

Voortgezette verknochttheid en zaaksvervanging in het huwelijksvermogensrecht

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 26 september 2008, LJN: BF2295 (mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels; A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent)

Geschil tussen voormalige echtelieden bij 'verdeling' van hun fictieve ontbonden huwelijksgemeenschap over de vraag of het tijdens het huwelijk aan de vrouw uitgekeerde bedrag ter zake van vergoeding van immateriële schade, waarmee zij een perceel grond heeft gekocht waarop later de voormalige echtelijke woning is gebouwd, in de gemeenschap is gevallen dan wel wegens verknochttheid 'op enigerlei bijzondere wijze' daarbuiten is gebleven; verknochttheid als bedoeld in artikel 1:94 lid 3 BW; invloed zaaksvervanging; aard en strekking finaal verrekenbeding; toepasselijkheid artikel 1:95 lid 2 BW.

De feiten¹

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Partijen zijn op 24 juni 1977 met elkaar gehuwd onder het maken van huwelijkse voorwaarden die uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen inhouden. Deze voorwaarden bepalen voorts dat bij ontbinding van het huwelijk partijen afrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen zijn gehuwd.
- (ii) In oktober 1997 hebben partijen hun samenwoning beëindigd.
- (iii) Bij beschikking van 9 december 1999 is tussen hen echtscheiding uitgesproken. Deze beschikking is op 29 februari 2000 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.
- (iv) Aan de vrouw is in 1975 een ongeval overkomen. In verband daarmee is aan haar een schadevergoeding uitgekeerd, in totaal tot een bedrag van f 300.000,-. De vrouw heeft van dit bedrag tijdens het huwelijk een perceel grond gekocht, waarop later de voormalige echtelijke woning is gebouwd.

Het geding in feitelijke instanties²

De vrouw heeft zich op het standpunt gesteld dat het hiervoor onder (iv) vermelde perceel grond buiten het hiervoor onder (iii) vermelde verrekenbeding dient te blijven. De rechtbank heeft, voor zover in cassatie van belang, de stelling van de vrouw dat dit perceel aan haar verkocht is, verworpen. Het hof heeft met betrekking tot de daartegen door de vrouw aangevoerde grief overwogen (rov. 5.2) dat vaststaat dat de aan de vrouw uitgekeerde bedragen vóór de peildatum van 20 april 1999 geheel waren besteed, dat het van de aard van het goed dat door zaaksvervanging in de plaats is getreden van het verknochte goed, afhangt of ook dit goed verkocht is, en dat niet valt in te zien dat het perceel grond een zodanig nauwe binding met de vrouw vertoont dat 'een of meer van de aan het vallen in de gemeenschap verbonden gevolgen' niet kunnen intreden op grond van het bepaalde in artikel 1:94 lid 3 BW.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

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

3.3 Onderdeel 1 van het middel, dat zich keert tegen het voormelde oordeel van het hof, gaat uit van de opvatting dat bij wederbelegging van goederen en/of gelden die door verknochttheid buiten de gemeenschap van goederen vallen, als sprake is van volledige financiering door en levering van deze goederen aan degene aan wie het verknochte goed toebehoorde, het nieuw verkregen goed op grond van zaaksvervanging eveneens buiten de gemeenschap blijft. Deze opvatting kan echter niet als juist worden aanvaard. Het antwoord op de vraag of een goed op een bijzondere wijze aan een der echtgenoten is verkocht, hangt immers af van de aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald

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

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

(vgl. HR 3 november 2006, nr. R05/126, NJ 2008, 258). Hieruit vloeit reeds voort dat niet ieder goed dat in de plaats treedt van een verknocht goed, eveneens of op dezelfde wijze als aan een van de echtelieden verknocht kan worden beschouwd.

3.4 Onderdeel 2 klaagt dat, ook als voor zaaksvervanging bij verknochtheid geen rol is weggelegd, het oordeel van het hof dat niet valt in te zien dat het perceel grond een zodanig nauwe binding heeft met de persoon van de vrouw dat een of meer gevolgen van het vallen in de gemeenschap niet behoren in te treden, onjuist althans onbegrijpelijk is. Daarbij neemt het onderdeel tot uitgangspunt dat als maatstaf heeft te gelden of na de belegging van verknochte goederen redenen zijn te vinden die zich tegen een dergelijke 'voortgezette' verknochtheid verzetten. Uit hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen volgt echter dat deze maatstaf niet juist is. Degene die zich op verknochtheid van goederen beroept, dient te stellen op grond waarvan daarvan sprake is. Anders dan namens de vrouw is aangevoerd, kan niet op grond van de redelijkheid en billijkheid worden aangenomen dat in een geval als het onderhavige hetgeen door wederbelegging van een geldsom die, naar in cassatie verondersteltendwijs moet worden aangenomen, strekte tot vergoeding van immateriële schade, is verkregen, eveneens verknocht is. Het onderdeel kan op grond van dit een en ander niet tot cassatie leiden.

3.5 Onderdeel 3 bouwt voort op de onderdelen 1 en 2 en deelt het lot daarvan.

3.6 Onderdeel 4 klaagt dat het hof zonder enige motivering aan de vrouw een nominaal vergoedingsrecht heeft ontzegd ter zake van de door haar uit haar privévermogen (de onder 3.4 bedoelde geldsom) gedane investering. Voorzover het hof heeft aangenomen dat de vrouw op dit recht geen beroep heeft gedaan, is dit oordeel volgens onderdeel 4.1 onbegrijpelijk. Indien het hof van oordeel was dat de afwijzing van het beroep op zaaksvervanging tevens inhoudt dat geen plaats is voor een vergoedingsrecht, geeft dit oordeel volgens onderdeel 4.2 blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 1:95 lid 2 BW. Onderdeel 4.3 strekt ten betoge dat de man het desbetreffende beroep van de vrouw op vergoeding niet gemotiveerd heeft bestreden, zodat het hof door de vordering van de vrouw te deze zake af te wijzen buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, althans een onbegrijpelijke beslissing heeft gegeven.

3.7 Onderdeel 4 stuit in zijn geheel af op het volgende. Het verrekenbeding dat partijen zijn overeengekomen houdt in dat zij aan het einde van hun huwelijk hun privévermogens verrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen gehuwd zijn. Het gaat om een finaal verrekenbeding dat klaarblijkelijk er toe strekt dat partijen afrekenen door de waarde van de beide vermogens op de peildatum bij elkaar op te tellen en de som daarvan – vanwege de overeengekomen fictie dat zij op dat moment in gemeenschap van goederen gehuwd zijn – bij helfte te delen, zodat degene van wie het privévermogen minder waard is dan de helft van de waarde van beide vermogens, een vordering ten belope van het verschil verkrijgt op de ander. Het beding bevat dus niets anders dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en heeft niet tot gevolg dat de partijen bij de verrekening ervan dienen uit te gaan dat tijdens het huwelijk of op het moment van de verrekening tussen hen daadwerkelijk een gemeenschap bestaat. Daarom vindt bij deze verrekening art. 1:95 lid 2 geen toepassing. Die bepaling gaat immers uit van het daadwerkelijk bestaan van een gemeenschap. De genoemde analogie brengt wel mee dat moet worden aangenomen dat buiten de verrekening vallen goederen die bij het bestaan van een gemeenschap tussen de partijen daarbuiten zouden zijn gevallen (zoals goederen als bedoeld in art. 1:94 lid 1, 3 en 4). Ook partijen kunnen in hun huwelijkse voorwaarden een regeling treffen op grond waarvan bepaalde goederen van de verrekening worden uitgezonderd. De vrouw heeft naar het kennelijke oordeel van het hof in dit verband niets aangevoerd waar-

uit zou kunnen worden afgeleid dat van een dergelijke uitzondering sprake is. Daarom is in het onderhavige geval geen andere conclusie mogelijk dan dat partijen, zoals het hof heeft aangenomen, ieder hun gehele vermogen in de afrekening behoren te betrekken. Voor het aannemen van een 'vergoedingsrecht' ter zake van het door haar gekochte perceel als door de vrouw is bepleit, bestaat dus geen enkele grond.

3.8 Onderdeel 5 bevat geen zelfstandige klacht en kan daarom onbehandeld blijven.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verworpt het door de vrouw tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep.

Noot

1 Inleiding

Het huwelijksvermogensrecht mag zich in 2008 in een warme belangstelling van de Hoge Raad verheugen. Bij een vluchtige telling op de website *www.rechtspraak.nl* blijkt dat hij alleen al in de eerste drie kwartalen van dit jaar meer dan tien belangrijke uitspraken op dit rechtsgebied heeft gedaan. Ook het onderhavige arrest mag er zijn: de Hoge Raad doet een belangwekkende uitspraak over de vraag of ons huwelijksvermogensrecht de zogenaamde 'voortgezette' verknochtheid kent, alsmede over de betekenis van zaaksvervanging in dit verband. Zijn arrest valt in twee onderdelen uiteen. Het bevat ten eerste rechtsoverwegingen met betrekking tot (voortgezette) verknochtheid en zaaksvervanging (rov. 3.3 en 3.4) en ten tweede rechtsoverwegingen over aard en strekking van het finaal verrekenbeding en over de toepasselijkheid van artikel 1:95 lid 2 BW (reprise) in dit verband (rov. 3.6 en 3.7). De beide andere rechtsoverwegingen (rov. 3.5 en 3.8) hebben geen zelfstandige betekenis.

2 Welk recht is van toepassing op de onderhavige huwelijkse voorwaarden?

Voordat ik toekom aan de bespreking van de relevante rechtsoverwegingen, ga ik eerst even in op de vraag welk recht de onderhavige huwelijkse voorwaarden beheerst, nu deze dateren van 24 juni 1977 of eerder. Voor zover ik de feiten onder (i) kan overzien, trek ik de conclusie dat partijen uitsluitend een finaal verrekenbeding zijn overeengekomen, dus geen periodiek verrekenbeding of een combinatie van een periodiek met een finaal verrekenbeding. Dit is een belangrijk gegeven, omdat hiervan afhangt of het oude dan wel het nieuwe recht betreffende obligatoire verrekenstelsels van toepassing is, dat wil zeggen: het recht van vóór 1 september 2002 dan wel het recht vanaf 1 september 2002. De overgangsbepaling van artikel IV lid 1 Wet regels verrekenbedingen³ bepaalt dat op huwelijkse voorwaarden⁴ die uitsluitend

3 Wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152, tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (regels verrekenbedingen), in werking

getreden op 1 september 2002.

4 De wetgever bedoelt uiteraard huwelijkse voorwaarden van vóór 1 september 2002, ook al

vermeldt hij dit niet uitdrukkelijk.

finale verrekening van vermogen bevatten, het recht zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van de inwerkingtreding van deze wet, van toepassing blijft. Omdat de onderhavige huwelijkse voorwaarden uitsluitend finale verrekening van vermogen bevatten, is de regeling met betrekking tot het wettelijk deelgenootschap in de zin van de artikelen 1:132-145 BW (oud) hierop van toepassing.⁵ Op grond van artikel 1:129 BW (oud) gelden, wanneer bij huwelijkse voorwaarden een deelgenootschap is overeengekomen, de voorschriften van afdeling 1.8.2 BW (oud), dus de artikelen 1:132-145 BW (oud), voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of door de aard der bedingen is afgeweken. Dit betekent dat van de regels betreffende het wettelijk deelgenootschap in concrete huwelijkse voorwaarden kan worden afgeweken, zodat men in de literatuur en de rechtspraak veelal onderscheid maakt tussen het wettelijk deelgenootschap en het contractueel deelgenootschap. Thans bezigt de wetgever niet langer de term 'deelgenootschap', maar spreekt hij over (periodieke en finale) verrekenbedingen in de artikelen 1:132-143 BW.⁶

3 Verknochtheid en 'voortgezette' verknochtheid, alsmede zaaksvervang

Ook over verknochtheid is de laatste tijd in de jurisprudentie van de Hoge Raad veel te doen geweest. Ik verwijfs naar zijn twee uitspraken van najaar 2006 en zijn uitspraak van voorjaar 2008, welke laatste uitspraak ik in dit tijdschrift heb geannoteerd.⁷ Ook in het onderhavige arrest verwijft de Hoge Raad met zoveel woorden naar zijn uitspraak van eind 2006 en herhaalt hij het criterium aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een goed op enigerlei bijzondere wijze aan een der echtgenoten is verknocht. Het antwoord op deze vraag 'hangt (...) af van de aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald' (rov. 3.3). Hier gaat het om een bedrag ter zake van vergoeding van immateriële schade (rov. 3.4, voorlaatste volzin). In mijn in voetnoot 7 genoemde annotatie, in het bijzonder in punt 2 daarvan betreffende gradaties van verknochtheid,⁸ heb ik er al op gewezen dat de wettelijke regeling van het schadevergoedingsrecht zich op zichzelf niet verzet tegen het vallen van smartengeld in de wettelijke gemeenschap (art. 6:106 BW), en dat het dus niet de wet zelf is, 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.

De vraag in dit concrete geval is nu echter of het stuk grond dat de vrouw van dit bedrag ter zake van vergoeding van immateriële schade tijdens het huwelijk heeft gekocht en waarop later de echtelijke woning is gebouwd, en dat dus kan worden geacht in de plaats te zijn getreden van de verknochte geldsom, op grond van deze zaaksvervang eveneens als verknocht moet worden beschouwd en dus buiten de gemeenschap valt. Dit te meer, nu dit stuk grond niet gedeeltelijk, maar volledig is gefinancierd met dit privé-geld van de vrouw en als vervangend goed is geleverd aan haar, die ook tot het vervangen goed was gerechtigd. Terecht moet de Hoge Raad niets hebben van deze zogenaamde 'voortgezette' verknochtheid, zoals hij dit fenomeen zelf aanduidt (rov. 3.4, tweede volzin). Ik ben het geheel met de Hoge Raad eens dat ten aanzien van het vervangende goed zelfstandig, dus los van de rechtspositie van het vervangen goed, moet worden beoordeeld of het vervangende goed evenzeer 'op enigerlei bijzondere wijze' verknocht is en dus buiten de gemeenschap valt, en wel aan de hand van exact hetzelfde criterium als geldt ten aanzien van het vervangen goed, dat wil zeggen: met inachtneming van de aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald. Ook A-G Wesseling-van Gent voelt niets voor deze voortgezette verknochtheid.⁹ Zij verwijft hierbij nog naar een aantal andere tegenstanders van voortgezette verknochtheid, onder wie De Boer,¹⁰ Gisolf¹¹ en Hammerstein.¹²

Volkomen juist is ook de overweging van de Hoge Raad dat degene die zich op verknochtheid van goederen beroept, dient te stellen op grond waarvan daarvan sprake is (rov. 3.4, vierde volzin). In beginsel is het namelijk zo, dat ook verknochte goederen gewoon in de wettelijke gemeenschap vallen op grond van wat ik heb genoemd de absorberende of aanzuigende werking van de gemeenschap.¹³ Degene die van mening is dat een goed op grond van verknochtheid buiten de gemeenschap valt, moet maar aannemelijk maken dat er sprake is van een zodanige mate van verknochtheid, dat deze zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt. In dit verband zijn vooral de woorden 'op enigerlei bijzondere wijze' en 'voor zover' in artikel 1:94 lid 3 BW van groot belang.¹⁴ Het in de wettelijke gemeenschap van goederen vallen van een bepaald goed is dus de hoofdregel en het buiten deze gemeenschap vallen daarvan is de uitzondering, die aannemelijk moet worden gemaakt.

Ten slotte verdient nog vermelding dat op het punt van de verknochtheid in het nieuwe huwelijksvermogensrecht niets gaat veranderen. De tekst van artikel 1:94 lid 3 BW is ongewijzigd gehandhaafd in het gewijzigd voorstel

5 Zie over het wettelijk deelgenootschap (oud) M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 132.

6 De huidige afdeling 1.8.2 BW, getiteld: 'Verrekenbedingen', valt uiteen in drie paragrafen, te weten paragraaf 1 betreffende algemene regels voor verrekenbedingen (art. 1:132-140 BW), paragraaf 2 betreffende periodieke verrekenbedingen (art. 1:141 BW) en paragraaf 3 betreffende finale

verrekenbedingen (art. 1:142 en 143 BW).

7 HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 257, HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 258, m.nt. LCAV en HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 275, m.nt. SFMW, AA 2008, p. 442-447, m.nt. AJMN (de zeer sterk verknochte overbruggingsuitkering) (AA20080442).

8 AA 2008, p. 446, linker kolom (AA20080442).

9 Conclusie, punten 2.11 en 2.12.

10 Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 301, onder c.

11 R.C. Gisolf, *Verknochtheid in het huwelijks-*

vermogensrecht (diss. Amsterdam UvA), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974, p. 151.

12 A. Hammerstein, *Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervang* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 117. Opmerking verdient dat Hammerstein, thans raadsherr in de Hoge Raad der Nederlanden, het onderhavige arrest heeft meegewezen.

13 AA 2008, p. 444-445 (punt 1 van de annotatie) (AA20080442).

14 AA 2008, p. 445, rechter kolom (punt 2, eerste alinea, van de annotatie) (AA20080442).

van wet, zoals dit nu aanhangig is in de Eerste Kamer.¹⁵ Aanvankelijk was de verknochtheid geregeld in artikel 1:94 lid 4 BW (nieuw), maar op grond van de aanneming van het amendement-Anker op stuk nr. 14 in de Tweede Kamer,¹⁶ waardoor de uitsluitingsclausule blijft gehandhaafd en erfrechtelijke verkrijgingen en giften helaas niet van rechtswege buiten de wettelijke gemeenschap van goederen vallen,¹⁷ is ook de plaats van de wettelijke regeling van de verknochtheid ongewijzigd gebleven, dus in artikel 1:94 lid 3 BW (nieuw).

4 Andere gevallen van zaaksvervanging in het huwelijksvermogensrecht

Behalve in het kader van de verknochtheid doet de problematiek van de zaaksvervanging of substitutie zich in het huwelijksvermogensrecht ook voor in twee andere gevallen, te weten in het kader van de regeling van het bestuur van de gemeenschap (art. 1:97 BW) en in het kader van de regeling van de gerechtigdheid tot goederen die deel uitmaken van een beperkte gemeenschap van goederen, te weten de gemeenschap van vruchten en inkomsten en die van winst en verlies (art. 1:124 lid 2 BW; zie ook art. 1:128 BW).

a. Zaaksvervanging en het bestuur van de gemeenschap

De hoofdregel van privaat bestuur, zoals deze is neergelegd in artikel 1:97 lid 1, eerste volzin, aanhef, BW moet onder andere wijken voor de zaaksvervangingsregel van artikel 1:97 lid 1, tweede volzin, BW, op grond waarvan een goed dat moet worden geacht in de plaats te treden van een bepaald ander goed, onder het bestuur komt van de echtgenoot die het vervangen goed bestuurt. Met andere woorden: de echtgenoot die het vervangen goed bestuurt, bestuurt ook het vervangende goed, ook al zou laatstgenoemd goed zijn geleverd aan de andere echtgenoot. Een en ander geldt uiteraard niet voor goederen op naam, hetgeen logisch is, gelet op het stelsel van openbaarheid inzake registergoederen.¹⁸ Artikel 1:97 lid 1, derde volzin, BW bepaalt dan ook terecht dat een goed dat op naam van een der echtgenoten is gesteld, evenwel onder diens bestuur staat. Bij goederen op naam blijft dus de formeel verkrijgende echtgenoot bestuursbevoegd, dat is de echtgenoot aan wie is geleverd of die zonder uitsluitingsclausule heeft geërfd of geschonken heeft gekregen.

Anders gezegd: bij goederen op naam is sprake van een uitzondering op de uitzondering van de zaaksvervangingsregel en dus een terugkeer naar de hoofdregel van privaat bestuur. Dit is een vrij gecompliceerd systeem. Het zal dan ook geen verbazing wekken dat de zaaksvervangingsregel in het nieuwe huwelijksvermogensrecht gaat verdwijnen, terwijl de hoofdregel van privaat bestuur in

artikel 1:97 lid 1 BW (nieuw) wordt vervangen door een nieuwe hoofdregel van gemengd privaat-cumulatief bestuur. Dit betekent concreet dat het bestuur ten aanzien van goederen op naam privaat blijft, terwijl het ten aanzien van goederen niet op naam cumulatief wordt. Voor alle goederen, dus zowel die op naam als die niet op naam, gaat gelden dat tot handelingen van gewoon beheer – dat zijn handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een gemeenschappelijk goed, en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden – en tot handelingen die ten behoeve van de gemeenschap verjaring stuiten, de beide echtgenoten los van elkaar bevoegd zijn, zodat ook hier sprake is van cumulatief bestuur. Artikel 1:97 lid 1, derde volzin, BW (nieuw) verklaart immers artikel 3:170 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing.

b. Zaaksvervanging en de gemeenschap van vruchten en inkomsten en die van winst en verlies

In geval van een gemeenschap van vruchten en inkomsten of van winst en verlies blijft een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, buiten de gemeenschap, indien het voor meer dan de helft van zijn prijs ten laste van hem persoonlijk komt (art. 1:124 lid 2 jo. art. 1:128 BW). De heersende leer is dat deze zaaksvervangingsregel reeds nu analoog moet worden toegepast op de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen van de artikelen 1:93 e.v. BW.¹⁹ In het nieuwe huwelijksvermogensrecht worden deze beide beperkte gemeenschappen (art. 1:122-128 BW) geschrapt. Daarom moet de ook in de ogen van de wetgever wenselijke zaaksvervangingsregel van artikel 1:124 lid 2 BW verhuizen naar artikel 1:95 lid 1, eerste volzin, BW (nieuw). De nieuwe redactie wijkt enigszins af van de oude redactie, in het bijzonder door toevoeging van de woorden 'bij de verkrijging'. Volgens de nieuwe tekst blijft een goed dat een echtgenoot anders dan om niet verkrijgt, buiten de gemeenschap, *indien het bij de verkrijging voor meer dan de helft van de tegenprestatie ten laste van zijn eigen vermogen komt*.²⁰ Gelukkig is het amendement-Anker op stuk nr. 16 in de Tweede Kamer²¹ op de valreep door de indier zelf ingetrokken, zodat het niet tot een stemming hierover is gekomen. In dit amendement schrapte Anker artikel 1:95 BW (nieuw), mijns inziens volstrekt ten onrechte, omdat hij hiermee miskende dat dit artikel reeds geldend recht is.²² Hij is nog net op tijd tot inkeer gekomen.

5 Aard en strekking van het finaal verrekendbeding en de reprise

De Hoge Raad wijdt in het onderhavige arrest ook belangrijke beschouwingen aan de aard en de strekking van het finaal verrekendbeding (rov. 3.7). Met een finaal ver-

15 Gewijzigd voorstel van wet van 18 september 2008 tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), *Kamerstukken I* 2008/09, 28 867, A.

16 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 14.

17 Zie hierover uitvoerig A.J.M. Nuytinck, 'Hoe nu verder met het onthoofde wetsvoorstel 28 867

(Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)?', *WPNR* 2008-67.. (wordt binnenkort gepubliceerd).

18 Zie HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450, m.nt. WMK, AA 1976, p. 759-765, m.nt. PAS (modehuis Nolly I).

19 Zie ook S. Perrick, 'Zaaksvervanging en de regels van het goederenrecht', *WPNR* 2008-6753, p. 345-353, in het bijzonder p. 346-347, punt 4

(zaaksvervanging in het huwelijksgoederenrecht) en voetnoten 14-17.

20 In de gecursiveerde passage liggen de verschillen met de thans nog geldende tekst besloten.

21 *Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 16.

22 AA 2008, p. 444-445, voetnoot 8 (AA20080442).

rekenbeding creëren de echtgenoten als het ware een gemeenschap in economische zin, nu een gemeenschap in goederenrechtelijke zin ontbreekt.²³ Een (periodiek en/of finaal) verrekenbeding wordt immers meestal gekoppeld aan uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap. Partijen doen bij een finaal verrekenbeding net *alsof* zij in de wettelijke of een beperkte gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Daarom spreekt men in dit verband ook wel over een *pseudo-* of *quasi-*gemeenschap dan wel een *fictieve* gemeenschap. Op deze basis gaan partijen met elkaar (in geld) afrekenen. In de woorden van de Hoge Raad bevat het finaal verrekenbeding ‘niets anders dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen’ (rov. 3.7, vierde volzin). Uiteraard is een fictieve gemeenschap geen daadwerkelijke gemeenschap. In dezelfde volzin voegt de Hoge Raad aan zijn uitleg van het finaal verrekenbeding toe dat dit beding ‘niet tot gevolg (heeft) dat de partijen bij de verrekening ervan dienen uit te gaan dat tijdens het huwelijk of op het moment van de verrekening tussen hen daadwerkelijk een gemeenschap bestaat’. Dat is ook precies de reden waarom bij deze verrekening de reprise van artikel 1:95 lid 2 BW niet aan de orde komt (rov. 3.7, vijfde volzin).²⁴ Volgens de Hoge Raad gaat die bepaling immers uit van het daadwerkelijk bestaan van een gemeenschap (rov. 3.7, zesde volzin).

Op het eerste gezicht lijkt laatstgenoemde volzin in strijd te zijn met een passage uit een andere recente uitspraak van de Hoge Raad betreffende het finaal verrekenbeding.²⁵ Daarin overweegt de Hoge Raad als volgt.

Dat beding (de Hoge Raad bedoelt het finaal verrekenbeding; toevoeging van mij, AJMN) voorziet in een zodanige finale verrekening dat elk van de echtgenoten een waarde krijgt gelijk aan die waartoe hij gerechtigd zou zijn geweest indien er een algehele gemeenschap van goederen zou hebben bestaan, met uitzondering van, onder meer, de aanbrengsten. De door het hof bedoelde vergoeding aan de man heeft het hof kennelijk gezien als vergoeding op de voet van art. 1:95 lid 2 (reprise), verminderd met een door de man aan de pseudo-gemeenschap verschuldigde vergoeding op de voet van art. 1:96 lid 2 BW (*récompense*).

Bij nader inzien is echter van tegenstrijdigheid in het geheel geen sprake, omdat het cruciale verschil tussen de beide uitspraken hierin is gelegen, dat in het geval van 1 februari 2008 alle aanbrengsten ten huwelijk, erfrechtelijke verkrijgingen en giften buiten de finale verrekening moesten blijven, terwijl in het geval van 26 september 2008 geen enkel goed buiten de finale verrekening moest blijven. In eerstgenoemd geval hadden partijen dus in feite afgesproken dat zij met elkaar zouden afrekenen alsof tussen hen een gemeenschap van vruchten en inkomsten of van winst en verlies had bestaan, terwijl partijen in

laatstgenoemd geval hadden afgesproken dat zij met elkaar zouden afrekenen alsof tussen hen de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen had bestaan. Men zie artikel 1:124 lid 1 in verbinding met artikel 1:128 BW, waaruit blijkt dat bij de gemeenschap van vruchten en inkomsten en die van winst en verlies aanbrengsten, erfrechtelijke verkrijgingen en giften tot het privévermogen van de desbetreffende echtgenoot blijven behoren en dus niet in een verdeling van de ontbonden gemeenschap en evenmin in een verrekening van de waarde van de fictieve ontbonden gemeenschap mogen worden betrokken.

Voorts brengt de genoemde analogie met de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap volgens de Hoge Raad wel mee dat moet worden aangenomen dat buiten de verrekening vallen goederen die bij het bestaan van een gemeenschap tussen de partijen daarbuiten zouden zijn gevallen, zoals goederen als bedoeld in artikel 1:94 leden 1, 3 en 4 BW (rov. 3.7, zevende volzin). De Hoge Raad doelt hiermee op de onder uitsluitingsclausule verkregen goederen, de op enigerlei bijzondere wijze verkochte goederen en de pensioenrechten in de zin van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wvps). Deze visie strookt met het hier toepasselijke artikel 1:141 BW (oud), volgens welke bepaling bij de berekening van de waarde, zowel van het stamvermogen als van het eindvermogen van een echtgenoot, buiten beschouwing blijven goederen en schulden die ook, indien tussen de echtgenoten de wettelijke gemeenschap van goederen had bestaan, bij de verdeling daarvan niet in aanmerking zouden worden genomen.

Overigens is het wel even uitkijken geblazen met de verwijzing door de Hoge Raad naar de pensioenvereveningsproblematiek van artikel 1:94 lid 4 BW. Kort gezegd komt het erop neer dat pensioenrechten in de zin van de Wvps in goederenrechtelijke zin niet in de wettelijke gemeenschap van goederen vallen en dus in eerste instantie op grond van artikel 1:141 BW (oud) evenmin in economische zin in de verrekening mogen worden betrokken. Uiteindelijk blijkt dit toch anders te zijn, omdat op grond van artikel 1:155 BW in verbinding met de artikelen 2 lid 2 en 3 lid 1 Wvps deze pensioenrechten wel degelijk in de ‘verevening’ op grond van laatstgenoemde wet moeten worden betrokken, en wel uitsluitend voor wat betreft de huwelijkse periode, dus niet voor wat betreft de voorhuwelijkse periode, en ongeacht het huwelijksvermogensregime van partijen. De conclusie luidt dan ook dat de drie laatstgenoemde bepalingen zijn te beschouwen als *leges speciales* ten opzichte van artikel 1:141 BW (oud) als *lex generalis*.

Ten slotte wijst de Hoge Raad er nog even fijntjes op dat ook partijen in hun huwelijkse voorwaarden een regeling kunnen treffen op grond waarvan bepaalde goederen van

23 Zie 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* (Kortmann-bundel), Serie Onderneming en Recht, deel 41, Deventer: Kluwer 2007, p. 169-185, in het bijzon-

der p. 180-181, paragraaf 6.

24 Voor de volledigheid wijs ik erop dat de reprises en *récompenses* van de art. 1:95 lid 2 en 96 lid 2 BW naar huidig recht nog nominale vorderingen zijn, maar naar komend recht onder omstandigheden worden onderworpen aan de beleggingsleer van art. 1:87 BW (nieuw), die de nominaliteitsleer

van de Hoge Raad – HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, m.nt. EAAL, AA 1987, p. 780-785, m.nt. PvS (Kriek-Smit) – vervangt; men zie art. 1:96 leden 3 en 4 jo. art. 1:87 leden 2 en 3 BW (nieuw).

25 HR 1 februari 2008, LJN: BB9781, *WPNR* 2008-6745, p. 189-191, m.nt. AJMN (rov. 3.4, derde en vierde volzin).

de verrekening worden uitgezonderd (rov. 3.7, achtste volzin). Maar dat was nu net in het onderhavige geval van 26 september 2008 niet gebeurd, anders dan in het hierboven geschetste geval van 1 februari 2008. Het finaal verrekenbeding is in het onderhavige geval ongeclausuleerd: het geldt zowel in geval van overlijden als in geval van echtscheiding en geen enkel goed is van de verrekening uitgesloten. In de rechtspraak ziet men meestal dat bij aanwezigheid van een finaal verrekenbeding partijen met elkaar afrekenen alsof tussen hen de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen had bestaan ingeval het huwelijk door overlijden wordt ontbonden, maar dat partijen met elkaar afrekenen alsof tussen hen een beperkte gemeenschap van goederen had bestaan, bijvoorbeeld een gemeenschap met uitzondering van alle aanbrengsten ten huwelijk en/of erfrechtelijke verkrijgingen en giften, ingeval het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden. Dit laatste deed zich voor in het geval van 1 februari 2008. Sluit men zowel aanbrengsten als erfrechtelijke verkrijgingen en giften van de verrekening uit, dan komt het er eigenlijk op neer dat partijen met elkaar afrekenen alsof tussen hen een gemeenschap van vruchten en inkomsten of van winst en verlies had bestaan (art. 1:124 lid 1 jo. art. 1:128 BW). Het verschil tussen de beide laatstgenoemde beperkte gemeenschappen is uitsluitend gelegen in artikel 1:127 BW, dat een speciale draagplichtregel na ontbinding van de gemeenschap formuleert, die alleen geldt voor de gemeenschap van vruchten en inkomsten, omdat de schakelbepaling van artikel 1:128 BW voor de gemeenschap van winst en verlies uitsluitend verwijst naar de artikelen

1:124-126 BW en dus niet naar artikel 1:127 BW. Concreet betekent dit dat er bij een tekort in geval van een gemeenschap van vruchten en inkomsten slechts één draagplichtige echtgenoot is, te weten de echtgenoot van wiens zijde de schulden in de gemeenschap zijn gevallen (voor zover de aard der schulden niet tot een andere draagplicht leidt), terwijl bij een tekort in geval van een gemeenschap van winst en verlies beide echtgenoten draagplichtig zijn.

6 Tot besluit

De Hoge Raad heeft in het onderhavige arrest op heldere wijze inzicht verschaft in de problematiek van de 'voortgezette' verknochtheid en de zaaksverving. De rechtspraak heeft antwoord gekregen op een belangrijke rechtsvraag, te weten de vraag of, als een vervangen goed in een bepaalde mate verknocht is, hetzelfde heeft te gelden voor het vervangende goed. Terecht heeft de Hoge Raad deze vraag ontkennend beantwoord en beslist dat voor het vervangende goed hetzelfde verknochtheids criterium geldt als voor het vervangen goed: beslissend is de aard van het goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.

Voorts heeft de Hoge Raad nog eens op duidelijke wijze de aard en de strekking van het finaal verrekenbeding uiteengezet en daarbij de betekenis in dit verband van de vergoedingsrechten betrokken.

Uit het voorafgaande zal duidelijk zijn geworden dat ik het – in het bijzonder voor studenten – leerzame arrest in alle opzichten onderschrijf. ■