

Amsterdams Verrekenbeding in eindronde

Mijlpaal in huwelijksvermogensrecht?

In het langverwachte arrest-Slot/Ceelen van 2 maart jl. verschaft de Hoge Raad enige duidelijkheid in kwesties rond het Amsterdams Verrekenbeding. Hoe moet er tussen ex-echtgenoten worden verrekend als uit inkomsten een leenschuld werd afgelost? Het belang van het arrest is dat de Hoge Raad lijkt te kiezen voor verrekening op basis van evenredigheid in plaats van nominaliteit. Dit is ook het uitgangspunt van het aanhangige wetsvoorstel, dat het wettelijk deelgenootschap vervangt door een algemene regeling van verrekenstelsels.

prof. mr. E.A.A. Luijten
emeritus hoogleraar burgerlijk recht
en notarieel recht KUN; thans advocaat

Illustraties: Ron van Dalen



Het Amsterdams verrekenbeding ('AVB') sluit goederenrechtelijk elke vermogensgemeenschap uit. Verbintenisrechtelijk daarentegen verplicht het tot jaarlijkse verrekening van de inkomsten der echtgenoten nadat de huishoudkosten zijn voldaan en met de fiscale lasten rekening is gehouden. De praktijk blijkt anders dan de leer: de verrekening wordt niet of slechts in uitzonderingsgevallen uitgevoerd. De vervaltermijn, die daarom vaak aan het AVB werd toegevoegd, werd doorgaans zeer kort gesteld, reden waarom de Hoge Raad uitsprak dat men zich vaak niet op dat vervalbeding kon beroepen.¹ Dit alles verminderde de populariteit van het verrekenbeding niet, zodat zich een vraagstuk van maatschappelijke omvang ontwikkelde. Mijn schatting is dat tussen 1970 en 1995 bij een gemiddeld echtscheidingspercentage van 20 zich ongeveer 50.000 gevallen voordeden waarin sprake was van een niet-gekomen AVB.

Niet-uitgekeerde winst in een bv

Kortheidshalve afgezien van de voorgeschiedenis² werd in de zaak-Rensing/Polak³ de verrekenplicht bepaald aan de hand van de aanwezige nog onverrekenende netto-inkomsten, de beleggingen van de onverrekenende saldi uit eerdere jaren en de revenuen van deze beleggingen.

De kardinale vraag bleef of deze opsomming limitatief dan wel niet-uitputtend was bedoeld. Het antwoord kwam in de zaak-Bal/Keller,⁴ waarin de Hoge Raad uitsprak dat privé-goederen van de verrekening zijn uitgesloten, ook al zijn deze tijdens het huwelijk in waarde gestegen. Ook na dit arrest kwamen weer spoedig belangrijke vragen op:

- wat is onder het begrip 'inkomsten' te verstaan, als de verrekenplichtige echtgenoot als directeur-groootaandeelhouder winsten genereert in een bv en daaruit aan zichzelf slechts een salaris uitkeert?

1 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463 (vervalbeding is geldig), HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 (beroep erop is vaak in strijd met redelijkheid en billijkheid), HR 23 juni 2000, *RvdW* 162 (beroep i.c. aanvaardbaar).

2 HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 486, m.o. WMK; voor commentaar in kritische zin: Soons, *JBN* 1995, no. 51 en schr. dezes in *JBN* 1995, no. 52, *WPNR* 6188 (1995), *Advocatenblad* 1996, p. 461 e.v. en *WPNR* 6280 (1997). Van Mourik begroette het arrest in *WPNR* 6188 (1995); Van der Burgh, *WPNR* 6232 (1996), reageerde genuanceerd.

3 HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, m.o. WMK.

4 HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 383, m.o. WMK.

Bij de afwikkeling van een niet-nagekomen AVB dient het behoud van de onderneming als deel van het economisch bestel te worden meegewogen

- wat is in de beleggingsleer als belegging te verstaan, als een schuld uit geldlening wordt aangegaan die vervolgens in de verrekenningsperiode geheel of ten dele uit inkomsten wordt afgelost?

Wat de eerste vraag aangaat wordt analoge toepassing van art. 1:126 lid 2 en 3 BW vrij algemeen aanvaard,⁵ zij het dat nog discussie ontstond over de betekenis van de woorden 'in overwegende mate bij machte zijn' in lid 3, wanneer de verrekenplichtige echtgenoot weliswaar slechts 50 procent der aandelen houdt, doch de overige 50 procent door een familielid wordt gehouden.⁶ Maar een andere beperking van de uitkeerbaarheid van de in de bv gereserveerde winst schuilt in de woorden van lid 2: 'naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd'. Dit betekent dat het behoud van de onderneming als deel van het economisch bestel dient te worden meegewogen.

Gelijktijdig met Slot/Ceelen oordeelde de Hoge Raad⁷ dat vergeefs bestreden werd het oordeel van het hof dat de vrouw i.c. niet meer verkrijgt 'dan de man met behulp van bedrijfsvermogen kan financieren zonder het bedrijf buiten staat te stellen in de naaste toekomst een eventuele matige tegenslag te overleven'. Deze voor de praktijk zeer belangrijke uitspraak wordt op de redelijkheid en billijkheid gegrond.

Schuldaflossing als belegging

De tweede vraag komt thans aan de orde. Slot (man) en Ceelen (vrouw) zijn op 15 juli 1983 met elkaar gehuwd na bij huwelijksvoorwaarden iedere goederengemeenschap te hebben uitgesloten, waarbij voorts in art. 8 werd overeengekomen: 'Na afloop van elk kalenderjaar zullen de echtgenoten bijeenvoegen al hetgeen van hun inkomen van dat jaar onverteerd is gebleven en het aldus bijeengevoegde in helften verdelen. De bevoegdheid tot het vorderen van deze verdeling van onverteerd inkomen over enig kalenderjaar vervalt indien deze verdeling niet binnen het onmiddellijk daaropvolgende kalenderjaar wordt gevorderd.'

Dit AVB is nimmer uitgevoerd. Tussen de echtgenoten is de samenleving op 5 juni 1993 geëindigd waarna echtscheiding volgde, die op 27 januari 1995 werd ingeschreven in de

registers van de burgerlijke stand. Op 7 mei 1997 dagvaardt de vrouw de man voor de Rechtbank Utrecht en vordert betaling van een som van 995.200 gulden, zijnde de helft van de waarde van het door haar aanwezig geachte vermogen van de man op 31 december 1993, verminderd met zijn stamvermogen. Ofschoon het arrest-Rensing/Polak inmiddels was gewezen op 19 januari 1996, baseerde de vrouw zich derhalve nog steeds op volledige toepassing van de bepalingen van het wettelijk deelgenootschap.⁸ De man beriep zich in zijn verweer onder meer op de in de huwelijksvoorwaarden opgenomen vervaltermijn. In haar interlocutoir vonnis van 17 december 1997 heeft de rechtbank het beroep op de vervaltermijn verworpen en voorts kort samengevat beslist:

- voor zover bedrijfswinsten in de besloten vennootschappen van de man zijn gebleven terwijl dit bedrijfseconomisch niet noodzakelijk was, dienen deze te worden verrekend;
- de man heeft voor het huwelijk de echtelijke woning gekocht en de koopsom voldaan met een hypothecaire lening; aflossing van deze lening uit bespaarde inkomsten is te beschouwen als een belegging zodat de waarde van de woning per 5 juni 1993 moet worden verrekend, verminderd met het restant van de hypothecaire schuld.⁹

Van dit vonnis heeft de man zich van appel voorzien en zes grieven ontwikkeld. De grieven, die betrekking hebben op afwijzing van zijn beroep op de vervaltermijn, werden alle verworpen. Ook de tegen de door de rechtbank aanvaarde methode van verrekening aangevoerde grieven hadden geen succes. Uitdrukkelijk baseert het hof de verrekenplicht op art. 1:126 lid 2 en 3 BW wat de vermogenstoename in de vennootschappen – een werkmaatschappij en een holding – betreft. De aandelen in de holding zijn in de gedingstukken verder niet meer ter sprake gekomen.

Voorts stelde het hof het navolgende vast. In de werkmaatschappij had de man reeds voor het huwelijk 35 aandelen, staande het huwelijk kocht hij de resterende 40 aandelen van zijn vader voor de som van 40.000 gulden, die hij bijna geheel voldeed uit een ver-

5 Aldus ook reeds schr. dezes in Klaassen-Eggens-Luijten I (1999), p. 287; in deze zin ook Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 1999 in de Bal/Keller-procedure en Hof Amsterdam 31 december 1998 in de na te melden Slot/Ceelen-procedure.

6 Hof 's-Hertogenbosch, bedoeld in de vorige noot, achtte in dezen deskundigenbericht nodig.

7 HR 2 maart 2001, *RvdW* 60.

8 Dat als peildatum zou moeten worden aangenomen 5 juni 1993 deerde blijkbaar evenmin.

9 Op dit punt merk ik op dat de rechtbank aldus enerzijds op het bedrijfsvermogen art. 1:126 lid 3 BW wil toepassen, anderzijds wat de gezinswoning betreft de – in de praktijk nog steeds voorkomende – misvatting volgt van de volledige verrekening van de zogenaamde overwaarde van de woning, een op niets gebaseerde stelling.

Het is zeker dat aflossing uit inkomsten van een voor het huwelijk aangegane schuld niet beschouwd wordt als belegging in het goed dat met de geleende gelden was verkregen

hoging van zijn hypothecaire schuld tot 140.000 gulden. In het verdere verloop van het huwelijk is op deze schuld 55.000 gulden afgelost. Uit deze feiten volgt naar de mening van het hof:

- de waarde van de 40 aandelen in de werkmaatschappij vormt een te verrekenen belegging;
- de waardestijging van alle andere aandelen vormt conform het bepaalde in art. 1:126 lid 2 en 3 te verrekenen bedrijfswinst;
- het bedrag van 55.000 gulden dient, voor zover niet besteed aan de koopsom der aandelen, eveneens te worden verrekend;
- de waardestijging van de echtelijke woning blijft buiten de verrekening;
- de provisionele eis van de vrouw tot betaling van een voorschot van 300.000 gulden werd verworpen.

Cassatieberoepen verworpen

De man ging in cassatie en voerde, voor zover hier van belang, de volgende middelen:

1. de waarde der gekochte 40 aandelen is niet te verrekenen want zij zijn niet uit inkomsten maar voor meer dan 90 procent uit geleende gelden voldaan;
2. indien al de op de lening gedane aflossingen uit inkomsten zijn voldaan, is alleen het afgeloste bedrag te verrekenen;
3. het hof stelt zonder dat enig bewijs daarvoor is geleverd dat deze aandelen een belegging van inkomsten vormen;
4. eerst op 1 december 1983 verkreeg de man de laatste 40 aandelen en eerst op 1 januari 1984 de holdingaandelen; hij was in de zin van art. 1:126 lid 3 derhalve eerst toen in overwegende mate bij machte de winst in de werkmaatschappij te bestemmen;
5. als men al de aflossingen op de hypothecaire lening als belegging van inkomsten beschouwt, zou men deze toch naar evenredigheid op zowel het huis als de 40 aandelen dienen toe te rekenen;
6. op de in de vennootschap aanwezige pensioenreserve mag de verrekening niet slaan, nu volgens constante jurisprudentie betaalde pensioenpremies géén belegging van inkomsten maar vertering daarvan zijn.¹⁰

Bij incidenteel cassatiemiddel stelde de vrouw dat, anders dan het hof had beslist, ook de waardestijging van de woning in de verreke-

ning moest worden betrokken, nu deze weliswaar voor het huwelijk was gekocht, doch geheel was gefinancierd met geleende gelden en derhalve naar zij meende niet was beko-stigd uit privé-gelden.

In het arrest van 2 maart jl.¹¹ verwierp de Hoge Raad beide cassatieberoepen.¹² Ik noteer hieruit de volgende punten:

- Het oordeel van het hof betreffende de 40 gekochte aandelen wordt als volgt onderschreven: 'In een dergelijk geval zal, indien de lening waarmee de verwerving is gefinancierd niet volledig ten laste is gekomen van bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten, de rechter aan de hand van de beschikbare gegevens dienen te begroten voor welk gedeelte de aandelen in de verrekening dienen te worden betrokken. Daarbij dienen niet slechts de aflossingen op de hoofdsom van de geldlening maar ook rente en andere kosten en, indien van belang voor een redelijke toerekening, ook de tijdstippen waarop de verschillende betalingen hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden, in de beschouwing te worden betrokken.'
- Nieuw is dat hieraan uitdrukkelijk wordt toegevoegd de analoge toepassing van art. 1:126 lid 2 en 3 BW.
- Herhaald wordt uit de voorgaande arresten dat buiten de verrekening blijft verkrijging uit erfrecht of schenking, alsmede de waardestijging van vermogen die geen inkomsten heeft opgeleverd; daaraan wordt in het slot van het arrest thans toegevoegd: vóór het huwelijk met geleend geld verkregen vermogen, ook als tijdens het huwelijk uit inkomsten op deze lening is afgelost.¹³

Aflossing van leenschuld

Het langverwachte arrest in deze zaak heeft niet opgeleverd wat velen ervan hoopten. De strijdende partijen zijn er niet veel mee opgeschoten; zij moeten na vier jaar procederen weer bij de rechtbank beginnen. Is er echter toch meer duidelijkheid rond het AVB geschapen? Ja, als wij constateren dat bij een AVB de nominaliteitsleer niet geldt.¹⁴ Dat deze leer niet zou gelden bij een AVB-regime, dat toch ook goederenrechtelijk een stelsel van volledige uitsluiting is, wordt kennelijk geba-

10 Aldus laatstelijk HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581.

11 *RvdW* 63.

12 A-G Langemeijer concludeerde tot verwerping van het principale en het incidentele beroep; de beleggingstheorie ten aanzien van de gekochte aandelen onderschrijft hij, doch van belegging van inkomsten in het woonhuis wil hij niet weten.

13 De onder 4 en 5 samengevatte middelen richtten zich tegen overwegingen van het hof die nog geen bindende beslissingen zijn.

14 Deze leer werd aanvaard bij het stelsel van uitsluiting van elke vermogensgemeenschap in HR 12 juni 1989 (Kriek/Smit), *NJ* 1988, 150, m.o. schr. dezes; HR 10 januari 1992 (Moret/Visser), *NJ* 1992, 651, m.o. schr. dezes; HR 15 september 1995 (Miralda), *NJ* 1996, 616, m.o. WMK.



seerd op de werking van de factoren redelijkheid en billijkheid.

Dit brengt mij op de dogmatische vraag of in het huwelijksvermogensrecht, dat toch een species is van het algemene vermogensrecht, wel voldoende met de grondslagen daarvan rekening wordt gehouden. Met name het aangaan van schulden wordt in procedures rond het AVB soms merkwaardig uitgelegd. In dit arrest beschouwt de Hoge Raad allereerst het aflossen van een leenschuld als belegging in het met de schuld verworven object, hetgeen toch zeker niet in het algemeen zal mogen worden aangenomen.

In de tweede plaats wordt een merkwaardig onderscheid gemaakt tussen de aflossing van een schuld al naar gelang deze voor of tijdens het huwelijk was aangegaan. In navolging van zijn A-G maakt de Hoge Raad uit dat aflossing van een voor het huwelijk aangegane schuld niet beschouwd moet worden als belegging in het goed dat met de geleende gelden was verkregen. Zo wordt bijvoorbeeld ook de hoofdelijkheid van een schuld, die staande het huwelijk wordt aangegaan, vaak als een gemene schuld gezien, zulks geheel ten onrechte daar dat aspect uitsluitend de *aansprakelijkheid* betreft die door de crediteur doorgaans tot meerdere zekerheid ook op de andere echtgenoot wordt gelegd. Om het

privé- of gemeenschappelijke karakter van een schuld in dit kader te bepalen gaat het echter om de *draagplicht*, die ter zake geldt (art. 6:10 BW). Wanneer derhalve een echtgenoot staande het huwelijk – ook als een AVB is toegevoegd aan het uitsluitingsregime – een aankoop op eigen naam doet en aldus eigenaar wordt van bijvoorbeeld de gezinswoning, behoort deze hem/haar alleen toe en is de schuld die wordt aangegaan – ook al is de andere echtgenoot hoofdelijk medeverbonden – alleen zijn/haar privé-schuld.¹⁵

Of de man in de casus-Slot/Ceelen het pand voor of na de huwelijksluiting zou hebben gekocht, kan mijns inziens geen enkele rol spelen. Ik concludeer dat de door de Hoge Raad in het Bal/Keller-arrest vermelde uitzonderingen op de verrekenplicht slechts niet-uitputtend bedoeld kunnen zijn.

Evenredigheid

Het belang van het arrest-Slot/Ceelen ligt in de bovengeciteerde passage betreffende de koop van aandelen. Hierin kan mijns inziens steun worden gevonden voor de zogenaamde ‘evenredigheidsleer’.¹⁶ Een voorbeeld moge deze leer toelichten.

A en B zijn gehuwd in 1990 met uitsluiting van elke vermogensgemeenschap, onder toevoeging van een AVB. In 1992 verkrijgt A

¹⁵ Zie in dezen het opstel van W.R. Meijer: ‘Waarvoor gaat u het geleende geld gebruiken en waarvan gaat u het terugbetalen?’ in *WPNR* 6440/41 d.d. 7 en 14 april 2001.

¹⁶ Deze leer is door W.R. Meijer en schrijver dezes verdedigd in *WPNR* 6367 (1999), en door W.R. Meijer in ‘De afwikkeling van huwelijksvoorwaarden’ (*Monografie Echtscheidingsrecht* 5 1999) p. 119 e.v.; Verstappen heeft dit standpunt begroet in ‘Naar nieuwe verrekenstelsels’, *WPNR* 6387/88 (2000).

**De
evenredigheidsleer,
die aan het arrest
ten grondslag lijkt
te liggen, is
eveneens
opgenomen in het
wetsvoorstel 27554
waarin het wettelijk
deelgenootschap
wordt vervangen**

op eigen naam de gezinswoning; de koopsom bedraagt 300.000 gulden, gefinancierd met 100.000 gulden door A geërfde gelden en 200.000 gulden hypothecaire lening, waarvoor B hoofdelijk medeverbonden is. Staande het huwelijk wordt op de hypothecaire lening 80.000 gulden uit inkomsten afgelost. In 2000 wordt het huwelijk door echtscheiding ontbonden en ontstaat geschil over de toepassing van het AVB, dat nimmer is nageleefd. Het pand is thans 600.000 gulden waard. De nominaliteitsleer leidt hier slechts tot een vergoeding door A aan B van $0,5 \times 80.000$ gulden = 40.000 gulden, terwijl de waardestelling van het pand geheel aan A blijft. De evenredigheidsleer leidt echter voor B tot een gunstiger resultaat en wel als volgt:

- A heeft aan het pand bijgedragen, c.q. zal daaraan nog moeten bijdragen: 100.000 gulden (erfenis) + 40.000 gulden (0,5 aflossing uit inkomsten) + 120.000 gulden (rest-hypothecaire schuld) = 260.000 gulden.
- B heeft aan het pand slechts bijgedragen 40.000 gulden (0,5 aflossing uit inkomsten).

De bijdragen van A en B verhouden zich derhalve als 26:4, zodat aan B in de eindwaarde toekomt: $4/30 \times 600.000$ gulden = 80.000 gulden, terwijl aan A het pand met de hypothecaire restschuld verblijft.

Er ligt een wetsvoorstel (kamerstuk nr. 27 554) dat het wettelijk deelgenootschap vervangt door een algemene regeling van verrekenstelsels; in dit voorstel wordt de evenredigheidstheorie opgenomen in art. 136 van de wet. Men mag hopen dat de Hoge Raad bedoeld heeft aan de bovengeciteerde overweging de evenredigheidsleer ten grondslag te leggen. Als dit zo is – en de tekst suggereert dit – zijn met het Slot/Ceelen-arrest weliswaar niet alle vragen opgelost maar is er op een belangrijk punt toch winst geboekt. n

De redactie wijst de lezers op het artikel van mr. C.A. Kraan in het aprilnummer van het *Echtscheidingsbulletin*, 20001-4. Kraan laat zijn licht schijnen over dezelfde twee arresten van 2 maart 2001 die centraal staan in het artikel van Luijten en bespreekt de vraag welke maatstaf bij de waardering van aandelen moet worden gehanteerd.

(advertentie)

FIF 33 ROTTERDAM

Rechtspraak- en informatieadvies van t.b.v. de advocaten
Voornamelijk in het gebied van de in- en buitenland

- overname van ondernemingen
- overname van aandelen
- overname van aandelen
- overname van aandelen
- overname van aandelen
- overname van aandelen

Telefoon: 010 - 477 33 22
Fax: 010 - 477 08 30

E-mail: info@fif33-rotterdam.nl
Internet: www.fif33-rotterdam.nl



Vraag onze diensten aan voor ons totaalpakket aan diensten

Borckade 206, 3015 HB Rotterdam
Chambre de Commerce des Pays-Bas, 3015 HB Rotterdam

Geladen patronen?

HV&PARTNERS

VOOR JURISTEN, VAST OF INTERIM



WWW.ADVOCATENWERK.NL TEL 010 - 240 06 05