

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Evenredigheidsleer en
beleggingsleer inzake
verrekenbedingen***

*Annotatie van HR 19 november 2010,
LJN: BN8027*

*A.J.M. Nuytinck**

*Published in
Ars Aequi, 60 (1), 4 pp., 37-40.*

* Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl)

De feiten¹

In deze zaak betreffende een periodiek verrekenbeding kan in cassatie van het volgende worden uitgegaan.

(i) Partijen zijn op 23 mei 1984 met elkaar gehuwd op huwelijkse voorwaarden. Het huwelijk is op 4 mei 2007 door echtscheiding geëindigd.

(ii) De akte van huwelijkse voorwaarden van 21 mei 1984 sluit iedere gemeenschap van goederen uit en houdt voorts, voor zover in cassatie van belang, het volgende in:

‘Artikel 4:

1. De kosten van de gemeenschappelijke huishouding (...) komen ten laste van de inkomsten der echtgenoten naar evenredigheid van die inkomsten en indien deze niet toereikend zijn ten laste van hun vermogens naar evenredigheid van die vermogens.

2. Onder kosten van de huishouding worden (onder andere) begrepen de uitgaven ter zake van de verwerving van huishoudelijke inboedelgoederen, gebruikelijke verzekeringen en gezamenlijke vakanties, de rentetermijnen met betrekking tot geldleningen welke aangegaan werden ter financiering van de echtelijke woning, (...) alsmede alle dagelijkse uitgaven welke passen in het leefpatroon van partijen.

Artikel 7 lid 1:

Partijen verplichten zich jegens elkaar om ter verdeling bij helfte bijeen te voegen hetgeen van hun inkomsten resteert na voldoening van de kosten der huishouding en de belastingen, een en ander met inachtneming van het hiervoor bepaalde, en na aftrek van hetgeen op andere wijze gelijkelijk aan beiden ten goede is gekomen. (...)

Artikel 8:

Bij het bepalen van het inkomen van een echtgenoot worden de winsten van een door hem of haar uitgeoefend(e) onderneming of vrij beroep in aanmerking genomen naar de normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd. Voor zover een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefend(e) onderneming of vrij beroep hem rechtstreeks of onmiddellijk² ten goede komen, wordt die onderneming of dat beroep voor de toepassing van de vorige alinea aangemerkt als een door die echtgenoot zelf uitgeoefend(e) onderneming of vrij beroep.’

(iii) Het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen periodieke verrekenbeding is tijdens het huwelijk niet nageleefd.

(iv) De eerste, aanvankelijk gehuurde, echtelijke woning is door de vrouw gekocht op 1 juni 1993. De man werd geen mede-eigenaar. De aankoop is gefinancierd met een hypothecaire geldlening, gesteld ten name van zowel de man als de vrouw. Op deze lening is niet afgelost. De woning is op 1 augustus 1995 verkocht.

(v) Op 4 augustus 1995 heeft de vrouw de tweede echtelijke woning (hierna: de woning) door koop van haar moeder in eigendom verkregen. Ook deze woning is niet tevens ten name van de man gesteld. De koopprijs is betaald uit de verkoopopbrengst van de eerste echtelijke woning en uit een geldlening van f 500.000,-. Een bedrag van f 49.122,83 dat resteerde, is aan de vrouw uitbetaald en aangewend voor een verbouwing. Op de geldlening is gedurende de looptijd (tot april 1999) niet afgelost.

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

² Lees: middellijk (de notaris die de akte heeft verleden, zal zich wel hebben vergist; ‘onmiddellijk’ betekent immers ‘rechtstreeks’ en laatstgenoemd woord staat al in art. 8 huwelijkse voorwaarden). Zie ook de woorden ‘rechtstreeks of middellijk’ in de art. 1:126 lid 3 en 141 lid 4 BW.

(vi) Op 9 april 1999 is een nieuwe hypothecaire geldlening gesloten van f 650.000,-, die is gesteld ten name van zowel de man als de vrouw. Met deze lening is de eerdere geldlening afgelost. Het restant is aangewend voor een verbouwing. Tot de peildatum, 25 november 2005, is niet afgelost. De woning is in oktober 2006 verkocht en geleverd aan een derde.

(vii) De vrouw is directeur en enig aandeelhouder van [A] B.V., welke vennootschap op 15 december 1994 is opgericht en op 30 december 1994 23,3% van het aandelenkapitaal van [B] B.V. heeft verworven. De volstorting van aandelen [A] is door de vrouw met privé-gelden gefinancierd. De aandelen [B] zijn ten titel van beheer overgedragen aan de Stichting Administratiekantoor [B] B.V., die in ruil daarvoor certificaten heeft uitgegeven. Aanvankelijk was de vader van de vrouw enig bestuurder van deze stichting; sinds 25 november 2005 wordt het bestuur gevormd door haar drie broers, de middellijk houders van de overige certificaten.

(viii) De man was gedurende 22 jaar directeur bij de exporttak van [B]. Sinds 1 augustus 2005 is hij daar niet meer werkzaam.

Het geding in feitelijke instanties³

Partijen hebben de rechtbank verzocht de omvang van de verrekenplichten op basis van de huwelijkse voorwaarden vast te stellen. De rechtbank heeft geoordeeld dat de netto-opbrengst van de woning diende te worden verrekend, aldus dat de vrouw de helft daarvan uitkeert aan de man. Van verrekening van de waarde van de aandelen [A] daarentegen kon volgens de rechtbank geen sprake zijn.

In hoger beroep heeft het hof de beschikkingen van de rechtbank uitsluitend vernietigd voor zover daarin is beslist dat de vrouw de helft van de netto-opbrengst van de woning aan de man dient uit te keren en heeft het de vrouw veroordeeld om van het € 60.000,- bedragende deel van de waardevermeerdering van de woning, dat valt toe te rekenen aan bepaalde investeringen uit overgespaard inkomen, 'als verrekenvordering aan de man € 30.000,- te betalen'.

Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt onderdeel 2.5 van het door de man tegen de beschikking van het hof gerichte cassatiemiddel als volgt.

3.4.1 De Hoge Raad ziet aanleiding onderdeel 2.5 als eerste te behandelen. Dit onderdeel is gericht tegen het oordeel van het hof (eindbeschikking rov. 6.3.12 en 6.3.13) dat het betoog van de man dat ertoe strekte dat hij aanspraak kan maken op de helft van de overwaarde van de woning, niet opgaat. Volgens de man was dat wel het geval omdat de hypotheek mede op zijn naam stonden (dat wil zeggen: dat hij tijdens de looptijd van de met hypotheek gedekte leningen voor de rente en aflossing mede aansprakelijk was). Het hof, dat – in cassatie terecht onbestreden – de, door de man gedane, rentebetalingen aanmerkte als niet voor verrekening in aanmerking komende kosten van de huishouding, verwierp dat standpunt aldus: 'Vaststaat dat op de leningen niets is afgelost. Er kan dan ook in zoverre geen sprake zijn van een belegging of herbelegging van overgespaard inkomen in de woningen, waarop artikel 141 lid 1 BW doelt. De aansprakelijkstelling zelf kan evenmin als zodanige belegging worden aangemerkt, zoals hiervoor overwogen. De man doet nog een beroep op de mening van prof. Verstappen ter zake, maar het hof deelt die mening niet (...)'.³

³ Ontleend aan de punten 3.2 en 3.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

3.4.2 Onderdeel 2.5 klaagt dat het hof met dit oordeel miskent dat de schuld tot terugbetaling van de door partijen gezamenlijk aangegane hypothecaire leningen een gemeenschappelijke schuld is, die 'reeds op die grond valt onder de reikwijdte van art. 1:136 lid 1 slot BW, te weten een schuld die tot het te verrekenen vermogen moet worden gerekend. Indien rechtens zou moeten worden aangenomen dat er voor het oormerken van een schuld als behorend tot het verrekenplichtig vermogen⁴ meer nodig is dan het gezamenlijk aangaan daarvan, dan is in dit geval eveneens aan die voorwaarde voldaan, nu uit alle feiten en omstandigheden de (geobjectiveerde) bedoeling van partijen kan worden afgeleid dat partijen de schuld en de daarmee samenhangende kosten als gezamenlijk hebben beschouwd', aldus het onderdeel.

3.4.3 Deze klacht moet worden verworpen. Zij berust in tweeërlei opzicht op een onjuiste opvatting inzake art. 1:136 lid 1 BW, de bepaling waarmee in samenhang met art. 1:141 lid 1 BW in belangrijke mate is beoogd de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde 'beleggingsleer' inzake verrekenbedingen te codificeren. Onjuist is in de eerste plaats het uitgangspunt dat partijen die periodieke deling van de overgespaarde inkomsten achterwege hebben gelaten maar bij het einde van het huwelijk tot verrekening overgaan, daarin ook zouden moeten betrekken de waarde(vermeerdering) van privégoederen die niet zijn verworven door aanwending van uit hun inkomsten bespaard en ongedeeld gebleven vermogen. Onjuist is tevens het uitgangspunt dat het feit dat de hypothecaire lening gezamenlijk is aangegaan, meebrengt dat de koopsom van de woning ten laste van het verrekenplichtig vermogen⁵ is gekomen, ook al hebben de rentebetalingen als kosten van de huishouding te gelden en is van aflossingen in welke vorm dan ook geen sprake geweest.

3.5 De overige klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de man.

Noot

1 Inleiding

De stroom jurisprudentie van de Hoge Raad inzake (periodieke en/of finale) verrekenbedingen blijft maar aanhouden. Na mijn vorige annotatie betreffende dit onderwerp⁶ is dit al weer de vierde uitspraak van de Hoge Raad, waarin hij zich uitsprekt over belangrijke kwesties met betrekking tot verrekenbedingen, waarbij al dan niet een echtgenoot-ondernemer is betrokken.⁷ Deze noot kan worden beschouwd als een aanvulling op mijn in voetnoot 6 genoemde noot en kan daarom beperkt van omvang blijven. De reden waarom ik de onderhavige beschikking toch van een kort commentaar voorzie, is gelegen in het feit dat de Hoge Raad rechtsvragen heeft beantwoord waarover al vele jaren wordt gediscussieerd en waarover hij zich tot nu toe niet heeft uitgelaten.

⁴ Lees: het te verrekenen vermogen (alleen een echtgenoot kan in dit verband verrekenplichtig zijn, een vermogen uiteraard niet).

⁵ Zie de vorige voetnoot.

⁶ HR 10 juli 2009, LJN: BI4387, NJ 2009, 377 (*Amsterdams verrekenbeding in verband met hypothecaire lening, kapitaalverzekering en waardestijging woning*; concl. plv. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense; m.nt. S.F.M. Wortmann; AA 2009, p. 654-659, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20090654).

⁷ De vorige drie uitspraken dateren evenals de onderhavige beschikking alle uit 2010. Het gaat om HR 8 januari 2010, LJN: BK1618 (*verrekening winstaandelen maatschap*; concl. A-G F.F. Langemeijer), HR 7 mei 2010, LJN: BL4078 (*indirect belang in vennootschap echtgenoot niet zelfstandig tot vermogen echtgenoot te rekenen*; concl. A-G F.F. Langemeijer) en HR 3 september 2010, LJN: BM6085 (*uitleg 'winst uit onderneming'*; concl. A-G M.H. Wissink).

2 De door de Hoge Raad beantwoorde rechtsvragen

De twee rechtsvragen die hier aan de orde zijn, luiden als volgt.

(1) Moeten echtgenoten die tijdens hun huwelijk het in hun huwelijkse voorwaarden opgenomen Amsterdams periodiek verrekenbeding, dat tot periodieke deling van overgespaarde inkomsten verplicht, niet hebben nageleefd en bij het einde van hun huwelijk tot verrekening overgaan, in deze verrekening ook betrekken de waarde(vermeerdering) van privégoederen die niet zijn verworven door aanwending van uit hun inkomsten bespaard en ongedeeld gebleven vermogen?

(2) Brengt het feit dat de hypothecaire lening ter financiering van de (echtelijke) woning die op naam van één echtgenoot staat, door de beide echtgenoten gezamenlijk is aangegaan, mee dat de koopsom van de woning ten laste van het te verrekenen vermogen is gekomen, anders gezegd: wordt in dit geval de schuld tot het te verrekenen vermogen gerekend in de zin van artikel 1:136 lid 1, tweede volzin, slot, BW, ook al hebben de rentebetalingen als kosten van de huishouding te gelden⁸ en is van aflossingen in welke vorm dan ook geen sprake geweest?

De Hoge Raad beantwoordt beide rechtsvragen in rechtsoverweging 3.4.3 ontkennend. Hij is van mening dat met artikel 1:136 lid 1 BW in samenhang met artikel 1:141 lid 1 BW in belangrijke mate is beoogd de in zijn rechtspraak ontwikkelde 'beleggingsleer' inzake verrekenbedingen te codificeren.⁹ De Hoge Raad lijkt hiermee te willen zeggen dat er met name geen ruimte bestaat voor de vergaande en ruime uitleg van de in artikel 1:136 lid 1, tweede volzin, BW voorkomende passage 'voor zover de schuld daartoe wordt gerekend',¹⁰ zoals deze door Verstappen¹¹ is verdedigd. Zijn opvatting is sterk bekritiseerd, onder anderen door Kraan¹² en Zonnenberg.¹³

⁸ Op grond van art. 4 lid 2 huwelijkse voorwaarden, hierboven geciteerd onder *De feiten* (ii). Aldus ook HR 27 januari 2006, LJN: AU5698, NJ 2008, 564 (*Schwanen-Hundscheid II*; concl. A-G F.F. Langemeijer; m.nt. L.C.A. Verstappen).

⁹ Zie voor een beknopt overzicht van deze rechtspraak de conclusie van plv. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense, punt 19, alsmede voor een uitgebreide bespreking hiervan L.H.M. Zonnenberg, *Het verrekenbeding* (diss. Heerlen), Deventer: Kluwer 2009, hoofdstuk 4, p. 67-141.

¹⁰ Terecht maakt plv. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense er in haar conclusie, punt 20, melding van dat in de parlementaire geschiedenis niet expliciet wordt ingegaan op de betekenis van deze zinswending. Wij schieten in dit verband niet veel op met de toelichting op de strekking van art. 1:136 lid 1 BW, volgens welke deze bepaling het voor- en nadeel van eventuele waardeschommelingen verdeelt naar evenredigheid van het in het desbetreffende goed geïnvesteerde bedrag van de tegenprestatie uit het te verrekenen vermogen en uit het niet te verrekenen vermogen, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat deze regel niet van dwingend recht is (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 14).

¹¹ Eerst in L.C.A. Verstappen, 'De Wet regels verrekenbedingen in de praktijk', *WPNR* 2004-6584, p. 521-532, daarna in L.C.A. Verstappen, 'Hoe ver reikt de beleggingsleer?', *WPNR* 2007-6708, p. 367-371.

¹² C.A. Kraan in zijn reactie op de in de vorige voetnoot als eerste genoemde bijdrage van Verstappen, *WPNR* 2005-6621, p. 398-404, waartegen Verstappen in zijn naschrift bij deze reactie, *WPNR* 2005-6621, p. 404-406.

¹³ L.H.M. Zonnenberg in zijn reactie op de in voetnoot 11 als tweede genoemde bijdrage van Verstappen, *WPNR* 2007-6724, p. 807-810, waartegen Verstappen in zijn naschrift bij deze reactie, *WPNR* 2007-6724, p. 810-813. De discussie is voortgezet in L.H.M. Zonnenberg, 'Hoe rekkelijk kan de beleggingsleer zijn', *WPNR* 2007-6727, p. 876-878, waartegen dan weer Verstappen in zijn naschrift hierbij, *WPNR* 2007-6727, p. 878-879. Zie ook de in voetnoot 9 genoemde dissertatie van Zonnenberg, hoofdstuk 6 betreffende algemene discussie- en vraagpunten, in het bijzonder paragraaf 6.3 over de reikwijdte van de beleggingsleer, p. 212-232. Ook plv. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense gaat in haar conclusie, punt 20, uitvoerig in op deze discussie onder vermelding van de dissertatie van Zonnenberg, p. 212 e.v., in het bijzonder p. 213.

Luijten en Meijer¹⁴ hebben zich bij beide laatstgenoemden aangesloten. De Boer¹⁵ laat zich niet met zoveel woorden uit over de betekenis van de genoemde passage. Verstappen¹⁶ zelf heeft de discussie het beste samengevat in de volgende beknopte bewoordingen.

Kraan en anderen menen kort gezegd dat indien goederen worden verkregen met geleend geld, de goederen in geval van een niet uitgevoerd periodiek (Amsterdams) verrekenbeding pas dan in de verrekening moeten worden betrokken, als op de lening is afbetaald of afgelost. Ik meen dat tot het te verrekenen vermogen zeker ook niet afgeloste schulden en de daarmee aangeschafte goederen kunnen behoren.

Verstappen¹⁷ trekt aan het slot van zijn betoog over de reikwijdte van de beleggingsleer de volgende conclusie.

Ik kom tot de conclusie dat in geval van een niet uitgevoerd periodiek (Amsterdams) verrekenbeding tot het te verrekenen vermogen zeker ook niet afgeloste schulden en de daarmee aangeschafte goederen kunnen behoren. Alles hangt af van het antwoord op de vraag in hoeverre door partijen 'de schuld daartoe wordt gerekend'. Dat is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. (...) De opvatting dat slechts bij afbetaling of aflossing het goed tot het te verrekenen vermogen ingevolge een niet uitgevoerd periodiek (Amsterdams) verrekenbeding kan behoren is in strijd met de wet en maatschappelijk onwenselijk.

3 Heeft de Hoge Raad de leer Verstappen verworpen?

Zelf ben ik van mening dat het ervoor moet worden gehouden dat de Hoge Raad in de onderhavige beschikking de leer Verstappen heeft verworpen, en wel omdat de Hoge Raad

(1) in het slot van rechtsoverweging 3.4.1 een passage uit de beschikking van het hof letterlijk citeert, waaruit met zoveel woorden blijkt dat het hof de mening van Verstappen, waarop de man in deze procedure een beroep doet, niet deelt, en

(2) in rechtsoverweging 3.4.3 duidelijk aansluiting zoekt bij de beschouwingen van plaatsvervangend procureur-generaal De Vries Lentsch-Kostense, die met name in de punten 19, 20 en 22 van haar conclusie¹⁸ uitvoerig ingaat op de reikwijdte van de door de Hoge Raad ontwikkelde beleggingsleer, waarbij zij benadrukt dat artikel 1:136 lid 1 BW – in samenhang met artikel 1:141 lid 1 BW – een codificatie van deze leer beoogt, en tot de slotsom komt dat de onderdelen van het cassatiemiddel van de man moeten falen.

¹⁴ E.A.A. Luijten en W.R. Meijer in hun herschrijving van Klaassen-Eggens, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, Eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 651-656, in het bijzonder nr. 651, waarin de volgende volzin voorkomt: 'In de praktijk van het dagelijks leven komt niet ongebruikelijk voor dat belegging van te verrekenen vermogen wordt gecombineerd met belegging van ander vermogen, zoals aangebracht, geërfd of geleend vermogen'. Hieruit kan worden afgeleid dat beide auteurs geleend vermogen beschouwen als niet te verrekenen vermogen.

¹⁵ J. de Boer in zijn bewerking van *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 509-510b, in het bijzonder nr. 509.

¹⁶ L.C.A. Verstappen, 'Hoe ver reikt de beleggingsleer?', *WPNR* 2007-6708, p. 367, linkerkolom, punt 1.1.

¹⁷ L.C.A. Verstappen, 'Hoe ver reikt de beleggingsleer?', *WPNR* 2007-6708, p. 371, rechterkolom, punt 7.

¹⁸ In de conclusie is een foutje met betrekking tot de nummering van de afzonderlijke punten geslopen, nu hierin punt 21 ontbreekt.

Ik denk dat het door Verstappen gewenste resultaat slechts kan worden bereikt ingeval partijen *uitdrukkelijk* in hun huwelijkse voorwaarden bepalen dat een specifieke schuld, aangegaan ter verwerving of financiering van een privégoed, ook tot het te verrekenen vermogen moet worden gerekend indien op deze schuld niets is afgelost of betaald uit overgespaarde, maar onverdeeld gebleven inkomsten. Deze mogelijkheid is een gevolg van de contractsvrijheid van de (aanstaande) echtgenoten als bedoeld in artikel 1:132 lid 2 BW, waarbij opmerking verdient dat *uitdrukkelijke* afwijking van artikel 1:136 lid 1, tweede volzin, BW hier de aangewezen weg is, nu in de visie van de Hoge Raad blijkens zijn vaste jurisprudentie de *aard* en de *strekking* van het niet uitgevoerd Amsterdams periodiek verrekenbeding meebrengen dat de waarde(vermeerdering) van privégoederen uitsluitend in de verrekening moet worden betrokken, indien deze goederen zijn verworven of gefinancierd onder aanwending van overgespaarde, maar onverdeeld gebleven inkomsten.

4 Tot besluit

Hoe men ook moge denken over deze discussie van de afgelopen jaren, die af en toe ongekend fel is gevoerd, het is goed dat de Hoge Raad met deze beschikking duidelijkheid heeft geschapen en dat de rechtspraak nu weet waar zij aan toe is. Ik herhaal wat ik al in mijn noot onder de beschikking van 2009 schreef: de Hoge Raad doet de mist rondom het niet uitgevoerd Amsterdams periodiek verrekenbeding steeds verder optrekken en door het grote aantal uitspraken van de Hoge Raad van de afgelopen jaren worden steeds meer rechtsvragen beantwoord.¹⁹ Met de onderhavige beschikking beginnen de puzzelstukjes in elkaar te passen.

¹⁹ Zie voetnoot 6, in het bijzonder AA 2009, p. 659, punt 7 (AA20090654).