

Vergaderjaar 2008–2009

28 867

Wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen)

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 10 maart 2009

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het voorlopig verslag. Op de daarin gestelde vragen en gemaakte opmerkingen ga ik gaarne als volgt in. Waar in het navolgende wordt verwezen naar artikelen, betreft het artikelen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij anders blijkt.

Algemeen

De leden van de CDA-fractie onderschrijven de motieven om tot aanpassing van het huwelijksvermogensrecht te komen en het belang van de in dat verband genoemde maatschappelijke factoren. Deze leden achten het van belang dat de hoofdregel van het huwelijksvermogensrecht zoveel mogelijk aansluit bij de wensen die bij de meeste betrokkenen leven, zodat afwijking daarvan voor zo min mogelijk mensen aan de orde zal zijn. De wijziging met betrekking tot erfenissen en schenkingen die het gevolg is van het amendement van het lid Anker op stuk nr. 14 (hierna ook aangeduid als: amendement-Anker), achten deze leden een verantwoorde keuze. De resterende onderdelen van het wetsvoorstel komen deze leden voor als verbeteringen. De leden van de VVD-fractie stellen met teleurstelling vast dat door het amendement-Anker de kern van het wetsvoorstel is aangetast. De leden van de PvdA hebben met enige verwondering kennisgenomen van het geamendeerde wetsvoorstel. De leden van de SGP-fractie en de leden van de CU-fractie hebben met belangstelling, maar tevens met gemengde gevoelens, kennisgenomen van het wetsvoorstel. De leden van de D66-fractie achten de wijziging als gevolg van het amendement-Anker, waardoor erfenissen en schenkingen binnen de huwelijks gemeenschap zullen blijven vallen, geen verbetering.

De leden van de PvdA-fractie vragen zich af wat de noodzaak is van de voorgestelde wetswijziging ten opzichte van het thans geldende recht. Het wetsvoorstel brengt verschillende wijzigingen aan in het huwelijksvermogensrecht. In de brief van 14 juni 2007 (Kamerstukken II 2006–2007, 28 867, nr. 13) is een samenvatting van de voornaamste wijzigingen gegeven. De meest in het oog springende was het voorstel om erfenissen en schenkingen niet langer deel te laten uitmaken van de wettelijke gemeenschap van goederen. Als gevolg van aanvaarding van het amendement-Anker maakt dit geen deel meer uit van het wetsvoorstel.

Daarnaast bevat het wetsvoorstel andere wijzigingen, die ik onverminderd van belang acht:

- indien echtgenoten ook privé-vermogen hebben, worden bijdragen tussen de vermogens niet meer alleen vergoed voor het nominale bedrag, maar kan ook rekening worden gehouden met het positieve of negatieve rendement van de bijdragen;
- bij het bestuur over goederen van de huwelijksgemeenschap wordt grotere gelijkheid tussen de echtgenoten bewerkstelligd;
- het recht van de echtgenoten op informatie over het gevoerde bestuur wordt uitgebreid;
- de huwelijksgemeenschap wordt voortaan ontbonden op het tijdstip van het verzoek tot echtscheiding;
- de verhaalsregeling na ontbinding voor gemeenschapsschulden wordt gewijzigd;
- voor wijziging van het huwelijksgoederenregime tijdens huwelijk is niet langer rechterlijke goedkeuring vereist.

Voor deze wijzigingen, die als zodanig los staan van de vraag of de wettelijke huwelijksgemeenschap mede erfenissen en schenkingen dient te omvatten, bestond ook in de Tweede Kamer brede steun. Door de wijzigingen met betrekking tot vergoedingsrechten, de bestuursregeling en het recht op informatie wordt in meer of mindere mate de positie van de economisch zwakkere echtgenoot, veelal de vrouw, versterkt. Het gewijzigde ontbindingstijdstip en de nieuwe verhaalsregeling dragen eraan bij dat in geval van echtscheiding de afwikkeling doelmatig en evenwichtig kan plaatsvinden, zowel voor de betrokken partijen als voor schuldeisers. De afschaffing van rechterlijke tussenkomst bij huwelijkse voorwaarden maakt het voor echtgenoten eenvoudiger en minder kostbaar om hun huwelijksgoederenregime aan te passen, indien gewijzigde omstandigheden daartoe aanleiding geven.

De leden van de SGP-fractie en de leden van de CU-fractie vragen of de regering inzicht wil geven in de niet-onaanvaardbaarverklaring van het amendement-Anker. Zoals hiervoor is aangegeven, zijn in het wetsvoorstel verschillende wijzigingen van het huwelijkvermogensrecht opgenomen. Het meest in het oog sprong de beperking van de wettelijke gemeenschap van goederen, waardoor erfenissen en schenkingen voortaan buiten de gemeenschap zouden vallen. Bij de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer bleek duidelijk dat de voor een dergelijke wijziging van het huwelijkvermogensrechtelijke basisstelsel wenselijke brede steun ontbrak. Voor het amendement-Anker daarentegen was wel brede steun aanwezig. Gelet op de omstandigheid dat de overige wijzigingen ook bij aanvaarding van het amendement-Anker hun belang geenszins zouden verliezen, heeft de regering gemeend ten aanzien van de omvang van de wettelijke gemeenschap in het oordeel van de Kamer te moeten berusten. De lange duur van de behandeling heeft bij deze afweging als zodanig geen rol gespeeld. Wel verheugt het mij dat de behandeling van het wetsvoorstel thans binnen afzienbare termijn lijkt te kunnen worden afgerond.

Onderdelen gemeenschap van goederen

De leden van de VVD-fractie wensen te vernemen hoe de minister de werking ziet van de leden 3 en 4 van artikel 94 in het licht van het arrest Hoge Raad 26 september 2008, NJ 2009, 40, m.nt. L.C.A. Verstappen. Meer in het bijzonder vragen zij of het juist is dat een verknochte smartengelduitkering die op een spaarrekening is geplaatst, privé-rentebaten oplevert, terwijl aanwending van de uitkering voor de aanschaf van een stuk grond op naam van de gelaedeerde ertoe leidt dat de grond in de gemeenschap van goederen valt.

Vooropgesteld zij dat geen wijziging wordt voorgesteld op het punt van verknochtheid (artikel 94 lid 3) en de gevolgen daarvan. Ter gelegenheid van de behandeling van de Invoeringswet Boek 1 BW heeft de toenmalige Minister van Justitie over deze bepaling opgemerkt dat het daarin uitgedrukte beginsel in zo verschillende gevallen en nuances toepassing kan vinden, dat de wet de uitwerking daarvan dient over te laten aan wetenschap en rechtspraak (Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 1, blz. 1187). De Hoge Raad hanteert het volgende criterium: of een goed op bijzondere wijze aan één der echtgenoten is verkocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt – een en ander als bedoeld in artikel 94 lid 3 – hangt af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald. Onder meer uit het arrest Hoge Raad 24 oktober 1997, NJ 1998, 693, valt de mogelijkheid af te leiden dat een aanspraak op vergoeding van immateriële schade ter zake van een ongeval bij de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding wegens verknochtheid buiten de verdeling moet blijven en in zoverre niet in de gemeenschap valt. Hetzelfde zal het geval kunnen zijn met het geldbedrag dat uit hoofde van een zodanige aanspraak aan de gelaedeerde wordt uitgekeerd. Om tot verknochtheid te concluderen, is niet voldoende dat de vergoeding naar haar aard uitsluitend is afgestemd op de aan de persoon van de gelaedeerde echtgenoot verbonden nadelige gevolgen. Om uit de aard van het goed, zoals mede door de maatschappelijke opvattingen bepaald, tot verknochtheid te concluderen, zal moeten blijken op welke schade de vergoeding betrekking heeft. Zo kan verknochtheid aan de orde zijn bij vergoeding van schade die door de gelaedeerde in de toekomst, na ontbinding van de gemeenschap zal worden geleden (vgl. Hoge Raad 3 november 2006, NJ 2008, 258, m.nt. L.C.A. Verstappen).

Wordt over een verkocht goed beschikt ten einde een ander goed te verwerven, dan kan ook het «vervangende» goed wegens bijzondere verknochtheid buiten de gemeenschap vallen. Dit is evenwel slechts het geval als ook ten aanzien van het vervangende goed is voldaan aan het hiervoor genoemde criterium voor verknochtheid. Degene die zich daarop beroept, dient te stellen op grond waarvan van verknochtheid sprake is (Hoge Raad 26 september 2008, NJ 2009, 40). Uit het arrest kan derhalve niet worden afgeleid of het door de genoemde leden bedoelde stuk grond al dan niet in de gemeenschap valt; wel volgt uit het arrest dat het enkele feit dat het geld waarmee de grond was verworven wegens bijzondere verknochtheid buiten de gemeenschap viel, niet meebrengt dat ook de grond niet in de gemeenschap valt.

Ook de vraag of rente-baten van een wegens verknochtheid buiten de gemeenschap gebleven uitkering buiten de gemeenschap blijven, dient naar mijn oordeel te worden beantwoord aan de hand van het hiervoor genoemde criterium. Het is geen automatisme dat vruchten van een verkocht goed zelf ook verkocht zijn. Voor het komende recht zal niet anders voortvloeien uit artikel 94 lid 4, eerste zin, volgens welke bepaling vruchten van goederen die niet in de gemeenschap vallen, evenmin in de gemeenschap vallen. Met die bepaling is niet beoogd mede een regel te geven voor vruchten van verkochte goederen, welke goederen immers niet (steeds) *volledig* buiten de gemeenschap blijven, doch slechts *voor zover* hun verknochtheid zich ertegen verzet dat zij in de gemeenschap vallen.

Van een tegenstelling tussen enerzijds de rente-baten van een verkochte uitkering en anderzijds een met die uitkering aangeschaft «vervangend» goed is derhalve geen sprake. Zij behoren alle tot de gemeenschap, behalve voor zover anders moet worden geoordeeld op de grond dat zij op bijzondere wijze verkocht zijn aan de gelaedeerde echtgenoot. Omdat

hier inderdaad vele uiteenlopende omstandigheden en nuances een rol kunnen spelen, kan niet in algemene zin worden aangenomen dat de rente-baten wel buiten de gemeenschap blijven en een met de uitkering verkregen stuk grond niet. Naar vaste jurisprudentie zullen telkens de maatschappelijke opvattingen in de beoordeling moeten worden betrokken, hetgeen meebrengt dat onwenselijke tegenstellingen kunnen worden vermeden.

De leden van de VVD-fractie vragen wat precies wordt verstaan onder «schulden betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen» in artikel 94 lid 5 onder a. Terecht wijzen zij erop dat naar huidig recht schulden die worden gemaakt met betrekking tot privé-goederen, begrepen zijn onder de verknochte schulden. In zoverre zal het begrip verknochte schulden naar het komende recht dus een wat beperktere betekenis kunnen krijgen. Bij verknochte schulden zou gedacht kunnen worden aan de schulden van een onder uitsluitingsclausule verkregen nalatenschap of bijvoorbeeld, in een geval dat de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot aansprakelijk is, aan een verplichting tot schadevergoeding voor zover ook de aanspraak van de andere echtgenoot wegens bijzondere verknochtheid buiten de gemeenschap valt. Zoals hiervoor aan de orde kwam, is de ontwikkeling van het begrip verknochtheid in belangrijke mate overgelaten aan de rechtspraak en de wetenschap. Voor wat de in het wetsvoorstel genoemde «schulden betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen» betreft, kan behalve aan schulden die worden *aangegaan* met betrekking tot privé-goederen (bijvoorbeeld tot onderhoud daarvan) ook worden gedacht aan schulden die aan een echtgenoot met betrekking tot een tot diens privé-vermogen behorend goed worden *opgelegd*, zoals onroerendezaaksbelasting, of aan een aansprakelijkheid uit artikel 6:174 (bezittersaansprakelijkheid voor opstallen).

De bedoelde leden geven het voorbeeld van een in gemeenschap gehuwde echtgenoot die voor 100 000 euro een huis koopt en op zijn naam doet stellen, waarbij de betaling voor 60 000 euro geschiedt met onder uitsluitingsclausule verkregen gelden en voor 40 000 euro met gelden uit een door hem aangevane hypothecaire lening waarvoor de andere echtgenoot zich hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld. Het huis zal ingevolge het voorgestelde artikel 95 lid 1 niet in de gemeenschap vallen. Naar het huidige recht is dit evenmin het geval, als gevolg van analogische toepassing van artikel 124 lid 2. Ook de schuld van 40 000 euro zal op grond van het voorgestelde artikel 94 lid 5 niet in de gemeenschap vallen (zie de memorie van toelichting, blz. 22). De omstandigheid dat de vrouw zich naast de man hoofdelijk voor de schuld heeft verbonden, doet niet af aan het privé-karakter van de schuld, doch brengt wel mee dat zij door de bank kan worden aangesproken, in welk geval dan een vergoedingsaanspraak jegens de man ontstaat. Naar huidig recht bestaan over het privé-karakter van een dergelijke schuld uiteenlopende opvattingen.¹

¹ Vgl. Meijer, WPNR 6440, blz. 320–324, de reactie van Kraan en het naschrift van Meijer, WPNR 6450, blz. 606–611.

² Dat artikel 95 lid 2, tweede zin, alleen ziet op middelen die daadwerkelijk ten laste van de gemeenschap of het privé-vermogen van de andere echtgenoot zijn voldaan, blijkt uit het verband met de daaraan voorafgaande zin en uit de toelichting op de tweede nota van wijziging (Kamerstukken II 2005–2006, 28 867, nr. 9, blz. 23). De uitdrukking «ten laste van vermogen» is gebezigd als equivalent van de eerder gebezigde uitdrukking «met behulp van vermogen», waarmee eveneens bedoeld werd op het daadwerkelijk ter beschikking stellen van middelen (Kamerstukken II 2002–2003, 28 867, A, blz. 1 en 2, en B, blz. 2 en 3).

Voor zover tijdens huwelijk ten laste van de gemeenschap op de lening wordt afgelost, profiteert ook de gemeenschap van de waardestijging. Dit vloeit inderdaad voort uit de in dit verband door de leden genoemde artikelen 96 lid 4 en 87 lid 2. Anders evenwel dan de leden veronderstellen, zou de gemeenschap niet in verdergaande mate profiteren van een waardestijging, als de financieringsschuld tot de gemeenschap zou behoren. Het door de leden genoemde artikel 95 lid 1, tweede volzin, is op deze situatie niet van toepassing, aangezien de tegenprestatie slechts «ten laste van de gemeenschap komt» indien en voor zover deze daadwerkelijk met middelen uit de gemeenschap is voldaan.² De bepaling ziet dus niet op een tegenprestatie die is voldaan uit middelen, verkregen door middel van een lening door een derde, waarvan de aflossing nog niet heeft plaatsgevonden. Ook als de schuld van 40 000 euro zou moeten worden

beschouwd als een gemeenschapsschuld, zou voor een vergoedingsrecht slechts grond bestaan voor zover de schuld daadwerkelijk is verminderd met betalingen ten laste van de gemeenschap.

De leden van de VVD-fractie wijzen op de voorgestelde bestuursregeling van artikel 97, die in de tweede zin van lid 1 als hoofdregel uitgaat van een volledige bevoegdheid van ieder der echtgenoten tot bestuur over de goederen van de gemeenschap. Deze leden vragen of deze bevoegdheid mede geldt voor hoogstpersoonlijke goederen van een echtgenoot. Met hoogstpersoonlijke goederen doelen zij, zo begrijp ik, op goederen die wel in de gemeenschap vallen doch tot exclusief persoonlijk gebruik door één van de echtgenoten strekken, zoals bij kleding en sieraden het geval is. Inderdaad zal de voorgestelde regeling mede van toepassing zijn op hoogstpersoonlijke goederen. De huidige regeling – die uitgaat van bestuur door de echtgenoot van wiens zijde een goed in de gemeenschap is gevallen – maakt evenmin een uitzondering voor hoogstpersoonlijke goederen.¹ Zo zal naar huidig recht een jas, door de ene echtgenoot met onder zijn bestuur staande middelen aangeschaft ten behoeve van de andere echtgenoot, onder bestuur van de eerstbedoelde echtgenoot staan. Naar nieuw recht zal elk der echtgenoten zelfstandig bevoegd zijn tot het bestuur daarover. In zoverre breidt het nieuwe recht derhalve de bevoegdheid uit van de echtgenoot die de goederen als hoogstpersoonlijk beschouwt.

Ook in het kader van artikel 92 lid 1 – dat derden beschermt tegen voor hen niet kenbare bestuursoverschrijdingen – leidt de bestaande bestuursregeling niet tot wezenlijk betere resultaten. In de eerste plaats is het voor derden veelal niet zichtbaar of een goed, zelfs als het kennelijk niet strekt tot persoonlijk gebruik van de vervreemder, beschouwd moet worden als een hoogstpersoonlijk goed van diens echtgenoot. Bovendien zal daarmee voor derden nog niet duidelijk hoeven zijn of het goed van de zijde van de andere echtgenoot in de gemeenschap is gevallen, dan wel bij de verkrijging geacht moeten worden in de plaats te treden voor goederen onder bestuur van die andere echtgenoot. Juist bij de duurdere gebruiksgoederen valt voor derden immers geenszins uit te sluiten dat deze niet zijn aangeschaft door de echtgenoot tot wiens gebruik zij kennelijk strekken, noch dat zij zijn aangeschaft met middelen die niet onder het (uitsluitend) bestuur van die echtgenoot stonden. Naar mijn oordeel biedt het huidige artikel 97 derhalve voor hoogstpersoonlijke goederen niet een betere bescherming dan de eenvoudiger regeling van het wetsvoorstel.

De genoemde leden wijzen er voorts nog op dat de voorgestelde bestuursregels tot gevolg zullen hebben dat bij een schenking van een niet-registergoed door de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot niet eens meer een wijziging in het bestuur van de geschenken zal optreden. Of naar huidig recht een schenking door de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot leidt tot een wijziging in het bestuur, is onzeker. De echtgenoot die met onder zijn bestuur staande middelen een sieraad koopt om aan de andere echtgenoot te schenken, verwerft naar huidig recht op het moment van de verkrijging van het sieraad daarover het bestuur. Om te concluderen dat de schenking leidt tot een wijziging in het bestuur, zou men moeten aannemen dat het goed tijdelijk de gemeenschap verlaat en vervolgens van de zijde van de andere echtgenoot wederom in de gemeenschap valt.² Bovendien kleeft aan aanvaarding van deze mogelijkheid het bezwaar dat de echtgenoten dan bij overeenkomst wijziging in de bestuursbevoegdheid zouden kunnen bewerkstelligen, zonder dat is voldaan aan de eis van artikel 97 lid 1 dat dit geschiedt bij huwelijksvoorwaarden. Hoe dat ook zij, de bestaande onzekerheid wordt in het wetsvoorstel beëindigd, in die zin dat beide echtgenoten het bestuur zullen hebben, hetgeen mij als een verbetering voorkomt. Dat aan een

¹ In artikel 1.7.2.1 van het Regeringsontwerp voor de vaststellingswet Boek 1 nieuw BW was in lid 1 onder b aanvankelijk wel opgenomen dat de vrouw het bestuur zou hebben over tot haar persoonlijk gebruik bestemde «kleren en kleynodiën».

² Een dergelijke gedachtegang lijkt door de Hoge Raad inderdaad te zijn gevolgd in een arrest van 23 december 1960 (NJ 1961, 86), doch dat arrest had betrekking op een heel specifiek geval: executie van dwangsommen door de ene echtgenoot ten laste van de andere echtgenoot.

schenking tussen de echtgenoten geen enkel rechtsgevolg meer verbonden zal zijn, zou ik willen relativiseren. Juist als het gaat om voor persoonlijk gebruik bestemde kleding of sieraden, zal de schenking immers meebrengen dat de ontvangende echtgenoot bij ontbinding van de gemeenschap aanspraak kan maken op verkrijging van die goederen (artikel 101).

De leden van de PvdA-fractie werden wat overvallen door de wending die met betrekking tot aanbrenghen ten huwelijk optrad in de tweede nota van wijziging. Zij wijzen erop dat in de daaraan voorafgegangene stukken, met name de memorie van toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag, met enige stelligheid was verdedigd dat de voorgestelde beperkingen van de wettelijke gemeenschap noodzakelijk waren vanuit actuele maatschappelijke ontwikkelingen. Daarbij sprong deze leden vooral het buiten de gemeenschap laten van aanbrenghen in het oog.

Hoewel aan de genoemde leden kan worden toegegeven dat de in het wetsvoorstel gemaakte keuzes met kracht zijn verdedigd, onder uiteenzetting van de daaraan ten grondslag liggende maatschappelijke ontwikkelingen, meen ik niet dat die keuzes zijn gepresenteerd als «noodzakelijk». De keuze voor een wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht hangt samen met zoveel uiteenlopende overwegingen en omstandigheden, dat niet kan worden gezegd dat de afweging noodzakelijkerwijs slechts kan leiden tot één uitkomst. Zoals hiervoor is uiteengezet, is voor belangrijke wijzigingen in het wettelijk stelsel van huwelijksvermogensrecht brede steun wenselijk. Uit het verslag over het wetsvoorstel (stuk nr. 5) en de nadere vragen (opgenomen in stuk nr. 8) bleek dat er in de Tweede Kamer aarzelingen bestonden over de in het wetsvoorstel neergelegde keuzes. Voorts bleek het wetsvoorstel in de literatuur aanleiding te geven tot discussies, waarbij tegen het wetsvoorstel vooral werd aangevoerd dat het zou leiden tot onnodige complexiteit. Dit heeft de regering ertoe gebracht de inhoud van het wetsvoorstel nog eens grondig te overdenken. Slotsom daarvan was dat door aanpassing op een aantal onderdelen vereenvoudiging in het wetsvoorstel kon worden bereikt (Kamerstukken II 2005–2006, 28 867, nr. 8, blz. 2). De aanpassingen zijn met zorgvuldigheid voorbereid, onder meer door bespreking met deskundigen en vervolgens ook voor advies aan de Raad van State voorgelegd. De Raad van State kon zich met de strekking van de voorgestelde vereenvoudigingen verenigen. Eén van de wijzigingen betrof inderdaad de aanbrenghen ten huwelijk, waarvan niet langer werd voorgesteld dat zij buiten de gemeenschap zouden gaan vallen.

Op de vraag van de genoemde leden om de wijziging op het punt van de aanbrenghen ten huwelijk nog eens te beargumenteren, ga ik als volgt in. Door de goederen die de echtgenoten vóór het huwelijk hebben verworven buiten de gemeenschap te houden, zouden in de meeste huwelijken zowel privé-vermogens van elk der echtgenoten als een gemeenschappelijk vermogen aanwezig zijn. Hoewel het privé zijn van aanbrenghen goed aansluit bij de opvatting dat alleen hetgeen door beider inspanning tijdens het huwelijk verworven wordt, aan beide echtgenoten behoort toe te komen, kan het aanleiding geven tot lastige bewijskwesaties en daarmee tot complexiteit. Zowel tussen de echtgenoten onderling als in de verhouding tot schuldeisers zal het, zonder de daarvoor naar huidig recht gebruikelijke staat van aanbrenghen, lastiger zijn om te bewijzen dat een goed al vóór het huwelijk is verkregen en dus niet behoort tot de gemeenschap. Dit praktische bezwaar heeft zwaar gewogen. Daarnaast is onderkend dat tegenwoordig veel echtgenoten voorafgaand aan het huwelijk gedurende een zekere periode hebben samengewoond, in welke periode zij reeds gezamenlijk goederen plegen te verwerven. Het zou vreemd zijn om deze

goederen uit te sluiten van de huwelijksgemeenschap. Ook deze overweging heeft een rol gespeeld.

Op welke wijze onder notarissen gedacht wordt over de wijziging ten aanzien van de aanbrengsten ten huwelijk, is mij niet bekend, nu de peiling die voorafging aan het wetsvoorstel, niet is herhaald. Wel was het buiten de gemeenschap houden van aanbrengsten mede ingegeven door bezwaren van de notarissen tegen de eerder voorgestelde mogelijkheid om goederen bij onderhandse geregistreerde akte buiten de gemeenschap te houden. Met die bezwaren houdt het wetsvoorstel nog steeds rekening, doordat die mogelijkheid niet is teruggekeerd. Het bestuur van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft laten weten dat het niet betwijfelt dat de hiervoor bedoelde peiling onder notarissen representatief is geweest. Het peilen van het draagvlak onder aanstaande huwelijkspartners of onder echtgenoten die op het punt staan om te scheiden, is moeilijk. Bij de in de stukken uitvoerig besproken NIPO-enquête over meningen bij de Nederlandse bevolking over huwelijksvermogensrecht, is wellicht onderschat dat de juridische complexiteit van de aan de orde zijnde vragen het verkrijgen van betrouwbare resultaten bemoeilijkt.

De leden van de PvdA-fractie vragen hoeveel huwelijken er op dit moment jaarlijks worden gesloten. Volgens gegevens (tot 2007) van het Centraal Bureau voor de Statistiek ligt het aantal huwelijkssluitingen de afgelopen jaren tussen 72 000 en 73 000. Daarnaast zijn er in 2007 ruim 7 000 nieuwe geregistreerde partnerschappen aangegaan (en ongeveer 3000 huwelijken omgezet in een geregistreerd partnerschap).

De leden van de PvdA-fractie vragen in hoeveel gevallen per jaar sprake is van aanbrengst van bijvoorbeeld een onderneming, die mede ter bescherming van de andere partner buiten de gemeenschap dient te worden gehouden. Hoe vaak het voorkomt dat een der partners een onderneming heeft, zonder dat wordt gekozen voor huwelijkse voorwaarden, is mij niet bekend. Wel zijn er enige cijfers over huwelijkse voorwaarden. Afgezet tegen het totale aantal huwelijken en geregistreerde partnerschappen, werd blijkens gegevens die zijn verzameld door Van Mourik en Burgerhart (WPNR 6648) in 2003 in ruim 25% gekozen voor huwelijkse voorwaarden c.q. partnerschapsvoorwaarden. In hoeveel van deze gevallen een rol speelt dat een der partners een onderneming heeft, is mij niet bekend. Van Mourik en Burgerhart vermelden dat in de voorwaarden nauwelijks uitdrukkelijk aandacht wordt besteed aan een door één of beide partners gedreven onderneming.

Voorts vragen de leden van de PvdA-fractie naar de kosten van het opmaken en registreren van huwelijkse voorwaarden. Ter beantwoording van deze vraag zijn, gelet op de vrijgelaten notaristarieven, gegevens opgevraagd bij diverse notariskantoren naar het door deze kantoren gehanteerde standaardtarief voor het maken van huwelijkse voorwaarden. De opgegeven bedragen liggen overwegend tussen 450 euro en 700 euro, exclusief BTW. Voor het registreren in het huwelijksgoederenregister is daarnaast een vast recht van 155 euro verschuldigd (artikel 13 lid 6 Wet tarieven in burgerlijke zaken).

De leden van de PvdA-fractie wensen te vernemen op grond van welke argumenten de KNB meent dat het administreren van gescheiden vermogens en de verdeling daarvan bij echtscheiding, in de praktijk tot weinig problemen leidt. Hier is naar mijn overtuiging vooral sprake van een ervaringsgegeven: problemen doen zich in de notariële praktijk zelden voor. Zouden zich wel meer dan incidenteel problemen voordoen, dan zou dat zeker bekend zijn bij de KNB, die in voortdurend en nauw contact met

de praktijk staat. Ook uit de rechtspraak is van het zich voordoen van dergelijke problemen niet gebleken. Het feit dat uitsluitingsclausules in de testamentaire praktijk van de afgelopen decennia zeer gebruikelijk zijn, maakt het derhalve aannemelijk dat het administreren van gescheiden vermogens en de verdeling daarvan bij echtscheiding tot weinig problemen leidt.

Erfenissen en schenkingen

De leden van de PvdA-fractie stellen vast dat het wetsvoorstel aanvankelijk uitging van het buiten de gemeenschap vallen van erfenissen en schenkingen. Bij de behandeling in de Tweede Kamer ontbeerde de repliek tegen de bij amendement voorgestelde wijziging op dit punt naar het oordeel van deze leden enige argumentatie. Zij vragen of zij het goed in de Handelingen lezen, dat de minister wel kan leven met de argumentatie van diverse partijen voor het amendement-Anker. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, kon het amendement in de Kamer duidelijk op brede steun rekenen, onder meer van de PvdA. De argumenten die werden aangevoerd voor het amendement, waren niet nieuw. Deze argumenten waren in de stukken reeds aan de orde geweest en van tegenargumenten voorzien. De inzet van de regering was om erfenissen en schenkingen buiten de gemeenschap te houden. Het was echter wel wenselijk dat voor een dergelijke wijziging in het basisstelsel brede steun zou bestaan. Toen die niet aanwezig bleek, maakte dat het amendement weliswaar niet wenselijk, maar wel onvermijdelijk.

De leden van de PvdA-fractie vragen vervolgens waarom het voor een lastendrukverminderende overheid acceptabel is, dat blijvend 340 000 maal per jaar een uitsluitingsclausule wordt en zal worden vastgelegd. Deze vraag beantwoord ik als volgt. Het is aan de formele wetgever om het basisstelsel van huwelijkvermogensrecht vast te leggen. De redenen waarom door een brede meerderheid in de Tweede Kamer is gestemd voor het amendement waarbij erfenissen en schenkingen in beginsel in de wettelijke huwelijksgemeenschap zullen blijven vallen, zijn bij de behandeling in de Tweede Kamer ampel uiteengezet. Ik moge op deze plaats volstaan met daarnaar te verwijzen. Daaraan voeg ik toe, dit naar aanleiding van de daarop gerichte vraag van de leden van de PvdA-fractie, dat ik ervan uitga dat een belangrijke beweegreden voor erflaters om, ook na de invoering van het nieuwe erfrecht, een testament te maken gelegen is in de wens om te verzekeren dat de nalatenschap niet in de huwelijksgemeenschap van de erfgenamen valt. Niet bekend is evenwel in hoeverre erflaters uitsluitend voor dit doel een testament maken.

De leden van de D66-fractie vinden het argument dat een wettelijke uitsluiting van erfenissen en schenkingen de zaken te complex zou maken, eigenaardig, aangezien er volgens deze leden in de praktijk niet veel zal veranderen. Deze leden wijzen erop dat uit de rechtspraak en uit (internationaal) onderzoek is gebleken dat het als onwenselijk wordt ervaren dat schenkingen en erfenissen van rechtswege gemeenschappelijk worden. Verder wijzen zij erop dat het juridisch ook goed verdedigbaar is om erfenissen en giften bij wet van de huwelijksgemeenschap uit te sluiten, nu daaraan geen enkele inspanning van de echtgenoten ten grondslag ligt. Waarom nu, zo vragen deze leden, de erflater onnodig op kosten jagen door hem of haar tot notariële of contractuele uitsluiting te dwingen? Het antwoord op deze vraag moet gevonden worden in de overwegingen die in de Tweede Kamer hebben geleid tot ruime aanvaarding van het desbetreffende amendement-Anker. Van belang is geweest de beoordeling dat op dit punt het huidige stelsel om redenen van helderheid en eenvoud de voorkeur verdient. De leden van de D66-fractie vernemen gaarne of ik voornemens ben op enigerlei wijze in het geweer

te komen tegen deze onwenselijke situatie. Deze leden zullen met mij onderkennen dat slechts door wetswijziging kan worden bewerkstelligd dat erfenissen en schenkingen buiten de gemeenschap vallen zonder dat daarvoor een rechtshandeling van de erflater of schenker nodig is. In verband met de ruime steun voor het amendement-Anker acht ik een nieuw voorstel op dit punt niet kansrijk.

Ontbinding van de gemeenschap van goederen

De leden van de VVD-fractie stellen enige vragen die betrekking hebben op ontbinding van de gemeenschap van goederen. Op deze vragen ga ik als volgt in.

De eerste vraag luidt waarom in artikel 99 niet mede is bepaald dat de gemeenschap van goederen wordt ontbonden als partijen een huwelijksvermogensrechtelijke rechtskeuze maken voor het recht van een land dat geen of een beperktere gemeenschap van goederen kent (artikel 6 Haags huwelijksvermogensverdrag 1978).

Het opnemen van een rechtskeuze als hiervoor bedoeld als grond voor ontbinding van de huwelijksgemeenschap, is niet nodig. Een geldige rechtskeuze heeft immers tot gevolg dat het Nederlandse huwelijksvermogensrecht niet langer toepasselijk is op de huwelijksvermogensrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten. De vraag in hoeverre het aan partijen vrijstaat om over te gaan tot verdeling van hetgeen in de gemeenschap was gevallen, wordt niet langer beheerst door het Nederlandse huwelijksvermogensrecht, maar door het recht waarvoor partijen hebben gekozen. Uit artikel 6 lid 3 van het Haags huwelijksvermogensverdrag 1978 vloeit voort dat aan een rechtskeuze als hier bedoeld terugwerkende kracht toekomt. Het toelichtend rapport bij het verdrag vermeldt dat partijen hetzij ervoor kunnen kiezen over te gaan tot «afwikkeling» van hun vermogen – hetgeen in dit verband kan worden opgevat als: overgaan tot verdeling en uitvoering daarvan – hetzij kunnen aanvaarden dat de gevolgen van het gekozen recht van toepassing worden zonder voorafgaande afwikkeling (verdeling en uitvoering daarvan). Voor geen van beide gevallen is van belang of de gemeenschap door de, niet langer toepasselijke, Nederlandse wet al dan niet ontbonden wordt verklaard. Waar het om gaat, is of het partijen volgens het wèl toepasselijke recht vrijstaat om tot verdeling over te gaan.

De genoemde leden vragen vervolgens naar de gevolgen van de voorgestelde wijziging van artikel 102. Uit praktisch oogpunt achten zij het begrijpelijk dat ervoor is gekozen om een gemeenschapsschuldeiser na ontbinding van de gemeenschap verhaal toe te staan bij de voordien niet aansprakelijke echtgenoot op goederen die deze echtgenoot uit de gemeenschap heeft verkregen. Maar dit opent volgens deze leden wel de weg naar beperking van de verhaalsmogelijkheden, aangezien in het artikel niet is voorzien in zaaksvervanging. Inderdaad voorziet artikel 102 niet met zoveel woorden in zaaksvervanging. Dit behoeft echter niet te betekenen dat zaaksvervanging onder alle omstandigheden uitgesloten moet worden geacht. Zaaksvervanging wordt in bepaalde gevallen immers ook zonder een dergelijke uitdrukkelijke grondslag mogelijk geacht. Bij wijze van voorbeeld wijs ik op de zaaksvervangingsregel van het voorgestelde artikel 95 lid 1, een regel die naar huidig recht ook zonder wettelijke grondslag pleegt te worden aanvaard. Met de voorgestelde redactie van artikel 102, tweede zin, is niet beoogd uit te sluiten dat het verhaalsrecht zich mede uitstrekt tot goederen die geacht moeten worden in de plaats te treden van hetgeen uit hoofde van verdeling van de gemeenschap is verkregen. Het door de genoemde leden genoemde voorbeeld maakt duidelijk dat een mogelijkheid van zaaksvervanging ter bescherming van

de belangen van schuldeisers inderdaad wenselijk zou kunnen zijn. Gelet op dit een en ander, acht ik het geenszins uitgesloten dat de mogelijkheid van zaaksvervanging in een dergelijk geval door de rechter zal worden aanvaard. In dat verband mogelijk rijzende vragen – zoals de vraag of zaaksvervanging optreedt in gevallen dat een goed is verkregen deels met middelen die uit hoofde van verdeling van de gemeenschap zijn verkregen en deels met andere middelen – kunnen worden beantwoord aan de hand van overeenkomstige toepassing van artikel 95 lid 1, eerste zin.

Bij de genoemde leden rijst vervolgens de vraag hoe de minister de bewijspositie van partijen ziet. Dient de aangesproken echtgenoot te bewijzen dat iets niet «uit hoofde van de verdeling van de gemeenschap is verkregen», zodat daarop geen verhaal op grond van artikel 102, tweede zin, mogelijk is, of moet de schuldeiser bewijzen dat een bepaald goed wel op die wijze is verkregen?

Op grond van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) draagt de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Meent een schuldeiser derhalve dat hij op grond van het voorgestelde artikel 102, tweede zin, gerechtigd is zich voor een gemeenschapsschuld te verhalen op een goed dat toebehoort aan een ex-echtgenoot, dan zal hij in rechte in beginsel de bewijslast dragen dat het goed afkomstig is uit de gemeenschap. Uit een bijzondere regel kan anders voortvloeien, indien de wetgever in het materiële recht aanwijzingen heeft neergelegd voor de verdeling van de bewijslast (vgl. W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, 2004, blz. 64–65). De vraag of uit enige bijzondere regel anders voortvloeit, dient in dit geval ontkennend te worden beantwoord. Met de in artikel 102, tweede zin, opgenomen zinsnede «met dien verstande evenwel dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen hij uit hoofde van verdeling van de gemeenschap heeft verkregen» is niet beoogd aan te geven dat het hier gaat om een omstandigheid waarvan de bewijslast rust op de echtgenoot. Anders zou afbreuk worden gedaan aan de strekking van de voorgestelde wijziging van artikel 102, tweede zin, die immers mede is: te voorkomen dat voor een schuld als hiervoor bedoeld verhaal wordt genomen op niet in de gemeenschap gevallen goederen. Ook uit artikel 96 lid 5 vloeit in gevallen als deze geen andere bewijslastverdeling voort. De regel dat goederen vermoed worden gemeenschappelijk te zijn – wel aangeduid als de «sponswerking van de gemeenschap» – is geschreven voor het geval dat partijen gehuwd zijn (vgl. de gebruikte term «echtgenoot»). De aansprakelijkheid van artikel 102, tweede zin, is pas aan de orde als het huwelijk ten einde is. Rechtstreekse toepassing van artikel 96 lid 5 is dan niet meer aan de orde. Daarvoor bestaat ook inhoudelijk veel minder grond, omdat vanaf de ontbinding van de huwelijksgemeenschap niet langer boedelmenging optreedt. Voortgezette werking van het vermoeden zou verder spanning kunnen opleveren met het belang van de ex-echtgenoten om hun leven in zelfstandigheid vorm te geven. Op grond van deze inhoudelijke overwegingen meen ik dat ook de aan het slot van artikel 150 Rv bedoelde eisen van redelijkheid en billijkheid niet nopen tot een omkering van de bewijslast.

De leden van de VVD-fractie wijzen er in dit verband terecht op dat het voor schuldeisers bijzonder lastig kan zijn om te bewijzen dat een goed is verkregen uit hoofde van verdeling van de gemeenschap. Met deze omstandigheid zou naar mijn mening rekening kunnen worden gehouden door, zoals in de jurisprudentie over bewijslastverdeling wel vaker voorkomt, op de aangesproken partij een informatieplicht te leggen. De

ex-echtgenoot dient dan ter motivering van zijn betwisting aan de schuldeiser aanknopingspunten te verschaffen voor de bewijslevering. De Hoge Raad past deze mogelijkheid met name toe voor gevallen waarin de partij met de bewijslast in het algemeen gesproken in bewijsnood verkeert, omdat de andere partij beschikt of zou moeten beschikken over de benodigde gegevens (vgl. Asser, Bewijslastverdeling, blz. 115). Daarvan kan in de door de genoemde leden bedoelde gevallen inderdaad sprake zijn: de ex-echtgenoten hebben immers de verdeling uitgevoerd en zij hebben zich derhalve kunnen voorzien van schriftelijk bewijs ter zake. Uit gegevens die de ex-echtgenoot kan verschaffen, zal bijvoorbeeld kunnen blijken of een goed is verkregen tijdens het bestaan van de gemeenschap. Is dat het geval, dan mag men – in het verlengde van het vermoeden van artikel 96 lid 5 tijdens huwelijk – doorgaans ook voor artikel 102, tweede zin, concluderen tot een vermoeden dat het goed uit de gemeenschap afkomstig is. De ex-echtgenoot zal in zo'n geval aan verhaal slechts ontkomen als hij erin slaagt tegenbewijs te leveren.

Voor de goede orde zij bedacht dat vragen omtrent toelaatbaarheid van verhaal in veel gevallen naar aanleiding van een conservatoire beslaglegging aan de orde zullen komen in een procedure tot opheffing van het beslag (artikel 705 Rv). Naar vaste jurisprudentie gelden in het kader van een dergelijk executiegeschil niet de regels van bewijslastverdeling. Wel zal het in eerste instantie op de weg liggen van degene die opheffing vordert om, met inachtneming van de beperkingen van de kort geding procedure, aannemelijk te maken dat de vordering van de schuldeiser ondeugdelijk is of dat het voortduren van het beslag om andere redenen niet kan worden gerechtvaardigd (Hoge Raad 30 juni 2006, NJ 2007, 483). De voorzieningenrechter zal daarbij steeds hebben te beslissen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd (Hoge Raad 25 november 2005, NJ 2006, 148; vgl. ook Hoge Raad Hoge Raad 14 juni 1996, NJ 1997, 481).

Het voorgaande overziend, meen ik dat er voldoende mogelijkheden zijn om met de belangen van zowel de ex-echtgenoot als de schuldeiser rekening te houden. Tot praktische onzekerheden zal artikel 102 naar mijn oordeel niet snel aanleiding geven. Een belangrijk voordeel voor de ex-echtgenoot is reeds dat derdenbeslag onder de werkgever uiteraard niet aan de orde is, omdat het salaris niet afkomstig is uit de gemeenschap. Bij verhaal op een registergoed zullen de benodigde gegevens steeds betrekkelijk eenvoudig kunnen worden geproduceerd. Hetzelfde geldt ten aanzien van andere goederen die op naam worden gesteld. En zelfs bij roerende zaken kan in veel gevallen bijvoorbeeld met aankoopbewijzen het nodige worden vastgesteld. Waar dit laatste niet kan, zal het veelal gaan om zaken met een betrekkelijk geringe waarde, waarop schuldeisers (mede in verband met mogelijke discussies over de herkomst van de zaken) toch al niet graag beslag zullen leggen. Van een verslechterring van de positie van de ex-echtgenoot is gelet op dit alles geen sprake.

De leden van de VVD-fractie achten het mogelijk dat, tenzij men aanneemt dat de bewijslast wordt gelegd op de schuldeiser, de voorgestelde regeling zelfs kan leiden tot indirecte discriminatie. Deze gedachte kan ik niet onderschrijven, aangezien de bewijslast in beginsel wel degelijk op de schuldeiser ligt. Voorts acht ik de feitelijke omstandigheden die op discriminatie zouden wijzen, weinig aannemelijk. Deze komen erop neer dat bij verdeling van de huwelijksgemeenschap vrouwen vaker dan mannen worden overbedeeld met de voormalige echtelijke woning en dat voorts die woning een aantrekkelijker verhaalsobject is dan de goederen van de man. Mij is niet bekend of de voormalige echtelijke woning inderdaad vaker wordt toegedeeld aan de vrouw omdat zij daaraan meer behoefte

zou hebben in verband met de zorg voor kinderen. Van belang zal toch ook zijn of zij in staat is de daaraan verbonden lasten te dragen. Voorts zal de woning in vele gevallen reeds zodanig met hypotheek belast zijn – of ter voldoening aan de overbedelingsvordering met hypotheek belast moeten worden –, dat er geen of slechts beperkte overwaarde resteert. Voor verhaal op grond van artikel 102, tweede zin, bestaat dan eveneens weinig ruimte.

De genoemde leden vragen verder of de opmerking op blz. 20 van de tweede nota van wijziging, dat met de voorgestelde wijziging van artikel 102 de Dozy-clausule niet meer nodig is, niet al te optimistisch is. Deze leden onderschrijven dat bij afstand van de gemeenschap en bij een verdeling van de gemeenschap bij helfte benadeling van schuldeisers niet gauw zal voorkomen. Voor die gevallen is de Dozy-clausule ook volgens deze leden niet nodig. Zij aarzelen daarover echter als het gaat om een opheffing van de gemeenschap als gevolg van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk. Bij de alsdan plaatsvindende verdeling is de notaris na schrapping van de eis van rechterlijke goedkeuring de enige ambtsdrager die daarop toezicht kan houden. Zij vragen zich af of dit niet een te zware (onderzoeks)last met bijbehorende aansprakelijkheidsproblematiek op het notariaat legt.

Het is nuttig om in dit verband allereerst het begrip «benadeling van schuldeisers» te omlijnen. Door opheffing van de gemeenschap zullen toekomstige baten van elk der echtgenoten niet blootstaan aan verhaal door schuldeisers van de andere echtgenoot. In dit gegeven zal nogal eens de grond gelegen zijn voor opheffing van de gemeenschap: één der echtgenoten wil een onderneming beginnen zonder de andere echtgenoot met de daaraan verbonden risico's te belasten. De Hoge Raad heeft vastgesteld dat géén sprake is benadeling van schuldeisers, wanneer door opheffing van de gemeenschap voor schuldeisers de verwachting wegvalt dat zij hun vorderingen in de toekomst zullen kunnen verhalen op goederen die nog geen deel uitmaken van de gemeenschap (HR 21 februari 1997, NJ 1998, 205). Derhalve dient voor de vraag of een door de echtgenoten gewenste opheffing van de gemeenschap en daaropvolgende verdeling zullen leiden tot benadeling van schuldeisers, veeleer slechts te worden beoordeeld of de bestaande gemeenschap zodanig wordt verdeeld dat (bestaande) schuldeisers daardoor worden benadeeld. Hierbij kunnen verschillende categorieën schuldeisers worden onderscheiden.

In de eerste plaats gaat het om schuldeisers jegens wie beide echtgenoten aansprakelijk zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval bij alle schulden die zijn aangegaan ten behoeve van de gewone gang van de huishouding (artikel 85). Voor deze schuldeisers kunnen opheffing en verdeling van de gemeenschap niet tot benadeling leiden, omdat er geen wijziging optreedt in hun verhaalsmogelijkheden.

In de tweede plaats zijn er schuldeisers jegens wie slechts één echtgenoot aansprakelijk is. Voor het verhaal op de reeds aansprakelijke echtgenoot zijn opheffing en verdeling van de gemeenschap niet van invloed. Voor het verhaal op de andere echtgenoot is van belang of de schuld wel of niet in de gemeenschap valt. Valt de schuld (overeenkomstig de hoofdregel van het voorgestelde artikel 94 lid 5) in de gemeenschap, dan is artikel 102 van toepassing. De andere echtgenoot wordt voor de schuld volledig aansprakelijk, met dien verstande dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen hij uit hoofde van verdeling van de gemeenschap heeft verkregen. Zoals hiervoor is uiteengezet, is niet uitgesloten dat daarbij de mogelijkheid van zaaksvervangende door de rechter zal worden aanvaard. Aldus zullen ontbinding en verdeling van de

gemeenschap niet meer kunnen leiden tot benadeling van deze schuldeisers: alle goederen van de gemeenschap blijven immers na de verdeling als verhaalsobject beschikbaar.

Ten slotte kunnen er schulden van een echtgenoot zijn die buiten de gemeenschap vallen. Deze privé-schulden kunnen worden verhaald op de gemeenschap. Na verdeling van de gemeenschap kan een schuldeiser voor een dergelijke schuld slechts verhaal nemen op de goederen van de echtgenoot die de schuld was aangegaan. Dat is zowel naar huidig recht als naar het voorgestelde recht het geval. Benadeling van deze schuldeisers is denkbaar, indien de aansprakelijke echtgenoot bij verdeling van de gemeenschap zou worden onderbedeeld, zonder jegens de andere echtgenoot een vordering wegens onderbedeling te verkrijgen. Een zodanige verdeling zou wegens benadeling kunnen blootstaan aan vernietiging door een schuldeiser (artikel 3:45 BW, de pauliana). Het ligt in de rede dat de notaris die betrokken is bij de opheffing en de verdeling, de echtgenoten in voorkomende gevallen op deze mogelijkheid zal wijzen. Indien de notaris de redelijke overtuiging heeft dat de echtgenoten een verdeling wensen die kennelijk mede ten doel heeft schuldeisers te benadelen, zal hij zijn medewerking daaraan moeten weigeren (artikel 21 lid 2 Wet op het notarisambt).

In de praktijk is het rechterlijk toezicht slechts beperkt van aard. Uitgangspunt zijn daarbij de stukken die hem door de notaris zijn voorgelegd. Niet snel zal daaruit blijken van een mogelijk schuldeisers benadelende ongelijke verdeling die niet ook al door de notaris was onderkend. Naar mijn overtuiging legt de afschaffing van de voorafgaande rechterlijke goedkeuring niet een te zware onderzoekslast of aansprakelijkheidsproblematiek op het notariaat. Ook vanuit het notariaat is positief gereageerd op de voorgestelde afschaffing.

Vervolgens stellen de leden van de VVD-fractie de verhaalsmogelijkheden op grond van de Dozy-clausule aan de orde. Zoals uiteengezet in de toelichting op de tweede nota van wijziging (blz. 20), vinden Dozy-clausules thans een ruimere toepassing dan geëigend is, in die zin dat zij geen beperking inhouden ten aanzien van het bedrag waarvoor of de goederen waarop verhaal kan worden genomen. Voorts wordt ten onrechte soms ook aan andere dan gemeenschapsschuldeisers een verhaalsmogelijkheid geboden. De genoemde leden spreken in dit verband van een «overkill aan verhaalsmogelijkheden». Uit het voorgaande vloeit voort dat de vraag of deze «overkill» naar mijn mening na invoering van het wetsvoorstel gecontinueerd moet worden, ontkennend wordt beantwoord.

Ten slotte vragen de leden van de VVD-fractie hoe de minister staat tegenover de oplossing om de aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden na ontbinding van de gemeenschap te beperken tot het breukdeel dat partijen krijgen bij de verdeling van de gemeenschap. Uit het voorgaande vloeit voort dat het voorgestelde artikel 102 een passende bescherming biedt aan schuldeisers, waardoor het niet langer nodig zal zijn om te werken met Dozy-clausules bij wijziging van huwelijkse voorwaarden. Beperking van aansprakelijkheid voor gemeenschapsschulden tot het breukdeel dat partijen bij de verdeling krijgen, vormt naar mijn oordeel geen aantrekkelijk alternatief. Zo zou een dergelijke proportionele aansprakelijkheid de mogelijkheden van verhaal op de echtgenoot die reeds aansprakelijk was, aanzienlijk beperken. Maar ook als de genoemde leden alleen doelen op de aansprakelijkheid van de echtgenoot die voorheen niet aansprakelijk was, doen zich nadelen voor. Partijen zullen slechts zelden uitdrukkelijk afwijken van een verdeling bij helfte, al was het maar omdat daaraan fiscale gevolgen verbonden kunnen zijn. Indien

partijen de verdeling van de gemeenschap feitelijk anders dan bij helfte uitvoeren, zal dat voor derden niet eenvoudig vast te stellen zijn. Lang niet altijd zullen zij daarbij een taxatie van de waarde van de goederen laten opstellen, terwijl schuldeisers ook niet betrokken zijn bij een dergelijke taxatie. Schuldeisers zouden derhalve niet eenvoudig kunnen vaststellen voor welk bedrag zij een echtgenoot op grond van artikel 102 kunnen aanspreken. Afgezien van deze praktische moeilijkheden, zou een schuldeiser bij deze proportionele aansprakelijkheid naar ik aanneem ook verhaal mogen nemen op goederen die niet uit de gemeenschap afkomstig zijn, waaronder bijvoorbeeld goederen die verkregen zijn uit een erfenis of schenking met uitsluitingsclausule. Dat bezwaar doet zich niet voor bij de in het wetsvoorstel voorgestelde redactie van artikel 102.

Verrekenbedingen

De leden van de CDA-fractie onderschrijven de vervanging van de nominaliteitsleer in artikel 87 door een stelsel van evenredige verrekening. Het komt deze leden evenwel voor dat artikel 87 lid 2 onder b een wel erg ingewikkelde berekening nodig maakt, die afwijkt van hetgeen in het kader van de regeling voor verrekenbedingen aan de orde is (artikel 136). Daarbij merken zij op dat ter bepaling van de hoogte van vergoedingsrechten in verband met tussentijdse aflossingen moet worden uitgegaan van de waarde van het goed op het moment dat de aflossing wordt gedaan. Vervolgens zou in gevallen waarin maandelijks wordt afgelost, de waardeontwikkeling van maand tot maand achteraf moeten worden vastgesteld en zal bijna altijd een beroep moeten worden gedaan op lid 5 van artikel 87, dat de mogelijkheid biedt van een schatting. Zou het, zo vragen deze leden, niet meer voor de hand liggen om te kiezen voor de berekeningswijze van artikel 136? Het komt deze leden opportuun voor dat de minister de verhouding tussen artikel 87 en artikel 136 nog eens helder uiteenzet. Ook de leden van de VVD-fractie vragen naar deze verhouding. Hierop ga ik gaarne als volgt in, waarbij ik mijn uiteenzetting zal illustreren aan de hand van enkele voorbeelden.

Artikel 87 heeft betrekking op vergoedingsrechten die tussen de privé-vermogens van de echtgenoten kunnen ontstaan als uit het ene vermogen is bijgedragen aan de verwerving van een goed in het andere vermogen of aan de aflossing van een schuld ter zake van een tot het andere vermogen behorende goed. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting (blz. 16–18), is daarbij in de eerste plaats gedacht aan gevallen dat de ene echtgenoot met privé-vermogen van de andere echtgenoot een buiten enige gemeenschap vallend goed *verkrijgt* (artikel 87 lid 2 onder a). *In de tweede plaats is gedacht aan gevallen dat verbeteringen* aan het goed worden aangebracht en de daarvoor aangegane schuld (bv. de rekening van de aannemer) wordt voldaan met privé-vermogen van de andere echtgenoot (artikel 87 lid 2 onder b). In al deze gevallen wordt de uiteindelijke waarde van het goed beschouwd als de resultante van in en aan het goed gedane investeringen. De bijdrage van de andere echtgenoot geeft aanspraak op een gedeelte van de uiteindelijke waarde van het goed, evenredig aan het gewicht van de investering. Enige voorbeelden kunnen dit verduidelijken.

Voorbeeld 1 (meebetalen bij de aanschaf van een woning)

A koopt een woning voor 400 000 euro en betaalt hiervan 300 000 euro uit eigen privé-middelen en 100 000 euro uit door zijn echtgenoot B beschikbaar gestelde privé-middelen. De woning wordt eigendom van A. De andere echtgenoot (B) heeft recht op een vergoeding, die ingevolge artikel 87 lid 2 onder a gelijk is aan een kwart van de waarde van de woning op het tijdstip waartegen de vergoedingsvordering wordt afgerekend.

Indien A na tien jaar overgaat tot vergoeding en de waarde van de woning dan 1 miljoen euro bedraagt, is de vergoeding voor B 250 000 euro. Indien A echter al na twee jaar tot voldoening was overgegaan en de waarde van de woning toen gedaald was tot 200 000 euro, had B slechts recht op 50 000 euro vergoeding.

Voorbeeld 2 (verbouwing en verbetering)

Echtgenoot A heeft een huis in eigendom met een waarde van 500 000 euro. Het huis wordt verbouwd voor 100 000 euro. De aannemer wordt voldaan uit privé-middelen van de andere echtgenoot (B). Op het tijdstip dat tot vergoeding wordt overgegaan, is de waarde van het huis gestegen tot 1 miljoen euro. De vergoeding voor B belooft dan ingevolge artikel 87 lid 2 onder b (naar evenredigheid van de wederzijdse investeringen van de echtgenoten) één zesde deel van 1 miljoen euro, derhalve 167 000 euro.

Voorbeeld 3 (gelijktijdige verwerving en verbouwing)

Stel dat A een huis koopt voor een bedrag van 500 000 euro. Nog voor de levering wordt het huis verbouwd tegen een aanneemsom van 100 000 euro. Echtgenoot B draagt met 100 000 euro aan privé-middelen bij in de koopprijs en neemt ook de schuld aan de aannemer voor zijn rekening. A betaalt uit zijn privé-vermogen 400 000 euro en verworft het huis in zijn privé-vermogen. Wanneer A en B afrekenen, is het huis 1 miljoen euro waard.

B kan ingevolge artikel 87 lid 2 onder a en onder b aanspraak maken op vergoeding van een gedeelte van de eindwaarde van het huis, evenredig aan zijn bijdrage in het totaal van de koopprijs en de verbouwingskosten. In dit geval belooft de vergoeding dus één derde deel – namelijk (100 000 + 100 000) gedeeld door (500 000 + 100 000) – van 1 miljoen euro. A moet dus 333 333 euro betalen.

Voorbeeld 4 (verbouwing voor hoger bedrag dan waardevermindering)

Tot het privé-vermogen van A behoort een huis met een waarde van 500 000 euro. A laat het huis op zeker moment verbouwen voor 100 000 euro. Zijn echtgenoot B betaalt de schuld aan de aannemer. Niet lang na de verbouwing komt het huwelijk ten einde en rekenen zij af. De waarde van het huis valt tegen en bedraagt slechts 550 000 euro.

Het «verlies» wordt gedragen naar rato van ieders investering. B heeft recht op een vergoeding van één zesde deel van 550 000 euro (d.w.z. 91 666 euro). Zou A de aannemer zonder B's toestemming uit diens privé-middelen hebben voldaan, dan had B recht op vergoeding van 100 000 euro (artikel 87 lid 3 onder a).

Artikel 87 houdt – in tegenstelling tot artikel 136 – niet met zoveel woorden rekening met schulden die zijn aangegaan in verband met de verwerving van een goed. Ook in de memorie van toelichting wordt niet ingegaan op vergoedingsrechten in verband met deze categorie schulden.¹ Op welke wijze moet het vergoedingsrecht ter zake van een aflossing op een dergelijke schuld worden vastgesteld? Op het eerste gezicht lijkt het misschien voor de hand te liggen om het vergoedingsrecht te berekenen overeenkomstig artikel 87 lid 2 onder b, nu daar immers met zoveel woorden sprake is van aflossing. Bij nadere beschouwing ligt dat echter toch minder voor de hand. Om te beginnen wordt met de aflossing op een schuld, aangegaan in verband met de verwerving van het goed, óók voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 87 lid 2 onder a. Met de aflossing komt immers een deel van de tegenprestatie voor de verkrijging (alsnog) ten laste van het vermogen van de echtgenoot uit wiens vermogen de aflossing wordt gedaan.² Van belang is voorts dat de maatstaf van artikel 87 lid 2 onder b hier duidelijk niet een redelijk resultaat oplevert: uitgaan van de verhouding tussen de aflossing en de op dat moment bestaande waarde van het goed is alleszins redelijk als de aflossing neerkomt op een *extra investering in het goed, zoals het geval is als daarmee wordt betaald voor een verbouwing. Wordt met de aflossing echter bijgedragen aan de oorspronkelijke investering*, dan ligt

¹ In een voor consultatie rondgezonden ontwerp was in artikel 87 lid 3 wél rekening gehouden met schulden ter verkrijging van een goed, doch niet met aflossing ten laste van een ander vermogen dan dat waartoe het goed ging behoren («Indien een echtgenoot in verband met de verkrijging van een buiten enige gemeenschap van goederen vallend goed een schuld is aangegaan, wordt de tegenprestatie voor die verkrijging vermoed uit zijn eigen vermogen afkomstig te zijn, voor zover de schuld tot zijn eigen vermogen wordt gerekend of daaruit is afgelost of voldaan, tenzij de echtgenoten anders overeenkomen»). De bepaling is nadien als niet zinvol geschrapt (Kamerstukken II 2002–2003, 28 867, nr. 3, blz. 19).

² In artikel 87 lid 2 onder a wordt – anders dan bij de regel van zaaksvervangning van artikel 95 lid 1, eerste zin (ter vermijding van «zwevende eigendom») – niet de eis gesteld dat «bij de verkrijging» aan de tegenprestatie is bijgedragen.

het voor de hand de vergoeding ook te relateren aan de met de oorspronkelijke investering gecreëerde waarde. Bovendien zou artikel 87 lid 2 onder b soms niet zozeer leiden tot een onredelijk resultaat, maar in het geheel niet tot enig resultaat. Dat is namelijk het geval, als wordt afgelost voor een groter bedrag dan het goed op dat moment waard is.

Voorbeeld 5. Aflossing op ter verwerving aangegane schuld, als het goed minder waard is geworden

Stel dat echtgenoot A een woning heeft gekocht en op eigen naam verkregen met 300 000 euro uit zijn privé-vermogen en met 200 000 euro uit een lening van een derde. Na enige jaren blijkt de waarde van de woning sterk gedaald van 500 000 euro tot 190 000 euro. Als op dat moment de schuld van 200 000 euro wordt afgelost met privé-middelen van echtgenoot B, verkrijgt B een recht op vergoeding. De vergoeding kan echter niet worden bepaald aan de hand van artikel 87 lid 2 onder b. De vergoeding zou immers gelijk moeten zijn aan een «gedeelte» van de uiteindelijke waarde van het huis, overeenkomend met de verhouding tussen het afgeloste bedrag en de waarde van het huis op het moment van de aflossing. Die verhouding is in dit geval echter groter dan 1 (namelijk 200/190), zodat de bepaling niet uitwijst welk gedeelte van de waarde als vergoeding moet worden betaald.

Artikel 87 lid 2 onder a leidt wèl tot een redelijke oplossing. De vergoeding wordt bepaald door het aandeel te bepalen dat de aflossing vormt in de totale tegenprestatie voor het goed. De aflossing van 200 000 euro uit privé-middelen van B geeft recht op een vergoeding van twee vijfde deel van de uiteindelijke waarde van de woning. De waarde ten tijde van de aflossing (190 000 euro) doet daarbij niet ter zake. Is de waarde van de woning uiteindelijk 750 000 euro, dan heeft B derhalve aanspraak op vergoeding ten belope van 300 000 euro. Zou de woning uiteindelijk echter nog slechts 180 000 euro waard zijn, dan beloopt de vergoeding 72 000 euro (ervan uitgaande dat B had toegestemd in de aflossing ten laste van zijn vermogen).

Hoewel bij het opstellen van de regeling van artikel 87 niet nadrukkelijk aandacht is besteed aan maandelijkse aflossingen op een schuld, aangaan in verband met de verwerving van een privé-goed, ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot of ten laste van de huwelijksgemeenschap, kunnen dergelijke aflossingen wel degelijk aanleiding geven tot vergoedingsrechten. Voor elke aflossingstermijn dient de vergoeding te worden bepaald overeenkomstig artikel 87 lid 2 onder a. Voor elke aflossing wordt gezien welk aandeel in de tegenprestatie daarmee wordt voldaan, en wordt het vergoedingsrecht berekend als een dienovereenkomstig aandeel in de waarde van het goed ten tijde van de afrekening. Daarbij speelt de waarde van de woning ten tijde van elke aflossing geen rol.

Een vergelijkbare benadering ligt voor de hand als een verbouwing wordt bekostigd met middelen uit een lening waarop nadien wordt afgelost. Als een verbouwing is bekostigd met een lening, die nadien in termijnen wordt afgelost, dan geeft iedere aflossing aanspraak op een vergoeding. Indien de verbouwing volledig is betaald uit de lening, geeft aflossing van 10% van de schuld een aanspraak op vergoeding voor 10% van het resultaat van de met de verbouwing gemoeide investering. Van dit laatste geef ik een voorbeeld.

Voorbeeld 6 (periodieke aflossing op schuld ter financiering van verbouwing)

Stel dat A een huis heeft verworven met 600 000 euro aan privé-middelen. Na drie jaar, als de waarde van het huis is gedaald tot 300 000 euro, vindt een verbouwing plaats ten bedrage van 300 000 euro. Voor dat bedrag gaat A een lening aan. De schuld heeft betrekking op een van de gemeenschap uitgezonderd goed en vormt derhalve een privé-schuld (artikel 95 lid 5 onder a). Twee jaar later wordt op de lening 30 000 euro afgelost ten laste van privé-vermogen van A's echtgenoot B. Daardoor krijgt B aanspraak op vergoeding ter

hoogte van een aandeel in de waarde van het huis op het moment waartegen wordt afge-rekend. Dat aandeel is gelijk aan 10% (30 000 : 300 000) van de met de schuld gedane investering. De vergoeding belooft derhalve 10% van de helft (300 000 / (300 000 + 300 000)) van de waarde van het huis op het moment waartegen wordt afge-rekend. Indien wordt afge-rekend tegen het moment waarop echtscheiding is verzocht, belooft het vergoedingsrecht derhalve 45 000 euro, als het huis inmiddels 900 000 euro waard is. Als met middelen van B inmiddels nogmaals 30 000 was afgelost op de lening, dan zou het vergoedingsrecht in totaal 90 000 euro belopen. De waarde van het huis op de tijdstippen van de aflossingen speelt ook hier geen rol.

Een aanvullend argument ten gunste van deze benadering is gelegen in de omstandigheid dat zo wordt aangesloten bij hetgeen in het kader van verrekenbedingen ingevolge artikel 136 gebruikelijk is. In de memorie van toelichting is op blz. 19 vermeld dat de artikelen 87 en 136 uitgaan van hetzelfde uitgangspunt: de beleggingsvisie. Ook in het kader van artikel 136 behoort voor aflossingen op een schuld, aangegaan ter verwerving van een goed, in beginsel geen rekening te worden gehouden met de waarde ten tijde van de aflossingen. Alvorens daarop nader in te gaan, wijs ik erop dat artikel 136 niet één bepaalde wijze van berekening voor-schrijft. In de praktijk worden voor uiteenlopende gevallen dan ook uiteen-lopende berekeningswijzen gehanteerd. Met het navolgende wordt niet beoogd om één bepaalde berekeningswijze tot de enige juiste te bestem-pelen.

Indien een echtgenoot in verband met de verwerving van een goed een schuld is aangegaan, wordt het goed ingevolge artikel 136 lid 1, tweede zin, tot het te verrekenen vermogen gerekend «voor zover de schuld daartoe wordt gerekend of daaruit is afgelost of betaald». Het eerste element – in hoeverre de schuld tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend – heeft in de literatuur aanleiding gegeven tot enige discussie, die echter voor artikel 87 van weinig belang is, aangezien het criterium daar ontbreekt. Wel van belang is dat een goed tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend, voor zover de ter verwerving daarvan aange-gane schuld daaruit is afgelost of daarop is betaald.

Voorbeeld 7 (verrekening in verband met aflossing van schuld ter verwerving)

Echtgenoten zijn een verrekenbeding overeengekomen. Echtgenoot A heeft tijdens het huwelijk een luxe vakantiewoning verkregen voor een koopprijs van 500 000 euro. Daarvan is 300 000 euro voldaan met door A geërfd geld, dat niet behoort tot het te verre-kenen vermogen, en 200 000 euro uit een lening.¹ In elk geval voor periodieke verreken-bedingen is van belang dat zolang op de schuld niets is afgelost, ook de vakantiewoning niet behoort tot het te verrekenen vermogen. Wordt op zeker moment op de schuld afge-lost met geld dat wél behoort tot het te verrekenen vermogen, dan gaat de vakantiewo-ning voor een deel behoren tot het te verrekenen vermogen. Dit deel dient volgens artikel 136 lid 1, tweede volzin, te worden bepaald «op de voet van de eerste volzin». Ter bepa-ling van wat dit betekent, ga ik eerst in op de eerste volzin.

Als reeds ten tijde van de verkrijging met 100 000 euro uit te verrekenen vermogen was bijgedragen aan de tegenprestatie (500 000 euro), dan behoorde de vakantiewoning vanaf dat moment voor één vijfde deel tot het te verrekenen vermogen. Is de vakantiewoning aan het einde van het huwelijk 1 000 000 euro waard, dan dient de vakantiewoning derhalve voor 200 000 euro in de verrekening te worden betrokken.

Als niet slechts op het tijdstip van de verkrijging maar ook later (nogmaals) uit te verre-kenen vermogen is bijgedragen aan de aflossing, dan komt de vakantiewoning daardoor voor een groter deel te behoren tot het te verrekenen vermogen. Ingevolge de woorden «op de voet van de eerste volzin» kan dit deel worden vastgesteld door het totale bedrag van de bijdragen op te tellen en vast te stellen welk aandeel dit vormt in de totale tegen-

¹ In dit voorbeeld wordt voor het gemak aangenomen dat de schuld uit de lening niet tot het te verrekenen vermogen wordt gere-kend.

prestatie – bij een extra aflossing van 100 000 euro derhalve 2/5 deel – en dat deel tot uitgangspunt voor de verrekening te nemen.

Bij verrekening op grond van verrekenbedingen moet worden onderscheiden tussen periodieke en finale verrekening. Indien in voorbeeld 8 periodiek wordt verrekend, zal de eerste bijdrage aanleiding geven tot verrekening van 1/5 deel van de waardestijging van de vakantiewoning over de desbetreffende jaren. Vanaf het moment van de extra aflossing zal 2/5 deel van de waardestijging moeten worden verrekend. In de praktijk vindt echter veelal geen periodieke verrekening plaats, en zal derhalve een finale verrekening moeten plaatsvinden (artikel 141 lid 1). Daarbij zal dan vaak uitgegaan worden van verrekening van 2/5 deel van de waardestijging over de gehele periode waarop de verrekening betrekking heeft. Bij deze wijze van verrekenen komt men derhalve tot eenzelfde resultaat, als wanneer het goed reeds van aanvang af voor 2/5 deel tot het te verrekenen vermogen had behoord.¹ Dit maakt de berekening uiteraard aanzienlijk eenvoudiger. Steun daarvoor kan worden gevonden in de gedachte dat als partijen bij de verwerving hadden kunnen voorzien voor welk deel de schuld uiteindelijk zou worden voldaan uit te verrekenen vermogen, zij de schuld voor dat deel zouden hebben gerekend tot het te verrekenen vermogen (het eerste criterium van artikel 136 lid 1, tweede zin). Per saldo komt de berekeningswijze aldus op dit punt overeen met die van artikel 87.²

Voorbeeld 8 (verrekening in verband met aflossing van schuld ter verwerving)

Stel dat in voorbeeld 7 niet op het tijdstip van de verkrijging maar pas later uit te verrekenen vermogen is bijgedragen met een aflossing van 100 000 euro. Door deze aflossing komt de vakantiewoning ten minste voor één vijfde deel te behoren tot het te verrekenen vermogen, ongeacht de waarde van de vakantiewoning op het moment van de aflossing. Vindt nadien een tweede aflossing plaats ten bedrage van 50 000 euro uit te verrekenen vermogen, dan gaat de vakantiewoning voor een extra deel tot het te verrekenen vermogen behoren. Dat extra deel is wederom gelijk aan het aandeel dat de latere aflossing vormt in de oorspronkelijke tegenprestatie voor de verkrijging van de vakantiewoning. In het gegeven voorbeeld beloopt het extra deel derhalve één tiende deel (50 000 : 500 000) van de vakantiewoning. In totaal behoort de vakantiewoning volgens deze berekening dan voor één vijfde deel plus één tiende deel, dat wil zeggen in totaal voor drie tiende deel (150 000 : 500 000) tot het te verrekenen vermogen.

Overigens heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie over verrekenbedingen, die deels betrekking heeft op het recht van vóór de invoering van de wettelijke regels voor verrekenbedingen, uitgemaakt dat ook bij finale verrekening de tijdstippen van gedane aflossingen – indien van belang voor een redelijke toerekening – van invloed kunnen zijn op de omvang van uit die aflossingen voortvloeiende verrekeningsaanspraken (Hoge Raad 2 maart 2001, NJ 2001, 583). Mede gelet op latere jurisprudentie (Hoge Raad 27 januari 2006, NJ 2006, 564, m.nt. L.C.A. Verstappen) lijkt hiervan in de praktijk toch niet snel sprake te zijn. Het lijkt erop dat daarvoor in elk geval geen ruimte bestaat als alle aflossingen zijn geschied uit te verrekenen vermogen (vgl. onderdeel 2.30 van de conclusie van a-g Langemeijer voor het arrest van 27 januari 2006).

Uit het voorgaande komt naar voren dat de benadering van artikel 87 goed vergelijkbaar is met die van artikel 136. Voor de vaststelling van de 'beleggingswaarde' van gedane aflossingen op een schuld ter verwerving van een goed, is niet van belang op welke tijdstippen de aflossingen zijn gedaan. Die tijdstippen zijn wel van belang als wordt bijgedragen aan de kosten van verbouwing. In dat geval is ook van belang hoeveel het goed waard is ten tijde van de verbouwing. Is dat laatste in een concreet geval

¹ Volgens Reinhartz (FJR 2008, blz. 29) worden in de praktijk alle investeringen en aflossingen in de regel bij elkaar opgeteld, en blijft de waarde van het goed ten tijde van het betalen ervan buiten beschouwing.

² Buiten beschouwing kan blijven in hoeverre rentebetalingen ertoe kunnen leiden dat een schuld tot het te verrekenen vermogen wordt gerekend. Bij de vaststelling van vergoedingsvorderingen wordt de verplichting tot betaling van rente niet in aanmerking genomen (Kamerstukken II 2002–2003, 28 867, nr. 3, blz. 19).

bij gebreke aan precieze gegevens niet goed mogelijk, dan kan worden gewerkt met een globale benadering. Artikel 87 lid 5 biedt voor een dergelijke globale benadering een adequate grondslag.

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens of de voorgestelde regeling van artikel 87 ertoe leidt, dat de andere echtgenoot dan degene die een zaak heeft ingeboekt, wel volledig in een eventuele groei meedeelt, maar in een eventuele vermindering van de waarde niet verder meedeelt dan zijn investering strekt. Inderdaad bevat artikel 87 lid 3, onder a, een dergelijke regel. De regel geldt niet als de investering is geschied met toestemming van de echtgenoot uit wiens vermogen zij is gedaan. De echtgenoot die zelf toestemming geeft voor de investering, kan immers geacht worden daarmee ook het risico van waardedaling te aanvaarden. Overigens is naar aanleiding van het advies van de Raad van State over de tweede nota van wijziging scherper tot uitdrukking gebracht dat het op de weg ligt van de echtgenoot die zich op de toestemming beroept, om deze zo nodig te bewijzen (Kamerstukken II 2005–2006, 28 867, nr. 11, blz. 2).

De leden van de VVD-fractie zijn van mening dat de regeling van artikel 87 (in verband met artikel 95 e.v.) evenwichtig lijkt, indien men het per aangeschaft goed bekijkt. Indien men het in het totaal bekijkt bij de afwikkeling van de gemeenschap van goederen, kan het echter ook zeer onrechtvaardig uitwerken, aldus deze leden. Ter toelichting wijzen zij op het volgende. Indien de man zijn privé-vermogen in een huis heeft geïnvesteerd en de vrouw met haar privé-vermogen vakanties, de aanschaf van een auto of andere consumptieve uitgaven heeft gefinancierd, krijgt de man in beginsel een vergoeding uit de gemeenschap naar evenredigheid van de waarde-ontwikkeling. De vrouw krijgt echter, aldus deze leden, niet meer uit de gemeenschap terug dan het nominale bedrag dat zij heeft geïnvesteerd. Tegelijkertijd moet zij ook meebetalen aan hetgeen de man verkrijgt, aangezien zij de helft verkrijgt van wat resteert aan gemeenschapsgoederen nadat de vergoedingsrechten zijn voldaan.

Alvorens in te gaan op de specifieke vragen van de genoemde leden, maak ik een enkele opmerking over deze toelichting. Indien een echtgenoot met privé-vermogen investeert in een huis, zal hij jegens de gemeenschap aanspraak kunnen maken op een vergoeding naar evenredigheid van de waarde-ontwikkeling, ervan uitgaande dat het huis in de gemeenschap is gevallen. De bekostiging van vakanties, een auto of andere consumptieve uitgaven zal geen aanleiding geven tot een vergoeding die uitgaat boven het nominale bedrag van de kosten. Dat geldt ook voor zover het zou gaan om kosten van de huishouding (artikel 84 lid 1). Het maakt derhalve voor de omvang van het vergoedingsrecht inderdaad verschil of geïnvesteerd is in een goed dat in waarde kan stijgen of dat is bijgedragen aan uitgaven van consumptieve aard. Daarbij moet wel bedacht worden dat investeringen ook tot verlies kunnen leiden, als het betrokken goed in waarde daalt. Het vergoedingsrecht ter zake van de woning kan derhalve ook lager uitvallen dan de nominale investering. Bij de consumptieve uitgaven is dit risico uitgesloten. Het verschil vloeit voort uit de aard van de betrokken uitgaven, hetgeen ook voor de echtgenoten begrijpelijk zal zijn. Onrechtvaardig acht ik het verschil niet. Overigens meen ik met betrekking tot de privé-investering in het huis dat de andere echtgenoot niet hoeft mee te betalen aan het vergoedingsrecht. De vergoeding voor de man voor de waardestijging van het huis reflecteert immers precies de investering vanuit zijn privé-vermogen. Voor zover het huis is bekostigd met middelen uit de gemeenschap, komt ook de waardestijging volledig aan de gemeenschap ten goede. Ten slotte neem ik in aanmerking dat als in een uitzonderlijk geval een ongelukkige combinatie van enerzijds vergoedingsrechten naar beleggingswaarde en daartegen-

over staande vergoedingsrechten voor nominale waarde, zou leiden tot een onaanvaardbaar resultaat, een correctie op grond van artikel 6:2 BW niet geheel uitgesloten is.

De leden van de VVD-fractie formuleren vervolgens enige nadere vragen, waarop ik als volgt inga.

a. Op de vraag of het wenselijk is dat de berekeningswijze van de vergoedingsrechten in dit artikel afwijkt van die van artikel 136, ben ik hiervoor reeds uitvoerig ingegaan naar aanleiding van de een vergelijkbare vraag van de leden van de CDA-fractie. Ik moge op deze plaats volstaan met een verwijzing naar hetgeen ik daarover reeds heb opgemerkt. Beide artikelen gaan in wezen uit van eenzelfde benadering, die is ingegeven door de beleggingsleer.

b. Indien de berekeningswijze voor vergoedingsrechten afwijkt van die in het kader van verrekenbedingen, rijst voor genoemde leden de vraag of artikel 136 is te begrijpen als een *lex specialis* voor gevallen dat partijen in hun huwelijkse voorwaarden een verrekenbeding zijn overeengekomen. Zoals uiteengezet, wijkt de berekeningswijze van artikel 87 niet wezenlijk af van hetgeen bij verrekeningsbedingen aan de orde is. Niettemin kan men artikel 136 in zoverre beschouwen als een *lex specialis*, dat het artikel van toepassing is als de huwelijkse voorwaarden van partijen een verrekenbeding inhouden. Daarbij bedenke men dan wel dat de verschillen met artikel 87 beperkt zijn tot hetgeen voortvloeit uit de aard van beide regelingen. Zo dient in artikel 87 rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat een vergoeding verschuldigd wordt voor een bijdrage die is geschied zonder toestemming van de bijdragende echtgenoot, in welk geval deze echtgenoot beschermd wordt tegen waardedalingen. Deze situatie is bij de regeling van de verrekenbedingen niet aan de orde. Omgekeerd houdt de wet in het kader van een door een verrekenbeding bepaalde verhouding tussen partijen rekening met de mogelijkheid dat een schuld die is aangegaan ter verwerving van een goed, geheel of gedeeltelijk wordt gerekend tot het te verrekenen vermogen, met als gevolg dat in zoverre ook het goed daartoe wordt gerekend. Zoals hiervoor aan de orde kwam, leidt dit bij finale verrekening veelal niet tot een andere uitkomst dan het geval zou zijn bij artikel 87.

c. De leden van de VVD-fractie vragen vervolgens of het wenselijk is om in artikel 87 lid 2 onder b voor de berekening van het vergoedingsrecht dat voortvloeit uit een aflossing op een schuld ter verwerving van een goed, rekening te houden met het moment van de betaling. Zoals hiervoor uiteengezet met betrekking tot de verhouding tussen artikel 87 en artikel 136, is het moment van de aflossing op een schuld ter verwerving van een goed niet van invloed op de hoogte van het vergoedingsrecht ingevolge artikel 87 lid 2. Dit is wel het geval als een schuld die is aangegaan ter verbetering van het goed, (direct) wordt voldaan, aangezien daarmee als het ware een extra investering wordt gedaan. Maar in het algemeen vinden verbouwingen aan hetzelfde huis niet met grote regelmaat plaats. Voorts is voor gevallen dat de benodigde gegevens niet meer nauwkeurig kunnen worden vastgesteld, uitdrukkelijk ruimte geschapen voor een globalere benadering. In de toelichting is de parallel getrokken met artikel 6:97, tweede zin, voor de omvang van wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Met laatstbedoelde bepaling zijn in de praktijk goede ervaringen opgedaan. Naar mijn verwachting zal de praktijk ook met artikel 87 lid 5 goed uit de voeten kunnen. Ik zie dit niet als een verdringing van de hoofdregel door de uitzondering, zoals de leden suggereren. Van belang is dat in artikel 87 lid 2 het uitgangspunt is geformuleerd. Aan de praktijk kan worden overgelaten om te bezien in hoever-

re in de concrete omstandigheden van het geval, tegen de achtergrond van het geformuleerde uitgangspunt, een globalere benadering volstaat.

d. De leden van de VVD-fractie stellen aan de orde dat door artikel 87 lid 3 onder b, dat een bijzondere regel bevat voor goederen die bestemd zijn om verbruikt te worden, een probleem waarmee vele echtgenoten in de praktijk worden geconfronteerd, niet wordt opgelost. Gedoeld wordt op de situatie dat één der echtgenoten privé-vermogen heeft gehad, bijvoorbeeld uit een erfenis, maar aan het eind van het huwelijk is dat niet meer aantoonbaar aanwezig, zonder dat duidelijk is waarvoor het is aangewend. Zij wijzen er daarbij op dat in onderzoek is aangetoond dat dit vooral voorkomt bij vrouwen, die eerder geneigd zijn om uit hun privé-goederen luxe vakanties te betalen voor het gezin, hetgeen zonder privé-vermogen niet mogelijk zou zijn geweest.¹ De leden vragen hoe de Minister dit probleem denkt op te lossen. In het bijzonder vragen zij aandacht voor een suggestie van mevrouw Van Duijvendijk-Brand, die heeft voorgesteld een wettelijk vermoeden op te nemen ten gunste van een echtgenoot die een erfenis heeft verkregen.

Op deze vraag ga ik gaarne als volgt in. In de witte stukken van het wetsvoorstel is reeds meermalen aan de orde geweest dat de gemeenschap van goederen als het ware werkt als een «spons». Privé-vermogen zal geadmistreerd moeten worden om te voorkomen dat het zal worden aangemerkt als gemeenschappelijk (artikel 94 lid 6). Aldus wordt recht gedaan aan het uitgangspunt dat de goederen van beide echtgenoten in beginsel behoren tot de gemeenschap en dat het de eigen verantwoordelijkheid van de echtgenoten vormt om uitzonderingen aan te tonen. Door mevrouw Van Duijvendijk is een speciaal wettelijk vermoeden voorgesteld. Dit vermoeden houdt in dat als een echtgenoot door erfrecht of door schenking privé-vermogen heeft verkregen waarvan na ontbinding van de gemeenschap onduidelijk is wat daarmee is gebeurd, die echtgenoot vermoed wordt daarvoor recht op vergoeding jegens de gemeenschap te hebben. Het vermoeden zou moeten gelden voor het nominale bedrag van hetgeen door erfrecht of schenking was verkregen. De vergoeding vindt haar grond, zo begrijp ik, in de gedachte dat het geld zal zijn opgegaan aan de kosten van de huishouding of in elk geval aan de gemeenschap. Niet alleen zou zo, aldus mevrouw Van Duijvendijk, recht worden gedaan aan het privé-karakter van de verkrijging en daaraan een duidelijker betekenis verbinden. Ook zou daarmee, vooral in gevallen dat de gemeenschap moet worden verdeeld wegens echtscheiding, een bron van conflict kunnen worden weggenomen.

Eén van de argumenten die door mevrouw Duijvendijk zijn aangevoerd voor het vermoeden van een vergoedingsrecht, is dat daarmee de voorgestelde wijziging op het punt van erfenissen en schenkingen zou worden onderstreept en niet blijft steken in symboolwetgeving. Door aanvaarding van het amendement-Anker heeft dit argument zijn betekenis verloren.

Het voorstel van mevrouw Van Duijvendijk houdt slechts een vermoeden in dat er grond bestaat voor een vergoedingsrecht. Dat vermoeden wijkt als komt vast te staan dat er met de erfenis of de schenking uitgaven zijn gedaan die geen grond opleveren voor een vergoedingsrecht, zoals de aanschaf van een privé-goed of betaling van een luxe vakantiereis die de kosten van de huishouding te boven gaat. Indien het juist is dat uit privé-middelen nogal eens luxe vakanties voor het gezin worden betaald, zou dat derhalve geen grond zijn voor een vergoedingsrecht.

Een ander aspect dat mij van belang lijkt, is de mogelijkheid dat uit het geërfde of geschonken geld kosten van de huishouding zijn voldaan. Dergelijke uitgaven geven in beginsel – indien zij niet uit de inkomens van

¹ Inderdaad schrijft Reinhartz dat vooral vrouwen met hun verkrijgingen bijdragen aan het huishouden, terwijl verkrijgingen van mannen eerder in duurzame goederen worden geïnvesteerd (FJR 2008, blz. 31). Uit de publicatie waarnaar zij verwijst, blijkt evenwel dat het hier slechts gaat om «ervaringsgegevens» van een kleine groep informanten, volgens wie «denkbaar» is dat er een genderspecifiek spaar- en beleggingspatroon bestaat.

de echtgenoten kunnen worden voldaan – aanspraak op vergoeding uit de gemeenschap. Ten aanzien van vergoedingsrechten voor kosten van de huishouding neemt de Hoge Raad vrij snel rechtsverwerking aan. Afrekening van huishoudkosten dient naar het oordeel van de Hoge Raad op betrekkelijk korte termijn te geschieden, niet pas na vele jaren (HR 29 april 1994, NJ 1995, 561). Een wettelijk vermoeden als hier besproken, zou de mogelijkheid creëren om toch nog veel later vergoeding voor kosten van de huishouding te verlangen. Vgl. ook HR 15 september 2006, RvdW 2006, 854, in welk arrest aan een beroep op een vervalbeding ter zake van vergoeding voor teveel betaalde kosten van de huishouding minder strenge eisen zijn gesteld dan aan een beroep op een vervalbeding in het kader van een periodiek verrekenbeding.

Een bezwaar dat ik in elk geval zie, is dat onvoldoende duidelijk is hoe het vermoeden zich zou moeten verhouden tot het uitgangspunt dat de wettelijke gemeenschap werkt als een «spons» (vgl. het vermoeden van artikel 94 lid 6). Wellicht zal men zeggen dat het eerstbedoelde vermoeden van obligatoire aard is, terwijl het vermoeden van artikel 94 lid 6 betrekking heeft op de goederenrechtelijke verhoudingen. Niettemin zou het voorstel hier nieuwe problemen in het leven kunnen roepen en daarmee afbreuk doen aan de gewenste eenvoud van het systeem. Op grond van deze overwegingen is ervan afgezien om het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

e. In lid 3 onder c is een speciale regel gegeven voor gevallen dat het goed waarvan de waarde-ontwikkeling bepalend is voor het vergoedingsrecht, op zeker moment te gelde is gemaakt. Indien geen vervangende goederen zijn aangeschaft, is het redelijk – om niet te zeggen vanzelfsprekend – dat het vergoedingsrecht gefixeerd wordt aan de hand van de opbrengst van het goed. Die opbrengst is immers te beschouwen als het daadwerkelijke beleggingsresultaat dat met het goed is behaald. Geheel anders ligt het evenwel als het goed teniet gaat en daarvoor geen aanspraak op schadevergoeding jegens een verzekeringsmaatschappij bestaat. Met het goed gaat immers ook het beleggingsresultaat verloren. Als de echtgenoot uit wiens vermogen is bijgedragen aan de verwerving van het goed (c.q. is afgelost op de schuld ter financiering van het goed), voor die bijdrage toestemming had gegeven, is er reden om hem ook te laten delen in het verloren gaan van het beleggingsresultaat.

f. Artikel 87 lid 4 biedt echtgenoten de vrijheid om bij overeenkomst af te wijken van de leden 1 tot en met 3. De leden van de VVD-fractie vragen of het naar mijn mening juist is dat echtgenoten de regeling voor vergoedingsrechten bij elke overeenkomst, zelfs mondeling, buiten werking kunnen stellen. Met deze leden ben ik het eens dat vergoedingsrechten grote bedragen kunnen betreffen. In het algemeen zal het daarom zeker aanbeveling verdienen om een overeenkomst daarover zorgvuldig te overwegen en zo nodig deskundig advies in te winnen. In de praktijk echter zullen echtgenoten soms – ook mondeling – afspraken maken zonder zich vooraf van notariële bijstand te voorzien. De vraag is dan of aan dergelijke afspraken iedere werking moet worden onzegd. Dat zou mij te ver gaan, zoals ook in de Tweede Kamer is betoogd naar aanleiding van het amendement op stuk nr. 18. Het gevaar dat een echtgenoot met feitelijk overwicht binnen een huwelijk misbruik kan maken van zijn of haar positie, door een voor hem of haar gunstige aanpassing van de vergoedingsregeling erdoor te drukken, acht ik niet zo groot. De echtgenoot die zich op een dergelijke afspraak beroept, zal immers bij tegenpraak hebben te bewijzen dat de afspraak is gemaakt, terwijl de andere echtgenoot in een dergelijk geval ook een beroep kan doen op misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 4 BW).

Overgangsrecht

De leden van de fracties van CDA, VVD, PvdA, SGP en CU vragen naar de betekenis van artikel V lid 8 van het wetsvoorstel, dat luidt: «De artikelen 119 en 166, derde zin, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, zoals deze luiden vóór de inwerkingtreding van deze wet, blijven van toepassing op vóór dat tijdstip gemaakte of gewijzigde huwelijkse voorwaarden». Op de aan de orde gestelde vraag of deze bepaling voldoende duidelijk is, ga ik gaarne als volgt in. Ter toelichting is in de tweede nota van wijziging het volgende opgemerkt: «Het nieuwe achtste lid betreft het vervallen van rechterlijke goedkeuring van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk. Dit geldt slechts voor na de inwerkingtreding van de wet gemaakte of gewijzigde huwelijkse voorwaarden, zodat voordien gemaakte huwelijkse voorwaarden die ten onrechte niet door de rechter zijn goedgekeurd, niet alsnog geldig kunnen worden» (Kamerstukken II 2005–2006, 28 867, nr. 9, blz. 26). De bepaling ziet derhalve op het geval dat onder het oude recht een notariële akte is verleden tot het staande huwelijk maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden, zonder dat de voorgeschreven rechterlijke goedkeuring was verkregen. In een dergelijk geval zijn de in de akte gemaakte/gewijzigde voorwaarden nietig. Zonder overgangsbepaling zou de vraag kunnen rijzen of de nietige rechtshandeling na inwerkingtreding van de wet alsnog wordt bekrachtigd tot een geldige (vgl. artikel 81 van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek). Op grond van artikel V lid 8 dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord.

Het is geenszins de bedoeling dat onder het oude recht geldig gemaakte huwelijkse voorwaarden ook na invoering van het nieuwe recht slechts met rechterlijke goedkeuring kunnen worden gewijzigd. Indien dat wel de bedoeling was geweest, zouden in artikel V lid 8 de woorden «of gewijzigde» zijn weggelaten. Nu artikel V lid 8 echter spreekt van voor het tijdstip van inwerkingtreding «gemaakte of gewijzigde» huwelijkse voorwaarden, kan daaruit redelijkerwijs niet anders worden afgeleid dan dat de eis van rechterlijke goedkeuring van kracht blijft voor onder het oude recht verrichte rechtshandelingen tot het aangaan of wijzigen van huwelijkse voorwaarden. Is onder het huidige recht de vereiste rechterlijke goedkeuring niet verkregen, dan blijven in weerwil daarvan gemaakte voorwaarden ook na invoering van het wetsvoorstel zonder het beoogde rechtsgevolg.

In aanvulling op het voorgaande merk ik naar aanleiding van de vraag van de leden van de fracties van SGP en CU op dat huwelijkse voorwaarden vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van de wet gemaakt of gewijzigd kunnen worden zonder rechterlijke goedkeuring. Op dat tijdstip lopende procedures tot het verkrijgen van rechterlijke goedkeuring behoeven derhalve niet te worden voortgezet.

Ten slotte stel ik naar aanleiding van de vraag van de leden van de CDA-fractie vast dat de voorgestelde overgangsbepaling inderdaad ook van toepassing behoort te zijn op het geregistreerd partnerschap. Uit de omstandigheid dat hiermee in de redactie geen rekening is gehouden, dient derhalve niet te worden afgeleid dat voor het geregistreerd partnerschap een andere regel geldt.

Geconstateerde gebreken in de wetstekst

Door de leden van alle in het voorlopig verslag aan het woord zijnde fracties zijn enige vragen gesteld naar aanleiding van de beschouwing van prof. mr. A.J.M. Nuytinck in WPNR 6773. Naar aanleiding daarvan kan ik het volgende opmerken. Ik houd daarbij de door Nuytinck (onder 4 van zijn beschouwing) gehanteerde volgorde aan.

In de eerste plaats meent Nuytinck dat de indiener van amendement nr. 14 over het hoofd heeft gezien dat het amendement noopte tot hernummering van een aantal bepalingen. Echter, bij de formulering van het amendement is dit aspect wel degelijk onderkend. Zoals wel vaker voorkomt bij amendementen, is voor het hernummeren van bepalingen vertrouwd op de bevoegdheid van de Voorzitter van de Tweede Kamer krachtens artikel 106 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Van meer inhoudelijke aard is de opvatting van Nuytinck dat de wijziging van artikel 94 lid 2, onder c, door het amendement nr. 14 ook aanleiding had moeten zijn voor wijziging van de voorgestelde tweede zin van artikel 1:133 lid 2. Deze opvatting onderschrijf ik niet. Amendement nr. 14 strekte ertoe om van de wettelijke gemeenschap van goederen net als thans ook erfenissen en schenkingen deel te laten uitmaken. In het verlengde daarvan bewerkstelligde het amendement voorts dat de wettelijke gemeenschap ook bepaalde verkrijgingen zou blijven omvatten die vergelijkbaar zijn met erfenissen of schenkingen, te weten hetgeen wordt verkregen ingevolge de artikelen 35, 36, 38 en 126 lid 2, onder a en c, van Boek 4 en ingevolge afdeling 3 van titel 4 van Boek 4. Voor de vraag wat de reikwijdte dient te zijn van een verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden is dit alles niet rechtstreeks van belang. Het amendement beoogde geen wijziging aan te brengen in de bestaande regel – die overeenstemt met hetgeen voorheen doorgaans al in verrekenbedingen werd overeengekomen – dat erfenissen en schenkingen in beginsel uitgesloten zijn van verrekening (artikel 1:133 lid 2). Om die reden is het zinvol dat het wetsvoorstel aan deze uitsluiting toevoegt dat evenmin verrekening behoeft plaats te vinden voor met erfenissen en schenkingen vergelijkbare verkrijgingen als hiervoor bedoeld. De met amendement nr. 14 beoogde wijziging noopte niet tot aanpassing van artikel 133 lid 2.

Nuytinck noemt vervolgens enige «technische gebreken» waarvan herstel naar zijn mening wenselijk zou zijn. Het gaat vooral om redactionele punten, overigens ten dele betrekking hebbend op bepalingen die door het wetsvoorstel niet worden gewijzigd. Niettemin maak ik daarover gaarne enige opmerkingen.

1. De formulering van het voorgestelde artikel 95 lid 1, eerste zin, is gebaseerd op de formulering van het huidige artikel 124 lid 2. Hoewel de door Nuytinck gegeven alternatieve redactie iets fraaier is, meen ik niet dat het wetsvoorstel hier taalkundig of juridisch tekortschiet. De bepaling laat voorts geen ruimte voor twijfel over haar betekenis.

2. Met Nuytinck kan worden ingestemd dat artikel 102, eerste zin, zonder komma beter zou zijn. Voorts zou in de redactie van artikel 102, tweede zin, enige verbetering te bereiken zijn door «schulden van de gemeenschap» te vervangen door «gemeenschapsschulden».

3. Dat artikel 110 lid 2 niet spreekt van «verzoekt», houdt waarschijnlijk verband met de omstandigheid dat de redactie stamt van vóór 1994, toen de procedure tot opheffing van de gemeenschap niet werd ingeleid met een verzoekschrift maar met een dagvaarding.

4. In artikel 111 lid 2, dat door het wetsvoorstel wordt vernummerd tot lid 1, is sprake van «machtiging», waarmee bedoeld wordt op de beslissing van de rechter indien de vereiste toestemming van de echtgenoot niet kan worden verkregen (artikel 88 lid 6). Inderdaad gaat het hier in feite om een vervangende toestemming door de rechter. Naar mijn mening kan hiervoor de term «machtiging» zonder bezwaar worden gebruikt.

5. De overgangsrechtelijke bepaling van artikel V lid 8 brengt tot uitdrukking dat wanneer vóór de inwerkingtreding van het wetsvoorstel staande huwelijk of voorafgaande aan hertrouwen huwelijkse voorwaarden zijn gemaakt of gewijzigd, zonder dat daarvoor de in artikel 119 voorgescreven goedkeuring van de rechtbank is verkregen, de daaruit resulterende nietigheid niet wordt geheeld door het vervallen van artikel 119. Inderdaad is over het hoofd gezien dat eenzelfde regel ook zal moeten gelden bij geregistreeerde partners. Hoewel het zich in de praktijk waarschijnlijk niet, of slechts bij hoge uitzondering, zal voordoen dat bij het maken of wijzigen van partnerschapsvoorwaarden tijdens het geregistreerd partnerschap verzuimd is rechterlijke goedkeuring te verkrijgen, had een vermelding van die gevallen de voorkeur verdiend. Niettemin ga ik ervan uit dat als zich toch zo'n geval voordoet, niemand eraan zal twijfelen dat artikel V lid 8 overeenkomstige toepassing dient te vinden.

Overig

De vraag van de leden van de CDA-fractie of het woord «machtiging» in artikel 111 lid 1 moet worden opgevat als vervangende toestemming door de rechter, beantwoord ik bevestigend. De redactie van artikel 111 lid 1 acht ik voldoende duidelijk. Vervanging van «machtiging» door «beslissing van de rechtbank» zou verwarring kunnen veroorzaken. Er kunnen immers ook gevallen zijn dat de beslissing inhoudt dat geen vervangende toestemming wordt gegeven. Het voorgaande geldt eveneens voor de artikelen 139 lid 2, 164 lid 1 en 174 lid 1.

De leden van de VVD-fractie vragen zich net als bij artikel 87 lid 4 in relatie tot artikel 96a af of het verstandig is om partijen de mogelijkheid te geven om de wettelijke regeling van de reprises en recompenses bij – desnoods zelfs mondelinge – overeenkomst aan te passen. De vraag of ik het met de leden van de VVD-fractie eens ben dat de notariële *Belehrung* die aan het maken van huwelijkse voorwaarden is verbonden, hier net zo noodzakelijk is als bij artikel 87, beantwoord ik ontkennend. Hoewel notariële advisering en bijstand in het algemeen zeker nuttig zijn, gaat het naar mijn mening te ver om deze dwingend als voorwaarde te stellen voor de geldigheid van afwijking van de regeling voor vergoedingsrechten. Ik moge verder verwijzen naar het antwoord op de vraag van deze leden over artikel 87 lid 4.

De leden van de PvdA-fractie vragen of de minister – alle wijzigingen met betrekking tot aanbrengsten, erfenissen en schenkingen overziende – het nog wel zinvol vindt om deze wet verder in procedure te brengen. Deze vraag beantwoord ik bevestigend. Het wetsvoorstel bevat ook andere wijzigingen, die eveneens van belang zijn. Aan het begin van deze memorie gaf ik daarvan reeds een opsomming. De positie van de economisch zwakkere echtgenoot, veelal de vrouw, wordt versterkt door de wijzigingen met betrekking tot vergoedingsrechten, de bestuursregeling en het recht op informatie. Het gewijzigde ontbindingstijdstip en de nieuwe verhaalsregeling bevorderen in geval van echtscheiding een doelmatige en evenwichtige afwikkeling voor de betrokken partijen en de schuldeisers. Door de afschaffing van rechterlijke goedkeuring voor huwelijkse voorwaarden staande huwelijk wordt het voor echtgenoten eenvoudiger en minder kostbaar om hun huwelijksgoederenregime aan te passen aan gewijzigde omstandigheden.

Wat betreft de gevolgen van aanvaarding van het amendement-Anker vernemen de leden van de fracties van SGP en CU graag hoe de regering de situatie beoordeelt dat mogelijkveel burgers zullen afzien van het maken van uiterste wilsbeschikkingen, inclusief het opnemen van een uitsluitingsclausule, nu in het nieuwe, sinds 2003 geldende erfrecht de

rechtspositie van de langstlevende echtgenoot sterk is verbeterd door middel van de wettelijke regeling van de artikelen 4:13–27 BW.

Met de genoemde leden onderken ik dat invoering van het nieuwe erfrecht heeft geleid tot een sterk verbeterde positie van de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner in het versterf-erfrecht. Het ligt in de rede dat daarmee voor echtgenoten een belangrijke reden voor het maken van een testament aan betekenis heeft ingeboet. Uiteraard zijn er daarnaast andere redenen voor erflaters om een testament te laten opmaken. Gedacht kan worden aan benoeming van een executeur of een bewindvoerder, ten einde de afwikkeling van de nalatenschap zoveel mogelijk in goede banen te leiden, of aan het maken van legaten. Zoals bekend wordt in testamenten veelal ook een uitsluitingsclausule opgenomen, waarmee wordt voorkomen dat de erfenis mede gaat toekomen aan de echtgenoot of geregistreerde partner van de erfgenaam. Niet bekend is in hoeverre erflaters uitsluitend voor dit doel een testament maken.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin