

De beperking van de gemeenschap en faillissement. Een cosmetische spoedoperatie met fatale gevolgen

EB 2016/54

Nu de motie 33 987, nr. 22 ter correctie van het voorstel van Wet beperking gemeenschap van goederen op 19 april 2016 door de Tweede Kamer is aangenomen, is er werk aan de winkel voor de regering. De terechte afschaffing van art. 61 lid 4 Faillissementswet (Fw) is – onbedoeld? – weer ongedaan gemaakt in de nota's van wijziging 33 987, nr. 11 en 16, die slechts cosmetisch bedoeld waren. Gezamenlijk aangebrachte goederen kunnen in een faillissement vallen. De motie probeert dit – thans via de regering – te herstellen.

1. Huwelijksvoorwaarden versus de beperkte gemeenschap krachtens de wet

Het wetsvoorstel dat de beperkte gemeenschap van goederen regelt als ons toekomstige basisstelsel voor het huwelijksvermogensrecht, *Kamerstukken II 2015/16*, 33987 (boek 1:94 BW), is op 19 april jongstleden door de Tweede Kamer aangenomen. De beperkte gemeenschap heeft mijn instemming en wordt door mij als passend bij de wens van de meeste aanstaande echtgenoten om tot huwelijksvoorwaarden te komen, al jaren omarmd. Dat is met name zo in die situaties waarin degenen die voornemens zijn in het huwelijk te treden, wensen dat de door ieder van hen aangebrachte helft van de tevoren verworven woning, met het voor ieders rekening komende deel van de daarop berustende hypothecaire geldlening, apart wordt gehouden. Jegens de bank is iedere toekomstige echtgenoot veelal hoofdelijk verbonden, zodat deze geldlening voor ieder als een privéschuld wordt gezien. Zo zou het – evenals in België – moeten en zo hebben de indieners ons de oorspronkelijke wettelijke regeling ook voorgesteld: aanbrengrsten zouden buiten de gemeenschap blijven, omdat de algehele gemeenschap een verkeerd uitgangspunt had, namelijk: “door gemeenschappelijk te maken wat van nature privé is: het voorhuwelijksvermogen,” enzovoorts (33987, MvT nr. 6, p. 6) zou apart blijven. Dit is niet het geval, zo blijkt uit de Nota van wijziging 33987, nr. 11 en 16.

Daarnaast kunnen bij huwelijksvoorwaarden aangebrachte en te verwerven ondernemingsvermogen, erfenissen en schenkingen en de overige aanbrengrsten, waaronder – eventueel verborgen gehouden – schulden uit studie of nalatenschappen, privé worden gehouden. De gemeenschap van aanwinsten bloeit dus op voor hen die daarvoor bewust kiezen. En in de toekomst voor iedereen. We lopen als bijkomend, maar door de politiek van ondergeschikt geacht voordeel, in de pas met het buitenland. “Moderne

tijden vragen om een modern huwelijksvermogensrecht”, zoals het Kamerlid mevrouw Bergkamp (D66) op 14 april 2016 verwoordde. De notaris die dit stelsel vaak adviseert – als aansluitend bij de wensen van jongeren en hun ouders – zou tevreden kunnen zijn. De beperkte gemeenschap kan rekenen op sympathie van vele Kamerfracties en dus – zo zou men vermoeden – een doorsnee van de bevolking. De CDA-fractie bij monde van Kamerlid Van Toorenburg deelt die conclusie niet en meent dat het ontwerp “mensen blij maakt met een dode mus”, doordat ze “denken een beperkte gemeenschap te hebben, maar doordat zij niet zijn voorgelicht en niet alles bijhouden, zullen ze uiteindelijk geconfronteerd worden met een algehele gemeenschap van goederen. Dan hebben zij daar niet voor gekozen, maar dan is het hen onverhoopt overkomen. Dat geeft misschien aanleiding tot meer conflicten dan nu”, zie Handelingen II, 77^e vergadering donderdag 14 april 2016. Ik deel deze mening van “symboolwetgeving”, zie hierna en “het nieuwe stelsel kan de vergelijkende toets met huwelijksvoorwaarden niet doorstaan”. Zie ook T.M. Subelack (*WPNR* 2014, 7043) die bepleit ondernemingsvermogen altijd privé te doen zijn. Het is wat ongelukkig dat juist een Kamervraag van het CDA tot de ogenschijnlijk onschuldige en goedbedoelde, maar naar nu blijkt gevaarlijke aanpassing – zie 33987, nr. 10 – leidde. Dit terwijl de Christelijke partijen na een waardevol betoog van Kamerlid Van Toorenburg om alles bij het oude te laten op 14 april vervolgens – begrijpelijk na het verwerpen van hun en door de SP gesteunde “keuze”-amendement 33987, nr. 26 – tegen het voorstel moesten stemmen. Nu het voorstel toch is aangenomen, moeten we de brokken van deze spoedoperatie opruimen. Het woord is aan de Eerste Kamer en de regering, en voor de praktijk aan het notariaat.

2. De nieuwe wettelijke gemeenschap heeft veel van haar glans verloren

De nieuwe wettelijke gemeenschap, zoals thans door de Tweede Kamer aangenomen, heeft veel van haar glans verloren. Huwelijksvoorwaarden blijven nodig, ook voor de particulier. Hoewel de grondgedachte van het wetsvoorstel me voor mensen die daarmee kunnen omgaan aanspreekt, bekruipt mij bij het voorstel beperking gemeenschap van goederen 33987 een behoorlijke onrust (zie *EB* 2015/12), die er gedurende de parlementaire behandeling niet minder op is geworden. Het nieuwste wetsvoorstel, dat ook de Fw beoogt aan te passen, biedt echtgenoten minder bescherming dan thans nog bij het publiek leeft (*Dagblad Trouw* 20 april 2016 “Eerlijk delen, maar pas na de bruiloft”). De schoen wringt bij het bewijsvermoeden – anders dan in België geregeld –, de aanbrengrsten, bestaand, maar ook toekomstig ondernemingsvermogen, de gerechtigdheid tot verborgen of ingehouden winsten, de tijdens huwelijk met aangebrachte of daarna verworven ondernemingbestand-

¹ Mr. M.C.J.M. Hermus is EPN-notaris te Son en Breugel.

delen gerealiseerde winsten of verliezen en de draagplicht daarvoor. De literatuur is uiterst kritisch en heeft ook de politiek niet onberoerd gelaten. Zie o.a.: B.E. Reinhartz, *FJR* 2015/3; A.N. Labohm en A.H.N. Stollenwerck, *WPNR* 7057; L.H.M. Zonnenberg, *EB* 2014/92, T.M. Subelack, *WPNR* 7043 en recent T.F.H. Reijnen, *FBN* 2016, 12. Nu rest een lappendeken, die doordat men meerderen tegemoet wilde komen (zie de vele ad hoc wijzigingen tijdens het proces) ook niet meer vergelijkbaar is met het buitenland. Toch zou men daar juist lering uit hebben kunnen trekken.

De mondelinge beantwoording van de vragen van mijn kant – tijdens de parlementaire behandeling verwoord door het kamerlid Van Nispen, die zich steeds de belangen van het notariaat en de door haar te dienen bevolkingsgroep aantrekt, stemde niet gerust en raakte zelfs de vraagstelling niet. Dat heeft te maken met het feit dat sprake is van initiatiefwetgeving. Na een vraag moet een ontwerp-antwoord van de adviseurs – soms in de pauze van het debat – nog snel door de indieners worden vertaald naar een mondelinge behandeling in de plenaire zitting. Daar zit ruis in. Hetzelfde geldt voor de beantwoording van vragen rond de uitvoering van het overnamerecht van art. 1:96 lid 3 BW en de herkomst van de daaraan te besteden middelen, zie verslag vergadering van 14 april 2016. Verwezen zij naar eerdere parlementaire stukken met vragen mijnerzijds omtrent de toepassing van het overnamerecht: wel of niet in faillissement, met of zonder eigen vermogen, of zelfs – zoals door mij bepleit – (*EB* 2015/12, p. 30) – door terugname (revindicatie) van economische deelgerechtigdheid. Het nieuwe art. 61 Fw (zie hierna) is daarbij behulpzaam. (Zie Recourt, Handelingen II 14 april 2016, 77^e vergadering, mede op mijn initiatief, gesteund door de SP-fractie en nu door de indieners overgenomen).

3. Bewijs en faillissementsbeslag

Het gewijzigde wetsvoorstel is door de Tweede Kamer aangenomen en daarmee is ook het door mij verguisde art. 61, lid 4 Fw van de baan. Er rest nog 1 lid van art. 61 Fw luidende:

“De echtgenoot of geregistreerde partner van de schuldenaar neemt alle goederen die hem toebehoren en niet in de huwelijksgemeenschap onderscheidenlijk de gemeenschap van het geregistreerd partnerschap vallen, terug.”

Dat laatste verdient alle lof. De bezwaren van Van der Grinten uit 1988 (zie noot bij HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/292) en indieners (zie 33987, nr. 6) zijn eindelijk gehonoreerd. Veel problemen blijven echter op ons afkomen. Toekomstige juridisering van ontbindingssituaties zal het gevolg zijn. Het nieuwe art. 61 Fw speelt ons in de kaart: administratie hoeft niet (zie Van Oosten, Handelingen 14-4-2016 t.a.p.). Daarover is men het wel eens, maar niet administreren heeft na zeven jaren fatale consequenties. Het is op 14 april in de Tweede Kamer besproken: banken schonen hun bestanden na zeven jaar op en bij elektronisch bankieren zelfs na 15

maanden. Als de bonnetjes, al dan niet per ongeluk en door wie dan ook, na een periode van zeven jaar zijn weggegooid, ontstaat de algehele gemeenschap van goederen. Symboolwetgeving dus, sympathiek bedoeld, maar praktisch niet uitvoerbaar zoals bedoeld.

4. Patchwork, een kenmerk van deze snelle tijd

Wetgeving lijkt in deze tijd op een kabinetsformatie. Draagvlak zoeken, kaarten worden uitgedeeld en geruild. Daardoor ontstaat een lappendeken die niet meer kan beschermen tegen de kou. Er is nogal wat gewijzigd sinds Kamerstuk 2 in 2014 is verschenen. Het was W.G.Huijgen (zie *FTV* 2014,49 en *FTV* 2015,4 en *REP* 2015,209) en aansluitend daarop R. Barbaix (*FTV* 2015,21) die opriepen om het vierde, overigens tot het privévermogen behorende vermogensdeel (eenvoudige gemeenschap), te doen versmelten met het gemeenschappelijk vermogen. En Reinhartz, Labohm en onlangs Reijnen, (zie hiervoor t.a.p.) pleitten voor een wijziging van de ondernemingsparagraaf. Aan allen is in de twee Nota's van wijziging wel iets toegegeven, met veronachtzaming van het grote geheel. Het nieuwe stelsel kan de vergelijkende toets met huwelijkse voorwaarden daardoor niet doorstaan en dat is een gemiste kans als men afschaffing van de algehele gemeenschap beoogt. De benodigde notariële adviesfunctie rond algehele of beperkte gemeenschap of de voor ondernemers interessante “Zugewinn” Gemeenschap blijft ten volle in stand. Dat was ook de reden voor de Kamer om het overigens sympathieke amendement nr. 26 (voor een basisstelsel met een eenvoudige keuzemogelijkheid tot afwijking daarvan) niet te aanvaarden. Voorlichting blijft werk voor professionals, aldus de Kamer. Zie motie 33987, nr. 24 waarin aandacht voor goede voorlichting wordt gevraagd.

Van ruilen komt huilen en bij het ruilen van kaarten – hoe begrijpelijk om draagvlak te vinden – hadden bellen moeten gaan rinkelen, temeer daar ik in februari 2015 (zie ook Nader verslag 33987, nr. 9) heb bepleit de werking van het faillissement van de gemeenschap te beperken tot de helft daarvan, overigens toen nog niet wetende dat de aanleiding voor dat pleidooi door de nadere wijziging ten aanzien van de aangebrachte “eenvoudige gemeenschap” alleen maar zou worden verscherpt. Het is de aangenomen motie 33987, nr. 22 die daarvoor – op mijn verzoek en in overleg met mij samengesteld – aandacht vroeg.

Kamerlid Van Nispen (SP) licht toe:

“Als er sprake is van een schuld maar geen faillissement, dan hebben de initiatiefnemers een wijziging voorgesteld. Het gaat over het verhaal van schulden op de gemeenschap. Een faillissement zou, in het verlengde van het aangepaste artikel 196, lid 3 BW Boek 1, ook beperkt moeten worden tot de helft van de gemeenschap van goederen. Het faillissement kan als ontbindingsgrond van de gemeenschap worden benoemd, zodat er twee aparte vermogens gaan ontstaan en er nog te redden valt

wat er te redden is voor bijvoorbeeld een ondernemersgezin in nood. Ik heb ook op dit punt een motie geschreven met een verzoek aan de regering”.

De motie (33987, 22) luidt als volgt:

“De Kamer, gehoord de beraadslaging, constaterende dat het voorgestelde artikel 1:96 lid 3 BW betekent dat een privé schuldeiser slechts op de helft van het gemeenschappelijk vermogen verhaal kan halen; constaterende dat bij faillissement volgens de artikelen 63 en 22 van de Faillissementswet alsnog beslag kan worden gelegd op het hele gemeenschappelijk vermogen; overwegende dat dit mogelijk een schijnzekerheid oplevert en dat om de geest van het wetsvoorstel verder door te voeren ook het verhaalsrecht bij faillissement zou kunnen worden aangepast en beperkt wordt tot de helft van de gemeenschap van goederen welke ten gevolge van het faillissement zou kunnen worden ontbonden; verzoekt de regering om te onderzoeken of het wenselijk is dat ook de artikelen 63 en 22 FW van de Faillissementswet aangepast worden, En gaat over tot de orde van de dag”

De toelichting, waarbij ook het overnamerecht aan de orde komt, moge duidelijk zijn:

“Waarom zou hiervoor geen vreemd vermogen gebruikt kunnen worden? Die persoon kan bijvoorbeeld geld lenen om toch een gemeenschappelijk goed over te nemen als er een hoge emotionele waarde aan vastzit. Als je alleen uit eigen vermogen kunt betalen zou het overnamerecht een wassen neus kunnen zijn. In de situatie van problematische schulden zal er niet veel eigen vermogen meer zijn, te meer omdat er nu door de indieners wordt voorgesteld om de gemeenschappelijk aangebrachte woning in de gemeenschap te doen vallen. De aangebrachte helft en het daarin opgebouwde vermogen gaan door de voorgestelde regeling alsnog verloren. Het zou dan toch logisch zijn om in ieder geval nog een overname mogelijk te maken met bijvoorbeeld een privé financiering door de familie. Waarom kan dat niet?”

Zie Handelingen II 77^e vergadering donderdag 14 april 2016, ook voor het antwoord van de minister.

Immers, toen de indieners hoewel niet principieel, meenden toe te moeten geven door in eerste instantie de aangebrachte gemeenschappelijke goederen (waaronder een woning), en later ook – wellicht ten overvloede – de aangebrachte daaraan gekoppelde hypothecaire schuld tot het gemeenschapsvermogen definieerden (33987, nr. 11 en 16), toen had het spook van de Fw voor hen moeten opdoemen (art. 22 en 63 Fw).

Art. 63 Fw lid 1 (de belangrijkste bepaling) luidt immers:

“Het faillissement van de persoon die in enige gemeenschap van goederen gehuwd is of in enige gemeenschap van goederen een geregistreerd partnerschap is aangegaan, wordt als faillissement van die gemeenschap behandeld. Het omvat, behoudens de uitzonderingen van artikel 21, alle goederen, die in de gemeenschap vallen, en strekt ten behoeve van alle schuldeisers, die op de goederen der gemeenschap verhaal hebben. Goederen die de gefailleerde buiten de gemeenschap heeft, strekken slechts tot verhaal van schulden die daarop verhaald zouden kunnen worden, indien er generlei gemeenschap was.”

Het spook van art. 61 lid 4 Fw was – juist ontmanteld (33987, nr. 2 jo. 16). De indieners hadden de slag zoals gemotiveerd door mevrouw Berndsen-Jansen met een beroep op Rechtbank Noord Nederland ECLI:NL:RBNNE2013:7941 (zie ook: 33987, nr. 6) binnengehaald. Terwijl de aanbrenghen volgens het oorspronkelijke wetsvoorstel buiten schot zouden blijven door de ontmanteling van art. 61 lid 4 Fw wordt thans door de opheffing van het vierde vermogen en de versmelting daarvan met de gemeenschap, het door een huwelijkspartner aangebrachte aandeel in een eenvoudige gemeenschap aan de crediteuren van de failliete partner opgeofferd. Het “horrorscenario” van indieners is alsnog een feit.

Terwijl bij de indieners geen bellen gingen rinkelen – in *Kamerstuk 33987, nr. 8* werden Kamervragen dienaangaande zelfs eenvoudig en weinig gemotiveerd weggewuifd – door de latere opheffing van het vierde vermogen bij Nota van wijziging 33987, nr. 11 kwam de noodzaak tot beperking van het faillissement van de gemeenschap van goederen juist naar voren. Dat was voor mij reden om opnieuw – en nog meer gemotiveerd – aan de bel te trekken. Aanvankelijk was dit vragenderwijs in *EB 2015/12* (zie 33987, nr. 9 en het teleurstellende antwoord van indieners daarop in 33987, nr. 10). Nu de indieners menen dat de hele gemeenschap in het faillissement betrokken moet blijven, zelfs het privé-vermogen van de ander met een terugnemingsrecht (zie 33987, nr. 10), is het tijd dat deze fout wordt gecorrigeerd en wel door de regering in het verlengde van art. 1:96 lid 3 BW.

De afschaffing van art. 61 Fw leden 2 tot en met 6 blijkt dus voor de indieners een – door hen zelf veroorzaakte – Pyrusoverwinning te zijn. De indieners hebben zich door de wijziging in de volgende Nota's van wijziging (33987, nr. 11 en 16) in de staart gebeten en daarmee één van hun pijlers onder het wetsvoorstel, dat een belangrijke aanpassing van de Fw beoogde, weggevaagd. De minister heeft dit bij de tweede termijn van het parlementaire debat op 14 april j.l. duidelijk gehoord en heeft toegezegd na de zomer met een brief te zullen komen. De Kamer heeft zich onze kritiek terecht aangetrokken. Motie 33987, nr. 22 is op 19 april 2016 aangenomen. Er is werk aan de winkel. Dat licht ik toe aan de hand van een casus.

Deze casus speelt onder de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen, zoals die zal gelden volgens de laatste hiervoor aangeduide Nota van wijziging (33987, nr. 16).

I en J kopen voor hun huwelijk samen en in eenvoudige gemeenschap een woning. De koopprijs is € 350.000,00. De bank verstrekt hen een hoofdelijke lening van € 250.000,00. J brengt uit eigen middelen € 100.000,00 in. In het samenlevingscontract wordt vastgelegd dat J een vordering heeft op I van € 50.000,00 of wel na aflossing van de bank: € 100.000,00 op de gezamenlijke opbrengst.

I en J trouwen in 2017 onder het wettelijke stelsel van de nieuwe beperkte gemeenschap van goederen. Op grond van art. 1:94 BW behoren de woning en de hypothecaire geldlening tot de beperkte gemeenschap. In 2030 – nadat ze gezamenlijk en ieder bij helfte de hypotheek hebben afgelost en de woning een waarde heeft van € 500.000,00 gaat I failliet. Wat is rechtens?

J is op grond van art. 1:87 BW voor 225/350 economisch deelgerechtigd tot de woning. I heeft een economisch breukdeel van 125/350. De draagplicht voor de hypothecaire geldlening is voor ieder immers de helft. I gaat failliet. De woning valt in het faillissement. Het faillissement omvat immers haar eigen en het gemeenschappelijk vermogen. J heeft een terugnemingsrecht op grond van art. 61 Fw (nieuw). Tot het faillissement behoort de gezamenlijke voorheen aan I en J in eenvoudige gemeenschap van goederen toebehoornde woning (het versmolten vierde vermogen). Dat volgt uit de art. 63 en 22 Fw.

Aanvankelijk – tijdens de samenleving had J. een vordering op I ter grootte van € 50.000,00 (deze start is notarieel vastgelegd) die na het huwelijk via art. 1:87 BW is omgevormd in een breukdeel “in natura”, want fluctuerend en als economisch deelgerechtigde. J heeft een economisch breukdeel van 225/350 in de woning in de beperkte gemeenschap, welke gemeenschap in staat van faillissement is komen te verkeren. De hypothecaire vordering is afgelost. De curator claimt de opbrengst van € 500.000. J kan zijn vordering, die ook uit de aankoopnota van de notaris blijkt (€ 100.000) indienen, zo zegt hij. Is dat het resultaat dat door de nieuwe beperkte gemeenschap kan worden gedragen? Dat lijkt niet eerlijk. J had al voor het huwelijk een aandeel in de woning van nominaal € 225.000 (toen waard € 350.000). Dat aandeel is door de beleggingsleer € 321.428,57 geworden, te weten 225/350 maal € 500.000. Reprises en récompenses zijn bij gehuwden immers als investering (belegging) vastgelegd (art.1:87 BW). Er mag niet gemeenschappelijk worden gemaakt wat van nature privé is, is het devies bij indiening van het wetsvoorstel (33987, nr. 2). Daar mag de cosmetische wijziging van 33987, nr. 11 geen financieel effect op hebben. Hoe zou men de breuk van art. 1:87 BW maken als die in of buiten faillissement tot verschillende resultaten zou kunnen leiden? Dat is niet mogelijk. Ik ben daar gezien de latere toelichting van de indieners op 33987, nr.11, p.3, niet gerust op. Opgemerkt wordt “terwijl een dergelijk aangepast stelsel (bedoeld is de aangepaste beperkte gemeenschap waartoe dus de aangebrachte gezamenlijke woning gaat behoren) in economische zin nagenoeg op hetzelfde neerkomt wanneer het gaat om mede-eigendom waartoe elke echtgenoot gelijkelijk is gerechtigd”. “Nagenoeg” mag dus niet leiden tot

waardeverlies voor de aanbrengeende echtgenoot vergeleken met de situatie die ons voorgesteld was in wetsvoorstel 33987, nr. 2 (aanbrengsten apart – art. 1:87 BW berekent dus de maat).

J heeft een overnamerecht (zie Nota van wijziging 33987, nr. 11, p. 5). Daarin zijn de indieners ons – zij het aarzelend (zie eerder 33987, nr. 10) tegemoetgekomen, ook bij faillissement.

Ik ga ervan uit dat het faillissement dus beperkt wordt tot de helft van het gemeenschappelijk vermogen en dat de indieners ons hierin eigenlijk willen volgen, omdat anders de overnemer niet alleen de failliete helft maar ook de eigen volgens de nieuwe wijziging – ik mag hopen onbedoelde – mede gefailleerde en door hem aangebrachte helft, zou moeten overnemen. De curator komt naar mijn mening € 178.571,43 toe en geen € 250.000 en zeker niet € 500.000. Dat laatste bedrag zou het resultaat zijn indien de Fw ongewijzigd zou blijven. De aan de curator te betalen som zou uit geleend geld moeten kunnen worden voldaan. Veel eigen vermogen zal er immers niet meer aanwezig zijn. Als de indieners het niet duidelijker willen zeggen dan op 14 april aarzelend gedaan dan moet dat maar door de rechter gebeuren. Komt tijd, komt raad: de indieners zijn al vaker van mening veranderd.

5. Mogelijkheden minister bij wijziging Fw

Door het faillissement van de gemeenschap zou die kunnen worden ontbonden. Het faillissement zou als ontbindingsgrond van de gemeenschap kunnen worden aangemerkt en daarbij past een wijziging van art. 1:99 BW. Vergelijk de ontbinding van de maatschap in art 7A:1683 BW. Ook zou – ik bepleitte het eerder – op de voet van art.1:96 lid 3 3 BW 3 een privévermogen kunnen ontstaan dat getild wordt uit het faillissementsbeslag. Wat immers bij gewoon beslag geldt moet volgens de Nota van wijziging (33987, nr. 11 – anders nog in 33987, nr. 10) immers ook gelden voor een faillissementsbeslag. Een argument om voor de laatste weg te kiezen is dat – anders dan bij de maatschap – het huwelijk na het beëindigen van het faillissement voortduurt. In beide gevallen zal er vereffend moeten worden; daarin zit geen verschil. Maar wat als de gemeenschap van goederen wordt ontbonden door het faillissement en het faillissement – mede na effectivering van het overnamerecht – is geëindigd? Dan zijn er goede argumenten om de gemeenschap te doen herleven op het moment waarop de ontbindingsgrond wegvalt, omdat de vereffening is voltooid of het faillissement op andere wijze is geëindigd. Vergelijk de situatie waarin een ontbindingsverzoek van het huwelijk wordt ingetrokken (art.1:99 lid 3 3 BW). Inmiddels verrichte (vereffenings) rechtshandelingen blijven uiteraard geldig (zie eveneens art. 1:99 lid 3 BW). Bij voortdoring van de ontbindingstoestand zouden toekomstige goederen en schulden immers slechts aan privévermogens kunnen gaan toebehoren. Dat zou een stelselwijziging inhouden tijdens het huwelijk en ontstaat, afhankelijk van een onzekere gebeurtenis, het al dan niet ingaan van een faillissement. Weliswaar is het

eenheidsbeginsel verlaten en de feiten waarvan het ingaan van de nieuwe toestand afhankelijk is, zijn voor eenieder kenbaar, maar in het belang van schuldeisers is een veranderend huwelijksgoederenregime minder gewenst. Dit met het oog op de duur van het serieel elkaar opvolgende huwelijksgoederenregime. In ieder geval moet iedere stelselwijziging gepubliceerd worden in het huwelijksgoederenregister. (Zie ter vergelijking ook J. Bossers-Crossen en B.M.E.M. Schols in *WPNR* 2016,7090 en 7091). De gemeenschap moet mijns inziens dus kunnen voortduren. Op de eerste wijze doordat bepaald wordt dat de gemeenschap herleeft (vergelijk art. 99 lid 3 BW). Op de andere wijze op de voet van art.1:96 lid 3 BW, doordat de gemeenschap voortduurt en er slechts – overigens op wonderlijke wijze maar gebaseerd op de wet (art.1:96 lid 3 BW) – een privévermogen naast de gemeenschap is ontstaan, waartoe de uit het faillissement overgenomen goederen gaan behoren. Dat zal geen vierde vermogen zijn. Er zijn immers al privévermogens en daarin kan de eigendom terecht komen. Deze laatste weg lijkt eenvoudiger. In beide gevallen kan het faillissement slechts de helft van de gemeenschap omvatten.

6. Conclusie

De aanpassing in *Kamerstukken II* 2015/16, 33987, nr. 11 en 16 – volgens de indieners van cosmetische aard – heeft enorme onvoorziene en nadelige consequenties. Er wordt afstand gedaan van het uitgangspunt dat aanbrengrsten privé blijven, namelijk voor zover betreffend een aandeel in een reeds bestaand gemeenschappelijk goed (en daaraan gelieerde schuld). Er wordt dus alsnog gemeenschappelijk gemaakt wat van nature privé was. In de toelichting bij de laatste wijzigingen (33987, nr. 11 en 16) wordt ten onrechte met geen woord gerept over het niet te veronachtzamen effect van de versmelting van het vierde vermogen (de eenvoudige gemeenschap) met de beperkte gemeenschap (straks art.1:94 BW), die derhalve op grond van art. 63 en 22 Fw getroffen wordt door een faillissementsbeslag. Toch had men dat kunnen weten als ik de Nota naar aanleiding van het nader verslag, 33987,nr.10, pagina's 11 en 19, vergelijk. Of zijn die passages door verschillende auteurs geschreven? Dit moet ook voor partners, afkomstig uit verschillende landen bij voorbeeld Nederland en België onbegrijpelijk en een hard gelag zijn.

De indieners behaalden aanvankelijk en terecht een overwinning door afschaffing van de leden 2 tot en met 6 van art. 61 Fw. (zie *Handelingen II*, 77^e vergadering van 14 april 2016). Die overwinning is voordat de eindstreep van het wetsvoorstel werd behaald, door de indieners weer weggegeven. De gespeelde kaart is overtroefd, onnodig en ten behoeve van wie? Art. 22 en 63 Fw moeten in de lijn van art. 1:96 lid 3 BW worden aangepast. Het wachten is op een spoedig regeringsvoorstel ter beperking van het faillissementsbeslag tot de helft van de gemeenschap. Daarbij kan het faillissement als ontbindingsgrond voor de gemeenschap van goederen worden geduid. Ook kan aansluiting worden gezocht bij het scheppen van privé-eigendom op de voet van art.1:96

lid 3 BW. De gemeenschap moeten worden verdeeld. Het overnamerecht van art. 1:96 lid 3 BW komt de echtgenoot die niet de oorspronkelijke schuldenaar en de veroorzaker van het faillissement was, toe. Er is een gemeenschappelijk leven na het faillissement. De gemeenschap moet dus herleven of voortduren, afhankelijk van de gekozen oplossing (ontbinding of niet). Bij de behandeling in de Eerste Kamer zullen de indieners de nog deels openstaande vragen rond wetsvoorstel 33987 dienen te beantwoorden. De regering moet intussen met een oplossing komen voor de beperking van het faillissementsbeslag. Dat deel gaat straks weer via de Tweede Kamer. Niet behandelde en onopgeloste vragen worden onderwerp van jurisprudentie.

De scherpe kanten van wetsvoorstel 33987 moeten worden weggewerkt. In veel gevallen, zeker wanneer ondernemingsvermogen in het geding is, is de gang naar de notaris voor toekomstige echtelieden een must. Dat geldt ook voor het geval dat men kiest voor de algehele gemeenschap van goederen of als men juist alle aanbrengrsten – dus ook ieders aandeel in de gezamenlijke woning en het daarin neergelegde eigen vermogen, rekening houdend met de beleggingsleer – privé wil houden.

Hadden we bij het redigeren van het nieuwe huwelijksgoederenrecht de aanpassing niet in een groter verband moeten bezien, het familievermogensrecht en insolventierecht, met medeneming van meerdere alternatieven, daarbij kijkend naar Duitsland en de praktijk in België? (Zie ook F.W.J.M. Schols in *WPNR* 2014,7041).

Nederland heeft gekozen voor haastig patchwork, het resultaat van 27 schriftelijke Kamerstukken van Wetsvoorstel 33987 en twee recente verslagen uit de *Handelingen*. Daar aan zitten helaas vele haken en ogen.