

# De zeer sterk verknochte overbruggingsuitkering

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 15 februari 2008, LJN: BC0377, RvdW 2008, 219 (mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spans, E.J. Numann, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser; A-G mr. D.W.F. Verkade)

Geschil tussen voormalige echtelieden bij verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschap over de vraag of het recht van de man op een overbruggingsuitkering (OBU, een soort VUT-uitkering) zozeer aan hem is verknocht dat de verknochtheid zich ertegen verzet dat dit recht in de huwelijksgemeenschap valt (art. 1:94 lid 3 BW); maatstaf

## De feiten<sup>1</sup>

In deze zaak, waarin centraal staat de vraag of het recht van de man op de hierna te noemen overbruggingsuitkering (hierna: OBU) zozeer is verknocht dat deze verknochtheid zich ertegen verzet dat dit recht in de (ontbonden) huwelijksgemeenschap van partijen valt, kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Partijen zijn op 17 december 1974 in de wettelijke gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. Het huwelijk is op 26 maart 2004 door echtscheiding geëindigd.
- (ii) De man, die deelnemer is in de PGGM-pensioenregeling,<sup>2</sup> heeft de mogelijkheid om in plaats van een FLEX-pensioen<sup>3</sup> te kiezen voor een salarisvervangende uitkering voor deelnemers die vanaf 60 jaar willen stoppen met werken. Deze OBU geeft recht op periodieke uitkeringen tot men 65 jaar wordt en recht krijgt op ouderdomspensioen.
- (iii) De uit een arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraak op voor nog te verrichten arbeid te ontvangen loon valt niet in de gemeenschap.
- (iv) De OBU is geen pensioen, valt niet onder de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (hierna: Wvps) en berust niet op een geleidelijke, aan het voortduren van de arbeidsverhouding gekoppelde opbouw van aanspraken. Aan de OBU valt geen contante waarde toe te kennen.

- (v) De omvang van de OBU is gerelateerd aan het gemiddelde van de salarissen van de laatste twee volle jaren, voorafgaand aan het jaar waarin de uitkering is ingegaan.
- (vi) De OBU kan alleen direct in aansluiting op het dienstverband ingaan. Bij eerder vertrek bestaat geen recht op de OBU. Anders dan bij het FLEX-pensioen, dat sedert 1999 de OBU geleidelijk heeft vervangen, is geen sprake van opgebouwde rechten die door waardeoverdracht kunnen worden meegenomen.

## Het geding in feitelijke instanties<sup>4</sup>

De rechtbank heeft beslist dat de OBU in de huwelijksgemeenschap is gevallen.

Het hof kwam tot een tegenovergesteld oordeel: de aanspraak op de OBU is naar haar aard zo sterk aan de persoon van de man verknocht dat deze, evenals wordt aangenomen voor een VUT-uitkering,<sup>5</sup> niet in de gemeenschap valt, ook niet bij wege van verrekening (rov. 4.7). Daartoe heeft het hof, na

- a. in rov. 4.2 met juistheid te hebben vooropgesteld dat goederen slechts in uitzonderlijke gevallen op grond van bijzondere verknochtheid buiten de gemeenschap vallen en dat het antwoord op de vragen of een goed op bijzondere wijze aan een der echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt, afhangt van de aard van dat goed zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald, en
- b. in rov. 4.4 uit de hiervoor onder (ii) – (vi) vermelde feiten te hebben afgeleid ‘dat er (tijdens het huwelijk van partijen) geen premies zijn voldaan, dus ook geen premies ten laste van de tot de gemeenschap behorende middelen, voor het verkrijgen van het recht op

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

2 De afkorting PGGM staat voor Pensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke belangen.

3 De afkorting FLEX staat voor flexibel.

4 Ontleend aan de punten 3.2 en 3.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de

Hoge Raad.

5 De afkorting VUT staat voor vervroegde uitkering uit dienstverband.

de OBU', en vervolgens te hebben geoordeeld dat die feiten tezamen met dit laatste steun geven aan de opvatting dat de OBU naar haar aard moet worden beschouwd als een strikt persoonlijk recht van de man, het volgende overwogen.

4.6 Het hof overweegt dat de OBU, zoals PGGM die kent, gelijk is te stellen aan een VUT-uitkering. Een VUT-uitkering valt niet onder de WVPS. Bij het PGGM is, net zoals in grote delen van het bedrijfsleven, vanaf juni 1999 een proces op gang gekomen van vervanging van VUT door prepensioen, in dit geval het FLEX-pensioen. Aangezien prepensioen wel en VUT (en OBU) niet worden opgebouwd, zijn bij zo'n omzettingproces overgangsmaatregelen nodig om te voorkomen dat oudere werknemers tussen wal en schip vallen. Oudere werknemers hebben immers onvoldoende dienstjaren te gaan om een behoorlijke aanspraak op prepensioen op te bouwen. Daarom is het gebruikelijk bij een dergelijk omzettingproces om de VUT (bij PGGM: de OBU) voor met name de oudere werknemers nog gedurende een overgangperiode in stand te laten, soms volledig, soms als aanvullende garantieregeling ter waarborging van een inkomen op het oude VUT-niveau. In die zin is er vrijwel altijd bij de overgang van VUT naar pensioen een koppeling gemaakt tussen die uitkeringen. Het bestaan van zo'n koppeling betekent echter niet dat de uitkeringen daarmee een soort van hybride karakter zouden hebben en hun eigen kenmerken niet meer bezitten. De koppeling van de OBU en het FLEX-pensioen is geen omstandigheid die de in 4.4 geschetste aard als een strikt persoonlijk recht van de man wijzigt. Ook aan de door de vrouw geschetste verwevenheid tussen de OBU en het FLEX-pensioen in die zin dat als de man voor de OBU kiest het PGGM het voor de man gereserveerde bedrag ten behoeve van het FLEX-pensioen kan aanwenden om de voor de OBU benodigde reserve te creëren (...), komt naar het oordeel van het hof minder gewicht toe dan aan de in 4.4 geschetste omstandigheden omdat als het PGGM al de door de man betaalde premies voor het FLEX-pensioen over een beperkte periode van vier jaar zou gebruiken voor de dekking van de OBU, dat nog niet betekent dat daardoor de OBU niet langer meer hoofdzakelijk gefinancierd wordt op basis van rentedekking in plaats van kapitaalsdekking zoals voorgeschreven voor (pre)pensioenen. De stelling van de vrouw dat het jegens haar onredelijk is dat een keuze van de man voor de OBU in plaats van het FLEX-pensioen nadelige gevolgen voor haar heeft, maakt dit oordeel niet anders. Anders dan de vrouw betoogt, is er bij de beantwoording van de hiervoor in 4.2 vermelde vragen geen grond telkens te betrekken of de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de man en de vrouw als deelgenoten beheerst [lees: beheersen; toevoeging van mij, AJMN], in een andere richting wijzen. Ten aanzien van die vragen is [lees: zijn; toevoeging van mij, AJMN] de redelijkheid en billijkheid reeds in de maatstaf verdisconteerd door de invloed die wordt toegekend aan de maatschappelijke opvattingen. Deze objectieve maatstaf dient de rechtszekerheid welke ten aanzien van de omvang van de gemeenschap haar gewicht in de schaal werpt in verband met de mogelijke rechten van derden.

### Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt het door de vrouw tegen de beschikking van het hof gerichte cassatiemiddel in zijn beide onderdelen als volgt.<sup>6</sup>

3.4.1 Onderdeel 1 keert zich (onder 4) met motiveringsklachten tegen de hiervoor in 3.3 onder b) weergegeven vaststelling in rov. 4.4 'dat er (tijdens het huwelijk van partijen) geen premies zijn voldaan, dus ook geen premies ten laste van de tot de gemeenschap behorende middelen, voor het verkrijgen van het recht op de OBU'. Naar het onderdeel betoogt, is die vaststelling niet te rijmen met enkele essentiële, niet weersproken maar door het hof niet in zijn beoordeling betrok-

ken stellingen van de vrouw die erop neerkomen dat de OBU vanwege haar verwevenheid met het FLEX-pensioen mede wordt gefinancierd met premies die zijn betaald ten behoeve van het FLEX-pensioen en daarmee ten laste zijn gekomen van middelen die tot de gemeenschap behoorden.

3.4.2 Het onderdeel vindt geen steun in de gedingstukken voor zover het tot uitgangspunt neemt dat de desbetreffende stellingen van de vrouw door de man niet zijn weersproken. Voor zover het klaagt dat het hof die stellingen niet in zijn beoordeling heeft betrokken, berust het blijkens het navolgende op een onjuiste lezing van de bestreden beschikking. Na bedoelde stellingen in rov. 4.5 te hebben samengevat, heeft het hof immers in rov. 4.6 onderzocht of deze ertoe dwongen terug te komen van het aan het slot van rov. 4.4 gegeven, voorlopig oordeel dat de OBU naar zijn [lees: haar; toevoeging van mij, AJMN] aard moet worden beschouwd als een strikt persoonlijk recht van de man, welk oordeel mede erop berustte dat voor het verkrijgen van het recht op de OBU geen premies ten laste van de tot de gemeenschap behorende middelen zijn voldaan. De uitkomst van dit onderzoek was – zie de hiervoor in 3.3 aangehaalde rov. 4.6 – dat, zelfs indien het PGGM de gedurende ongeveer vier jaar door de man voor het FLEX-pensioen betaalde premies zou gebruiken voor de dekking van de OBU, voor dat terugkomen geen grond bestaat omdat het aldus aanwenden van die premies nog niet betekent dat de OBU niet langer meer hoofdzakelijk gefinancierd wordt op basis van rentedekking in plaats van kapitaalsdekking zoals voorgeschreven voor (pre)pensioenen. De slotsom moet dan ook zijn dat onderdeel 1 niet tot cassatie kan leiden.

3.5.1 Onderdeel 2 acht de oordeelsvorming waartoe het hof in rov. 4.6 is gekomen op een drietal punten onjuist, althans onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd.

3.5.2 Dit verwijt betreft (onder 6) in de eerste plaats het oordeel dat, als het PGGM al de door de man betaalde premies voor het FLEX-pensioen over een beperkte periode van vier jaar zou gebruiken voor de dekking van de OBU, dat nog niet betekent dat daardoor de OBU niet langer meer hoofdzakelijk gefinancierd wordt op basis van rentedekking in plaats van kapitaalsdekking zoals voorgeschreven voor (pre)pensioenen. Dit laatste, aldus het onderdeel, heeft de man niet aan zijn verweer ten grondslag gelegd, zodat het hof hetzij in strijd met art. 24 Rv. de feitelijke grondslag van het verweer en/of in strijd met art. 149 lid 1 Rv. de feiten heeft aangevuld, hetzij buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden.

3.5.3 Dit betoog treft evenmin als de daaraan subsidiair toegevoegde motiveringsklacht doel. De vrouw heeft in haar verweerschrift in hoger beroep onder meer aangevoerd

- dat door de geleidelijke vervanging vanaf 1999 van de OBU-regeling door het onder de WVPS vallende FLEX-pensioen een hybride situatie ('vermenging van kapitaalgedekte onvoorwaardelijke prepensioenrechten aangevuld met VUT-elementen') is ontstaan;
- dat als het recht op FLEX-pensioen wegvalt de hiervoor gereserveerde gelden door het pensioenfonds kunnen worden aangewend ter financiering van de OBU-regeling;
- dat hieraan de conclusie moet worden verbonden dat de OBU-regeling ten minste voor een deel is gefinancierd met premies die betaald zijn uit de huwelijksgemeenschap;
- dat door de koppeling van de OBU-regeling aan het FLEX-pensioen niet langer kan worden gesproken van een loonvervangende uitkering, zodat elke vergelijking met een VUT-regeling is komen te vervallen.

Ter staving van dit standpunt beriep de vrouw zich mede op een door haar overgelegde brief van B&B Pensioenconsultants van 27 februari 2006 waarin onder meer wordt gewezen op het verschil in financieringswijze tussen een loonvervangende uitkering (rentedekking) en pensioen (verplichte kapitaalsdekking).

De man heeft zich hiertegenover onder meer beroepen op een bij pleidooi in het geding gebrachte notitie van prof. mr. E. Lutjens,

<sup>6</sup> Gemakshalve vervang ik in de tekst van de beschikking van de Hoge Raad 'verzoekster' (tot cas-

satie) door 'de vrouw' en 'verweerder' (in cassatie) door 'de man'.

waarin als een van de kenmerken van de OBU wordt genoemd dat de werknemers 'geen premie voor een eigen op te bouwen OBU-aanspraak' betalen. In die notitie wordt voorts onder meer gesteld dat bij het rond 1999 op gang gekomen proces van vervanging van VUT-regelingen (bij PGGM: OBU) door pensioenregelingen vrijwel altijd in die zin sprake is van een koppeling, dat het gebruikelijk is om voor met name de oudere werknemers, die immers nog onvoldoende dienstjaren te gaan hebben om een behoorlijke aanspraak op pensioen te kunnen opbouwen, de VUT (OBU) nog gedurende een overgangperiode in stand te laten, soms volledig, soms als aanvullende garantieregeling. Het bestaan van zo'n koppeling betekent echter volgens die notitie niet dat, zoals in het verweerschrift in hoger beroep wordt betoogd, de uitkeringen daarmee een soort van hybride karakter zouden hebben en hun eigen kenmerken niet meer bezitten.

Gelet op deze stellingname over en weer belette niets het hof om zijn oordeel dat de OBU, als te zeer aan de man verknocht, niet in de huwelijksgemeenschap valt, mede daarop te gronden dat de OBU in hoofdzaak wordt gefinancierd op basis van rentedekking in plaats van, zoals bij (pre)pensioenen voorschift is, kapitaalsdekking. Laatstvermeld oordeel behoefde geen nadere motivering.

3.5.4 Onderdeel 2 klaagt (onder 7) voorts met name over onjuistheid van het oordeel dat aan de door de vrouw geschetste verwevenheid tussen de OBU en het FLEX-pensioen – in die zin dat als de man voor de OBU kiest het PGGM het ten behoeve van zijn FLEX-pensioen gereserveerde bedrag kan aanwenden om de voor de OBU benodigde reserve te creëren – minder gewicht toekomt dan aan de in rov. 4.4 vermelde feiten, die naar het oordeel van het hof steun geven aan de opvatting dat de OBU naar zijn [lees: haar; toevoeging van mij, AJMN] aard moet worden beschouwd als een strikt persoonlijk recht van de man. Gelet op die verwevenheid gaat het immers bij de OBU thans in het overgangsrechtelijke regime van het PGGM om een voorwaardelijk recht, dat – zo betoogt het onderdeel onder wijziging naar HR 27 november 1982 [lees: 1981; toevoeging van mij, AJMN], nr. 11708, NJ 1982, 503 (Boon/Van Loon) – uit maatschappelijk oogpunt bestemd is te voorzien in de behoefte van beide echtgenoten en dat, zeker waar de opbouw daarvan gedeeltelijk is gefinancierd ten laste van de huwelijksgemeenschap, in beginsel moet worden gezien als het resultaat van de gemeenschappelijke inspanningen van de echtgenoten.

3.5.5 Deze klacht, waarmee niet wordt opgekomen tegen het – juiste – oordeel van het hof dat de in rov. 4.4 vermelde omstandigheden (zie hiervoor in 3.3, onder b) steun geven aan het standpunt dat de OBU naar zijn [lees: haar; toevoeging van mij, AJMN] mede door de maatschappelijke opvattingen bepaalde aard moet worden beschouwd als een strikt persoonlijk recht van de man, faalt. Wil, gegeven de verknochtheid van de OBU aan de man, voor verrekening plaats zijn dan zal ter zake van het recht op die uitkering sprake moeten zijn van een niet te verwaarlozen band met de vrouw. Naar het hof terecht heeft geoordeeld levert de verwevenheid tussen OBU en FLEX-pensioen, die – naar veronderstellenderwijs moet worden aangenomen – tot uiting komt in gedeeltelijke financiering van de OBU door middel van premies voor het FLEX-pensioen die ten laste van de huwelijksgemeenschap zijn gekomen, niet een zodanige band op nu die financiering niet wegneemt dat de OBU hoofdzakelijk op basis van rentedekking gefinancierd wordt. Op het voorgaande stuit ook de subsidiair voorgestelde motiveringsklacht af.

3.5.6 Onder 8 komt het onderdeel ten slotte op tegen het oordeel van het hof dat de stelling van de vrouw, dat het jegens haar onredelijk is dat de keuze van de man voor de OBU in plaats van het FLEX-

pensioen nadelige gevolgen voor haar heeft, evenmin tot de door de vrouw gewenste verrekening leidt. Tevergeefs evenwel, omdat dit oordeel gelet op HR 3 november 2006, nr. C05/211, RvdW 2006, nr. 1034, rov. 3.3.2, juist is en geen nadere motivering behoefde dan het hof heeft gegeven.

## De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het door de vrouw tegen de beschikking van het hof ingestelde cassatieberoep.

## Noot<sup>7</sup>

### 1 De absorberende of aanzuigende werking van de wettelijke gemeenschap van goederen

De wettelijke gemeenschap van goederen omvat in beginsel alle tegenwoordige en toekomstige goederen van de echtgenoten (art. 1:94 lid 1, aanhef, BW). Omdat zij ook een gemeenschap van schulden is, omvat zij in beginsel ook alle schulden van de echtgenoten (art. 1:94 lid 2 BW). De wettelijke gemeenschap werkt absorberend, als het ware als een spons: zij zuigt alle goederen en schulden in zich op. Dat is de hoofdregel die het hof in rov. 4.2 van zijn beschikking volgens de Hoge Raad met juistheid heeft vooropgesteld. Het tot de gemeenschap behoren van goederen en schulden is regel en het tot het privévermogen van een der echtgenoten behoren van goederen en schulden is uitzondering. De wet kent de volgende uitzonderingen op de hoofdregel:

- a. de uitsluitingsclausule, op grond waarvan goederen ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen, in het privévermogen van een der echtgenoten vallen (art. 1:94 lid 1, middenin, BW);
- b. het vruchtgebruik, bedoeld in afdeling 4.3.2 BW (art. 1:94 lid 1, slot, BW), te weten het vruchtgebruik op woning en inboedel (art. 4:29 BW) en het verzorgingsvruchtgebruik op andere goederen (art. 4:30 BW);
- c. aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknochte goederen en schulden (art. 1:94 lid 3 BW);
- d. pensioenrechten waarop de Wvps van toepassing is, alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen (art. 1:94 lid 4 BW), zij het dat de *waarde* van deze pensioenrechten wel moet worden verevend (waarover meer hierna).

De onder a, b en d genoemde uitzonderingen betreffen slechts activa, terwijl de onder c genoemde uitzondering zowel activa als passiva betreft.

Naar komend recht neemt het aantal uitzonderingen op de hoofdregel toe. Wetsvoorstel 28 867 tot aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen<sup>8</sup> kent de volgende uitzonderingen:

7 In deze noot ga ik uitsluitend in op de huwelijksvermogensrechtelijke aspecten van deze procedure en dus niet op de pensioenrechtelijke en pensioentechnische aspecten hiervan.

8 De hierna volgende opsomming is ontleend aan de recentste tekst van het wetsvoorstel, zoals deze is samengesteld vanuit *Kamerstukken II*

2002/03, 28 867, nr. 1-2, p. 2-3, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 867, nr. 7, p. 1 en *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 2 en 4, alsmede nr. 12, p. 1-2. Nadien zijn nog vijf amendementen ingediend (*Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 14-18), waarvan in dit verband vooral de amendementen 14 en 16 (amendementen-Anker) van

belang zijn. Amendement 14 wil op het punt van de omvang van de wettelijke gemeenschap, mijns inziens ten onrechte, praktisch alles bij het oude laten en dus erfrechtelijke verkrijgingen en giften in de wettelijke gemeenschap laten vallen behoudens de aanwezigheid van een uitsluitingsclausule. Amendement 16 wil art. 1:95 BW ▶

- a. krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen, met uitzondering van giften van tot de gemeenschap behorende goederen aan de andere echtgenoot (art. 1:94 lid 2, onder a, en lid 3, eerste zin, BW nieuw), hetgeen echter niet betekent dat de uitsluitingsclausule overbodig wordt,<sup>9</sup> omdat bij gebreke daarvan de echtgenoten kunnen overeenkomen dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften wél in de gemeenschap moeten vallen (daarom ook bepaalt art. 1:121a BW nieuw dat goederen, alsmede de vruchten van die goederen, ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen, buiten de gemeenschap blijven, ook al zijn echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen dan wel de vruchten daarvan in de gemeenschap van goederen vallen);
- b. pensioenrechten waarop de Wvps van toepassing is, alsmede met die pensioenrechten verband houdende rechten op nabestaandenpensioen (art. 1:94 lid 2, onder b, BW nieuw);
- c. rechten op het vestigen van vruchtgebruik als bedoeld in de artikelen 4:29 en 30 BW, vruchtgebruik dat op grond van die bepalingen is gevestigd, alsmede hetgeen wordt verkregen ingevolge de artikelen 4:34 tot en met 36, 38, 63 tot en met 92 en 126 lid 2, onder a en c, BW (art. 1:94 lid 2, onder c, BW nieuw);
- d. aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknochte goederen en schulden (art. 1:94 lid 4 BW nieuw);
- e. vruchten van goederen die niet in de gemeenschap vallen (art. 1:94 lid 5, eerste zin, BW nieuw);
- 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 van een echtgenoot treedt, waaronder begrepen een vordering ter zake van waardevermindering van zulk een goed (art. 1:94 lid 5, tweede zin, BW nieuw);
- g. schulden betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen (art. 1:94 lid 6, onder a, BW nieuw);
- h. schulden uit door een der echtgenoten gedane giften, gemaakte bedingen en aangegane omzettingen als

bedoeld in artikel 4:126 leden 1 en 2, onder a en c, BW (art. 1:94 lid 6, onder b, BW nieuw);

- i. door een echtgenoot anders dan om niet verkregen goederen, indien de tegenprestatie bij de verkrijging van deze goederen voor meer dan de helft ten laste van het eigen vermogen van deze echtgenoot komt (art. 1:95 lid 1, eerste zin, BW nieuw).

De onder a, b, c, e, f en i genoemde uitzonderingen betreffen slechts activa, de onder d genoemde uitzondering betreft zowel activa als passiva en de onder g en h genoemde uitzonderingen betreffen slechts passiva. Gelet op dit grote aantal uitzonderingen op de hoofdregel naar komend recht, zal het geen verbazing wekken dat het bijvoeglijk naamwoord 'algehele', dat nu nog voorkomt in artikel 1:93 BW, definitief uit het huwelijksvermogensrecht wordt geschrapt. Dit woord is eigenlijk al naar huidig recht onjuist, dus a fortiori naar komend recht onjuist, omdat daarin als wettelijk stelsel een beperkte gemeenschap van goederen wordt geïntroduceerd. Het huidige opschrift van titel 1.7 BW ('De wettelijke gemeenschap van goederen') is daarentegen wél juist en wordt dan ook terecht in het nieuwe huwelijksvermogensrecht gehandhaafd.

## 2 Gradaties van verknochtheid

'Verknochte goederen en schulden vallen niet in de gemeenschap', hoort men vaak niet alleen vele studenten, maar ook afgestudeerde (praktijk)juristen zeggen. Deze stelling is echter onjuist, omdat zij te ongenueanceerd is. Men moet gradaties in de mate van verknochtheid onderscheiden. De belangrijkste woorden in artikel 1:94 lid 3 BW (en in art. 1:94 lid 4 BW nieuw) zijn dan ook 'op enigerlei bijzondere wijze' en 'voor zover'. Er zijn (zeer) sterk verknochte goederen en schulden, er zijn (zeer) zwak verknochte goederen en schulden en er zijn goederen en schulden die zich daartussenin bevinden.<sup>10</sup> Ik geef van deze gradaties in de mate van verknochtheid enkele voorbeelden.

### a. Zeer sterk verknocht goed

Onder een zeer sterk verknocht goed versta ik een goed dat zowel goederenrechtelijk als economisch – wat zijn waarde betreft – buiten de gemeenschap valt. Bekende voorbeelden hiervan uit de jurisprudentie van de Hoge

(nieuw) schrappen, mijns inziens evenzeer ten onrechte, omdat de indiener van dit amendement miskent dat dit artikel reeds geldend recht is. Vanwege de schrapping van de beperkte gemeenschappen van vruchten en inkomsten en van winst en verlies (art. 1:122-128 BW) in wetsvoorstel 28 867 moet de in de ogen van de wetgever (en trouwens ook van de meeste huwelijksvermogensrechtelijke auteurs en vele rechters) wenselijke zaaksvervangingsregel van art. 1:124 lid 2 BW verhuizen naar art. 1:95 BW (nieuw). De heersende leer is echter dat art. 1:124 lid 2 BW reeds nu analoog moet worden toegepast op de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen van de art. 1:93 e.v. BW, zodat aanvaarding van amendement 16 betekent dat men terugkeert naar de onwenselijke situatie van vóór 1992, die

erop neerkwam dat, als een goed met 99% privé-middelen en 1% gemeenschapsmiddelen was gefinancierd, dit goed niettemin in de gemeenschap viel. Ten tijde van de voltooiing van deze noot (1 mei 2008) had de Tweede Kamer nog niet over deze amendementen gestemd. Het is te hopen dat de amendementen 14 en 16 worden verworpen, omdat zij de kern uit het wetsvoorstel halen. Ook amendement 15 (amendement-Anker) betreffende de verzachting van de gevolgen van de zogenaamde koude uitsluiting is naar mijn mening niet wenselijk. Amendement 17 (amendement-Pechtold) betreffende het huwelijksgoederenregister (art. 1:116 BW) en amendement 18 (amendement-Van der Staaij) betreffende vervanging van het woord 'overeenkomst' door de woorden 'schriftelijke overeenkomst' in de art. 1:87 lid 4,

eerste zin, en 96b, eerste zin, BW (nieuw) mogen wat mij betreft allebei onmiddellijk worden aangevraagd.

<sup>9</sup> Bovendien is in de overgangsbepaling van art. V lid 2 geregeld dat op een gemeenschap van goederen, ontstaan vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, o.a. art. 1:94 lid 2, onder a, BW (nieuw) niet van toepassing is; zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 867, nr. 9, p. 6.

<sup>10</sup> Vgl. A.J.M. Nuytinck, 'Scheiding tussen recht en belang in het personen- en familierecht', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof.mr. S.C.J.J. Kortmann* (Kortmannbundel), Serie Onderneming en Recht, deel 41, Deventer: Kluwer 2007, p. 169-185, in het bijzonder p. 177-180, nr. 4 en 5.

Raad zijn het invaliditeitspensioen<sup>11</sup> en het smartengeld.<sup>12</sup> Ik wijs er overigens op dat de wettelijke regeling van het schadevergoedingsrecht zich op zichzelf niet verzet tegen het vallen van smartengeld in de wettelijke gemeenschap. Nadat de wetgever in artikel 6:106 lid 2, eerste zin, BW heeft vooropgesteld dat het recht op vergoeding van immateriële schade, dus nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (smartengeld in de zin van art. 6:106 lid 1 BW), niet vatbaar is voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld, voegt hij hieraan in de tweede zin van eerstgenoemde bepaling toe dat voor overgang onder algemene titel voldoende is dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken. Overgang onder algemene titel is niet alleen erfopvolging (art. 3:80 lid 2 jo. art. 4:182 BW), maar ook boedelmenging (art. 3:80 lid 2 jo. art. 1:93 BW). Het is dus niet de wet zelf, maar wel de huwelijksvermogensrechtelijke (immers op art. 1:94 lid 3 BW betrekking hebbende) jurisprudentie van de Hoge Raad, die zich verzet tegen het vallen van smartengeld in de wettelijke gemeenschap, en wel met de inmiddels bekende en vertrouwde formulering:

Het antwoord op de vragen of een goed op bijzondere wijze aan één der echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt – een en ander als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW – hangt af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.

De Hoge Raad herhaalt deze formulering in twee uitspraken op dezelfde dag in 2006 onder verwijzing naar de uitspraken van 1988 en 1997 betreffende het invaliditeitspensioen en het smartengeld.<sup>13</sup> De eerste uitspraak van 2006 bevat dan nog een belangrijke aanvulling met betrekking tot de betekenis van toekomstige inkomensschade voor de verknochtheidsproblematiek:

Zo zal bijvoorbeeld nodig kunnen zijn dat blijkt of de vergoeding betrekking heeft op schade die de betrokken echtgenoot als gevolg van het ongeval na ontbinding van de gemeenschap in de toekomst zal lijden, zoals toekomstige inkomensschade wegens door het ongeval blijvend verloren arbeidsvermogen.

Ook de tweede uitspraak van 2006 bevat een belangrijke aanvulling met betrekking tot de betekenis van de beginselen van redelijkheid en billijkheid voor de verknochtheidsproblematiek:

Anders dan het onderdeel betoogt, is er geen grond bij de beantwoording van de hiervoor bedoelde vragen<sup>14</sup> telkens te betrekken of de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen de deelgenoten beheerst [lees: beheersen; toevoeging van mij, AJMN], in een

andere richting wijzen. Ten aanzien van die vragen is [lees: zijn; toevoeging van mij, AJMN] namelijk de redelijkheid en billijkheid reeds in de maastaf verdisconteerd door de invloed die wordt toegekend aan de maatschappelijke opvattingen. Deze objectieve maastaf dient de rechtszekerheid welke ten aanzien van de omvang van de huwelijksgemeenschap haar gewicht in de schaal werpt in verband met de mogelijke rechten van derden.

In de onderhavige procedure betreffende de OBU heeft het hof aan het slot van de hierboven geciteerde rov. 4.6 van zijn beschikking deze formulering van de Hoge Raad overgenomen, dit tot volle tevredenheid van laatstgenoemde blijkens de hierboven geciteerde rov. 3.5.6 van diens beschikking.

De OBU is een zeer sterk verknocht goed. Anders dan de rechtbank, komen het hof en de Hoge Raad wél tot deze conclusie. Het is uit de overwegingen van het hof en van de Hoge Raad heel duidelijk geworden dat de hierboven onder (ii) – (vi) genoemde feiten beslissend zijn geweest voor deze conclusie. Vooral van belang is dat

1. de OBU een salarisvervangende uitkering is;
2. de OBU geen pensioen is;
3. de OBU niet onder de Wvps valt;
4. de OBU niet berust op een geleidelijke, aan het voortduren van de arbeidsverhouding gekoppelde opbouw van aanspraken;
5. aan de OBU geen contante waarde valt toe te kennen;
6. de OBU alleen direct in aansluiting op het dienstverband kan ingaan;
7. bij eerder vertrek geen recht op de OBU bestaat;
8. bij de OBU geen sprake is van opgebouwde rechten die door waardeoverdracht kunnen worden meegenomen;
9. tijdens het huwelijk van partijen geen premies zijn voldaan, dus ook geen premies ten laste van de tot de gemeenschap behorende middelen, voor het verkrijgen van het recht op de OBU.

Overziet men dit alles, dan wekt het geen verbazing dat het hof tot de conclusie komt dat de OBU naar haar aard moet worden beschouwd als een strikt persoonlijk recht van de man, waarbij het hof er blijk van geeft het juiste criterium met betrekking tot het leerstuk van de verknochtheid te hebben gehanteerd door te verwijzen naar de aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dan ook terecht in stand. De OBU heeft veel weg van de VUT-uitkering, die eveneens zeer sterk verknocht is en evenmin onder de Wvps valt.<sup>15</sup>

#### *b. Zeer zwak verknocht goed*

Onder een zeer zwak verknocht goed versta ik een goed dat zowel goederenrechtelijk als economisch in de gemeenschap valt, maar ten aanzien waarvan de beginselen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat dit goed na ontbinding van de gemeenschap aan een bepaalde echtge-

11 HR 23 december 1988, *NJ* 1989, 700, m.nt. EAAL (invaliditeitspensioen).

12 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, m.nt. WMK (smartengeld). Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

13 HR 3 november 2006, LJN: AX7805, *RvdW* 2006, 1032, rov. 3.5.2 en HR 3 november 2006, LJN: AX8843, *RvdW* 2006, 1034, rov. 3.3.2.

14 Dat zijn dus de vragen of een goed op bijzondere wijze aan één der echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen ver-

zet dat het goed in de gemeenschap valt, een en ander als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW.

15 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 2 november 1994, *NJ* 1995, 332.

noot behoort te worden toegedeeld. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin A en B in de wettelijke gemeenschap van goederen met elkaar zijn gehuwd en A van zijn vader een schilderij heeft geërfd, dat als een echt familiestuk kan worden beschouwd, nu het zich al enkele honderden jaren binnen A's familie bevindt. A's vader heeft echter verzuimd een uiterste wil met daarin een uitsluitingsclausule (art. 1:94 lid 1, middenin, BW) te maken. Het schilderij valt nu zowel goederenrechtelijk als economisch in de gemeenschap. Als A en B gaan scheiden, zullen redelijkheid en billijkheid in dit geval kunnen meebrengen dat het schilderij in het kader van de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap na echtscheiding aan A wordt toegedeeld.

### c. Goed tussen a en b in

Tussen de categorieën a en b in kan zich een goed bevinden dat noch als (zeer) sterk, noch als (zeer) zwak verknocht kan worden beschouwd. Daarmee bedoel ik een goed dat weliswaar niet goederenrechtelijk, maar wel economisch in de gemeenschap valt. Deze situatie doet zich voor als de Wvps van toepassing is. Onder deze wet vallende pensioenrechten en daarmee verband houdende rechten op nabestaandenpensioen vallen op grond van artikel 1:94 lid 4 BW niet in de gemeenschap, maar ingevolge artikel 1:155 BW<sup>16</sup> in verbinding met de artikelen 2 en 3 Wvps moet de waarde van deze pensioenrechten wel degelijk worden verevend. Anders dan vóór 1 mei 1995 – de datum van inwerkingtreding van de Wvps – het geval was op grond van het arrest Boon-Van Loon,<sup>17</sup> betreft de pensioenverevening thans uitsluitend de huwelijkse en niet de voorhuwelijkse periode en vindt zij plaats ongeacht het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten. Voor de wijze van pensioenverevening is vooral het bepaalde in artikel 2 lid 2 in verbinding met artikel 3 lid 1 Wvps van belang. De wettelijke regeling is niet van dwingend recht: echtgenoten kunnen de toepasselijkheid van de Wvps uitsluiten bij huwelijkse voorwaarden of bij een 'bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding', waarmee de wetgever het (echt)scheidingsconvenant bedoelt (art. 2 lid 1, slot, Wvps).

De situatie van het niet goederenrechtelijk, maar wel economisch gemeenschappelijk zijn van een goed doet zich ook voor ten aanzien van het aandeel in een personenvennootschap van een in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde vennoot, die vervolgens gaat scheiden. De vraag is dan immers wat er met zijn aandeel in de personenvennootschap gebeurt. Valt dit aandeel nu wél of

niet in de wettelijke gemeenschap naar huidig en komend recht? Naar huidig recht heeft de Hoge Raad<sup>18</sup> geoordeeld dat het aandeel van een vennoot in een personenvennootschap goederenrechtelijk buiten de wettelijke gemeenschap valt, maar dat de waarde van dit aandeel wel degelijk tot de wettelijke gemeenschap moet worden gerekend. Overigens is de opvatting zeer goed verdedigbaar dat er geen enkel bezwaar tegen bestaat het aandeel in de personenvennootschap ook in goederenrechtelijke zin in de wettelijke gemeenschap te laten vallen, nu de eisen van redelijkheid en billijkheid praktisch altijd zullen meebrengen dat bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap en de daaropvolgende verdeling daarvan dit aandeel wordt toegedeeld aan de echtgenoot-vennoot en niet aan de andere echtgenoot, zodat hier hetzelfde geldt als hierboven is beschreven onder categorie b (zeer zwak verknocht goed). Toch wordt naar komend recht de beslissing van de Hoge Raad van 1961 gecodificeerd in artikel 7:808 BW (nieuw), dat bepaalt dat slechts de 'economische deelgerechtigdheid' van een vennoot in het vermogen van de vennootschap in een gemeenschap van goederen valt waarin hij is gehuwd of als partner is geregistreerd.<sup>19</sup> De term 'economische deelgerechtigdheid' is oorspronkelijk afkomstig van Maeijer.<sup>20</sup>

d. Niet (op enigerlei bijzondere wijze) verknocht goed of niet (op enigerlei bijzondere wijze) verknochte schuld  
Natuurlijk kunnen er ook altijd goederen of schulden zijn waarvan men zo op het eerste gezicht zou verwachten dat deze op grond van hun bijzondere verknochtheid wel buiten de gemeenschap zullen vallen, maar ten aanzien waarvan dan uiteindelijk toch blijkt – althans in de visie van de Hoge Raad – dat deze wel degelijk tot de gemeenschap moeten worden gerekend. Ook van deze categorie geef ik ten slotte nog enkele voorbeelden. Volgens de Hoge Raad<sup>21</sup> dient een geldsom die als 'gouden handdruk' wordt ontvangen, tot de gemeenschap te worden gerekend. Hetzelfde geldt volgens de Hoge Raad<sup>22</sup> voor een bijstandsschuld van een der echtgenoten. Ook een studie(financierings)schuld is niet in bijzondere mate verknocht. Een schuld wegens ten onrechte ontvangen sociale verzekeringsuitkeringen en voorschotten valt in de gemeenschap<sup>23</sup> en ook belasting- en premieschulden vallen in de gemeenschap.<sup>24</sup> Ten aanzien van al deze schulden geldt dus gewoon de hoofdregel van de artikelen 1:94 lid 2 BW en 94 lid 6, aanhef, BW (nieuw). ■

16 Art. 1:155 BW geldt niet alleen in geval van echtscheiding, maar op grond van de schakelbepaling van art. 1:169 lid 2 BW ook in geval van scheiding van tafel en bed. Daarnaast is eerstgenoemd artikel uiteraard ook van overeenkomstige toepassing verklaard in geval van beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden (art. 1:80d lid 2 BW) en in geval van (gerechtelijke) ontbinding van het geregistreerd partnerschap (art. 1:80e lid 1 BW).

17 HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503, m.nt. EAAL

en WHH, AA 1982, p. 665-671, m.nt. PvS (Boon-Van Loon), waarnaar onderdeel 2 van het cassatiemiddel blijkt rov. 3.5.4 van de beschikking van de Hoge Raad in de OBU-procedure verwijst.

18 HR 15 december 1961, *NJ* 1962, 48 (Terneuzense vennootschap, Naeije-Naeije).

19 Wetsvoorstel 28 746 tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek; zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 746, A, p. 3.

20 Asser-Maeijer 5-V, *Bijzondere overeenkomsten. Maatschap, vennootschap onder firma, commandi-*

*taire vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, opschrift boven paragraaf 2 van hoofdstuk VI, nr. 155-161.

21 HR 22 maart 1996, *NJ* 1996, 640, m.nt. WMK (gouden handdruk).

22 HR 27 mei 1983, *NJ* 1984, 146, m.nt. EAAL (bijstandsschuld).

23 HR 15 mei 1992, *NJ* 1993, 486, m.nt. EAAL (reparatiehuwelijk).

24 HR 25 juni 1993, *NJ* 1994, 31, m.nt. WMK (belasting- en premieschulden).