

RELATIEVERMOGENSVOORWAARDEN MODEL HERMUS I EN II



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

Jonggeliefden moeten er voor waken – denkend dat alles bij hun samenleving al goed is geregeld – om in een wettelijke beperkte gemeenschap betrokken te raken. Relatievermogensvoorwaarden zijn daarvoor de uitkomst. Ik geef een aanzet tot de oplossing onder het huwelijksvermogensrecht van 1 januari 2018.

In De Notarisklerk van juli/augustus 2017 schreef ik over de avonturen van de “meerinbrenger” en kondigde ter oplossing van de gesignaleerde gevaren “Relatievermogensvoorwaarden” aan. Een geleidelijke overgang van het regime van samenwoners buiten huwelijk of geregistreerd partnerschap naar een situatie van huwelijk of geregistreerd partnerschap kan ongelukken voorkomen. Een notariële akte die zowel de situatie van voor het huwelijk als daarna regelt, zodanig dat men niet het nieuwe systeem van de beperkte gemeenschap “overkomt” en dus de meerinbreng veilig stelt. Huwelijksvoorwaarden zijn nodig om dit te realiseren. De huwelijksvoorwaarden kunnen reeds ten tijde van de samenleving voorwaardelijk worden aangegaan. Het oplossen van de problematiek van de meerinbrenger kan tegelijk aanleiding zijn om de door mij zo gewenste aanbreng in eenvoudige gemeenschap weer tot het eigen vermogen te doen terugkeren, alsof de Nota’s van wijziging 11 en 16 (Kamerstukken II, 2014-2015, 33987, nrs. 11 en 16) niet zouden zijn ingediend of met andere woorden: om die ongedaan te maken. (Zie Hierover EB 2016,54 en EB 2017,3 waarover ook in Kamerstukken I, 2016-2017, 33987, F blz. 15 en 33987, G blz. 22). En als dan toch huwelijksvoorwaarden nodig zijn om dat te repareren, dan maken we de voorwaarden ook maar tegelijk “ondernemersproof”. Waar immers de bezittingen en schulden van een eenmanszaak veelal – eventueel geleidelijk ten gevolge van zaaksvervangning (zie Labohm, EB 2017,11, blz. 15) - anders dan de ondernemer zal aannemen tot het gemeenschapsvermogen zullen (gaan) behoren, behoren zowel het aandeel in een personenvennootschap als ook de aandelen in een besloten vennootschap als zijnde verknocht aan de ondernemer tot zijn eigen vermogen. Het ligt dus in de rede om – in het verlengde van het oude artikel 1:126 BW en the Princi-

ples of European Family Law regarding property relations between spouses (Intersentia 2013) - het ondernemingsvermogen, altijd tot het eigen vermogen te rekenen. Dat is ook belangrijk in verband met de nieuwe bescherming van de echtgenoot door de invoering van artikel 1:96,3 BW (verhaal voor privé-schulden op de helft van de opbrengst van uitgewonnen goederen van het gemeenschapsvermogen). Die blijft dus – tenminste als er weinig gemeenschapsschuldeisers zijn – gevrijwaard van verhaal. Het privé doen zijn van alle aanbrengsten is belangrijk omdat het verguisde artikel 61,4 FW inmiddels weliswaar is afgeschaft, maar het resultaat door de initiatiefnemers – bij wijze van compromis om het wetsvoorstel te redden - is weggegeven door het alsnog (zie nota van wijziging 11 en 16) gemeen doen zijn van aandelen in een eenvoudige gemeenschap. Wat privé is moet privé blijven. Dat kan door voorwaarden te maken zoals hierna te vermelden. In onderstaande bijdrage signaleer ik de belangrijkste problemen en verwijs naar de oplossing in de eveneens bijgaande relatievermogensvoorwaarden model I en II. Het ene model is geïnspireerd door het Belgische stelsel (en de oude gemeenschap van vruchten en inkomsten). Het andere model is meer bestemd voor ondernemers of zij die een zo geruisloos mogelijke overgang wensen van de periode van samenleving naar het huwelijk toe (dus zonder boedelmening).

Meerinbreng

De problematiek van de meerinbreng kan (zie de casus van HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1871 m.nt. L.C.A. Verstappen) als volgt worden samengevat:

A en B verwerven voor het huwelijk een woning op beider naam, ieder voor de onverdeelde helft. Ze gaan een schuld aan bij de bank, waarvoor ieder voor het geheel aanspra-

kelijk is. A brengt uit eigen middelen 110 meer in dan B. Bij samenlevers wordt in de samenlevingsovereenkomst veelal geconstateerd dat A een vordering heeft op B, ter grootte van de helft van de meerinbreng, zijnde 55. A en B trouwen na 1 januari 2018 onder het wettelijke stelsel van de beperkte gemeenschap van goederen.

Op grond van artikel 1:94 BW valt de schuld van B groot 55 aan A in de gemeenschap. De schuld betreft immers een zaak die aan partijen voor het huwelijk gemeenschappelijk – in eenvoudige gemeenschap – toebehoorde. Omdat zowel A als B draagplichtig zijn voor die schuld van 55, wordt de schuld van B aan A gehalveerd tot 27,5. De meerinbrenger wordt gehalveerd (Zie: Estate Tip 7 december 2016 Afl. 2016-40).

In die visie is inderdaad een correctie nodig bij huwelijkse voorwaarden. De vraag is of er ruimte is voor een andere oplossing. Ik verwijs naar Van Mourik (Van Mourik & Verstappen, Handboek Nederlands Vermogensrecht bij scheiding, Bijzonder Deel B 2014, hoofdstuk 4 Paragraaf 6.1 blz. 133 en Van Mourik & Schols, Gemeenschap (Mon. BW nr. B9)/par.33) waar zij spreken over: “schulden voor rekening van de gemeenschap” – vergelijk de artikelen 3:174 jo. 3:178 lid 2 BW - en “de schulden moeten door partijen gezamenlijk worden gedragen.”

Verstappen geeft in zijn heldere noot onder het genoemde arrest een viertal mogelijkheden om de problematiek van de meerinbrenger te duiden. Ik vat ze in eigen woorden samen:

- a. De meerinbrenger heeft een rechtstreekse vordering ter grootte van de helft van de meerinbreng (55) op de partner en die vordering wordt beheerst door artikel 1:87 BW;
- b. De meerinbrenger en de partner zijn ieder juridisch deelgerechtigd in de zaak, naar rato van ieders inbreng (waaronder ieders aandeel in de bancaire schuld);
- c. De meerinbrenger heeft een vordering voor de gehele meerinbreng (110) op de gemeenschap. De meerinbrenger geniet zijn meerinbreng via de gemeenschap en de ander moet bij een tekort voor de helft van die vordering aan de gemeenschap bijdragen. (Vgl HR 21 april 2006, NJ 2007/395 en Hof 's-Gravenhage 20 augustus 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AI1544).
- d. De meerinbrenger en de partner zijn ieder economisch deelgerechtigd in de zaak, naar rato van ieders inbreng (waaronder ieders aandeel in de bancaire schuld);

Oplossing b. en d. zijn ingewikkeld, zodat in de praktijk de oplossingen a. en c. overblijven. Verstappen geeft aan, dat tot het tijdstip van het wijzen van het arrest de doorgaans gehanteerde oplossing van de jurisprudentie oplossing c. is. Hij kan daar mee leven, maar zou willen geloven dat de Hoge Raad “om” is en kiest dus persoonlijk voor de oplossing a., onder verwijzing naar een eerder arrest van de Hoge Raad inzake Kriek-Smit à l'inverse (HR 10 januari 1992, NJ 1992/651, m.nt. E.A.A. Luijten). Juist die visie veroorzaakt het probleem van de halvering van de meerin-

brenger die nu bij huwelijkse voorwaarden moet worden opgelost. De draagplicht voor de terugbetalingsschuld uit hoofde van die rechtstreekse vordering (welke schuld dus tot de gemeenschap is gaan behoren) moet bij de andere echtgenoot komen liggen. Dat formuleer ik ter oplossing van het probleem in bijgaande relatievermogensvoorwaarden. Echter, ik laat – anders dan de wetgever - de aanbreng waaronder dus ook het aandeel van de echtgenoten in een eenvoudige gemeenschap, tot het eigen vermogen behoren. De daarmee corresponderende schuld is dan ook een eigen schuld.

De vraag is dus of het probleem van de meerinbrenger wel bestaat en als het bestaat, dan is het mede veroorzaakt door de wijziging van artikel 1:94 BW. Indien we echter kiezen voor de door de rechtspraak toch gecultiveerde opvatting dat de schuld uit meerinbreng een gemeenschapsschuld is, dan is er geen eigen schuld (55), die door boedelmenging tot de gemeenschap is gaan behoren en daardoor is gehalveerd tot 27,5). De schuld van 110 behoort dan evenals het gemeenschappelijke registergoed tot de gemeenschap die daarmee door boedelmenging is verrijkt en de meerinbrenger heeft een vordering ter grootte van dat bedrag van 110 op de gemeenschap. In de visie van Verstappen zou een zelfde effect kunnen worden bereikt door de meerinbrengschuld van 55 die dus rechtstreeks de andere echtgenoot aangaat bij huwelijkse voorwaarden te verdubbelen en de draagplicht daarvoor tot de gemeenschap te doen behoren. Als de lijn van de rechtspraak wordt bevestigd, dan zou het probleem van de meerinbreng ook zonder het maken van huwelijkse voorwaarden opgelost zijn. De vraag is dus of in komende jurisprudentie de soep van de meerinbreng zo heet zal worden gegeten als die wordt opgediend. Geven ook Van Mourik en Schols (Van Mourik & Schols, Huwelijksvermogensrecht (Mon.Pr. nr. 12) 2017, blz. 71 en Van Mourik & Schols, Gemeenschap (Mon.BW nr. B9) 2015, blz. 52) ten aanzien van schulden voor rekening van de eenvoudige gemeenschap die getransformeerd wordt naar een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap (waarvoor volgens hen geen goede argumenten te vinden zijn) niet voldoende ruimte voor deze visie? De tijd zal het leren.

Het faillissement en de (economische) deelgerechtigdheid – aanbrengsten apart

Zoals gezegd moet vervolgens de problematiek van het dreigende faillissement en het verlies van (economische) deelgerechtigdheid, welke door het nieuwe (en tijdens het wetgevingsproces in afwijking van de oorspronkelijke uitgangspunten gewijzigde) artikel 1:94 BW is ontstaan worden opgelost. Wat privé is moet privé blijven. Alle aanbrengsten apart. De privé-aanbrengsten kunnen dan ten gevolge van het in goede zin gewijzigde artikel 61 FW op eenvoudige wijze worden teruggenomen. Dat is een duidelijke verbetering. Maar dan zijn dus wel huwelijkse voorwaarden nodig. Bijgaande tekstvoorstellen regelen dat. Ook toekomstig te verwerven onroerende zaken moeten mijns inziens privé eigendom blijven. Dat doe ik om zaaksvervangingsproblemen te voorkomen. Wat immers nu privé is kan door vervanging van gedeeltelijk afgeschre-

ven goederen waarbij de koopsom wordt aangevuld met leningen die tot de gemeenschap behoren, verwateren naar gemeenschapsvermogen. Beter is aan te sluiten bij de kadastrale tenaamstelling. Wil men samen vermogen opbouwen dan doet men dat op twee namen, met uiteraard toepassing van de vergoedingsrechten. Uiteraard kan men daar anders over denken. De huwelijkse voorwaarden zullen steeds op maat moeten worden gemaakt. In de tekst van de "Zugewinnngemeinschaft" blijven facultatief ook de toekomstige registergoederen buiten het te verrekenen vermogen. Men kan zo vermogen "parkeren" bij de ander. Dat is niet altijd eerlijk. Vergoedingsrechten corrigeren een en ander indien van eigen inbreng van de ander sprake is. Voorts geeft artikel 1:95a BW zoals door mij uitgewerkt altijd een correctiemogelijkheid omdat de basis van beide stelsels is dat "arbeidsinkomsten moeten worden gedeeld", ook als zij inmiddels herbelegd zijn.

Maar bij een finale afrekening dienen dus ook de autonome waardestijging van zo'n geparkeerd goed (voor zover toe te rekenen aan herbelegde arbeidsinkomsten) in de verrekening te worden betrokken. Ook geldt hier: het verwerven van goederen op twee namen garandeert bij een positieve waardeontwikkeling vermogensopbouw van beide partijen.

Ik verdedig in EB 2016,54 dat ondanks een faillissements-situatie in de situatie waarin goederen bij helfte zijn aangebracht of als eigen vermogen verworven, de meerinbrenger zijn groter aandeel in economische deelgerechtigdheid (1:87 BW) uit een faillissement kan terugnemen en dat de curator en rechter-commissaris de teruglevering van dat meerdere moeten honoreren (EB 2015,12). De aldaar beschreven praktijkcasus is inderdaad na drie jaren zo opgelost (Vergelijk HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ8746) inzake de Texelse woning. Modehuis Nolly (HR 2 april 1976, ECLI:NL:PHR:1976:AB6874 en HR 16 maart 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AB7952) gaf eveneens een argument in diezelfde richting. Wat daar van zij. Door een woning op twee namen aan te kopen en het aandeel in eenvoudige gemeenschap tot het eigen vermogen te doen behoren krijgt een onfortuinlijk echtpaar kansen voor een nieuwe toekomst. Anders dan in het thans nieuwe artikel 1:94 BW wordt geregeld. Het overnamerecht van artikel 1:96,3 BW – dat eigenlijk ook voor ieder huwelijksvermogensregime zou moeten gelden en ook in alle gevallen in faillissementssituaties zou moeten worden toegepast - heeft mij hierbij geïnspireerd. Op dat vlak is nog wat te wensen over.

Zaaksvervangng

De problematiek van de zaaksvervangng (artikel 1:95 lid 1 BW) is weerbarstig. In ieder geval kan men door meer dan de helft in de aankoopprijs van een registergoed te betalen niet de eigendom verwerven van het gedeelte dat op naam van de andere echtgenoot is verworven (Zie de hiervoor vermelde arresten van de Hoge Raad inzake Modehuis Nolly). De betaling moet voorts ter gelegenheid van de verwerving zijn gedaan.

voor recente arresten inzake zaaksvervangng kan verwezen worden naar de arresten van de Hoge Raad: HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1199, m.nt. L.C.A. Verstappen en HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2274.

Het komt er – kort gezegd – op neer dat een echtgenoot aan wie een onroerende zaak is geleverd toch voor het geheel bij uitsluiting van de ander een goed kan verwerven indien het goed voor meer dan de helft is betaald uit eigen "geclausuleerde" goederen. In beide situaties was dat een gift die onder een uitsluitingsclausule was gedaan en deel uitmaakte van een samenstel van rechtshandelingen "een geclausuleerde gift", respectievelijk een "verdeling", waarbij de gift meer dan de helft van de waarde van het geleverde goed uitmaakte. De visie van de Hoge Raad betreffende de "gezamenhandse visie", dan wel "breukdelensvisie" kan de weegschaal soms naar "eigen goed" of gemeenschapsgoed doen doorslaan. Nieuw te verwerven onroerende zaken zullen – behoudens zaaksvervangng – deel uitmaken van de gemeenschap, tenzij men huwelijkse voorwaarden maakt. Ik wees er al op dat men door het apart houden van de aanbrengr er vaak maar tijdelijk in slaagt om goederen aan het faillissementsverhaal te onthouden. Door waardeontwikkeling en inflatie zal immers bij herinvestering een groter bedrag nodig zijn voor een nieuwe aankoop. Wil men dat het nieuwe registergoed niet in de gemeenschap valt dan kan men dat dus door huwelijkse voorwaarden voorkomen.

Ondernemingsvermogen

In de parlementaire behandeling hebben we gewezen op het belang om ondernemersvermogen en -schulden tot het eigen vermogen te doen behoren (privé te doen zijn).

Dat is eenduidig en voorkomt – vergelijk hiervoor – dat herinvestering in en vervangng van het instrumentarium – anders dan in België artikel 1400 lid 6 BBW - tot de gemeenschap gaat behoren. Ook wordt de zcp-er (zie hierna) wiens onderneming zonder nadere regeling tot het gemeenschapsvermogen zal behoren in dezelfde positie gebracht als de vennoot in een personenvennootschap die immers op grond van de verknochtheid altijd privé eigenaar en privé schuldenaar is van zijn ondernemingsvermogen (artikel 1:94 lid 5 en HR 15 december 1961, NJ 1962/62, waarover Van Mourik & Verstappen, Handboek Nederlands Vermogensrecht bij scheiding, Bijzonder Deel B 2014, hoofdstuk 2 Paragraaf 4 en Labohm Tijdschrift voor Agrarisch Recht 2017,9 blz. 434). Dat is belangrijk omdat het nieuwe artikel 1:96,3 BW (zie hierna) de andere echtgenoot aldus vrijwaart van verhaal op zijn/haar aandeel in gemeenschapsgoederen voor schulden waarvoor hij/zij niet aansprakelijk is, althans in ieder geval voor privé schulden van de ander. Of de andere echtgenoot in geval van faillissement gevrijwaard kan worden voor de concurrente schuldeisers veroorzaakt door de failliet is een punt van discussie (zie EB 2017,3 Kamerstukken I, 2016-2017, 33987, C blz. 6 tot en met 11, 33987, F blz. 15 en 33987, G blz. 14-15 en 21-22). De initiatiefnemers geven

hier vooralsnog niet veel ruimte, maar mogelijk kan een verwijzing naar het Oostenrijkse recht hen, maar in ieder geval de rechter, alsnog overtuigen. In dat land wordt een beperkte gemeenschap – zo bleek mij bij een bezoek onlangs – immers door het faillissement ontbonden en “wird nur der Anteil des in Insolvenz befindlichen Ehegatten Bestandteil der Masse. Der Anteil des anderen Ehegatten kann für die Sonderschulden des insolventen Ehegatten nicht in Beschlag genommen werden”. Zie Deixler-Hübner (2013) “Der Ehevertrag - Vereinbarungen zwischen Ehegatten und Lebenspartnern”, blz. 90. Dit lezen we ook bij Minilex (www.minilex.at – Wesen der Gütergemeinschaft): “Das bedeutet, dass bei der allgemeinen Gütergemeinschaft auch der andere Ehepartner mit seinem Anteil am Gemeinschaftsvermögen für die Schuld seines Ehegatten haftet. Bei der beschränkten Gütergemeinschaft haftet nur das Eigenvermögen des Schuldners.” Over de ontbinding en het herleven van de gemeenschap van goederen na faillissement schreef ik – zie de aangehaalde literatuur - reeds eerder.

Blijft – na dit alles – een onzekere factor: het recht op de onverdeelde ondernemingswinsten. Meer concreet: artikel 1:95a BW:

Toelichting: bij artikel 1:95a BW

De initiatiefnemers roepen ons op om – ook op dat punt - huwelijkse voorwaarden te maken. Zo mogelijk “hard en fast rules”. Voor zover mogelijk althans. Verwezen zij immers naar de begrippen waarde en winst, waarover niet zomaar eenduidigheid kan worden geschapen. De rechts-sfeer zal dat bepalen. Een open norm blijft de oplossing. Wel kan een aanzet worden gedaan de uitgangspunten zo goed mogelijk neer te zetten.

Over het verdelen van (ingehouden) winsten wordt veel en wollig geschreven. Zozeer zelfs, dat dit de wetgever aanleiding gaf zijn oorspronkelijke uitgangspunten in de ook door mij in ander verband veelbesproken nota van wijziging Kamerstuk 11 ook op dit punt te herzien (ik bedoel met in ander verband de mijns inziens fatale fout in genoemde nota van wijziging van het in de gemeenschap laten vallen van de ten tijde van het huwelijk reeds bestaande aandelen in een eenvoudige gemeenschap, anders dan in Kamerstuk 2 beloofd - zie: EB 2016,54). Nu ook wordt bovendien de gemeenschap van vruchten en inkomsten omgevormd tot een gemeenschap van winst en verlies. Echtgenoten moeten bij ontbinding bij helfte dit verlies dragen en waren terloops hun aandeel in mede-eigendom al kwijtgeraakt.

Artikel 1:95a BW houdt een open norm in, waarvan de invulling wordt overgelaten aan de rechter. Labohm (EB 2016,74) is van mening, dat de praktijk daar goed mee uit de voeten kan, doch geeft evenals F. Schols WPNR 7120 (2016) aan, dat huwelijkse voorwaarden een zo goed mogelijke richting aan de praktijk zouden moeten inhouden. Ook nu weer moet de notaris het oplossen. Een simpele

verwijzing naar de waardeontwikkeling van de wetgever (Kamerstukken II 2014/15 33987 nr. 11 p.4) is te kort door de bocht (zie A.N. Labohm: De agrarische ondernemer & het voorhuwelijkse ondernemingsvermogen art. 1:95a BW - in Tijdschrift voor Agrarisch Recht 2017, 9). Een eenduidig waarde begrip bestaat niet, (zie Van Mourik & Verstappen, Handboek Nederlands Vermogensrecht bij scheiding, Bijzonder Deel B 2014, hoofdstuk 1 Paragraaf 6 en Burgerhart, Waarde en Erfrecht, 2008, Hoofdstuk 6, Paragraaf 4) maar wel kan de suggestie van Labohm worden overgenomen om de accountant de “waarde”, dat zal dan waarschijnlijk zijn die in het economisch verkeer of in geval van toepassing; de agrarische waarde, van de onderneming te laten berekenen. Welke waarde dat is zal dan naar mijn mening moeten blijken uit de bijlagen van het accountantsrapport. In alle gevallen zal bij wijze van correctie aansluiting moeten worden gezocht bij de rechts-sfeer waarin de onderneming en de relatie tussen partijen zich bevinden. Ik deel hierbij de mening van Schols, dat artikel 1:95a BW “als basis zou kunnen dienen voor een regeling, die vervolgens fijn geslepen wordt”. In EB 2017,3 gaf ik al aan met de open norm en rechtersrecht in zijn algemeenheid te kunnen leven. Dit sluit ook aan bij het begrip “rechtssfeerwaarde” (waarover Van Mourik en Verstappen, Handboek Nederlands Vermogensrecht bij echtscheiding. Bijzonder deel B 2014, Hoofdstuk 1. p. 32-33). Zekerheid is dus niet te geven. Dat blijkt uit de uitvoerige jurisprudentie over verrekenbedingen. Huwelijkse voorwaarden zouden echter zo goed mogelijk “hard en fast rules” moeten bevatten (Schols. t.a.p. blz. 749). Ik tracht aan de hand van het betoog van Van Mourik in WPNR 6902 (2011), dat overigens over de uitwerking in de praktijk van verrekenbedingen gaat, een richting te geven aan de eveneens open norm van artikel 1:95a BW. Als enige geeft Van Mourik tot op heden een concrete benadering van het verrekenen van “herbelegde” ondernemerswinsten zoals neergelegd in het arrest “Vossen-Swinkels” (HR 7 april 1995, NJ 1996/486), welk arrest mij na aan het hart gaat gezien de verwantschap van deze casus met mijn plaats van vestiging. Hierbij kan mijns inziens worden aangehaakt, hoewel ook bezwaren zijn te noemen waar Schols aangeeft dat hij er weer voor zou zijn om juist ook artikel 1:141,4 BW uit te sluiten om een ondernemer weer wat meer “speelruimte” te geven. Wanneer doet men het goed? Mij lijkt dat “het belang van een gezonde voortzetting” zie Van Mourik naar aanleiding van de arresten “Slot-Ceelen” (HR 2 maart 2001, NJ 2001/583) en “Visserijbedrijf” (HR 2 maart 2001, NJ 2001/584) voldoende “zwaar weegt” en geen aanleiding is om dus maar artikel 1:141,4 BW uit te sluiten. Integendeel. Het spanningsveld tussen vergoedingsplichtige en vergoedingsgerechtigde zal altijd blijven. Ook ik hecht aan het door Van Mourik terecht gesignaleerde bezwaar van toepassing van artikel 1:87 BW op dit deel van de afwikkeling van de vergoedingen tussen vermogens. Dat artikel leidt tot misverstanden in onderhavig kader (WPNR 7143 (2017)). Artikel 1:95a BW beoogt immers het beginsel: “samen delen vanaf de bruiloft” voor ondernemers vast te leggen. Dat is iets

anders dan de uitkomst van de beleggingsvisie van artikel 1:87 BW. Dat artikel gaat immers over de goede en kwade kansen van beleggen. Daarover gaat de paragraaf over de eigen inbreng in de woning.

Tenslotte: een betalingsregeling komt zowel de continuïteit van de onderneming ten goede, als dat die recht doet aan de belangen van de vergoedingsgerechtigde (de andere echtgenoot) al dan niet via de gemeenschap.

De praktijk. Een casus.

De zonnige oktober dagen brachten mij in het stadje Heusden en gaven mij – de grote jachten aldaar met respect aanschouwende - aanleiding een en ander maar eens te vertalen in een voorbeeld. Daarbij heb ik de bedragen – gezien de sprookjesschepen die daar te zien zijn naar enigszins wel voorstelbare bedragen teruggebracht.

A heeft een eenmanszaak en heeft hierin een vrij uitkeerbaar eigen vermogen opgebouwd van 100. Hij trouwt en gedurende zijn huwelijk wordt een B.V. opgericht. De eenmanszaak wordt ingebracht. Na enkele jaren heeft de B.V. een uitkeerbaar eigen vermogen van 200 erbij verdiend. A besluit op naam van zijn B.V. een schip aan te kopen ter waarde van 300. Een riskante aankoop. De reserves drogen snel op.

Jaren later besluit A te scheiden. Het schip – een bijzonder collectors exemplaar – heeft inmiddels en ook mede door inflatie een waarde van 600. In de boeken staat het voor slechts 200. Het schip wordt verkocht. Intussen heeft A – hij had minder tijd om te werken en de crisis liet hem niet onbetuigd – aanvullend nog slechts 100 aan reserves kunnen vergaren.

Welk bedrag moet A aan de gemeenschap vergoeden?

Ik meen dat A een basis- (noem het: "stam-")vermogen heeft bijeengebracht van 100, terwijl 200 als ten tijde het huwelijk vergaarde herbelegde ondernemerswinsten in aanmerking komen. Daaraan is weer 100 toegevoegd aan eveneens ten tijde van het huwelijk vergaarde niet uitgekeerde winsten.

Het schip is voor 1/3 als autonome inbreng van A te beschouwen en voor 2/3 als herbelegde winsten gedurende het huwelijk.

Daarnaast komt de gemeenschap in beginsel nog een vergoeding toe van 100. Maar dan is alles op en komt de continuïteit van de onderneming mogelijk in gevaar. Een correctie is hier op haar plaats. Die stel ik op -100. Het is immers maar de vraag of de ondernemer te zijner tijd een gelijk bedrag als nu via de gemeenschap aan zijn partner wordt betaald, in de toekomst zal kunnen incasseren. De onderneming moet door en daarvoor moeten buffers worden aangehouden. Niet alles wat A als deel toekomt is dus voor hem vrij beschikbaar.

400 komt dus toe aan de gemeenschap. A houdt in zijn B.V. zijn "waarde" van 200. De vergoeding van 400 aan de

gemeenschap moet worden verminderd met de contante waarde van de (latente) belastingen over de stille reserves. Laten we die ook op -100 stellen. Dan vloeit er 300 in de gemeenschap.

Maar wat als voor de boot een lening van 200 zou zijn aangegaan en B uit een erfenis die lening van 200 had afgelost? Artikel 1:87 BW zou volgens Van Mourik tot onevenwichtige resultaten leiden, zeker als we in de aandelensfeer komen. De visie van de initiatiefnemers in Kamerstukken I, 2016-2017, 33987, C blz. 11 is dus onjuist en onredelijk. Zeker als een echtscheiding kort daarna volgt. Daar ben ik het mee eens. Artikel 87 past niet in de sfeer van onderneming en aandelen in een eenmans B.V. (Zie Van Mourik in WPNR 7143 (2017)). Ook wijst Van Mourik (Handboek, blz. 26) naar de oude gemeenschappen van vruchten en inkomsten. Waar artikel 1:126 BW daar speelde – en welk artikel inspireerde bij de totstandkoming van artikel 1:141 lid 4 BW (Van Mourik en Verstappen, Handboek Nederlands Vermogensrecht bij echtscheiding. Bijzonder deel B 2014, Paragraaf 4 blz. 27 noot 70), komt men bij aflossing van de financiering van ondernemingsactiva en aandelen in de onderneming helemaal niet meer aan artikel 87 toe. Die gedachte vindt u – zekerheidshalve – dus ook in mijn tekst betreffende artikel 1:95a BW. Die immers gaat – anders dan artikel 1:87 BW - uit van het delen van positieve vermogenswaarden. Wel kan artikel 1:136 lid 1, tweede zin spelen. In een uitzonderingssituatie waarin ondernemingswinsten met toestemming van de andere echtgenoot werden gebruikt voor de financiering van activa of aandelen zouden de lusten en de lasten als een soort lotsverbondenheid wel tussen beide echtgenoten moeten worden verdeeld. Als de boot slechts 100 waard zou zijn, dan is de winst verdampt en zal de vergoeding slechts 100 (de erbij verdiende inkomen veroorzaakt door arbeid, voor zover niet geherinvesteerd) bedragen, te verminderen met de correctie voor de belasting en een buffer ter bewaking van de continuïteit. Dat zou niet meer zijn dan 50. En als de partner toestemming zou hebben gegeven aan de financiering dan gaat ze zelfs via artikel 1:87 BW als offer voor de lotsverbondenheid mogelijk verder mee de boot in. De arbeidsinspanningen hebben dan – mede gezien de aan te houden kapitaalbuffer – tot niets geleid. Het kan verkeren bij die ondernemers, maar dat gaat ook wel weer erg ver. Ik sluit dus artikel 1:87 BW in het kader van ondernemingsvermogen uit. De basisgedachte van verrekenbedingen en de daar bij mij in het kader van de fine-tuning van artikel 1:95a BW aangesloten gedachte is: slechts positieve vruchten van arbeid moeten worden gedeeld. Negatieve ontwikkelingen behoren de ondernemer toe. Daarom heb ik ook de draagplicht voor verliezen na ontbinding van de gemeenschap weer teruggebracht bij het oorspronkelijke voorstel van de initiatiefnemers (dus van voor de Nota van wijziging nummer 11).

Het voorbeeld van de boot wordt wellicht wat realistischer als de B.V. effecten zou hebben gekocht in plaats van een boot. Maar de mooie oktoberdagen waren hieraan debet!

Geniet van de ontwikkeling van dit nieuwe rechtsgebied en laat uw creativiteit gedurende de winterperiode alle ruimte. Graag nodig ik u uit voor aanbevelingen ten goede.

Relatievermogensvoorwaarden I en II

Jonggeliefden moeten er voor waken – denkend dat alles bij hun samenleving al goed is geregeld – om ondoordacht in de wettelijke beperkte gemeenschap betrokken te raken. Relatievermogensvoorwaarden zijn daarvoor de uitkomst. Ik geef een aanzet tot de oplossing onder het huwelijksvermogensrecht van 1 januari 2018 en geef een voorstel voor de tekst van een tweetal modellen, waaraan overigens geen rechten kunnen worden ontleend.

Model Hermus I (Gemeenschap van vruchten en inkomsten - nieuwe stijl- 3 vermogensstelsel).

Model I is voor hen die kiezen voor een beperkte gemeenschap van goederen, maar dan zodanig, dat de belangrijkste knelpunten die door de wet (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) zijn ontstaan en hiervoor zijn gesignaleerd zo goed mogelijk worden opgelost. “De beperkte gemeenschap, zoals die zou moeten zijn”, met een knipoog naar “the Principles” – zie hiervoor - en de suggesties die door ons zijn gedaan in de Kamerbehandeling van het wetsvoorstel 33987. Dat is ook de reden dat ik bij het formuleren van de goederen en schulden die buiten de gemeenschap moeten blijven, doch tot het eigen vermogen behoren casu quo niet in de verrekening moeten worden betrokken, aansluiting heb gezocht bij de oude artikelen over de gemeenschap van vruchten en inkomsten, waarop ook de “Principles” mede zijn gebaseerd. Het staat de liefhebber vrij om – naast een verwijzing zoals ik doe – de overige van de gemeenschap uitgesloten goederen en schulden over te halen uit de moderne wetstekst van artikel 1:94 BW en die minutieus uit te schrijven. Toelichting: “Ons” zijn in de Tweede Kamer het Kamerlid Michiel van Nispen en ondergetekende, hetgeen leidde tot de motie Van Nispen, 33987, 22. In de Eerste Kamer werden dat naast ondergetekende de Kamerleden Wezel, die later assistentie kreeg van Van Rij en – opvallend – het kamerlid Beuving dat “omging”

en mee stemde met de motie Van Rij/Wezel (Kamerstukken I 33987, letter J, was letter I), zulks naar aanleiding van mijn bijdragen gezonden aan de Vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie en juist verschenen voor de schriftelijke en mondelinge behandeling (zie hierover: Kamerstukken I, 2015-2016, 33987, B blz. 3 en Kamerstukken I, 2016-2017, 33987, F blz. 14 noot 35 en blz. 15, waarbij ook Nuytinck, zie blz. 15 zich aansloot). De motie werd ingediend nadat gebleken was dat de initiatiefnemers het wetsvoorstel niet wilden aanpassen door middel van een novelle ten aanzien van de belangrijkste punten: aanbreng (en zo mogelijk: onderneming) apart, kort gezegd: het ongedaan maken van de wijzigingen die neergelegd zijn in de Kamerstukken 11 en 16, en inmiddels tevens inhoudende een ommezwaai naar de gemeenschap van winst en verlies. Daarom riep de motie op tot een brede heroriëntering op het relatievermogensrecht. Omdat de motie met 38-37 werd verworpen en de wet dienovereenkomstig werd aangenomen zijn thans reparatiewerkzaamheden nodig in de vorm van “relatievermogensvoorwaarden”.

Model Hermus II – een deelgenootschap van vruchten en inkomsten – 2 vermogensstelsel (“Zugewinngemeinschaft”)

Model II is een stelsel van uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen – een logisch vervolg op de periode van samenleving buiten huwelijk en geregistreerd partnerschap. Ik verwijs naar eerdere opmerkingen over het al dan niet in de verrekening betrekken van bepaalde goederen. Artikel 1:95a BW zoals door mij uitgewerkt blijft echter altijd een mogelijkheid tot correctie indien vermogensbestanddelen “gestald” en van verrekening uitgesloten zijn omdat de basis van beide stelsels zoals door mij gekozen is: dat “arbeidsinkomsten moeten worden gedeeld”, ook als zij inmiddels herbelegd zijn.

Ik nodig graag uit te komen tot nadere concretisering en aanbevelingen ten goede van de voorliggende teksten: relatievermogensvoorwaarden Model Hermus I en II.

Lieshout/Son en Breugel, oktober 2017,

AANVRAAG MODELLEN

Indien u de modellen die hierboven zijn besproken graag wilt ontvangen, stuur dan een e-mail naar info@bmnvabond.nl.

Wij zorgen er voor dat u deze beide modellen dan binnen één week ontvangt.

Redactie De Notarisklerk