aan het erfrecht en de daarin voorziene erfopvolging. Eerst na de verdeling van een door het overlijden van een van de echtgenoten ontbonden huwelijksgemeenschap kan worden vastgesteld welke goederen tot de nalatenschap behoren, en welke niet.

## 3.2. Wettelijke beperkte gemeenschap van goederen

De Wet tot beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen is op 1 januari 2018 in werking getreden.<sup>18</sup> Hebben de echtgenoten geen overeenkomst van huwelijkse voorwaarden gesloten, dan zijn zij in de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen gehuwd (titel 7 van Boek 1 BW). Van rechtswege vindt vanaf het ogenblik van de voltrekking van het huwelijk boedelmenging plaats (vgl. art. 1:94 lid 1 BW), zij het dat sinds 1 januari 2018 een beperkte gemeenschap van goederen ontstaat.

---

<sup>18</sup> Het wetsvoorstel is met de kleinst mogelijke meerderheid in de Eerste Kamer van de Staten-Generaal aangenomen. Aan de stemming in de Tweede Kamer deden de initiatiefnemers Swinkels (D66), Recourt (PvdA) en Van Oosten (VVD) niet meer mee. Opgemerkt moet worden dat het oorspronkelijke wetsvoorstel een halffabricaat was. Ingrijpende wijzigingen zijn nadien nog aangebracht in het wetsvoorstel met de Nota van wijziging (*Kamerstukken II*, 2014-2015, 33 987, nr. 11) en de Tweede Nota van wijziging (*Kamerstukken II*, 2015-2016, 33 987, nr. 16).

### *Tot de beperkte gemeenschap behorende goederen*

De wettelijke beperkte gemeenschap van goederen omvat, wat haar baten (goederen) betreft:

- a. alle goederen die reeds vóór de aanvang van de gemeenschap aan de echtgenoten gezamenlijk toebehoorden (art. 1:94 lid 2 aanhef BW); en
- b. alle overige goederen door ieder van hen afzonderlijk of door hen tezamen vanaf de aanvang van de gemeenschap tot haar ontbinding verkregen (art. 1:94 lid 2 aanhef BW).

Het voorhuwelijkse gemeenschappelijke vermogen (bijvoorbeeld de woning en inboedel) valt derhalve na de huwelijksvoltrekking in de huwelijksgemeenschap. Het rechtskarakter van de eenvoudige gemeenschap van de woning en inboedel als bedoeld in titel 7 van Boek 3 BW verandert als gevolg van de huwelijksvoltrekking echter ingrijpend. De eenvoudige gemeenschap wordt als gevolg van de boedelmenging een gebonden beperkte huwelijksgemeenschap.<sup>19</sup> Een ander gevolg van de boedelmenging is dat een eventueel ongelijke aandeelverhouding in het voorhuwelijkse gemeenschappelijke vermogen vervalft, tenzij echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden anders overeenkomen.

Een hoofdregel van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen is dat de huwelijksgemeenschap *niet* omvat hetgeen aan ieder van de echtgenoten vóór de aanvang van de gemeenschap toebehoorde (en dat zijn de eigen vermogens van de (aanstaande) echtgenoten).

### *Redelijke vergoeding voor kennis, vaardigheden en arbeid*

Als een onderneming buiten de huwelijksgemeenschap valt, dan komt eveneens ten bate van de gemeenschap blijkens art. 1:95a lid 1 BW:

- c. een redelijke vergoeding voor de kennis, vaardigheden en arbeid die een echtgenoot ten behoeve van die onderneming heeft aangewend, voor zover een dergelijke vergoeding niet al op andere wijze ten bate van beide echtgenoten komt of is gekomen.

Deze regeling ziet op de eenmanszaak, maar is ook van toepassing als de onderneming op naam en voor rekening van een personenvennootschap of een rechtspersoon (N.V. of B.V.) wordt uitgeoefend (art. 1:95a lid 2 BW).<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Onduidelijk is hoe omgegaan moet worden met de voorhuwelijkse gemeenschap die bestaat uit een maatschap of een vennootschap onder firma. Dat zijn voorhuwelijkse gebonden gemeenschappen die na de huwelijkssluiting in de gebonden huwelijksgemeenschap zouden moeten vallen. Een andere, nog onbeantwoorde vraag is wat rechtens geldt als de voorhuwelijkse gemeenschap (die tot de wettelijke beperkte gemeenschap gaat behoren) gefinancierd is met door erfrechtelijke verkrijgingen of giften verkregen vermogen (die buiten de wettelijke beperkte gemeenschap vallen).

<sup>20</sup> Deze regeling heeft vanaf 1 januari 2018 onmiddellijke werking, en geldt ook voor bestaande huwelijksgemeenschappen. Het is echter de bedoeling dat art. 1:195a BW alleen zal gelden voor

De ratio van deze wettelijke regeling is dat wat tijdens het huwelijk door arbeidsinspanningen verdiend wordt, gedeeld wordt. Dat gebeurt niet als de ondernemende echtgenoot de voordelen van de buiten de huwelijksgemeenschap vallende onderneming zou mogen behouden. De bepaling zal ook toegepast kunnen worden ten behoeve van de meewerkende echtgenoot die onbetaald allerlei hand- en spandiensten verricht ten behoeve van de ondernemende echtgenoot. Aan de bepaling komt daarmee een corrigerende werking toe voor het geval de echtgenoten hebben nagelaten daarvoor een regeling te treffen in hun huwelijkse voorwaarden.

Een onderneming valt buiten de gemeenschap als sprake is van voorhuwelijks vermogen van de (toekomstige) ondernemende echtgenoot of als de onderneming krachtens erfrecht of schenking is verkregen.

Toepasselijkheid van art. 1:95a BW vereist de aanwezigheid van een huwelijksgemeenschap die deze bijzondere vergoedingsvordering ten bate van de gemeenschap kan omvatten. Het vergoedingsrecht komt ten bate van de gemeenschap (en daarmee aan *beide* echtgenoten) en ten laste van het eigen vermogen van de ondernemende echtgenoot. Toepasselijkheid van art. 1:95a BW is niet aan de orde wanneer de echtgenoten met uitsluiting van iedere gemeenschap zijn gehuwd en dat is ook niet aan de orde als de huwelijksgemeenschap slechts de woning en/of de inboedel omvat.

De redelijke vergoeding is een vergoedingsrecht van de gemeenschap jegens de echtgenoot/ondernemer. Het handelt hier om een open norm. De omvang is variabel, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval en is gekoppeld aan hetgeen kan worden toegerekend aan de arbeidsinspanningen van de echtgenoot/ondernemer en voor zover dit naar maatschappelijke opvatting aanvaardbaar is. Bij de invulling van de open norm zullen bedrijfseconomische aspecten een belangrijke rol spelen. Uiteraard zal de continuïteit van de onderneming daarbij van belang zijn. Het voordeel van een open norm is dat echtgenoten daaraan zelf invulling kunnen geven in hun huwelijkse voorwaarden of bij nadere overeenkomst. Het nadeel is dat hiervoor niet goed algemene regels zijn te geven, ook niet door de rechter.

Van belang zijn de in art. 1:95a BW gebruikte termen onderneming, ondernemingsvermogen, winst en waarde en de redelijke vergoeding.

De redelijke vergoeding voor kennis, vaardigheden en arbeid wordt mede bepaald door het antwoord op de vraag of tijdens het huwelijk een redelijke vergoeding ten gunste van de gemeenschap achterwege is gebleven. De redelijke vergoeding is niet gelijk te stellen aan het gebruikelijk loon van de DGA. Indien de redelijke vergoeding ertoe leidt dat de onderneming niet in staat is haar opeisbare schulden te voldoen, dan is die vergoeding niet meer redelijk.

In huwelijkse voorwaarden, die ondernemers doorgaans plegen te maken, zal meestal een bepaling worden opgenomen over de vergoeding aan de gemeenschap voor de arbeidsinspanningen van de echtgenoot/ondernemer. De redelijke vergoeding zal periodiek ontstaan en kan zo nodig ook vervangen worden door een finale vordering bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Deze vergoeding kan periodiek of bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap worden voldaan. Een rechtsovereenkomst tot betaling van de redelijke vergoeding zal na verloop van 20 jaar verjaren (art. 3:306 BW).

---

gemeenschappen die op of na 1 januari 2018 zijn ontstaan. Een wetsvoorstel daartoe is aanhangig (§ 1).

### *Van de beperkte gemeenschap uitgezonderde goederen*

Van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen wordt een aantal goederen *uitgezonderd* (art. 1:94 lid 2 BW). De navolgende *goederen* vallen buiten de gemeenschap:

- a. krachtens erfopvolging bij versterf, making (erfstelling en legaat), lastbevoordeling of gift verkregen goederen;
- b. pensioenrechten waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding<sup>21</sup> van toepassing is, alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen;
- c. een aantal erfrechtelijke rechten, te weten:
  - de andere wettelijke rechten (niet alleen de verzorgingsvruchtgebruiken van art. 4:29 en 4:30 BW en het daarmee verband houdende art. 4:34 maar ook de sommen ineens van art. 4:35 (verzorging en opvoeding) en 4:36 BW (*salaire différé*) en het recht op overdracht van de onderneming en aandelen van art. 4:38 BW);
  - de rechten in verband met de legitieme portie (art. 4:63 t/m 4:92 BW); en
  - de quasi-legaten (art. 4:126 lid 1 en lid 2 onder a en c BW).

Deze van de wettelijke beperkte gemeenschap uitgezonderde goederen behoren tot het eigen vermogen van de desbetreffende echtgenoot. Deze opsomming van art. 1:94 lid 2 BW is incompleet. Tot het eigen vermogen van de desbetreffende echtgenoot behoren namelijk ook:

- d. goederen waarvan de bijzondere verknochtheid aan een van de echtgenoten zich tegen het vallen in de gemeenschap verzet (art. 1:94 lid 5 BW) (*verknochtheid*, § 6);
- e. de vruchten van goederen die niet in de gemeenschap vallen (art. 1:94 lid 6 BW);
- f. hetgeen wordt geïnd op een vordering die buiten de gemeenschap valt, alsmede een vordering tot vergoeding die in de plaats van een eigen goed treedt, waaronder begrepen een vordering ter zake van waardevermindering van zulk een goed (art. 1:94 lid 6 BW);

---

<sup>21</sup> Deze wet regelt de verdeling van ouderdomspensioen bij echtscheiding (of beëindiging van een geregistreerd partnerschap). De wet bepaalt dat het ouderdomspensioen dat tijdens huwelijk is opgebouwd, verrekend dient te worden. Binnen twee jaar na de echtscheiding dient hiervan mededeling gedaan te worden aan het pensioenfonds, zodat een rechtstreekse aanspraak op het pensioenfonds ontstaat. Echtgenoten kunnen bij echtscheidingsconvenant of huwelijkse voorwaarden anders overeenkomen over de verrekening van het ouderdomspensioen.

- g. een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt indien de tegenprestatie bij de verkrijging van dit goed voor meer dan de helft ten laste van zijn eigen vermogen komt (art. 1:95 lid 1 BW) (*zaaksvervanging*, § 5); en
- h. aangebrachte goederen, tenzij deze de aanstaande echtgenoten gezamenlijk toebehoren (art. 1:94 lid 2 aanhef BW).

#### *Tot de beperkte gemeenschap behorende schulden*

De wettelijke beperkte gemeenschap van goederen omvat, wat haar lasten (schulden) betreft:

- a. alle vóór het ontstaan van de gemeenschap ontstane gemeenschappelijke schulden;
- b. alle schulden betreffende goederen die reeds vóór de aanvang van de gemeenschap aan de echtgenoten gezamenlijk toebehoorden;
- c. alle tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schulden van ieder van de echtgenoten.

#### *Van de beperkte gemeenschap uitgezonderde schulden*

Van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen wordt een aantal schulden *uitgezonderd* (art. 1:94 lid 7 BW). De navolgende *schulden* vallen buiten de gemeenschap:

- a. schulden betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen;
- b. schulden die behoren tot een nalatenschap waartoe een echtgenoot is gerechtigd;
- c. schulden uit door een van de echtgenoten gedane giften, gemaakte bedingen en aangegane omzettingen als bedoeld in art. 4:126 lid 1 en lid 2 onder a en c BW (quasi-legaten).

Deze van de wettelijke beperkte gemeenschap uitgezonderde schulden behoren tot het eigen vermogen van de desbetreffende echtgenoot. Deze opsomming van art. 1:94 lid 7 BW is incompleet. Tot het vermogen van de desbetreffende echtgenoot behoren namelijk ook:

- d. schulden die aan een van de echtgenoten bijzonder verknocht zijn (art. 1:94 lid 5 BW) (§ 6). Deze schulden vallen slechts in de gemeenschap voor zover de verknochtheid zich hiertegen niet verzet.

## Voorbeelden

Willem (32) en Julia (29) zijn al tien jaar bij elkaar. Beiden hebben een vaste baan en ze hebben vorig jaar samen een woning gekocht in Amsterdam. Omdat Willem wat ouder is en een goede baan als advocaat heeft, heeft hij al een mooi bedrag bij elkaar gespaard. Julia heeft een erfenis gekregen van haar oom. Beiden hebben nog een studieschuld bij DUO. Ze zijn niet van plan om te gaan ondernemen. Ze hebben gekozen voor een geregistreerd partnerschap. De wettelijke beperkte gemeenschap van goederen voldoet aan hun wensen. De woning maakt deel uit van de gemeenschap, maar spaargeld van Willem en de erfenis van Julia blijven er buiten. Ook de studieschuld van het stel valt niet in de wettelijke beperkte gemeenschap. Het maken van partnerschapsvoorwaarden is niet meer nodig.

Fred en Carolien zijn in 2018 met elkaar getrouwd. Carolien heeft in 2015 een groot bedrag geërfd van haar moeder. Zij koopt daarvan in 2019 een woning. Een woning die gekocht wordt wanneer je al getrouwd bent, valt normaal gesproken in de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen. Daarbij maakt het niet uit of de woning op één of twee namen staat. In dit voorbeeld is er evenwel sprake van zaaksvervanging: de woning is voor meer dan de helft met eigen middelen gefinancierd. Dat betekent dat de woning tot het eigen vermogen van Carolien behoort.

Ron (43) en Dewi (41) zijn al de helft van hun leven een stel en hebben samen twee kinderen. Tien jaar geleden heeft Ron een woning gekocht. De kosten daarvan hebben ze altijd samen betaald en de hypotheek is al voor de helft afgelost. In 2019 gaan Ron en Dewi trouwen, waarbij ze graag willen dat de woning op hun beider naam komt. Vanwege de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen blijft de woning van Ron. In dit geval bieden huwelijksvoorwaarden uitkomst. Ze spreken daarin af dat er een ruime algehele gemeenschap van goederen ontstaat, net zoals vroeger. Daar valt de woning wel in.

### *Argumenten voor de beperkte gemeenschap van goederen*

Aan de parlementaire geschiedenis<sup>22</sup> kan het volgende ontleend worden over de argumenten die hebben geleid tot deze modernisering van het huwelijksvermogensrecht in de vorm van de introductie van een *beperkte* gemeenschap van goederen:

*“Dit wetsvoorstel beoogt de beperkte gemeenschap alsnog als basisstelsel voor het huwelijksvermogensrecht in te voeren. Zowel de voorhuwelijks goederen en schulden als de erfrechtelijke verkrijgingen en giften worden van de gemeenschap van goederen uitgesloten. De volgende argumenten nopen tot deze modernisering van het huwelijksvermogensrecht.*

*a. Het huidige hoofdstelsel van de algehele gemeenschap van goederen hanteert een verkeerd uitgangspunt door ook gemeenschappelijk te maken wat van nature privé is: het voorhuwelijks vermogen, de erfrechtelijke verkrijgingen en giften. Het is het billijkst om*

---

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2013-2014, 33 987, nr. 3, p. 6. In het citaat zijn ten behoeve van de leesbaarheid de voetnoten verwijderd.

- alleen hetgeen uit en door het huwelijk is gegenereerd, bij ontbinding van het huwelijk (bij overlijden of bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed) te moeten delen.*
- b. Er bestaat een groot draagvlak voor de voorgestelde wijzigingen. Uit onderzoek van Netwerk Notarissen onder 3000 aanstaande echtgenoten blijkt dat 61% van hen bij echtscheiding de bezittingen die ieder vóór het huwelijk had, niet met elkaar wil delen; 74% wil bij echtscheiding de schulden die ieder vóór het huwelijk had, niet met elkaar delen en 91% wil bij echtscheiding de erfrechtelijke verkrijgingen en giften niet met elkaar delen.*
- c. Men bedenke daarbij dat het basishuwelijksgoederenregime gemaakt wordt voor de huwelijken die in het vervolg worden gesloten, en dus met name voor de jongere generatie; die wil een beperktere gemeenschap dan de thans geldende. Ook moet rekenschap worden gegeven van het groeiend aantal «patchwork families» (zogenaamde «samengestelde gezinnen» of «fusiegezinnen», dus gezinnen met gemeenschappelijke kinderen van beide partners en kinderen van de ene en/of van de andere partner uit een of meer vorige relaties). Over het algemeen is het ook in dergelijke gezinnen wenselijk dat de vermogens uit elkaar worden gehouden en zich niet via de gemeenschap van goederen met elkaar vermengen.*
- d. Het aantal echtscheidingen is onverminderd hoog en de afgelopen jaren zelfs aan het toenemen. Het aantal huwelijken neemt daarentegen af. In 2012 zijn zowel relatief als absoluut nog nooit zo weinig huwelijken gesloten. Uit Europees onderzoek is gebleken dat - voor zover er statistieken bekend zijn - het percentage vóórhuwelijkse huwelijkse voorwaarden in Europa nergens zo hoog is als in Nederland (zie voornoemde «Principles», p. 102-103). Dit zal mede te maken hebben met de juridische vormgeving van het instituut. De algehele gemeenschap van goederen is geen succesvolle standaard meer.*
- e. In vrijwel alle huwelijkse voorwaarden worden bij het aangaan van een (beperkte) gemeenschap tenminste het voorhuwelijks vermogen, de erfrechtelijke verkrijgingen en de giften van de boedelmenging uitgesloten. Bij een overeengekomen (finaal) verrekenbeding blijft dit vermogen in geval van echtscheiding buiten de verrekening. Men zie in dit verband ook artikel 133, tweede lid, tweede volzin, waarin erfrechtelijke verkrijgingen en giften van de verplichting tot verrekening worden uitgesloten. In de naar schatting 275.000 testamenten die jaarlijks worden gemaakt, wordt de uitsluitingsclausule vrijwel standaard opgenomen. Het meest wenselijke regime dient in de wet te staan. Dit is voor de burger van (financieel) belang, omdat een keuze die aansluit bij de praktijk - naar mag worden aangenomen - de noodzaak om huwelijkse voorwaarden en testamenten te maken, zal doen verminderen.*
- f. Bij erfrechtelijke verkrijgingen en giften kan de algehele gemeenschap van goederen betrekkelijk willekeurig uitpakken. Zo kan het gebeuren dat de erfenis van de ouders van de ene echtgenoot wordt verkregen tijdens het huwelijk en die van de ouders van de andere echtgenoot na de echtscheiding. De ene erfenis moet dan bij de echtscheiding gedeeld worden, de andere niet. Mogelijk is ook dat op de erfenis van de ouders van de ene echtgenoot een uitsluitingsclausule rust en op die van de ouders van de andere echtgenoot niet. Ook hier geldt dat de erfenis zonder uitsluitingsclausule bij de echtscheiding gedeeld moet worden, terwijl dat niet geldt voor de erfenis die met uitsluitingsclausule is verkregen.*

- g. De algehele gemeenschap van goederen omvat ook schulden die vóór het huwelijk zijn ontstaan. Dat kan nadelig uitpakken voor de echtgenoot die zich daarvan niet bewust is. Het in de gemeenschap vallen van deze voorhuwelijkse schulden impliceert dat met het gemeenschappelijk worden van de goederen al deze goederen, dus ook het aandeel daarin van de echtgenoot/niet-schuldenaar, als verhaal dienen voor de betaling van die schulden en overigens van alle schulden van de echtgenoten. Dat is de keerzijde van de medaille die menigeen die zich daarvan voldoende bewust is, doet besluiten huwelijkse voorwaarden te maken. Wanneer uit de gemeenschap het voorhuwelijkse privévermogen wordt uitgesloten, vallen ook de voorhuwelijkse privéschulden buiten de gemeenschap.
- h. Nederland neemt met het stelsel waarin voorhuwelijks vermogen, erfrechtelijke verkrijgingen en giften van rechtswege gemeenschappelijk worden, een uitzonderingspositie in. Verreweg de meeste huwelijksgoederenregimes betrekken die vermogensbestanddelen niet in de verdeling of verrekening tussen echtgenoten. Zo is Portugal in 1966 overgestapt naar een beperkte gemeenschap en Brazilië heeft dat in 1977 gedaan. Het Nederlandse stelsel komt nog in Suriname en Zuid-Afrika voor. In een steeds internationaler wordende samenleving groeit de noodzaak om inhoudelijk meer aansluiting te zoeken bij de gangbare stelsels. Met Nederlanders gehuwde buitenlanders worden nogal eens verrast wanneer door de werking van het toepasselijke internationaal privaatrecht het Nederlandse stelsel van algehele gemeenschap van goederen van toepassing is. Ook in geval van erfrechtelijke verkrijgingen en giften van niet-Nederlandse erflaters of schenkers doet zich dit gevoelen, nu deze personen er veelal niet op bedacht zijn dat hetgeen hun erfgenamen erven of begiftigden geschonken krijgen zonder de uitsluitingsclausule naar Nederlands recht in de huwelijksgemeenschap valt en bij echtscheiding deel uitmaakt van het te verdelen vermogen.
- i. In verband met het voorgaande, onder h, wordt nog opgemerkt dat de Commission on European Family Law (CEFL) in 2013 de Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses heeft vastgesteld. Hiertoe heeft deze commissie verschillende stelsels van huwelijkvermogensrecht in Europa met elkaar vergeleken. De commissie stelt onomwonden dat Nederland het uiterste van het spectrum bekleedt door de algehele gemeenschap van goederen te hanteren. De commissie beschrijft dat de twee belangrijkste hoofdstelsels de beperkte gemeenschap en het verrekenstelsel zijn. De algehele gemeenschap van goederen wordt hierbij niet genoemd. Dit wetsvoorstel zorgt ervoor dat het Nederlandse huwelijkvermogensrecht in overeenstemming komt met wat in Europa gebruikelijk is, dus niet langer internationaal uit de pas loopt. Initiatiefnemers voorzien daarmee minder problemen bij steeds vaker voorkomende grensoverschrijdende huwelijken en echtscheidingen.
- j. Ten slotte is de algehele gemeenschap van goederen niet nodig als middel om de langstlevende echtgenoot verzorgd achter te laten. In het verleden is wel verdedigd dat de langstlevende door de werking van de algehele gemeenschap van goederen voldoende vermogen kan verkrijgen voor zijn of haar verzorging. Het argument dat de langstlevende in de meeste gevallen de minvermogende zou zijn en zonder haar aandeel in het voorhuwelijks vermogen, de erfrechtelijke verkrijgingen en de giften van de eerststervende onverzorgd zou achterblijven, speelt sinds de invoering van de uitgebreide regelingen ten behoeve van de langstlevende echtgenoot in het sinds 2003



*geldende erfrecht (in het bijzonder de afdelingen 4.3.1 en 4.3.2 van het BW) geen rol meer.”*

### 3.3. Wettelijke algehele gemeenschap van goederen

De wettelijke regeling van de algehele gemeenschap van goederen die is ontstaan vóór 1 januari 2018 blijft nadien gelden. Deze huwelijksgemeenschap omvat volgens art. 1:94 lid 2 (oud) BW, wat haar baten (goederen) betreft:

*“(…) alle goederen der echtgenoten, bij aanvang van de gemeenschap aanwezig of nadien, zolang de gemeenschap niet is ontbonden, verkregen”.*

Blijkens art. 1:94 lid 2 (oud) BW gelden voor het gemeenschappelijk zijn van het huwelijksvermogen enkele *uitzonderingen*. Buiten de wettelijke algehele gemeenschap van goederen vallen de volgende goederen:

- a. goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen (art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW);
- b. pensioenrechten waarop de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding van toepassing is alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen (art. 1:94 lid 2 onder b (oud) BW);
- c. rechten op het vestigen van vruchtgebruik als bedoeld in art. 4:29 en art. 4:30 BW, vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen is gevestigd, alsmede hetgeen wordt verkregen ingevolge art. 4:34 BW (art. 1:94 lid 2 onder c (oud) BW);
- d. goederen die aan een der echtgenoten op bijzondere wijze verknocht zijn; deze vallen slechts in de gemeenschap voor zover die verknochtheid zich hiertegen niet verzet (art. 1:94 lid 3 (oud) BW) (*verknochtheid*, § 6);
- e. vruchten van goederen die niet in de gemeenschap vallen (art. 1:94 lid 4 (oud) BW);
- f. hetgeen wordt geïnd op een vordering die buiten de gemeenschap valt, alsmede een vordering tot vergoeding die in plaats van een eigen goed van een echtgenoot treedt, waaronder begrepen een vordering ter zake van waardevermindering van zulk een goed (art. 1:94 lid 4 (oud) BW);
- g. een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt indien het bij de verkrijging voor meer dan de helft van de tegenprestatie ten laste van zijn eigen vermogen komt (art. 1:95 lid 1 BW) (*zaaksvervanging*, § 5).

In art. 1:94 (oud) BW worden de volgende schulden van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen *uitgezonderd*:

- a. schulden die aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn (art. 1:94 lid 3 (oud) BW); zij vallen slechts in de gemeenschap voor zover die verknochtheid zich hiertegen niet verzet (*verknochtheid*, § 6).
- b. schulden betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen (art. 1:94 lid 5 onder a (oud) BW);
- c. schulden uit door een echtgenoot gedane giften, gemaakte bedingen en aangegane omzettingen als bedoeld in art. 4:126 lid 1 en lid 2 onder a en c BW (*quasi-legaten*).

Van het ogenblik van de voltrekking van het huwelijk vindt er *boedelmenging* plaats en zijn de echtgenoten getrouwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen (art. 1:94 (oud) BW). Zie § 3.1 voor het begrip 'boedelmenging'. Hetzelfde geldt voor het zonder partnerschapsvoorwaarden aangaan van een geregistreerd partnerschap (art. 1:80b BW). Er is dus goederenrechtelijke gerechtigdheid van de echtgenoten of geregistreerde partners tot het gemeenschappelijke huwelijksvermogen. Zowel het voorhuwelijkse vermogen als het huwelijkse vermogen van ieder der echtgenoten of geregistreerde partners wordt - behoudens enkele uitzonderingen - gemeenschappelijk. De keerzijde daarvan is ook aan de orde: alle schulden aangegaan vóór dan wel tijdens het huwelijk of geregistreerd partnerschap zijn eveneens - behoudens enkele uitzonderingen - gemeenschappelijk.

### *Overgangsrecht*

Het regime van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen kent een ruime huwelijksgemeenschap. Dit regime behoudt betekenis voor de omvang en samenstelling van huwelijksgemeenschappen ontstaan vóór 1 januari 2018. Ook nadien kan bij huwelijkse voorwaarden nog gekozen worden voor de ruime huwelijksgemeenschap zoals die op 31 december 2017 bestond.

### *Peildatum*

Tot besluit vermeld ik hier nog dat de peildatum voor de omvang en samenstelling bij ontbinding van de algehele of beperkte huwelijksgemeenschap door echtscheiding vanaf 1 januari 2012 (als onderdeel van de *derde tranche* van de wijziging van het huwelijksvermogensrecht (§ 1)) vervroegd is naar de datum van indiening bij de rechtbank van het verzoekschrift tot echtscheiding.<sup>23</sup> Op dat moment wordt de

---

<sup>23</sup> Ik vermeld hier nog dat echtscheiding op verzoek van één der echtgenoten reeds uitgesproken kan worden, "*indien het huwelijk duurzaam ontwricht is*" (art. 1:151 BW). Daarvan is volgens de wetsgeschiedenis sprake als het samenleven ondraaglijk is geworden, zonder dat er uitzicht bestaat op herstel van behoorlijke echtelijke verhoudingen (vgl. [ECLI:NL:GHSHE:2014:1239](#), in welk uitzonderingsgeval het hof oordeelde dat "*de vrouw haar stelling dat sprake is van duurzame ontwrichting van het huwelijk onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Haar argument, dat zij niet - zoals haar ouders - formeel veertig jaar getrouwd wenst te zijn, maakt niet dat sprake is van duurzame ontwrichting in haar eigen huwelijk. De vrouw voert verder weliswaar aan dat het huwelijk zich kenmerkt door pieken en dalen, maar stelt tevens dat partijen niet met en niet zonder elkaar kunnen.*")

huwelijksgemeenschap van rechtswege ontbonden (art. 1:99 lid 1 onder b BW). De ratio hiervoor is dat in de regel vanaf het moment van indiening van een verzoekschrift tot echtscheiding bij de rechtbank, de door titel 6 van Boek 1 BW veronderstelde relationele solidariteit en (financiële) lotsverbondenheid van de echtgenoten niet meer aanwezig is en dat het daarom voor de hand ligt op dat moment het bestaan van de wettelijke gemeenschap van goederen te laten eindigen, en niet pas op het moment van de echtscheiding. Door de vervroeging van de peildatum worden de echtgenoten overigens ook beschermd tegen benadelende handelingen die door ieder van de echtgenoten zouden kunnen worden verricht tijdens de echtscheidingsprocedure. Immers, vanaf het moment van de indiening van het echtscheidingsverzoek kunnen geen gemeenschappelijke schulden meer ontstaan, terwijl de beheers- en beschikkingshandelingen met betrekking tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorende goederen slechts door de echtgenoten gezamenlijk mogen worden verricht (art. 3:170 BW).<sup>24</sup>

### 3.4. Breukdelengemeenschap

Art. 1:100 lid 1 BW bepaalt dat de echtgenoten een gelijk aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap hebben, tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden. Dat houdt in dat de echtgenoten vóór de ontbinding ieder gerechtigd waren tot het geheel (de gezamendehandse visie, § 3.1). Na de ontbinding ontstaan er aandelen in de gemeenschap. Ieder heeft recht op de helft, tenzij er sprake is van een breukdelengemeenschap.

Het is duidelijk dat het aangaan van huwelijkse voorwaarden met de strekking een breukdelengemeenschap tot stand te brengen een aanzienlijke vermogensverschuiving tot gevolg heeft. Het is de vraag of deze vermogensverschuiving op grond van de Successiewet (SW) een belaste schenking oplevert. De rechtbank Noord-Holland heeft bij uitspraak van 20 november 2020, [ECLI:NL:RBNHO:2020:9677](#), geoordeeld dat geen sprake is van schenking. In dat geval waren de man en de vrouw in 2005 in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen gehuwd. In oktober 2017 zijn zij in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat bij ontbinding van de gemeenschap de man daarin voor 10% en de vrouw voor 90% gerechtigd zal zijn. In december 2017 overlijdt de man, en wel binnen 180 dagen na het opstellen van de huwelijkse voorwaarden. De inspecteur negeert de huwelijkse voorwaarden en heft erfbelasting alsof de echtgenoten ieder voor de helft

---

*Daar komt bij dat partijen nog steeds samenwonen, dat de man nog altijd de noodzakelijke verzorging van de vrouw in de thuissituatie volledig - zonder externe hulp - voor zijn rekening neemt en dat de vrouw naar voren heeft gebracht dat zij de huidige situatie, waarin partijen samenwonen en de man de verzorging van de vrouw op zich neemt, na de echtscheiding ongewijzigd wenst te handhaven, waarmee zij in feite de door haar gestelde argumenten ondergraaft.”). Sinds 1971 is het niet langer nodig om een toevlucht te zoeken tot de grote leugen (overspel) teneinde aan het huwelijk een einde te kunnen maken. Voordien waren de echtscheidingsgronden: overspel, kwaadwillige verlaten, veroordeling wegens bepaalde misdrijven en mishandeling.*

<sup>24</sup> *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 867, nr. 3, p. 27.

gerechtigd zijn.<sup>25</sup> Aan de rechtbank worden drie vragen voorgelegd: (i) is sprake van een schenking vanwege de wijziging van de gerechtigdheid in de huwelijksgemeenschap?, (ii) is sprake van een verblijvingsbeding als bedoeld in art. 11 lid 4 SW, hetgeen een fictieve erfrechtelijke verkrijging zou inhouden? en (iii) is sprake van *fraus legis*?

Naar het oordeel van de rechtbank is geen sprake van een voor een schenking vereiste voltooide vermogensverschuiving, mede gelet op de arresten van de Hoge Raad van 28 januari 1959, *BNB* 1959/122 en 17 maart 1971, *BNB* 1971/95 (boedelmenging is geen schenking, ook niet als deze op het sterfbed plaatsvindt). Hieraan doet niet af dat in dit geval geen sprake was van een wijziging tijdens het huwelijk van een regime van 'koude uitsluiting' (ofwel uitsluiting van elke gemeenschap) naar een algehele gemeenschap van goederen, maar dat hier de gerechtigdheid met betrekking tot een bestaande algehele gemeenschap van goederen is gewijzigd. Ook in dat geval vindt immer geen voltooide vermogensverschuiving plaats bij het aangaan van de huwelijkse voorwaarden. Dat betekent dat een grondslag voor de heffing van schenkbelasting ontbreekt.

Het betoog van de inspecteur dat het schenkingsmoment, en daarmee het belastbare feit, reeds in de obligatoire fase moet worden gezocht, volgt de rechtbank niet. Dit betoog is niet te verenigen met de (ongewijzigde) lijn uit genoemde arresten van 1959 en 1971. De Hoge Raad heeft immers duidelijk aansluiting gezocht bij het moment van een voltooide eenzijdige waardeverschuiving en niet bij het moment van het aangaan van een verplichting. Zoals de Hoge Raad in het arrest van 1971 heeft overwogen, is het de taak van de wetgever om desgewenst een wettelijke grondslag voor belastbaarheid te creëren voor situaties als de onderhavige. Nu de wetgever zulks tot op heden heeft nagelaten, is het niet aan de rechtbank om af te wijken van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

Aan deze argumentatie kan nog toegevoegd worden dat er ook geen toereikende grond is om aan te nemen dat de vrouw op het moment van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden kon beschikken over 90% van de in de huwelijksgemeenschap aanwezige goederen of daarop aanspraak kon maken, als ware het een haar afzonderlijk toebehorend vermogensbestanddeel (vgl. de tweede zin van art. 7:186 lid 2 BW en HR 7 mei 2021, [ECLI:NL:HR:2021:708](#) (§ 3.5))

Van een verblijvingsbeding in de zin van art. 11 lid 2 of lid 4 SW is volgens de rechtbank evenmin sprake. Van een dergelijk verblijvingsbeding kan alleen sprake zijn wanneer het gekoppeld is aan het overlijden. Indien het verblijven ook bij leven kan plaatsvinden, is dat niet het geval. De man en de vrouw hebben louter een wijze van verdeling opgenomen met het oog op de ontbinding van de gemeenschap. De werking hiervan is niet afhankelijk van het overlijden van een van de partners, maar kan ook een andere oorzaak hebben (bijv. echtscheiding). Ook in dat geval zou 90% van de gemeenschap aan de vrouw zijn toegekomen.

Ten slotte heeft de inspecteur een beroep gedaan op *fraus legis*. Daarvoor is vereist dat de handeling strijdig is met het doel en de strekking van de wet en dat (onaanvaardbare) belastingverrijdeling het doorslaggevende motief is geweest.<sup>26</sup> De huwelijkse voorwaarden

---

<sup>25</sup> Op grond van art. 12 SW wordt tevens geacht op grond van erfrecht te zijn verkregen al wat binnen 180 dagen aan het overlijden voorafgegaan is geschonken door een erflater die ten tijde van dat overlijden in Nederland woonde. De schenking die binnen 180 dagen voor het overlijden is gedaan, wordt bij de nalatenschap opgeteld en met erfbelasting belast.

<sup>26</sup> De heersende leer is dat voor het aannemen van *fraus legis* aan twee cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan. In de eerste plaats een *subjectief* vereiste: de belastingverrijdeling moet de

die in dit geval zijn gesloten, kunnen volgens de rechtbank niet als een dergelijke gekunstelde constructie aangemerkt worden. In de eerste plaats kan niet worden geoordeeld dat doel en strekking van de Successiewet zouden worden miskend als in deze situatie geen schenking zou worden aangenomen. De wetgever is door de Hoge Raad in 1959 en 1971 gewezen op de beperking van de heffing van schenkbelasting, doch heeft geen aanleiding gezien tot aanpassing van de wetgeving. Daarnaast is geen sprake van een constructie met een met zekerheid te verkrijgen fiscaal voordeel. Ook de vrouw had immers de eerststervende kunnen zijn en in dat geval waren de huwelijkse voorwaarden voor de man fiscaal zeer ongunstig geweest (te weten heffing over 90% van het huwelijksvermogen). Dat belastingbesparing wel ten grondslag zal hebben gelegen aan de opgestelde huwelijkse voorwaarden is onvoldoende voor het aannemen van *fraus legis*.

In hoger beroep oordeelt het gerechtshof Amsterdam in zijn uitspraak van 4 januari 2022, [ECLI:NL:GHAMS:2022:96](#), alleen anders over het beroep van de inspecteur op *fraus legis*:

*“Het Hof komt anders dan de rechtbank tot het oordeel dat het beroep van de inspecteur op het leerstuk van *fraus legis* wegens strijd met doel en strekking van het bepaalde in artikel 1, lid 1 en lid 7, SW in verbinding met artikel 12 SW (vgl. HR 26 mei 1926, [ECLI:NL:HR:1926:78](#), NJ 1926/723 het zogenoemde 3-dagen arrest en HR 15 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY0548](#), BNB 2013/151), slaagt. Het Hof overweegt daartoe als volgt. De erfbelasting heeft tot doel het belasten van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van het overlijden in Nederland woonde (artikel 1, lid 1 aanhef en onder 1, SW). Op grond van artikel 12 SW wordt tevens geacht op grond van erfrecht te zijn verkregen al wat binnen 180 dagen aan het overlijden voorafgegaan is geschonken door een erflater die ten tijde van dat overlijden in Nederland woonde. Zoals hiervoor onder 5.3.1. is overwogen, is met het aangaan van de huwelijkse voorwaarden als zodanig geen sprake van een schenking. Wel zouden doel en strekking van artikel 1, lid 1 en lid 7, en artikel 12, lid 1, SW worden miskend ingeval het aangaan van de huwelijkse voorwaarden in het onderhavige geval niet op één lijn zou worden gesteld met een schenking (normvereiste). Tevens acht het Hof het aangaan van de huwelijkse voorwaarden in overwegende mate - doorslaggevend - ingegeven door belastingverrijdelende motieven (motiefvereiste) te weten het ontgaan van de heffing van erfbelasting. Het Hof stelt vast dat de door belanghebbende en erflater gevolgde weg kunstmatig en van elk reëel belang ontbloomt is, afgezien van het anti-fiscale belang (vgl. HR 13 maart 2009, [ECLI:NL:HR:2009:BH5619](#), BNB 2009/123). Het Hof acht daartoe de volgende feiten en omstandigheden redengevend.*

*Met (en bij) het aangaan van de huwelijkse voorwaarden heeft erflater belanghebbende bevoorreed aangezien belanghebbende bij ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap (en bij in leven zijn) vanwege de overeengekomen huwelijkse voorwaarden niet langer 50% maar 90% van de huwelijksgoederengemeenschap toekomt. Het oogmerk van handelen door erflater kan in dit geval worden geacht louter te zijn gebaseerd op vrijgevigheid en niet op het tot stand brengen van een*

---

doorslaggevende beweegredenen zijn geweest voor het verrichten van de handeling (motiefvereiste). In de tweede plaats een *objectief* vereiste: de handeling moet in strijd zijn met doel en strekking van de wet (normvereiste).

*goederengemeenschap ten behoeve van samenleven (anders dan in HR 28 januari 1959, [ECLI:NL:HR:1959:AY1786](#), BNB 1959/122); de(zelfde) algehele gemeenschap van goederen bestond namelijk al op het moment van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden.*

*Anders dan het (geheel) ontgaan van erfbelasting is niet aannemelijk geworden dat er een andere reden was om de huwelijkse voorwaarden aan te gaan; vast staat immers dat belanghebbende daaraan voorafgaand al gerechtigd was tot dezelfde huwelijksgoederengemeenschap en bij ontbinding van het huwelijk door overlijden daartoe gerechtigd zou zijn als enig erfgenaam. Daar komt bij dat zijdens belanghebbende is verklaard dat op het moment van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden erflater reeds ernstig ziek was. Uit dit laatste leidt het Hof af dat er ten tijde van het aangaan van de huwelijkse voorwaarden geen sprake was van enigszins gelijke levens- en sterftেকansen; zo'n anderhalve maand na het aangaan van de huwelijkse voorwaarden is erflater ook daadwerkelijk overleden. De huwelijkse voorwaarden kunnen dan ook geacht worden te zijn aangegaan in het zicht van overlijden. Hierdoor is sprake van een bevoordeling van belanghebbende die heeft plaatsgevonden binnen 180 dagen voor het overlijden van erflater die op één lijn moet worden gesteld met een schenking. Alsdan fingeert artikel 12 SW de bevoordeling tot een verkrijging krachtens erfrecht. Dit betekent dat met het opleggen van de aanslag de bevoordeling door de inspecteur terecht in de aanslag erfbelasting is begrepen."*

In dit geval was de wijziging van de huwelijkse voorwaarden naar het oordeel van het hof aangegaan in het zicht van het overlijden van de man. De facto werd er met vermogen binnen 180 dagen voor het overlijden geschoven. Bovendien vindt het hof dat het doorslaggevende motief om naar de notaris te gaan teneinde de huwelijkse voorwaarden te wijzigen, gelegen is in fiscale motieven (belastingverijdeling). De man was op dat moment namelijk reeds ernstig ziek. In deze zaak is er om die reden sprake van een fictieve bevoordeling krachtens erfrecht (art. 12 SW). Deze zaak zal ongetwijfeld een vervolg krijgen bij de Hoge Raad.

### 3.5. Beperkte gemeenschap van goederen

Het is mogelijk om een beperkte gemeenschap van goederen in het leven te roepen, bijvoorbeeld van uitsluitend een woning en inboedel, een aantal onroerende zaken of zelfs van een enkele bankrekening.

X en Y trouwen op 22 september 2008 na het maken van huwelijkse voorwaarden op 1 september 2008. Hierin komen zij een beperkte huwelijksgemeenschap overeen, bestaande uit een en/of-bankrekening en daarop betrekking hebbende schulden. Y is vermogender dan X (€ 150 miljoen versus € 1 miljoen). Y stort voor het huwelijk € 10 miljoen op de en/of-bankrekening. Tijdens het huwelijk nemen X en Y geregeld en min of meer gelijkmatig op van de bankrekening. In de huwelijkse voorwaarden is voorts geregeld dat onttrekkingen aan elkaars vermogen een nominaal vergoedingsrecht opleveren.

In 2012 overlijdt Y. Y heeft dan ten laste van de en/of-bankrekening € 600.000 meer opgenomen dan X. X en de kinderen stellen als erfgenamen van Y vast dat de nalatenschap een vergoedingsschuld heeft aan de beperkte gemeenschap van € 600.000.



Volgens de inspecteur heeft in 2008 een belaste schenking plaatsgevonden van Y aan X. De rechtbank ([ECLI:NL:RBGEL:2018:4043](#)) en het hof ([ECLI:NL:GHARL:2019:10724](#)) waren het daar niet mee eens. De Hoge Raad verklaart bij beslissing van 7 mei 2021, [ECLI:NL:HR:2021:708](#), het daartegen gerichte cassatieberoep ongegrond.

Het hof had overwogen dat de echtgenoot door de storting op de bankrekening een vordering van € 10 miljoen op de bank heeft verkregen en dat het vorderingsrecht, dat naar zijn aard in hoogte zal fluctueren, tot de beperkte gemeenschap is gaan behoren. Tijdens het huwelijk kan – afgezien van wijziging van de huwelijkse voorwaarden – niet worden overgegaan tot beëindiging van de beperkte gemeenschap. Zolang die beperkte gemeenschap bestaat, is niet bekend wat de echtgenoten aan het einde van de gemeenschap kunnen verdelen. De omvang van de beperkte gemeenschap kan immers aan het einde van de gemeenschap zijn toe- of afgenomen. Daarvan uitgaande kan ten tijde van het aangaan van het huwelijk geen sprake zijn van een voltooide vermogensverschuiving en dus ook niet van een schenking, aldus het hof. Het hof achtte dit rechtsgevolg in overeenstemming met de arresten van de Hoge Raad uit 1959 en 1971 (§ 3.4). Het cassatiemiddel bestrijdt dit oordeel.

In de aangehaalde arresten waren de echtgenoten een wettelijke algehele gemeenschap van goederen overeengekomen. De Hoge Raad hechtte toen onder meer belang aan de omstandigheid dat de huwelijksgemeenschap een blijvende rechtsverhouding meebrengt die als gevolg van baten en lasten die van beide zijden kunnen opkomen tot verdere vermogensverschuivingen tussen de echtgenoten kunnen leiden, zodat het resultaat van die vermogensverschuivingen pas bij het einde van de huwelijksgemeenschap kan worden vastgesteld. Een huwelijksgemeenschap die slechts één vermogensbestanddeel omvat – zoals in dit geval een en/of-bankrekening – vertoont dit kenmerk niet. Het cassatiemiddel vestigt daarop de aandacht.

Toch behelst het tot stand brengen van een beperkte huwelijksgemeenschap volgens de Hoge Raad geen (belastbare) schenking. Door in art. 1 lid 7 SW te verwijzen naar art. 7:186 lid 2 BW heeft de wetgever bewerkstelligd dat van een belastbare schenking in dit geval alleen sprake kan zijn indien op het moment van de boedelmenging het vermogen van X tot een op dat moment bepaalbaar bedrag is bevoordeeld doordat Y dat voordeel vanuit zijn vermogen heeft afgestaan. Daarvan is geen sprake. De op de en/of-bankrekening opgetreden boedelmenging deed een aan ieder van de echtgenoten toekomende vordering op de bank ontstaan ten aanzien van het gehele saldo van de bankrekening, welk saldo gedurende het bestaan van de huwelijksgemeenschap kon wijzigen. Mede gelet op art. 7:186 lid 2 tweede volzin BW<sup>27</sup> vormt de omstandigheid dat Y ten aanzien van de helft van dat saldo geen vorderingen tegen X had kunnen instellen geen toereikende grond om aan te nemen dat X op het moment van het ontstaan van de huwelijksgemeenschap kon beschikken over de helft van het toen aanwezige saldo, of daarop aanspraak kon maken, als ware het aan haar afzonderlijk toebehorend vermogensbestanddeel.

Het oordeel van het hof dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat zich bij het ontstaan van de beperkte huwelijksgemeenschap een vermogensverschuiving heeft

---

<sup>27</sup> De tweede zin van art. 7:186 lid 2 BW luidt: *“Zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, worden handelingen als bedoeld in de eerste volzin niet beschouwd als gift.”*

voorgedaan waarbij X ten laste van Y is verrijkt, geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

### 3.6. Aansprakelijkheid en draagplicht

De begrippen 'aansprakelijkheid' en 'draagplicht' in het huwelijksvermogensrecht behoeven enige nadere toelichting.

#### *Aansprakelijkheid*

Gewoonlijk wordt het begrip aansprakelijkheid gehanteerd in geval van schadeplichtigheid wegens onrechtmatig handelen. Hij die een onrechtmatige daad pleegt jegens een ander, is aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade en dient deze schade te vergoeden (vgl. art. 6:162 lid 1 BW). Aansprakelijkheid kan ook bestaan voor schulden die de schuldenaar bij overeenkomst is aangegaan (bijvoorbeeld een geldlening of een koopovereenkomst). In beide gevallen kan een persoon aangesproken worden om een bepaalde prestatie te verrichten. In het ene geval op grond van de wet, in het andere geval op grond van een gesloten overeenkomst.

In het huwelijksvermogensrecht van Boek 1 BW zien we aansprakelijkheid op grond van de wet op enkele plaatsen. Zo bepaalt art. 1:85 BW dat de ene echtgenoot naast de andere echtgenoot voor het geheel aansprakelijk is voor de door deze ten behoeve van de gewone gang van de huishouding aangegane verbintenissen (§ 2). Naast de kosten voor de gewone gang van de huishouding kennen we nog gemeenschapsschulden, ofwel schulden die in een huwelijksgemeenschap vallen. Tot de gemeenschapsschulden behoren onder meer de schulden die worden gemaakt voor de aankoop van een auto, inboedel, loon- en inkomstenbelasting en schulden die ontstaan in een beroep of bedrijf. De echtgenoot-schuldenaar kan aangesproken worden op betaling van deze schulden.

Daarnaast kunnen eigen schulden van de echtgenoten bestaan. Daarbij zal een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen wettelijke algehele gemeenschap en de wettelijke beperkte gemeenschap. Bij de wettelijke algehele gemeenschap bestaan nauwelijks eigen schulden (behoudens schulden die bijvoorbeeld met een erfenis of een schenking onder een uitsluitingsclausule verband houden) (§ 3.3). Bij de wettelijke beperkte gemeenschap zullen meer eigen schulden kunnen bestaan (§ 3.2). Alleen eigen schulden zullen bestaan als de echtgenoten buiten elke gemeenschap van goederen zijn gehuwd (koude uitsluiting), tenzij de echtgenoten bepaalde schulden tezamen zijn aangegaan.

Ná ontbinding van de huwelijksgemeenschap geldt een bijzondere regeling voor de aansprakelijkheid van de echtgenoten voor gemeenschapsschulden (§ 10).

#### *Draagplicht*

Aansprakelijkheid voor een bepaalde schuld impliceert niet dat de schuldenaar deze schuld uiteindelijk ook moet dragen. Het is mogelijk dat twee of meer schuldenaren jegens een schuldeiser aansprakelijk zijn voor een bepaalde schuld. Vervolgens moet worden bepaald wie voor deze schuld na betaling door een van de schuldenaren draagplichtig is, ofwel voor



wiens rekening deze schuld komt. Het kan zijn dat de schuld gelijk verdeeld dient te worden, zodat de ene schuldenaar voor de helft regres (of verhaal) kan nemen op de andere schuldenaar. De draagplicht kan ook ongelijk verdeeld zijn.

Indien een in de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen gehuwde vrouw een nieuw bankstel koopt, dan is zij alleen jegens de verkoper aansprakelijk voor de betaling van de koopprijs. Deze schuld aan de verkoper behoort evenwel tot de huwelijksgemeenschap en dient derhalve door beide echtgenoten gezamenlijk gedragen te worden. Moeten de schulden als bedoeld in art. 1:94 lid 7 onder a BW voldaan worden (en dat zijn de eigen schulden van een echtgenoot die van de wettelijke gemeenschap van goederen zijn uitgezonderd), dan dient zulks ten laste van het eigen vermogen van de betreffende echtgenoot te geschieden.

Zelden zullen de regels van aansprakelijkheid en draagplicht door echtgenoten stipt nageleefd worden. Dat zal er dan toe leiden dat over en weer nog rekeningen te vereffenen zijn. We bevinden ons dan op het terrein van de vergoedingsrechten en -plichten (§ 4).

Let wel: indien de echtgenoten met uitsluiting van elke gemeenschap gehuwd zijn, dan is titel 7 van Boek 1 BW niet van toepassing. In dat geval is alleen de echtgenoot die de schuld is aangegaan aansprakelijk en draagplichtig voor deze schuld en kan zijn vermogen voor die schuld uitgewonnen worden (art. 3:276 BW). Uiteraard kunnen de echtgenoten zich ook gezamenlijk verbinden jegens de schuldeiser (hoofdelijkheid). De onderlinge draagplicht voor de schuld hangt af van hetgeen de echtgenoten met elkaar hebben afgesproken (art. 6:10 BW).

### 3.7. Uitwinning en verhaal

Hoe is de mogelijkheid van uitwinning en verhaal voor schuldeisers geregeld? Uitwinning betekent in dit verband het te gelde maken van het goed, waarna op de opbrengst daarvan verhaal kan worden genomen. Verhaal voor een vordering kan worden genomen op *alle* goederen van de schuldenaar (art. 3:276 BW).

Betreft de schuld van een echtgenoot een *gemeenschapsschuld*, dan kan de schuldeiser daarvoor verhaal nemen op alle tot de gemeenschap behorende goederen. Daarnaast kan ook verhaal worden genomen op de eigen goederen van de echtgenoot-schuldenaar. Zie hiervoor art. 1:96 lid 1 BW:

*“Voor een schuld van een echtgenoot kunnen, ongeacht of deze in de gemeenschap is gevallen, zowel de goederen van de gemeenschap als zijn eigen goederen worden uitgewonnen.”*

#### *Aanwysrechten*

Teneinde te voorkomen dat gemeenschapsgoederen worden uitgewonnen voor de eigen schulden van een echtgenoot en vice versa bevat art. 1:96 lid 2 BW sinds 1 januari 2018 (en dus geldend voor de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen) *aanwysrechten*. Het ene aanwysrecht houdt in dat voor een *niet* in de gemeenschap gevallen schuld van een

echtgenoot de goederen van de gemeenschap niet kunnen worden uitgewonnen, indien de andere echtgenoot eigen goederen van eerstgenoemde aanwijst, die voldoende verhaal bieden. Het andere aanwilsrecht houdt in dat voor een *in* de gemeenschap gevallen schuld van een echtgenoot de eigen goederen van deze echtgenoot niet kunnen worden uitgewonnen, indien hij goederen van de gemeenschap aanwijst, die voldoende verhaal bieden.

### *Beperking van verhaal voor privéschulden*

Wordt voor een *eigen schuld* van een echtgenoot-schuldenaar verhaal genomen op goederen van de wettelijke beperkte gemeenschap (en kan het aanwilsrecht niet daartegen in stelling gebracht worden), dan is het verhaal van de schuldeiser beperkt tot de helft van de opbrengst van het uitgewonnen goed (art. 1:96 lid 3 BW). Wat gebeurt dan met de andere helft van de opbrengst waarop de schuldeiser na uitwinning geen verhaal mag nemen? Art. 1:96 lid 3 BW bepaalt dat de andere helft aan de andere echtgenoot toekomt en voortaan buiten de gemeenschap valt. Die opbrengst gaat dus behoren tot het eigen vermogen van de andere echtgenoot.

### *Overnemingsrecht*

In art. 1:96 lid 3 BW is rekening gehouden met de weinig benijdenswaardige positie van de echtgenoot die bijvoorbeeld lijdzaam moet toezien dat de gemeenschappelijke woning (onderdeel van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen) dreigt te worden uitgewonnen door een schuldeiser van de andere echtgenoot. In dat geval heeft de echtgenoot de bevoegdheid om het goed waarop de schuldeiser verhaal zoekt, over te nemen tegen betaling van de helft van de waarde van dat goed uit zijn eigen vermogen. Betaling kan plaatsvinden met eigen of geleend geld. Met de waarde van het over te nemen goed zal bedoeld worden op de waarde in het economische verkeer. Vanaf het tijdstip van de overname is dit een eigen goed van deze echtgenoot, dat niet in de gemeenschap valt.

Pas op: art. 1:96 lid 3 BW is niet van toepassing op de wettelijke algehele gemeenschap van goederen die voor 2018 al bestond.<sup>28</sup>

### 3.8. Bestuur

Het huwelijksvermogensrecht bevat een eigen regeling voor het bestuur van de echtgenoten over de gemeenschapsgoederen, de goederen die aan beide echtgenoten toebehoren. Deze regeling wijkt af van de voor de gemeenschap geldende regeling van titel 7 van Boek 3 BW. Bij het bestuur gaat het om de bevoegdheid tot beschikking over de goederen (vervreemden en bezwaren) en het toelaten van feitelijke handelingen

---

<sup>28</sup> Vgl. het overgangsrecht van de *vierde tranche*, art. IV lid 2 van de wet van 24 april 2017 (*Staatsblad* 2017, 177).

(verbouwen, schilderen e.d.) ten aanzien van deze goederen (art. 1:90 lid 2 BW).<sup>29</sup> De bestuursregeling van art. 1:97 BW berust op twee pijlers:

- a. een goed dat op naam van een echtgenoot staat of door hem krachtens schenking of erfrecht werd verkregen, staat onder diens bestuur; en
- b. voor het overige is iedere echtgenoot zelfstandig bevoegd tot het bestuur over de goederen van de gemeenschap.

Daarnaast verklaart art. 1:97 lid 1 BW de regeling van art. 3:170 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing. Die toevoeging houdt in dat handelingen die tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed dienen en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, door ieder der echtgenoten zo nodig zelfstandig kunnen worden verricht.

Met goederen 'op naam' wordt bedoeld op registergoederen (onroerende zaken), vorderingen anders dan aan toonder, aandelen op naam in een B.V. of N.V. en alle andere rechten die verbonden zijn aan een bepaald rechtssubject (ad a.). Ten aanzien van deze in de huwelijksgemeenschap vallende goederen op naam en de goederen verkregen krachtens erfrecht of gift geldt een privatieve (of exclusieve) bestuursbevoegdheid van de 'oude' gerechtigde. De 'nieuwe' gerechtigde is onbevoegd om bestuurshandelingen ten aanzien van het door hem als gevolg van boedelmenging nieuw verworven vermogen te verrichten. Voor de overige goederen is de bestuursbevoegdheid cumulatief: ieder der echtgenoten is zelfstandig bevoegd tot het verrichten van bestuurshandelingen (ad b.).

Bij overeenkomst van huwelijkse voorwaarden kan van de bestuursregeling worden afgeweken (art. 1:93 BW).

#### *Uitzondering op de hoofdregel van de bestuursregeling*

In lid 2 van art. 1:97 BW wordt inbreuk gemaakt op de hoofdregel van de bestuursregeling. Een goed van de gemeenschap dat met toestemming van degene onder wiens bestuur het stond dienstbaar is gemaakt aan een beroep of bedrijf van de andere echtgenoot staat onder privaat bestuur van laatstgenoemde echtgenoot voor zover het handelingen betreft die als normale uitoefening van dat beroep of bedrijf zijn te beschouwen; voor het overige berust het bestuur bij de echtgenoten gezamenlijk.

De hoofdregel van de bestuursregeling werkt tot het moment waarop de bestuursbevoegde toestemming geeft voor dienstbaarmaking. Het verlenen van toestemming is niet aan vorm gebonden. De privatieve bestuursmacht is evenwel niet totaal. Er is sprake van een collectieve bestuursbevoegdheid voor zover het handelingen betreft die *niet* als normale uitoefening van beroep of bedrijf kunnen worden aangemerkt. Deze handelingen dienen door de echtgenoten gezamenlijk te worden verricht.

De dienstbaarheid kan door de rechtbank te allen tijde en ongeacht de duur waarvoor de toestemming verleend is, op verzoek van een der echtgenoten worden beëindigd, mits

---

<sup>29</sup> Deze bestuursregeling laat onverlet de bevoegdheden tot gebruik en genot van de goederen die tot de huwelijksgemeenschap behoren die de andere echtgenoot volgens de huwelijksverhouding toekomen (art. 1:90 lid 2 slot BW).

daartoe gegronde redenen bestaan. Met de opheffing van de dienstbaarheid vervalt uiteraard de bijzondere bestuursregeling.

Geschillen tussen de echtgenoten over het bestuur ten aanzien van tot de gemeenschap behorende goederen, kunnen op verzoek van de echtgenoten of van een van hen aan de rechtbank worden voorgelegd (art. 1:97 lid 3 BW).

Wordt de huwelijksgemeenschap ontbonden (art. 1:99 BW), dan vervalt de bestuursregeling van Boek 1 BW. Na ontbinding gelden de spelregels van art. 3:170 BW (gemeenschap).

#### **4. Vergoedingsrechten**

Op grond van het huwelijksvermogensrecht kunnen tussen echtgenoten diverse vergoedingsrechten en -plichten ontstaan. Een vergoedingsrecht is een in beginsel terstond opeisbare geldvordering, hoewel de redelijkheid en billijkheid – mede gelet op de aard van de huwelijksverhouding – daarbij een rol zullen spelen. Tegenover een vergoedingsrecht staat een vergoedingsplicht.

De achtergrond van het bestaan van vergoedingsrechten en -plichten is dat het totale vermogen van de echtgenoten uit verschillende onderdelen zal bestaan. Veelal is er een huwelijksgemeenschap (of een eenvoudige gemeenschap, zoals de echtelijke woning die geleverd is aan echtgenoten die niet in enige huwelijksgemeenschap gehuwd zijn) en daarnaast bestaan de eigen vermogens van de echtgenoten. Het is ook mogelijk dat iedere huwelijksgemeenschap tussen de echtgenoten ontbreekt, zodat alleen eigen vermogens van de echtgenoten bestaan. Het financiële verkeer dat tussen deze verschillende vermogens plaatsvindt, kan aanleiding geven tot het over en weer ontstaan van vergoedingsrechten en -plichten.

Om een indruk te geven van het financiële verkeer tussen de verschillende vermogens van de echtgenoten worden daarvan enkele voorbeelden gegeven. Stel dat de ene echtgenoot een eigen schuld voldoet ten laste van het huwelijksvermogen. Het is logisch dat deze echtgenoot dan gehouden is tot het betalen van een vergoeding aan de gemeenschap (art. 1:96 lid 5 BW). Een ander voorbeeld is de financiering van de verbouwing van de echtelijke woning uit het eigen vermogen van een echtgenoot. Het kan zijn dat die woning aan de andere echtgenoot toebehoort of deel uitmaakt van de huwelijksgemeenschap. Ook in dat geval zullen vergoedingsrechten ontstaan (art. 1:87 lid 1 BW). Weer een ander voorbeeld is het geval dat de ene echtgenoot gelet op de evenredigheidsmaatstaf van art. 1:84 BW (of een afwijkende regeling in huwelijkse voorwaarden of bij schriftelijke overeenkomst) meer heeft bijgedragen in de kosten van de huishouding dan de andere echtgenoot (vgl. § 2). In al deze gevallen gaat de wetgever uit van een vergoedingsplicht voor de ene echtgenoot en een vergoedingsrecht voor de andere. Het staat de echtgenoten vrij om hiertegen tegenbewijs te leveren en te laten zien dat de rechtsverhouding een andere is, bijvoorbeeld als sprake is van een geldlening, een schenking, voldoening aan een natuurlijke verbintenis (art. 6:3 BW) of betaling van de kosten van de huishouding (art. 1:84 BW). In al deze gevallen ligt aan de vermogensoverheveling een titel ten grondslag (een lening, schenking, voldoening aan een

natuurlijke verbintenis of betaling van de kosten van de huishouding), ten gevolge waarvan geen vergoedingsrecht ontstaat.<sup>30</sup>

Random vergoedingsrechten spelen diverse vragen. Bestaat er überhaupt wel een vergoedingsrecht voor een van de echtgenoten? Is dat het geval, dan komen diverse vervolgvragen aan de orde:

- aan wie moet worden vergoed?
- wat moet worden vergoed?
- hoe dient de vergoeding berekend te worden?
- wanneer dient er vergoed te worden?

#### *Bijzonder regime voor de vergoedingsrechten*

Voor deze vergoedingsrechten kent ons privaatrecht een bijzonder regime. Zo kunnen vergoedingsrechten tussen echtgenoten die niet van tafel en bed gescheiden zijn niet verjaren. Art. 3:321 lid 1 onder a BW biedt in deze situatie een grond voor verlenging van de verjaring. Hierdoor kan een verjaringstermijn tijdens het huwelijk niet aflopen. Dat is verklaarbaar, omdat deze termijn anders een bron van voortdurende onrust tussen de echtgenoten zou opleveren. De verjaringstermijn loopt gedurende het huwelijk gewoon voort, en wel totdat zes maanden na het verdwijnen van die grond zijn verstreken (art. 3:320 BW).

Een bijzondere regel geldt verder voor de bepaling van de omvang van bepaalde vergoedingsrechten. In de regel geldt het nominalisme voor geldvorderingen (art. 6:111 BW); deze vorderingen worden in een geldbedrag uitgedrukt, en dienen naar het nominale bedrag voldaan te worden. Wijzigingen in de koopkracht of koerswaarde hebben geen invloed op de omvang van het te betalen bedrag. Hierna zal blijken dat in het huwelijksvermogensrecht niet het nominalisme tot uitgangspunt wordt genomen, maar de economische deelgerechtigdheid (zie bijvoorbeeld art. 1:87 lid 2 BW, alwaar gewag gemaakt wordt van een vergoeding gelijk aan "een gedeelte van de waarde van het goed").<sup>31</sup>

Welke vergoedingsrechten en -plichten bestaan er zoal in Boek 1 BW? Te noemen zijn de vergoedingsrechten en -plichten die verband houden met het financiële verkeer tussen echtgenoten in relatie tot:

- de kosten van de huishouding;
- het ene eigen vermogen versus het andere eigen vermogen van de echtgenoten; en

---

<sup>30</sup> Vgl. art. 1:87 lid 4 BW: "Geen vergoeding is verschuldigd voorzover door de verkrijging, voldoening of aflossing ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot wordt voldaan aan een op die echtgenoot rustende verbintenis."

<sup>31</sup> Ook bij niet-uitgevoerde periodieke verrekenbedingen is de nominaliteitsleer verlaten (§ 8.2).

- het gemeenschappelijke vermogen versus de eigen vermogens van de echtgenoten.

### *Kosten van de huishouding*

Een vergoedingsrecht kan ontstaan indien een echtgenoot meer heeft bijgedragen in de kosten van de huishouding dan waartoe deze is gehouden op grond van de evenredigheidsmaatstaf van art. 1:84 BW of van de afwijkende regeling in huwelijkse voorwaarden of bij schriftelijke overeenkomst (§ 2).<sup>32</sup> Het is gebruikelijk af te rekenen binnen het jaar volgende op het jaar waarover nog moet worden afgerekend. Daarna zal in de regel het recht om verrekening te vorderen, zijn verwerkt. In huwelijkse voorwaarden wordt niet zelden een vervalbeding met betrekking tot de kosten van de huishouding opgenomen (§ 8.3).

### *Het ene eigen vermogen versus het andere eigen vermogen*

Een plicht tot vergoeding op grond van het huwelijksvermogensrecht ontstaat ingevolge art. 1:87 lid 1 BW – onderdeel van titel 6 (Rechten en verplichtingen van echtgenoten) van Boek 1 BW – in de volgende gevallen:

- a. een echtgenoot verkrijgt ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot een goed dat tot zijn eigen vermogen zal behoren; en
- b. een schuld van een echtgenoot ter zake van een tot zijn eigen vermogen behorend goed wordt voldaan of afgelost ten laste van het eigen vermogen van de andere echtgenoot.

### *Gemeenschappelijke vermogen versus eigen vermogen*

In titel 7 (De wettelijke gemeenschap van goederen) van Boek 1 BW treffen we ook vergoedingsrechten en -plichten aan.

Art. 1:95 lid 1 BW geeft een regel over zaaksvervanging (§ 5). Deze regel houdt in dat een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, buiten de gemeenschap blijft indien het bij de verkrijging voor meer dan de helft van de tegenprestatie ten laste van zijn eigen vermogen komt. Voor zover de tegenprestatie ten laste van de gemeenschap komt, is de echtgenoot gehouden tot een vergoeding aan de gemeenschap.

Ook bij de voldoening van schulden ontstaan op grond van art. 1:96 BW vergoedingsrechten, te weten indien:

- a. een schuld van de gemeenschap wordt voldaan ten laste van het eigen vermogen van een van de echtgenoten (art. 1:96 lid 4 BW); en
- b. een eigen schuld van een van de echtgenoten wordt voldaan ten laste van de gemeenschap (art. 1:96 lid 5 BW).

---

<sup>32</sup> Zie ook HR 29 april 1994, NJ 1995/561.

Traditioneel wordt de vergoedingsplicht van de echtgenoot ten gunste van de gemeenschap aangeduid met de term *récompense* en het vergoedingsrecht van de echtgenoot ten laste van de gemeenschap met de term *reprise*.

Bij de bespreking van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen in § 3.2 is melding gemaakt van de "*redelijke vergoeding*" ten bate van de gemeenschap voor de kennis, vaardigheden en arbeid die een echtgenoot heeft aangewend ten behoeve van een onderneming die buiten de gemeenschap valt (art. 1:95a BW). Ook dit betreft een aan de huwelijksgemeenschap toekomend vergoedingsrecht.

Als een derde met een gift is begunstigd op grond van een sommenverzekering die bij overlijden van een echtgenoot tot uitkering komt en de premies van de verzekering ten laste van de huwelijksgemeenschap zijn gekomen, bestaat een vergoedingsrecht van de andere echtgenoot jegens de gemeenschap (art. 1:96a BW). De vergoeding wordt berekend naar evenredigheid van het aandeel in de premies in verhouding tot het bedrag van de verzekeringsuitkering.

Ten slotte wordt hier nog vermeld dat betalingen die worden gedaan ter uitvoering van een verrekenbeding (art. 1:132 e.v. BW) *niet* als vergoedingsrechten worden aangemerkt. Niettemin wordt de omvang van de verrekenplicht in sommige gevallen ook op een bijzondere wijze bepaald (§ 8).

#### *Vergoeding op basis van economische deelgerechtigdheid (art. 1:87 BW)*

Zoals hiervoor vermeld, wordt het beloop van vergoedingsrechten en -plichten op grond van het huwelijksvermogensrecht op een bijzondere wijze bepaald. Zie daarvoor art. 1:87 BW (het basisartikel dat deel uitmaakt van titel 6 van Boek 1 BW, en derhalve geldt voor alle huwelijken, ongeacht het huwelijksvermogensregime) en art. 1:95 en 1:96 BW (die deel uitmaken van titel 7, geldend voor de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen), waarin naar art. 1:87 BW wordt verwezen en daarop wordt voortgebouwd. Niet het nominalisme wordt voor deze vergoeding tot uitgangspunt genomen, maar het economische belang. Dat economische belang komt tot uitdrukking in economische deelgerechtigdheid. De door de vergoedingsgerechtigde echtgenoot geleverde prestatie - hetzij om de andere echtgenoot in staat te stellen een goed te kunnen verkrijgen, hetzij om een schuld van de andere echtgenoot te voldoen of af te lossen - wordt gezien als een investering in het goed en die investering levert hem een aan de waarde van het goed evenredige, verbintenisrechtelijke aanspraak op jegens de gerechtigde tot het goed. In dit verband wordt wel van de beleggings- of de evenredigheidsleer gesproken.<sup>33</sup> Hiermee

---

<sup>33</sup> Met betrekking tot de vergoedingsrechten die zijn ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen vóór 1 januari 2018 blijft het voordien geldende recht van toepassing (vgl. het overgangsrecht van de *derde tranche*, art. V lid 1 van de wet van 18 april 2011 (*Staatsblad* 2011, 205)). Het oude regime houdt in dat de vergoedingsrechten worden berekend volgens de nominaliteitsleer, zoals die ontwikkeld is door de Hoge Raad in zijn arresten van 12 juni 1987, *NJ* 1988/150 (*Kriek/Smit*) en 15 februari 2008, *NJ* 2008/110, in welk laatste arrest een billijkheidscorrectie op de nominaliteitsleer is toegepast. Uitgangspunt is dat de vergoedingsvordering een nominale vordering is waarover geen vergoeding voor het ter beschikking stellen daarvan (rente) verschuldigd is. Een uitzondering kan volgens de Hoge Raad op zijn plaats zijn in het geval het geld van de ene echtgenoot is aangewend voor de aankoop van een echtelijke woning en die woning door niet voorzienbare marktontwikkelingen aanzienlijk in waarde is gestegen. Bij gebreke van enige correctie zou het evenwicht tussen het vergoedingsrecht van de

wordt bewerkstelligd dat de tot het vergoedingsrecht gerechtigde echtgenoot economisch – zowel in positieve als in negatieve zin – participeert in de waardeontwikkeling van het aangeschafte goed.<sup>34</sup>

De vergoeding als bedoeld in art. 1:87 BW belooft blijkens de aanhef van lid 2 “*een gedeelte van de waarde van het goed op het tijdstip waarop de vergoeding wordt voldaan*”. In de regel zal dit het tijdstip van echtscheiding of het overlijden van de eerststervende echtgenoot zijn. Vervolgens wordt een onderscheid gemaakt tussen twee gevallen:

- a. de verkrijging van het eigen goed door de ene echtgenoot geschiedde geheel of ten dele ten laste van het eigen vermogen van de andere echtgenoot (art. 1:87 lid 2 onder a BW); en
- b. een schuld ter zake van een tot het eigen vermogen van de ene echtgenoot behorend goed wordt voldaan of afgelost ten laste van het eigen vermogen van de andere echtgenoot (art. 1:87 lid 2 onder b BW).

In het eerste geval is de vergoeding voor de verkrijging van het goed “*evenredig aan het uit diens vermogen afkomstige aandeel in de tegenprestatie voor het goed*”. In het tweede geval komt de vergoeding voor de voldoening of aflossing van de schuld 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*”. Zie hierna voor enkele voorbeelden.

Ten aanzien van de vergoeding gelden verder enkele aanvullende regels (art. 1:87 lid 3 BW).

In de *eerste plaats* wordt een onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de aanwending van het eigen vermogen van de andere echtgenoot geschiedde met toestemming van die ander en het geval waarin dat niet zo is (art. 1:87 lid 3 onder a BW). Geschiedde de aanwending zonder toestemming, dan belooft de vergoeding ten minste het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen. Dat betekent dat – bij het ontbreken van toestemming – met een negatieve waardeontwikkeling geen rekening zal worden gehouden en de geldschieter echtgenoot wordt beschermd. Het zal overigens niet altijd even gemakkelijk zijn om vast te stellen of die toestemming voor de aanwending van het eigen vermogen van de andere echtgenoot is gegeven. Het is aan de vergoedingsplichtige echtgenoot om de verleende of stilzwijgende toestemming van de andere echtgenoot zo nodig te bewijzen.

In de *tweede plaats* wordt het geval genoemd dat de investering geschiedde in goederen die naar hun aard bestemd zijn om te worden verbruikt (verbruiksgoederen, zoals inboedelzaken of een auto) (art. 1:87 lid 3 onder b BW). In dat geval belooft de vergoeding

---

ene echtgenoot tot betaling van het destijds ter beschikking gestelde, nadien in koopkracht verminderde bedrag aan de ene kant, en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere echtgenoot ten goede komt, geheel kunnen zijn verbroken. De nominalistische visie wordt als onbillijk ervaren. Echtgenoten kunnen in huwelijkse voorwaarden of bij schriftelijke overeenkomst daarvan afwijken en de vergoedingen berekenen overeenkomstig de beleggingsleer.

<sup>34</sup> *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 867, nr. 3, p. 18.



steeds het nominale bedrag dat ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot is gekomen. Heeft aanwending van middelen plaatsgevonden voor de aanschaf van een consumptief huishoudelijk goed, dan is een vergoedingsrecht niet aan de orde. Dan geldt de draagplicht van art. 1:84 BW (kosten van de huishouding, § 2).

In de *derde plaats* ten slotte wordt een ander peilmoment gehanteerd ter zake van goederen die inmiddels zijn vervreemd zonder dat daarvoor andere goederen in de plaats zijn gekomen (art. 1:87 lid 3 onder c BW). In dat geval wordt ter bepaling van de vergoeding uitgegaan van de waarde van het goed ten tijde van de vervreemding.

Hoe dient de vergoeding berekend te worden? Bij de berekening van het vergoedingsrecht dient een onderscheid gemaakt te worden tussen: (i) een *directe* investering, waarbij is bijgedragen aan de verkrijging van het goed (art. 1:87 lid 2 onder a BW) en (ii) een *indirecte* investering in het vermogen van de andere echtgenoot, waarbij is bijgedragen aan de voldoening of aflossing van een schuld ter zake van een goed (art. 1:87 lid 2 onder b BW).

Conceptueel weergegeven, wordt het vergoedingsrecht berekend in de waarde van het verkregen of gefinancierde goed. Het vergoedingsrecht is een *breukdeel* van deze waarde. De *teller* van de breuk is gelijk aan het bedrag dat de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot heeft verstrekt voor de verkrijging van het goed of de financiering van het goed. De *noemer* van de breuk is gelijk aan de waarde van het goed op een bepaalde peildatum. Die *peildatum* verschilt in de twee in art. 1:87 lid 2 BW onderscheiden gevallen, de directe en de indirecte investering.

#### *Directe investering*

In het *eerste geval* betaalt de echtgenoot uit zijn eigen vermogen mee aan de verkrijging van een goed door de andere echtgenoot (art. 1:87 lid 2 onder a BW). In dat geval is het tijdstip van de investering beslissend voor het naar evenredigheid bepalen van de vergoedingsvordering.

#### *Voorbeelden*

In deze voorbeelden betaalt de ene echtgenoot mee bij de aanschaf van een woning.<sup>35</sup>

M en V zijn gehuwd met uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen. V verkrijgt een onroerende zaak, waarvan de koopsom € 200.000 bedraagt. Zij komt € 40.000 tekort en M betaalt dat bedrag. Het vergoedingsrecht van M wordt als volgt berekend. Het aandeel van M in de waarde van de onroerende zaak bedraagt 40/200, zodat M gerechtigd is tot 1/5 van de waarde ten tijde van de voldoening van het vergoedingsrecht (eindwaarde).

A koopt met € 100.000 van B en € 300.000 eigen geld een woning van € 400.000. B krijgt een vergoedingsrecht van 100/400 (ofwel 1/4) van de waarde van de woning van A ten tijde van de voldoening van het vergoedingsrecht. Na 10 jaar is de woning € 1.000.000 waard. Het vergoedingsrecht ten gunste van B bedraagt € 1.000.000 x (€ 100.000 /

---

<sup>35</sup> De voorbeelden van deze paragraaf zijn ontleend aan *Kamerstukken I*, 2008-2009, 28 867, C, p. 14-18.

€ 400.000) = € 250.000. Is de woning bij het voldoen van B in waarde gedaald tot € 200.000, dan levert het vergoedingsrecht voor B nog maar € 50.000 op.

### *Indirecte investering*

In het *tweede geval* voldoet de echtgenoot (ten dele) de schuld die de andere echtgenoot is aangegaan ter verkrijging van het goed of lost deze schuld (ten dele) af (art. 1:87 lid 2 onder b BW). Art. 1:87 lid 2 onder b BW bepaalt dat de waarde van het goed moet worden bepaald op het tijdstip van de voldoening of de aflossing van de schuld.

De parlementaire geschiedenis licht dit geval als volgt toe:

*“Wanneer het niet gaat om privé-vermogen van de andere echtgenoot dat is aangewend voor de verkrijging van een goed, maar het gaat om privé-vermogen van de andere echtgenoot dat is aangewend voor de verbetering van een goed, wordt de omvang van de vergoedingsvordering gerelateerd aan de waarde van het goed ten tijde van de voldoening van de schuld die verband houdt met de investering in het goed. Het gaat er dan bijvoorbeeld om dat de schulden ter zake van de verbouwing van een huis dat op naam staat van de ene echtgenoot, door de andere echtgenoot worden voldaan. Of dat de schuld terzake van de restauratie van een kostbaar schilderij dat toebehoort aan de ene echtgenoot door de andere echtgenoot wordt voldaan.”*

### *Voorbeelden*

In het volgende voorbeeld vindt een verbouwing en verbetering van een bestaande woning plaats.

Stel dat door de ene echtgenoot een schuld ter zake van een verbouwing van het huis van de andere echtgenoot wordt voldaan ter grootte van € 100.000. Het huis heeft ten tijde van de verbouwing een waarde van € 500.000. Het huis stijgt door die verbouwing in waarde met € 75.000 (en niet met € 100.000). Die beperkte waardeverhoging is niet relevant. Indien later tot voldoening van het vergoedingsrecht wordt overgegaan en het huis op dat tijdstip € 1.000.000 waard is, dan heeft de andere echtgenoot recht op € 167.000 ( $100/600 \times € 1.000.000$ ).

In het volgende voorbeeld vindt een gelijktijdige verwerving en verbouwing van een woning plaats.

Stel dat M een huis koopt voor een bedrag van € 500.000. Voorafgaand aan de levering wordt het huis verbouwd tegen een aanneemsom van € 100.000. V draagt met € 100.000 aan privé-middelen bij in de koopprijs en neemt ook de schuld aan de aannemer voor haar rekening. M betaalt uit zijn eigen vermogen € 400.000 en verwerft het huis in zijn eigen vermogen. Wanneer M en V afrekenen, is het huis € 1.000.000 waard.

V kan ingevolge art. 1:87 lid 2 onder a en b BW aanspraak maken op vergoeding van een gedeelte van de eindwaarde van het huis, evenredig aan haar bijdrage in het totaal van de koopprijs en de verbouwingskosten. In dit geval belooft het vergoedingsrecht één derde deel – te weten (€ 100.000 plus € 100.000) gedeeld door (€ 500.000 plus € 100.000), ofwel  $2/6$  – van € 1.000.000. M moet € 333.333 aan V betalen.

Art. 1:87 BW blijkt niet met zoveel woorden rekening te houden met (aflossing van) schulden die zijn aangegaan in verband met de verwerving van een goed. Op welke wijze moet een vergoedingsrecht ter zake van een periodieke aflossing op een dergelijke schuld vastgesteld worden?

Hoewel in art. 1:87 lid 2 onder b BW wordt gesproken van aflossing ligt toepassing van die maatstaf niet voor de hand als een schuld wordt voldaan die verband houdt met de verwerving van een goed. Met de aflossing wordt een deel van de tegenprestatie voor de verkrijging alsnog ten laste gebracht van het vermogen van de echtgenoot uit wiens vermogen de aflossing wordt gedaan. Wordt met de aflossing bijgedragen aan de oorspronkelijke investering, dan ligt het ook voor de hand de vergoeding te relateren aan de met de oorspronkelijke investering gecreëerde waarde.

### *Voorbeeld*

In het volgende voorbeeld wordt afgelost op een ter verwerving van een woning aangegane schuld.

Stel dat echtgenoot M een woning heeft gekocht en op eigen naam heeft verkregen met € 300.000 uit zijn eigen vermogen en met € 200.000 uit een lening van een derde. Na enige jaren blijkt de waarde van de woning sterk gedaald van € 500.000 tot € 190.000. Als op dat moment de schuld van € 200.000 wordt afgelost met privé-middelen van echtgenoot V, verkrijgt V een recht op vergoeding. Deze vergoeding kan echter niet worden bepaald aan de hand van de maatstaf van art. 1:87 lid 1 onder b BW. De vergoeding zou dan immers gelijk moeten zijn aan een "gedeelte" van de uiteindelijke waarde van de woning, overeenkomend met de verhouding tussen het afgeloste bedrag en de waarde van de woning op het moment van de aflossing. Die verhouding is in dit geval echter groter dan 1 (namelijk 200/190), zodat deze wettelijke bepaling niet uitwijst welk gedeelte van de waarde als vergoeding moet worden betaald.

Art. 1:87 lid 1 onder a BW leidt wel tot een redelijke oplossing. De vergoeding wordt bepaald door het aandeel te bepalen dat de aflossing vormt in de totale tegenprestatie voor het goed. De aflossing van € 200.000 uit privé-middelen van V geeft recht op een vergoeding van twee vijfde deel van de uiteindelijke waarde van de woning. De waarde ten tijde van de aflossing (€ 190.000) doet daarbij niet ter zake. Is de waarde van de woning uiteindelijk € 750.000, dan heeft V derhalve aanspraak op vergoeding ten belope van € 300.000 (2/5<sup>e</sup> deel). Zou de woning uiteindelijk nog slechts € 180.000 waard zijn, dan beloopt de vergoeding € 72.000 (ervan uitgaande dat V had toegestemd in de aflossing ten laste van haar eigen vermogen).

Hoe dient geoordeeld te worden over de bij veel woningfinancieringen gebruikelijke gang van zaken waarbij maandelijks wordt afgelost? De parlementaire geschiedenis<sup>36</sup> vermeldt daarover het volgende:

*"Hoewel bij het opstellen van de regeling van artikel 87 niet nadrukkelijk aandacht is besteed aan maandelijksse aflossingen op een schuld, aangegaan in verband met de verwerving van*

---

<sup>36</sup> Kamerstukken I, 2008-2009, 28 867, C, p. 16.

*een privé-goed, ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot of ten laste van de huwelijksgemeenschap, kunnen dergelijke aflossingen wel degelijk aanleiding geven tot vergoedingsrechten. Voor elke aflossingstermijn dient de vergoeding te worden bepaald overeenkomst artikel 87 lid 2 onder a. Voor elke aflossing wordt bezien welk aandeel in de tegenprestatie daarmee wordt voldaan, en wordt het vergoedingsrecht berekend als een dienovereenkomstig aandeel in de waarde van het goed ten tijde van de afrekening. Daarbij speelt de waarde van de woning ten tijde van elke aflossing geen rol. Een vergelijkbare benadering ligt voor de hand als een verbouwing wordt bekostigd met middelen uit een lening waarop nadien wordt afgelost. Als een verbouwing is bekostigd met een lening, die nadien in termijnen wordt afgelost, dan geeft iedere aflossing aanspraak op een vergoeding. Indien de verbouwing volledig is betaald uit de lening, geeft aflossing van 10% van de schuld een aanspraak op vergoeding voor 10% van het resultaat van de met de verbouwing gemoeide investering.”*

### Voorbeeld

In het volgende voorbeeld wordt uitgegaan van periodieke aflossing op een schuld die ter financiering van een verbouwing is aangegaan.

Stel dat M een huis heeft verworven met € 600.000 aan privé-middelen. Na drie jaar, als de waarde van het huis is gedaald tot € 300.000, vindt een verbouwing plaats ten bedrage van € 300.000. Voor dat bedrag gaat M een lening aan. De schuld heeft betrekking op een van de gemeenschap uitgezonderd goed en vormt derhalve een privé-schuld (art. 1:95 lid 5 onder a BW). Twee jaar wordt op de lening € 30.000 afgelost ten laste van het eigen vermogen van V, M's echtgenoot. Daardoor krijgt V aanspraak op vergoeding ter hoogte van een aandeel in de waarde van het huis op het moment waartegen wordt afgerekend. Dat aandeel is gelijk aan 10% ( $30.000 / 300.000$ ) van de met de schuld gedane investering. De vergoeding belooft derhalve 10% van de helft ( $300.000 / (300.000 \text{ plus } 300.000)$ ) van de waarde van het huis op het moment waartegen wordt afgerekend. Indien wordt afgerekend tegen het moment waarop echtscheiding is verzocht, belooft het vergoedingsrecht derhalve € 45.000, als het huis inmiddels € 900.000 waarde is. Als met middelen van V inmiddels nogmaals € 30.000 was afgelost op de lening, dan zou het vergoedingsrecht in totaal € 90.000 belopen. De waarde van het huis op de tijdstippen van de aflossingen speelt ook hier geen rol.

Opgemerkt wordt dat op deze wijze wordt aangesloten bij hetgeen in het kader van verrekenbedingen ingevolge art. 1:136 BW gebruikelijk is. Ook in het kader van art. 1:136 BW behoeft voor aflossingen op een schuld, aangegaan ter verwerving van een goed, in beginsel geen rekening te worden gehouden met de waarde ten tijde van de aflossingen (zie verder § 8.2).

Voor de *estate planning* is van belang dat de echtgenoten (en rechtsopvolgers onder algemene titel) bij overeenkomst kunnen afwijken van de door de wet voorgeschreven beleggingsleer en de omvang van het vergoedingsrecht anders kunnen bepalen (art. 1:87 lid 4 BW). Zij kunnen derhalve overeenkomen dat - in afwijking van art. 1:87 lid 1 t/m 3 BW - sprake is van een nominale vergoeding of omgekeerd een vergoeding naar

evenredigheid. Door deze wettelijke basis kunnen de echtgenoten bij de planning van de vermogensrechtelijke afwikkeling van hun echtscheiding de omvang van het vergoedingsrecht vergroten of verkleinen, zelfs tot nihil. De langstlevende echtgenoot en de erfgenamen van de eerststervende echtgenoot kunnen een dergelijke overeenkomst ook aangaan. Soms zijn aan het maken van dergelijke afspraken fiscale gevolgen verbonden.

De regeling van art. 1:87 BW is van regelend recht. Bij overeenkomst kunnen de echtgenoten afwijken van de wettelijke regeling van de vergoedingsrechten en -plichten (art. 1:96b eerste zin BW en art. 1:87 lid 4 BW). Kan de omvang van de vergoeding niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt deze geschat (art. 1:87 lid 5 BW en art. 1:96b derde zin BW).

## 5. Zaaksvervanging

De zaaksvervangingsregel van art. 1:95 BW is een uitzondering op de hoofdregel van boedelmenging (§ 3.1). Aan de hand van deze regel kan worden bepaald of een goed wordt meegetrokken in de aanzuigende werking van de boedelmenging en tot de huwelijksgemeenschap behoort (hoofdregel) dan wel dat het goed tot het eigen vermogen van een van de echtgenoten behoort (uitzondering). Het verkregen goed blijft buiten de huwelijksgemeenschap indien bij de verkrijging daarvan meer dan de helft van de tegenprestatie ten laste van het eigen vermogen van een echtgenoot is gekomen (art. 1:95 lid 1 BW). Wordt een goed voor minder dan de helft gefinancierd uit het eigen vermogen en voor het overige uit de huwelijksgemeenschap, dan doet de boedelmenging opgeld en valt het goed in de gemeenschap.

In beide gevallen - het goed behoort tot het eigen vermogen van een van de echtgenoten dan wel tot de huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap - ontstaat een vergoedingsrecht. In het eerste geval is de echtgenoot gehouden tot vergoeding aan de gemeenschap, in het tweede geval is de gemeenschap gehouden de echtgenoot te vergoeden. In beide gevallen wordt het beloop van de vergoeding bepaald overeenkomstig art. 1:87 lid 2 en 3 BW (§ 4).

### *Voorbeeld*

Stel dat de man en de vrouw zonder huwelijkse voorwaarden te maken, getrouwd zijn.<sup>37</sup> De man verkrijgt een woning voor € 100.000. Daarvan betaalt hij € 60.000 met door hem onder een uitsluitingsclausule verkregen vermogen en voor € 40.000 met een hypothecaire geldlening. De woning valt derhalve niet in de gemeenschap (art. 1:95 lid 1 BW). Ook de hypotheekschuld blijft daarbuiten (art. 1:94 lid 7 onder a BW). De omstandigheid dat de vrouw zich naast de man hoofdelijk voor de schuld heeft verbonden, doet niet af aan het privékarakter van de schuld. De vrouw kan wel door de bank worden aangesproken, in welk geval dan een vergoedingsrecht jegens de man ontstaat.

---

<sup>37</sup> Zie ook *Kamerstukken I*, 2008-2009, 28 869, C, p. 4.

Stel dat de man de woning voor maar € 40.000 met eigen geld heeft betaald, dan zouden de woning en de hypotheekschuld in de gemeenschap zijn gevallen. Er ontstaat dan wel ten laste van de gemeenschap een vergoedingsrecht ten behoeve van de man.

Het tijdstip van de verkrijging van een goed is beslissend voor de vraag of sprake is van zaaksvervanging. Art. 1:95 lid 1 BW knoopt voor zaaksvervanging immers aan bij “de tegenprestatie bij de verkrijging”. Dat moment is beslissend voor de vraag of het goed tot de huwelijksgemeenschap behoort of tot het eigen vermogen van een van de echtgenoten.

De echtgenoot die zich op zaaksvervanging ten gunste van zijn eigen vermogen beroept, moet de formele verkrijger van het goed zijn (leer van de formele verkrijging). Voor de eigendomsvraag blijft derhalve het formele criterium beslissend: eigenaar wordt degene aan wie het goed ter uitvoering van de koopovereenkomst geleverd is. Wie het goed gefinancierd heeft, doet er voor de eigendomsvraag niet toe.

### *Voorbeeld*

Stel dat een registergoed op naam van echtgenoot A wordt gesteld, maar gefinancierd is met gelden van echtgenoot B. Het goed kan door die financiering niet tot het eigen vermogen van echtgenoot B gaan behoren. Het registergoed zal in een dergelijk geval door de werking van art. 1:94 BW alsnog in de gemeenschap vallen. Indien echtgenoot A daarentegen het registergoed op eigen naam verkrijgt en mede met eigen middelen financiert, dan kan dit registergoed op grond van de zaaksvervangingsregel van art. 1:95 BW tot zijn eigen vermogen gaan behoren.

Wordt de woning niet gekocht, maar wordt het bij de verdeling van een nalatenschap verkregen en is de erfgenaam-echtgenoot daartoe gerechtigd onder een uitsluitingsclausule, dan volgt uit het *Vier Huizen*-arrest van de Hoge Raad van 11 mei 1984, NJ 1985/527 dat de woning in het eigen vermogen van de erfgenaam-echtgenoot valt. Wordt een eventuele overbedelingsschuld door de erfgenaam-echtgenoot ten laste van de huwelijksgemeenschap voldaan, dan ontstaat daarvoor een vergoedingsrecht ten behoeve van de huwelijksgemeenschap (§ 4).

Bij de beperkte gemeenschap van goederen (§ 3.2) zullen naast de huwelijksgemeenschap ook de eigen vermogens van de echtgenoten bestaan. Die worden gevormd door de bij het huwelijk niet-aangebrachte goederen en erfenissen en schenkingen van de echtgenoten. Hierdoor zal het geregeld kunnen voorkomen dat een goed met middelen afkomstig uit verschillende vermogens is bekostigd of gefinancierd en dat roept vragen op van zaaksvervanging. Is het niet mogelijk om aan te tonen dat een goed tot het eigen vermogen van een van de echtgenoten behoort, dan geldt het gemeenschapsvermoeden van art. 1:94 lid 8 BW (§ 3.1).

### *Praktische problemen*

Een ouder kan een woning aan een gehuwd kind schenken. Aan die schenking kan een uitsluitingsclausule worden verbonden. Het gevolg daarvan is dat de woning niet tot de

huwelijksgemeenschap zal behoren waarin het kind gehuwd is, maar tot zijn eigen vermogen.

Stel dat een ouder een woning met een waarde van € 500.000 voor een (te) laag bedrag - stel € 300.000 - wil verkopen aan zijn gehuwde kind en dat het de bedoeling is dat de bevoordeling niet in de huwelijksgemeenschap valt. Waaraan zou de uitsluitingsclausule in dat geval verbonden moeten worden om het beoogde resultaat - en dat is dat de bevoordeling van € 200.000 van het kind niet valt in de huwelijksgemeenschap - te bereiken (vgl. § 7)? Dat blijkt niet mogelijk en uitvoerbaar te zijn, nu de titel van de verkrijging koop is (en dus niet een gift of een erfrechtelijke verkrijging waaraan een uitsluitingsclausule kan worden verbonden). Om het beoogde doel te bereiken, zal voor een alternatieve structurering gekozen moeten worden. De meest voor de hand liggende weg hiervoor is om eerst een papieren schenking van € 200.000 onder een uitsluitingsclausule te doen. Hierdoor verkrijgt het begiftigde kind een geldvordering van € 200.000 op zijn schenkende ouder. Vervolgens wordt de woning voor € 500.000 aan het echtpaar verkocht. Betaling van de koopprijs geschiedt dan voor € 300.000 door het echtpaar uit gemeenschapsvermogen en voor € 200.000 wordt de schuld tot betaling van de koopprijs verrekend met de papieren schenking aan het gehuwde kind. Een andere mogelijkheid is om een deel van de koopprijs ter grootte van € 200.000 kwijt te schelden, en deze kwijtschelding onder een uitsluitingsclausule te doen. Een kwijtschelding uit vrijgevigheid is een gift. Het is mogelijk om aan de gift een voorwaarde te verbinden dat hetgeen wordt verkregen buiten enige huwelijksgemeenschap zal vallen (art. 3:38 lid 1 BW en art. 1:94 lid 2 onder a BW).

Het gevolg hiervan is in beide situaties dat de woning tot de huwelijksgemeenschap behoort, aangezien deze voor minder dan de helft met eigen vermogen is gefinancierd. Bij een echtscheiding of overlijden heeft het kind (of de erfgenamen van het kind) dan een reprise ten laste van de huwelijksgemeenschap van € 200.000. Hierdoor behoort deze vordering tot teruggave van € 200.000 tot het eigen vermogen van het kind. In dit verband kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 september 2017, [ECLI:NL:HR:2017:2274](#), waarin ten overvloede is overwogen:

*“Indien, zoals de man in hoger beroep onder verwijzing naar HR 1 mei 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1199](#), NJ 2015/378, heeft betoogd en hij (...) bepleit, de akte aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van een samenstel van rechtshandelingen dat ertoe strekte de tegenprestatie voor de verkrijging van het aandeel van de moeder in de woning ten laste van het door de man van haar onder uitsluitingsclausule verkregen vermogen te laten komen, leidt (analoge toepassing van) art. 1:124 lid 2 (oud) BW ertoe dat de woning buiten de huwelijksgemeenschap van de man en de vrouw is gebleven. In dat geval kan de vrouw aanspraak maken op een vergoeding aan de huwelijksgemeenschap ter zake van het aandeel in de woning dat de man zonder uitsluitingsclausule uit de nalatenschap van zijn vader heeft verkregen.”*

In het berechte geval zou - als de uitleg van de man wordt gevolgd in de verwijzingsprocedure - de woning en een perceel landbouwgrond als gevolg van de toepassing van de huwelijksvermogensrechtelijke zaaksvervangingsregeling tot het eigen vermogen van de man behoren en komt aan de huwelijksgemeenschap een vergoedingsrecht ten laste van het eigen vermogen van de man toe.

## 6. Verknochtheid

Verknochtheid is een uitzondering op de hoofdregel van de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen dat in beginsel alle goederen en schulden tot de gemeenschap behoren. In art. 1:94 lid 5 BW wordt bepaald dat *“goederen en schulden die aan een van de echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn”* slechts in de gemeenschap vallen *“voor zover die verknochtheid zich hiertegen niet verzet”*.<sup>38</sup>

Uit de gehanteerde bewoordingen - en dan met name de woorden *“op enigerlei bijzondere wijze”* - blijkt dat verknochtheid niet te snel mag worden aangenomen. Het uitgangspunt is dat goederen en schulden gewoon in de huwelijksgemeenschap vallen. Verder geldt dat uitzonderingen in de regel restrictief uitgelegd moeten worden. De mate van verknochtheid van een echtgenoot aan een bepaald goed zal afhangen van de aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen ter zake wordt bepaald.<sup>39</sup> Dat vraagt om een objectieve benadering. Een goed dat een verknocht goed vervangt, zet om die reden de verknochtheid niet voort.

Het aan een echtgenoot verknochte goed valt slechts buiten de huwelijksgemeenschap *voor zover* die verknochtheid zich niet verdraagt met de regels welke de gemeenschap beheersen. Aangenomen wordt dat de woorden *“voor zover”* in art. 1:94 lid 5 BW een graduele benadering toestaat. De meest verstrekkende vorm van verknochtheid is aanwezig indien het goed in juridische zin (goederenrechtelijk) en in economische zin (met verrekening van waarde) buiten de gemeenschap valt. Goederen zouden ook economisch tot de gemeenschap kunnen behoren, maar juridisch aan een van de echtgenoten (en behorende tot het eigen vermogen van die echtgenoot). Bij de latere verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap kan daarmee rekening worden gehouden, zodat het goed dan aan de echtgenoot waaraan het goed verknocht is kan worden toegedeeld. Een andere manier om de regels van de huwelijksgemeenschap aan te passen in verband met de verknochtheid zou zijn om aan te nemen dat de bestuursregeling van art. 1:97 BW ten aanzien van het verknochte goed niet of niet volledig wordt toegepast (§ 3.8).

Het voorgaande betekent dat van geval tot geval beoordeeld moet worden in hoeverre van verknochtheid sprake is en waartoe dat wat betreft de toepassing van de regels van de huwelijksgemeenschap leidt. Verknochtheid bepaalt mede de omvang van de (ontbonden) huwelijksgemeenschap en daarmee de omvang van de nalatenschap van de echtgenoot-erflater. Aangezien discussie veelal mogelijk is over de mate van verknochtheid kan - afhankelijk van de omstandigheden van het geval - een keuze gemaakt worden. Wanneer een voor de erfgenamen voordelige uitleg van de aard van het goed en daarmee van de verknochtheid verdedigbaar is, zou dat in principe fiscaal gevolgd moeten worden.

Aan rechtspraak en literatuur zijn de volgende voorbeelden van verknochte goederen te ontleen:

---

<sup>38</sup> Onder het oude regime van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen gold het verschijnsel verknochtheid ook (art. 1:94 lid 3 (oud) BW) en deze regel leeft voort voor de oude gemeenschappen van vóór 1 januari 2018.

<sup>39</sup> HR 17 oktober 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BE9080](https://www.eclii.nl/hr/2008/BE9080).



- immateriële schadevergoeding (of smartengeld) voor het hoogst persoonlijke leed dat het slachtoffer is aangegaan;
- een gouden handdruk voor zover deze vergoeding ziet op na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap (wegens echtscheiding) te derven arbeidsinkomen;<sup>40</sup> en
- de waarde van de aandelen in een stamrecht-BV voor zover die ziet op een uitkering ter vervanging van de inkomsten uit de beëindigde dienstbetrekking na de echtscheiding.<sup>41</sup>

## 7. In- en uitsluitingsclausules

Indien de huwelijksgemeenschap is ontstaan op of na 1 januari 2018, dan vallen verkrijgingen krachtens erfrecht of gift van rechtswege buiten de huwelijksgemeenschap (art. 1:94 lid 2 onder a BW) (§ 3.2). Hierdoor kunnen naast de huwelijksgemeenschap ook eigen vermogens van de echtgenoten bestaan. Heeft deze beperking van de omvang van de huwelijksgemeenschap tot gevolg dat de in de testamentenpraktijk alom bekende uitsluitingsclausule waarmee voorheen erfrechtelijke verkrijgingen en giften buiten de gemeenschap werden gehouden, obsoleet zal worden en zijn langste tijd wel gehad zal hebben?

### *Uitsluitingsclausule*

Uit art. 1:94 lid 4 BW blijkt met zoveel woorden dat er nog steeds goede redenen kunnen bestaan om een uitsluitingsclausule te hanteren:

---

<sup>40</sup> HR 17 oktober 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BE9080](#), in welk geval de Hoge Raad overwoog dat het handelde om "aanspraken voortvloeiende uit een tussen de man en diens werkgever in verband met de beëindiging van de dienstbetrekking gesloten overeenkomst op grond waarvan de werkgever bij die beëindiging een zodanige koopsom voor een stamrechtverzekering onder een verzekeringsmaatschappij heeft gestort dat de man tot de ingangsdatum van zijn ouderdomspensioen periodieke uitkeringen ontvangt waardoor zijn inkomen wordt aangevuld tot 70% van zijn laatstgenoten salaris. Bij de beantwoording van de vraag of die aanspraken, waaronder mede begrepen de uitkeringen waartoe zij inmiddels hebben geleid, in de huwelijksgemeenschap vallen, moet onderscheid worden gemaakt tussen aanspraken die zien op de periode vóór en aanspraken die zien op de periode na ontbinding van de huwelijksgemeenschap. Deze laatste vallen, nu zij strekken tot vervanging van inkomen dat de man bij voortzetting van de dienstbetrekking na die ontbinding zou hebben genoten, evenmin in de gemeenschap als de uit een bestaande arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraak op voor nog te verrichten arbeid te ontvangen loon. Voor de aanspraken die zien op de periode vóór de ontbinding, en waarvan de waarde in ieder geval niet meer bedraagt dan de som van de in die periode verschuldigde uitkeringen, geldt daarentegen dat zij evenals ontvangen loon in de gemeenschap vallen."

<sup>41</sup> Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1293](#), waarin de Hoge Raad oordeelt dat de regel van HR 17 oktober 2008, [ECLI:NL:HR:2008:BE9080](#), ook geldt wanneer een ontslagvergoeding is ingebracht in een - door de werknemer opgerichte en beheerste - stamrecht-B.V., ondanks dat de echtgenoot in dat geval zelf het tijdstip en de hoogte van de periodieke uitkeringen kan bepalen. De Hoge Raad acht de strekking van de uitkering, die hetzelfde is bij storting onder een verzekeringsmaatschappij als bij een storting onder een stamrecht-B.V., daarvoor doorslaggevend.

*“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, blijven buiten de gemeenschap, ook al zijn echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen dan wel de vruchten daarvan in de gemeenschap vallen.”*

Echtgenoten kunnen bij huwelijkse voorwaarden kiezen voor de wettelijke algehele gemeenschap van goederen (§ 8.1 en § 3.3) of een pseudo-gemeenschap overeenkomen (een finaal alsof-verrekenbeding) (§ 8.4). Op grond van art. 1:94 lid 4 BW prevaleert de uitsluitingsclausule boven de huwelijkse voorwaarden waarin echtgenoten overeenkomen dat erfrechtelijke verkrijgingen of giften in de gemeenschap van goederen vallen of bij het finaal verrekenbeding dienen te worden betrokken. Voor die gevallen dat echtgenoten vóór 1 januari 2018 in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen gehuwd zijn, bij huwelijkse voorwaarden ná 1 januari 2018 hebben gekozen voor de ruimere wettelijke algehele gemeenschap van goederen of een pseudogemeenschap zijn overeengekomen (een finaal alsof-verrekenbeding met inbegrip van de erfrechtelijke verkrijgingen en giften), blijft het opnemen van een uitsluitingsclausule in een testament of bij de gift derhalve aanbevolen als erfrechtelijke verkrijgingen of giften tenminste tot het eigen vermogen van de betreffende echtgenoot moeten behoren.

#### *Vorm van de clausule*

De uitsluitingsclausule deelt in de vorm van de uiterste wilsbeschikking of de schenking waaraan deze wordt verbonden.<sup>42</sup> De uitsluitingsclausule moet bij gelegenheid van het maken van de uiterste wilsbeschikking of het doen van de gift daaraan worden verbonden. Later toevoegen is niet mogelijk.<sup>43</sup>

Bij een vormvrije schenking is ook de uitsluitingsclausule vormvrij. Het bewijs daarvan kan dan evenwel problemen opleveren. Om die reden verdient het aanbeveling de uitsluitingsclausule op schrift te stellen. Wel is het mogelijk dat de schenker en de begiftigde in een later stadium een bewijsovereenkomst sluiten, en wel in die zin dat zij daarin vaststellen dat er in het verleden vormvrije giften hebben plaatsgevonden en dat die zijn geschied onder een uitsluitingsclausule en dat zij ter voorkoming van bewijsproblemen vaststellen dat de vormvrije giften zijn gedaan met een uitsluitingsclausule. Dan is er geen sprake van het toevoegen van een uitsluitingsclausule, maar van het op schrift stellen van een reeds eerder overeengekomen uitsluitingsclausule.

#### *Zwakke uitsluitingsclausule*

In de praktijk wordt nog wel eens gebruik gemaakt van de zwakke uitsluitingsclausule in plaats van de sterke uitsluitingsclausule.

Op grond van de *sterke* uitsluitingsclausule valt het goed in alle gevallen buiten de huwelijksgemeenschap waarin de verkrijger te eniger tijd is gehuwd. Ook de waarde van het goed blijft daarbuiten aangezien deze buiten een verrekening krachtens huwelijkse

---

<sup>42</sup> HR 12 april 1967, NJ 1967/383.

<sup>43</sup> HR 17 november 2000, NJ 2001/349.

voorwaarden blijft. Met de *zwakke* uitsluitingsclausule wordt beoogd dat de waarde van het verkregen vermogen alleen bij echtscheiding wordt beschermd. Wanneer het huwelijk van de verkrijger eindigt door overlijden is het vaak aantrekkelijk de waarde van het uitgesloten vermogen alsnog in een verrekening te betrekken of het goed in de huwelijksgemeenschap te laten vallen. Het uitgesloten vermogen wordt dan namelijk over twee overlijdens uitgesmeerd, waardoor progressie- en tariefvoordeel voor de heffing van de erfbelasting op grond van de Successiewet wordt bereikt.

De *zwakke* uitsluitingsclausule is een obligatoir werkende voorwaardelijke uitsluiting. Het uitgesloten vermogen zelf blijft behoren tot het eigen vermogen van de verkrijgende echtgenoot, maar de waarde daarvan wordt verrekend of valt in een gemeenschap bij overlijden. Veelal worden aan de uitsluitingsclausule nog voorwaarden toegevoegd, zoals dat er gezamenlijke kinderen moeten zijn van de (overleden) verkrijger en diens echtgenoot, dat deze laatste niet failliet is, enz. Aangenomen wordt dat de zachte uitsluitingsclausule slechts obligatoir werkt en leidt tot verrekening van waarde. Het onderwerp van de uitsluitingsclausule - het uitgesloten vermogen - behoort tot het eigen vermogen van de echtgenoot, maar de waarde daarvan wordt (bijvoorbeeld bij overlijden) verrekend of valt in de huwelijksgemeenschap.

#### *De verwaarloosde uitsluitingsclausule*

Wat geldt rechtens als een uitsluitingsclausule wordt verwaarloosd, en wel doordat het aan de ene partner geschonken bedrag op een gemeenschappelijke bankrekening wordt gestort en dat bedrag aan het einde van de rit (bij echtscheiding of overlijden) er niet meer is? Geldt dan de gulden regel 'op is op' of zou die partner alsnog aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de huwelijksgemeenschap?

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde bij arrest van 7 november 2017, [ECLI:NL:GHSHE:2017:4752](#), dat op ook daadwerkelijk op is in een geval waarin drie keer een bedrag van € 10.000 aan de vrouw geschonken was onder een uitsluitingsclausule, de geschonken bedragen waren overgeboekt naar de gemeenschappelijke bankrekening van de man en de vrouw (gehuwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, ontstaan voor 1 januari 2018) en de bankrekening uiteindelijk leeg is:

*"Nu het geschonken geld op de gemeenschappelijke rekening van partijen is terechtgekomen, op de peildatum niet meer traceerbaar aanwezig was en evenmin is komen vast te staan aan welke specifieke uitgaven het is besteed dan wel dat partijen over de besteding van dit geld met elkaar afspraken hebben gemaakt, moet het ervoor hebben gehouden dat de met uitsluiting ontvangen gelden zijn geconsumeerd, opgemaakt aan bestedingen die geen aanleiding geven tot een vergoedingsrecht. Dat dit anders zou zijn is gesteld noch gebleken.*

*Aangenomen moet worden dat de bedragen van de schenkingen door [de vrouw] zijn besteed om te voldoen aan de verplichting om bij te dragen in de kosten van de huishouding (art. 1:84 BW), een verplichting die mede zijn grondslag vindt in de relationele solidariteit die de verhouding tussen echtgenoten beheerst en die tot uitdrukking komt in art. 1:81 BW (dat bepaalt dat echtgenoten verplicht zijn elkaar het nodige te verschaffen). Niet gesteld of gebleken is echter dat [de vrouw] daarbij méér heeft bijgedragen aan de huishouding dan*

*waartoe zij op grond van de wet gehouden is. Daartoe is immers vereist dat [de vrouw] een onderbouwd financieel overzicht geeft dat inzicht geeft wie van partijen welke kosten van de huishouding voor zijn rekening heeft genomen en zulk een overzicht ontbreekt. Derhalve is gelet op het hiervóór overwogene er geen plaats voor een nominaal vergoedingsrecht voor [de vrouw]."*

De vrouw stelt daartegen met succes cassatieberoep in bij de Hoge Raad. In zijn arrest van 5 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:504](#), gaat de Hoge Raad ervan uit dat de vrouw in beginsel jegens de gemeenschap recht heeft op vergoeding van het onder een uitsluitingsclausule aan haar geschonken bedrag dat vervolgens op de gemeenschappelijke bankrekening is gestort. De Hoge Raad overweegt:

*"Uitgangspunt in deze zaak is voorts dat de door de vrouw ontvangen schenkingen van in totaal € 30.000 uitsluitend aan haar toekomen, nu die schenkingen zijn gedaan onder de in art. 1:94 lid 2, onder a, (oud) BW omschreven uitsluitingsclausule.*

*Doordat de geschonken bedragen op een gemeenschappelijke bankrekening van partijen zijn overgeboekt, is het totaalbedrag van € 30.000, naar het in zoverre onbestreden oordeel van het hof, door vermenging tot het gemeenschapsvermogen gaan behoren (...). Het wettelijk stelsel van titel 7 van boek 1 BW brengt dan mee dat de vrouw als gevolg van deze vermogensverschuiving in beginsel jegens de gemeenschap recht heeft op vergoeding van dat bedrag (vgl. art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 4 (voorheen lid 3) BW)."*

Het feit dat de geschonken bedragen zijn aangewend voor diverse bestedingen doet volgens de Hoge Raad op zichzelf niet af aan het vergoedingsrecht van de vrouw, "omdat het erom gaat of die bestedingen betrekking hadden op gemeenschapsschulden dan wel op privéschulden van de vrouw". Vervolgens formuleert de Hoge Raad twee logische stelregels. *Ten eerste:* voor zover uit het gemeenschapsvermogen (de gemeenschappelijke bankrekening waarop het bedrag van € 30.000 is overgeboekt) gemeenschapsschulden zijn voldaan, brengt dat geen wijziging in het recht van de vrouw op vergoeding. Dan geldt immers nog steeds dat de gemeenschap is gebaat door het aan de vrouw toekomende bedrag van € 30.000. *Ten tweede:* voor zover echter uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan, is zij op grond van art. 1:96 lid 5 (voorheen lid 4) BW gehouden tot vergoeding van het daarmee gemoeide bedrag aan de gemeenschap. In dat geval zal het vergoedingsrecht van de vrouw verrekend kunnen worden met haar schuld uit hoofde van art. 1:96 lid 5 BW.

Deze stelregels worden door de Hoge Raad voorzien van een praktische bewijsregel, inhoudende een ten gunste van de vrouw aangenomen vermoeden dat de uitgaven van de gemeenschappelijke bankrekening aan te merken zijn als voldoening van gemeenschapsschulden:

*"Uit de regel van art. 1:94 lid 5 (oud) BW dat alle schulden van ieder van de echtgenoten tot de huwelijksgemeenschap behoren, met uitzondering van de aldaar onder a en b genoemde schulden en van de in art. 1:94 lid 3 (oud) BW (thans lid 5) bedoelde schulden die aan een van de echtgenoten zijn verknocht, volgt het vermoeden dat de tijdens huwelijk uit het gemeenschapsvermogen voldane schulden gemeenschapsschulden zijn. Daarbij*

*verdient opmerking dat in geval van een huwelijksgemeenschap ook uitgaven in verband met consumptieve bestedingen zijn aan te merken als voldoening van gemeenschapsschulden. Hetzelfde geldt voor uitgaven in verband met de kosten van de huishouding als bedoeld in art. 1:84 BW, ongeacht hoe ingevolge deze bepaling de draagplicht ter zake van die kosten tussen de echtgenoten verdeeld is.*

*In dit geval, waarin uitgaven zijn gedaan van de gemeenschappelijke bankrekening van partijen, geldt dus dat ten gunste van de vrouw het vermoeden dat deze uitgaven betrekking hebben gehad op gemeenschapsschulden, hetgeen meebrengt dat het vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap door die uitgaven niet aangetast is (...). Het ligt op de weg van de andere echtgenoot, de man in dit geval, om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen op grond waarvan het vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap niet (of niet volledig) geldend kan worden gemaakt. Dat is bijvoorbeeld het geval voor zover uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan (...), of indien uitdrukkelijk of stilzwijgend is afgesproken dat de vrouw met betrekking tot bepaalde uitgaven ter zake van gemeenschapsschulden geen aanspraak op vergoeding heeft, ook al zijn die uitgaven geheel of ten dele gefinancierd uit aan haar toekomend vermogen.*

*Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat denkbaar is dat de vrouw minder heeft bijgedragen aan de kosten van de huishouding dan waartoe zij in haar verhouding tot de man op grond van art. 1:84 BW gehouden was. In dat geval - ter zake waarvan de stelplicht en bewijslast eveneens op de man rusten - heeft (niet de gemeenschap maar) de man aanspraak erop dat de vrouw het tekort aan hem vergoedt. Een dergelijke vordering op grond van art. 1:84 BW is in deze zaak echter niet aan de orde. In de praktijk zal een zodanige vordering vaak verdisconteerd kunnen worden bij de verdeling van de gemeenschap tussen de echtgenoten."*

De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen. De stukken van het geding laten namelijk geen andere conclusie toe dan dat de man heeft gesteld dat het bedrag van de schenkingen is besteed aan de huishouding, vakanties en consumptieve uitgaven. Die stelling is geen afdoende verweer tegen de vordering van de vrouw, nu die door de man genoemde uitgaven de voldoening van gemeenschapsschulden betreffen en daarom niet afdoen aan het vergoedingsrecht van de vrouw.<sup>44</sup>

### *Buitenlandse nalatenschap en uitsluitingsclausule*

Soms sluiten nationale rechtsstelsels niet goed op elkaar aan. Hierdoor kunnen situaties ontstaan waarmee betrokkenen geen rekening hebben gehouden. Een goed voorbeeld daarvan is de wettelijke algehele gemeenschap van goederen die buiten Nederland onbekend is (vgl. de hiervoor in § 3.2 aangehaalde wetsgeschiedenis onder i.).

Deze situatie was aan de orde in een huwelijksgeschil tussen een Nederlandse man en een Italiaanse vrouw. Zij waren in 1968 met elkaar gehuwd zonder het maken van huwelijkse

---

<sup>44</sup> Het vergoedingsrecht had in deze zaak betrekking op gelden die onder een uitsluitingsclausule aan de vrouw geschonken waren. Eenzelfde vergoedingsrecht zou gelden voor het voorhuwelijkse eigen vermogen van de vrouw die daarna in de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen is gehuwd.

voorwaarden. Op het huwelijksvermogensregime is Nederlands recht van toepassing. Voordat de vrouw in het huwelijk trad, heeft zij krachtens Italiaans erfrecht in Italië gelegen onroerend goed verkregen. Volgens Italiaans erfrecht komt een erfenis uitsluitend toe aan de verkrijger en niet aan diens echtgenoot. Het huwelijk is in 1981 door echtscheiding ontbonden. Het lukt de ex-echtgenoten maar niet om te komen tot een verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap. Het springende punt is of het Italiaanse onroerend goed tot de Nederlandse huwelijksgoederengemeenschap behoort.

Naar Nederlands huwelijksvermogensrecht geldt op grond van art. 1:94 lid 1 (oud) BW, zoals dat ten tijde van de ontbinding van het huwelijk luidde, dat goederen die één van de echtgenoten krachtens erfrecht verkrijgt in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen vallen. Met behulp van een uitsluitingsclausule kan hierop een uitzondering gemaakt worden. Een uitsluitingsclausule is een uiterste wilsbeschikking van de erflater waarin is bepaald dat bepaalde goederen buiten de gemeenschap blijven (voorheen art. 1:94 lid 2 onder a BW). Een dergelijke clausule was in dit geval uiteraard niet gemaakt, omdat de erflater uitgegaan zal zijn van Italiaans erfrecht.

De rechtbank oordeelde dat het Italiaanse onroerend goed niet in de Nederlandse huwelijksgoederengemeenschap valt, omdat het onroerend goed naar Italiaans erfrecht niet tot de huwelijksgoederengemeenschap zou behoren. De erflater hoefde er volgens de rechtbank in dit geval geen rekening mee te houden dat een uitsluitingsclausule bij het opmaken van een testament zou moeten worden opgenomen voor het geval dat één van de erfgenamen in de toekomst in gemeenschap van goederen naar Nederlands recht zou trouwen. Hiermee wordt het beroep van de vrouw op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gehonoreerd. Het rechtsgevolg van art. 1:94 lid 1 (oud) BW treedt namelijk niet in indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat het geërfde onroerend goed in de huwelijksgemeenschap zou vallen.

Het hof zag dit anders en kwam tot een tegenovergesteld oordeel. Volgens het hof is de omstandigheid dat de erfenis naar Italiaans recht niet in de gemeenschap zou vallen onvoldoende om te oordelen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het onroerend goed in de huwelijksgemeenschap valt. De vrouw heeft de erfenis verkregen voordat zij met de man huwde. Zij had volgens het hof dus ook het onroerend goed bij huwelijkse voorwaarden buiten de huwelijksgemeenschap kunnen houden.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 17 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:276](#), het cassatieberoep van de vrouw tegen het arrest van het hof verworpen:

*“Tussen partijen is niet in geschil dat zij in algehele gemeenschap van goederen gehuwd waren. Terecht heeft het hof dan ook voor de bepaling van de omvang van de gemeenschap art. 1:94 lid 1 (oud) BW (thans art. 1:94 lid 2 BW) tot uitgangspunt genomen. Voorts heeft het hof terecht onderzocht of toepassing van de bepaling met betrekking tot de Italiaanse onroerende zaken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gelet op de omstandigheid dat op de erfrechtelijke verkrijging van die zaken door de vrouw Italiaans recht van toepassing is, dat op het punt van het huwelijksvermogensrecht anders luidt dan het Nederlandse recht. In dat verband is onder meer van belang of de buitenlandse erflater bedacht kon zijn geweest op de toepasselijkheid van Nederlands huwelijksvermogensrecht en de gevolgen daarvan en of redelijkerwijs moet worden*

*aangenomen dat hij niet heeft gewenst dat die zaken door huwelijk zouden komen te vallen in een gemeenschap van goederen waarin de verkrijger is gehuwd of gaat huwen. Voorts kan van belang zijn of de echtgenoot die voor het huwelijk krachtens erfrecht naar buitenlands recht goederen heeft verkregen, redelijkerwijs in staat is geweest om door het opmaken van huwelijkse voorwaarden te zorgen dat die goederen overeenkomstig de (veronderstelde) wil van de erflater niet door boedelmenging in een huwelijksgemeenschap vallen. Op de echtgenoot die zich op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid beroept, rust de stelplicht en bewijslast van de daartoe redengevende feiten en omstandigheden. De enkele omstandigheid dat het op de erfrechtelijke verkrijging toepasselijke buitenlandse recht niet een algehele gemeenschap van goederen als huwelijksvermogensregime kent of tot uitgangspunt neemt, volstaat in dat verband niet.”*

Hieruit blijkt dat de Hoge Raad enerzijds acht slaat op de mogelijke kennis (“of de buitenlandse erflater bedacht kon zijn geweest op de toepasselijkheid van Nederlands huwelijksvermogensrecht en de gevolgen daarvan”) en de veronderstelde wil van de erflater (“of redelijkerwijs moet worden aangenomen dat hij niet heeft gewenst dat die zaken door huwelijk zouden komen te vallen in een gemeenschap van goederen waarin de verkrijger is gehuwd of gaat huwen”). Anderzijds op het handelen van de verkrijgende echtgenoot (“of de echtgenoot die voor het huwelijk krachtens erfrecht naar buitenlands recht goederen heeft verkregen, redelijkerwijs in staat is geweest om door het opmaken van huwelijkse voorwaarden te zorgen dat die goederen overeenkomstig de (veronderstelde) wil van de erflater niet door boedelmenging in een huwelijksgemeenschap vallen”).

De stelplicht en de bewijslast dat op grond van feiten en omstandigheden een correctie van de hoofdregel van art. 1:94 BW op basis van de redelijkheid en billijkheid nodig is, rust op de verkrijgende echtgenoot. Het enkele feit dat het buitenlandse recht geen algehele gemeenschap van goederen kent is daarvoor ontoereikend.

Naar het oordeel van de Hoge Raad gaf het arrest van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was het toereikend gemotiveerd. De slotsom is dat in dit geval het Italiaanse onroerend goed in de Nederlandse huwelijksgemeenschap valt en bij helfte tussen de echtgenoten gedeeld moet worden.

Recent heeft de rechtbank Rotterdam bij vonnis van 12 mei 2021 geoordeeld over een nalatenschap naar Spaans recht en de wettelijke algehele gemeenschap van goederen naar Nederlands recht ([ECLI:NL:RBROT:2021:6754](#)). De man en de vrouw zijn in 1996 volgens Nederlands recht in de wettelijke algehele gemeenschap gehuwd. De man heeft de Spaanse nationaliteit. Hij heeft tijdens het huwelijk van zijn vader geërfd. De afwikkeling van deze nalatenschap werd door Spaans recht beheerst. Bij de echtscheiding was in geschil of de erfenis behoorde tot de huwelijksgemeenschap. De rechtbank toetst aan de door Hoge Raad genoemde gezichtspunten en komt vervolgens tot het oordeel dat de erfrechtelijke verkrijging tijdens het huwelijk in dit geval niet in de huwelijksgemeenschap valt. Die gezichtspunten zijn:

- of de buitenlandse erflater bedacht kon zijn geweest op de toepasselijkheid van Nederlands huwelijksvermogensrecht en de gevolgen daarvan;



- of redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de buitenlandse erflater niet heeft gewenst dat die zaken door huwelijk zouden komen te vallen in een gemeenschap van goederen waarin de verkrijger is gehuwd of gaat huwen;
- voorts kan van belang zijn of de echtgenoot die vóór het huwelijk krachtens erfrecht naar buitenlands recht goederen heeft verkregen, redelijkerwijs in staat is geweest door het opmaken van huwelijkse voorwaarden te zorgen dat die goederen overeenkomstig de (veronderstelde) wil van de erflater niet door boedelmenging in een huwelijksgemeenschap vallen.

In de procedure was niet gesteld of gebleken dat de man en de vrouw in verband met deze erfrechtelijke verkrijging staande huwelijk hebben overwogen om huwelijkse voorwaarden te maken en dit bewust hebben nagelaten. Dat is een betekenisvol verschil met de zaak die aan de Hoge Raad is voorgelegd. In dat geval was de Italiaanse erfenis verkregen voordat de erfgenaam in het huwelijk trad en de vrouw had met de man gesproken over het maken van huwelijkse voorwaarden in verband met de verkregen erfenis, maar daarvan bewust te hebben afgezien.

De rechtbank overweegt met betrekking tot de eerste twee gezichtspunten ten aanzien van de Spaanse erfenis:

*“De vader van de man had de Spaanse nationaliteit en hij woonde in Spanje toen hij naar Spaans recht trouwde met de Nederlandse moeder van de man. Tussen de ouders van de man was sprake van een gescheiden huwelijksvermogen. De ouders van de man hebben in Nederland gewoond. De ouders van de man zijn in 1990 naar Spaans recht gescheiden en de vader van de man woonde vanaf de scheiding in 1990 weer in Spanje, ook tijdens het opstellen van het testament. De vader van de man werkte tijdens het huwelijk in Nederland als expat voor een Spaanse werkgever, hij was niet ingeburgerd in Nederland en hoefde dat ook niet. Ook blijkt uit het testament dat de vader van de man belang toekende aan het hebben van zijn geslachtsnaam en de Spaanse nationaliteit. De nalatenschap van de vader van de man wordt beheerst door het Spaanse erfrecht. Dat recht kent geen uitsluitingsclausule. Gelet op deze omstandigheden onderbouwt de man voldoende dat zijn vader tijdens het opmaken van zijn testament niet op de hoogte was of redelijkerwijs behoorde te zijn van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht en erfrecht, ook al was hij gehuwd met een vrouw met de Nederlandse nationaliteit met wie hij in Nederland heeft gewoond en geleefd. De rechtbank volgt daarom de stelling van de man dat zijn vader in zijn testament heeft aangegeven wie zijn erfgenamen zijn, met - zoals gebruikelijk in Spanje - uitsluiting van alle anderen.”*

In het onderhavige geval oordeelt de rechtbank daarom dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dat de erfrechtelijke verkrijging van de man in de huwelijksgemeenschap valt.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Zie in deze zin eveneens gerechtshof Den Haag 20 september 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:2884](#). De nalatenschap die de vrouw van haar Spaanse moeder heeft verkregen tijdens het huwelijk valt op basis van de uitspraak van de Hoge Raad van 17 februari 2017 niet in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen. Desgevraagd heeft de man erkend dat hij de gevolgen van zijn huwelijk met haar dochter en in het bijzonder het Nederlandse stelsel van gemeenschap van goederen nooit met zijn schoonmoeder heeft besproken, omdat dat te ingewikkeld was om uit te



Gepoogd is nog om de aandacht te vestigen op een andere invalshoek. Maakt art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW - volgens welke bepaling in een huwelijksgemeenschap niet vallen de goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen - niet een niet-gerechvaardigd onderscheid tussen Nederlandse en niet-Nederlandse erflaters? In de bewuste zaak zijn partijen in gemeenschap van goederen in Moskou gehuwd. Het Nederlandse recht is van toepassing op de huwelijksgemeenschap. De vrouw heeft van haar Russische moeder een recht van erfpacht geërfd. In de echtscheidingsprocedure speelt de vraag of het erfpachtsrecht deel uit maakt van de huwelijksgemeenschap of niet. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch had geoordeeld dat Nederland een uitzonderingspositie innam en dat die positie reden was om met ingang van 1 januari 2018 de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen in te voeren. Daardoor werd meer aangesloten bij de internationaal meer gangbare situatie. Gelet op de ongeoorloofde ongelijke behandeling werd art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW buiten toepassing gelaten.

In cassatie wordt opgekomen tegen het oordeel dat art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW in het licht van art. 14 EVRM een ongeoorloofde ongelijke behandeling meebrengt van Nederlands en Russische erflaters. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 21 december 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2379](https://www.eclii.nl/hr/2018/2379):

*“Het hof heeft een ongeoorloofde ongelijke behandeling aanwezig geacht op de grond dat art. 1:94 lid 2, aanhef en onder a, (oud) BW een buitenlandse erflater feitelijk in een ongunstiger positie brengt dan een Nederlandse erflater, omdat een buitenlandse erflater er veelal niet op bedacht zal zijn dat hetgeen hij aan een erfgenaam nalaat zonder uitsluitingsclausule, naar Nederlands recht ingevolge de regel van art. 1:94 lid 2, aanhef en onder a, (oud) BW in een - bestaande of toekomstige - huwelijksgemeenschap van die erfgenaam valt. Het gaat aldus om het verschil tussen Nederlandse en niet-Nederlandse erflaters wat betreft hun bekendheid met en toegang tot die regel van Nederlands huwelijksvermogensrecht. Dit verschil is terug te voeren op het naast elkaar bestaan van verschillende rechtsstelsels en de noodzaak in een internationaal geval de regels van één van de daarbij betrokken rechtsstelsels toe te passen. Mede in aanmerking genomen hetgeen hierna (...) wordt overwogen, is dit verschil niet van zodanige betekenis dat kan worden gesproken van een ongeoorloofde ongelijke behandeling.”*

Omdat geen sprake is van een ongeoorloofd onderscheid als bedoeld in art. 14 EVRM had het hof die bepaling niet buiten toepassing moeten laten, maar dienen te onderzoeken of toepassing van art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is gelet op de omstandigheid dat op de erfrechtelijke verkrijging door de vrouw Russisch recht van toepassing is, welk recht op het punt van het huwelijksvermogensrecht anders luidt dan het Nederlandse recht. Deze vraag zal aan de

---

leggen. Van belang was dat de vrouw onweersproken heeft gesteld, dat zij ook niet wist dat de erfrechtelijke verkrijging in de huwelijksgemeenschap zou vallen. Vast staat dat de moeder van de vrouw is overleden na het sluiten van het huwelijk van partijen en de vrouw derhalve haar erfgenaam is geworden tijdens het huwelijk van partijen.

hand van de door de Hoge Raad in zijn arrest van 17 februari 2017 geformuleerde gezichtspunten in de verwijzingsprocedure aan de orde moeten komen.

Tot zover de buitenlandse erfenissen. Wat geldt ingeval van buitenlandse schenkingen? Vallen die in de huwelijksgemeenschap?

Het gerechtshof Arnhem moest in zijn arrest van 22 juli 2021, [ECLI:NL:GHARL:2021:7055](#), oordelen over schenkingen naar Belgisch recht die de man tijdens huwelijk had gekregen. De vraag was aan de orde of deze schenkingen betrokken moesten worden bij de afwikkeling van een finaal verrekenbeding alsof er algehele gemeenschap van goederen bestaat. Het hof verwijst naar het arrest van de Hoge Raad uit 2017 en oordeelt dat de schenkingen inderdaad meetellen:

*“Het hof volgt de man niet in zijn stelling dat de twee schenkingen die hij van zijn moeder heeft gehad (€ 50.000,- in januari 2015 en € 87.000,- in februari 2016) vermogen is dat niet onder het te verrekenen vermogen valt. Partijen hebben namelijk in hun huwelijkse voorwaarden expliciet opgenomen dat buiten de verrekening blijft al hetgeen door erfenis of legaat is verkregen. Schenkingen zijn daarvan niet uitgesloten en een schenking valt ook niet onder het begrip erfenis en evenmin onder het begrip legaat. Schenkingen vallen op grond van de huwelijkse voorwaarden dus onder het verrekenbeding. De man stelt wel dat de beide schenkingen naar Belgisch recht zijn geschied en dat in het Belgische recht schenkingen privévermogen zijn ongeacht het huwelijksvermogensregime, maar die enkele constatering kan de man in dit geval niet baten. In dat kader is namelijk van belang dat partijen al heel lang in Nederland wonen en werken, en dat zij in Nederland onder het maken van huwelijksvoorwaarden naar Nederlands recht zijn gehuwd. Onder die omstandigheden hadden de man en de moeder zich bewust moeten zijn en zich op de hoogte moeten stellen van de juridische gevolgen van hun grensoverschrijdend rechtshandelen en vervolgens extra voorzieningen moeten treffen als het hun uitdrukkelijke bedoeling was om de schenkingen van substantiële omvang buiten het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenbeding te doen laten vallen. Het hof verwijst in dit kader naar een uitspraak van de Hoge Raad van 17 februari 2017 ([ECLI:NL:HR:2017:276](#)) waarin de vraag speelde of naar Italiaans recht vererfd onroerend goed in de huwelijksgoederengemeenschap naar Nederlands recht viel.”*

Welke “extra voorzieningen” hadden in dit geval getroffen kunnen worden? Het lijkt niet erg praktisch dat het finaal verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden voorafgaand aan de schenking eerst wordt aangepast, zodat de schenking daarbuiten valt. In dit geval had de moeder (als schenker) en haar zoon (als begiftigde) op eenvoudige wijze een uitsluitingsclausule kunnen overeenkomen. Daarmee zal de buitenlandse schenking tot het eigen vermogen van de betreffende echtgenoot gerekend worden.

### *Insluitingsclausule*

Van de boedelmenging zijn bij de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen uitgesloten de goederen verkregen krachtens erfrecht of gift (art. 1:94 lid 2 onder a BW). De erflater of schenker die wel wenst dat boedelmenging bij de verkrijger plaatsvindt, zal

een zogeheten insluitingsclausule (ook wel gemeenschapsclausule genoemd) moeten maken, zodat hetgeen verkregen wordt wél in de huwelijksgemeenschap valt. Op grond van art. 1:94 lid 3 onder b BW vallen goederen, alsmede de vruchten van die goederen, in de gemeenschap als zulks bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift is bepaald.<sup>46</sup>

De echtgenoot die zich beroept op een insluitingsclausule zal die moeten stellen en bij betwisting zo nodig moeten bewijzen (art. 150 Rv).

De erflater en de schenker kunnen met een dergelijke insluitingsclausule wat de erfrechtelijke verkrijgingen en de giften betreft, de rechtsgevolgen van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen bewerkstelligen. Zij zijn daarbij vrij om daaraan voorwaarden te verbinden, die zij wenselijk achten.<sup>47</sup> Zo kunnen zij bepalen dat het in de huwelijksgemeenschap vallen beperkt is tot bepaalde situaties, bijvoorbeeld als het huwelijk eindigt door overlijden van één van de echtgenoten. Zij kunnen daarbij zowel bepalen dat de erfrechtelijke verkrijging of de gift onder ontbindende voorwaarde tot het eigen vermogen van de erfgenaam of de begiftigde behoort en pas in geval van overlijden in de huwelijksgemeenschap valt, als dat de erfrechtelijke verkrijging of de gift tot de huwelijksgemeenschap behoort en pas in geval van echtscheiding tot het eigen vermogen gaat behoren. De erflater en de schenker kunnen aan het vallen in de huwelijksgemeenschap ook een of meer andere voorwaarden verbinden die facultatief of cumulatief werken. Bij het opnemen van voorwaarden in een in- of uitsluitingsclausule is uitsluitend de verkrijging voorwaardelijk (en niet de huwelijksgemeenschap).<sup>48</sup> Voorwaardelijke verkrijgingen zijn bekende rechtsfiguren in Boek 3 BW (art. 3:38, 3:84 en 3:91 BW) en Boek 4 BW (art. 4:56 en 4:136 BW).

#### *Redactie van de in- of uitsluitingsclausule*

Aan de redactie van een in- of uitsluitingsclausule dient de nodige aandacht besteed te worden. In een aan het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden voorgelegde zaak luidde de uitsluitingsclausule in het testament van erflater als volgt:

*“Tenslotte bepaal ik dat al hetgeen mijn kinderen eventueel uit mijn nalatenschap zullen erven niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen waarin zij ten tijde van mijn overlijden mochten zijn gehuwd (...).”*

De erfgename was ten tijde van het overlijden van erflater niet gehuwd, maar huwde kort daarna zonder dat huwelijkse voorwaarden werden gemaakt. Bij gelegenheid van de echtscheiding stond ter discussie of de erfenis, bestaande uit het restant van de verkoopopbrengst van de woning waarvan ten tijde van de scheiding nog ca. € 54.000 resteerde, in de huwelijksgemeenschap viel. De echtgenote-erfgename meende van niet. De rechtbank en het gerechtshof bij arrest van 10 november 2016,

---

<sup>46</sup> De insluitingsclausule kent niet een met art. 1:94 lid 4 BW overeenkomende bepaling. Dat betekent dat de insluitingsclausule niet prevaleert als de echtgenoten in huwelijkse voorwaarden anders zijn overeengekomen.

<sup>47</sup> Zie ook *Kamerstukken I, 2016-2017, 33 987, C, p. 27.*

<sup>48</sup> Zie ook *Kamerstukken I, 2016-2017, 33 987, C, p. 28.*

[ECLI:NL:GHARL:2016:9010](#), waren van oordeel dat dit bedrag wél tot de huwelijksgemeenschap behoort en dat de helft daarvan aan de echtgenoot toekomt:

*“(...) bij de beoordeling tevens acht moet worden geslagen op de bedoeling die de vader van de vrouw aan de uitsluitingsclausule in zijn testament heeft willen toekennen, dat uit de omstandigheden - anders dan de vrouw stelt - niet kan worden afgeleid dat haar vader niet de bedoeling had dat zijn nalatenschap in de gemeenschap of in enige latere gemeenschap zou vallen (zoals in casu het geval zou zijn), dat de bedoeling van de vader van de vrouw niet inzichtelijk is geworden, dat het daarom voor de hand ligt zo dicht mogelijk bij de tekst van de uitsluitingsclausule te blijven en dat de uitsluitingsclausule in het onderhavige geval toepassing mist, nu partijen ten tijde van het overlijden van de vader van de vrouw nog niet gehuwd waren. Het hof gaat er evenals de rechtbank vanuit dat de vader van de vrouw aan zijn kinderen de keuze en de verantwoordelijkheid heeft gelaten of zijn vermogen na zijn overlijden in enige gemeenschap zou vallen en dat de vader van de vrouw kennelijk bewust hiervoor heeft gekozen, juist omdat dit niet gebruikelijk is.”*

Gebruikelijk is dat de erfenis buiten de huwelijksgemeenschap valt. In dit geval heeft de vader van de vrouw de keuze en de verantwoordelijkheid hoe om te gaan met de erfenis bij zijn dochter neergelegd. Had zij de erfenis bij de huwelijkssluiting buiten de huwelijksgemeenschap willen laten vallen, dan had zij huwelijkse voorwaarden moeten maken. Dat had zij nagelaten.

## **8. Huwelijkse voorwaarden**

### 8.1. Inleiding

Om een reeks van zakelijke redenen worden ter gelegenheid van de huwelijkssluiting of nadien huwelijkse voorwaarden<sup>49</sup> gemaakt. Te noemen zijn:

- a. bescherming van het familievermogen, zodat dit vermogen door de werking van het huwelijksvermogensrecht niet buiten de familie (ook wel de ‘koude kant’ genoemd) terecht komt;
- b. bescherming van de echtgenoten tegen elkaars zaakscrediteuren en het daaraan verbonden risico van verhaal en uitwinning;
- c. beperking van de financiële gevolgen van ontbinding van het huwelijk, in het bijzonder ten gevolge van echtscheiding en overlijden; en
- d. waarborging van de belangen van kinderen uit een eerdere relatie (ook wel de voorkinderen genoemd).

---

<sup>49</sup> Onder huwelijkse voorwaarden worden mede de bij het geregistreerd partnerschap behorende partnerschapsvoorwaarden verstaan.

Met het oog op estate planning zijn huwelijkse voorwaarden van groot belang, aangezien daarmee bereikt kan worden dat vermogen op grond van het huwelijksvermogensrecht van de ene echtgenoot naar de andere echtgenoot kan worden overgeheveld. Een verkrijging krachtens huwelijksvermogensrecht wordt in beginsel niet getroffen door de heffing van erf- of schenkbelasting op grond van de Successiewet. Huwelijkse voorwaarden kunnen ertoe leiden dat bij ontbinding van het huwelijk door overlijden de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot wordt verkleind, en aldus minder erfbelasting wordt verschuldigd.

Gelet op het voorgaande is duidelijk dat bij het aangaan van een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden met diverse belangen rekening kan worden gehouden, en dat deze belangen in de loop der tijd kunnen veranderen. Op de notaris die de akte van huwelijkse voorwaarden passeert, rust de dure plicht om de echtgenoten daarover naar behoren voor te lichten.<sup>50</sup> Onderwerpen die dan aan de orde komen, zijn onder meer de (beperking van de) verhaalbaarheid van schulden, de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten, de (beperking van de) omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen en het gegeven dat een van de echtgenoten – al dan niet in het verband van een B.V. of N.V. – ondernemer is of een zelfstandig beroepsbeoefenaar.

In een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden kunnen regelingen voorkomen aangaande:

- de kosten van de huishouding (§ 2);
- de bestuursregeling (§ 3.8);
- de omvang van de huwelijksgemeenschap (beperkt of ruim, of slechts van enkele goederen) (§ 3);
- staat van aanbrengrsten;
- koude uitsluiting (ofwel uitsluiting van iedere gemeenschap); en

---

<sup>50</sup> Zie ook HR 20 januari 1989, NJ 1989/766 (*Groningse huwelijkse voorwaarden*). In dat geval werd het huwelijksvermogensregime gewijzigd van koude uitsluiting in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, terwijl één van de echtgenoten – nota bene een notaris! – in een benarde financiële situatie verkeerde en de andere daarvan onkundig was. De Hoge Raad overwoog onder meer: *“Onjuist is voorts dat de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y gehouden te achten zich, alvorens de akte tot omzetting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten in een algehele gemeenschap van goederen te verlijden, ervan te vergewissen dat X van de benarde situatie van haar echtgenoot op de hoogte was. Notaris Y toch was met die benarde situatie wèl bekend, en hij wist daardoor dat gerede kans bestond dat het voor X – die, naar hem bekend was, eigen vermogen had – aan die omzetting verbonden risico zich inderdaad zou verwezenlijken. Onder deze omstandigheden had notaris Y aan die omzetting niet mogen meewerken dan na zich – voor zover, in verband met artikel 73d Wet op het Notarisambt, nodig: met toestemming van de echtgenoot van X – ervan te hebben vergewist dat X, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende besepte. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.”* De notaris dient dus ook een zekere rechtsbescherming te bieden door zo nodig te informeren over de gevolgen van de wijziging van de huwelijkse voorwaarden en te waarschuwen voor bepaalde risico's.

- verrekenbedingen.

Ook bepaalde ondersteunende regelingen komen geregeld in huwelijkse voorwaarden voor, zoals:

- regeling betreffende het vergoedingsrecht (art. 1:87 BW) (§ 4);
- regeling van de financiële administratie en informatie;
- bewijsregels; en
- rechtskeuze en forumkeuze.

Papier is geduldig. Als echtgenoten huwelijkse voorwaarden maken, dan dienen ze daar ook naar te handelen. Aan het gedrag van echtgenoten dat niet overeenstemt met de huwelijkse voorwaarden zijn risico's (en soms ook kansen) verbonden. Zo moest de Hoge Raad oordelen over een geval waarbij de echtgenoten staande huwelijk huwelijkse voorwaarden hadden gemaakt met het oog op bescherming tegen de zaakscrediteuren van de man. In de interne verhoudingen veranderde er evenwel niets. De echtgenoten handelden alsof ze geen huwelijkse voorwaarden hadden gemaakt die een scheiding van de goederen inhielden. De Hoge Raad oordeelde dat een krachtens huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dat in de gegeven omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>51</sup> Daarbij verdient volgens de Hoge Raad aantekening dat voor de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen voormalige echtgenoten na ontbinding van het huwelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwelijkse voorwaarden, zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van huwelijkse voorwaarden. Na verwijzing naar een ander gerechtshof moet worden nagegaan of het contraire gedrag van de echtgenoten een afwijking van de huwelijkse voorwaarden met zich bracht op grond van de redelijkheid en billijkheid. Dat kan er in dit geval toe leiden dat de echtgenoten - in afwijking van de huwelijkse voorwaarden - met elkaar moeten afrekenen alsof zij in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd. De verrekengerechtigde echtgenoot krijgt dan een vordering op de (nalatenschap van de) andere echtgenoot. Goederenrechtelijk verandert er tussen de echtgenoten niets. Er ontstaat slechts een verbintenisrechtelijke gemeenschap tussen de echtgenoten. In de externe verhouding van de echtgenoten en derden blijven de huwelijkse voorwaarden onverkort van toepassing. Wijziging van de huwelijkse voorwaarden in die externe verhoudingen kan slechts bij notariële akte (art. 1:115 lid 1 BW).

Het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004 biedt de mogelijkheid dat in geval van ontbinding van een huwelijk door overlijden de langstlevende echtgenoot en de kinderen van de echtgenoten een vaststellingsovereenkomst sluiten, inhoudende dat op grond van het onderling overeenstemmende gedrag van de echtgenoten tijdens het huwelijk, welk

---

<sup>51</sup> HR 18 juni 2004, NJ 2004/399.

gedrag aantoonbaar contrair was aan de huwelijkse voorwaarden, tussen de langstlevende echtgenoot en de erfgenamen wordt afgerekend als waren de echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwd. Indien de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden geen finaal verrekenbeding waren overeengekomen, zou een dergelijke vaststellingsovereenkomst in het kader van de erfbelasting mogelijk uitkomst kunnen bieden.

### *Vormvereisten huwelijkse voorwaarden en huwelijksgoederenregister*

Huwelijkse voorwaarden moeten op straffe van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan (art. 1:115 lid 1 BW). Het is niet vereist om de huwelijkse voorwaarden in te schrijven. Wordt beoogd dat huwelijkse voorwaarden ook tegen derden moeten werken (bijvoorbeeld als koude uitsluiting (ofwel uitsluiting van elke gemeenschap) is overeengekomen ter bescherming van de niet-ondernemende echtgenoot tegen schuldeisers), dan is inschrijving in het openbaar huwelijksgoederenregister vereist. Art. 1:116 lid 1 BW bepaalt namelijk:

*“Bepalingen in huwelijkse voorwaarden kunnen aan derden die daarvan onkundig waren, slechts worden tegengeworpen, indien die bepalingen ingeschreven waren in het openbaar huwelijksgoederenregister, gehouden ter griffie der rechtbank binnen welker rechtsgebied het huwelijk is voltrokken, of, indien het huwelijk buiten Nederland is aangegaan, ter griffie van de rechtbank Den Haag.”*

Gewoonlijk wordt niet de gehele inhoud van de huwelijkse voorwaarden ingeschreven, maar uitsluitend de bepalingen die voor schuldeisers van belang zijn (bijv. de uitsluiting van elke huwelijksgemeenschap).

Het openbaar huwelijksgoederenregister is kosteloos te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).<sup>52</sup> In de zoekmachine moeten de achternamen van de echtgenoten en de datum van huwelijkssluiting ingevoerd worden, waarna een uittreksel uit het register elektronisch kan worden ingezien.

## 8.2. Verrekenbedingen

Afdeling 2 van titel 8 van Boek 1 BW handelt over de verrekenbedingen (art. 1:132 e.v. BW). De wettelijke regeling bevat grotendeels gecodificeerde rechtspraak van de Hoge Raad over verrekenbedingen.

In de basis gaat het om huwelijkse voorwaarden waarin iedere gemeenschap van goederen wordt uitgesloten (koude uitsluiting), maar waaraan een verrekenbeding wordt toegevoegd. Het verrekenbeding kan een periodiek verrekenbeding van inkomsten (en vermogen) zijn en/of een finaal verrekenbeding van vermogen waarbij aan het einde van de rit (bij echtscheiding of overlijden) finaal wordt afgerekend door de echtgenoten alsof men gehuwd is in de wettelijke gemeenschap. Men zegt wel dat het finaal verrekenbeding

---

<sup>52</sup> Nadere uitvoeringsregels van het openbaar huwelijksgoederenregister zijn geregeld in het Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 (vgl. art. 1:116 lid 2 BW), *Staatsblad* 1969, 525. Art. 1:116 lid 3 BW bevat de grondslag voor het landelijk en elektronisch te raadplegen huwelijksgoederenregister.

als een soort van vangnet fungeert in die gevallen waarin een periodiek verrekenbeding niet is nageleefd.

De wettelijke regeling van de verrekenbedingen (afdeling 1.8.2 BW) bestaat uit drie paragrafen:

- Paragraaf 1: Algemene regels voor verrekenbedingen (art. 1:132 e.v. BW);
- Paragraaf 2: Periodieke verrekenbedingen (art. 1:141 BW);
- Paragraaf 3: Finale verrekenbedingen (art. 1:142 e.v. BW).

#### *Basisregels voor verrekenbedingen*

De algemene regels voor verrekenbedingen zijn van toepassing op huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of vermogen (art. 1:132 lid 1 BW). De wettelijke regeling van verrekenbedingen is in beginsel van *regelend recht* (art. 1:132 lid 2 BW). Echtgenoten kunnen – behoudens de toepasselijkheid van dwingend recht – in hun huwelijkse voorwaarden uitdrukkelijk of door de aard van de bedingen afwijken van afdeling 1.8.2 BW. Van *dwingend recht* zijn bijvoorbeeld:

- de jaarlijkse opgave van de te verrekenen inkomsten en het te verrekenen vermogen (art. 1:138 lid 2 BW);
- de opheffing van de wederzijdse verrekenverplichting en betaling van schadevergoeding wanneer de andere echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, zijn goederen verspilt of weigert de jaarlijkse opgave van art. 1:138 lid 2 BW te verstrekken (art. 1:139 BW);
- de betalingsregeling ten behoeve van de verrekeningsplichtige echtgenoot (art. 1:140 BW);
- de verjaringstermijn van de periodieke verrekeningsvordering (art. 1:141 lid 6 BW); en
- de beschrijving van het te verrekenen vermogen (art. 1:143 BW).

Het voorgaande heeft tot gevolg dat – behoudens enige bepalingen van dwingend recht – de echtgenoten een grote mate van contractsvrijheid hebben om de inhoud van een verrekenbeding in hun huwelijkse voorwaarden te bepalen. Zo kunnen zij afspraken met elkaar maken over: (i) de omvang van de te verrekenen waarde (inkomsten en/of vermogen en verteringen), (ii) de daarvoor te hanteren waarderingsmaatstaf en (iii) de tijdstippen en voorwaarden waaronder verrekening van inkomsten en/of vermogen plaatsvindt.



### *Uitleg van huwelijkse voorwaarden*

De verrekening ziet in de regel op inkomsten en vermogen. Het wordt aan de echtgenoten – of in dit verband: de contractspartijen – overgelaten om te bepalen wat zij in de verrekening wensen te betrekken. Het is aan de (aanstaande) echtgenoten en de notaris om de begrippen ‘inkomsten’ en ‘vermogen’ nauwkeurig te omschrijven in de huwelijkse voorwaarden. Door middel van uitleg van de huwelijkse voorwaarden zal vastgesteld moeten worden wat de echtgenoten daaronder verstaan. De rechter moet dan in het concrete geval de omvang van de verrekening vaststellen aan de hand van het zogeheten Haviltex-criterium.<sup>53</sup> In zijn arrest van 28 november 2003, NJ 2004/116 oordeelde de Hoge Raad dat onjuist is dat de bedoeling van partijen eerst aan de orde komt als de tekst van de huwelijkse voorwaarden reden tot twijfel over de uitleg ervan geeft. Ook bij huwelijkse voorwaarden komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (het Haviltex-criterium). Bij de uitleg van de huwelijkse voorwaarden is de tekst het vertrekpunt voor de toetsing aan het vertrouwen van de echtgenoten over en weer. Als de tekst van de huwelijkse voorwaarden volgens een zuiver taalkundige uitleg duidelijk is, kan het toch zo zijn dat partijen iets anders hebben bedoeld dan uit die taalkundige uitleg lijkt te volgen. Een considerans in de huwelijkse voorwaarden kan nuttig zijn bij de uitleg van een verrekenbeding. Is door de echtgenoten en de notaris afdoende aandacht besteed aan de tekst van een verrekenbeding, dan zal minder snel de behoefte ontstaan om een toevlucht te moeten zoeken naar uitleg als middel om de gemeenschappelijke partijbedoeling te achterhalen.

### *Verrekening is wederkerig*

Tot de algemene regels behoren enkele basisregels voor verrekenbedingen. Als één van die regels geldt dat de verplichting tot verrekening van inkomsten of van vermogen *wederkerig* is (art. 1:133 lid 1 BW).

### *Te verrekenen inkomsten en vermogen*

De verplichting tot verrekening heeft uitsluitend betrekking op inkomsten die of op vermogen dat de echtgenoten tijdens het bestaan van die verrekenverplichting hebben verkregen (art. 1:133 lid 2 BW). De wet bepaalt niets over de periodiciteit van de periodieke verrekening. Daar zullen de echtgenoten zelf afspraken over moeten maken. Gewoonlijk wordt overeengekomen dat per kalenderjaar tussen de echtgenoten wordt verrekend, maar een ander tijdvak is ook mogelijk.

Opgemerkt moet worden dat de begrippen ‘inkomsten’ en ‘vermogen’ met elkaar samenhangen. Met inkomsten wordt veelal bedoeld op inkomsten uit arbeid (en daaraan gelijk te stellen inkomstenvervangende uitkeringen, zoals pensioen en sociale uitkeringen). Zodra inkomsten zijn ontvangen (en niet worden uitgegeven), kunnen deze aangemerkt worden als vermogen.

---

<sup>53</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

Buiten de verrekening van inkomsten en vermogen vallen bepaalde vermogensbestanddelen, zoals:

- het vermogen dat krachtens erfopvolging bij versterf, making (erfstelling en legaat), lastbevoordeling of gift wordt verkregen (art. 1:133 lid 2 BW);
- de vruchten van de aldus verkregen goederen en hetgeen voor het vermogen of de vruchten in de plaats is getreden (art. 1:133 lid 2 BW);
- hetgeen erfrechtelijk wordt verkregen uit hoofde van de andere wettelijke rechten, de legitieme portie en quasi-legaten (art. 1:133 lid 2 BW);
- hetgeen voor een van de hiervoor genoemde vermogensbestanddelen die buiten de verrekening vallen in de plaats komt.

Hiervoor is gesteld dat buiten het te verrekenen vermogen giften en erfrechtelijke verkrijgingen vallen.<sup>54</sup> Bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift kan worden bepaald dat geen verrekening van dat vermogen of van de vruchten daarvan plaatsvindt, indien verrekening daarvan ingevolge huwelijkse voorwaarden zou behoren plaats te vinden (art. 1:134 BW). Op deze wijze kunnen de schenker en de erflater voorkomen dat goederen die buiten de huwelijksgemeenschap dienen te blijven, alsnog door een afspraak tussen de echtgenoten in een verrekenbeding worden betrokken. De wil van de erflater of de schenker prevaleert boven de huwelijkse voorwaarden.

#### *Bewijsregel, opgaveplicht en sanctie*

Verrekenen zal veelal een koud kunstje zijn als alle (financiële) gegevens op tafel liggen. In de praktijk wordt het nog wel eens als een kunst of sport gezien om bepaalde inkomens- en vermogensbestanddelen aan het zicht van de andere echtgenoot te onttrekken. De wetgever schiet de in dit opzicht op achterstand staande echtgenoot op verschillende manieren te hulp. Een belangrijk hulpmiddel is vooreerst de bewijsregel van art. 1:136 lid 2 BW:

*“Bestaat tussen de echtgenoten een geschil omtrent de vraag of een goed tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend en kan geen van beiden bewijzen dat het goed tot het niet te verrekenen vermogen wordt gerekend, dan wordt dat goed aangemerkt als te rekenen tot het te verrekenen vermogen.”*

Deze bewijsregel houdt een wettelijk vermoeden in dat in geval van twijfel omtrent de verrekenbaarheid voor verrekening wordt gekozen.

Een ander hulpmiddel is de dwingendrechtelijke, jaarlijkse opgaveplicht van art. 1:138 lid 2 BW, die – nota bene – ook voor het finaal verrekenbeding geldt:

---

<sup>54</sup> Gedoeld wordt dan op verkrijgingen krachtens erfopvolging bij versterf, making (erfstelling (art. 4:115 BW) en legaat (art. 4:117 BW)) en lastbevoordeling (art. 4:130 BW).

*“De ene echtgenoot kan jaarlijks van de andere echtgenoot een gespecificeerde schriftelijke en ondertekende opgave verzoeken van de te verrekenen inkomsten en van het te verrekenen vermogen.”*

Geschillen tussen de echtgenoten over deze opgave worden op verzoek van een van hen beslist door de rechtbank (art. 1:138 lid 3 BW).

De reikwijdte van de strijd tussen de echtgenoten probeert de wetgever wel in te perken (art. 1:138 lid 1 BW). Zo is de ene echtgenoot aan de andere geen verantwoording schuldig over het bestuur van zijn goederen en slecht bestuur over die goederen verplicht niet tot schadevergoeding.

Een laatste hulpmiddel van de wetgever om de echtgenoten te stimuleren tot enige *fairness* is gelegen in de privaatrechtelijke sanctie van art. 1:135 lid 3 BW:

*“Een echtgenoot die opzettelijk een tot het te verrekenen vermogen behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt waardoor de waarde daarvan niet in de verrekening is betrokken, dient de waarde daarvan niet te verrekenen, maar geheel aan de andere echtgenoot te vergoeden.”*

Deze regel sluit aan bij art. 3:194 lid 2 BW, die voor de gemeenschap (en dus ook voor de onverdeelde nalatenschap) geldt.

#### *Belegging (met geleend geld) van verrekenbaar vermogen*

Zolang nog niet aan de verrekenplicht is voldaan, kunnen met het te verrekenen vermogen investeringen worden gedaan. Een belangrijke vraag is dan of de voordelen die met deze investeringen worden behaald ook tot het te verrekenen vermogen behoren. Stel dat het te verrekenen vermogen wordt aangewend voor de aanschaf van een bepaald goed. Daarover bepaalt art. 1:136 lid 1 eerste zin BW:

*“Indien een goed onder aanwending van het te verrekenen vermogen is verkregen, wordt het verkregen goed tot het te verrekenen vermogen gerekend voor het aandeel dat overeenkomt met het bij de verkrijging uit het te verrekenen vermogen aangewende gedeelte van de tegenprestatie gedeeld door de totale tegenprestatie.”*

De verrekeningsgerechtigde echtgenoot krijgt aldus een economisch belang bij het door de andere echtgenoot verkregen goed. Betekent dit dat zowel de positieve als de negatieve waardeontwikkeling in de verrekening betrokken dient te worden? Indien de verrekeningsgerechtigde echtgenoot met de belegging heeft ingestemd, lijkt dat zeker verdedigbaar. De verrekening vindt dan *for better or worse* plaats. Hierover kan anders gedacht worden als de verrekeningsplichtige echtgenoot met de nakoming van de plicht tot verrekening in gebreke is. Het past dan niet bij de strekking van het verrekenbeding om een negatief resultaat ten laste te brengen van de verrekeningsgerechtigde echtgenoot.

In optima forma speelt deze problematiek rondom de echtelijke woning en de daarvoor aangetrokken hypothecaire financiering. In de loop der tijd vinden gewoonlijk renovaties en verbouwingen aan de woning en aflossingen op de financiering plaats. Bij

een echtscheiding moet dan achteraf de rekening worden opgemaakt en moet vastgesteld worden of de uitgaven geschied zijn met voor verrekening vatbaar inkomen en vermogen, zodat de beleggingsgedachte van art. 1:136 lid 1 BW toepassing moet vinden.

Heeft de verkrijging van het goed door een van de echtgenoten plaatsgevonden met (een deel) vreemd vermogen (bijvoorbeeld een opgenomen financiering), dan wordt het voorgaande niet anders. Het geleende geld wordt door deze echtgenoot dan geïnvesteerd in het betreffende goed en ook dat is een belegging met zijn eigen geld. De financieringsschuld zal echter wel op enig moment afgelost moeten worden. Wat geldt dan als aflossing van die schuld plaats vindt met verrekenbaar vermogen? Art. 1:136 lid 1 tweede zin BW bepaalt daarover:

*“Indien een echtgenoot in verband met de verwerving van een goed een schuld is aangegaan, wordt het goed op de voet van de eerste volzin tot het te verrekenen vermogen gerekend voor zover de schuld daartoe wordt gerekend of daaruit is afgelost of betaald.”*

Hieruit volgt dat het aflossen van een schuld met verrekenbaar vermogen als een investering door de verrekeningsgerechtigde echtgenoot in het met het geleende geld gefinancierde goed wordt aangemerkt.

#### *Voorbeeld*

Stel dat echtgenoten X en Y gehuwd zijn onder huwelijkse voorwaarden met een periodiek verrekenbeding wat betreft de inkomsten uit arbeid. X heeft € 200.000 geleend en daarmee aandelen DSM N.V. gekocht. Met zijn inkomsten uit arbeid lost X € 100.000 van de schuld af. Dat heeft tot gevolg dat de helft van de aandelen geacht worden gefinancierd te zijn met verrekenbaar vermogen. Vervolgens vindt een echtscheiding plaats. De aandelen DSM zijn dan € 400.000 waard. Als gezegd, de helft daarvan (€ 200.000) behoort tot het verrekenbaar vermogen (art. 1:136 lid 1 tweede zin BW). X en Y delen deze waarde bij helfte (art. 1:135 lid 1 BW).

Hoe dienen de woorden *“voor zover de schuld daartoe wordt gerekend”* in art. 1:136 lid 1 tweede zin BW verstaan te worden? Een schuld wordt niet reeds tot het te verrekenen vermogen gerekend indien de rente over die schuld ten laste van het te verrekenen vermogen wordt gebracht. De te betalen financieringsrente behoort namelijk tot de kosten van de huishouding (art. 1:84 BW). Slechts als de voldoening van (een deel van) de hoofdsom van de schuld als zodanig in een verrekening wordt betrokken, behoort deze tot het te verrekenen vermogen.

#### *Voorbeeld*

Stel dat de echtelijke woning die toebehoort aan X met een aflossingsvrije hypotheek is gefinancierd. Het enkele feit dat de hypotheekrente ten laste van de verrekenbare inkomsten uit arbeid komt, impliceert niet dat de woning tot het te verrekenen vermogen behoort voor zover het met het geleende geld is gefinancierd. De waardevermindering van de woning komt dan ook alleen X ten goede. De te betalen rentelast behoort tot de kosten van

de huishouding. Slechts voor zover op de financiering wordt afgelost met verrekenbaar vermogen ontstaat een economisch belang voor de andere echtgenoot.

### *Verrekening bij helfte; betaling*

De verrekening van inkomsten en vermogen geschiedt bij helfte (art. 1:135 lid 1 BW). Dat spreekt uiteraard voor zich.

Om de verrekening hanteerbaar(der) te maken, zijn diverse bepalingen van Boek 3 BW en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 1:135 lid 2 BW). Deze materiële en formele regels zien op de verdeling van een gemeenschap. Hoewel de vordering tot verdeling van een gemeenschap een dagvaardingsprocedure is, zal de afwikkeling van een verrekenbeding in het kader van een echtscheidingsprocedure als nevenvoorziening in het echtscheidingsverzoek kunnen worden meegenomen (art. 827 lid 1 onder b Rv).

Verrekening geschiedt in geld (art. 1:137 lid 1 BW). Indien de verrekening in geld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, kan voldoening door middel van inbetalinggeving van goederen plaatsvinden.

Indien op grond van een verrekenbeding over en weer opeisbare vorderingen ontstaan, worden beide vorderingen van rechtswege met elkaar verrekend tot aan hun gemeenschappelijk beloop (art. 1:137 lid 2 BW).

Een verrekenvordering is in beginsel direct opeisbaar, ook al staat de omvang daarvan nog niet precies vast. Nadat de verrekenplichtige echtgenoot in gebreke is gesteld, is deze echtgenoot de wettelijke rente over de achterstallige verrekenvordering verschuldigd.

Het is mogelijk dat de rechter op verzoek van de verrekenplichtige echtgenoot wegens "gewichtige redenen" een betalingsregeling treft (art. 1:140 lid 1 BW). Die betalingsregeling kan inhouden dat "een verschuldigde geldsom, al dan niet vermeerderd met een in de beschikking te bepalen rente, in termijnen of eerst na verloop van zekere tijd, hetzij ineens, hetzij in termijnen behoeft te worden voldaan". De rechter let hierbij op de belangen van beide partijen. De rechter kan de verrekenplichtige echtgenoot een verplichting tot zekerheidstelling opleggen. Ook de erfgenamen van de verrekenplichtige echtgenoot kunnen een dergelijk verzoek tot het treffen van een betalingsregeling doen (art. 1:140 lid 2 BW). De regeling van art. 1:140 BW is van dwingend recht, zodat daarvan niet kan worden afgeweken (art. 1:140 lid 3 BW). Vergelijkbare betalingsregelingen kennen we in het erfrecht (art. 4:5 BW) en bij de wettelijke regeling van de verdeling van de gemeenschap (art. 3:185 BW).

### *Modaliteiten van verrekenbedingen*

Verrekenbedingen kunnen behalve periodiek en finaal ook wederkerig of eenzijdig en facultatief of verplicht zijn. Er zijn bij periodieke en finale verrekenbedingen dus vier combinaties mogelijk. Deze combinaties komen in de praktijk bij periodieke verrekenbedingen nauwelijks voor.

Een finaal verrekenbeding is *wederkerig* als het beding werkt bij ontbinding van het huwelijk, bijvoorbeeld ten gevolge van overlijden van de eerststervende echtgenoot, ongeacht wie dat is. De wet gaat uit van een wederkerig verrekenbeding (art. 1:133 lid 1 BW), maar dat is van regeland recht (art. 1:132 lid 2 BW). *Eenzijdig* is het beding als het alleen werkt als de in de huwelijkse voorwaarden met name genoemde echtgenoot als eerste overlijdt. Vanwege de fiscale gevolgen op het terrein van de erf- en schenkbelasting komen deze eenzijdige bedingen nauwelijks voor.

Een finaal beding is *facultatief* als het de langstlevende echtgenoot of de in de huwelijkse voorwaarden met name genoemde echtgenoot het recht geeft om verrekening te vorderen. *Verplicht* is het beding indien moet worden verrekend en de langstlevende echtgenoot of de met name in de huwelijkse voorwaarden genoemde echtgenoot geen keuze heeft.

### 8.3. Periodiek verrekenbeding

Het periodiek verrekenbeding is ontstaan als reactie op de koude uitsluiting, de uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap. Het draait bij een periodiek verrekenbeding om de begrippen 'inkomsten' of 'inkomsten uit arbeid' en 'vertering'. Het beding leidt tot periodieke verrekening van onverteerde inkomsten. Het periodieke verrekenbeding leidt aldus tot het ontstaan van een geldvordering van de verrekeningsgerechtigde echtgenoot op de verrekeningsplichtige echtgenoot.

Het periodiek verrekenbeding moet ook daadwerkelijk periodiek - bijvoorbeeld eenmaal per jaar - uitgevoerd worden. Aangezien het erbarmelijk gesteld is met de naleving van het verrekenbeding in de praktijk, fungeert een aanvullend tussen de echtgenoten overeengekomen finaal verrekenbeding veelal als vangnet. Over het periodiek verrekenbeding bestaat veel rechtspraak.

Aan periodieke verrekening zijn diverse financiële en emancipatoire voordelen verbonden:

- a. de echtgenoot die geen of weinig inkomsten geniet, kan in gelijke mate meedelen in de vermogensgroei die het gevolg is van de inkomsten die door de andere echtgenoot zijn verworven en die onverteerd zijn gebleven;
- b. het verrekenbeding maakt aldus vermogensoverheveling mogelijk van de ene naar de andere echtgenoot, zonder dat van schenking kan worden gesproken;
- c. de vermogensoverheveling naar de andere echtgenoot als gevolg van het verrekenbeding biedt bescherming tegen een financiële calamiteit of verhaal door schuldeisers aan de zijde van de inkomensgenieter; en
- d. uitvoering van het verrekenbeding brengt geld of goederen onder het (zelfstandige) bestuur van de verrekeningsgerechtigde echtgenoot.

De verplichting tot verrekening eindigt op onder meer het tijdstip van overlijden (art. 1:141 lid 2 BW j° art. 1:142 lid 1 onder a BW) of het tijdstip waarop een verzoek tot echtscheiding wordt ingediend (art. 1:141 lid 2 BW j° art. 1:142 lid 1 onder b BW).

### *Inkomsten*

De huwelijkse voorwaarden zullen duidelijkheid moeten verschaffen over de reikwijdte van de verrekening van onverteerde inkomsten (ook wel overgespaarde inkomsten genoemd). Wat zijn inkomsten in dit verband? Wat moet in de gegeven omstandigheden verstaan worden onder vertering? Het blijkt dat bepalingen in huwelijkse voorwaarden algemeen geredigeerd worden, zodat deze steeds uitleg behoeven. Ook arresten van de Hoge Raad zullen daarbij behulpzaam kunnen zijn. Zo wordt het betalen van hypotheekrente volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad aangemerkt als het betalen van de kosten van de huishouding (art. 1:84 BW), zodat er geen sprake is van een voor verrekening vatbare belegging van onverteerd inkomen.<sup>55</sup>

Bij de toepassing van een periodiek verrekenbeding is het van belang steeds voor ogen te houden waartoe het beding strekt. De Hoge Raad<sup>56</sup> heeft dit doel als volgt verwoord:

*“Zowel uit de tekst van de art. 1:136 lid 1 en 141 lid 1 en 3 BW, als uit de hiervoor (...) weergegeven ratio van deze bepalingen, vloeit voort dat bij het einde van het huwelijk aanwezig vermogen dat is gevormd uit door de echtgenoten tijdens het huwelijk overgespaard inkomen, dient te worden verrekend, ongeacht aan wie van de echtgenoten dat vermogen toebehoort en uit wiens overgespaarde inkomen dat vermogen is gevormd. De achterliggende gedachte is immers dat ieder van de echtgenoten na verrekening van hetgeen door hen tezamen is bespaard, zijn of haar aandeel daarin kan gebruiken voor de vorming en vermeerdering van het eigen vermogen. Hiermee strookt dat bij de finale afrekening na het eindigen van het huwelijk de echtgenoot die zijn of haar overgespaarde inkomsten heeft geïnvesteerd in (de financiering van) een aan de andere echtgenoot toebehorend goed, naar de in art. 1:136 lid 1 BW vermelde maatstaf meedeelt in de eventuele waardestijging die het goed gedurende het huwelijk heeft ondergaan.”*

### *Vervalbeding*

Soms wordt aan een periodiek verrekenbeding een vervalbeding verbonden. Na het verstrijken van een bepaalde termijn kan dan geen verrekening meer gevorderd worden of de verrekenplicht vervalt zelfs. Het vervalbeding oogt niet sympathiek. Het geeft de verrekeningsplichtige echtgenoot de gelegenheid om het periodiek verrekenbeding zinledig te maken of deze kwestie op de spits te drijven door te weigeren te verrekenen. Het verrekenstelsel wordt daardoor uitgekleeft en verwordt tot een stelsel van koude uitsluiting. Ook de Hoge Raad meent in zijn arrest van 19 januari 1996, NJ 1996/617 (*Rensing-Polak*) dat het vervalbeding – hoewel het *an sich* niet in strijd is met dwingend recht – een kritische beoordeling vergt. De Hoge Raad oordeelde:

---

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld HR 10 juli 2009, NJ 2009/377.

<sup>56</sup> HR 10 juli 2009, NJ 2009/377.

*“dat een beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht in een geval waarin een van de gewezen echtgenoten na hun echtscheiding verrekening vordert van de in het verleden overgespaarde inkomsten, tenzij blijkt van, door de echtgenoot die zich op het vervalbeding beroept te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen.”*

Een beroep op het vervalbeding is daarmee in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Aan dat oordeel van de Hoge Raad zal hebben bijgedragen dat partijen zich veelal niet bewust zullen zijn van de consequenties van een vervalbeding, en dat zij als gevolg daarvan ook jaarlijkse verrekening achterwege zullen laten. Een andere invalshoek is dat een echtgenoot zich wel tweemaal zal bedenken alvorens een rechtsvordering tot verrekening tegen de andere echtgenoot in te stellen. Dat is welhaast een daad van agressie in een relatie. Het is daarom aan de verrekenplichtige echtgenoot feiten en omstandigheden aan te tonen die een beroep op het vervalbeding rechtvaardigen.

#### *Niet nagekomen periodiek verrekenbeding*

De wetgever houdt op verschillende manieren rekening met de realiteit dat periodieke verrekenbedingen meer niet dan wel worden nageleefd.

In de *eerste plaats* komt de wetgever de verrekeningsgerechtigde echtgenoot in art. 1:141 lid 1 BW tegemoet met de beleggingsleer:

*“Indien een verrekenplicht betrekking heeft op een in de huwelijkse voorwaarden omschreven tijdvak van het huwelijk en over dat tijdvak niet is afgerekend, blijft de verplichting tot verrekening over dat tijdstip in stand en strekt deze zich uit over het saldo, ontstaan door belegging en herbelegging van hetgeen niet verrekend is, alsmede over de vruchten daarvan.”*

Het zal er dan steeds om gaan of een belegging of herbelegging geschiedde met fondsen afkomstig uit *“hetgeen niet verrekend is”* of de vruchten daarvan. Die belangrijke vraag kan mogelijk op eenvoudige wijze beantwoord worden met behulp van het wettelijke bewijsvermoeden van art. 1:141 lid 3 BW (zie hierna).

Een vraag is of onder het begrip ‘saldo’ in art. 1:141 lid 1 BW ook een negatief saldo is begrepen. Zijn de niet-verrekende inkomsten belegd in een goed dat minder waard is geworden, dan komt dit beleggingsverlies voor rekening van beide echtgenoten. Volgens art. 1:141 lid 1 BW moet immers *“het saldo”* van de (her)belegging verrekend worden. Een verrekenvordering kan evenwel niet negatief zijn. In zoverre hoeft een echtgenoot niet bij te dragen in het beleggingsverlies van de ander.

#### *Voorbeeld*

Stel dat man bij overlijden op zijn bankrekening € 100.000 aan niet-verrekende inkomsten heeft staan. De vrouw had aanvankelijk ook € 100.000 aan overgespaarde inkomsten, maar zij heeft deze in effecten belegd die uiteindelijk nog maar € 60.000 waard zijn. Art. 1:141 lid



1 BW betreft in totaal € 160.000 in de verrekening. De vrouw heeft een verrekenvordering op de man van € 20.000 ((€ 160.000 : 2) min € 60.000)).

In de *tweede plaats* kan de bewijsregel van art. 1:141 lid 3 BW in de vorm van een wettelijk bewijsvermoeden als een tegemoetkoming van de wetgever aan de verrekeningsgerechtigde echtgenoot worden aangemerkt:

*“Indien bij het einde van het huwelijk aan een bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenplicht als bedoeld in het eerste lid niet is voldaan, wordt het alsdan aanwezige vermogen vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit.”*

In zijn arrest van 3 februari 2017, [ECLI:NL:HR:2017:161](#), heeft de Hoge Raad verduidelijkt hoe aan het bewijsvermoeden van art. 1:141 lid 3 BW toepassing moet worden gegeven.

*“Zoals het hof (...) heeft onderkend, bepaalt art. 1:141 lid 3 BW dat indien bij het einde van het huwelijk aan een bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen periodieke verrekenplicht als bedoeld in art. 1:141 lid 1 BW niet is voldaan, het alsdan aanwezige vermogen wordt vermoed te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit. Voorts dient tot uitgangspunt dat de man in het kader van de subsidiaire grondslag van zijn vordering een beroep heeft gedaan op het bewijsvermoeden van art. 1:141 lid 3 BW (...), geen van partijen zich heeft beroepen op de daarin vervatte uitzondering en het hof niet heeft overwogen aanleiding te zien voor toepassing van die uitzondering. Bij die stand van zaken was het aan de vrouw om te stellen en, zo nodig, aannemelijk te maken dat de waarde van de woning op de peildatum niet is gevormd uit hetgeen op de voet van art. 8 van de huwelijkse voorwaarden verrekend had moeten worden. Daarmee strookt niet de beslissing van het hof (...) dat de man onvoldoende heeft gesteld om te kunnen concluderen dat de verbouwingen van de woning van de vrouw zijn gefinancierd met overgespaard inkomen.”*

Het hof had in dit geval een verkeerde toepassing gegeven aan het bewijsvermoeden. De echtgenoot die het bewijsvermoeden krijgt tegengeworpen, zal niet alleen moeten stellen dat het bewijsvermoeden niet van toepassing is, maar ook aannemelijk moeten maken dat het aanwezige vermogen niet is gevormd uit onverteerde en niet-gedeelde inkomsten.

In aanvulling hierop bepaalt art. 1:141 lid 3 BW aan het slot dat art. 1:143 BW van overeenkomstige toepassing is. Dat betekent dat ook bij een periodiek verrekenbeding aanspraak gemaakt kan worden op een jaarlijkse opgave van het te verrekenen vermogen van de andere echtgenoot.

## Voorbeelden

De man en de vrouw hebben hun periodiek verrekenbeding niet uitgevoerd. De man heeft een vakantiewoning geërfd. Erflater heeft door een uitsluitingsclausule verrekening uitgesloten. Toont de man na echtscheiding zijn erfrechtelijke verkrijgingstitel aan, dan blijft de woning buiten de verrekening. Zou erflater geen uitsluitingsclausule hebben opgenomen, dan zou in beginsel hetzelfde gelden. Als hoofdregel sluit art. 1:133 lid 2 BW geërfd vermogen namelijk uit van verrekening en bovendien zal het gemiddelde inkomstenbegrip niet zien op verkrijgingen krachtens erfrecht.

De vrouw heeft ten huwelijk een boot aangebracht, die zij tijdens huwelijk heeft geruild voor een stacaravan. Toont zij deze aanbrengst en ruil aan, dan blijft de stacaravan buiten de verrekening. Art. 1:133 lid 2 BW sluit ook aanbrengsten als regel uit van verrekening. Zou de vrouw verkrijging van de stacaravan voor de helft met de ruil en voor de andere helft met te verrekenen inkomsten hebben gefinancierd, dan zou de stacaravan voor de helft tot het te verrekenen vermogen behoren (art. 1:136 lid 1 BW). Kan zij de aanbrengst en de ruil niet aantonen, dan vermoedt de wet dat de stacaravan geheel tot het te verrekenen vermogen behoort (art. 1:136 lid 2 BW).

In de *derde plaats* ten slotte bestaat een wettelijke regeling voor de verjaring van de vordering tot verrekening. Deze vordering verjaart niet eerder dan drie jaren na de beëindiging van het huwelijk dan wel het onherroepelijk worden van de beschikking tot scheiding van tafel en bed (art. 1:141 lid 6 BW). Deze termijn kan niet worden verkort.

## *Periodiek verrekenbeding en de grootaandeelhouder*

Ingeval een van de echtgenoten bestuurder en grootaandeelhouder van een B.V. is, heeft hij het binnen de vennootschap voor het zeggen. Hij is in staat zijn eigen salaris, tantième en eventueel andere arbeidsvoorwaarden vast te stellen. Hij kan zijn salaris tot een minimum beperken, terwijl ten gevolge van winsthoudingen de aandelen in de B.V. meer waard worden. Het is dan de vraag in hoeverre en op welke wijze de (gereserveerde) winsten van de B.V. in de verrekening kunnen worden betrokken.

Art. 1:141 lid 4 BW bevat hiervoor een bijzondere regel:

*“Indien een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, en een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat, worden de niet uitgekeerde winsten uit zodanige onderneming, voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd, eveneens in aanmerking genomen bij de vaststelling van de verrekenplicht van die echtgenoot, onverminderd het eerste lid.”*

Deze regel geldt niet alleen indien de onderneming door een rechtspersoon (B.V. of N.V.) of een personenvennootschap (VOF of CV) wordt gedreven, maar ook bij de eenmanszaak (art. 1:141 lid 5 BW).

De woorden “onverminderd het eerste lid” aan het slot van art. 1:141 lid 4 BW zien op het volgende. Voor zover de onderneming zelf een belegging is van niet-verrekenende inkomsten, is de onderneming als zodanig verrekenbaar op grond van art. 1:141 lid 1 BW, zodat aan het bepaalde in lid 4 of lid 5 geen behoefte meer bestaat.

#### *Voorbeeld*

De man, directeur-groootaandeelhouder, heeft zijn aandelen in zijn B.V. volgestort met niet-verrekenende inkomsten. De aandelen als zodanig zijn als belegging vatbaar voor verrekening (art. 1:141 lid 1 BW) en er is geen behoefte om door de B.V. heen te kijken als bedoeld in art. 1:141 lid 4 BW. De waardestijging van de aandelen sinds de volstorting is voornamelijk toe te schrijven aan de arbeidsinspanningen van de man. Toch doet dit niet af aan toepassing van art. 1:141 lid 1 BW en het bewijsvermoeden van art. 1:141 lid 3 BW. Er is geen aanleiding om een gedeelte van de waarde van de aandelen buiten de verrekening te laten. De beleggingsgedachte prevaleert volgens de Hoge Raad in zo’n geval (HR 8 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BV9605](#), NJ 2012/365).

Wordt wel aan het bepaalde in art. 1:141 lid 4 of lid 5 BW toegekomen, dan zal bijzondere aandacht uitgaan naar de volgende drie elementen:

- of een verrekenbeding ook ondernemingswinsten omvat;
- of de echtgenoot-ondernemer in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten hem ten goede komen; en
- wat wordt in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd?

#### *Omvat het verrekenbeding ondernemingswinsten?*

Of het verrekenbeding ook ondernemingswinsten omvat, hangt af van het door de echtgenoten gekozen inkomstenbegrip in de huwelijkse voorwaarden en de eventuele uitleg daarvan. Onder inkomsten en zelfs onder inkomsten uit arbeid kan men in beginsel ondernemingswinsten begrijpen. Echtgenoten kunnen vragen van uitleg voorkomen door de ondernemingswinsten expliciet van de verrekening uit te sluiten of daarin te betrekken.

*Is de echtgenoot-ondernemer in overwegende mate bij machte te bepalen dat de winsten hem ten goede komen?*

Voor de overwegende zeggenschap die de wet vereist, is de feitelijke machtsverhouding van groot belang.<sup>57</sup> De formele stemverhoudingen in een rechtspersoon of het bestuurderschap ervan zijn niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend. Ook aandeelhoudersovereenkomsten die de zeggenschap beïnvloeden, zoals stemovereenkomsten, zijn relevant. Bij een eenmanszaak (art. 1:141 lid 5 BW) zal aan het zeggenschapselement uiteraard zijn voldaan.

---

<sup>57</sup> HR 4 mei 2007, [ECLI:NL:HR:2007:AZ7621](#) (Pelshouderij).

*Wat betekent voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd?*

Normaalgesproken zal hooguit de winst na belastingen in aanmerking kunnen komen voor verrekening. Voorts geldt dat als een echtgenoot slechts een beperkt (aandelen)belang in de onderneming houdt, slechts een daarmee evenredig deel van de winst in aanmerking kan komen. Voor het overige is deze normering van niet uitgekeerde winsten van bedrijfseconomische aard.

Het belang van een gezonde onderneming en de continuïteit zal daarbij in beginsel zwaar wegen. Als uitgangspunt zal verrekening van de winst het niet financieel onmogelijk mogen maken om de onderneming op gezonde basis voort te zetten.

Komen de echtgenoten ter zake van de verrekening een betalingsregeling overeen, dan kan dit de druk op de continuïteit verlichten en meer ruimte geven om winst in de verrekening te betrekken. Hetzelfde geldt als bij gelegenheid van de verrekening verwacht wordt dat de echtgenoot-ondernemer binnen afzienbare tijd de onderneming zal staken, waardoor de continuïteit minder zwaar weegt. Stel bijvoorbeeld dat de echtgenoten overeenkomen dat de onderneming wordt verkocht en dat de behaalde winst alsnog verrekend wordt. Dit beding kan aanleiding zijn om winsten in eerste instantie ruimhartiger buiten de verrekening te houden.

#### 8.4. Finaal verrekenbeding

Verrekenbedingen die aan het einde van het huwelijk uitgevoerd moeten worden (bij echtscheiding of overlijden), worden finale verrekenbedingen genoemd. Niet uitgesloten is dat de echtgenoten in een eerder stadium in onderling overleg tussentijds verrekend hebben.

Veelal wordt om fiscale motieven – besparing van de te betalen erfbelasting – bij ontbinding van het huwelijk ten gevolge van overlijden verrekend alsof de echtgenoten in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen waren gehuwd (het zogeheten alsof-beding). Dit kan aantrekkelijk zijn als het vermogen hoofdzakelijk bij een van de echtgenoten aanwezig is. Door de verrekening wordt het vermogen van de vermogende echtgenoot verkleind en daarmee zijn nalatenschap als hij als eerste overlijdt. De verrekenvordering ontstaat dan op grond van het huwelijksvermogensrecht, zodat heffing van erfbelasting over de verrekenvordering niet aan de orde is (vgl. art. 1 onder 1° SW). Bovendien wordt daardoor de progressiedruk van de erfbelasting over het totale vermogen verminderd nu het in twee gedeelten vererft over de eerststervende en de langstlevende echtgenoot.

De wettelijke rente over de verrekenvordering is verschuldigd vanaf het einde van de verrekenplicht (overlijden of indiening van het echtscheidingsverzoek), ook al staat de omvang van de verrekenschuld nog niet vast.<sup>58</sup> Een vordering kan immers ook opeisbaar zijn indien haar omvang nog niet is vastgesteld.

---

<sup>58</sup> HR 2 december 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BU6591](#).

### *Omvang verrekenplicht*

De wettelijke regeling van het finaal verrekenbeding is zeer beknopt (art. 1:142 en 1:143 BW). Deze bepalingen regelen slechts: (i) de peildatum van de verrekening en (ii) de omvang van de verrekeningsvordering. Daarnaast zijn voor het finaal verrekenbeding de algemene regels voor verrekenbedingen van belang (art. 1:132 t/m 1:140 BW).<sup>59</sup>

De peildatum waarop de samenstelling en omvang van het te verrekenen vermogen wordt bepaald, is geregeld in art. 1:142 BW. In geval van ontbinding van het huwelijk door overlijden is het tijdstip van overlijden dwingendrechtelijke als peildatum voorgeschreven (art. 1:142 lid 1 onder a BW). Voor ontbinding door echtscheiding geldt als peildatum de datum waarop het verzoekschrift tot echtscheiding wordt ingediend (art. 1:142 lid 1 onder a BW), tenzij partijen bij de huwelijkse voorwaarden of bij een schriftelijke overeenkomst een andere peildatum zijn overeengekomen. Die peildatum is van regelend recht (art. 1:142 lid 2 BW).

Het finaal verrekenbeding ziet op verrekening van vermogen. Hetgeen verrekend wordt, hangt soms af van de oorzaak van het einde van het huwelijk. Zo plegen schenkingen en erfrechtelijke verkrijgingen niet bij echtscheiding verrekend te worden.

Art. 1:143 BW regelt enige procedurele aspecten. Zo kan ieder der echtgenoten vanaf de peildatum verzoeken dat het te verrekenen vermogen van de andere echtgenoot wordt beschreven (art. 1:143 lid 1 BW). Op deze plicht tot beschrijving kunnen ook de erfgenamen van de overleden echtgenoot een beroep doen (art. 1:143 lid 3 BW). Ook worden art. 671 t/m 676 Rv en art. 679 Rv van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 1:143 lid 2 BW).

### *Afwikkeling van de verrekenplicht*

De afwikkeling van een finaal verrekenbeding zal leiden tot het ontstaan van een vordering van de ene echtgenoot op de andere. Ten aanzien van die verrekenvordering geldt dat de verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen nadat in gebreke is gesteld, waarna het verzuim intreedt.

### *Verplicht wederkerig verrekenbeding*

Het *verplicht* wederkerig verrekenbeding of alsof-beding wordt door de Hoge Raad beoordeeld als een beding dat een verrekenverplichting tot gevolg heeft die in economisch opzicht overeenstemt met de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen.

Voor de toepassing van de Successiewet dient de uitwerking van deze huwelijkse voorwaarden met de wettelijke gemeenschap van goederen gelijkgesteld te worden. Een verkrijging op grond van het verplicht wederkerig finaal verrekenbeding waarbij vermogens gelijkelijk worden verdeeld wordt onder de Successiewet niet als een fictieve verkrijging belast.

---

<sup>59</sup> Dat kan er bijvoorbeeld op grond van art. 1:135 lid 2 BW toe leiden dat een vaststellingsovereenkomst, aangegaan in het kader van de echtscheiding, vernietigd kan worden wegens dwaling in de waarde van de goederen of schulden voor meer dan een kwart (art. 3:196 BW, de *laesio enormis*).

### *Facultatief wederkerig verrekenbeding*

Bij het *facultatief* wederkerig verrekenbeding vindt afrekening plaats alsof de echtgenoten in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen waren gehuwd als de langstlevende echtgenoot dat wenst. Deze laatste zal daarvoor kiezen als de eerststervende echtgenoot het grootste vermogen had.

Hierna volgt een voorbeeld van een *finale* verrekenbeding:

- 1. Wanneer het huwelijk eindigt door overlijden, wordt er afgerekend alsof tussen de echtgenoten een algehele gemeenschap van goederen bestond (zoals deze van rechtswege kon ontstaan door het aangaan van een huwelijk tot 1 januari 2018) welke alle goederen en schulden had omvat van beide echtgenoten, met inbegrip van de goederen die door ieder van de echtgenoten krachtens erfopvolging, making, lastbevoordeling of gift zijn verkregen en met inbegrip van alle schulden die betrekking hebben op de hiervoor bedoelde goederen. De verrekening bij overlijden vindt zowel plaats bij overlijden van één van beiden als bij gelijktijdig overlijden.*
- 2. Binnen acht maanden na het overlijden wordt het vermogen van ieder van de echtgenoten beschreven.*
- 3. Onder het vermogen van een echtgenoot wordt verstaan het saldo van zijn bezittingen en schulden. Indien de langstlevende echtgenoot een verzekering heeft afgesloten op het leven van de overleden echtgenoot en in verband met diens overlijden door hem een uitkering wordt verkregen waarover erfbelasting verschuldigd ka zijn, wordt het vermogen vermeerderd met de premies en koopsommen die tijdens het huwelijk in verband met deze verzekering te zijnen laste zijn gekomen omdat hij de premies en koopsommen verschuldigd was, vermeerderd met een zodanige schadeloosstelling dat bij de verrekening, wat deze premies betreft, niets aan het vermogen van de overledene wordt onttrokken.*
- 4. De beschrijving van de vermogens van de echtgenoten en de waardering van de daartoe behorende bezittingen en schulden geschiedt per de datum van overlijden. De waardering van de goederen en schulden vindt plaats in onderling overleg en bij gebreke daarvan door een of meer deskundigen, te benoemen door de kantonrechter genoemd in artikel 679 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.*
- 5. De verrekening vindt plaats doordat de ene partij aan de andere partij een zodanig bedrag uitkeert dat na de uitkering ieders vermogen gelijk is aan de helft van het totale vermogen van de echtgenoten.*
- 6. De uitkering vindt plaats in geld binnen een jaar na het overlijden tenzij partijen anders overeenkomen of de eisen van redelijkheid en billijkheid anders meebrengen.*
- 7. Er vindt geen verrekening plaats indien op het tijdstip van overlijden op een echtgenoot de schuldsanering van toepassing is verklaard of een echtgenoot in staat van faillissement of surseance van betaling verkeert. Verrekening vindt voorts niet plaats wanneer het vermogen van een echtgenoot op het tijdstip van overlijden zodanig negatief is dat meer dan de helft van hetgeen hij krachtens de verrekening zou ontvangen aan zijn schuldeisers ten goede zou komen.*

## 8.5. Is een finaal verrekenbeding een quasi-legaat?

Om het belang van de vraag of een finaal verrekenbeding een quasi-legaat is te illustreren, geef ik eerst een aantal voorbeelden. Soms zegt een gestileerd rekenvoorbeeld namelijk meer dan vele alinea's tekst.

Stel dat A gehuwd is met B onder uitsluiting van elke gemeenschap (koude uitsluiting). A en B hebben één kind K, dat is onterfd. De nalatenschap van A ten tijde van zijn overlijden bedraagt 1.000. De legitimaire massa bedraagt in dat geval 1.000 (art. 4:65 BW), de legitieme portie van K bedraagt 250 ( $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times 1.000$ ) (art. 4:63 en 4:64 BW). Deze legitimaire vordering zal veelal eerst opeisbaar zijn bij het overlijden van B (art. 4:82 BW).

Stel nu dat A met B gehuwd is in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen. In dat geval bedraagt de legitimaire massa 500 en de legitieme portie van K 125 ( $\frac{1}{2} \times \frac{1}{2} \times 500$ ). Het huwelijksvermogensrecht heeft de nalatenschap van A verkleind, en daarvan ondervindt K wat betreft de omvang van zijn legitieme portie een nadeel.

Stel thans dat A en B een finaal verrekenbeding hebben afgesloten (§ 8.4). Zij spreken in huwelijksvoorwaarden met elkaar af dat bij overlijden afrekening plaatsvindt alsof zij in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Ná het overlijden van A ontstaat derhalve een verrekenvordering van B op A ter grootte van 500 (ervan uitgaande dat het vermogen van B nihil is). De kwestie is nu of de daartegenover staande schuld van 500 in de nalatenschap van A een schuld is ex art. 4:7 lid 1 onder a BW (schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan) dan wel een schuld ex art. 4:7 lid 1 onder i BW (schulden uit giften en andere handelingen die ingevolge art. 4:126 BW worden aangemerkt als legaten). De gevolgen van deze kwalificatie verschillen aanmerkelijk.

Is de schuld uit hoofde van het finaal verrekenbeding in de nalatenschap van A een gewone schuld als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a BW, dan is de legitimaire massa gelijk aan het tweede voorbeeld: 500. De schuld uit hoofde van het verrekenbeding verkleint de nalatenschap van A. De legitieme portie van K bedraagt 125.

Is de schuld uit hoofde van het finaal verrekenbeding in de nalatenschap van A daarentegen een quasi-legaat als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i BW en art. 4:126 BW, dan geldt volgens de slotzin van art. 4:65 BW dat bij de berekening van de legitimaire massa "*giften waaruit schulden als bedoeld in artikel 7 lid 1 onder i zijn ontstaan*", buiten beschouwing blijven. De schuld uit hoofde van het finaal verrekenbeding komt bij deze kwalificatie als quasi-legaat derhalve *niet* in aftrek op de legitimaire massa, zodat de legitimaire massa gelijk is aan het eerste voorbeeld en 1.000 bedraagt en de legitieme portie van K 250.

Bij vonnis van de rechtbank Gelderland van 3 november 2021, [ECLI:NL:RBGEL:2021:5835](https://ecli.nl/RBGEL:2021:5835), is geoordeeld dat een finaal verrekenbeding bij overlijden een quasi-legaat is (art. 4:126 lid 2 onder a BW).<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Ik wijs erop dat in de literatuur over deze kwestie verdeeldheid bestaat. De rechtbank volgt in elk geval Prof. Freek Schols die op dit onderwerp - Quasi-erfrecht met bindende elementen - aan de Radboud universiteit in 2005 is gepromoveerd.

De feiten van deze zaak waren als volgt. Vader is in 2020 overleden. In 2019 is hij een geregistreerd partnerschap aangegaan met P. In hun partnerschapsvoorwaarden zijn zij uitsluitend voor het geval van overlijden een finaal verrekenbeding overeengekomen; zij rekenen bij overlijden met elkaar af alsof de partners in de algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd. Vader heeft zijn twee kinderen onterfd. Hij heeft P tot zijn enig erfgenaam en executeur benoemd. De twee onterfde kinderen beroepen zich op hun legitieme portie. P heeft de nalatenschap beneficiair aanvaard en haar benoeming tot executeur aanvaard. In haar hoedanigheid van executeur heeft P de zogenaamde "ruimschootsverklaring" afgelegd, zodat de nalatenschap niet vereffend hoeft te worden en de executele niet is geëindigd (vgl. art. 4:202 lid 1 onder a BW).

De rechtbank haalt eerst uitvoerig de wetsgeschiedenis aan van art. 4:126 BW in de verschillende fases van de totstandkomingsgeschiedenis van Boek 4 BW. Op basis daarvan oordeelt de rechtbank dat art. 4:126 lid 2 onder a BW ("*een beding dat een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of kan overgaan, voor zover het beding wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort; wederkerigheid van het beding geldt niet als tegenprestatie*") niet alleen ziet op het overgaan van goederen, maar ook op schulden die ontstaan. Dat oordeel wordt ingegeven door de bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis om met art. 4:126 BW schuldeisers, waaronder de legitimarissen, te beschermen. Deze schuldeisers duiken opeens als een 'duveltje uit een doosje' na het overlijden op in de nalatenschap. Die schuldeisers behoren - evenals legatarissen - achteraan in de rij te staan, en die behoren niet te concurreren met gewone schuldeisers. De overwegingen van de rechtbank luiden voluit weergegeven als volgt:

*"Een alsof-verrekenbeding is uitdrukkelijk niet het aangaan van een goederengemeenschap maar bij overlijden wordt slechts de fictie gecreëerd alsof deze bestaat en bestaat de contractuele plicht tot verrekening. (...) Een huwelijksgoederengemeenschap aangaan kort voor overlijden is anders. (...) Dit is een andere casuspositie dan de huidige waarbij tijdens leven geen gemeenschap van goederen is ontstaan tussen erflater en zijn geregistreerd partner. In deze zaak is een beding overeengekomen tussen erflater en [partner] waarbij zij - als langstlevende en minst vermogende - een vordering krijgt op de nalatenschap van erflater. Een vordering die niet teniet gaat door het overlijden maar juist daardoor ontstaat. Hierbij is van belang dat [partner] heeft aangegeven dat erflater en zij goed hebben nagedacht over de partnerschapsvoorwaarden. Erflater had meerdere relaties gehad en had hiervan geleerd, aldus de raadvrouw van [partner]. Dit heeft ertoe geleid dat in de partnerschapsvoorwaarden dus (slechts) sprake is van toepassing van enig verrekenbeding als de partners ten tijde van het overlijden van één van hen nog een affectieve relatie hebben. Dit is een heel ander uitgangspunt dan een huwelijksgoederengemeenschap of het opnemen van een tussentijds verrekenbeding en brengt voor de partners bij leven de zekerheid dat hun vermogens niet verrekend hoeven te worden. Niettemin is het niet aangaan van een huwelijksgoederengemeenschap of een tussentijds verrekenbeding een bewuste keuze, zoals ook toegelicht door [partner] en door [toegevoegd notaris] in zijn brief. Volgens [partner] is het alsof-verrekenbeding in de partnerschapsvoorwaarden opgenomen om te zorgen dat zij en erflater elkaar bij overlijden verzorgd zouden achterlaten. Dit lijkt*



haaks te staan op de ingenomen stelling dat [partner] voldoende eigen middelen had. Bovendien blijkt uit de verklaring van [toegevoegd notaris] ook dat het beding is ingevoerd om de legitieme porties zo klein mogelijk te houden. Het beding diende, zo stelt de rechtbank vast, in ieder geval een dubbel doel. De bedoeling van partijen is evenwel niet van belang voor de vraag of sprake is van een quasi-legaat in de zin van artikel 4:126 BW. Een verrekenbeding is geen verblijvings- of overnemingsbeding. Uit de hierboven geciteerde toelichtingen op de wet (...) volgt dat de wetgever bedoeld heeft om verblijvings- en overnemingsbedingen in samenlevingsovereenkomsten onder het artikel te laten vallen en daarbij heeft aangetekend dat de regeling de bescherming van de schuldeisers beoogt. Onder deze schuldeisers zijn ook de legitimarissen. De verblijvings- en overnemingsbedingen vervullen een rol van quasi-erfrecht (...). Er is in zekere zin sprake van "een legaat" indien er geen redelijke tegenprestatie tegenover staat. Nu het verrekenbeding geen verblijvings- of overnemingsbeding is, is het van belang te duiden wat het verrekenbeding inhoudt. Naar oordeel van de rechtbank is het een verplichting die leidt tot een voorwaardelijk vorderingsrecht dat de partners over en weer toekennen. De verplichting tot verrekening en de uitvoering daarvan leidt namelijk onder onbepaalde maar zekere tijdsvoorwaarde - de dood van één der partijen - en voorts voorwaardelijk op de hoogte van het eigen vermogen tot een vordering van de één op de ander, waarbij de minst vermogende de aanspraak verkrijgt. Men gaat hiermee derhalve een beding aan waarbij men een voorwaardelijk vorderingsrecht verstrekt bij dode. Indien men dit afzet tegen de wettelijke definitie van "legaat" zoals in artikel 4:117 lid 1 BW, - een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent, - dan brengt dit met zich dat het alsof-verrekenbeding voor erfrechtelijke toepassing moet worden beschouwd als een alsof-legaat. De rechtbank stelt hier eveneens vast dat door de contractuele aard van het beding geen sprake is van een gift, zodat artikel 4:126 lid 1 BW toepassing mist.

De rechtbank is in het licht van bovenstaand van oordeel dat deze vordering die [partner] heeft door toepassing van het alsof-verrekenbeding moet worden aangemerkt als quasi-legaat in de zin van artikel 4:126 lid 2 onder a. Hierbij komt dat artikel 4:126 lid 2 onder a een vijftal elementen noodzakelijk stelt voor haar toepassing. Dit zijn: i) er moet sprake zijn van een beding, ii) waarbij een goed overgaat of kan gaan, iii) onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling en iv) toepassing bij overlijden van degene aan wie het goed toebehoort en v) zonder redelijke tegenprestatie. Ter zitting is besproken en vastgesteld dat het alsof-verrekenbeding aan vier van bovengenoemde elementen voldoet; het is een beding: een overeenkomst tussen [partner] en erflater, onder opschortende voorwaarde van overlijden, dat wordt toegepast bij overlijden van degene aan wie het goed behoort en er is geen redelijke tegenprestatie. Partijen zijn niet in confesso of er een goed overgaat of kan gaan. Hierbij heeft [partner] aangevoerd dat er slechts een schuld ontstaat in de nalatenschap van erflater. Met [kinderen] is de rechtbank van oordeel dat dit element niet alleen ziet op het overgaan van goederen (alle zaken en alle vermogensrechten in de zin van artikel 3:1 BW) maar ook op schulden die ontstaan. Dit oordeel is ingegeven door de bedoeling van de wetgever bij artikel 4:126 BW, zoals hierboven reeds toegelicht. In de (...) geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting volgt dat de regeling bescherming dient te bieden aan schuldeisers, legitimarissen en somgerechtigden wier vorderingen de wet laat voorgaan boven die welke bij uiterste wil in de vorm van legaat kunnen ontstaan. In deze

*beschermingsgedachte ligt besloten dat niet alleen het daadwerkelijk verlaten van het vermogen van erflater van goederen onder vigeur van 4:126 BW valt maar ook het ontstaan van schulden in die nalatenschap door toepassing van een beding dat voor het overige voldoet aan de hierboven genoemde vereisten. De door toepassing van het beding gevormde "extra" schuld benadeelt immers genoemde schuldeisers. Voornoemde interpretatie strookt overigens ook met de ter zitting besproken spiegelbeeldige situatie waarin niet [partner] maar erflater de minst vermogende zou zijn geweest. In dat geval was er een vordering ontstaan in de nalatenschap van erflater op [partner]. Met de beschermingsgedachte in het achterhoofd is geen sprake van benadeling van schuldeisers van de nalatenschap. In de visie van [partner] ontstaat door toepassing van het alsof-verrekenbeding óf een schuld in de zin van artikel 4:7 lid 1 onder a (die niet door de dood teniet gaat) óf een actief indien zich de spiegelbeeldige situatie voordoet. Aan toepassing van deze redenering staat dan de schuldeisersbescherming die artikel 4:126 BW beoogt in de weg."*

Het beroep van P op de bescherming van de langstlevende staat niet in de weg aan de kwalificatie van het alsof-verrekenbeding als quasi-legaat. De verzorgingsgedachte ten faveure van de langstlevende komt tot uitdrukking in het verrekenbeding en het testament. Beide zijn geldig. Toepassing van art. 4:126 BW leidt er slechts toe dat de verrekenvordering die ontstaat niet meetelt bij het bepalen van de omvang van de legitieme porties, maar resulteert er niet in dat de verrekenvordering op grond van het finaal verrekenbeding niet ontstaat en daarmee de verzorgingsgedachte doorkruist. Wel beperkt zij mogelijk betaling daarvan. Dit is echter het gevolg van de bewuste keuze om geen huwelijksgoederengemeenschap aan te gaan of een tussentijds verrekenbeding toe te passen, maar slechts een alsof-verrekenbeding bij dode.

P had nog vergeefs een beroep gedaan op art. 4:68 BW.

*"Het beroep van [partner] op artikel 4:68 BW wordt gepasseerd. Dit artikel bepaalt dat giften van erflater aan zijn echtgenoot buiten beschouwing worden gelaten voor zover zich, ten gevolge van een gemeenschap van goederen waarin erflater en de echtgenoot ten tijde van de gift waren gehuwd of ten gevolge van een tussen hen op dat tijdstip geldend verrekenbeding, geen verrijking ten koste van het vermogen van de gever heeft voorgedaan. Dit artikel mist toepassing nu er geen sprake is van een gift, maar van nakoming van een contractueel beding. Bovendien ziet het op giften die zijn gedaan tijdens het bestaan van een huwelijksgoederenvermogen of onder vigeur van een tussen de partners geldend verrekenbeding. Hiervan is in onderhavige zaak geen sprake. Er is slechts het alsof-verrekenbeding bij dode."*

## **9. Aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens huwelijk**

Sinds 2012 is niet langer de goedkeuring van de rechtbank vereist voor het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk (art. 1:119 (oud) BW). De rechtbank kon die goedkeuring weigeren indien gevaar voor benadeling van schuldeisers

bestond of een of meer voorwaarden in strijd waren met dwingende wetsbepalingen, de goede zeden of de openbare orde. Het wordt thans aan de notaris overgelaten om te beoordelen of schuldeisers ten gevolge van de wijziging van de huwelijkse voorwaarden worden benadeeld.

Huwelijkse voorwaarden die tijdens huwelijk worden aangegaan of gewijzigd, kunnen bijvoorbeeld inhouden: (i) de invoering van de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap, zodat twee ongelijke vermogens bijeengebracht worden (*boedelmenging*, § 3.1 t/m 3.3), (ii) de invoering van een finaal verrekenbeding (§ 8.4), (iii) de invoering van een beperkte huwelijksgemeenschap van een of meer goederen (§ 3.5) en (iv) de invoering van huwelijkse voorwaarden als de echtgenoten in de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen gehuwd zijn (§ 8).

Bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens huwelijk zal terdege rekening gehouden moeten worden met de fiscale aspecten. Is bijvoorbeeld schenkbelasting of overdrachtsbelasting in verband met de vermogensmutatie(s) die optreden verschuldigd?

### *Zorgplicht van de notaris*

Hiervoor is erop gewezen dat de notaris een bijzondere verantwoordelijkheid heeft bij het aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens huwelijk. Die verantwoordelijkheid heeft hij jegens de echtgenoten en – in bijzondere omstandigheden – jegens derden.

De zorgplicht van de notaris *jegens de echtgenoten* houdt verband met het gegeven dat huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk tot benadeling van een echtgenoot kunnen leiden. Dat is het geval als de wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen wordt ingevoerd, terwijl sprake is van ongelijke vermogens of één van de echtgenoten met schulden is overladen. De invoering van koude uitsluiting, waarbij iedere huwelijkvermogensrechtelijke gemeenschap tussen de echtgenoten wordt uitgesloten, zal voor de notaris een rode vlag moeten zijn. Zoals de Hoge Raad in het Groningse huwelijkse voorwaarden-arrest van 20 januari 1989, NJ 1989/766 bepaalde (vgl. § 8.1):

*“De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.”*

Is er een concreet gevaar voor benadeling van schuldeisers ten gevolge van het aangaan of wijzigen van de huwelijkse voorwaarden tijdens huwelijk, dan komt ook de zorgplicht van de notaris *jegens derden* in het vizier. Het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden waarvan benadeling van schuldeisers reëel te verwachten is, kan als paulianeus worden aangemerkt. De notaris zal op dat risico van het inroepen van de actio Pauliana (art. 3:45 e.v. BW), hetgeen vernietiging van de huwelijkse voorwaarden tot gevolg kan hebben, moeten wijzen. Onder omstandigheden zal de notaris zelfs gehouden kunnen zijn om zijn notariële diensten te weigeren (art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt).

## 10. Ontbinding, vereffening en verdeling van de huwelijksgemeenschap

Bestaat een huwelijksgemeenschap tussen de echtgenoten, dan wordt deze ingevolge art. 1:99 lid 1 BW onder meer *ontbonden*: (i) bij het einde van het huwelijk door overlijden: op het tijdstip van overlijden (lid 1 onder a) en (ii) bij het einde van het huwelijk door echtscheiding: op het tijdstip van indiening van het verzoek tot echtscheiding (lid 1 onder b). Het belangrijkste gevolg van ontbinding van de huwelijksgemeenschap is dat de aard van de huwelijksgemeenschap wezenlijk verandert. De gemeenschap wordt namelijk voor verdeling vatbaar.

### *Ontbinding*

Ontbinding van de huwelijksgemeenschap maakt het mogelijk om de gemeenschap na vereffening te verdelen. Met *vereffening* wordt bedoeld op de handelingen die na de ontbinding worden verricht om de gemeenschap rijp te maken voor verdeling, zoals het opmaken van een boedelbeschrijving, het voldoen van schulden en het innen van vorderingen.

Het gevolg van ontbinding van de huwelijksgemeenschap is dat een einde komt aan de werking van de regels van titel 7 van Boek 1 BW. De bestuursregeling van art. 1:97 BW geldt niet meer (vgl. § 3.8), in plaats daarvan gelden de regels van titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3 BW. Die regels handelen onder meer over het beheer van en de beschikking over de tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorende goederen. In beginsel dienen de ex-echtgenoten tezamen handelingen te verrichten met betrekking tot de gemeenschapsgoederen (art. 3:170 BW). Ook voor het overige gelden ten aanzien van de ontbonden huwelijksgemeenschap de regels van titel 7 van Boek 3 BW. De ontbonden huwelijksgemeenschap is een bijzondere gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.2 BW (art. 3:189 e.v. BW). Zie daarvoor ook het onderdeel 'Verdeling van de nalatenschap'.

De ontbonden huwelijksgemeenschap vormt een afgescheiden vermogen (art. 3:192 BW), hetgeen resulteert in een verhaalsvoorrang voor de schuldeisers van de gemeenschap. Art. 1:100 lid 3 BW bepaalt met zoveel woorden dat zij die bij de ontbinding van de huwelijksgemeenschap schuldeiser zijn, het hun toekomende recht van verhaal op de goederen van de gemeenschap behouden, zolang deze niet zijn verdeeld.<sup>61</sup> Deze regel ziet toe op zowel de schulden die in de gemeenschap zijn gevallen als de schulden die niet in de gemeenschap zijn gevallen.

Goederen die ná ontbinding van de huwelijksgemeenschap verkregen worden, zullen behoren tot het eigen vermogen van de verkrijger. Ná ontbinding aangegane schulden zijn in dezelfde lijn eigen schulden van een van de echtgenoten. Deze schulden zijn verhaalbaar

---

<sup>61</sup> Art. 1:100 lid 3 BW bepaalt tevens dat art. 1:96 lid 3 BW van toepassing blijkt. Deze bepaling houdt in: *"Het verhaal op de goederen van de gemeenschap voor een niet tot de gemeenschap behorende schuld van een echtgenoot is beperkt tot de helft van de opbrengst van het uitgewonnen goed. De andere helft komt de andere echtgenoot toe en valt voortaan buiten de gemeenschap. De andere echtgenoot is bevoegd, indien een schuldeiser verhaal op een goed van de gemeenschap zoekt ter zake van een niet tot de gemeenschap behorende schuld, het goed waarop de schuldeiser verhaal zoekt, over te nemen tegen betaling van de helft van de waarde van dat goed uit zijn eigen vermogen. Vanaf het tijdstip van de overneming is dit een eigen goed van deze echtgenoot, dat niet in de gemeenschap valt."*

op het eigen vermogen van de betreffende (ex) echtgenoot en daartoe behoort ook het aandeel in de onverdeelde huwelijksgemeenschap.

### *Aansprakelijkheid*

Ná ontbinding van de huwelijksgemeenschap blijft ieder der echtgenoten voor het geheel aansprakelijk voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was (art. 1:102 eerste zin BW). Deze mededeling is eigenlijk overbodig en is slechts de rustige aanloop naar het vervolg van de tweede zin:

*“Voor andere gemeenschapsschulden is hij hoofdelijk met de andere echtgenoot verbonden, met dien verstande evenwel dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen hij uit hoofde van verdeling van de gemeenschap heeft verkregen, onverminderd de artikelen 190, eerste lid, en 191, eerste lid, van Boek 3.”*

Deze tweede zin creëert een zelfstandige aansprakelijkheid voor de andere echtgenoot ten aanzien van gemeenschapsschulden waarvoor deze echtgenoot voordien *niet* aansprakelijk was. Deze aansprakelijkheid heeft als achtergrond dat verdeling van de huwelijksgemeenschap een einde maakt aan de status van deze gemeenschap als een afgescheiden vermogen, en daarmee aan de bijzondere verhaalspositie van de gemeenschapsschuldeisers ten aanzien van alle goederen van de huwelijksgemeenschap (art. 3:192 BW). Het leed wordt voor deze gemeenschapsschuldeisers verzacht door een aansprakelijkheid te creëren voor de ex-echtgenoot die voorafgaand aan de ontbinding niet voor deze gemeenschapsschuld kon worden aangesproken. Het verhaal is beperkt tot hetgeen bij de verdeling van de gemeenschap wordt verkregen. Geen verhaal kan worden gezocht op het eigen vermogen van de ex-echtgenoot voor zover dat niet afkomstig is uit de huwelijksgemeenschap.

De rechtsvordering van de schuldeiser tot voldoening van de gemeenschapsschuld verjaart tegelijkertijd met de rechtsvordering tegen de echtgenoot, in wiens persoon de gemeenschapsschuld is ontstaan (art. 1:102 derde zin BW). Door deze bepaling wordt bereikt dat de verjaringstermijn van de rechtsvordering tegen de echtgenoot, die eerst ná de ontbinding van de huwelijksgemeenschap aansprakelijk wordt, op hetzelfde moment eindigt als de verjaringstermijn die loopt ten aanzien van de rechtsvordering tegen de tijdens het bestaan van de huwelijksgemeenschap reeds aansprakelijke echtgenoot.

### *Draagplicht bij een negatieve huwelijksgemeenschap*

Art. 1:100 lid 2 BW handelt over de draagplicht van schulden van de huwelijksgemeenschap voor zover bij de ontbinding van de gemeenschap de goederen van de gemeenschap niet toereikend zijn om die schulden te voldoen (een negatief saldo van de gemeenschap). In dat geval worden de schulden gedragen door beide echtgenoten, ieder voor een gelijk deel, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van de schulden, een andere draagplicht voortvloeit. In de parlementaire geschiedenis<sup>62</sup> wordt het geval genoemd dat een echtgenoot veel schulden is aangegaan buiten medeweten van de

---

<sup>62</sup> *Kamerstukken II*, 2014-2015, 33 987, nr. 11, p. 5.

andere echtgenoten en het geval dat een echtgenoot schulden is aangegaan om daarmee onverantwoorde uitgaven te doen. De echtgenoot die meent dat van een gelijke draagplicht afgeweken moet worden, zal daarvoor afdoende feiten en omstandigheden moeten stellen.

Met deze bepaling heeft de wetgever beoogd een ruimere uitzonderingsmogelijkheid te creëren op het uitgangspunt van gelijke draagplicht voor gemeenschapsschulden bij ontbinding dan die welke bestond onder art. 1:100 lid 1 (oud) BW. De regel van art. 1:100 lid 2 BW geldt ook voor huwelijksgemeenschappen die voor 2018 bestonden, maar die nadien ontbonden worden.<sup>63</sup>

### *Afstand van de gemeenschap*

De echtgenoot die de op grond van art. 1:102 BW intredende aansprakelijkheid weinig aantrekkelijk vindt, kan ná ontbinding van de huwelijksgemeenschap ervoor kiezen om afstand te doen van de gemeenschap (art. 1:103 BW). Afstand geschiedt door binnen een (fatale) termijn van drie maanden na de ontbinding van de huwelijksgemeenschap een akte van afstand te doen inschrijven in het openbaar huwelijksgoederenregister (art. 1:104 BW). Ten gevolge van de afstand wast het aandeel in de huwelijksgemeenschap aan bij de andere echtgenoot (art. 1:103 lid 2 BW). Afstand is ook daadwerkelijk afstand. De echtgenoot die afstand heeft gedaan, kan volgens art. 1:103 lid 3 BW uit de gemeenschap niets terugvorderen dan *“alleen zijn bed met bijbehorend beddegoed en de kleren die hij voor zijn persoonlijk gebruik nodig heeft. Hij kan de papieren en gedenkstukken, tot zijn familie behorende, tegen de geschatte prijs overnemen.”* De echtgenoot die afstand doet en zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap opgeeft, wordt aldus bevrijd van de aansprakelijkheid en de draagplicht voor de schulden van de gemeenschap waarvoor men voordien niet aansprakelijk was (art. 1:103 lid 4 BW). Ook erfgenamen van een echtgenoot hebben de mogelijkheid om afstand te doen, de zogeheten ‘dubbele afstand’ (art. 1:108 BW).

Doen beide echtgenoten afstand van de gemeenschap, dan zal de huwelijksgemeenschap in het belang van schuldeisers vereffend moeten worden (art. 1:108 BW). De wettelijke regeling van de vereffening van nalatenschappen is zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing.<sup>64</sup>

### *Opheffing van de gemeenschap*

Wanneer tot afstand van de gemeenschap overgegaan moet worden, dan is het leed al geschied. Bescherming tegen verkwisting door een van de echtgenoten kan in een eerder stadium ontleend worden aan een verzoek tot opheffing van de gemeenschap. Art. 1:109 BW bepaalt:

---

<sup>63</sup> Zie HR 19 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:636](#), waarin vanwege het ontbreken van een bijzondere regel van overgangsrecht toepassing is gegeven aan de hoofdregel van het overgangsrecht: onmiddellijke werking (art. 68a Overgangswet Nieuw BW).

<sup>64</sup> Deze regeling is opgenomen in afdeling 3 van titel 6 van Boek 4 BW (art. 4:202 e.v. BW).

*“Een echtgenoot kan opheffing van de gemeenschap verzoeken, wanneer de andere echtgenoot op lichtvaardige wijze schulden maakt, de goederen der gemeenschap verspilt, handelingen verricht, die kennelijk indruisen tegen het bestuur van de andere echtgenoot over goederen der gemeenschap, of weigert de nodige inlichtingen te geven omtrent de stand van de goederen der gemeenschap en van de daarop verhaalbare schulden en het over die goederen gevoerde bestuur.”*

Als de rechtbank het verzoek toewijst, dan wordt de huwelijksgemeenschap ontbonden op het tijdstip van indiening van het verzoek (art. 1:99 lid 1 onder d BW). Hierdoor is voortaan het regime van art. 3:170 BW op de ontbonden huwelijksgemeenschap van toepassing: de echtgenoten zijn alleen tezamen bevoegd tot beheer en beschikking. Opheffing van de gemeenschap heeft - anders dan bij afstand van de gemeenschap - niet tot gevolg dat de verzoekende echtgenoot zijn aandeel in de huwelijksgemeenschap verliest.

Onder omstandigheden is de verkwistende echtgenoot schadeplichtig jegens de gemeenschap (art. 1:111 BW).

### *Verdeling*

Ná ontbinding van de huwelijksgemeenschap heeft ieder der echtgenoten de bevoegdheid *“de te zijnen gebruike strekkende kleren en kleinodiën, alsmede zijn beroeps- en bedrijfsmiddelen en de papieren en gedenkstukken tot zijn familie behorende, tegen de geschatte prijs over te nemen”* (art. 1:101 BW). Deze bevoegdheid kan ieder der echtgenoten tijdens de vereffening uitoefenen, waarmee reeds een partiële verdeling vooruitlopende op de finale verdeling van de huwelijksgemeenschap tot stand gebracht wordt.

De verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap wordt beheerst door titel 7 van Boek 3 BW. Als verdeling wordt aangemerkt *“iedere rechtshandeling waartoe alle deelgenoten, hetzij in persoon, hetzij vertegenwoordigd, medewerken en krachtens welke een of meer van hen een of meer goederen van de gemeenschap met uitsluiting van de overige deelgenoten verkrijgen”* (art. 3:182 BW). De (obligatoire) verdeling vereist nog een levering om goederenrechtelijk effect tot stand te brengen (art. 3:186 BW).

Het is goed om het bijzondere rechtskarakter van de verdeling voor ogen te houden. Op grond van de verdeling wordt een gemeenschappelijk goed in zijn geheel toegedeeld aan de deelgenoot die de exclusieve verkrijger van het goed moet worden. Er is dus geen sprake van toedeling of overdracht van een aandeel in een goed aan de verkrijger, hoewel deze daarvoor wel voor een aandeel in dit goed was gerechtigd.

Hoewel art. 1:100 lid 1 BW bepaalt dat de echtgenoten een *“gelijk aandeel”* hebben in de ontbonden huwelijksgemeenschap is deze verhouding niet beslissend voor de wijze waarop de verdeling haar beslag krijgt. Bij de verdeling behoeft niet iedere echtgenoot (of de erfgenamen van deze echtgenoot) evenveel te krijgen. Bij overeenkomst kunnen obligatoire afspraken gemaakt worden over een ongelijke verdeling en dat zal dan leiden tot het ontstaan van onderbedelingsvorderingen en overbedelingssschulden.

Met een *“gelijk aandeel”* in de ontbonden huwelijksgemeenschap wordt ook tot uitdrukking gebracht dat iedere echtgenoot - in beginsel - gerechtigd is tot de helft van de goederen van de gemeenschap en voor de helft draagplichtig is ten aanzien van de

schulden die daartoe behoren. In economische zin is ieder gerechtigd tot de helft van het saldo van de waarde van de gemeenschap.

### *Estate planning*

Met het oog op estate planning zal het huwelijksvermogensregime zodanig ingericht zijn dat de langstlevende echtgenoot zo veel mogelijk verkrijgt krachtens huwelijksvermogensrecht (denk bijvoorbeeld aan de breukdelengemeenschap die op het sterfbed nog tot stand wordt gebracht, § 3.4). De verkrijging krachtens huwelijksvermogensrecht is immers niet onderwerpen aan de heffing van erfbelasting op grond van de Successiewet. Het deel dat niet krachtens huwelijksvermogensrecht wordt verkregen door de langstlevende echtgenoot, vormt de nalatenschap van de eerststervende.

Ook op een andere wijze kan middels het huwelijksvermogensrecht met het oog op estate planning sturend worden opgetreden, zoals het opnemen van een in- of uitsluitingsclausule, wel of niet een beroep doen op een vervalbeding naar aanleiding van een periodiek verrekenbeding, vergoedingsrechten geldend maken met een bepaalde wijze van berekening van deze vergoeding en de mogelijkheden om daarvan bij overeenkomst af te wijken (art. 1:87 lid 4 BW).

Door en met het overlijden van een van de echtgenoten zijn er geen mogelijkheden meer om het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten algeheel te wijzigen of op een of meer onderdelen aan te passen.

## **11. Informeel samenleven**

Ons Burgerlijk Wetboek voorziet (nog) niet in een wettelijke regeling voor ongehuwd samenwonenden, hoewel het verschijnsel informele relatie populair is. Het relatievermogensrecht voor ongehuwd samenwonenden kenmerkt zich door een grote mate van vrijblijvendheid. Dat kan als volgt geïllustreerd worden:

- Er bestaat geen gemeenschap van goederen voor ongehuwd samenwonenden. Ongehuwd samenwonenden kunnen vermogen wel in gemeenschap aanhouden, op welke gemeenschap titel 7 (Gemeenschap) van Boek 3 BW van toepassing is. Evenmin bestaat een verrekenplicht van inkomen of vermogen.
- Titels 6 (Rechten en verplichtingen van echtgenoten), 7 (De wettelijke gemeenschap van goederen) en 8 (Huwelijkse voorwaarden) van Boek 1 BW lenen zich niet voor overeenkomstige toepassing op het informeel samenleven.
- Ongehuwd samenwonenden hebben geen onderhoudsplicht jegens elkaar tijdens het bestaan van hun relatie.



- Na het einde van hun relatie bestaat geen alimentatieplicht voor ongehuwd samenwonenden. Ook pensioenverevening is bij ongehuwd samenwonenden niet aan de orde (vgl. art. 1 lid 2 Wet verevening pensioenrechten bij scheiding).
- Ongehuwd samenwonen heeft geen bijzondere afstammingsrechtelijke gevolgen (vgl. echter art. 1:252 BW voor de aantekening van gezamenlijk gezag over minderjarige kinderen in het gezagsregister op verzoek) en leidt ook niet tot erfrechtelijke aanspraken (vgl. art. 4:10 BW voor het parentelenstelsel van het versterferfrecht).
- Er bestaan geen formaliteiten voor de aanvang en de beëindiging van de relatie tussen ongehuwd samenwonenden.

In een samenlevingscontract of testament zullen door de partners zo nodig zelf voorzieningen moeten worden getroffen. Daarnaast geldt dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid de (gevolgen van de) samenlevingsrelatie mede kunnen bepalen, ook al zou deze relatie niet 'geformaliseerd' zijn in een (notarieel) samenlevingscontract.

Op sommige terreinen wordt in ons Burgerlijk Wetboek met het informeel samenleven rekening gehouden. Zo komt het huurrecht de samenwonende partner tegemoet (art. 7:267 e.v. BW). De samenwonende partner kan op eenvoudige wijze medehuurder worden, en aldus huurbescherming genieten. Art. 4:28 lid 2 BW biedt de huisgenoot het recht om zes maanden na het overlijden van de erflater de bewoning van de woning voort te zetten en de inboedel te gebruiken. In art. 4:82 BW wordt de mogelijkheid van bescherming van de informele levensgezel geboden door in een testament geldvorderingen van legitimarissen niet-opeisbaar te stellen. In dat geval is het voeren van een gemeenschappelijke huishouding en het beschikken over een notarieel samenlevingscontract vereist om deze bescherming te kunnen invoeren. Weer een ander voorbeeld van aan informeel samenleven verbonden gevolgen is het einde van de alimentatieplicht. Een verplichting van een gewezen echtgenoot om uit hoofde van echtscheiding levensonderhoud te verschaffen aan de wederpartij eindigt ook als deze is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren (art. 1:160 BW).

### *Het samenlevingscontract*

Een samenlevingscontract met een regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van het informeel samenleven kan worden opgenomen in een notariële akte. Met het oog op de ordening van het rechtsverkeer vragen inmiddels tal van instanties en organisaties om overlegging van een dergelijk document als voorwaarde om een beroep te kunnen doen op bepaalde faciliteiten (partnerpensioen, bepaalde secundaire arbeidsvoorwaarden, partnervrijstelling voor de erfbelasting e.d.).

Een samenlevingscontract bevat te doen gebruikelijk meer of minder uitgebreide regelingen over:

- verdeling en betaling van de kosten van de huishouding;

- verblijvings- en overnemingsbedingen van bijvoorbeeld de gezamenlijke woning en inboedel bij overlijden;
- bewijs van eigendom van roerende zaken;
- opzeggingsformaliteiten; en
- verrekenbedingen (periodiek en/of finaal verrekenbeding).

Het is dus mogelijk dat ongehuwd samenwonenden een regeling treffen waarbij het vermogensrechtelijke regime van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap in een of meer opzichten wordt nagebootst. Het is zelfs mogelijk om af te spreken dat zij bij het einde van de relatie afrekenen alsof er een wettelijke (algehele of beperkte) gemeenschap van goederen heeft bestaan.

Uit het leven gegrepen is het volgende geval. Deze zaak illustreert de noodzaak om bij informeel samenleven goede afspraken met elkaar te maken. Een man en een vrouw hebben van 2007 tot en met 2012 samengewoond in de woning die eigendom van de man is. Partijen hebben geen samenlevingsovereenkomst gesloten. De woning is in 2011 verbouwd. De kosten van deze verbouwing zijn betaald door de vrouw. De vrouw stelt na beëindiging van de samenwoning dat zij de verbouwing uit haar privévermogen heeft gefinancierd en dat zij daarom recht heeft op vergoeding daarvan door de man. Zij vordert een bedrag van € 74.056,90. De rechtbank heeft deze vordering tot een bedrag van € 66.917,93 toegewezen. In appel wordt de vordering van de vrouw alsnog afgewezen. De vrouw komt tegen dit oordeel op in cassatie. Bij arrest van 10 mei 2019, [ECLI:NL:HR:2019:707](#), wijst de Hoge Raad het cassatieberoep van de vrouw in een principiële uitspraak af.

De Hoge Raad oordeelt dat nu vaststaat dat de woning uitsluitend aan de man in eigendom toebehoort, met betrekking tot deze woning geen gemeenschap in de zin van titel 7 van Boek 3 BW kan bestaan en evenmin een uit zodanige gemeenschap voortvloeiend vergoedingsrecht. De omstandigheid dat de vrouw in de woning heeft geïnvesteerd, maakt dat niet anders.

Vervolgens neemt de Hoge Raad de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de partners onder de loep. De man en vrouw woonden samen op basis van een affectieve relatie, in de woorden van de Hoge Raad waren zij "*informeel samenlevenden*". De vermogensrechtelijke verhoudingen tussen de partners worden in dat geval niet bepaald door de regels die in de titels 6 t/m 8 van Boek 1 BW voor echtgenoten en geregistreerd partners zijn opgenomen, en die regels lenen zich ook niet voor overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen informeel samenlevenden. Het hof had daarom terecht geoordeeld dat het beroep van de vrouw op overeenkomstige toepassing van het vergoedingsrecht van art. 1:87 BW niet opgaat (vgl. § 4). Aan de hand van de in Boek 6 BW – het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht – geregelde rechtsfiguren zal beoordeeld moeten worden of de vrouw ter zake van haar investering in de woning een vergoedingsrecht jegens de man geldend kan maken.

*“Daarbij ligt het in de rede te onderzoeken of tussen informeel samenlevenden een overeenkomst bestaat die, mede in aanmerking genomen de in art. 6:248 lid 1 BW bedoelde aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, (ook) de vermogensrechtelijke aspecten van hun samenleving regelt (art. 6:213 BW). Van een dergelijke overeenkomst kan sprake zijn doordat de informeel samenlevenden met betrekking tot de vraag voor wiens rekening de kosten van hun samenleving of van specifieke uitgaven moeten komen, een schriftelijke samenlevingsovereenkomst zijn aangegaan, of uitdrukkelijke dan wel stilzwijgende afspraken hebben gemaakt.*

*Daarnaast is mogelijk dat een van de informeel samenlevenden, indien aan de voorwaarden van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) is voldaan, op een van die gronden een aanspraak heeft op teruggave of vergoeding van bepaalde uitgaven die zijn gegeven aan of ten gunste zijn gekomen van de andere informeel samenlevende.”*

In lijn met het voorgaande heeft het hof in de eerste plaats onderzocht of tussen partijen afspraken zijn gemaakt of anderszins een overeenkomst bestaat met betrekking tot de kosten van hun samenleving of de kosten van de verbouwing. Daarbij is het hof tot de conclusie gekomen dat de vrouw onvoldoende heeft gesteld om een dergelijke afspraak of overeenkomst aan te nemen. Dat oordeel wordt in cassatie niet bestreden, zo stelt de Hoge Raad vast. Voorts heeft het hof geoordeeld dat op basis van de door de vrouw gestelde feiten en omstandigheden niet kan worden vastgesteld dat sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de man als gevolg van de verbouwing. De daartegen gerichte cassatieklacht faalt. De Hoge Raad overweegt dat voor het oordeel dat de man zich de kosten van de verbouwing heeft bespaard en aldus is verrijkt, nodig is dat, als de vrouw de kosten niet voor haar rekening had genomen, de man die kosten zélf zou hebben gemaakt of verplicht was te maken. Vastgesteld was dat de man financieel niet in staat was om de kosten van de verbouwing zelf te voldoen. Er bestaat volgens de Hoge Raad aldus geen feitelijke grondslag om te kunnen aannemen dat de man de kosten zelf zou hebben gemaakt en de stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat op de man ook geen verplichting rustte zijn woning te verbouwen of daarvoor kosten te maken. Een en ander brengt mee dat in dit geding niet kan worden gesproken van een besparing van kosten aan de zijde van de man.

De vrouw heeft nog een laatste ijzer in het vuur: de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 lid 1 BW. De Hoge Raad overweegt:

*“Het voorgaande laat evenwel onverlet dat tussen informeel samenlevenden een rechtsverhouding bestaat die mede door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst. Dat informeel samenlevenden ervan hebben afgezien een wettelijk geregelde vorm van samenleving (huwelijk of geregistreerd partnerschap) aan te gaan of over de vermogensrechtelijke aspecten van hun samenleving uitdrukkelijke of stilzwijgende afspraken te maken, staat daaraan niet in de weg. De afspraak om te gaan samenleven, raakt in de praktijk onvermijdelijk ook hun vermogensrechtelijke verhouding.*

*Ook als ter zake van bepaalde uitgaven niet een vergoedingsrecht van de ene samenlevende jegens de andere samenlevende kan worden aangenomen op grond van een tussen partijen gesloten overeenkomst of op grond van de overige in Boek 6 BW geregelde rechtsfiguren,*

*kan zo'n vergoedingsrecht in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval voortvloeien uit de in art. 6:2 lid 1 BW bedoelde eisen van redelijkheid en billijkheid."*

De Hoge Raad houdt de deur hiervoor toch dicht, aangezien de vrouw niet aan haar stelplicht had voldaan. Een lichtpuntje is wel dat de deur voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid en een daarop gebaseerd vergoedingsrecht niet categorisch gesloten is.

*"Nu in dit geval de vrouw aanspraak maakt op vergoeding van haar investering, ligt het op haar weg om de bijzondere feiten en omstandigheden te stellen die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat zij een vergoedingsrecht jegens de man heeft. Zij heeft haar vordering echter uitsluitend gebaseerd op overeenkomstige toepassing van art. 1:87 BW, welke grondslag ontoereikend is (...). De stukken van het geding laten geen andere conclusie toe dan dat de vrouw geen bijzondere feiten en omstandigheden heeft gesteld die, ervan uitgaande dat de man financieel niet in staat was om de kosten van de verbouwing zelf te voldoen en door de verbouwing niet is verrijkt, kunnen meebrengen dat zij desalniettemin een uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend vergoedingsrecht jegens de man heeft."*

Bepleit wordt wel dat aan elk informeel samenwonen (impliciet) afspraken ten grondslag (moeten) liggen, op basis waarvan minst genomen een stilzwijgende samenlevingsovereenkomst of een vermogensrechtelijke rechtsverhouding met rechten en plichten afgeleid kan worden. Betekenis kan dan verder toekomen aan het bestendig gedrag van de samenwonenden (bijvoorbeeld het aanhouden van een gemeenschappelijke bankrekening waaruit de kosten van de huishouding worden betaald).

Als de samenwonenden tezamen een woning kopen, dan ontstaat een eenvoudige gemeenschap (titel 7 van Boek 3 BW). Het komt geregeld voor dat de inbreng van de partners bij de betaling van de koopsom niet gelijk is; de een legt meer in dan de ander, terwijl de samenwonenden daarnaast hoofdelijk aansprakelijk worden jegens de bank voor het deel van de koopsom dat met behulp van een hypothecaire financiering wordt voldaan. In dat geval dienen afspraken gemaakt te worden over de zogeheten 'meerinbreng' van de ene partner. Heeft deze voor deze meerinbreng een nominale vordering op de andere partner of geldt daarvoor de beleggingsleer, zodat de partner deelt in de waardevermindering of -daling van de woning (§ 4)? Daarover dienen in het samenlevingscontract goede afspraken gemaakt te worden.