

Verrekenbedingen

The never ending story – continued

mr. A.L.G.A. Stille
raadsheer Hof Den Haag
hoogleraar notarieel recht Utrecht

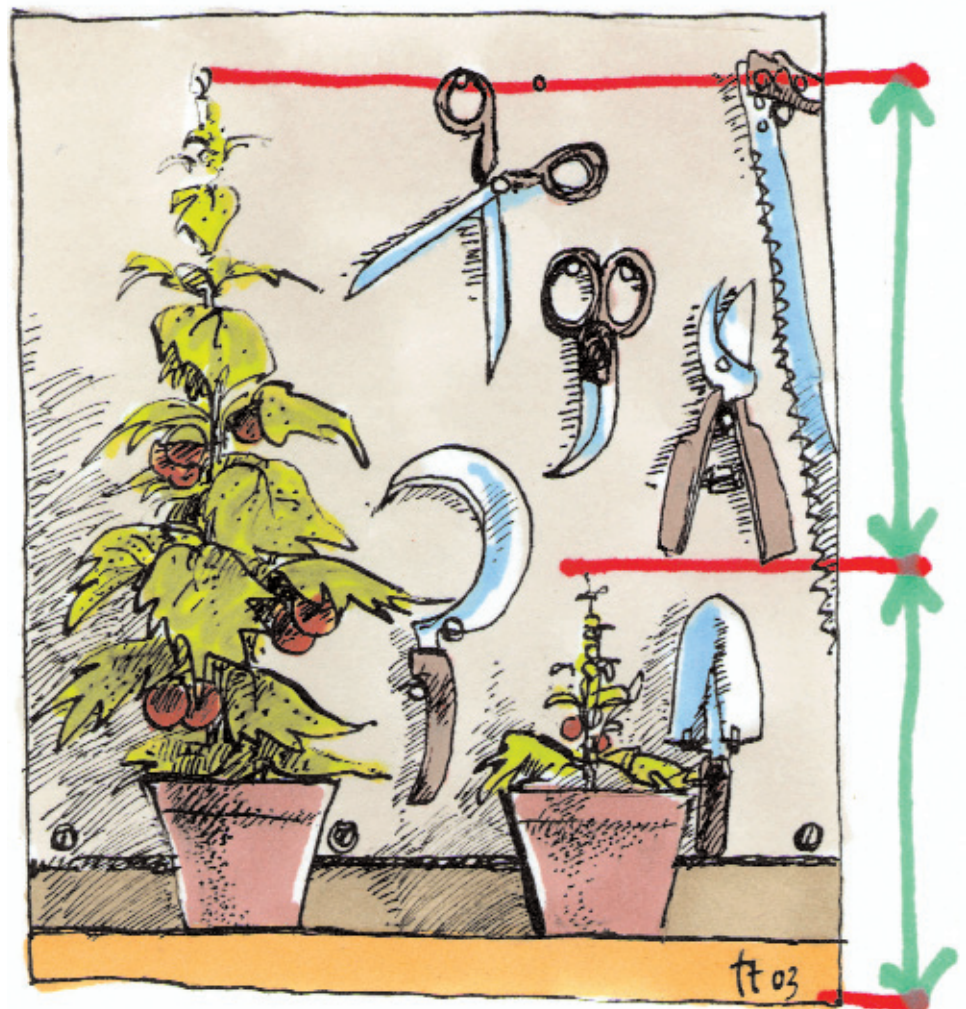
Met de wet van 1 september jl. 2002 (zie *Advocatenblad* 2002-20) leken de problemen over verrekenbedingen uit de wereld te zijn. Maar in het Sinterklaas-verrekenbedingarrest van 6 december 2002, RvdW 2002, 201, moest de Hoge Raad opnieuw beslissen over de uitwerking van die bedingen, nu ook in het licht van de nieuwe wetgeving.

Zie voor de vorige aflevering van dit vervolgverhaal, over HR 26 oktober 2001, Advocatenblad 2002-2.

Partijen zijn in 1972 gehuwd nadat zij huwelijkse voorwaarden hadden gemaakt, inhoudende uitsluiting van gemeenschapsgoederen met een periodiek verrekenbeding. Dat beding hield in dat zolang de gemeenschappelijke huishouding bestaat, de echtgenoten binnen zes maanden na afloop van elk kalenderjaar¹ ter verdeling bij helfte bijeen voegen hetgeen van hun inkomsten over dat jaar onverteerd is gebleven en hetgeen uit hun inkomsten over dat jaar door belegging is verkregen. Dat beding is nimmer uitgevoerd.

In 1973 wordt aan de man een registergoed – de echtelijke woning – geleverd die hij vóór zijn huwelijk had gekocht. De gehele koopsom – f 35.000 – wordt gefinancierd met een hypothecaire lening van f 40.700, welke lening in 1978 wordt verhoogd tot f 89.370 en in 1979 tot f 111.100. De na de levering geleende bedragen zijn gebruikt voor onderhoud en investering in de woning.

De echtscheiding is op 31 augustus 1994 een feit. Op de datum van indiening van het verzoekschrift strekkende tot echtscheiding met nevenvoorzieningen – 3 december 1993 – was de waarde van de woning f 332.500 en bedroeg de hypothecaire schuld pro resto f 64.807,76.



Nu de HR kiest voor de beleggingsleer, in plaats van voor de nominaliteitsleer, zal het er voor de praktijk niet gemakkelijker op worden de verrekening te realiseren

DE VERREKENING

De vrouw begint vervolgens een procedure – voorzover in cassatie van belang – tot afrekening van wat de man haar op grond van het verrekenbeding nog verschuldigd is. Zij stelt daartoe dat de helft van de nettowaarde van de gemeenschappelijke woning alsnog moet worden verdeeld dat zij op grond daarvan nog – aanvankelijk – f 125.000, verhoogd nadien tot f 140.435 te vorderen had.

De Rechtbank Maastricht wijst op 12 november 1998 de vordering toe tot een bedrag van f 20.985 op grond van de navolgende opmerkelijke overwegingen. Zij neemt slechts de aflossingen op de hypothecaire lening tussen 7 september 1979 (datum laatste verhoging lening) en 3 december 1993 (datum indiening verzoekschrift echtscheiding met nevenverzoeken) en berekent die op in totaal f 41.970. En de helft daarvan is f 20.985. Bovendien – aldus de rechtbank – ontstaat door het bijeenvoegen van onverterde inkomsten een gemeenschappelijk goed in de zin van art. 3:166 BW!

Zowel de vrouw als de man komt van het vonnis in beroep. De vrouw vordert nu f 146.013. Het hof te Den Bosch wijst op 14 december 2000 arrest waarin het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en aan de vrouw een bedrag wordt toegewezen van f 133.846,12. Daarbij overweegt het hof dat de voormalige echtelijke woning staande huwelijk – 12 februari 1973 – aan de man is geleverd en is gefinancierd met geleend geld. In dit kader – aldus het hof – moeten de geldmiddelen die de man heeft geleend op één lijn worden gesteld met bespaarde inkomsten, nu het hier gaat om een geldlening die uit inkomsten pleegt te worden afgelost, zoals in dit geval ook voor een belangrijk deel heeft plaatsgevonden. En dit betekent in de visie van het hof dat de waarde van de woning verminderd met de rest van de geldlening per 3 december 1993 in beginsel in de verdeling moet worden

betrokken, omdat ervan moet worden uitgegaan dat de als gevolg van de aankoop van de woning ontstane vermogensvermeerdering van de man is ontstaan door belegging van hetgeen uit de inkomsten van de man en/of de vrouw is bespaard, maar ongedeeld is gebleven.

INSTEMMING

De HR² herhaalt bij de behandeling van onderdeel A van middel II nog weer eens dat de in zijn arrest van 3 oktober 1997 (NJ 1998, 383, m.nt. W.M. Kleijn-Bal/Keller) genoemde categorieën van goederen die buiten de verrekening moeten blijven – zoals de tijdens het huwelijk door erfopvolging, legaat of schenking verkregen goederen – geen limitatieve opsomming betreffen en dat er nog andere verkrijgingen zijn waarvan de waardestijging buiten de verrekening blijft. Te denken valt dan aan aanbreng ten huwelijk als eigen vermogen of door belegging van gelden.

Cassatiemiddel II onder B bevat geen klacht, maar is – gelet op de instemmende weergave daarvan door HR – lezenswaard. Daarin wordt namens de man tot uitgangspunt genomen dat de obligatoire verplichting tot verrekening de goederenrechtelijke werking van het gekozen stelsel niet kan wijzigen. De HR stemt daarmee in. Juist is ook – aldus de HR – de stelling in het middel dat dit met zich brengt dat bij verkrijging dit goed privé-eigendom wordt van de verkrijgende echtgenoot en dat de leenschuld uitsluitend ten laste van de lenende en verkrijgende echtgenoot komt. En wordt er vervolgens afgelost op die lening uit de inkomsten van de echtgenoten, dan ontstaat daardoor een verrekenplicht ten opzichte van de andere echtgenoot.

TIJDENS HUWELIJK GELEVERD

Het middel vervolgt dan dat er geen enkele reden denkbaar is om vervolgens, ongeacht de grootte van de aflossing, de helft van de

eindwaarde van het goed, na aftrek van de resterende (hypothecaire) schuld(en), aan de andere echtgenoot toe te kennen.

Onderdeel C voegt daaraan toe dat in plaats daarvan de beslissing van de HR in zijn arrest van 2 maart 2001 (NJ 2001, 583, m.nt. S.F.M. Wortmann-Slot/Ceelen) moet worden gevolgd. De HR begrijpt dit aldus dat in het geheel geen plaats is voor verrekening omdat de man de woning al vóór het huwelijk heeft gekocht en daardoor ook vóór het huwelijk een recht op levering heeft verkregen. De HR oordeelt dat onderdeel C faalt omdat het niet gaat om een woning die vóór het huwelijk is verworven in eigendom, maar om een woning die tijdens het huwelijk aan de man is geleverd. Het tijdstip van de koop is niet van belang, evenmin als het verkrijgen van een recht op levering. Het gaat dus om de verkrijging van de eigendom en om het moment daarvan. En dat was na de huwelijksluiting.

In middel II sub D wordt aangevoerd dat indien ervan moet worden uitgegaan dat de woning gekocht vóór de huwelijksluiting en betaald uit een vóór het huwelijk gesloten financieringsovereenkomst, tijdens het huwelijk aan de man geleverd, meebrengt dat de belegging moet worden aangemerkt als tijdens het huwelijk geschied.

Gelet op het ten aanzien van onderdeel C van middel II besliste is onderdeel D (daarom) raak. Uit de omstandigheid dat de woning staande huwelijk is geleverd mag worden afgeleid dat het hier om een belegging tijdens huwelijk gaat. In dat geval – aldus de HR – moeten de aflossingen aan de woning worden toegerekend. En dat strookt met de gedachte dat met een verwerving uit overgespaard inkomen moet worden gelijkgesteld een verwerving tegen betaling uit een lening die vervolgens wordt afgelost uit overgespaard inkomen. Het hof heeft dus een onjuist uitgangspunt gehanteerd.

Na verwijzing zal op de voet van rechts-overweging 4.1.2 van HR 2 maart 2001 (NJ 2001, 583, Slot/Ceelen) moeten worden begroot voor welk gedeelte de woning in de verrekening dient te worden betrokken.

FINALE VERREKENPLICHT

Met middel IV bestrijdt de man het oordeel van het hof dat de verjaring tussen partijen pas is gaan lopen vanaf het einde van het huwelijk zoals art. 3:307 BW bepaalt. De HR oordeelt dit middel ongegrond. Hij stelt daarbij voorop dat in geval de overgespaarde inkomsten niet (jaarlijks) worden verdeeld, daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van het verrekenbeding, het gevolg moet worden verbonden dat partijen bij het einde van het huwelijk alsnog tot verrekening overgaan en dat in deze verrekening ook wordt betrokken de vermogensvermeerdering, die is ontstaan door belegging van wat uit de inkomsten van een echtgenoot is bespaard, maar ongedeeld is gebleven. Aldus worden de periodieke verrekenplichten die niet zijn nageleefd, omgezet in een finale verrekenplicht, waarbij in de meeste gevallen een andere wijze van berekening dan bij de periodieke verrekenplichten zal moeten worden toegepast. Hiermee is in overeenstemming om aan te nemen dat nakoming van wat op grond van de finale verrekenplicht aan een van de echtgenoten verschuldigd is, pas bij het einde van het huwelijk kan worden gevorderd. Daarom begint – op grond van art. 3:313 BW – de verjaringstermijn pas dan te lopen.

BELEGGINGSLEER

De Hoge Raad wordt niet moe om het verrekenbeding uit te leggen. Al in HR 7 april 1995 (NJ 1996, 486, m.nt. W.M. Kleijn-Vossen/Swinkels), besliste hij dat in geval van een achterwege laten van periodieke afrekening aan het einde van het verrekenstelsel alsnog finaal moet worden afgerekend. En dat oordeel werd herhaald in HR 19 januari 1996 (NJ 1996, 617, m.nt. W.M. Kleijn-

Rensing/Polak) en in HR 28 maart 1997 (NJ 1997, 581, m.nt. W.M. Kleijn – Amsterdams verrekenbeding met 19 geschilpunten), dat sterk overeenkomt met het hier behandelde arrest. In zoverre niets nieuws.

Ofschoon het arrest daarover niets zegt moet worden aangenomen dat de Hoge Raad hier beslist – mede – op de voet van de nieuwe titel 8 afdeling 2 van Boek 1 BW zoals die met ingang van 1 september 2002 geldt. Immers, bijzondere overgangswetgeving ontbreekt op dit punt.³ Omdat de daarin opgenomen regeling een neerslag is van de jurisprudentie maakt dat hier ook niet zo veel uit.

Zoals ik al bij de bespreking van HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 93 aangaf⁴, heeft het niet-uitvoeren van een periodiek verrekenbeding niet tot gevolg dat daardoor een goederenrechtelijke gemeenschap in de zin van art. 3:166 BW ontstaat die verdeeld zou moeten worden. In gelijke zin de MvT op art. 1:136 (Tweede Kamer, 2000-2001, 27 554, nr 3, p. 13) en de AG Langemeijer in zijn conclusie onder 2.3.

De HR bevestigt deze opvatting in zijn weergave van middel II onderdeel B. Hij omschrijft de rekenmethode van het hof – kortweg inhoudende – waarde woning minus bedrag restant lening per peildatum, als onjuist. Het lijkt erop dat het hof aldus de bewijsregel zoals nadien neergelegd in art.

HET MOMENT VAN VERKRIJGEN TELT;
DIT HIER IS 100% ZEKER
MIJN ZOON!



1:141 lid 3 BW heeft toegepast. Het hof had er – overeenkomstig de in rechtsoverweging 4.1.2 van HR 2 maart 2001, NJ 2001, 583 (Slot/Ceelen) gegeven regeling – van uit moeten gaan dat de woning in de verrekening moet worden betrokken naar de mate waarin de financiering van de verwerving gedurende de bedoelde periode ten laste is gekomen van bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten.⁵ In zo'n 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

NOTEN

- 1 De huwelijkse voorwaarden spreken hier over kalenderkwartaal. Blijkens noot 1 bij de Conclusie van de AG Langemeijer waren partijen het erover eens dat dit moet worden gelezen als: kalenderjaar.
- 2 Op www.rechtspraak.nl is het arrest ook te vinden (rolnummer Co1/086HR), tezamen met de ook voor de praktijk zeer lezenswaardige conclusie van de AG Langemeijer, die helaas ontbreekt in de RvdW. Daar staat tegenover dat in de RvdW de cassatiemiddelen voluit zijn opgenomen. In zijn beoordeling van het eerste cassatiemiddel constateert de Hoge Raad dat het hof in rechtsoverweging 4.6 zich kennelijk heeft verschreven

- waar het spreekt van het 'kopen' van de echtelijke woning tijdens het huwelijk, in plaats van het 'leveren' van die woning en leest het die (bestreden) vaststelling van het hof verbeterd in die zin. Het huis was weliswaar gekocht door de man vóór de huwelijkssluiting, doch eerst nadien (door levering) in eigendom verkregen. In rechtsoverweging 4.2.3 schrijft het hof overigens wel 'geleverd'.
- 3 Tweede Kamer, 2000-2001, 27 554, nr 3, p. 20.
 - 4 *Advocatenblad* 2002/2, pp. 81-83.
 - 5 De wel gehoorde stelling als zou het er niet meer toe doen op wiens naam een woning wordt gesteld, is daarmee ook verworpen. Ook om andere

redenen blijft het bij huwelijkse voorwaarden met een periodiek of finaal verrekenbeding van belang op wiens naam de woning staat. Daarbij valt in voorkomende gevallen in het bijzonder te denken aan de gevolgen van een faillissement of een schuldsaneringsregeling.

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.

En daarmee kiest de HR ondubbelzinnig voor de in het nieuwe art. 1:136 lid 1 BW neergelegde beleggingsleer, in plaats van de in art. 6:111 BW neergelegde nominaliteitsleer. Het zal voor de praktijk er niet gemakkelijker op worden de verrekening te realiseren. In gelijke zin de AG Langemeijer in zijn conclusie onder punt 3.9. Evenwel kan de in art. 1:136 lid 2 BW neergelegde bewijsregel hier uitkomst bieden.

Opgemerkt zij nog dat bij huwelijkse voorwaarden van deze regeling zoals opgenomen in art. 1:136 BW kan worden afgeweken (Tweede Kamer, 2000-2001, 27 554, nr. 3, p. 14).

PERIODIEKE EN FINALE VERREKENBEDINGEN

Een korte opmerking over de verhouding tussen art. 1:136 lid 1 BW en art. 1:141 lid 3 BW. Eerstgenoemde bepaling geldt zowel voor periodieke als voor finale rekenbedingen. Zij wordt toegepast ingeval een goed onder aanwending van te verrekenen vermogen is verkregen. Het gaat dus over zaaksvervanging (Tweede Kamer, 2000-2001, 27 554, nr. 3, p. 13). Art. 1:141 lid 3 BW daarentegen vindt toepassing indien bij het einde van het huwelijk aan een bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen *periodieke* verrekenplicht van art. 1:141 lid 1 BW niet is voldaan. Het betreft dus een bewijsvermoeden.

In de praktijk wordt het verschil tussen het *kopen* en het in eigendom *verkrijgen* niet steeds in het oog gehouden, met alle gevolgen van dien. Bepalend is het tijdstip waarop de eigendom van het huis wordt verkregen of anders gezegd het moment waarop wordt geleverd (art. 3:89 BW), met dien verstande

dat het tijdvak vóór de huwelijksluiting niet meetelt voor de verrekening, omdat het verrekenbeding alsdan (nog) niet werkt; de AG Langemeijer verwijst in zijn conclusie in dit verband naar rechtsoverweging 4.4.2 in HR 19 januari 1996 (NJ 1996, 617, m.nt. W.M. Kleijn-Rensing/Polak).

De beslissing dat de termijn van de *verjaaring* begint te lopen per het einde van het huwelijk, is gebaseerd op de vaststelling dat door 'omzetting' van de periodieke verrekenverplichting in een finale (doordat tijdens het huwelijk niet is afgerekend) de afrekening ook pas aan het einde van het overeengekomen stelsel kan plaatsvinden. Dat brengt met zich dat de gehele vordering voor verrekening in aanmerking komt, dus ook die onderdelen van de vordering die ouder zijn dan 5 jaar; aldus al eerder L.C.A. Verstappen, WPNR 6368 (1999), pp. 630-631; zie hierover ook W.R. Meijer, WPNR 6202 (1995), pp. 786-787. ●

Ontslagbesluit gewijzigd

VERVOLG VAN PAGINA 232

In de toelichting op deze nieuwe bepaling heeft de Stichting van de Arbeid aangegeven dat deze hardheidsclausule is geïntroduceerd omdat een normale toepassing van het anciënniteitsbeginsel ex art. 4:2 lid 1 van het Ontslagbesluit er onder omstandigheden toe zou kunnen leiden dat een bij en onder toezicht en leiding van de opdrachtgever werkzame werknemer voor ontslag moet worden voorgedragen, hoewel een vervanging van deze werknemer bij die opdrachtgever door een andere werknemer in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. De werkgever kan een beroep doen op deze hardheidsclausule indien hij aannemelijk weet te maken dat de vervanging van een werknemer die is gedetacheerd bij een opdrachtgever in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. De werknemer zal in dat geval bij de CWI aannemelijk moeten maken dat vervanging van de betreffende werknemer te bezwaarlijk zou zijn.

De Stichting van de Arbeid heeft in dat verband opgemerkt dat daarbij verschillende omstandigheden een rol kunnen spelen, zoals de inhoud van de opdrachtovereenkomst, het belang van de persoonlijke kwaliteiten en vaardigheden van de betrokken

werknemer voor de opdrachtgever, de duurzaamheid van de relatie tussen de werknemer en de opdrachtgever, en de mate waarin de voortgang van de werkzaamheden door de vervanging wordt geschaad.

De Stichting van de Arbeid heeft in het advies van 4 maart 2003 tot slot aangegeven dat zij het wenselijk acht dat de werking van de door haar voorgestelde regeling na een jaar wordt geëvalueerd. De Stichting heeft voorts aangegeven zich in dit advies beperkt te hebben tot driehoeksrelaties, waarbij de werknemer onder leiding en toezicht van een derde werkt. In de loop van dit jaar zal de Stichting zich bezighouden met de vraag in hoeverre in andere driehoeksrelaties sprake is van problemen die om een bijzondere benadering vragen in het kader van het Ontslagbesluit.

CONCLUSIE

Met dit advies heeft de Stichting van de Arbeid het toepassen van Bijlage B van het Ontslagbesluit uitdrukkelijk willen beperken tot werkgevers in de uitzendsector. Bedrijven die werknemers detacheren bij opdrachtgevers, kunnen slechts een beroep

doen op de hardheidsclausule indien zij aannemelijk kunnen maken dat de vervanging van hun werknemer die onder toezicht en leiding van de opdrachtgever staat in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. Eerst dan kan de CWI deze werknemer bij de toepassing van artikel 4:2 lid 1 (het anciënniteitsbeginsel) van het Ontslagbesluit buitenbeschouwing laten. Met dit advies is de Stichting van de Arbeid afgeweken van de CMG-uitspraken.

ONTSLAGBESLUIT GEWIJZIGD

Minister De Geus heeft het Ontslagbesluit op 6 maart 2003 overeenkomstig het advies gewijzigd (Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 maart 2003, Directie Arbeidsverhoudingen, nr. AV/IR/2003/ 20105, tot wijziging van het Ontslagbesluit.

(Y. van Gemerden, redacteur van dit blad)