

# Netwerk Notarissen

## **Advies Netwerk Notarissen m.b.t. wetsvoorstel beperking wettelijke gemeenschap van goederen**

Op 31 oktober 2013 hebben de indieners van een wetsvoorstel dat tot doel heeft een beperkte gemeenschap van goederen als basisstelsel voor het huwelijksvermogensrecht in te voeren, aan Netwerk Notarissen advies op het conceptwetsvoorstel gevraagd.

Netwerk Notarissen heeft een advies op dit conceptwetsvoorstel geformuleerd. Dit advies is gebaseerd op raadpleging van bij ons samenwerkingsverband aangesloten (kandidaat-)notarissen, via intranet en een consultatiebijeenkomst te Baarn op 18 november 2013.

Netwerk Notarissen is een samenwerkingsverband van 160 notariskantoren, met meer dan 600 juristen. Zij maken gebruik van een actief kennisnetwerk, dat kennis bundelt en onderling toegankelijk maakt.

### **1. Inleiding**

U hebt op 31 oktober 2013 aan ons voorgelegd uw concepttekst van het Voorstel van wet van de leden Berndsens-Jansen, Recourt en Van Oosten tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken. Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om u over dit conceptwetsvoorstel te adviseren op basis van onze ruime, specialistische praktijkervaring alsmede de kennisuitwisseling op het gebied van huwelijksvermogensrecht en erfrecht tussen de 600 bij Netwerk Notarissen aangesloten notarieel juristen.

Netwerk Notarissen staat in het algemeen positief tegenover uw voornemen om het huwelijksvermogensrecht te moderniseren. Wij onderschrijven de gedachte dat de wet beter moet aansluiten bij de ideeën en verwachtingen van aanstaande huwelijkspartners. Uit de notariële praktijk van de kantoren van Netwerk Notarissen komt het beeld naar voren dat veel huwelijkskandidaten erfenissen en schenkingen niet met elkaar willen delen bij een eventuele scheiding. Ook willen zij hun voorhuwelijkse bezittingen en schulden vaak apart houden. Naar onze mening weerspiegelt het wetsvoorstel een aantal belangrijke wensen van de maatschappij.

Om tot een advies over het wetsvoorstel te komen, hebben wij ons de vraag gesteld of het wetsvoorstel aansluit bij de wensen van huwelijkskandidaten, zoals wij die in de notariële praktijk waarnemen. Ook hebben wij ons afgevraagd welke praktische en juridische problemen met het wetsvoorstel worden opgelost en welke knelpunten het mogelijk zou kunnen opleveren.

Wij juichen toe dat er een stap wordt gezet in de richting van het moderniseren van het huwelijksvermogensrecht. Wij adviseren u een grotere stap te nemen, die naar ons inzicht het huwelijksvermogensrecht nog beter bestand maakt voor de toekomst en de maatschappelijke realiteit. Dit lichten we hierna toe.

### **2. Advies**

#### **2.1 Algemeen**

Netwerk Notarissen pleit al langer voor een modernisering van het huidige huwelijksvermogensrecht, omdat dit - zeker in vergelijking met andere Europese landen - hopeloos achterloopt. Mede in het kader van wetsvoorstel 28 867 is

onderzoek gedaan naar de wensen en verwachtingen van (aanstaande) huwelijkspartners met betrekking tot het huwelijksvermogensrecht. Netwerk Notarissen deed recent onderzoek onder 3.000 aanstaande echtgenoten. Uit dit onderzoek kan het volgende worden afgeleid:

- 38% van de respondenten wil financieel onafhankelijk van elkaar zijn en in principe het salaris en inkomen niet met elkaar delen.
- 62% van de respondenten vindt financiële onafhankelijkheid in het huwelijk niet meer belangrijk en wil salaris en inkomen met elkaar delen.
- 61% van de respondenten wil bij echtscheiding de bezittingen die ieder voor het huwelijk had niet met elkaar delen.
- 39% van de respondenten wil bij echtscheiding de bezittingen die ieder voor het huwelijk had wel met elkaar delen.
- 74% van de respondenten wil bij echtscheiding de schulden die ieder voor het huwelijk had niet met elkaar delen.
- 26% van de respondenten wil bij echtscheiding de schulden die ieder voor het huwelijk had wel met elkaar delen.
- 91% van de respondenten wil bij echtscheiding de erfenissen en schenkingen niet met elkaar delen.
- 9% van de respondenten wil bij echtscheiding de erfenissen en schenkingen die zij apart of samen hebben ontvangen wel met elkaar delen.
- 72% van de respondenten wil de alimentatie aan ex of kinderen niet uit de gezamenlijke pot betalen.
- 28% van de respondenten wil de alimentatie aan ex of kinderen wel uit de gezamenlijke pot betalen.

Graag wijzen wij u nog op het onderzoek van het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen naar de inhoud van huwelijkse voorwaarden (gepubliceerd in WPNR 2012, 6956). Het in dit onderzoek geconstateerde beeld dat in de praktijk echtgenoten kiezen voor het uitsluiten van erfenissen en schenkingen en voorhuwelijks vermogen wordt door de bij Netwerk Notarissen aangesloten juristen bevestigd. Verder blijkt uit de praktijk dat vooral ondernemers huwelijkse voorwaarden maken, enerzijds in verband met het beperken van de verhaalsmogelijkheid van zakelijke schuldeisers op het vermogen van de niet-ondernemende echtgenoot, anderzijds om de continuïteit van de onderneming bij echtscheiding te waarborgen. De wens om erfenissen, schenkingen, voorhuwelijks vermogen en de hele of gedeeltelijke onderneming uit te sluiten van verrekening/de huwelijksgemeenschap is gericht op de situatie van echtscheiding. Bij overlijden, waar de wettelijke verdeling van artikel 4:13 e.v. BW dan wel het wettelijk erfrecht/testament zijn werk doet, wordt veelal voor een volledige verrekening gekozen. Huwelijkse voorwaarden worden in onze praktijk opgezet rond de drie scenario's: tijdens het huwelijk, bij echtscheiding, bij overlijden.

### 2.1. Erfenissen en giften

Het voorstel om erfenissen en giften buiten de gemeenschap van goederen te houden, artikel 1:94 lid 2 sub a BW (voorgesteld), komt volgens Netwerk Notarissen tegemoet aan de wensen van burgers en is daarom een gewenste wijziging van de huidige wet. Zowel erflaters en schenkers als erfgenamen en begiftigden vinden in meerderheid dat erfenissen en schenkingen als privébezit moeten worden aangemerkt. Dat blijkt onder meer uit het feit dat zogenaamde uitsluitingsclausules vrijwel altijd worden opgenomen in testamenten en schenkingsakten (voor zover de notaris bij de schenking is betrokken).

Niet elke Nederlander heeft echter een testament; zijn nalatenschap valt dan in de huwelijksgemeenschap van een erfgenaam, vaak tegen de wens van erflater en erfgenaam in. De erfenis is immers gekregen vanwege de familieband, het voelt als

‘eigen bezit’ van de echtgenoot die erfgenaam is, ook omdat echtgenoten de erfenis niet zien als het resultaat van hun gezamenlijke inspanningen.

De notariële praktijk wijst uit dat huwelijkskandidaten niet speciaal naar de notaris stappen om alleen vanwege het uitsluiten van erfenissen en schenkingen huwelijkse voorwaarden te maken. Deze echtgenoten zijn daarmee afhankelijk van de erflater of schenker, die al dan niet een uitsluitingsclausule maakt.

In het wetsvoorstel wordt de uitsluitingsclausule als het ware opgenomen in de wet. In artikel 1:94 lid 2 sub a BW van het wetsvoorstel worden de ‘krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen’ uitgesloten van de gemeenschap van goederen. In lid 4 van dit artikel is bepaald dat erflaters of schenkers een ‘insluitingsclausule’ kunnen maken, waarin wordt bepaald dat de verkrijging wel in de gemeenschap van goederen valt. In lid 5 is het arrest ‘De uitsluitingsclausule dwingt’ (Hoge Raad 21 november 1980, NJ 1981, 193) vastgelegd. Hierbij plaatsen wij de volgende opmerkingen:

1. In de huidige uitsluitingsclausules in testamenten en schenkingsakten wordt vaak gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de uitsluitingsclausule te nuanceren. Dit betekent dat er onderscheid wordt gemaakt tussen het scenario dat een huwelijk eindigt door echtscheiding en het scenario dat een huwelijk eindigt door overlijden. Daarbij geldt dat erfenissen en schenkingen bij echtscheiding niet gedeeld mogen worden, terwijl dat bij overlijden van de erfgenaam/begiftigde wel mag. We noemen dit de ‘voorwaardelijke’ uitsluitingsclausule.

In het wetsvoorstel lijkt geen rekening te worden gehouden met een ‘voorwaardelijke’ uitsluitingsclausule. Enerzijds blijven erfenissen en giften bij overlijden altijd buiten de gemeenschap van goederen (art. 1:94 lid 2 sub a BW (voorgesteld)), terwijl erflaters en schenkers met de invoering van lid 4 (voorgesteld) de mogelijkheid van een voorwaardelijke uitsluitingsclausule is ontnomen.

2. Het is ons niet geheel duidelijk hoe lid 5 van artikel 1:94 BW (voorgesteld) gelezen moet worden. Ziet deze bepaling op uitsluitingsclausules vóór de inwerkingtreding van deze wet gemaakt, of op die van ná de inwerkingtreding van de wet? Onze indruk is dat het slechts de bedoeling is geweest om het hiervoor vermelde arrest te codificeren.

3. In algemene zin vragen wij ons af hoe er moet worden omgegaan met ‘oude’ uitsluitingsclausules. Zie hierna onze opmerkingen over het overgangsrecht.

4. In artikel 1:94 lid 2 sub a BW (voorgesteld) wordt alleen gesproken over van de gemeenschap uitgesloten ‘goederen’; in lid 8 worden de schulden die verbonden zijn aan de uitgesloten goederen eveneens van de gemeenschap uitgesloten. Niet duidelijk is hoe dit systeem werkt bij de verkrijging van een nalatenschap die uitsluitend uit schulden bestaat. Volgens onderzoek van Netwerk Notarissen komt het steeds vaker voor dat erfenissen uit schulden bestaan.

5. In de praktijk zien we dat echtgenoten hun individueel verkregen erfenissen en schenkingen aanwenden voor hun beider consumptief gebruik. Uit de jurisprudentie (onder meer: Hof Arnhem 6 november 2007, Hof Arnhem 15 januari 2008, Hof 's-Gravenhage 5 maart 2008, en Hof 's-Gravenhage 16 juli 2008) blijkt dat erfenissen en schenkingen leiden tot een hoger bestedingspatroon ten aanzien van restaurantbezoek, vakanties etc. Er ontstaat dan een vergoedingsrecht van de erfgenaam/begiftigde op de gemeenschap, dat op grond van artikel 1:87 lid 3 sub b BW nominaal is. Bij het maken van een uitsluitingsclausule wordt hier steeds vaker

rekening mee gehouden, in die zin dat de erflater/schenker bepaalt dat consumptieve bestedingen niet hoeven te worden vergoed. Het wetsvoorstel houdt met deze praktijk geen rekening. Hierdoor zullen in een groot aantal gevallen nominale vergoedingsrechten ontstaan tussen echtgenoten. Dit brengt niet alleen de last van een administratie met zich, maar kan bij de afwikkeling van een echtscheiding compliceren. Omdat de erfenis of schenking is aangewend voor een gezamenlijke luxe vakantie of frequenter restaurantbezoek, zal de echtgenoot-niet-verkrijger waarschijnlijk niet verwachten dat er een vergoedingsrecht is ontstaan.

6. In lid 3 van artikel 1:94 BW (voorgesteld) is voorzien in een bepaling die uitholling van de gemeenschap door schenking tussen echtgenoten moet tegengaan. Giften uit de gemeenschap tussen echtgenoten blijven binnen de gemeenschap. Omdat uit het systeem, met name lid 5 (voorgesteld), lijkt te volgen dat er ook na de inwerkingtreding van de wet een uitsluitingsclausule kan worden gemaakt, kunnen echtgenoten elkaar gemeenschapsgoederen schenken onder een uitsluitingsclausule. Het gevolg hiervan zou dan kunnen zijn dat het goed niet meer in de gemeenschap valt. De gemeenschap zou dan toch uitgehold kunnen worden.

7. In het wetsvoorstel is geen voorziening getroffen voor echtgenoten die op huwelijkse voorwaarden zijn gehuwd. Artikel 1:134 BW blijft immers ongewijzigd. Wij geven in overweging om deze bepaling ook aan te passen in die zin dat erfenissen en giften van rechtswege buiten een verrekening tussen echtgenoten blijven, zodat dit in overeenstemming is met artikel 1:94 BW zoals onder de huidige wet ook het geval is.

## 2.2 Voorhuwelijks vermogen

Netwerk Notarissen ziet uit de hiervoor vermelde onderzoeken naar voren komen dat aanstaande echtgenoten de voorhuwelijkse bezittingen en schulden wensen uit te sluiten. Ook de notariële praktijk leert dat echtgenoten de bezittingen en schulden die zij ieder vóór het huwelijk al hadden, apart wensen te houden. Het gaat bijvoorbeeld om een eigen woning, verdiende bonussen, spaarrekeningen of beleggingen. Aan de schuldenkant gaat het bijvoorbeeld om een studieschuld of schulden wegens koop op afbetaling. Bij tweede huwelijken speelt vaak de wens om een nieuwe partner niet 'op te zadelen' met de restschuld van de woning die men samen met een ex-partner heeft.

Uit het conceptwetsvoorstel volgt dat alle voorhuwelijkse goederen en schulden buiten de huwelijksgemeenschap vallen. In lid 9 van artikel 1:94 BW (voorgesteld) wordt het rechtsvermoeden van gemeenschappelijkheid opgenomen met betrekking tot goederen waarop geen van beiden een exclusief recht kan bewijzen.

Hierbij plaatsen wij de volgende opmerkingen:

1. Door de systeemwijziging ontstaan er drie vermogens naast elkaar: het eigen vermogen van ieder van de echtgenoten en het gemeenschappelijke vermogen. Dit systeem leidt ertoe dat echtgenoten hun eigen bezittingen en schulden niet hoeven te delen bij echtscheiding. Veel aanstaande echtgenoten ervaren dit als positief. Netwerk Notarissen plaatst hier de kanttekening bij dat bij echtgenoten de indruk kan worden gewekt dat in de wet 'automatisch' is geregeld dat voorhuwelijkse bezittingen en schulden privé blijven. Het risico is dat echtgenoten zich niet realiseren dat dit systeem valt of staat met een goede beschrijving van de bezittingen en schulden van ieder van hen.

In het huidige stelsel moeten echtgenoten die voorhuwelijks vermogen willen uitsluiten, huwelijkse voorwaarden maken, waarbij zij op een 'lijst van aanbrengsten' vastleggen wat ieder van hen bij de start van het huwelijk heeft. Het wetsvoorstel voorziet niet in zo'n 'startlijst'. Dat kan ertoe leiden dat echtgenoten bij echtscheiding 'bedrogen'

uitkomen, omdat niet meer bewezen kan worden wat ieders eigen bezittingen en schulden zijn.

2. Als voorhuwelijkse schulden buiten de gemeenschap van goederen blijven, kunnen echtgenoten de indruk krijgen dat de andere echtgenoot niet aansprakelijk is voor deze schulden. In het conceptwetsvoorstel wordt artikel 1:96 lid 1 BW niet gewijzigd. Dat leidt ertoe dat ook voor privéschulden van een van de echtgenoten de goederen van de gemeenschap kunnen worden uitgewonnen.

3. Als tot het voorhuwelijks vermogen een onderneming behoort, valt deze onderneming volledig buiten de huwelijksgemeenschap. Als de echtgenoot-ondernemer zichzelf geen of slechts een beperkt inkomen uit die onderneming toekent, kan hij inkomen/winst 'oppotten' in de onderneming. Hiermee wordt de gedachte achter het wetsvoorstel (namelijk dat datgene wat door de inspanningen van de echtgenoten tijdens het huwelijk wordt verworven wordt gedeeld) gefrustreerd. Wij geven u in overweging dit ongewenste effect te corrigeren door een regeling te treffen die vergelijkbaar is met artikel 1:141 lid 4 BW.

4. In artikel 1:94 lid 2 BW (voorgesteld) is opgenomen dat de gemeenschap alle goederen van de echtgenoten omvat die vanaf de aanvang van de gemeenschap worden verkregen. Wat betekent dit als voorhuwelijks vermogen, bijvoorbeeld de onderneming, tijdens het huwelijk wordt uitgebreid met andere goederen? Te denken valt aan de aanschaf van een nieuwe machine of een nieuwe bedrijfsactiviteit. Dit valt waarschijnlijk niet onder zaaksvervanging, waardoor het goed - in afwijking van het verwachtingspatroon van de echtgenoten - toch tot de gemeenschap behoort.

### 2.3 Overgangsrecht

In de overgangsregeling is bepaald dat de voorgestelde wetswijziging niet geldt voor gemeenschappen van goederen die vóór de inwerkingtreding van de wet bestaan. Dit vinden wij passend bij het systeem van overgangsrecht voor het Burgerlijk Wetboek. Wij vragen ons af of er niet ook een overgangsbepaling moet komen voor de uitsluitingsclausule. In de praktijk gaat de volgende situatie veelvuldig voorkomen: erflaters en schenkers verkeren na invoering van de beperkte gemeenschap van goederen in de veronderstelling dat het vastleggen van een uitsluitingsclausule niet meer nodig is. Dit is om twee redenen onjuist:

- voor verkrijgers die zijn gehuwd vóór inwerkingtreding van de wet moet nog wel een uitsluitingsclausule worden gemaakt: in hoeverre weet een erflater/schenker onder welk regime zijn verkrijgers vallen?
- als verkrijgers zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden is nog steeds gezien artikel 1:134 BW een uitsluitingsclausule nodig om het beoogde effect te realiseren.

### 2.4 Conclusie

Zoals eerder aangegeven is Netwerk Notarissen positief over de stap om het huwelijksvermogensrecht te moderniseren. Voor de praktijk is daarbij van belang dat er rekening wordt gehouden met de hiervoor vermelde aandachtspunten. De stap die nu wordt voorgesteld gaat, wat Netwerk Notarissen betreft, niet ver genoeg. Gelet op de aandachtspunten die wij hiervoor hebben vermeld, adviseren wij de initiatiefnemers te kiezen voor een wettelijk verrekenstelsel in plaats van een goederenrechtelijk stelsel. Met een verrekenstelsel wordt materieel bereikt wat de initiatiefnemers beogen, terwijl het praktisch en juridisch gezien beter hanteerbaar is. Het verrekenstelsel heeft daarnaast als voordeel dat het tegemoetkomt aan de maatschappelijke realiteit van

echtscheidingen en opvolgende huwelijken en de wens om onderscheid te maken tussen het delen bij echtscheiding en bij overlijden.

De beginselen van een goede wetgevingseconomie brengen met zich dat deze stap beter in één keer gezet kan worden in plaats van met kleine tussenstappen via de beperkte gemeenschap van goederen. Het belangrijke nadeel van artikel 1:96 lid 1 BW, namelijk dat privéschuldeisers goederen van de gemeenschap kunnen uitwinnen, wordt door een verrekenstelsel ondervangen. Door het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen werd het ongewijzigd laten van artikel 1:96 lid 1 BW als belangrijkste knelpunt van het wetsvoorstel genoemd.

Bij het ontwerpen van een verrekenstelsel zou bijvoorbeeld in Duitsland inspiratie kunnen worden opgedaan. Duitsland kent sinds 1957 het wettelijke stelsel van de 'Zugewinnngemeinschaft'. De Zugewinnngemeinschaft is een systeem van gescheiden vermogens, waarbij het tijdens het huwelijk opgebouwde vermogen (de aanwas) wordt gedeeld aan het einde van de rit. Bij beëindiging van de Zugewinnngemeinschaft anders dan door overlijden, ontstaat er een verrekenplicht, de echtgenoot met de 'minste aanwas' verkrijgt een aanspraak op vereffening van de aanwas in geld. De aanwas is het verschil tussen het aanvangs- en eindvermogen van beide echtgenoten. Het tijdens het huwelijk verkregen vermogen krachtens erfrecht of schenking wordt tot het aanvangsvermogen gerekend en telt niet mee als vermogensaanwas. De waardevermeerdering van deze verkrijgingen telt wel mee als vermogensaanwas. Partners kunnen bij huwelijkse voorwaarden afwijken van de Zugewinnngemeinschaft, door bijvoorbeeld bepaalde goederen uit de vermogensaanwas te houden of zaaksvervanging uit te sluiten.

In het systeem van de Zugewinnngemeinschaft wordt onderscheid gemaakt tussen het scenario 'echtscheiding' en 'overlijden'. Bij overlijden zonder testament bijvoorbeeld 'groeit' het erfdeel van de langstlevende echtgenoot vanwege de Zugewinnngemeinschaft.

Vanzelfsprekend lichten wij dit advies desgewenst graag nader toe.

Namens Netwerk Notarissen,

Mr. Lucienne van der Geld  
Juridisch directeur.

**Baarn, 22 november 2013**