

Amsterdams verrekenbeding – a never-ending story

*Van het Amsterdams verrekenbeding (AVB) werd eerder naar aanleiding van het Arrest Slot/Ceelen opgemerkt dat het in de arresten van de Hoge Raad zijn langste tijd had gehad *Advocatenblad* 2001-9, p. 333-337¹. Maar een arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (RvdW 2001, 165) maakt duidelijk dat het AVB nog lang niet verdwenen is. Ook nieuwe wetgeving zal dat niet veranderen.*

prof. mr. A.L.G.A. Stille²

Hoogleraar notariaat en personen- en familierecht

Waar ging het in de beschikking van 26 oktober 2001 om? Een man en een vrouw huwden op 5 mei 1971 en waren voordien bij huwelijkse voorwaarden uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen overeengekomen alsmede een periodieke verrekening bij helfte van de jaarlijkse overgespaarde inkomsten. Zoals – helaas – gebruikelijk werd aan dit beding nooit uitvoering gegeven. In 1975 verwierf de man een woning in eigendom en financierde deze – als enige schuldenaar – volledig. Op de lening werd nimmer afgelost. Tegenover deze lening stonden – uiteindelijk – twee polissen van levensverzekering. De opbouw daarvan geschiedde ten laste van de gezamenlijke rekening van partijen. Aan de woning werden verbouwingswerkzaamheden verricht waarvan de kosten werden voldaan uit het gezamenlijk inkomen. Toen werd de woning verkocht en een ‘winst’ gemaakt van f 165.000. Vervolgens verwierven partijen gezamenlijk een andere woning in eigendom, waarvan de prijs mede werd voldaan met die ‘winst’ en voor het overige door een hypothecaire lening. In april 1997 begon de vrouw een echtscheidingsprocedure, waarbij zij – naast de echtscheiding – verdeling van die andere vorderde.

Bij verkrijging tijdens het AVB moet verrekening plaatsvinden in de verhouding waarin het verworvene is gefinancierd en die financiering ten laste van de overgespaarde en nog niet verdeelde inkomsten kwam

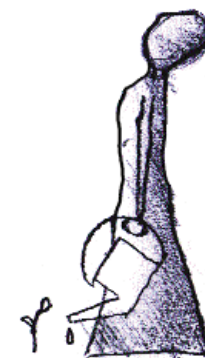
Belegging

Als uiteindelijk de zaak voor de tweede keer bij de Hoge Raad komt, moet deze in het principaal appèl oordelen over bij de verdeling van de (opvolgende) echtelijke woning aan te houden waarde en de peildatum; in het incidentele appèl komt – heel kort gezegd – het AVB aan de orde. Het incidenteel cassatiemiddel keert zich tegen het oordeel dat de overwaarde van de eerste woning – die op naam van de man stond – niet voor verrekening op grond van het AVB in aanmerking komt. De Hoge Raad begint (rechtsoverweging 5.2) met te constateren dat partijen aan de huwelijkse voorwaarden voor zover die betrekking hebben op de verrekening van de overgespaarde inkomsten nimmer uitvoering hebben gegeven en dat zij evenmin een zodanige administratie hebben bijgehouden dat deze verdeling in overeenstemming met de strekking van het overeengekomen AVB nog zou kunnen plaatsvinden.

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat partijen niet de bedoeling hebben gehad de waardevermeerdering van de eerste woning – waarvan de man enig eigenaar was – uitsluitend aan de man ten goede te laten komen. De Hoge Raad beslist dan dat de echtgenoten er vanuit zijn gegaan dat de waardevermeerdering (‘winst’) bij de verkoop van die woning is verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten. Daar voegt de HR aan toe dat tegenbewijs van die veronderstelling mogelijk is.

Oude koeien

In deze uitspraak zitten enkele oude koeien. Dat geldt voor de beslissing in het



Illustratie: Urit-1, Dmitry de Bruin

principaal appèl, maar ook voor die in het incidenteel appèl. De oude koeien van het principaal appèl blijven – zoals gezegd – in de sloot liggen.

In het incidentele appèl kwam de al meer gestelde vraag aan de orde wat er moet gebeuren als bij het einde van het AVB blijkt dat er niet jaarlijks is afgerekend. De Hoge Raad heeft ook hier³ beslist dat het niet uitvoeren van een periodiek verrekenbeding tot gevolg heeft dat alle tijdens de duur van het AVB verworven goederen in de verrekening betrokken moeten worden, tenzij bewezen wordt dat zij niet afkomstig zijn van inkomsten die moeten worden verrekend.

De situatie lijkt sterk op die welke zich in het arrest Slot/Ceelen voordeed ten aanzien van de verwerving van de aandelen (de 'laatste 40 aandelen') waarvan de aankoop werd gefinancierd met een hypothecaire lening. Toen besliste de HR dat – kort

gezegd – in geval van verkrijging tijdens de werking van het AVB verrekening moet plaatsvinden in de verhouding waarin het verworven vermogensbestanddeel is gefinancierd en die financiering (zowel rente als aflossing en de kosten) ten laste van de overgespaarde en nog niet verdeelde inkomsten is gekomen. Die lijn wordt nu doorgetrokken, zij het in iets andere bewoordingen.

Een verschil met Slot/Ceelen is dat aflossing in dit geval niet heeft plaatsgevonden, maar dat een tweetal polissen van levensverzekering is afgesloten waarmee – naar mag worden aangenomen – in geval van overlijden van de man de aflossing zou geschieden. In zijn hiervoor al genoemde arrest van 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581 (Negentien geschilpunten) besliste de Hoge Raad dat het betalen van premies op een polis van levensverzekering aangegaan met het oog op aflossing van de hypothecaire

geldlening gelijk moet worden gesteld met de aflossing van die lening zelf.

In dat verband zij verwezen naar de conclusie (alinea 3.17 noot 21) van de AG Bakels dat de Hoge Raad in *NJ* 1997, 581 heeft beslist dat de waarde van de polissen in de verrekening moet worden betrokken en⁴ dat die beslissing niets inhoudt over de verdeling van de waardevermeerdering van de woning.

Slot/Ceelen

Nog even de stand van zaken met Slot/Ceelen. Voor verrekening komen in aanmerking:

1. De onverteerde inkomsten en wat daaraan gelijk moet worden gesteld, zulks uitsluitend voorzover genoten in het tijdvak waarin het verrekenbeding van kracht was.

2. Vermeerdering van het vermogen van een echtgenoot, ontstaan in de relevante periode door belegging van hetgeen uit de inkomsten van die echtgenoot is bespaard en ongedeeld gebleven, en vallen erbuiten;
3. Het door een echtgenoot krachtens erfrecht of schenking verkregen.
4. De waardestijging van vermogensbestanddelen van de echtgenoot die geen inkomsten hebben opgeleverd. Dit zal echter anders zijn voorzover zo'n waardestijging toch als inkomsten behoort te worden gekwalificeerd. Dat zal zich voordoen bij aandelen van een echtgenoot, waarop geen winst is uitgekeerd, mits
 - blijkt dat uitkeerbare winst naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd, wèl geacht moet worden te zijn gemaakt, en
 - bovendien die echtgenoot in overwegende mate bij machte was te bepalen dat de winst hem rechtstreeks of middellijk ten goede zou komen (vgl. het bepaalde in art. 1:126 leden 2 en 3 BW).

Wie wil dat vermogensbestanddelen buiten de verrekening worden gehouden moet stellen – en zo nodig bewijzen – dat die goederen niet zij verkregen als gevolg van gezamenlijke, onverdeelde inkomsten waarop het verrekenbeding betrekking heeft. Wie beoogt zoveel mogelijk te verrekenen, kan met zijn armen over elkaar gaan zitten en wachten wat de andere partij daartegen onderneemt. Al met al weinig nieuws dus.

Geen ommezwaai

In de praktijk – zo merkte ik – hebben de door de HR in rechtsoverweging 5.2 van zijn beschikking van 26 oktober 2001 gebruikte bewoordingen 'alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren' voor vragen gezorgd. Bedoelt de HR nu dat er sprake is van een verdeling in de zin van art. 3:182 BW en dat het achterwege laten van de uitvoering van de verrekening op grond van een AVB leidt tot een goederenrechtelijke gemeenschap? Voor die uitleg zou een argument te ontlenen zijn aan het feit dat in alle hiervoor genoemde beslissingen de Hoge

Raad spreekt van 'verrekenen' of van 'delen' maar nimmer van 'verdelen'. Pas in de beschikking van 26 oktober 2001 duiken de woorden 'verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren' op. Maar niet blijkt waarom hier een andere terminologie wordt gebruikt dan de gebruikelijke. Iedere verklaring of aanwijzing daarvoor ontbreekt. Daarom is het niet goed voorstelbaar dat de HR ineens een goederenrechtelijke gemeenschap op het oog zou hebben. En de Hoge Raad is – gelukkig – in de laatste jaren er wel toe overgegaan om principiële wijzigingen in zijn opvattingen in den brede toe te lichten. Nu die toelichting hier achterwege is gebleven, kan gevoeglijk worden aangenomen dat die ommezwaai dan ook niet heeft plaatsgehad. De woorden van de Hoge Raad in rechtsoverweging 5.2 van de beschikking 'alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gezamenlijk toebehoren', dienen dan ook te worden verstaan als het verrekenen van de waarde van de daarvoor in aanmerking komende vermogensbestanddelen.

De rechtsoverwegingen van 5.2 geven aanleiding tot nog een vraag: wat is bedoeld met de toevoeging 'naar de bedoeling (...) van een derde'? Die woorden ontbreken in de eerdere uitspraken. Ik denk dat de Hoge Raad hier op het oog heeft de uitsluitingsclausule,⁵ zoals door hem uitgelegd in HR 22 april 1981, *NJ* 1982, 66, m.nt. W.M. Kleijn en op goede gronden bestreden door Verstappen in de Van Mourik-bundel, p. 399-410. Maar als dat zo is, dan ontstaat de vraag hoe die gedachtegang moet ingepast in het uitgangspunt – zoals weergegeven in rechtsoverweging 3.3 sub (2) van Slot/Ceelen – dat verkrijgingen krachtens erfrecht en krachtens schenking ook zonder zo'n clausule buiten de verrekening vallen? Vermoedelijk is hier nog eens de opvatting van het arrest van 1981 benadrukt: partijen kunnen een uitsluitingsclausule niet zelf buiten werking stellen; zie ook art. 1:134 zoals opgenomen in wetsvoorstel 27 554.

Nieuwe wet

Hoe zou het gegaan zijn als het nieuwe recht⁶ al wet zou zijn? In dat geval zou het resultaat in deze casus niet anders zijn geweest:

- art. 1:133 lid 2 wv 27 554 bepaalt dat alleen de inkomsten en het vermogen tijdens de werking van het verrekenbeding verkregen worden verrekend;
- op grond van art. 1:136 lid wv 27 554 wordt een goed dat is verkregen met gebruikmaking van te verrekenen vermogen tot het te verrekenen vermogen gerekend voor het aandeel van de tegenprestatie, gedeeld door de gehele tegenprestatie. Is door de verkrijgende echtgenoot voor de verkrijging een lening aangegaan, dan wordt het goed op gelijke wijze tot het te verrekenen vermogen gerekend, voor zover de schuld daartoe wordt gerekend of daaruit is afgelost of betaald;
- op grond van art. 1:141 lid 3 wv 27 554 zal, indien het verrekenbeding niet is uitgevoerd, het aanwezige vermogen vermoed worden te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden, tenzij uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in het licht van de aard en omvang van de verrekenplicht anders voortvloeit.

Het is duidelijk dat het AVB ons voorlopig nog wel zal blijven bezighouden, ook als de nieuwe wettelijke regeling er straks is. ■

Noten

- 1 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583 (Slot/Ceelen) en 584 (Visserijbedrijf), m.nt. S.F.M. Wortmann (onder *NJ* 2001, 584).
- 2 Hoogleraar aan het Molengraaff Instituut Universiteit Utrecht; en raadshere plv. gerechtshof te Amsterdam en directeur Stichting Internationaal Juridisch Instituut te Den Haag.
- 3 Hij deed dit in het verlenge van HR 15 februari 1985, *NJ* 1985, 885 (Beleggingen van besparingen), m.nt. E.A.A. Luijten; HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 486 (Vossen/Swinkels), m.nt. W.M. Kleijn; HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581 (Negentien geschilpunten), m.nt. W.M. Kleijn; HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 383 (Bal/Keller), m.nt. W.M. Kleijn en HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583 (Slot/Ceelen), m.nt. Sylvia Wortmann (onder *NJ* 2001, 584).
- 4 Dit is anders dan Kleijn in zijn noot onder dat arrest en Soons in *JB/N* juni 1997, p. 2 e.v. concluderen.
- 5 Art. 1:94 lid 1 BW.
- 6 Kamerstukken I, 2001-2002, 27 554, nr 99; wie dit voorstel wilt inzien, kan de kamerstukken (volledig) vinden op en binnenhalen via www.overheid.nl, en dan gaan naar 'Officiële publicaties'.