

DE TSJECH, DE FRANSMAN, DE PAARDENVRIENDIN EN “GEWOON” EEN NIEUWE LIEFDE!



mr. M.C.J.M. (Rini) Hermus
EPN-notaris te Son en Breugel

Drie dagen anticiperen op de wet “Beperking gemeenschap van goederen en wijziging van de faillissementswet¹”. Is het 1 april of is het echt?!

Op dinsdag 28 maart 2017 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel 33987 tot beperking van de gemeenschap van goederen aangenomen. De wettelijke algehele gemeenschap van goederen wordt na een felle strijd vooral in de Eerste Kamer en daarbij opgejaagd door het feit dat twee van de drie initiatiefnemers tot de wet niet meer in het Parlement zouden terugkeren, beperkt. Een spoedoperatie dus, waarbij het ging om alles of niets. Het werd 38-37. De initiatiefnemers kunnen rustig de luwte ingaan. Nederland moet nu de brokken opruimen.

Gedurende de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer haakte een van de initiatiefnemers tot de wet – de PvdA – op basis van door mij in het Tijdschrift voor Scheidingsrecht (EB 2016,54 en 2017,3) aangedragen juridische argumenten af². Dat is opmerkelijk, maar zij hadden gelijk. Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald. Vervolgens speelden de overgebleven initiatiefnemers VVD en D66 hoog spel. Men vond ondanks de gemotiveerde kritiek van met name de sociale partijen, met name de SP (maar dus inmiddels ook de PvdA) en de Christelijke partijen een door deze partijen gewenste aanpassing in de vorm van nadere wetgeving – een novelle - niet nodig. Ze gokten en wonnen. Maar velen zullen verliezen en de dupe worden van deze nieuwe wetgeving omdat ze denken dat zorgvuldig opgebouwd privé vermogen veilig zal zijn bij een eventuele echtscheiding of faillissement en uiteindelijk bedrogen blijken uit te komen omdat de wetgeving in Nederland anders is geworden dan door de initiatiefnemers aanvankelijk was beloofd en dus toch nog uit de pas blijft lopen met de wetgeving uit omliggende landen. Een gemiste kans: want velen zal de gemeenschap van goederen, door gebrek aan administratie of door een onjuiste timing van de huwelijksvoltrekking overkomen, terwijl ze anders hadden verwacht. Nederland wordt blij gemaakt met een dode mus³!

Dat die teleurstelling velen zal overkomen en dat velen zullen gaan verliezen blijkt uit een paar situaties die ik in de eerste drie dagen na aanneming van het Wetsvoorstel voor me zag verschijnen. Dat is geen 1 april grap. Alleen de hierna op te voeren “paardenvriendin”: die gokt op het winnende paard.

De kranten schreven na 28 maart 2017, op een enkele goede na en dat geldt overigens ook voor de publicaties van banken, dat aanbrengsten voor het huwelijk opgebouwd tot het eigen vermogen zullen blijven behoren als men straks in de huwelijksboot stapt. Maar dat is niet waar. In de nota's van wijziging genummerd 11 en 16 die laat in het proces van wetgeving verschenen is bepaald, iets wat bijna niemand weet, dat de reeds tijdens een periode van samenleving in mede-eigendom verworven gemeenschappelijke woning en andere gemeenschappelijke goederen en de daaraan gekoppelde of verband houdende schulden, zoals de schuld aan een partner omdat die (meer) eigen geld heeft ingebracht, toch in de gemeenschap van goederen gaan vallen. Dat levert straks vervelende, maar ook komische situaties op. De wet is immers van rond 1 april.

1. Wet van 24 april 2017 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken. Staatsblad 2017, 177, ingaande 1 januari 2018. Zie besluit Staatsblad 2017, 178.
2. Zie: Kamerstukken I 2015/16, 33 987, B blz. 3.
3. Vgl. ook mijn bovengenoemde artikelen in het blad Tijdschrift voor Scheidingsrecht en de daarin uitgebreid aangehaalde literatuur (EB2016,54, EB 2017,3) welke zijn ingebracht in de Vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer ter voorbereiding van het schriftelijk debat.

Maar wel echt. Een samenlevingscontract waarin ieder zijn eigen aanbreng netjes heeft vastgelegd helpt niet: huwelijkse voorwaarden blijven nodig. En dat is jammer voor een wet die bedoeld was om het gemakkelijker te maken en aansluiting te zoeken bij wat de meeste Nederlanders rechtvaardig achten. Niet dus!

Volg mij in mijn praktijk kort na 28 maart jongstleden! Een gewaarschuwd mens telt voor twee.

De Tsjech (eerste situatie).

Een Tsjech, die voornemens is in de nabije toekomst (wanneer is nog niet duidelijk) te gaan huwen koopt een woning alleen en op zijn eigen naam aan en leent daarvoor naast eigen vermogen dat hij had gespaard geld bij een bank. Omdat hij en zijn aanstaande bruid van plan zijn om zich in Nederland te vestigen zal op het huwelijksvermogen Nederlands recht van toepassing zijn. De woning zal als het aangenomen wetsvoorstel wet wordt en men onder de werking van de nieuwe wet trouwt privé eigendom blijven van de man. Zo ook is alleen hij aansprakelijk jegens de bank. Huis en schuld die niet gemeenschappelijk waren bestonden voor het huwelijk en behoren de man toe en vallen zo niet in de gemeenschap van goederen. Door aflossing van de in Nederland verplichte annuïtaire of lineaire geldlening bouwt hij vermogen op. Dat vermogen blijft privé van hem, tenzij – let op – zijn vrouw door mee te betalen aan de aflossing een economisch belang krijgt in de woning. Juridisch is alles van hem, economisch echter kan ze door schulden te betalen deelgerechtigd worden in de woning. De woning blijft bij echtscheiding van hem; ze krijgt wel een breukdeel in de dan te realiseren verkoopwaarde van de woning, naar verhouding van het door haar inmiddels afgeloste bedrag van de geldlening in relatie tot de waarde van de woning. Dat vloeit voort uit artikel 1:87 BW!

De Fransman (tweede situatie).

Een dag daarna koopt een Fransman samen met zijn Nederlandse vriendin een nieuwe woning, waarin zij voornemens zijn samen hun eerste huwelijkswoonplaats te vestigen. De woning wordt door hen verkregen, ieder voor de helft. Maar dat zou ook in een andere verhouding kunnen.

Hij brengt immers eigen spaargeld in. De rest wordt gezamenlijk geleend van de bank.

Volgens Frans recht zou zijn aandeel in de woning en zijn eigen inleg in de gezamenlijke woning (de meerinbreng) volledig tot zijn eigen vermogen blijven behoren.

Niet echter volgens het nieuwe Nederlandse poldermodel: de woning en de gezamenlijke schuld aan de bank, maar ook de schuld aan de Fransman die meer inbracht dan

zijn partner en ook zijn eventuele grotere aandeel als de woning voor 2/3 op zijn naam stond en voor 1/3 op naam van de partner, vallen alle in de gemeenschap van goederen waartoe beiden gerechtigd zijn. Dat is niet eerlijk zo vonden ook de Sociale en Christelijke partijen.

Als de partner failliet zou gaan is de Fransman zijn (grotere) aandeel in de woning, maar ook zijn hele eigen ingebrachte spaargeld kwijt. Anders dan zijn eigen Franse wet zou doen vermoeden. Ook al zijn Frankrijk en Nederland beide deel van Europa en wordt harmonisatie van wetgeving toch uiteindelijk beoogd. Niet dus. Die gelijke behandeling is nog ver weg. Een gemiste kans maar het zal je maar overkomen!

De paardenvriendin (derde situatie).

De laatste akte van die dag ging over een verliefd stel jonge mensen die beiden ieder voor zich al goederen en gelden hadden vergaard. Hij een flink spaarbedrag dat hij inlegde in de nieuwe samen aan te kopen woning; zij had twee auto's en ook nog eens twee paarden. Dat leggen we vast in een samenlevingscontract.

Als dit jonge stel straks gaat trouwen dan verliest hij de meerinbreng uit eigen middelen voor de helft! De "meerinbrenger wordt gehalveerd"⁴. Dat komt omdat de meerinbreng leidt tot een schuld die in de gemeenschap valt en "toevallig" is hij dan ook voor de helft tot terugbetaling van de schuld aan hemzelf verplicht. Ook al had hij zelf die aanbrengsten bijeen gespaard. Dat komt door de wijziging die laat in het wetsvoorstel is ingevoegd. Men vond het immers makkelijker dat die woning maar in de nieuwe gemeenschap van goederen zou vallen. Jammer, zo zagen we bij de Fransman. Zij houdt, na echtscheiding haar auto's en de paarden. Van zijn geld dat niet meer helemaal naar hem terug hoeft, koopt ze vrolijk twee paarden bij!

Dit alles is het gevolg van de nieuwe Nederlandse regeling over het huwelijksvermogensrecht die op 1 januari 2018 zal ingaan. De Fransman komt bedrogen uit omdat hij, anders dan in zijn land gebruikelijk, en anders dan verondersteld door de Europese "Principles"⁵ die een voorstel inhouden tot in Europa het meest gewenst huwelijksvermogensrecht, toch zijn hele aanbreng ziet teloorgaan in een eventueel faillissement van zijn Nederlandse partner, ook al was hij zeker tweemaal zo rijk dan zij. Dit gebeurt straks ondanks de vaak andersluidende berichten in de krant en diverse websites. Zo wordt een nieuwe start voor het gezin onmogelijk (zie M.C.J.M. Hermus in EB 2016,54). De paardenliefhebster profiteert en zet haar lot in op het nieuwe winnende paard!

Dit moet Nederland niet willen. Een reparatiewet is geboden. Een samenlevingscontract waarin de aanbreng nog zo goed is vastgelegd helpt niet. De jonggeliefden worden immers – denkende dat aanbrengsten privé zullen zijn – op het verkeerde been gezet.

De notaris kan dit met huwelijkse voorwaarden voorkomen. Maar wat als men zijn wijze raad van een paar jaar terug op het moment dat zij later in het huwelijk treden is vergeten? Dan worden als het huwelijk zou misgaan of als men een faillissement is overkomen, de degens gekruist!

4. De "meerinbrenger wordt gehalveerd": Zie hierover Estate Tip Review 7 december 2016, Afl. 2016,40.

5. Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, Intersentia 2013.

Toegift

En toen werd het inmiddels 2 april. Een man geeft terloops aan, dat hij een nieuwe liefde heeft ontmoet. Hij wil zijn hart volgen en verhuizen. Op open huizen dag 1 april toont een koper interesse voor zijn te koop staande woning. Hij kan vermoedelijk snel zijn hart volgen.

Bij verkoop wil hij de overwaarde van zijn woning inleggen in een woning die hij - waarschijnlijk - met zijn nieuwe partner wil kopen en met wie hij in het huwelijk zal treden. Zij willen delen wat zij na een huwelijk zullen gaan opbouwen. Natuurlijk moet degene die het meest inbrengt evenredig gaan delen in de waarde-schommelingen van de nieuwe woning.

Hier wordt belangrijk:

- Of hij gaat trouwen of eerst gaat samenwonen en in welke woning. De bestaande of de nieuwe?
- Wanneer hij gaat trouwen;
- Wanneer de nieuwe woning wordt verworven en of dat op een of twee namen gebeurt;
- Hoeveel ieder inbrengt en of dus die woning en de schuld uit meer-inbreng in de gemeenschap valt of niet en het antwoord op de vraag: hoe verhoudt de stelling "de meer-inbrenger wordt gehalveerd" zich tot het leerstuk van de economische deelgerechtigdheid van artikel 1:87 BW?
- Zijn huwelijkse voorwaarden slechts verstandig of juist heel erg nodig om de eigen inbreng in relatie tot de economische deelgerechtigdheid zeker te stellen? De vraag stellen is hem beantwoorden!

De vele vragen die rijzen en het moment waarop situaties zich gaan voordoen maken duidelijk: alleen huwelijkse voorwaarden kunnen een economisch breukdeel dat standhoudt bij echtscheiding en zelfs mogelijk in faillissement garanderen. "Follow the money" dat wordt het devies en voorts moet er voor worden gezorgd dat in de huwelijkse voorwaarden wordt bepaald dat de tenaamstelling van een woning – ook in de toekomst -bepalend is voor de eigendom daarvan⁶.

Wie komt er nu het beste uit de strijd? Een voorlopige conclusie: immers een die geldt als de wet niet alsnog zal worden gerepareerd.

Als alle personages uit dit waar gebeurde verhaal zonder huwelijkse voorwaarden te maken na 1 januari 2018 zullen gaan trouwen, dan heeft de *Tsjech* het "redelijk" goed voor elkaar.

Die houdt zijn aanbreng want hij had al een woning voor het huwelijk. Investeert hij de opbrengst in een na het huwelijk met zijn partner aan te kopen nieuwe woning, dan wordt hij economisch deelgerechtigd in die woning. Zijn aanbreng heeft immers gestrekt tot verwerving van een gezamenlijke woning waarin hij op grond van artikel 1:87 BW economisch deelgerechtigd wordt. Zijn rendement hangt samen met de waardeontwikkeling van de woning. Dit noemt men: de beleggingsvisie. De valkuil blijft daarbij dat zijn vrouw niet failliet mag gaan omdat hij dan de

nieuwe woning in haar faillissement ziet verdwijnen. Wel mag hij zijn vordering bij de curator indienen en als de vrouw schulden had die niet in de gemeenschap zouden vallen, dan heeft hij een recht om het deel van zijn vrouw uit faillissement terug te kopen (artikel 1:96 lid 3 BW). Hij mag daarvoor geld lenen. Dat hebben we tijdens de Eerste Kamerbehandeling veiliggesteld⁷. Wordt hij gehalveerd

6. Follow the money: de financiële geldstromen zijn – zeker ten aanzien van registergoederen - niet beslissend voor de eigendom van goederen omdat daarbij naast de problematiek van zaaksvervangning van artikel 1:95 BW in eerste instantie die van de levering en daarop volgende kadastrale tenaamstelling, de daar doorheenlopende boedelmenging en – niet onbelangrijk - de visie daarop van de Hoge Raad in HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR2017:156 inzake de gezamende handse visie (waarover Prof. Mr. A.J.M. Nuytink in WPNR 7155 – die ook een vijfde tranche bepleit) een belangrijke rol spelen. In alle gevallen zijn de financiële geldstromen wel bepalend voor de economische deelgerechtigdheid van artikel 1:87 BW. Hierover uitgebreid: Van Mourik & Verstappen, Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding, Algemeen Deel A 2014, hoofdstuk 4, paragraaf 3.2 blz. 112 tm 114. Voor roerende zaken kan er in tegenstelling tot bij registergoederen wel sprake zijn van directe vertegenwoordiging. Zie HR 2 april 1976, ECLI:NL:PHR:1976:AB6874 (Modehuis Nolly met de heldere noot van W.M. Kleyn), het vervolgarrest van HR 16 maart 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AB7952 en Hoge Raad van 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ8746 inzake de Texelse woning. Ik verdedig op basis van die arresten dat economische deelgerechtigdheid op basis van artikel 1:87 kan worden teruggenomen uit een faillissementsboedel op grond van artikel 61 FW. In de casus van EB 2015,12 is daartoe recent goedkeuring van de Rechter Commissaris verkregen. De Hoge Raad zegt in de casus van de Texelse woning dat weliswaar sprake was van goederenrechtelijke mede-eigendom, maar dat gelet op hetgeen tussen partijen was overeengekomen sprake is "van een rechtsverhouding (vergelijkbaar met economische eigendom met betrekking tot dat aandeel)", inhoudende dat door de eiser in de onderliggende procedure "op grond van de met de verweerders overeengekomen aard van de gemeenschap" een aandeel in een eenvoudige gemeenschap van een woonhuis zonder vergoeding aan de wederpartij moet worden overgedragen".

7. Artikel 1:96 lid 3 BW beperkt het verhaal van privéschuldeisers tot de helft van de opbrengst van een gemeenschapsgoed. De in overleg met mij opgestelde motie Van Nispen (Kamerstukken II 2015,16, 33987,22) beoogt het verhaal ook in faillissements-situaties te beperken tot de helft van de opbrengst van de goederen van de gemeenschap die zelfs door het faillissement zou kunnen worden ontbonden. Beoogd wordt de andere echtgenoot te vrijwaren van verhaal van niet door hem veroorzaakte schulden. (EB 2017,3 blz. 9 en 11). De initiatiefnemers volgen dat ten dele (Kamerstukken I 2016/17, 33 987, C blz. 8 tm 11 en naar aanleiding van vragen in Verslag F blz.15: in stuk G blz. 4,14,15 en 22), omdat in de situatie waarin veel gemeenschaps-schulden aanwezig zijn de andere echtgenoot volgens hen toch nog getroffen kan worden door niet door de andere echtgenoot veroorzaakte concurrente gemeenschapsschulden. Bij "gewoon" verhaal na beslaglegging is dat niet zo. De andere echtgenoot kan bij gewoon beslag het goed overnemen waarna het goed tot zijn eigen vermogen gaat behoren en kan dus de concurrenten van de ander wel van zich afschudden. Het artikel zou dus buiten en in faillissement anders uitwerken. Dit is aan de rechter.

in zijn aangebrachte vermogen? Nee. Want de terugbetalingsschuld ontstond pas na het huwelijk en niet ter gelegenheid van een samen ten huwelijk aangebrachte woning. Mag hij zijn economische deelgerechtigdheid teruggeven uit het faillissement? Artikel 61 FW zegt: hij mag terugnemen wat privé is. Hopelijk mogen we dat ook zo ruim uitleggen. Daar zijn argumenten voor (zie M.C.J.M. Hermus in EB 2016,54) maar dat is uiteindelijk aan de rechter. Ook moet goed worden gekeken naar de regels van zaaksvervanging. Als je immers meer dan de helft uit eigen middelen hebt betaald, word je toch zelf eigenaar. Maar dat kan dus ook de gemeenschap zijn. Dan heeft de inlegger slechts een tegoed. (zie noot 6)

De *paardenvriendin* ziet bij echtscheiding de inbreng van haar partner verminderen. De woning die ze al bij samenwoning tezamen met haar vriend had en de schuld aan de partner ter verwerving daarvan aangegaan zijn door het huwelijk in de gemeenschap gevallen. De inbrenger wordt immers gehalveerd. Dat was niet anders geweest indien hij voor bij voorbeeld 2/3 al eigenaar zou zijn geweest. De gemeenschap van goederen slokt de mede-eigendom op en de inbrengschuld wordt gehalveerd⁸. Zij koopt voor het volgende concours een nieuw paard – van zijn centen - en zet daar al haar gelden op. Haar auto staat naast de renbaan en de tweede auto is voor haar nieuwe vriend die af komt op de winst! De oorspronkelijke huwelijkspartner heeft het nakijken. Hij is door mij gewaarschuwd.

De *Fransman* wordt de dupe van zijn kennis van het Franse recht dat ook aan Nederland is voorgesteld in "The European Principles", maar door Nederlandse polderwetgeving is verlaten. De beide rechtsstelsels wijken nu – anders dan bedoeld - van elkaar af. In Nederland is sinds de nota's van wijziging ten onrechte afbreuk gedaan aan het beginsel: "wat privé is, blijft privé". De Fransman ziet evenals de partner van de paardenvriendin al zijn aanbreng gehalveerd worden en de door hem aangebrachte halve woning verdwijnt in de gemeenschap. Dat is toch internationaal niet uit te leggen?! Kan de rechter dit nog corrigeren met een beroep op de redelijkheid en de beleggingsvisie want

hoe is het gewijzigde artikel 1:94 te rijmen met het reeds bestaande 1:87? Of komt de wetgever alsnog tot zinnen?

Ja, en de *nieuwe geliefde* die heeft het nog voor het zeggen: Hij kan zijn woning verkopen en de nieuwe woning aankopen, zoals de Tsjech. Dan is hij bijna veilig. Hij kan de opbrengst ook investeren in een gezamenlijke woning met zijn samenwonende partner. Dan loopt het na zijn huwelijk af zoals bij de Fransman en de partner van de paardenvriendin. Want de meer-inbrenger wordt gehalveerd. Je zult zijn kind maar wezen! Beter wordt het al als hij het huwelijk naar voren haalt en zijn aanbreng dus veilig stelt, waarna de pas tijdens het huwelijk aangekochte nieuwe woning gemeenschappelijk wordt. Dan blijft hij in de positie van de Tsjech. Hij wordt belegger en is economisch deelgerechtigd, maar toch niet echt beschermd bij een faillissement van zijn partner dat de gemeenschap immers meetrokt. Tenzij er weinig schulden van de gemeenschap zijn. De echtgenoot van de zzp-er is altijd de klos. De schulden van de zzp-er vallen in de gemeenschap en een verlies aan het einde wordt bij helfte gedeeld. Een huwelijk met een ondernemer die in vof- of maatschapsverband werkt geeft meer kansen. Die ondernemersschulden zijn immers zijn eigen schulden. Zal hij dit alles gaan begrijpen en ook onthouden zodat hem de algehele gemeenschap niet overkomt?

Verschillende belevenissen van Europeanen in de Nederlandse polder! Voor notarissen is het devies: "Follow the money". Wie in akten van huwelijkse voorwaarden schrijft, die blijft. Ik raad samenlevende paren nu reeds aan om – en ik lanceer hierbij de term – "**relatievermogensvoorwaarden**" te maken: Een samenlevingsovereenkomst, tevens inhoudende voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden. Dan kan een (beperkte) gemeenschap van goederen betrokkenen niet "overkomen". Wel moet de akte – nu of later – bij het huwelijksgoederenregister worden aangemeld. Dat is ook voor het huwelijksgoederenregister een nieuwe uitdaging. Inschrijving is nodig voor de derdenwerking maar "intern" zit alles goed. (Voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden worden mogelijk geacht door Mr. J. Bossers-Cnossen en Prof. Mr. Dr. B.M.E.M. Schols in WPNR 7090 en 7091, waarover ik in ander verband ook reeds schreef in EB 2016, 54). Advocaten moeten de boel uiteenrafelen en uiteindelijk zal ieder zeggen: bij gebreke aan bewijs is er een algehele gemeenschap! Dat is toch niet meer uit te leggen?! Zo schrijft ook senator Wezel in haar debattekst op 21 maart 2017 voor de Eerste Kamer. Zij heeft met mij gestreden voor wijziging van de komende wet. We zullen dat blijven doen. We verloren met 1 stem. Maar die moet dus worden overbrugd. Wat privé is moet immers privé blijven. Dat is zoals de vlag er nu bij hangt jammer genoeg niet het geval. Komt tijd, komt raad! En als de wetgever ons dan niet helpt dan geldt: "all you need is love". Want duidelijk is wel: alleen dan komt alles goed.

Lieshout/Son en Breugel, april 2017.

8. Hoewel het recht op vergoeding voor 100% tot het eigen vermogen blijft behoren, valt de terugbetalingsschuld in de gemeenschap waarvoor de inbrenger voor de helft aansprakelijk wordt (artikel 1:94 lid 7 BW). Hij ziet zijn inbreng door vermenging met de helft verminderen. Is dat wel te rijmen met economische deelgerechtigdheid die dan ook door vermenging gehalveerd zou worden?! Het recht op vergoeding hoort immers voor 100% tot het eigen vermogen van de aanbrengrer en ook hier weer: Hoe zal de rechter oordelen bij gewenste terugname in geval van faillissement? Zie over de onduidelijkheid met betrekking tot de afwikkeling van vergoedingsrechten ook T.M. Subelack, WPNR 2014/7034 welke onduidelijkheid de initiatiefnemers onderschrijven (Kamerstukken I 2016/17, 33 987, G blz. 27). Zij schrijven: "Deze rechtspraak zal zich verder moeten ontwikkelen hetgeen mede ten voordele zal zijn voor de uitvoerbaarheid van onderhavig wetsvoorstel."