

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2022:1389

Verstappen, L.C.A.

Published in:
 Nederlandse Jurisprudentie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2023

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstappen, L. C. A. (2023). Case note: ECLI:NL:HR:2022:1389. NJ 2023/15. Casenote over: Hoge Raad (Civiele kamer), 07/10/2022, 21/00518, ECLI:NL:HR:2022:1389 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2023(2), 222-250.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

5. Het gaat in deze zaak dus vooral om een beoordeling door het EHRM van de wijze waarop de Spaanse rechters de nationale wetgeving toepasten. Als die wetgeving met betrekking tot medische ingrepen de voorwaarde van schriftelijke toestemming stelt, behoort daaraan te worden voldaan, om te kunnen spreken van een gang van zaken die *'prescribed by law'* is als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM (rov. 38). Hoe is de situatie in Nederland? Met betrekking tot reguliere medische ingrepen stelt het al genoemde art. 7:450 BW niet de eis van schriftelijke toestemming. Mondelinge toestemming volstaat. Wel kan de patiënt verzoeken om schriftelijke vastlegging van de door hem gegeven toestemming (art. 7:454 lid 2 BW). Dat komt voor zover bekend in de praktijk bijna nooit voor. Veel gebruikelijker is dat de hulpverlener van de door de patiënt of diens vertegenwoordiger gegeven toestemming aantekening maakt in het patiëntendossier als bedoeld in art. 7:454 lid 1 BW. Maar ook zijn er zorginstellingen die in het geval van ingrijpende medische verrichtingen wel degelijk schriftelijke toestemming vragen, hoewel de wet dat dus niet verlangt. We vinden de eis van schriftelijke toestemming wel in andere wetten, zoals de Wet organdonatie (als het gaat om orgaandonatie bij leven) en de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (als het gaat om deelname aan een onderzoek als proefpersoon). Maar in het geval van abortus en euthanasie volstaat volgens de betreffende wettelijke regelingen weer een mondeling verzoek. In de Nederlandse gezondheidswetgeving is dus sprake van een wisselend beleid waar het gaat om de voorwaarde van schriftelijke toestemming: soms wel, soms niet. In vrijwel alle buitenlandse euthanasiewetten die de afgelopen jaren tot stand zijn gebracht wordt weer wel de eis van een schriftelijk verzoek gesteld.

J. Legemaate

NJ 2023/15

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

7 oktober 2022, nr. 21/00518

(Mrs. M.J. Kroeze, C.E. du Perron, F.J.P. Lock, A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons; A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent) m.nt. L.C.A. Verstappen

Art. 1:94, 1:95, 1:96, 1:133, 1:135, 1:142 BW

RFR 2023/19

V-N 2022/13.24

NJB 2022/2253

V-N Vandaag 2022/427

RvdW 2022/917

ECLI:NL:PHR:2022:34

ECLI:NL:HR:2022:1389

Huwelijksvermogensrecht. Afrekening finaal verrekendebeding alsof algehele gemeenschap van

goederen heeft bestaan ('alsof-beding'); peildatum (art. 1:142 BW). Vergoedingsrechten (art. 1:95 lid 2 en art. 1:96 lid 4 BW) overeengekomen?; uitleg huwelijkse voorwaarden.

Art. 1:133 lid 2, tweede zin, art. 1:135 en art. 1:142 BW brengen mee dat goederen van een echtgenoot die deze voorafgaand of tijdens het huwelijk krachtens erfrecht of schenking heeft verkregen of die voor zodanige goederen in de plaats zijn getreden, buiten de verrekening blijven indien zij op de peildatum nog aanwezig zijn. Uit de bepalingen vloeit geen vergoedingsrecht voort voor goederen die op de peildatum niet meer aanwezig zijn.

Finale verrekenbedingen bevatten veelal de bepaling dat aan het einde van het huwelijk wordt afgerekend alsof gemeenschap van goederen heeft bestaan. Door een zodanig finaal verrekenbeding ('alsof-beding') overeen te komen, zoeken de echtgenoten kennelijk aansluiting bij regels voor de wettelijke gemeenschap van goederen in titel 7 van Boek 1 BW. De vraag kan rijzen of de echtgenoten daarbij slechts het oog hebben op de regels over de omvang van de wettelijke gemeenschap (in het bijzonder art. 1:94 BW), dan wel of zij mede beogen de mogelijkheid van het ontstaan van vergoedingsrechten als bedoeld in (thans) art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 4 BW in het leven te roepen. Wat art. 1:96 lid 4 BW betreft, zou het dan gaan om een vergoedingsrecht in verband met het voldoen van een schuld van de 'pseudo-gemeenschap' ten laste van niet tot die pseudo-gemeenschap behorende eigen goederen van een echtgenoot. Deze vraag kan niet in algemene zin worden beantwoord. Of partijen met een 'alsof-beding' niet slechts een methode van verrekening naar analogie van de gemeenschap van goederen zijn overeengekomen maar ook de mogelijkheid van vergoedingsrechten alsof tijdens het huwelijk gemeenschap van goederen heeft bestaan, is een kwestie van uitleg van de huwelijkse voorwaarden. Bij die aan de feitenrechter voorbehouden uitleg kan, tegen de achtergrond van hetgeen voortvloeit uit de hiervoor genoemde wettelijke regels, bijvoorbeeld van belang zijn wat partijen eventueel nader met betrekking tot de berekening van de verrekenvordering zijn overeengekomen en of zij naast het 'alsof-beding' reeds regelingen hebben getroffen voor het ontstaan van vergoedingsrechten, zoals ter zake van de kosten van de huishouding.

[de vrouw], eiseres tot cassatie, adv.: mr. M.S. van der Keur, tegen

[de man], verweerder in cassatie, adv.: mr. H.J.W. Alt.

Hof:

5 De motivering van de beslissing in hoger beroep
Verrekening van de waarde van de woning

5.1 Partijen zijn gehuwd geweest in gemeenschap van inboedel. In artikel 16 van hun huwelijkse voorwaarden is een verrekenbeding opgenomen

voor het geval het huwelijk zou eindigen door echtscheiding. De leden 1 en 2 van artikel 16 luiden als volgt:

Afrekening aan het einde van het huwelijk
Artikel 16

1. Ingeval het huwelijk door de dood wordt ontbonden vindt er verrekening plaats, zo, dat de langstlevende en de rechtverkrijgenden van de overleden echtgenoot gerechtigd zijn tot een waarde gelijk aan die, waartoe zij gerechtigd zouden zijn indien er de algehele gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten had bestaan.

2. Indien het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden danwel indien tussen de echtgenoten de scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken is lid 1 van dit artikel van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat in dat geval in de verrekening niet worden betrokken de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, en de op die verkrijgingen drukkende schulden, de wegens die verkrijgingen geheven belastingen, zoals successie-, schenkings- en overgangsrecht, met dien verstande, dat de inkomsten uit die goederen en de renten van die schulden, alsmede de kosten en lasten die uit die inkomsten plegen te worden voldaan, wel in de verrekening zullen worden betrokken; voorts worden niet in de berekening betrokken de door hen ten huwelijk aangebrachte goederen, zoals vermeld op de aan deze akte gehechte en door de comparanten en mij, notaris, ondertekende staat.

(...)

5.2 Vast staat dat de man ten huwelijk heeft aangebracht de woning aan de [adres] te [woonplaats1]. De rechtbank heeft de waarde van die woning – op grond van artikel 16 van de huwelijkse voorwaarden – tot het te verrekenen vermogen gerekend. De man is het daarmee niet eens en daarop richt zich zijn eerste grief.

5.3 In die grief stelt de man dat partijen voor ogen hadden dat ieder zou behouden hetgeen hij of zij bij aanvang van het huwelijk had. Enkel hetgeen tijdens huwelijk zou worden verkregen, zou tussen hen verrekend worden. De lijst van aanbrengsten was alleen bedoeld om de roerende zaken op te vermelden.

5.4 De vrouw betwist de stellingen van de man. Het is volgens haar niet de bedoeling geweest om het voorhuwelijks vermogen buiten de verrekening te laten, doch enkel die goederen die zijn vermeld op de staat van aanbrengsten. De bepaling uit de huwelijkse voorwaarden is volkomen helder en niet voor meerderlei uitleg vatbaar. Met betrekking tot de woning is in de staat van aanbrengsten een specifieke en expliciete afspraak gemaakt. Op grond daarvan heeft de man een vordering op de vrouw.

5.5 Ieder van partijen heeft een andere uitleg van de zinsnede voorts worden niet in de berekening betrokken de door hen ten huwelijk aange-

brachte goederen, zoals vermeld op de aan deze akte gehechte en door de comparanten en mij, notaris, ondertekende staat.’ in de huwelijkse voorwaarden. Volgens de man blijkt daaruit dat het gehele voorhuwelijks vermogen buiten de verrekening wordt gehouden, terwijl de vrouw stelt dat enkel buiten de verrekening wordt gehouden hetgeen vermeld is op de aan de huwelijkse voorwaarden gehechte staat van aanbrengsten.

5.6 Het hof is van oordeel dat de waardevermeerdering van de woning sinds het begin van het huwelijk in de verrekening betrokken dient te worden en overweegt daartoe als volgt. In lid 2 van artikel 16 van de huwelijkse voorwaarden staat dat niet in de verrekening wordt betrokken de door partijen ten huwelijk aangebrachte goederen zoals die zijn vermeld op de staat van aanbrengsten. In de staat van aanbrengsten is opgenomen dat door de man ten huwelijk wordt aangebracht:

‘Een vordering in contanten ten laste van mevrouw [de vrouw], groot in hoofdsom f 62.500,-, welke vordering alleen opeisbaar wordt in de in artikel 16 lid 2 van de huwelijksvoorwaarden genoemde situatie. De vordering is berekend als volgt:

waarde in het economisch verkeer woning [adres] te [woonplaats1]: f 265.000,- minus hypotheek in hoofdsom f 140.000,- resteert f 125.000,- gedeeld door twee is voormelde hoofdsom ad f 62.500,-’

en dat door de vrouw ten huwelijk wordt aangebracht:

‘Een schuld in contanten ten behoeve van de heer [de man], groot in hoofdsom f 62.500,-, welke schuld alleen voldaan dient te worden in de in artikel 16 lid 2 van de huwelijksvoorwaarden genoemde situatie. De vordering is berekend als volgt:

waarde in het economisch verkeer woning [adres] te [woonplaats1]: f 265.000,- minus hypotheek in hoofdsom f 140.000,- resteert f 125.000,- gedeeld door twee is voormelde hoofdsom ad f 62.500,-’

5.7 De vordering van de man (en de schuld van de vrouw) is gebaseerd op de (over)waarde van de woning op het moment van aangaan van het huwelijk. De woning is voorafgaand aan het opmaken van de huwelijkse voorwaarden en bijbehorende staat van aanbrengsten op aanraden van de notaris getaxeerd, zo verklaarde de man op de mondelinge behandeling. Door deze regeling wordt bereikt dat de man bij het einde van het huwelijk toekomt de (over)waarde ter hoogte van f 125.000 die de woning aan het begin van het huwelijk had. Dat verhoudt zich er niet mee dat de gehele waarde van de woning buiten de verrekening zou vallen. Indien, zoals de man stelt, de waarde van de woning geheel buiten de verrekening zou moeten worden gehouden, zou een dergelijke bepaling in de staat van aanbrengsten en een taxatie van de woning immers in het geheel niet nodig en dus onbegrijpelijk zijn geweest. De man heeft ook anderszins niet kunnen toelichten waarom een taxatie van de woning indertijd heeft plaatsgevonden. Het kan daarom enkel

zo zijn dat de waardebepaling destijds een startpunt is geweest voor het kunnen vaststellen van de waardevermeerdering tijdens het huwelijk. Dat de notaris de bedoeling van partijen verkeerd zou hebben begrepen zoals de man stelt, wordt door de vrouw betwist en door de man ook niet onderbouwd. De man heeft ook niet een daartoe strekkend bewijsaanbod gedaan. Door de specifieke regeling in de staat van aanbrengsten ten aanzien van waarde van de woning aan het begin van het huwelijk valt de waardevermeerdering van die woning tijdens het huwelijk onder de verrekening. De bepalingen in de huwelijkse voorwaarden in samenhang met de bepaling in de staat van aanbrengsten kunnen naar het oordeel van het hof niet anders worden gelezen en begrepen dan hiervoor overwogen. Grief 1 faalt.

5.8 Nu de eerste grief faalt, komt het hof toe aan bespreking van de tweede grief. Die grief is voorwaardelijk gesteld, voor het geval de eerste grief zou falen. In deze grief stelt de man dat de vordering van de man, zoals opgenomen in de staat van aanbrengsten, aan het einde van het huwelijk en bij toepassing van artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden in gelijke mate verhoogd dient te worden als waarmee de waarde van de woning is gestegen.

5.9 De vrouw betwist dat. Volgens haar is de tekst duidelijk en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar. De vordering is een nominale vordering.

5.10 Het hof volgt in zijn oordeel de overwegingen van de vrouw. Uit de huwelijkse voorwaarden en uit de staat van aanbrengsten waarin de regeling is opgenomen volgt niet dat de vordering anders is dan nominaal. Dat zou in het licht van het voorgaande ook niet logisch zijn, nu deze vordering is gebaseerd op de waarde van de woning aan het begin van het huwelijk en die waarde daarmee het startpunt is voor de waardevermeerdering tijdens het huwelijk. Dat punt ligt vast en 'schuift niet mee' tijdens het huwelijk. Ook overigens wordt in de huwelijkse voorwaarden van nominale bedragen uitgegaan. Zo staat in artikel 6 van de huwelijkse voorwaarden opgenomen dat onttrekkingen ten bedrage van of naar de waarde van het moment van onttrekking in acht worden genomen. Grief 2 faalt.

Door de man ontvangen erfenissen en schenkingen

5.11 In zijn derde grief stelt de man dat in het vonnis van 28 maart 2018 ten onrechte is opgenomen dat hij € 130.701,81 uit schenking en nalatenschap heeft ontvangen. De optelling van de bedragen moet zijn € 131.201,81. De vrouw betwist niet dat de optelling op € 131.201,81 uitkomt. Daarmee slaagt grief 3.

5.12 In zijn vierde grief stelt de man dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat met erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen alleen rekening kan worden gehouden voor zover ze nog aanwezig zijn op de peildatum. Hij stelt zich op het standpunt dat het gehele bedrag van € 131.201,81 integraal aan hem dient toe te komen en dus ten

gunste van hem in mindering had moeten worden gebracht op het te verrekenen vermogen.

5.13 De vrouw betwist dat. Volgens haar geeft artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden aan hoe partijen dienen te verrekenen: al het vermogen telt mee, tenzij het is vermeld op de lijst van aanbrengsten of als is aangetoond dat het is verkregen middels erfenis/schenking (of daarmee is verbeterd). Alleen in zoverre spelen erfenissen en schenkingen een rol. Zo heeft de rechtbank het ook toegepast. Het ligt op de weg van de man aan te tonen welk deel van de € 131.201,81 hij heeft gebruikt of aangewend voor goederen die er op de peildatum waren. Toekenning van het totale bedrag zou volgens de vrouw volstrekt onredelijk en onbillijk zijn.

5.14 Het hof overweegt als volgt. Op grond van artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden blijven de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, buiten de verrekening. Tussen partijen is niet in geschil dat de man in totaal € 131.201,81 heeft verkregen uit erfstelling en schenking. Het hof is van oordeel dat dit bedrag buiten de verrekening dient te worden gehouden. Er is geen reden om de stelling van de vrouw te volgen. Die stelling komt er op neer dat alleen wat er resteert van erfstellingen en schenkingen, onmiddellijk of middellijk via zaaksvervanging, buiten de verrekening blijft. De tekst van de huwelijkse voorwaarden biedt voor die uitleg echter geen ruimte. De uitkomst van de die bepaling uit de huwelijkse voorwaarden is ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, al is het maar omdat het vermogen van de man meer is toegenomen dan met het bedrag van € 131.201,81. Grief 4 slaagt.

5.15 Nu de vierde grief van de man slaagt, behoeven zijn vijfde, zesde en zevende grief geen bespreking meer. Die grieven zijn voorwaardelijk gesteld, voor het geval zijn vierde grief zou falen.

De waarde van de
spaargarantverzekering met nummer
[nummer1]

5.16 In haar eerste grief stelt de vrouw dat de rechtbank ten onrechte de beginwaarde van deze polis, die op naam van de man is gesteld, buiten de verrekening heeft gehouden. Deze polis is immers niet vermeld op de staat van aanbrengsten en dient daarom voor het geheel in de verrekening betrokken te worden.

5.17 De man betwist de stelling van de vrouw en stelt, onder verwijzing naar hetgeen hij heeft toegelicht bij zijn eerste grief, dat de bedoeling van partijen was om hetgeen werd aangebracht ten huwelijk buiten de verrekening te houden. De verzekering was al afgesloten op het moment van het huwelijk.

5.18 Het hof heeft hiervoor reeds geoordeeld dat de huwelijksevoorwaarden zo moeten worden uitgelegd dat alleen goederen die voorkomen op de staat van aanbrengsten vallen onder de tussen partijen overeengekomen uitzonderingen. De spaarpolis staat niet op de staat en daarom moet de gehele

waarde daarvan, ongeacht of deze voor of tijdens het huwelijk is opgebouwd, in de verrekening betrokken worden, en wel voor het bedrag van € 52.585,19. Grief 1 van de vrouw slaagt.

De verzameling miniatuurauto's

5.19 In zijn achtste grief stelt de man dat de rechtbank de waarde van de verzameling miniatuurauto's ten onrechte voor het geheel in de verrekening heeft betrokken en daarmee ten onrechte dus een waarde van € 8.050 in de verrekening heeft betrokken. De man heeft de verzameling ten huwelijk aangebracht. Hij stelt dat het er toen ongeveer 500 autootjes waren. Uitgaande van een gemiddelde waarde per auto van € 9 (gebaseerd op de door de deskundige vastgestelde waarde van de totale collectie), dient aldus een waarde van 500 maal € 9 ofwel € 4.500 buiten de verrekening te worden gehouden. Subsidiair dient een waarde van 50 maal € 9 ofwel € 450 eruiten te worden gehouden, gebaseerd op het aantal auto's dat door de vrouw bij de rechtbank is genoemd. De verzameling dient dus voor een waarde van € 3.550 subsidiair € 7.600 in de verdeling te worden betrokken.

5.20 De vrouw kan zich vinden in het oordeel van de rechtbank dat de staat van aanbrengsten op dit punt summier is en dat het aan de man is om aan te tonen hoeveel hij er bij aanvang van het huwelijk had en wat de waarde daarvan was.

5.21 Partijen zijn het er niet over eens hoeveel autootjes de man bij aanvang van het huwelijk had. De vrouw stelt bovendien dat de man meer autootjes heeft dan door de deskundige zijn gewaardeerd. Nu het hof niet kan vaststellen hoeveel miniatuurautootjes de man bij aanvang van het huwelijk had, maar wel vaststaat dat hij er een groot aantal had, zal het hof schattenderwijs bepalen dat de helft van de verzameling in de verrekening betrokken zal worden. Aldus blijft een bedrag van € 4.025 buiten de verrekening. In zoverre slaagt grief 8 van de man en faalt grief 2 van de vrouw.

De verzameling 'grote' auto's

5.22 In zijn negende grief stelt de man dat de rechtbank ten onrechte de verzameling oude Renaults in de verrekening heeft betrokken tegen een waarde € 500. Hij betwist niet de waarde van die auto's, maar wel dat die waarde in de verrekening wordt betrokken. De man had deze auto's al voor het huwelijk en deze behoren daarom niet tot het te verrekenen vermogen.

5.231 De vrouw betwist dat. De auto's staan, behoudens een Renault Alpine, niet in de staat van aanbrengsten en dienen daarom in de verrekening te worden betrokken.

5.24 Het hof is met de vrouw van oordeel dat de waarde van deze auto's in de verrekening betrokken dient te worden. De auto's staan immers niet op de staat van aanbrengsten. Daarop staat enkel een gerestaureerde Renault 5 Alpine Coupe, en enkel deze behoort dan ook niet tot het te verrekenen vermogen. Grief 9 faalt.

[de auto1]

5.25 De tiende grief van de man en de tweede grief van de vrouw betreffen beide [de auto1]. De rechtbank heeft geoordeeld dat [de auto1] door de man aan de vrouw is geschonken en daardoor (op grond van artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden) niet tot het te verrekenen vermogen behoort.

5.26 De man stelt dat hij niet de eigendom aan de vrouw heeft geschonken, maar haar het gebruiksrecht heeft gegeven. Subsidiair, voor het geval het hof van oordeel is dat hij deze auto wel heeft geschonken, behoort deze met een waarde van € 2.500 tot het te verrekenen vermogen. De bepaling uit artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden ziet volgens hem namelijk enkel op schenkingen die partijen van derden ontvangen, niet op schenkingen die partijen van elkaar ontvangen. Meer subsidiair, voor het geval het hof van oordeel is dat [de auto1] eigendom is van de vrouw, vordert hij de door hem betaalde leasepenningen met betrekking tot de accu's terug, zijnde een bedrag van € 1.483,65 plus de termijnen (€ 54,95 per maand) vanaf de datum van de memorie van grieven. Indien de vrouw [de auto1] inmiddels in haar bezit mocht hebben en voor het geval mocht blijken dat deze eigendom van de man is, vordert hij teruggave van [de auto1] onder verbeurte van een dwangsom van € 250 van iedere dag dat de vrouw daarmee in gebreke blijft tot een maximum van € 10.000 is bereikt.

5.27 De vrouw betwist dat enkel het gebruiksrecht aan haar is gegeven. [de auto1] is haar in eigendom ter gelegenheid van haar 55e verjaardag geschonken, zoals blijkt uit de verjaardagskaart. In haar eigen grief stelt ze dat de man [de auto1] nog niet heeft afgegeven en vordert dat de man een dwangsom van € 1.000 per dag verbeurt voor iedere dag dat hij met afgifte van de auto in gebreke blijft, tot maximum van € 25.000 is bereikt.

5.28 Het hof is van oordeel dat [de auto1] door de man aan de vrouw in eigendom is geschonken en niet tot het te verrekenen vermogen behoort en overweegt daartoe als volgt.

De vrouw heeft de verjaardagskaart voor haar 55e verjaardag overgelegd waarop de navolgende handgeschreven tekst is opgenomen:

'Omdat je altijd zo goed voor ons zorgt.

Daarom [de auto1]

liefs,

[naam1] & [naam2]

Een dikke kus,

[de man]'

5.29 Niet valt in te zien dat die tekst anders gelezen kan worden dan dat [de auto1] in eigendom cadeau wordt gedaan. Zo heeft de vrouw het ook altijd begrepen en het kentekenbewijs is bovendien – zo bleek – op naam van de vrouw gesteld. Met deze kaart heeft de vrouw, zoals ook de rechtbank oordeelde, voldoende aangetoond dat [de auto1] door de man aan de vrouw in eigendom is geschonken. Door de man zijn geen feiten en omstandigheden aangevoerd die het oordeel zouden kunnen recht-

vaardigen dat enkel het gebruik van [de auto1] aan de vrouw is gegund. De man heeft hiervan ook geen nader bewijs aangeboden.

5.30 De man zal daarom worden veroordeeld om [de auto1] aan de vrouw af te geven. Het hof gaat er vanuit – mede gelet op hetgeen het hof hierna over de leasetermijnen van de accu's overweegt – dat de man hier op korte termijn gevolg aan zal geven, zodat het hof geen dwangsom zal opleggen.

5.31 Ten aanzien van het leasecontract en de leasetermijnen overweegt het hof als volgt. [de auto1] is een elektrische auto en de accu's worden geleased. De vrouw heeft zelf eerst de kosten van [de auto1] inclusief alle leasekosten voldaan. Vanaf januari 2017 heeft de man de maandelijks verschuldigde leasekosten van € 54,95 voldaan. Wat hiervan de achterliggende reden is, is het hof niet helemaal duidelijk geworden. De man heeft verklaard dat hij de termijnen weer voor zijn rekening nam, omdat de vrouw de afgifte van [de auto1] frustreerde. Over en weer beschuldigen partijen elkaar ervan dat het aan de ander heeft gelegen dat [de auto1] niet aan de vrouw is afgegeven. Wat hier verder ook van zij, vast staat dat de man [de auto1] ondanks een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling tot afgifte om hem moverende redenen niet heeft afgegeven. Het hof is mede daarom van oordeel dat de door de man betaalde leasetermijnen – die hij heeft betaald zonder daartoe kennelijk gehouden te zijn – ten laste van hem dienen te komen en te blijven, evenals de nog niet vervallen leasetermijnen tot aan het moment van afgifte van [de auto1] aan de vrouw. Vanaf het moment dat [de auto1] aan de vrouw is afgegeven zijn de leasetermijnen voor rekening van de vrouw. Partijen dienen er beide aan mee te werken dat het leasecontract zo snel als mogelijk op naam van de vrouw wordt gesteld. Grief 10 van de man faalt evenals grief 2 van de vrouw.

Resumé

5.32 Een en ander resulteert erin dat het te verrekenen vermogen van de vrouw nihil is en dat tot het te verrekenen vermogen van de man behoort (zie ook rechtsoverweging 4.35 in het vonnis van 26 april 2017):

+ de waarde van de woning	€ 255.000
- de hypotheekschulden	€ 85.774,51
+ de eerste spaargarantverzekering ([nummer1])	€ 52.585,19
+ de tweede spaargarantverzekering [de auto2]	€ 10.320,36
+ de andere Renaults	€ 1.800
+ de helft van de verzameling miniatuurauto's	€ 500
- de ontvangen erfenissen en schenkingen	€ 4.025
- de ontvangen erfenissen en schenkingen	€ 131.201,81
totaal per saldo:	€ 107.254,23

5.32 Op grond van het verrekenbeding dient de man aan de vrouw de helft van deze waarde te vol-

doen, ofwel € 53.627,11. Op dit bedrag strekt in mindering een bedrag van € 28.361,26 (het equivalent van f 62.500) zoals voortvloeit uit de staat van aanbrenghsten ten aanzien van de woning. Dit resulteert erin dat de man per saldo aan de vrouw dient te voldoen € 25.265,83.

5.33 Door de vrouw is over het door de man te betalen bedrag de wettelijke rente gevorderd. Op de mondelinge behandeling is namens de vrouw verduidelijkt dat deze dient in te gaan vanaf 17 maart 2019, de datum waarop de man in verzuim is. Hier tegen is geen verweer gevoerd. Het hof zal dit aldus toewijzen.

6 De slotsom

6.1 De grieven 3, 4 en 8 (deels) van de man slagen. Zijn voorwaardelijke grieven 5, 6 en 7 zijn niet besproken, omdat niet is voldaan aan de voorwaarde. Van de vrouw slaagt grief 1 en faalt grief 2. Het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 3 oktober 2018 (zoals aangevuld bij vonnis van 14 november 2018) zal worden vernietigd voor zover de man daarin is veroordeeld tot betaling van € 60.448,56 aan de vrouw en tot afgifte van [de auto1] binnen vijf dagen na het herstelvonnis.

6.2 Nu beide partijen voor een deel in het (on)gelijk worden gesteld, zullen de kosten van het hoger beroep worden gecompenseerd zoals hierna vermeld.

7 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

7.1 vernietigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 3 oktober 2018 (zoals aangevuld bij vonnis van 14 november 2018) voor zover de man daarin is veroordeeld tot betaling van € 60.448,56 aan de vrouw en tot afgifte van [de auto1] binnen vijf dagen na het herstelvonnis, en doet in zoverre opnieuw recht:

7.2 veroordeelt de man om aan de vrouw ter afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden te betalen € 25.265,83 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 17 maart 2019 tot aan de datum van algehele voldoening;

7.3 veroordeelt te man tot afgifte aan de vrouw van [de auto1] en bepaalt dat de door de man betaalde maandelijks leasetermijnen met betrekking tot de accu's ten laste van de man komen, evenals de leasetermijnen tot aan de dag van afgifte van [de auto1]; vanaf de datum van afgifte komen de leasetermijnen ten laste van de vrouw waarbij partijen ervoor zorg dienen te dragen dat het leasecontract op naam van de vrouw wordt gesteld;

7.4 bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

7.5 verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

7.6 wijst het meer of anders gevorderde af.

Cassatiemiddel:*Feiten*

(i) Partijen zijn gehuwd geweest in gemeenschap van inboedel. In artikel 16 van hun Huwelijkse Voorwaarden ('HV') is een finaal verrekenbeding opgenomen voor het geval het huwelijk zou eindigen door echtscheiding:¹

'Afrekening aan het einde van het huwelijk — Artikel 16

1. Ingeval het huwelijk door de dood wordt ontbonden vindt er *verrekening* plaats, zo, dat de langstlevende en de rechtverrijgenden van de overleden echtgenoot gerechtigd zijn tot een waarde gelijk aan die, waartoe zij gerechtigd zouden zijn indien er de *algehele gemeenschap van goederen* tussen de echtgenoten had bestaan.

2. Indien het huwelijk door *echtscheiding* wordt ontbonden danwel indien tussen de echtgenoten de scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken is lid 1 van dit artikel van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat in dat geval in de *verrekening niet worden betrokken de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen*, en de op die verkrijgingen drukkende schulden, de wegens die verkrijgingen geheven belastingen, zoals successie-, schenkings- en overgangsrecht, met dien verstande, dat de inkomsten uit die goederen en de renten van die schulden, alsmede de kosten en lasten die uit die inkomsten plegen te worden voldaan, wel in de verrekening zullen worden betrokken; voorts worden niet in de berekening betrokken de door hen ten huwelijk aangebrachte goederen, zoals vermeld op de aan deze akte gehechte en door de comparanten en mij, notaris, ondertekende staat. (...)

(ii) De peildatum voor de verrekening is de datum van de ontbinding van het huwelijk: 24 augustus 2016.²

(iii) Vaststaat dat [de man] tijdens het huwelijk een bedrag van € 131.201 heeft ontvangen uit schenking en nalatenschappen ('*erfgelden*').³

(iv) De man heeft deze erfgelden niet ontvangen onder een uitsluitingsclausule als bedoeld in art. 1:94 lid 2 sub a BW.⁴

(v) Dit bedrag is op een bankrekening van de man gestort. Van die bankrekening zijn vervolgens door de man betalingen gedaan. Vaststaat dat alle erfgelden op de peildatum waren uitgegeven.⁵ Op de peildatum waren er geen positieve saldi op de rekeningen van de man.

Het geschil

(vi) Tussen partijen is een geschil gerezen over de afwikkeling van hun huwelijkse voorwaarden en de

verdeling van de tussen hen bestaande eenvoudige gemeenschappen.

(vii) Volgens [de man] ('*de man*') zijn de erfgelden aan de 'pseudo-gemeenschap' ten goede gekomen en komt hem daarom een vergoedingsrecht toe, dat moet worden afgetrokken van het saldo van de 'pseudo-gemeenschap' dat op de peildatum aanwezig was, *alvorens* dat vermogen verrekend kan worden.⁶

(viii) Volgens [de vrouw] ('*de vrouw*') werkt het finale verrekenbeding zo niet. Volgens art. 16 lid 2 HV moeten partijen verrekenen alsof zij waren gehuwd in gemeenschap van goederen. Daartoe moet eerst worden geïnventariseerd welke activa en passiva partijen op de peildatum hadden. Van de op de peildatum aanwezige goederen, zijn vervolgens uitgezonderd de goederen die tijdens huwelijk aantoonbaar zijn verkregen door erfenis of schenking, en de goederen die staan vermeld op de staat van aanbrengsten. Nu op de peildatum voornamelijk vermogensbestanddelen van de man aanwezig zijn, dient hij aan te tonen dat zijn vermogensbestanddelen die op de peildatum nog aanwezig waren ófwel op de staat van aanbrengsten staan, ófwel middels erfenis of schenking zijn verkregen of daarvoor in de plaats zijn getreden.⁷

(ix) De rechtbank heeft in het *tussenvonnis van 26 april 2017 (rov. 4.6–4.11)* geoordeeld dat met erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen alleen rekening kan worden gehouden voor zover zij nog aanwezig zijn op de peildatum (24 augustus 2016). De man heeft volgens de rechtbank slechts aangetoond dat een bedrag van € 27.261,73 van zijn erfgelden is besteed aan verbetering van de woning (die op de peildatum aan hem toebehoorde). Alleen dit bedrag is buiten de te verrekenen 'pseudo-gemeenschap' gelaten.

(x) In *grief 4* stelt de man dat het volledige bedrag van € 131.201,81 ten gunste van hem in mindering moet worden gebracht op het te verrekenen vermogen.

(xi) Het hof heeft geoordeeld dat deze grief slaagt en overweegt in *rov. 5.14*:

'Het hof overweegt als volgt. Op grond van artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden blijven de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, buiten de verrekening. Tussen partijen is niet in geschil dat de man in totaal € 131.201,81 heeft verkregen uit erfstelling en schenking. Het hof is van oordeel dat dit bedrag buiten de verrekening dient te worden gehouden. Er is geen reden om de stelling van de vrouw te volgen. Die stelling komt er op neer dat alleen wat er resteert van erfstellingen en schenkingen, onmiddellijk of middellijk via zaaksvervangings, buiten de verrekening blijft. De tekst van de huwelijkse voorwaarden biedt voor die

1 Hof rov. 5.1 (cursiveringen toegevoegd).

2 Rb. 26 april 2017, rov. 2.3 en 4.11 (niet bestreden in appel). Op deze datum is de echtscheidingsbeschikking ingeschreven.

3 Hof rov. 5.11.

4 Rb. 26 april 2017, rov. 4.11 (niet bestreden in appel).

5 MvG 64 en MvA 49.

6 MvG 67 en Akte HB man 10 en 14.

7 MvA 43–50; CvAIR 10–17, 22–25; Pta HB vrouw p. 2 (2^e alinea).

uitleg echter geen ruimte. De uitkomst van de die bepaling uit de huwelijksvoorwaarden is ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, al is het maar omdat het vermogen van de man meer is toegenomen dan met het bedrag van € 131.201,81. Grief 4 slaagt.’

Klachten

Schending van het recht, en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtname nietigheid met zich brengt, omdat het hof heeft overwogen en beslist als vermeld in het arrest waarvan beroep, ten onrechte, om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

1 Het hof geeft met rov. 5.14 een onjuiste toepassing/uitleg aan het finale verrekenbeding. Bij een finaal verrekenbeding komt immers slechts *het op de peildatum aanwezige vermogen* voor verrekening in aanmerking. Vervolgens blijven buiten deze verrekening: (i) de goederen die bij het bestaan van een gemeenschap tussen de partijen daarbuiten zouden zijn gevallen (zoals goederen als bedoeld in art. 1:94 lid 1, 3 en 4 BW) én (ii) de goederen waarvoor partijen in hun huwelijksvoorwaarden hebben geregeld dat zij van de verrekening worden uitgezonderd.⁸

Het hof had dus uitsluitend buiten de verrekening mogen houden de erfgeden die de man tijdens het huwelijk had ontvangen, *voor zover* de man aanmerkelijk heeft gemaakt dat dat vermogen (eventueel door zaaksvervangings) nog op de peildatum aanwezig was.

De door het hof gehanteerde uitleg is voorts onjuist, omdat die tot gevolg heeft dat het er niet toe doet waaraan de man zijn erfgeden heeft uitgegeven; ook als hij de erfgeden voor zichzelf heeft gespendeerd, zou hij het volledige bedrag alsnog mogen aftrekken van het door hem met de vrouw te verrekenen vermogen.⁹

2 Althans geeft het hof in rov. 5.14 een onbegrijpelijke uitleg aan het finale verrekenbeding en laat ook na te motiveren waarom de tekst van de huwelijksvoorwaarden geen ruimte zou bieden voor de door de vrouw bepleite uitleg. Dat die ruimte er wel is, blijkt immers uit het volgende:

a. Art. 16 lid 1 en 2 HV bepaalt dat partijen zullen verrekenen alsof er een algehele gemeenschap van goederen had bestaan. Dit betekent dat partijen afrekenen door de waarde van de beide vermogens op de *peildatum* bij elkaar op te tellen en de som daarvan – vanwege de overeengekomen fictie dat

zij op dat moment in gemeenschap van goederen gehuwd zijn – bij helfte te delen.¹⁰

b. Bovendien bepaalt art. 16 lid 3 HV uitdrukkelijk dat de verrekening plaatsheeft ‘naar de toestand ten tijde van de ontbinding van het huwelijk’.¹¹

c. Vervolgens bepaalt lid 2 dat in die verrekening niet worden betrokken ‘de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen.’

d. Dit laat geen andere uitleg toe, dan dat erfgeden die (via zaaksvervangings) geen onderdeel meer uitmaken van het op de peildatum aanwezige verrekenbare vermogen, ook niet meer op het te verrekenen saldo in mindering kunnen worden gebracht.

e. De vrouw heeft bovendien gesteld dat de door de man bepleite en door het hof gevolgde uitleg onredelijk en onbillijk is, omdat die tot gevolg heeft dat het er niet toe doet waaraan de man zijn erfgeden heeft uitgegeven: een deel van de erfgeden is besteed aan inboedel, die partijen al hebben verdeeld. Met een ander deel heeft de man conform art. 8 HV naar evenredigheid van inkomsten en vermogen bijgedragen aan de kosten van de huishouding. Weer aan ander deel heeft hij besteed aan een verjaardagscadeau aan de vrouw. De uitleg heeft bovendien tot het onredelijke gevolg dat ook voor zover de man de erfgeden voor zichzelf (aan zijn hobby) heeft gespendeerd, hij desondanks volledige bedrag zou mogen aftrekken van het door hem met de vrouw te verrekenen vermogen.¹²

3.1 Voor zover het hof mocht hebben bedoeld dat de man een vergoedingsrecht (van € 131.201,81) jegens de vrouw of de pseudo-gemeenschap toekomt dat in mindering komt op het te verrekenen vermogen, is dat oordeel onbegrijpelijk.¹³ Het hof geeft immers geen enkel inzicht in zijn gedachtegang waarom de man een vergoedingsrecht toekomt, terwijl aan de enkele omstandigheid dat de man die gelden krachtens erfrecht heeft verkregen die niet meer aanwezig zijn op de peildatum niet zonder meer de conclusie kan worden verbonden dat hij een vergoedingsrecht heeft dat (éerst) in mindering moet komen op het te verrekenen vermogen.¹⁴

3.2 Voor zover het hof heeft bedoeld dat de man een vergoedingsrecht jegens de vrouw of de pseudo-gemeenschap toekomt naar analogie van de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 (HR:2019:504), omdat moet worden aangenomen dat de door hem tijdens het huwelijk ontvangen erf-

10 HR 26 september 2008, HR:2008:BF2295, NJ 2009/40, rov. 3.7.

11 Rb. 26 april 2017, p. 4.

12 MvG 49–50.

8 HR 26 september 2008, HR:2008:BF2295, NJ 2009/40, rov. 3.7; HR 26 juni 2015, HR:2015:1754, RvdW 2015/808, rov. 4.3.4; Ook A-G Langemeijer overwoog schreef in § 2.10 van zijn conclusie voor het arrest uit 2015: ‘Volgens art. 10 van de akte van huwelijksvoorwaarden moet het op de peildatum aanwezige vermogen (voor zover niet uitgezonderd in lid 8 van dat artikel) in de verrekening tussen de ex-echtgenoten worden betrokken.’

9 MvG 49–50.

14 MvG 49, p. 22.

gelden zijn opgegaan aan consumptieve bestedingen en hem daarvoor een *recht van reprise* toekomt dat in mindering komt op het te verrekenen vermogen, is dat oordeel, eveneens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd.

3.2.1 Dit oordeel is onjuist, omdat de uitspraak van 5 april 2019 uitsluitend betrekking heeft op een echte/wettelijke huwelijksgemeenschap, en daarbuiten geen toepassing kan vinden. De Hoge Raad heeft in die zaak immers geoordeeld dat de echtgenoot die privé-gelden overmaakt op een gezamenlijke en/of-rekening in beginsel een *recht van reprise* heeft (zoals staat omschreven in het op een huwelijksgemeenschap toepasselijke art. 1:95 lid 2 BW (oud)/art. 1:96 lid 3 (oud) BW);¹⁵ er moet van worden uitgegaan dat de gelden zijn aangewend om gemeenschapsschulden te voldoen, waardoor de gemeenschap was gebaat.

In de onderhavige zaak is echter geen sprake van een wettelijke huwelijksgoederengemeenschap. Ook zijn de erfelden niet gestort op een gezamenlijke rekening maar op de bankrekening van de man.¹⁶ Er is dus geen sprake van voldoening van gemeenschapsschulden met privévermogen van de man, waardoor een gemeenschap zou zijn gebaat.

Bovendien is in HR 26 september 2008 (HR:2008:BF2295) in rov. 3.7 geoordeeld dat een finaal verrekenbeding als hier aan de orde 'niets anders [bevat] dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen (...) niet tot gevolg [heeft] dat de partijen bij de verrekening ervan dienen uit te gaan dat tijdens het huwelijk of op het moment van de verrekening tussen hen daadwerkelijk een gemeenschap bestaat.' Daarom vindt volgens de Hoge Raad bij deze verrekening de *reprise*-regel geen toepassing.

3.2.2 Althans is onjuist en onbegrijpelijk dat de man *in het onderhavige geval* een vergoedingsrecht naar analogie van de uitspraak van 5 april 2019 zou (kunnen) toekomen, omdat art. 6 HV zou uitgelegd zou moeten worden dat partijen aansluiting hebben willen zoeken bij het recht van *reprise*. De vrouw heeft immers gesteld dat het aannemen van een vergoedingsrecht zich niet verdraagt met art. 8 HV. Daarin is juist bepaald dat partijen bij het ontbreken van voldoende inkomen om te voorzien in de kosten van de huishouding, hun privévermogen dienen aan te spreken;¹⁷ terwijl niet is overeengekomen dat hen daarvoor een vergoedingsrecht toekomt.

3.2.3 Althans is, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk, dat het hof aanneemt dat (behoudens de verbetering van de woning ad € 27.261,73) de erfelden door de man volledig aan consumptieve uitgaven ten behoeve van beide echtgenoten zijn be-

steed, nu dat door de vrouw gemotiveerd is betwist en zij er in het bijzonder op heeft gewezen dat ook uit de eigen stellingen van de man volgt dat hij de erfelden deels aan privé-bestedingen heeft uitgegeven.^{18,19}

Conclusie A-G mr. E.M. Wesseling-van Gent:

1 Inleiding en samenvatting

1.1 Deze zaak betreft een geschil tussen voormalige echtelieden over de afwikkeling van een in de huwelijkse voorwaarden opgenomen finaal verrekenbeding, kortweg inhoudende dat er bij het einde van het huwelijk verrekening plaatsvindt als of de algehele gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten had bestaan. Onder meer goederen die krachten erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, worden ingevolge het finaal verrekenbeding niet in de verrekening betrokken indien het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden.

1.2 De man heeft tijdens het huwelijk in totaal een bedrag van € 131.201,81 uit erfenis en schenking ontvangen. Het aan de man geschonken en door hem geërfde vermogen is ontvangen op een betaalrekening van de man. Op de peildatum waren er op de rekeningen van de man geen positieve saldi.

1.3 Het hof heeft, anders dan de rechtbank, geoordeeld dat het volledige bedrag dat de man uit erfstelling en schenking heeft verkregen buiten de verrekening dient te worden gehouden.

1.4 In cassatie wordt door de vrouw onder meer geklaagd dat het hof een onjuiste toepassing/uitleg aan het finale verrekenbeding heeft gegeven omdat alleen het op peildatum aanwezige vermogen voor verrekening in aanmerking komt. Daarnaast wordt door de vrouw in cassatie opgekomen tegen het arrest, voor zover het hof mocht hebben bedoeld dat de man (naar analogie van het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504) een vergoedingsrecht (van € 131.201,81) jegens de vrouw of de pseudo-gemeenschap toekomt dat in mindering komt op het te verrekenen vermogen.

¹⁸ MvA 49–50; Pta vrouw HB p. 2 (bovenaan).

¹⁹ Vaststaat dat een bedrag van € 41.159,94 is besteed aan verbetering van de woning. Volgens de rechtbank is de woning verbeterd ter waarde van € 27.261,73. Volgens de man moet het volle bedrag in mindering worden gebracht (MvG – grief 5); De man heeft premies voor twee Spaargarantverzekeringen betaald ad € 55.849,75. Dit bedrag behoort volgens hem niet tot het te verrekenen vermogen (MvG – grief 6); De man heeft méér bijgedragen aan de kosten van de huishouding dan waartoe hij gehouden was. Tekorten heeft hij aangevuld met de erf- en schenkingsgelden. Hij stelt een vergoedingsrecht van € 48.532,20 te hebben (grief 7; MvG 91); De man zou erf- en schenkingsgelden hebben besteed aan inboedel (CvA 6); De man zou erf- en schenkingsgelden hebben besteed aan zijn hobby (MvG 57 sub 1 en 4; de man beschrijft hier dat de erfelden zijn gestort op zijn betaalrekening bij ING eindigend op -862. Vanaf deze rekening deed de man stortingen op de en/of-rekening bij ING eindigend op -987. Vanaf die en/of-rekening werden vrijwel uitsluitend betalingen gedaan ten behoeve van de hobby van de man.); De man zou erf- en schenkingsgelden hebben besteed aan de [de auto1], die hij de vrouw cadeau heeft gedaan (MvG 109).

¹⁵ Het recht op *reprise* houdt in dat een echtgenoot uit wiens privé-goederen een gemeenschapsschuld is voldaan, een vergoedingsvordering heeft op de gemeenschap. Art. 1:96 lid 3 eerste volzin BW (oud) geldt voor huwelijken gesloten vóór 1 januari 2018 en is *in casu* van toepassing.

¹⁶ MvG 58, 60; Pta vrouw HB p. 2 (bovenaan).

¹⁷ MvA 47 (m.n. de laatste volzin), 48 5^e alinea, 50 en MvA 58, 62–65; Pta vrouw HB p. 1 (onderaan).

2 Feiten en procesverloop

Feiten¹

2.1 Partijen zijn op 7 mei 1997 op huwelijkse voorwaarden gehuwd. Deze huwelijkse voorwaarden zijn bij akte van 28 april 1997 opgemaakt. Aan de akte is als bijlage een staat van aanbrengrsten gehecht.

2.2 De vrouw heeft op 14 maart 2016 bij de rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht, een verzoek tot echtscheiding ingediend.

2.3 De rechtbank heeft bij beschikking van 12 mei 2016 de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Deze echtscheidingsbeschikking is op 24 augustus 2016 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Procesverloop voor zover in cassatie nog van belang²

2.4 De vrouw heeft bij inleidende dagvaarding van 3 augustus 2016 de man gedagvaard voor de rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht. Zij heeft daarbij – kort gezegd – gevorderd de huwelijkse voorwaarden af te wikkelen en de eenvoudige gemeenschappen te verdelen op een wijze die zij voorstaat.³

2.5 De man heeft verweer gevoerd en in (voorwaardelijke)⁴ reconventie een afwikkeling en verdeling gevorderd zoals hij voorstaat.⁵

2.6 De rechtbank heeft bij eindvonnis van 3 oktober 2018 (aangevuld bij vonnis van 14 november 2018) in conventie – verkort en zakelijk weergegeven – de man, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld om aan de vrouw een bedrag van € 60.448,56 te betalen en [de auto1] aan de vrouw af te geven. De overige vorderingen van partijen in conventie en reconventie zijn afgewezen.

2.7 De man is met tien (deels voorwaardelijke) grieven van de vonnissen van de rechtbank van 9 november 2016, 26 april 2017, 28 maart 2018 en van 3 oktober 2018 (zoals aangevuld bij vonnis van 14 november 2018) in hoger beroep gekomen bij het

gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem. Hij heeft geconcludeerd – verkort en zakelijk weergegeven – dat het hof die vonnissen gedeeltelijk vernietigt en, opnieuw rechtdoende, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, een verrekening op grond van de huwelijkse voorwaarden vaststelt zoals geformuleerd in de punten I tot en met X (zowel primair als subsidiair) van de memorie van grieven.⁶

2.8 De vrouw heeft de grieven bestreden en geconcludeerd – samengevat en zakelijk weergegeven – om bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, al dan niet onder verbetering van gronden, de man in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren, althans hem zijn vorderingen te onzeggen.⁷

Daarnaast heeft de vrouw, onder aanvoering van twee grieven, incidenteel hoger beroep ingesteld. Zij heeft daarin – verkort weergegeven – geconcludeerd tot:

- gedeeltelijke vernietiging van de vonnissen van 9 november 2016, 26 april 2017, 28 maart 2018 en van 3 oktober 2018 (zoals aangevuld bij vonnis van 14 november 2018);
- afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden zoals verwoord in punt C van het petium;
- veroordeling van de man tot betaling aan de vrouw van een bedrag van € 63.976,41;
- veroordeling van de man tot afgifte van [de auto1] aan de vrouw.

2.9 De man heeft de grieven in het incidenteel appel bestreden en geconcludeerd tot afwijzing daarvan.

2.10 Het hof heeft bij tussenarrest van 2 juli 2020 een meervoudige comparitie van partijen gelast. Deze comparitie heeft op 10 september 2020 (digitaal) plaats gevonden.

Vervolgens heeft het hof bij eindarrest van 17 november 2020 (zoals verbeterd bij arrest van 20 april 2021) – samengevat en zakelijk weergegeven – het vonnis van de rechtbank van 3 oktober 2018 (zoals aangevuld bij vonnis van 14 november 2018) vernietigd voor zover de man daarin is veroordeeld tot betaling van € 60.448,56 aan de vrouw en tot afgifte van [de auto1] binnen vijf dagen na het herstelvonnis. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, in zoverre opnieuw rechtdoende, de man, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld om aan de vrouw:

- (i) ter afwikkeling van de huwelijkse voorwaarden een bedrag van € 9.993,61 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 17 maart 2019 tot aan de datum van algehele voldoening; en
- (ii) [de auto1] af te geven. Het hof heeft daarbij bepaald dat de door de man betaalde maandelijkse leasetermijnen met betrekking tot de accu's ten laste van de man komen, evenals de leasetermijnen tot

1 Zie het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem (hierna: het hof), van 17 november 2020, zaaknummer 200.252.661 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), rov. 2.1-2.4 alsmede het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht (hierna: de rechtbank), van 26 april 2017, zaaknummer/rolnummer: C/16/421582/HA ZA 16-610 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), rov. 2.1-2.5.

2 Zie voor het procesverloop in eerste aanleg rov. 1 van de vonnissen van de rechtbank van 9 november 2016, 26 april 2017, 28 maart 2018, 3 oktober 2018 en van het aanvullend vonnis van 14 november 2018. Zie voor het procesverloop in hoger beroep het tussenarrest van hof van 21 juli 2020, rov. 2, en het eindarrest van het hof van 17 november 2020, rov. 1. Zie ook het arrest van het hof van 20 april 2021 waarin de beslissing van het eindarrest van 17 november 2020 op grond van art. 31 Rv wordt verbeterd.

3 Zie rov. 3.1 van het eindarrest van het hof van 17 november 2020.

4 De vordering in reconventie is ingesteld in het geval de rechtbank de vordering van de vrouw ter zake van de verrekening en verdeling ontvankelijk zal achten. Zie rov. 3.6 van het vonnis van de rechtbank van 26 april 2017.

5 Zie rov. 3.2 van het eindarrest van het hof van 17 november 2020.

6 Zie rov. 4.1 van het eindarrest van het hof van 17 november 2020.

7 Zie rov. 4.2 van het eindarrest van het hof van 17 november 2020.

aan de dag van afgifte van de auto en dat de lease-termijnen vanaf de datum van afgifte ten laste van de vrouw komen waarbij partijen ervoor zorg dienen te dragen dat het leasecontract op naam van de vrouw wordt gesteld.

Het hof heeft verder het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.11 De vrouw heeft van dit arrest tijdig⁸ beroep in cassatie ingesteld.⁹

De man heeft geconcludeerd tot verwerping.

De vrouw heeft afgezien van het geven van een schriftelijke toelichting en heeft gerepliceerd. De man heeft zijn standpunt schriftelijk toegelicht en heeft afgezien van het geven van dupliek.

3 *Bespreking van het cassatiemiddel*

3.1 Het cassatiemiddel, dat uit drie onderdelen (“klachten”) bestaat, is gericht tegen rov. 5.14 van het eindarrest waarin het hof het volgende heeft overwogen:

“(…). Op grond van artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden blijven de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, buiten de verrekening. Tussen partijen is niet in geschil dat de man in totaal € 131.201,81 heeft verkregen uit erfstelling en schenking. Het hof is van oordeel dat dit bedrag buiten de verrekening dient te worden gehouden. Er is geen reden om de stelling van de vrouw te volgen. Die stelling komt er op neer dat alleen wat er resteert van erfstellingen en schenkingen, onmiddellijk of middellijk via zaaksvervangende, buiten de verrekening blijft. De tekst van de huwelijkse voorwaarden biedt voor die uitleg echter geen ruimte. De uitkomst van [] die bepaling uit de huwelijkse voorwaarden is ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, al is het maar omdat het vermogen van de man meer is toegenomen dan met het bedrag van € 131.201,81. Grief 4 slaagt.”

3.2 Alvorens op de onderdelen in te gaan, citeer ik (i) de relevante bepalingen van de tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden, waarna ik het juridisch kader schets van (ii) het finale verrekenbeding; (iii) het in deze zaak toepasselijk recht; (iv) het tijdstip voor het bepalen van de samenstelling en omvang van het te verrekenen ver-

mogen; (v) de uitspraken HR 1 februari 2008 en HR 26 september 2008; (vi) het daarop gegeven commentaar; (vii) HR 5 april 2019 en (viii) de vraag of deze uitspraak van overeenkomstige toepassing is op het finaal verrekenbeding en tot slot het relevante partijdebat.

Relevante bepalingen huwelijkse voorwaarden¹⁰

3.3 De huwelijkse voorwaarden bevatten in artikel 1 de bepaling dat de echtgenoten zijn gehuwd in gemeenschap van inboedel en dat elke andere gemeenschap van goederen tussen hen is uitgesloten.¹¹

Daarnaast is in artikel 11 het volgende opgenomen:

“Verrekening van inkomsten *Artikel 11.*

De echtgenoten verplichten zich over elk kalenderjaar hetgeen van hun netto-inkomen in de zin van artikel 8, onder aftrek van hetgeen daarvan is besteed voor de gemeenschappelijke huishouding, overblijft onderling te verrekenen in die zin, dat de ene echtgenoot een vordering verkrijgt op de andere echtgenoot ten bedrage van de helft van het aan diens zijde overblijvende als hiervoor bedoeld. Indien de echtgenoten over en weer een vordering op elkaar krijgen worden de vorderingen door een desbetreffende verklaring verrekend tot het bedrag van de kleinste vordering. Indien aan een echtgenoot langs andere weg iets ten goede komt of is gekomen van het overblijvende van het inkomen van de andere echtgenoot, wordt zijn vordering dienovereenkomstig verminderd.”

Het door het hof aangehaalde artikel 16 van de huwelijkse voorwaarden luidt als volgt:¹²

“Afrekening aan het einde van het huwelijk *Artikel 16*

1. Ingeval het huwelijk door de dood wordt ontbonden vindt er verrekening plaats, zo, dat de langstlevende en de rechtverkrijgende van de overleden echtgenoot gerechtigd zijn tot een waarde gelijk aan die, waartoe zij gerechtigd zouden zijn indien er de algehele gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten had bestaan.

2. Indien het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden danwel indien tussen de echtgenoten de scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken is lid 1 van dit artikel van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat in dat geval in de verrekening niet worden betrokken de goederen, die door de echtgenoten krach-

⁸ De procesinleiding is op 9 februari 2021 ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

⁹ De procesdossiers in deze zaak stemmen niet geheel overeen. In het A-dossier ontbreken het proces-verbaal van de comparitie bij de rechtbank gehouden op 20 januari 2017 (processtuknummer 5 in het B-dossier) en de ter comparitie overgelegde brief van Centraal Beheer Achmea gericht aan de man over de waarde van de Spaargarant Verzekering en een overzicht van de in bezit zijnde ‘grote’ auto’s met foto’s van de man (processtuknummer 6 in het B-dossier). In het B-dossier ontbreken de producties bij de dagvaarding van de vrouw (processtuknummer 1 in het A- en B-dossier) en de akte ten behoeve van comparitie van partijen van de man van 10 september 2020 (processtuknummer 21 in het A-dossier). Zie over het laatste processtuk ook voetnoot 66.

¹⁰ De huwelijkse voorwaarden zijn overgelegd als productie 2 van processtuknummer 1 in het A-dossier.

¹¹ De rechtbank heeft in rov. 2.4 van haar vonnis van 26 april 2017 de (relevante bepalingen van de) artikelen 1, 2, 5, 8, 9, 10, 16 en 17 geciteerd.

¹² Zie rov. 2.4 van het vonnis van de rechtbank van 26 april 2017 en rov. 5.1 van het eindarrest van het hof van 17 november 2020.

tens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, en de op die verkrijgingen drukkende schulden, de wegens die verkrijgingen geheven belastingen, zoals successie-, schenkings- en overgangsrecht, met dien verstande, dat de inkomsten uit die goederen en de renten van die schulden, alsmede de kosten en lasten die uit die inkomsten plegen te worden voldaan, wel in de verrekening zullen worden betrokken; voorts worden niet in de berekening betrokken de door hen ten huwelijk aangebrachte goederen, zoals vermeld op de aan deze akte gehechte en door de comparanten en mij, notaris, ondertekende staat.

3. De verrekening heeft plaats naar de toestand ten tijde van de ontbinding van het huwelijk.

4. De bij artikel 1:136 Burgerlijk Wetboek bedoelde beschrijving zal plaats hebben binnen zes maanden na de ontbinding van het huwelijk.

5. De verrekening heeft plaats doordat de ene partij aan de andere partij een bedrag uitkeert, zo, dat ieder van hen de helft geniet van het vermogen als omschreven in lid 1, met dien verstande, dat aanspraken op al of niet ingegaan pensioen niet in deze verrekening worden betrokken.

6. Voor wat betreft de waardering der goederen, de vorm van de handeling, de personen die tot de verrekening moeten meewerken, en de oplossing van geschillen, geschiedt deze verrekening op dezelfde wijze als voor de verdeling van gemeenschappen is voorgeschreven.

7. De uitkering moet worden gedaan in geld en wel binnen een jaar na de ontbinding van het huwelijk, ofwel het onherroepelijk worden van de afwijzing van een eventuele vordering tot opheffing van het deelgenootschap.

8. Ingeval gewichtige redenen zich verzetten tegen prompte voldoening zullen partijen een redelijke betalingsregeling – al of niet met zekerheidstelling – treffen, waarbij de belangen van alle partijen in acht worden genomen.

9. Geen verrekening vindt plaats:

a. Indien op het tijdstip van de ontbinding van het huwelijk een echtgenoot surséance van betaling heeft of in staat van faillissement verkeert, ofwel verkeerd heeft, terwijl het faillissement op andere wijze dan door homologatie van accordo is geëindigd en de betrokken partij op grond van de verrekening een vordering op de andere partij zou verkrijgen;

b. Indien op het tijdstip van de ontbinding van het huwelijk een procedure tot echtscheiding en/of scheiding van tafel en bed in rechte ahangig is of een vonnis van scheiding van tafel en bed is uitgesproken;

c. Indien het deelgenootschap is opgeheven of na het tijdstip van de ontbinding van het huwelijk wordt opgeheven ingevolge een voordien in rechte ingestelde vordering daartoe.”

Finaal verrekenbeding

3.4 De wettelijke regeling inzake verrekenbedingen is opgenomen in Boek 1 BW, titel 8 (Huwelijkse voorwaarden), afdeling 2 ('Verrekenbedingen'). Deze regeling is gewijzigd bij de Wet regels verrekenbedingen¹³ en op 1 september 2002 in werking getreden. Daarbij werd beoogd aan te sluiten bij de tot dan toe in de jurisprudentie ontwikkelde regels.¹⁴

3.5 Afdeling 1.8.2 BW is van toepassing op huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of van vermogen (art. 1:132 lid 1 BW) en is onderverdeeld in drie paragrafen: § 1 'Algemene regels voor verrekenbedingen' (art. 1:132 t/m 1:140 BW), § 2 'Periodieke verrekenbedingen' (art. 1:141 BW) en § 3 'Finale verrekenbedingen' (art. 1:142 en 1:143 BW).

3.6 Finale verrekening komt in vele vormen voor. De omvang van wat finaal moet worden verrekenend en de periode waarover, alsmede in welke gevallen finaal moet worden verrekenend, kunnen in verschillende variaties worden overeengekomen.¹⁵

3.7 De wet bevat geen definitie. Wel zijn kenmerk en achtergrond van finale verrekening als volgt in de memorie van toelichting bij de Wet regels verrekenbedingen omschreven:¹⁶

“Finale verrekenstelsels hebben als kenmerk dat zij zien op eenmalige verrekening van vermogen, doorgaans aan het einde van het huwelijk. Zij bevatten veelal de bepaling dat aan het einde van het huwelijk wordt afgerekend «alsof» gemeenschap van goederen heeft bestaan.

De gedachte achter de finale verrekenstelsels is om, uitgaande van het beginsel van uitgesloten gemeenschap (gescheiden vermogens), toch tot een zekere verrekening van tijdens het huwelijk opgebouwd vermogen te komen, waarbij de omvang van de verrekenplicht veelal varieert afhankelijk van de wijze waarop het huwelijk is geëindigd (door echtscheiding of door overlijden).

De finale verrekenstelsels worden mede gedragen door de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Van de Water-Van Hemme (HR 21 januari 1944, NJ 1944/45, 120). Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het weliswaar niet mogelijk is om een huwelijksgemeenschap aan het einde van het huwelijk voorwaardelijk in het leven te roepen, maar wel om in huwelijkse voorwaarden te bepalen dat men aan het einde van het

13 Wet van 14 maart 2002 tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (Wet regels verrekenbedingen), *Stb.* 2002, 152.

14 Zie ook de conclusie van toenmalig plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense onder 8 vóór HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9781, NJ 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstapen.

15 Zie A.H.N. Stollenwerck, Familie-erfgoed en huwelijkvermogensrecht, in Autar e.a. (red.), *Compendium Familie-erfgoedstrategie*, 2019, par. 12.6.1 en J.B. Vegter, Over de vormgeving van huwelijkvermogensrechtelijke finale alsof verrekenbedingen, *WPNR* 2018/7208, par. 1.

16 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 554, nr. 3, par. 4.

huwelijk tot verrekening overgaat alsof een beperkte gemeenschap heeft bestaan, mits dan aan bepaalde voorwaarden is voldaan.”

3.8 Welke variant van een finaal verrekenbeding tussen partijen is overeengekomen, kan ook blijken uit uitleg van het beding. Zo werd in het in de procesinleiding genoemde arrest van 26 september 2008 door de Hoge Raad omtrent inhoud en strekking van het in die zaak overeengekomen beding het volgende overwogen:¹⁷

“3.7 (...) Het verrekenbeding dat partijen zijn overeengekomen houdt in dat zij aan het einde van hun huwelijk hun privévermogens verrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen gehuwd zijn. Het gaat om een finaal verrekenbeding dat klaarblijkelijk ertoe strekt dat partijen afrekenen door de waarde van de beide vermogens op de peildatum bij elkaar op te tellen en de som daarvan – vanwege de overeengekomen fictie dat zij op dat moment in gemeenschap van goederen gehuwd zijn – bij helfte te delen, zodat degene van wie het privévermogen minder waard is dan de helft van de waarde van beide vermogens, een vordering ten belope van het verschil verkrijgt op de ander. Het beding bevat dus niets anders dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en heeft niet tot gevolg dat de partijen bij de verrekening ervan dienen uit te gaan dat tijdens het huwelijk of op het moment van de verrekening tussen hen daadwerkelijk een gemeenschap bestaat. (...)”

3.9 In het onderhavige geval zijn partijen in het hierboven onder 3.3 geciteerde artikel 16 van hun huwelijkse voorwaarden een finaal verrekenbeding overeengekomen. Daarnaast bevatten de huwelijkse voorwaarden in het hiervoort onder 3.3 geciteerde artikel 11 ook een periodiek verrekenbeding van inkomsten. Indien in huwelijkse voorwaarden zowel een periodiek als een finaal verrekenbeding is overeengekomen en tijdens het huwelijk aan het periodieke verrekenbeding geen uitvoering is gegeven, dient het door partijen overeengekomen finale verrekenbeding als wijze van verrekening te gelden en kan geen sprake meer kan zijn van het alsnog uitvoeren van het periodieke verrekenbeding.¹⁸

3.10 Voor de volledigheid merk ik op dat de wettelijke algehele gemeenschap van goederen per 1 januari 2018 is gewijzigd in een wettelijke beper-

te gemeenschap van goederen.¹⁹ Dit heeft gevolgen voor de bewoordingen in een finaal verrekenbeding “alsof zij in gemeenschap van goederen zijn/waren gehuwd”.

Daarnaast heeft door gewijzigde wetgeving een aantal voorschriften een ander artikelnummer gekregen. Zie voor de zogeheten ‘reprise’ (het recht van een echtgenoot uit wiens eigen goederen een schuld van de gemeenschap is voldaan, op vergoeding uit de goederen van de gemeenschap) tot 1 januari 2012 art. 1:95 lid 2 (oud) BW; vanaf 1 januari 2012 tot 1 januari 2018 art. 1:96 lid 3 (oud) BW en thans art. 1:96 lid 4 BW. Zie voor de zogeheten ‘récompense’ (het gehouden zijn door de echtgenoot wiens niet in de gemeenschap gevallen schuld uit goederen van de gemeenschap is voldaan, tot vergoeding aan de gemeenschap) tot 1 januari 2012 art. 1:96 lid 2 (oud) BW, vanaf 1 januari 2012 tot 1 januari 2018 art. 1:96 lid 4 (oud) BW en thans art. 1:96 lid 5 BW.

Toepasselijk recht op in huwelijkse voorwaarden opgenomen finaal verrekenbeding

3.11 Zoals vermeld, is afdeling 1.8.2 BW in 2002 gewijzigd bij de Wet regels verrekenbedingen. De onderhavige zaak betreft de in 1997 tussen partijen overeengekomen huwelijkse voorwaarden. Dit roept de vraag op welk recht van toepassing is.²⁰

3.12 Art. IV van de Wet regels verrekenbedingen bevat de overgangsbepalingen. Op grond van het eerste lid blijft het oude recht²¹ (“het recht zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van de inwerkingtreding van deze wet”) van toepassing op “huwelijkse voorwaarden²² die uitsluitend finale verrekening van vermogen bevatten”.

3.13 Ingeval van een combinatie van een finaal en een periodiek verrekenbeding (zoals in deze zaak, zie hierboven onder 3.9), heeft de Wet regels verrekenbedingen onmiddellijke werking. In de Nota naar aanleiding van het verslag is dit door de Staatssecretaris als volgt verwoord:²³

19 Per 1 januari 2018 is de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen beperkter geworden. Eigen vermogen dat voor de trouwdatum is opgebouwd (behoudens gemeenschappelijk opgebouwd vermogen), erfrechtelijke verkrijgingen en verkrijgingen krachtens gift vallen in het huidige art. 1:94 lid 2 BW in beginsel buiten de wettelijke gemeenschap van goederen. Zie ook Stollenwerck, in a.w., par. 12.1 e.v.

20 Vgl. ook A.J.M. Nuytink in zijn annotatie van HR 26 september 2008, ‘Voortgezette verknochtheid en zaaksvervangning in het huwelijksvermogensrecht’, AA 2008, p. 807-808.

21 Dus het recht van vóór 1 september 2002 (te weten: de regeling met betrekking tot het wettelijk deelgenootschap in de zin van art. 1:132-1:145 (oud) BW).

22 Bedoeld zal zijn huwelijkse voorwaarden van vóór 1 september 2002, zie ook A.J.M. Nuytink, ‘Het finale verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden. Een aantekening bij HR 1 februari 2008, LJN BB9781’, WPNR 2008/6745, par. 4, p. 190, alsmede zijn in voetnoot 20 genoemde annotatie.

23 Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 5, p. 13. C.G. Breedveld-de Voogd acht het opvallend dat de onmiddellijke werking niet in een wettelijke bepaling is opgenomen (T&C BW, commentaar op afd. 1.8.2 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 6 (bijgewerkt t/m 1 augustus 2021).

17 HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, NJ 2009/40 m.nt. L.C.A. Verstappen, rov. 3.7.

18 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1106, RvdW 2007/107, rov. 4.3. Van een combinatie van een periodiek en finaal verrekenbeding was ook sprake in HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9781, NJ 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstappen. Zie ook C.G. Breedveld-de Voogd, in: T&C BW, commentaar op afd. 1.8.2 BW, Inleidende opmerkingen, aant. 2 (bijgewerkt t/m 1 augustus 2021).

“De overgangsrechtelijke regeling impliceert dat de voorgestelde regeling (...) onmiddellijke werking heeft ten aanzien van huwelijkse voorwaarden die – mede – een periodiek of finaal verrekenbeding omvatten. (...) Huwelijkse voorwaarden die mede een periodiek of finaal verrekenbeding omvatten blijven onverminderd van kracht, voor zover er geen strijd is met de in het wetsvoorstel opgenomen dwingendrechtelijke bepalingen. Voor zover in bestaande huwelijkse voorwaarden onderdelen van een verrekenbeding niet geregeld zijn, werkt de voorgestelde wettelijke regeling aanvullend. Hoe groot de variatie aan huwelijkse voorwaarden die – mede – periodieke of finale verrekenbedingen omvatten ook is, het komt mij voor dat bij gebreke van een regeling van de aspecten die in dit wetsvoorstel aan de orde komen, de aanvullende werking van de voorgestelde wettelijke regeling goed zal zijn.”²⁴

3.14 Het voorgaande betekent dat huwelijkse voorwaarden met mede een periodiek of finaal verrekenbeding van vóór 1 september 2002 blijven gelden, ook indien zij zouden afwijken van bepalingen van regeling recht in de Wet regels verrekenbedingen. Voor zover dergelijke huwelijkse voorwaarden in strijd zijn met de in de Wet regels verrekenbedingen opgenomen dwingendrechtelijke bepalingen, gelden zij niet.²⁵ Voor zover in huwelijkse voorwaarden met mede een periodiek of finaal verrekenbeding van vóór 1 september 2002 onderdelen van een verrekenbeding niet zijn geregeld, werkt de Wet regels verrekenbedingen aanvullend.

Tijdstip voor het bepalen van samenstelling en omvang te verrekenen vermogen

3.15 Indien ingevolge de gemaakte huwelijkse voorwaarden vermogen behoort te worden verrekend, dient – aldus de wetgever – te worden bepaald per welk moment dat dient te geschieden. Dat is zowel van belang voor de bepaling van de samenstelling als ook voor de bepaling van de omvang van het te verrekenen vermogen.²⁶ Voor zover hier van belang is in art. 1:142 lid 1, aanhef en onder a en b, BW voor een finaal verrekenbeding opgenomen dat als tijdstip waarop de samenstelling en de omvang van het te verrekenen vermogen worden bepaald, geldt:

a. in geval van het eindigen van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap door overlijden: het tijdstip van overlijden; en

b. in geval van beëindiging van het huwelijk door echtscheiding: het tijdstip van indiening van het verzoek tot echtscheiding.

3.16 In het tweede lid van art. 1:142 BW is vervolgens onder meer bepaald dat van het eerste lid, aanhef en onder b, bij op schrift gestelde overeenkomst kan worden afgeweken. Dat betekent dat het in art. 142 lid 1 onder b BW genoemde tijdstip niet van dwingendrechtelijke aard is.

3.17 De wetgever omschrijft in de memorie van toelichting de ‘samenstelling’ en de ‘omvang’ van het te verrekenen vermogen als volgt:²⁷

“Onder «samenstelling» van het te verrekenen vermogen wordt verstaan het antwoord op de vraag welke goederen en schulden deel uitmaken van het te verrekenen vermogen. Onder «omvang» van het te verrekenen vermogen wordt verstaan het in geld uitgedrukte bedrag van het verschil tussen de waarde van de te verrekenen goederen en het bedrag van de daarop in mindering te brengen schulden. Indien tot het te verrekenen vermogen geen schulden behoren, is de omvang van de verrekenplicht gelijk aan de waarde van de te verrekenen goederen.”

3.18 Wat betreft de peildatum bij echtscheiding is voor de *samenstelling* van het betrokken vermogen het indieningstijdstip van het verzoek tot echtscheiding zowel bij een huwelijksgoederengemeenschap (art. 1:99 lid 1 onder b BW) als bij een finaal verrekenbeding (art. 1:142 lid 1 onder b BW) beslist.²⁸ In het kader van de *omvang* van het te verrekenen vermogen bestaat echter een verschil met de verdeling van een (daadwerkelijke) gemeenschap. Bij verdeling van een gemeenschap wordt voor de omvang van het vermogen (de waarde per saldo) in beginsel uitgegaan van het moment waarop de verdeling daadwerkelijk plaatsvindt. Uit rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat van deze hoofdregel kan worden afgeweken door een nadere afspraak van partijen of op grond van de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld wanneer de verdeling van de huwelijksgemeenschap wordt getraineed teneinde van de waardestijging van goederen te kunnen profiteren.²⁹ Om discussie te voorkomen over de vraag of om redenen van redelijkheid en billijkheid zou moeten worden afgeweken van het tijdstip van verdeling, heeft de wetgever voor de verrekening opgenomen dat de echtgenoten vanaf de in art. 1:142, eerste lid, BW genoemde tijdstippen niet meer in de waardeontwikkeling van de tot het te verrekenen vermogen behorende goederen delen. De wetgever merkt hierbij op dat de bepaling

24 Zie ook *Kamerstukken II 2000/01, 27 554*, nr. 3, p. 20 en de conclusie van toenmalig plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense onder 8 vóór HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9781, NJ 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstappen.

25 Bepalingen in de Wet regels verrekenbedingen waarvan volgens de wet niet bij huwelijkse voorwaarden kan worden afgeweken zijn (zie hierover ook *Kamerstukken II 2000/01, 27 554*, nr. 3, par. 9 (MvT, p. 9-10); art. 1:138 lid 2 BW, art. 139 lid 2 en lid 3 BW, art. 1:140 lid 1 en lid 2 BW, art. 1:141 lid 6 BW en art. 1:143 lid 1 tot en met lid 3 BW).

26 Zie *Kamerstukken II 2000/01, 27 554*, nr. 3, p. 18 (toelichting op art. 142).

27 Zie vorige voetnoot.

28 Zie ook W. Burgerhart, ‘Peildatum bij echtscheiding’, *WPNR* 2013/6959, p. 45.

29 Zie *Kamerstukken II 2000/01, 27 554*, nr. 3, p. 18 met verwijzing naar een vijftal uitspraken van de HR en Asser/De Boer, *Kolkman & Salomons 1-II 2016/522* en 357 met verwijzing naar jurisprudentie.

ziet op verrekening en niet op verdeling en volgt:³⁰

“Er is geen gemeenschap, geen mede-eigendom. In geval van gemeenschap worden de deelgenoten tegen benadelende handelingen beschermd door de regels van titel 7 boek 3 BW. Dergelijke regels gelden niet voor verrekenbedingen. Het uitgangspunt dat geldt bij mede-eigendom, dat men deelt in de waardestijging en in de waardedaling, behoeft daarom niet zonder meer te gelden voor verrekening. Uit de bedoelingen van het verrekenbeding kan naar mijn mening ook niet worden afgeleid dat het delen in waardestijgingen en waardedalingen na het moment dat duidelijk is geworden dat aan de verrekening een einde zal komen, van zelf spreekt. (...)”

3.19 Volgens Burgerhart is in dit citaat het vermogensrechtelijke onderscheid tussen een verrekening en een verdeling aangegeven om voor verrekenbedingen af te wijken van de gemelde peildatumregel. Hij vraagt zich vervolgens af welke peildatumregel prevaleert indien de echtgenoten van het (goederenrechtelijke) basissysteem zijn afgeweken en voor de vermogensrechtelijke gevolgen van hun huwelijk hebben gekozen voor het (verbintenisrechtelijke) regime van de ‘alsof-gemeenschap van goederen’ (het finaal verrekenbeding). Hij schrijft hierover onder meer:³¹

“Legt men de nadruk op het overeengekomen finaal verrekenbeding, dan lijkt toepassing van art. 1:142 lid 1 letter b BW onontkoombaar, en wordt de waarde van het te verrekenen vermogen geschat naar het moment van indiening van het echtscheidingsverzoek. Benadrukt men de parallel met de wettelijke gemeenschap van goederen, dan ligt een ‘latere’ peildatum wellicht in de rede, waarbij men (tegen de achtergrond van de hiervoor bedoelde jurisprudentie) kan denken aan het moment van het feitelijke uiteengaan, oftewel de vaststelling (en/of betaling) van de finale verrekenordering.”

3.20 In deze zaak is in het hierboven onder 3.3 geciteerde artikel 16 lid 3 van de huwelijkse voorwaarden opgenomen dat “de verrekening plaats heeft naar de toestand ten tijde van de ontbinding van het huwelijk.” Hiermee is m.i. het door partijen overeengekomen tijdstip vastgesteld waarop de samenstelling en de omvang van het te verrekenen vermogen worden bepaald in geval van beëindiging van het huwelijk door echtscheiding en zijn partijen dus op de voet van art. 1:142 lid 2 BW bij op schrift gestelde overeenkomst afgeweken van het in art. 1:142 lid 1 onder b BW genoemde tijdstip. In de onderhavige zaak geldt dus als peildatum het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen tijdstip. Nu de echtscheidingsbeschikking op 24 augustus 2016 is

ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, is dat de peildatum voor de verrekening.³²

Rechtspraak Hoge Raad finaal verrekenbeding en vergoedingsrechten

3.21 In 2008 heeft de Hoge Raad een tweetal uitspraken gedaan die betrekking hebben op het finaal verrekenbeding. Deze uitspraken hebben in de literatuur geleid tot discussie over de vraag of bij een finaal verrekenbeding (zonder expliciete bepaling in de huwelijkse voorwaarden) plaats is voor analoge toepassing van vergoedingsrechten zoals in de wet opgenomen bij de gemeenschap van goederen.

HR 1 februari 2008³³

3.22 In de zaak die leidde tot de beschikking van de Hoge Raad van 1 februari 2008 ging het om een geschil tussen ex-echtgenoten over de vermogensrechtelijke afwikkeling van hun ontbonden huwelijk op grond van hun huwelijkse voorwaarden. In die voorwaarden was zowel een periodiek (Amsterdams) verrekenbeding opgenomen als een finaal verrekenbeding. Het periodiek verrekenbeding was tijdens het huwelijk niet nageleefd.³⁴ Het in die zaak in de huwelijkse voorwaarden opgenomen finaal verrekenbeding hield in dat ingeval het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden, tussen partijen moet worden verrekend alsof zij in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd met uitzondering van (onder meer) aangebrengsten ten huwelijk. De man bracht ten huwelijk een woning aan (de eerste woning). Deze vóór de huwelijksluiting door de man verworven woning was gefinancierd met een op naam van de man staande hypothecaire geldlening waarop partijen tijdens het huwelijk vanaf hun gezamenlijke rekening hebben afgelost. Toen de woning (waarin partijen ook al voor hun huwelijk samenwoonden) tijdens het huwelijk werd verkocht, realiseerde de man een overwaarde (de netto-opbrengst, te weten de opbrengst na aflossing van de hypothecaire geldlening). Deze overwaarde werd geïnvesteerd in een andere woning op beide naam (de tweede woning). Inzet van geschil tussen partijen was de (over)waarde van de eerste echtelijke woning. Tussen partijen wordt getwist over de vraag of de eerste woning een aangebrengst van de man bij het huwelijk is en of uit dien hoofde de waarde daarvan, in het bijzonder de voor de aankoop van de tweede woning bestede opbrengst daarvan, buiten de verrekening ingevolge het finaal verrekenbeding moet blijven.³⁵

3.23 Het hof oordeelde dat de eerste woning een aangebrengst van de man is, en dat aan de man de

32 Zie rov. 4.11 van het vonnis van de rechtbank van 26 april 2017. Deze peildatum is in hoger beroep niet bestreden.

33 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9781, NJ 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstappen.

34 Zie ook de conclusie van toenmalig plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense onder 1 vóór HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9781, NJ 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstappen.

35 Zie rov. 3.2 van de beschikking van 1 februari 2008, vindplaats hiervoor.

30 Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3 (MvT), p. 18-19.

31 Burgerhart, t.a.p., p. 45 en 46.

door hem bij de aankoop van de tweede woning ingebrachte netto-opbrengst van de eerste woning diende te worden vergoed, verminderd met de helft van de aflossingen die partijen tijdens het huwelijk van de gezamenlijke rekening hebben gedaan.³⁶

3.24 De Hoge Raad heeft het hier tegen ingestelde cassatieberoep verworpen en daartoe onder meer het volgende overwogen:

“3.4 (...) Het hof heeft zich, blijkens rov. 4.10, slechts beziggehouden met de vraag wat verrekening volgens het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen finale verrekenbeding meebrengt. Dat beding voorziet in een zodanige finale verrekening dat elk van de echtgenoten een waarde krijgt gelijk aan die waartoe hij gerechtigd zou zijn geweest indien er een algehele gemeenschap van goederen zou hebben bestaan, met uitzondering van, onder meer, de aanbrengraten. De door het hof bedoelde vergoeding aan de man heeft het hof kennelijk gezien als vergoeding op de voet van art. 1:95 lid 2 (reprise), verminderd met een door de man aan de pseudo-gemeenschap verschuldigde vergoeding op de voet van art. 1:96 lid 2 BW (récompense). Het hof heeft geen oordeel gegeven, en hoefde ook geen oordeel te geven, met betrekking tot de kwestie in hoeverre sprake is van overgespaarde inkomsten.

3.5 De onderdelen 2.1 en 2.2 betogen dat het hof in rov. 4.13 heeft miskend dat de vrouw naar rato van de gedane aflossingen moet meedelen in de waardestijging van de echtelijke woning, waarmee bedoeld wordt, naar de Hoge Raad begrijpt, de eerste woning. De onderdelen steunen blijkens nr. 2.6 van de toelichting op de opvatting dat tijdens het huwelijk met aanwending van overgespaarde inkomsten verrichte aflossingen op een schuld van een der echtgenoten die door hem voor de huwelijkssluiting is aangegaan ten behoeve van de aanschaf van een door hem ten huwelijk aangebrachte zaak, meebrengen dat de waarde van die zaak naar rato van die aflossingen tot het ingevolge een verrekenbeding te verrekenen vermogen gaat behoren. Het gaat in deze zaak evenwel slechts om de gevolgen van een finaal verrekenbeding dat voorziet in een verrekening op basis van een pseudo-gemeenschap van goederen, waarbij ter bepaling van het te verrekenen vermogen een andere benadering geboden is dan die van art. 1:141 lid 3 BW. Ook deze onderdelen en de corresponderende motiveringsklacht in de toelichting daarop missen dan ook doel.”

HR 26 september 2008³⁷

3.25 In deze zaak ging het om een geschil tussen ex-echtgenoten die met elkaar gehuwd waren geweest op huwelijkse voorwaarden met een finaal

verrekenbeding, inhoudende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen, met de bepaling dat partijen bij ontbinding van het huwelijk afrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In verband met een aan de vrouw vóór het huwelijk overkomen ongeval, is aan haar een immateriële schadevergoeding uitgekeerd ten bedrage van f 300.000. De vrouw heeft van dit bedrag tijdens het huwelijk een perceel grond gekocht, waarop later de voormalige echtelijke woning is gebouwd. Aangezien de letselschade-uitkering aan haar was verkocht, stelde de vrouw dat dit ook gold voor het perceel, zodat het buiten de finale verrekening zou blijven. De rechtbank verwierp deze stelling. Naar aanleiding van de daartegen door de vrouw aangevoerde grief overwoog het hof (onder meer) dat niet valt in te zien dat het perceel grond een zodanig nauwe binding met de vrouw vertoont dat ‘een of meer van de aan het vallen in de gemeenschap verbonden gevolgen’ niet kunnen intreden op grond van het bepaalde in art. 1:94 lid 3 (oud) BW (zie thans art. 1:94 lid 5 BW).³⁸ De daartegen gerichte cassatieklachten werden verworpen. Met betrekking tot de cassatieklacht dat het hof zonder enige motivering aan de vrouw een vergoedingsrecht heeft ontzegd ter zake van de door haar uit haar privévermogen (de letselschade-uitkering) gedane investering, oordeelde de Hoge Raad:

“3.7 (...) Het verrekenbeding dat partijen zijn overeengekomen houdt in dat zij aan het einde van hun huwelijk hun privévermogens verrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen gehuwd zijn. Het gaat om een finaal verrekenbeding dat klaarblijkelijk ertoe strekt dat partijen afrekenen door de waarde van de beide vermogens op de peildatum bij elkaar op te tellen en de som daarvan – vanwege de overeengekomen fictie dat zij op dat moment in gemeenschap van goederen gehuwd zijn – bij helfte te delen, zodat degene van wie het privévermogen minder waard is dan de helft van de waarde van beide vermogens, een vordering ten belope van het verschil verkrijgt op de ander. Het beding bevat dus niets anders dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en heeft niet tot gevolg dat de partijen bij de verrekening ervan dienen uit te gaan dat tijdens het huwelijk of op het moment van de verrekening tussen hen daadwerkelijk een gemeenschap bestaat. Daarom vindt bij deze verrekening art. 1:95 lid 2 geen toepassing. Die bepaling gaat immers uit van het daadwerkelijk bestaan van een gemeenschap. De genoemde analogie brengt wel mee dat moet worden aangenomen dat buiten de verrekening vallen goederen die bij het bestaan van een gemeenschap tussen de partijen daarbuiten zouden zijn gevallen (zoals goederen als bedoeld in art. 1:94 lid 1, 3 en 4). Ook partijen kunnen in hun huwelijkse voorwaarden een re-

³⁶ Zie vorige voetnoot.

³⁷ HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, NJ 2009/40 m.nt. L.C.A. Verstappen.

³⁸ Zie rov. 3.2 van het in de vorige voetnoot genoemde arrest.

geling treffen op grond waarvan bepaalde goederen van de verrekening worden uitgezonderd. De vrouw heeft naar het kennelijke oordeel van het hof in dit verband niets aangevoerd waaruit zou kunnen worden afgeleid dat van een dergelijke uitzondering sprake is. Daarom is in het onderhavige geval geen andere conclusie mogelijk dan dat partijen, zoals het hof heeft aangenomen, ieder hun gehele vermogen in de afrekening behoren te betrekken. Voor het aannemen van een 'vergoedingsrecht' ter zake van het door haar gekochte perceel als door de vrouw is bepleit, bestaat dus geen enkele grond."

Verhouding tussen HR 1 februari 2008 en HR 26 september 2008

3.26 In de literatuur is de vraag gerezen hoe de hiervoor weergegeven uitspraken van de Hoge Raad uit 2008 zich tot elkaar verhouden.³⁹

3.27 Verstappen⁴⁰ merkt in zijn annotatie bij de uitspraak van 26 september 2008 op dat die uitspraak moeilijk in overeenstemming is te brengen met de uitspraak van HR 1 februari 2008. Volgens hem had de Hoge Raad met evenveel recht kunnen redeneren dat naar analogie met de huwelijksgemeenschap ook reprises en récompenses als bedoeld in de art. 1:95 lid 2 en 1:96 lid 2 (oud) BW (thans art. 1:96 leden 4 en 5 BW, toev. A-G) in aanmerking zouden moeten worden genomen omdat partijen door die verrekenafpraak juist hebben willen aansluiten bij de regels die voor de huwelijksgemeenschap gelden. Verstappen mist de inhoudelijke onderbouwing voor de door de Hoge Raad gevolgde a contrario redenering. Hij schrijft verder dat hij geen argumenten heeft kunnen bedenken waarom de Hoge Raad in het arrest van 26 september 2008 een vergoedingsvordering op grond van art. 1:95 lid 2 BW radicaal afwijst (vanwege de aard van het finale verrekenbeding), terwijl hij in de uitspraak van 1 februari 2008 vergoedingsrechten en plichten op grond van art. 1:95 lid 2 en 96 lid 2 juist wel aanvaardt in geval van uitvoering van een soortgelijk alsof-verrekenbeding. De uitspraken spreken elkaar volgens Verstappen tegen.

3.28 Zeer kritisch is Kraan.⁴¹ Volgens hem is de Hoge Raad in zijn arrest van 26 september 2008 in rov. 3.7:

"totaal in verwarring geraakt. Als de echtgenoten afspreken dat zij bij de ontbinding van het huwelijk zullen verrekenen alsof zij in gemeenschap van goederen waren getrouwd, wordt een ge-

meenschap bij wijze van verrekening in het leven geroepen. Daarbij moet worden nagegaan wat op grond van de regels van de wettelijke gemeenschap tot die (fictieve) gemeenschap aan bezittingen en schulden behoort. Daarbij kan wel degelijk sprake zijn van een vergoedingsrecht. Zoals de Hoge Raad zelf aangeeft, blijven bijvoorbeeld onder de uitsluitingsclausule verkregen goederen buiten de verrekening.⁴² Zou de Hoge Raad dan menen dat, indien echtgenoot A met geld dat hij onder de uitsluitingsclausule heeft verkregen een goed koopt dat tot het gemeenschappelijk vermogen behoort omdat meer dan de helft van de aankoopssom met gemeenschappelijk vermogen is gefinancierd, geen vergoedingsrecht heeft? Zou de Hoge Raad ook menen dat de aflossing uit het privévermogen van een gemeenschapsschuld geen vergoedingsrecht oplevert omdat niet 'daadwerkelijk' een gemeenschap bestaat? Natuurlijk is dat niet juist."

3.29 Kraan meent dat de Hoge Raad in zijn beschikking van 1 februari 2008 "nog helemaal geen moeite had met vergoedingsrechten", ook al was van een 'daadwerkelijke' gemeenschap geen sprake. Hij leidt dat af uit de omstandigheid dat de Hoge Raad, die bij gebreke van een klacht geen oordeel behoefde te geven over vergoedingsrechten, wel opmerkt dat het hof deze vergoedingsrechten bij de afwikkeling van een pseudogemeenschap van goederen 'kennelijk' gezien had als vergoedingen op de voet van art. 1:95, lid 2 (reprise) en art. 1:96, lid 2 (récompense). Dat maakt, aldus Kraan, de latere uitspraak van de Hoge Raad nog raadselachtiger.

3.30 Salomons⁴³ constateert allereerst dat de beslissing van de Hoge Raad is toegesneden op uitleg van de huwelijkske voorwaarden, waardoor de Hoge Raad niet toekomt aan de vraag of een vergoedingsrecht kan ontstaan als in gemeenschap gehuwde echtgenoten een goed dat door bijzondere verknochtheid buiten de gemeenschap valt, aanwenden ter verwerving van een goed dat niet als verknocht wordt beschouwd, en daardoor wél in de gemeenschap valt. De uitleg van de huwelijkske voorwaarden dat partijen met het finale verrekenbeding slechts zouden hebben beoogd om een methode van verrekening af te spreken, naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en dat partijen daarbij niet mede een plaats (geacht moeten worden te) hebben willen inruimen voor art. 1:95 lid 2 BW (oud, toev. A-G) spreekt Salomons niet aan en hij deelt daarom de reserves van Verstappen en Kraan, die er beiden ook op wijzen dat de Hoge Raad in zijn uitspraak van 1 februari 2008 géén moeite had met (analogische) toepassing van art. 1:95 lid 2 BW op een beding in huwelijkske voor-

39 Deze literatuur wordt min of meer chronologisch weergegeven.

40 Annotatie L.C.A. Verstappen onder 16 en 19 bij HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, NJ 2009/40. Zie ook M.J.A. van Mourik, L.C.A. Verstappen & W. Burgerhart (m.m.v. J.G. Knot), *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding Deel A (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht)*, 2020/72.2.

41 C.A. Kraan, 'Verknochtheid en immateriële schadevergoeding', *FTV* 2009/6, par. 5. Zie ook C.A. Kraan m.m.v. S.H. Heijning en Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*, 2017, p. 286, waarin hij spreekt van een denkfout van de Hoge Raad.

42 Zie overigens voor een gemeenschap van goederen ontstaan na 1 januari 2018 art. 1:94 lid 2 onder a BW op grond waarvan erfrechtelijke verkrijgingen ook zonder uitsluitingsclausule in beginsel buiten de gemeenschap van goederen vallen.

43 Annotatie van F.R. Salomons, onder 4.7 en 4.8 in *AV&S* 2009/20 bij HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295.

waarden tot verrekening 'alsof er een gemeenschap van goederen zou hebben bestaan'.

3.31 Volgens Nuytinck⁴⁴ lijkt de zinsnede in rov. 3.7 van het arrest van 26 september 2008, inhoudende dat art. 1:95 lid 2 (oud) BW uitgaat van het daadwerkelijk bestaan van een gemeenschap, op het eerste gezicht in strijd te zijn met de uitspraak van 1 februari 2008, maar is daarvan bij nader inzien in het geheel geen sprake. Het cruciale verschil tussen de beide uitspraken is volgens hem erin gelegen dat in het geval van 1 februari 2008 alle aanbrengringen ten huwelijk, erfrechtelijke verkrijgingen en giften buiten de finale verrekening moesten blijven, terwijl in het geval van 26 september 2008 geen enkel goed buiten de finale verrekening moest blijven. In eerstgenoemd geval hadden partijen, aldus Nuytinck, dus in feite afgesproken dat zij met elkaar zouden afrekenen alsof tussen hen een gemeenschap van vruchten en inkomsten of van winst en verlies had bestaan, terwijl partijen in laatstgenoemd geval hadden afgesproken dat zij met elkaar zouden afrekenen alsof tussen hen de wettelijke (algehele) gemeenschap van goederen had bestaan.

3.32 Ook Vegter⁴⁵ is milder dan Kraan. Hij signaleert dat het arrest van 26 september 2008 kritisch is ontvangen in de literatuur. Het gaat z.i. echter te ver, mede gezien de uitgebreide motivering van de Hoge Raad, om het arrest te duiden als zou het berusten op een denkfout, zoals Kraan meent.⁴⁶ Volgens Vegter brengt de door echtgenoten gehanteerde analogie met de gemeenschap van goederen in de visie van de Hoge Raad slechts mee dat goederen die bij het bestaan van een gemeenschap tussen de partijen daarbuiten zouden zijn gevallen, buiten de verrekening vallen. Het hoeft z.i. geen betoog dat het arrest van de Hoge Raad het in voorkomende gevallen wenselijk doet zijn het alsof beding aan te vullen met een regeling inzake vergoedingsrechten en hij formuleert aan het slot twee alsof bedingen, waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de wettelijke gemeenschap van goederen.

3.33 M.i. is van tegenstrijdigheid tussen beide uitspraken geen sprake omdat de overeengekomen verrekenbedingen in beide zaken van elkaar verschillen. De uitleg van het desbetreffende verrekenbeding leidt in elk van beide zaken tot een bepaalde uitkomst die doorslaggevend is voor het gevolg. Daarbij komt het cassatietechnische punt van de omvang van de rechtsstrijd. Als, zoals in de zaak van 26 september 2008 het geval was, het tussen partijen overeengekomen verrekenbeding wordt uitgelegd als niet meer dan een methode van ver-

rekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en door een procespartij in appel niet (voldoende) is gesteld dat een regeling is getroffen op grond waarvan bepaalde goederen van de verrekening worden uitgezonderd, dan is een beoordeling van een eventueel vergoedingsrecht niet aan de orde. In dat licht dient de slotzin van rov.3.7 van het arrest van 26 september 2008 te worden gelezen.

3.34 In de uitspraken van de Hoge Raad uit 2008 speelde niet de vraag hoe de kwestie van een eventueel vergoedingsrecht dient te worden beoordeeld indien op grond van de huwelijkse voorwaarden buiten de finale verrekening gehouden bedragen (schenking; erfstelling etc.) tijdens het huwelijk zijn besteed aan consumptieve bestedingen.

In dat verband ga ik nader in op het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019,⁴⁷ dat betrekking heeft op een daadwerkelijke gemeenschap van goederen. De Hoge Raad heeft met dit arrest een eind gemaakt aan een langlopende controverse over de vraag of een echtgenoot een vergoedingsrecht (een 'reprise') heeft indien privévermogen van een echtgenoot (bijvoorbeeld ten gevolge van een erfenis of gift verkregen onder een uitsluitingsclausule) via de gemeenschap van goederen opgaat aan consumptieve bestedingen. Over deze kwestie – die veel voorkomt in de praktijk – waren feitenrechtspraak en literatuur verdeeld.⁴⁸

HR 5 april 2019

3.35 In de zaak die leidde tot het arrest van 5 april 2019⁴⁹ waren partijen in 1985 in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. De vrouw had in 2002, 2004 en 2006 onder uitsluitingsclausule (als bedoeld in art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW) schenkingen van in totaal € 30.000 ontvangen. De geschonken bedragen zijn steeds overgeboekt op de gemeenschappelijke, tot de huwelijksgemeenschap behorende bankrekening van partijen. Het huwelijk is in 2014 door echtscheiding ontbonden. Partijen verschillen van mening over de vraag of de vrouw recht heeft op restitutie van die bedragen uit de netto opbrengst van de echtelijke woning. De rechtbank heeft de vordering van de vrouw toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van de vrouw alsnog afge-

47 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, NJ 2019/225 m.nt. L.C.A. Verstappen; JPF 2019/42 m.nt. B.E. Reinhartz; AA20190384 m.nt. A.J.M. Nuytinck. Zie verder over het arrest o.m. P. Blokland, 'Roma locuta: de Hoge Raad geeft uitsluitel over uitsluitingsclausule, consumptie en reprise', FTV 2019/27; R.E. Brinkman, 'De uitsluitingsclausule op het scherp van de snede', WPNR 2019/7243; en C.M. Mellema & E.C. de Jong, 'De uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 in perspectief geplaatst: wat zijn de consequenties voor de rechtspraak?', Tijdschrift Relatierecht en Praktijk 2019/504.

48 Zie uitgebreid daarover de conclusie van A-G M.L.C.C. Lückers onder 2.10 e.v. vóór HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, NJ 2019/225 m.nt. L.C.A. Verstappen.

49 Zie voor de beschrijving van de zaak rov. 3.1 en rov. 3.2.2 van het arrest, vindplaats hiervoor, alsmede de inleiding van de conclusie van A-G M.L.C.C. Lückers voor dit arrest en de noot van Verstappen bij het arrest onder 2 en 3.

44 A.J.M. Nuytinck, 'Voortgezette verknochtheid en zaaksvangings in het huwelijksvermogensrecht', AA 2008, p. 810-811.

45 J.B. Vegter, 'Over de vormgeving van huwelijksvermogensrechtelijke finale alsof verrekenbedingen', WPNR 2018/7208, par. 3 en 10.

46 Vegter verwijst op deze plek naar CA. Kraan m.m.v. S.H. Heijning en Q.J. Marck, *Het huwelijksvermogensrecht*. (Boom juridische praktijkboeken), Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 286.

wezen. Volgens het hof is de stelling van de vrouw dat de met uitsluiting verkregen gelden zijn geïnvesteerd in de echtelijke woning, niet komen vast te staan. Het hof gaat ervan uit dat de bedragen zijn geconsumeerd, zijn opgemaakt aan bestedingen die geen aanleiding geven tot een vergoedingsrecht. Volgens het hof moet aangenomen worden dat de bedragen van de schenkingen door de vrouw zijn besteed aan de kosten van de huishouding. De vrouw heeft niet gesteld en aangetoond dat zij daarmee méér heeft bijgedragen aan die kosten dan haar draagplicht.

3.36 In het door de vrouw ingestelde cassatieberoep werd onder meer geklaagd dat het hof heeft miskend dat een echtgenoot die privévermogen in de gemeenschap heeft gestort, waardoor de gemeenschap is gebaat, een vordering ter hoogte van die storting krijgt op de gemeenschap, dat het daarbij niet van belang is waaraan de gelden vervolgens door of namens de gemeenschap worden besteed en dat het op de weg van de andere echtgenoot ligt om feiten en omstandigheden te stellen en te bewijzen die meebrengen dat de vordering op de gemeenschap is verminderd of tenietgegaan of niet geldend kan worden gemaakt.

3.37 Bij zijn beoordeling nam de Hoge Raad in rov. 3.3.2 onder meer tot uitgangspunt dat de door de vrouw ontvangen schenkingen van in totaal € 30.000 uitsluitend aan haar toekomen, nu die schenkingen zijn gedaan onder de in art. 1:94 lid 2, onder a, (oud) BW omschreven uitsluitingsclausule. Vervolgens overwoog de Hoge Raad als volgt:

“3.3.2 (...) Doordat de geschonken bedragen op een gemeenschappelijke bankrekening van partijen zijn overgeboekt, is het totaalbedrag van € 30.000, naar het in zoverre onbestreden oordeel van het hof, door vermenging tot het gemeenschapsvermogen gaan behoren (rov. 3.6.4.4). Het wettelijk stelsel van titel 7 van boek 1 BW brengt dan mee dat de vrouw als gevolg van deze vermogensverschuiwing in beginsel jegens de gemeenschap recht heeft op vergoeding van dat bedrag (vgl. art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 4 (voorheen lid 3) BW).

3.3.3 Het door de vrouw onder de uitsluitingsclausule verkregen bedrag van € 30.000 dat op de gemeenschappelijke bankrekening van partijen is overgeboekt, is volgens de vaststelling van het hof (rov. 3.6.4.5 en 3.6.4.7) aangewend voor diverse bestedingen. Die omstandigheid doet echter op zichzelf niet af aan het vergoedingsrecht van de vrouw zoals hiervoor in 3.3.2 (slot) omschreven, omdat het erom gaat of die bestedingen betrekking hadden op gemeenschapsschulden dan wel op privéschulden van de vrouw.

Voor zover uit het gemeenschapsvermogen (de gemeenschappelijke bankrekening waarop het bedrag van € 30.000 is overgeboekt) gemeenschapsschulden zijn voldaan, brengt dat geen wijziging in het recht van de vrouw op vergoeding als bedoeld aan het slot van 3.3.2 hiervoor.

Dan geldt immers nog steeds dat de gemeenschap is gebaat door het aan de vrouw toekomende bedrag van € 30.000.

Voor zover echter uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan, is zij op grond van art. 1:96 lid 5 (voorheen lid 4) BW gehouden tot vergoeding van het daarmee gemoeide bedrag aan de gemeenschap. In dat geval zal de hiervoor in 3.3.2 (slot) bedoelde vergoedingsvordering van de vrouw verrekend kunnen worden met haar schuld uit hoofde van art. 1:96 lid 5 BW.

3.3.4 Uit de regel van art. 1:94 lid 5 (oud) BW dat alle schulden van ieder van de echtgenoten tot de huwelijksgemeenschap behoren, met uitzondering van de aldaar onder a en b genoemde schulden en van de in art. 1:94 lid 3 (oud) BW (thans lid 5) bedoelde schulden die aan een van de echtgenoten zijn verknocht, volgt het vermoeden dat de tijdens huwelijk uit het gemeenschapsvermogen voldane schulden gemeenschapsschulden zijn. Daarbij verdient opmerking dat in geval van een huwelijksgemeenschap ook uitgaven in verband met consumptieve bestedingen zijn aan te merken als voldoening van gemeenschapsschulden. Hetzelfde geldt voor uitgaven in verband met de kosten van de huishouding als bedoeld in art. 1:84 BW, ongeacht hoe ingevolge deze bepaling de draagplicht ter zake van die kosten tussen de echtgenoten verdeeld is.

In dit geval, waarin uitgaven zijn gedaan van de gemeenschappelijke bankrekening van partijen, geldt dus ten gunste van de vrouw het vermoeden dat deze uitgaven betrekking hebben gehad op gemeenschapsschulden, hetgeen meebrengt dat het vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap door die uitgaven niet aangetast is (zie hiervoor in 3.3.3). Het ligt op de weg van de andere echtgenoot, de man in dit geval, om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen op grond waarvan het vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap niet (of niet volledig) geldend kan worden gemaakt. Dat is bijvoorbeeld het geval voor zover uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan (zie hiervoor in 3.3.3), of indien uitdrukkelijk of stilzwijgend is afgesproken dat de vrouw met betrekking tot bepaalde uitgaven ter zake van gemeenschapsschulden geen aanspraak op vergoeding heeft, ook al zijn die uitgaven geheel of ten dele gefinancierd uit aan haar toekomend vermogen. (...).”

Arrest HR 5 april 2019 van overeenkomstige toepassing op finaal verrekendbeding?

3.38 Genoemd arrest betrof, als gezegd, een ‘echte’ gemeenschap van goederen. De vraag die in onderhavige zaak mede aan de orde is, is of het arrest ook van overeenkomstige toepassing is of kan

zijn bij de afwikkeling van een 'alsof' gemeenschap van goederen.

Of zoals Reinhartz het verwoordt: wordt de pseudo-gemeenschap vastgesteld overeenkomstig de regels van art. 1:94 BW e.v. of is art. 1:136 BW nog van toepassing? Zij stelt deze vraag naar aanleiding van een beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden van 8 oktober 2020⁵⁰ (dus een maand eerder gewezen dat het onderhavige bestreden arrest).⁵¹

In de zaak die tot deze beschikking van 8 oktober 2020 leidde, hadden partijen, die in 1996 onder uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap van goederen waren gehuwd, naast een periodiek verrekenbeding ook een finaal verrekenbeding in hun huwelijksvoorwaarden opgenomen. Dit finale verrekenbeding hield, kort samengevat, in dat bij ontbinding van het huwelijk, tussen partijen verrekening in geld zou plaatsvinden alsof een wettelijke algehele gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten had bestaan, waarbij de goederen buiten beschouwing worden gelaten die door de echtgenoten reeds zijn of nog zullen worden verkregen krachtens erfstelling, legaat of schenking. Het huwelijk is in 2019 ontbonden. Partijen hebben tijdens het huwelijk geen uitvoering gegeven aan het periodiek verrekenbeding. De man, die tijdens het huwelijk regelmatig schenkingen van zijn ouders had ontvangen, stelde vervolgens, met een beroep op het hiervoor aan bod gekomen arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019, dat deze schenkingen tot een pseudo-reprise aanleiding geven, ook al zijn de gelden niet meer op de spaarrekening aanwezig.

3.39 Het hof oordeelde daarover als volgt:

"5.3. De man heeft zich op het standpunt gesteld dat de door hem van zijn ouders ontvangen schenkingen alleen aan hem toekomen en niet voor verrekening op grond van het finale verrekenbeding in aanmerking komen. Uiteindelijk zou hem dit bedrag vergoed moeten worden.

5.4. Ook bij een finaal verrekenbeding, waarin is bepaald dat van de finale verrekening een aantal zaken is uitgezonderd, geldt als uitgangspunt dat het op de peildatum aanwezige vermogen voor verrekening in aanmerking komt, en dat het op de weg ligt van de partij die stelt dat een bepaald goed niet tot het te verrekenen vermogen behoort, om zijn stelling aannemelijk te maken. Dit volgt ook uit de bewijsregel van artikel 1:136 lid 2 BW, die geldt voor zowel finale als periodieke verrekenbedingen.

5.5 Tussen partijen is niet in geschil dat de man tijdens het huwelijk en tot aan de peildatum in termijn een bedrag van € 92.400,- geschonken heeft gekregen. In beginsel zou dit bedrag daarom ingevolge artikel 8 lid 2 van de huwelijksvoorwaarden buiten de (finale) verrekening die-

nen te blijven. Beide partijen zijn het er echter ook over eens dat dit bedrag op de peildatum niet meer aanwezig was. De vrouw heeft in dat verband nog gesteld dat er zelfs een negatief spaarsaldo was, hetgeen door de man niet is weersproken. Uit de stellingen van de man kan het hof evenmin afleiden dat de geschonken gelden aantoonbaar kunnen worden herleid tot bepaalde goederen, die om die reden (gedeeltelijk) buiten de verrekening zouden moeten blijven. De man stelt immers niet meer – en zonder nadere onderbouwing – dan dat het geld is aangewend voor gemeenschappelijke doeleinden, waaronder de kosten van de huishouding. Geconcludeerd moet dan ook worden dat het geschonken bedrag geen onderdeel meer uitmaakt van het op de peildatum aanwezige verrekenbare vermogen, zodat dit ook niet in de verrekening kan worden betrokken op de wijze zoals de man dat wil. Voor zover de man heeft willen betogen dat hij, bij het ontbreken van saldo van het te verrekenen vermogen, om die reden een vergoedingsrecht heeft op de vrouw, vindt deze stelling geen steun in het recht. Dit zou zich bovendien moeilijk verdragen met artikel 3 van de huwelijksvoorwaarden van partijen waarin is bepaald dat partijen bij het ontbreken van voldoende inkomen om te voorzien in de kosten van de huishouding, hun privévermogen dienen aan te spreken.

Vergoedingsvordering

5.6 Vervolgens dient te worden beoordeeld of de man op een andere door hem gestelde grond een vordering heeft, in die zin dat van het saldo van al hetgeen partijen gemeenschappelijk hebben eerst een bedrag van € 92.400,- toekomt aan de man, zoals de man heeft verzocht. Aangezien partijen slechts een (eenvoudige) gemeenschap hebben voor wat betreft de woning, gaat het hof er van uit dat de man zijn vordering op deze gemeenschap zou willen verhalen.

(...)

5.8 De vergelijking die de man maakt met de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 gaat naar het oordeel van het hof echter niet op. In de zaak die ten grondslag lag aan de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 was sprake van een huwelijks-gemeenschap en was privé-geld van de vrouw gestort op de en/of-rekening van partijen. De Hoge Raad heeft in die zaak geoordeeld dat de vrouw door deze vermogensverschuiving in beginsel recht had op een reprise zoals staat omschreven in het op een huwelijks-gemeenschap toepasselijke artikel 1:95 lid 2 BW (oud) (thans artikel 1:96 lid 3 BW) [bedoeld zal zijn art. 1:96 lid 4 BW; toev. A-G], omdat ervan uit mocht worden gegaan dat de gelden vervolgens zijn aangewend om gemeenschapsschulden te voldoen, waardoor de gemeenschap was gebaat. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van een huwelijksgoederengemeenschap en dus evenmin van voldoening van gemeenschapsschulden met privévermogen van

50 ECLI:NL:GHARL:2020:8203.

51 B.E. Reinhartz, 'Enkele gedachten over finale afrekening bij echtscheiding', in: J.W. van den Berge e.a., *Straaten in het notariële rechtsverkeer* (Ars Notarius nr. 174), Deventer: Wolters Kluwer 2021/16.4.

de man waardoor een gemeenschap zou zijn gebaat. Voor zover de man een parallel heeft willen trekken met dit arrest vanwege het feit dat partijen in ieder geval een eenvoudige gemeenschap (van woning) hadden, gaat ook dit niet op. De man heeft immers niet gesteld dat de geschonken bedragen ten goede zijn gekomen aan de eenvoudige gemeenschap (van woning), maar heeft betoogd dat deze aan consumptieve uitgaven zijn besteed. Waarom de man, in weerwil van de in de huwelijkse voorwaarden overeengekomen uitsluiting van elke gemeenschap van goederen, daarom een vordering op de eenvoudige gemeenschap van woning zou hebben ter zake door hem gedane consumptieve uitgaven heeft de man niet onderbouwd. Ten overvloed merkt het hof op dat de man ook het karakter van de uitgaven (consumptief of privé) niet met nadere stukken heeft onderbouwd.

5.9 Het hof neemt dan ook geen vergoedingsrecht jegens de eenvoudige gemeenschap aan op deze door de man gestelde grond.”

3.40 Het hof bekrachtigde vervolgens de uitspraak van de rechtbank dat aan de man geen vergoedingsrecht toekomt.

3.41 Reinhartz bekritiseert in de eerste plaats de toepassing door het hof van art. 1:136 lid 2 BW op een finaal verrekenbeding.⁵² Volgens haar staat deze bepaling weliswaar in de algemene bepalingen met betrekking tot verrekenbedingen zodat het niet is beperkt tot periodieke verrekenbedingen, maar moet art. 1:136 BW in verbinding met art. 1:141 lid 3 BW worden gelezen, dat juist niet van toepassing is bij een als-of-beding.⁵³ Dat betekent volgens Reinhartz dat ook art. 1:136 BW niet van toepassing kan zijn. Bij een als-of-beding gaat het er immers om dat moet worden vastgesteld wat in die pseudo-gemeenschap zou vallen. In dat kader wordt de zaaksvervangings geregeld door art. 1:95 BW, dat in titel 1.7 BW staat, en niet door art. 1:136 BW, dat in titel 1.8 staat. In haar bijdrage in de ‘Van Straaten-bundel’ wijst Reinhartz in dit verband op de hierboven besproken beschikking van de Hoge Raad van 1 februari 2008. De Hoge Raad had in die uitspraak volgens Reinhartz duidelijk aangegeven dat bij een als-of-beding de waarde van de pseudo-gemeenschap moet worden vastgesteld aan de hand van art. 1:94 e.v. BW en noemt de uitspraak van het hof – indien het hof daar kennelijk niet van uitgaat – dan ook in zoverre opmerkelijk.

52 Zie haar in de vorige voetnoot genoemde bijdrage alsmede haar annotatie bij genoemde beschikking van het hof in *JPF* 2021/42. Zie over het bewijsvermoeden van art. 1:136 lid 2 BW (en het bewijsvermoeden van art. 1:141 lid 3 BW) in het kader van de afwikkeling van een niet uitgevoerd *periodiek* verrekenbeding onder verwijzing naar eerdere rechtspraak recentelijk de beschikking van de Hoge Raad van 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1922, rov. 3.1.2 en 3.1.3.

53 Zij verwijst hierbij naar haar annotatie bij HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:637 in *JPF* 2019/67. Zie wat betreft het niet van toepassing zijn van art. 1:141 lid 3 BW bij een als-of-beding ook HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9781, *NJ* 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstappen, rov. 3.4 en 3.5.

3.42 Vervolgens gaat Reinhartz in haar annotatie in op de afwijzing door het hof van de (analoge) toepassing van het arrest van [5] april 2019. Volgens haar betekent het aan de orde zijnde finaal als-of-beding dat men rekenkundig het saldo van de pseudo-gemeenschap moet vaststellen. Bij de berekening van dat saldo zijn dan h.i. ook eventuele vergoedingsrechten relevant, zoals de reprise waarop de man zich beroept – zij noemt dit een “pseudo-reprise” – en acht het terecht dat de man zich daarop beroept. In haar bijdrage in de ‘Van Straaten-bundel’ stelt Reinhartz dat in gevallen van privé-eigendom die partijen van de finale verrekening hebben uitgesloten (zoals aanbrengsten, of de erfenissen en giften (al dan niet onder uitsluitingsclausule)), er geen reden is om deze slechts buiten de als-of-verrekening te houden als deze goederen nog voorhanden zijn. Bij de uitwerking hiervan speelt volgens Reinhartz de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 wel degelijk een rol en dient er bij het finaal verrekenbeding ruimte te zijn voor een ‘pseudo-reprise’:

“(…) Ten aanzien van deze goederen kan – net als bij de goederenrechtelijke gemeenschap van goederen – wel de zaaksvervangingsregel van art. 1:95 lid 1 BW worden toegepast ten aanzien van de pseudo-gemeenschap, in combinatie met de reprise- en récompense-regels zoals die wij kennen uit de wettelijke gemeenschap van goederen. Derhalve ook inclusief de uitwerking door de Hoge Raad in zijn uitspraak van 5 april 2019 ECLI:NL:HR:2019:504, waar sprake was van een vergoedingsrecht omdat privévermogen was aangewend om gemeenschapsschulden te betalen. Bij een finaal als-of-beding zou er daarom ook in dit geval ruimte moeten zijn voor een pseudo-reprise, tenzij er – zoals ook genoemd in de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 – reden is om aan te nemen dat een deel van dit privévermogen had moeten worden aangewend ter voldoening van de huishoudkosten. Na een eventuele correctie op grond van de huishoudkostenregels kan de echtgenoot zijn pseudo-reprise gewoon inbrengen in de berekening van de waarde van de pseudo-gemeenschap: als er bijvoorbeeld sprake is van een pseudo-reprise van € 50.000, terwijl de waarde van de pseudo-gemeenschap zonder die pseudo-reprise € 250.000 bedraagt, dan is de netto-waarde van de pseudo-gemeenschap nog maar € 200.000, waarvan beiden de helft moeten krijgen. De € 50.000 blijven dan buiten de verrekening.”

Tussenconclusie

3.43 Samenvattend kan worden opgemerkt dat in de literatuur sympathie bestaat voor de opvatting dat bij de afwikkeling van een in de huwelijkse voorwaarden opgenomen als-of-gemeenschap van goederenbeding ook eventuele vergoedingsrechten worden betrokken, naar analogie van vergoedingsrechten van de wettelijke gemeenschap van goederen. Kraan en Salomons hebben deze analoge toepassing in 2009 vanuit het systeem en de redelijkheid bepleit.

Reinhartz haakt vervolgens bij de uitwerking van deze analoge toepassing ook aan bij het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019.

Partijdebat

3.44 De man heeft in eerste aanleg gesteld dat het door hem geschonken en geërfd vermogen grotendeels is geïnvesteerd in zijn woning – tijdens de comparitie is dit bedrag door hem op € 46.000 begroot – en dat dit tot een waardevermeerdering van de woning heeft geleid.⁵⁴

3.45 De vrouw heeft hiertegen gemotiveerd verweer gevoerd en gesteld dat de door de man uit erfenis of schenking verkregen gelden tijdens het huwelijk grotendeels zijn aangewend voor de kosten van de huishouding. Voor zover deze gelden aan de woning zijn besteed, heeft dit volgens de vrouw niet tot een waardevermeerdering van de woning geleid.⁵⁵

3.46 De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 26 april 2017 in rov. 4.10 onder meer overwogen dat de tekst van de huwelijksvoorwaarden er niet op duidt dat, zoals de man stelt, de woning en de zaken verband houdend met de hobby's van partijen buiten de verrekening dienen te blijven en dat de man ook niet concreet heeft gesteld waaruit deze (van de tekst van de huwelijksvoorwaarden afwijkende) bedoeling van partijen blijkt. In rov. 4.11 heeft de rechtbank geoordeeld dat bij de toepassing van het finaal verrekenbeding met de erfrechtelijke verkrijgingen enkel rekening kan worden gehouden als aannemelijk wordt gemaakt dat dat vermogen (eventueel door middel van zaaksvervanging) nog op de peildatum aanwezig is.

3.47 De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat de man zijn voornoemde stelling – dat hij met geërfd en/of geschonken vermogen waarde vermeerderende investeringen in de woning heeft gedaan – vooralsnog onvoldoende heeft onderbouwd. De man heeft volgens de rechtbank niet (bijvoorbeeld aan de hand van bankafschriften en/of facturen) onderbouwd en gespecificeerd gesteld (i) welke investeringen hij met behulp van het geschonken en/of geërfd vermogen in de woning heeft gedaan en (ii) welke waardevermeerdering van de woning dit tot gevolg heeft gehad. De man heeft vervolgens van de rechtbank de gelegenheid gekregen om bij akte zijn stelling nader te onderbouwen en de vrouw om hierop te reageren bij antwoordakte (rov. 4.20).

3.48 Na de hiervoor bedoelde aktewisseling heeft de rechtbank in het tussenvonnis van 28 maart 2018 de door de man aan de woning bestede gelden vastgesteld op in totaal € 41.159,94 (rov. 2.6.6) en de waarde van de woning die kan worden toegerekend aan de investeringen van de man met geërfd of geschonken vermogen op een bedrag van

€ 27.261,73, welk bedrag buiten de finale verrekening is gebleven (rov. 2.6.10).

Partijdebat in hoger beroep

3.49 De man heeft, voor zover thans van belang, de volgende grief (grief 4) geformuleerd:

“55. De Rechtbank heeft ten onrechte de berekeningen van de man in zijn conclusie van antwoord, waarbij de man de waarde van hetgeen hij sinds 2010 uit erfenis of schenking heeft verkregen in mindering brengt op het te verrekenen vermogen, niet gevolgd. Ten onrechte heeft de Rechtbank daarbij bepaald dat dit een onjuiste toepassing van het finaal verrekenbeding zou zijn. Ten onrechte heeft de Rechtbank vervolgens – met verwijzing naar artikel 16 lid 2 van de huwelijksvoorwaarden – bepaald dat met erfrechtelijke verkrijgingen alleen rekening kan worden gehouden als aannemelijk wordt gemaakt dat dat vermogen (eventueel door middel van zaaksvervanging) nog op de peildatum aanwezig is.”

3.50 In de toelichting op deze grief heeft de man onder meer naar voren gebracht dat alle door hem ontvangen erfenissen en schenkingen zijn ontvangen op een betaalrekening van de man bij de ING (Memorie van grieven, par. 58). Daarnaast heeft de man gesteld dat alle door hem ontvangen gelden, waaronder niet alleen zijn salaris, maar ook het door hem ontvangen schenkings- en erfenisgeld, zijn uitgegeven ten behoeve van het gezin en dat er op de rekeningen van de man op de peildatum geen positieve saldi aanwezig waren (par. 64). De man heeft zich op het standpunt gesteld dat het gehele bedrag van € 131.201,81 integraal aan hem dient toe te komen en dus ten gunste van hem in mindering had moeten worden gebracht op het te verrekenen vermogen. Hij heeft daarbij verwezen naar de toen nog lopende zaak bij de Hoge Raad (die heeft geleid tot het arrest van 5 april 2019) en heeft enkele passages geciteerd uit par. 2.13 van de destijds al genomen conclusie van A-G Lückers in die zaak (par. 69), waaronder haar standpunt – zakelijk weergegeven – dat zij (in het kader van voldoening van gemeenschapsschulden uit privé-vermogen) met Brederveld van mening is dat bij gebreke van een andersluidende afspraak of aantoonbare vrijgevigheid van de betreffende echtgenoot ter zake van tijdens het huwelijk plaatsgevonden consumptieve bestedingen, vergoedingsrechten bestaan die als schuld deel uitmaken van de ontbonden gemeenschap en dat in het geval de gelden zijn verteerd zijn door consumptieve uitgaven, dat in beginsel nog niet betekent dat die vergoedingsvordering niet kunnen worden verzilverd. Volgens de man is een en ander, hoewel betrekking hebbend op een huwelijksgoederengemeenschap, onverkort van toepassing op de onderhavige zaak waarin sprake is van een te verdelen “pseudo-gemeenschap” met daarvan – onder meer – uitgezonderd hetgeen door schenking of erfenis is verkregen.” (par. 70).

54 Zie rov. 4.18 van het vonnis van de rechtbank van 26 april 2017.

55 Zie rov. 4.19 van het vonnis van de rechtbank van 26 april 2017.

3.51 De vrouw heeft in hoger beroep het standpunt van de man betwist. Volgens haar geeft artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden aan hoe partijen dienen te verrekenen: al het vermogen telt mee, tenzij het is vermeld op de lijst van aanbrengsten of als is aangetoond dat het is verkregen middels erfenis/schenking (of daarmee is verbeterd). Alleen in zoverre spelen erfenissen en schenkingen een rol. Zo heeft de rechtbank het ook toegepast. Het ligt op de weg van de man aan te tonen welk deel van de € 131.201,81 hij heeft gebruikt of aangewend voor goederen die er op de peildatum waren. Toekenning van het totale bedrag zou volgens de vrouw volstrekt onredelijk en onbillijk zijn.⁵⁶

De man heeft, aldus de vrouw, in eerste aanleg gesteld dat hij vanuit hetgeen hij heeft verkregen uit schenkingen van zijn moeder en uit haar nalatenschap, een bedrag van € 49.068,72⁵⁷ heeft besteed aan (verbetering van) de woning en tevens erkend dat hij hetgeen hij heeft verkregen uit schenkingen van zijn moeder en uit haar nalatenschap, óók heeft aangewend voor de aanschaf van inboedel (hoeveel is volgens de vrouw onduidelijk)⁵⁸ en kosten huishouding (hoeveel is onduidelijk).⁵⁹ De man heeft, aldus de vrouw, blijkens de memorie van grieven tevens een deel aangewend voor zijn hobby (hoeveel is onduidelijk) en de aankoop van een [auto] (MvA van de vrouw, tevens houdende incidenteel appel, nr. 49).⁶⁰ Dat al deze gelden uit erfenis en schenkingen op de peildatum waren opgesoupeerd, zoals de man in zijn memorie van grieven aanvoert in punt 64, is derhalve volgens de vrouw heel goed mogelijk. Dit leidt, aldus de vrouw, echter niet zonder meer tot een vergoedingsrecht van € 131.201,81 dan wel € 84.782,27 (bij toewijzing van de grieven 1 en 10 van de man),⁶¹ dat (éérst) in mindering zou moeten strekken op het te verrekenen vermogen. Deze wijze van berekenen gaat volgens de vrouw veel te kort door de bocht, raakt kant noch wal en is ook een foutieve berekening (MvA van de vrouw, tevens houdende incidenteel appel, nr. 49).

De vrouw heeft wat betreft de kosten van de huishouding onder meer aangevoerd dat hetgeen door de man uit erfenis en schenkingen is aangewend voor kosten huishouding in casu nodig was omdat de inkomsten van partijen de huishoudelijke lasten niet dekten en dientengevolge het vermogen van de man hiertoe moest worden aangewend. Nu de vrouw geen vermogen had, is dit volgens haar niet in strijd geweest met artikel 8 van de huwelijkse voorwaarden. Er is door partijen naar evenredigheid van inkomsten en vermogen bijgedragen (MvA

van de vrouw, tevens houdende incidenteel appel, nr. 50).

3.52 In de spreekantekening van de vrouw⁶² ten behoeve van de mondelinge behandeling op 10 september 2020 wordt door de vrouw ingegaan op het op dat moment wel gewezen arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019 en staat in dat kader het volgende opgenomen:

“Geen vergoedingsrecht jegens de ‘gemeenschap’ (ook niet op basis van ECLI:NL:HR:2019:504)

De wet en de heersende jurisprudentie over vergoedingsrechten op een wettelijke gemeenschap van goederen, waarop mijnheer een beroep doet als grief 4 e.v., dienen in casu niet te worden gevolgd (want in casu is er geen algehele gemeenschap van goederen), maar *hetgeen tussen partijen contractueel is afgesproken in de huwelijkse voorwaarden* (waartoe de wet ook de mogelijkheid biedt!), in het bijzonder hoe bij finale verrekening moet worden omgegaan met schenkingen en erfenissen, en met de kosten huishouding. Hierover zijn nota bene specifiek afspraken gemaakt.

Anders dan in bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad betreft het in casu geen schenkingen onder uitsluitingsclausule gedaan, geen algehele gemeenschap van goederen, zijn de schenkings- en erfenisgeldten niet op een gemeenschappelijke bankrekening gestort en zijn de schenkings- en erfenisgeldten niet volledig aangewend voor het voldoen van gemeenschapsschulden (welke totaalbedrag ad € 131.201,81 mijnheer in casu wél ter zake vordert!), maar ook voor het verbeteren van zijn eigen woning (zie eerste aanleg), voor de aanschaf van inboedel (zie p-v zitting eerste aanleg 20 januari 2017), voor het kopen van een [auto], naar eigen zeggen, voor mijnheer zelf (zie memorie van grieven), en niet in de laatste plaats voor de grote collectie miniatuurauto's van mijnheer zelf. Een compleet andere situatie/casus dus. Als er al een vergoedingsrecht op de pseudogemeenschap zou bestaan – uitdrukkelijk quod non – dan is het exacte bedrag thans volstrekt niet duidelijk en komt dit alsdan voor rekening en risico van mijnheer. Hij dient immers zijn vordering concreet te maken en voldoende te onderbouwen.

Mijnheer probeert óók weer via deze weg, net als in eerste aanleg, het *volledige bedrag* dat hij uit erfenissen en schenkingen heeft ontvangen (1 op 1) buiten de verrekening te houden, maar zo werkt de afwikkeling huwelijkse voorwaarden niet. Éérst dient gekeken te worden wat er op de peildatum nog is aan vermogen (en schulden) en dan wat van wie is. Op grond van de huwelijkse voorwaarden geldt vervolgens afrekenen als ware een gemeenschap van goederen. Met erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen wordt énkelt rekening gehouden indien, in dit geval mijnheer, voldoende aanneemelijk maakt

⁵⁶ Zie rov. 5.13 van het eindarrest van het hof van 17 november 2020.

⁵⁷ Waarvan de rechtbank de door de man aan de woning bestede gelden heeft vastgesteld op in totaal € 41.159,94. Zie rov. 2.6.6 van het vonnis van de rechtbank van 28 maart 2018.

⁵⁸ De vrouw verwijst naar de conclusie van antwoord van de man, tevens conclusie van eis in voorwaardelijke reconventie, nr. 6 (processtuknummer 2 in het A-dossier).

⁵⁹ De vrouw verwijst naar de MvG van de man, nr. 91.

⁶⁰ Processtuknummer 18 in het A-dossier.

⁶¹ Zie MvG van de man, nr. 72-74.

⁶² Processtuknummer 23 in het A-dossier.

dat dat vermogen (eventueel door middel van zaaksvervanging) nog op de peildatum aanwezig is.”

Klachten van onderdelen 1-3 en behandeling

3.53 In *onderdeel 1* wordt geklaagd dat het hof met rov. 5.14 een onjuiste toepassing/uitleg geeft aan het finale verrekenbeding. Volgens het onderdeel komt bij een finaal verrekenbeding slechts het op de peildatum aanwezige vermogen voor verrekening in aanmerking en blijven vervolgens buiten deze verrekening: (i) de goederen die bij het bestaan van een gemeenschap tussen de partijen daarbuiten zouden zijn gevallen (zoals goederen als bedoeld in art. 1:94 lid 1, 3 en 4 BW) en (ii) de goederen waarvoor partijen in hun huwelijkse voorwaarden hebben geregeld dat zij van de verrekening worden uitgezonderd.⁶³ Het hof had dus, aldus het onderdeel, uitsluitend de tijdens het huwelijk door de man uit schenking en nalatenschappen ontvangen bedragen (hierna ook: erfgeden), buiten de verrekening mogen houden voor zover de man aanmerkelijk heeft gemaakt dat dat vermogen (eventueel door zaaksvervanging) nog op de peildatum aanwezig was.

Het onderdeel klaagt dat de door het hof gehanteerde uitleg voorts onjuist is, omdat die tot gevolg heeft dat het er niet toe doet waaraan de man zijn erfgeden heeft uitgegeven en de man, ook als hij de erfgeden voor zichzelf heeft gependend, het volledige bedrag alsnog zou mogen aftrekken van het door hem met de vrouw te verrekenen vermogen.⁶⁴

3.54 *Onderdeel 2* bevat (subsidiar) een motiveringsklacht inhoudende dat het hof in rov. 5.14 een onbegrijpelijke uitleg aan het finale verrekenbeding geeft en ook nalaat te motiveren waarom de tekst van de huwelijkse voorwaarden geen ruimte zou bieden voor de door de vrouw bepleite uitleg. Dat die ruimte er wel is, blijkt volgens het onderdeel uit een vijftal in de procesinleiding genoemde feiten en omstandigheden.⁶⁵

3.55 *Onderdeel 3*, dat uit diverse klachten bestaat, gaat uit van een tweetal lezingen van het oordeel van het hof.

Volgens *subonderdeel 3.1* is het oordeel van het hof onbegrijpelijk voor zover het hof mocht hebben bedoeld dat de man een vergoedingsrecht (van € 131.201,81) jegens de vrouw of de pseudo-gemeenschap toekomt dat in mindering komt op

het te verrekenen vermogen.⁶⁶ Het subonderdeel voert daartoe aan dat het hof geen enkel inzicht geeft in zijn gedachtegang waarom de man een vergoedingsrecht toekomt, terwijl aan de enkele omstandigheid dat de man die gelden krachtens erfrecht heeft verkregen die niet meer aanwezig zijn op de peildatum niet zonder meer de conclusie kan worden verbonden dat hij een vergoedingsrecht heeft dat (éerst) in mindering moet komen op het te verrekenen vermogen.⁶⁷

3.56 In *subonderdeel 3.2* wordt geklaagd dat het oordeel van het hof, eveneens onjuist, althans onvoldoende is gemotiveerd voor zover het hof heeft bedoeld dat de man een vergoedingsrecht jegens de vrouw of de pseudo-gemeenschap toekomt naar analogie van de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:504), omdat moet worden aangenomen dat de door hem tijdens het huwelijk ontvangen erfgeden zijn opgegaan aan consumptieve bestedingen en hem daarvoor een recht van reprise toekomt dat in mindering komt op het te verrekenen vermogen.

3.57 Deze klacht wordt verder uitgewerkt in de subklachten onder 3.2.1-3.2.3 van de procesinleiding.⁶⁸ Kern van het betoog in paragraaf 3.2.1 is dat de uitspraak van 5 april 2019 uitsluitend betrekking heeft op een echte/wettelijke huwelijksgemeenschap, en daarbuiten geen toepassing kan vinden en dat in de onderhavige zaak geen sprake is van een wettelijke huwelijksgoederengemeenschap. Ook zijn de erfgeden niet gestort op een gezamenlijke rekening maar op de bankrekening van de man. Er is dus geen sprake van voldoening van gemeenschapsschulden met privévermogen van de man, waardoor een gemeenschap zou zijn gebaat. Bovendien is, aldus nog steeds paragraaf 3.2.1, in HR 26 september 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BF2295) in rov. 3.7 geoordeeld dat een finaal verrekenbeding als hier aan de orde “niets anders [bevat] dan een methode van verrekening naar analogie van de verdeling van de gemeenschap van goederen en (...) niet tot gevolg [heeft] dat de partijen bij de verrekening ervan dienen uit te gaan dat tijdens het huwelijk of op het moment van de verrekening tussen hen daadwerkelijk een gemeenschap bestaat.” Daarom vindt volgens de Hoge Raad bij deze verrekening de reprise-regel geen toepassing.

Onder 3.2.2 wordt aangevoerd dat en waarom onjuist en onbegrijpelijk is dat de man *in het onderhavige geval* een vergoedingsrecht naar analogie van de uitspraak van 5 april 2019 zou (kunnen) toekomen, omdat artikel 6 van de huwelijkse voorwaar-

63 In de procesinleiding wordt in een voetnoot verwezen naar HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, NJ 2009/40, rov. 3.7; HR 26 juni 2015, HR:2015:1754, RvdW 2015/808, rov. 4.3.4, alsmede naar § 2.10 van de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Langemeijer.

64 In de procesinleiding wordt in een voetnoot verwezen naar MvG 49-50. Bedoeld zal zijn: de memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel, par. 49-50.

65 Procesinleiding, p. 5-6 onder a t/m e.

66 Het subonderdeel verwijst in voetnoot 13 van de procesinleiding naar een passage in de “akte HB man 10 september 2020 § 10.” Indien daarmee wordt bedoeld op de “akte ten behoeve van comparitie van partijen” van de zijde van de man, wijs ik erop dat het hof deze akte niet aan het dossier heeft toegevoegd vanwege strijd met de twee-conclusie-regel, zie rov. 1.4 van het eindarrest.

67 Verwezen wordt in een voetnoot naar de MvG 49, p. 22. Bedoeld zal zijn memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel, par. 49, p. 22.

68 Met verwijzingen naar vindplaatsen in de processtukken.

den [zo] uitgelegd zou moeten worden dat partijen aansluiting hebben willen zoeken bij het recht van reprise, nu de vrouw heeft gesteld dat het aannemen van een vergoedingsrecht zich niet verdraagt met artikel 8 van de huwelijkse voorwaarden.

Volgens paragraaf 3.2.3 is, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk, dat het hof aanneemt dat (behoudens de verbetering van de woning ad € 27.261,73) de erfelden door de man volledig aan consumptieve uitgaven ten behoeve van beide echtgenoten zijn besteed, nu dat door de vrouw gemotiveerd is betwist en zij er in het bijzonder op heeft gewezen dat ook uit de eigen stellingen van de man volgt dat hij de erfelden deels aan privébestedingen heeft uitgegeven.

3.58 M.i. ziet het oordeel van het hof dat het door de man uit erfstelling en schenking verkregen bedrag van € 131.201,81 buiten de verrekening dient te worden gehouden voorbij aan het volgende.

Uit artikel 16 lid 3 van de huwelijkse voorwaarden blijkt dat partijen zijn overeengekomen dat de verrekening plaats heeft naar de toestand ten tijde van de ontbinding van het huwelijk. Nu de echtscheidingsbeschikking op 24 augustus 2016 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, heeft die datum te gelden als peildatum voor het bepalen van de samenstelling en de omvang van het te verrekenenvermogen (zie hiervoor in 3.20).

Verder staat vast dat de man tijdens het huwelijk een bedrag van € 131.201,81 uit erfstelling en schenking heeft ontvangen, dat het aan de man geschonken en door hem geërfde vermogen is ontvangen op een betaalrekening van de man bij de ING en dat op de peildatum er op de rekeningen van de man geen positieve saldi waren.

3.59 Het hof heeft niet (kenbaar) de datum van 24 augustus 2016 als peildatum voor de verrekening tot uitgangspunt genomen.

Daarnaast heeft het hof geen acht geslagen op de gestelde omstandigheid dat het door de man verkregen bedrag uit erfstelling en schenking op de peildatum was uitgegeven (onder meer aan kosten van de huishouding). Dat het vermogen van de man meer is toegenomen dan met het bedrag van € 131.201,81, zoals het hof overweegt, doet dan ook niet ter zake.

Het hof laat verder na te motiveren waarom de tekst van de huwelijkse voorwaarden geen ruimte zou bieden voor de stelling van de vrouw dat alleen wat er resteert van erfstellingen en schenkingen, onmiddellijk of middellijk via zaaksvervangings, buiten de verrekening blijft.

3.60 Het oordeel van het hof geeft dan ook blijke van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

De klachten van de onderdelen 1 en 2 slagen in zoverre.

3.61 Het voorgaande laat echter onverlet dat het door de man geërfde en geschonken gekregen bedrag alsnog (gedeeltelijk) buiten de verrekening kan blijven indien het door zaaksvervangings nog op de peildatum aanwezig was. Evenmin valt uit te sluiten dat – hoewel daar gelet op de rechtspraak van de

Hoge Raad discussie over bestaat – vergoedingsrechten van de wettelijke gemeenschap van goederen van overeenkomstige toepassing kunnen zijn op (de afwikkeling van) een finaal verrekenbeding ook al hebben partijen daarover in de huwelijkse voorwaarden geen regeling opgenomen. Het komt daarbij ook aan op de uitleg van de huwelijkse voorwaarden. Zou worden aangenomen dat vergoedingsrechten van de wettelijke gemeenschap van goederen van overeenkomstige toepassing kunnen zijn op (de afwikkeling van) een finaal verrekenbeding, dan ligt het in de rede om naar analogie van HR 5 april 2019 aan te nemen dat pseudo-vergoedingsrechten (na een eventuele correctie op grond van de huishoudkostenregels) ook kunnen ontstaan indien vermogen dat ingevolge de huwelijkse voorwaarden buiten de finale verrekening zou blijven, was aangewend om pseudo-gemeenschapsschulden te voldoen. Onder voldoening van pseudo-gemeenschapsschulden zouden met overeenkomstige toepassing van het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019 ook uitgaven in verband met consumptieve bestedingen zijn aan te merken, alsmede uitgaven in verband met de kosten van de huishouding als bedoeld in art. 1:84 BW, ongeacht hoe ingevolge deze bepaling de draagplicht ter zake van die kosten tussen de echtgenoten verdeeld is.⁶⁹

3.62 De bestreden rov. 5.14 biedt echter geen enkel inzicht of het hof het oog heeft gehad op zaaksvervangings of dat het hof heeft bedoeld dat de man bij de berekening van de waarde van de pseudo-gemeenschap en het te verrekenen bedrag ingevolge het finaal verrekenbeding een vergoedingsrecht jegens de pseudo-gemeenschap toekomt naar analogie van de uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 (dus een pseudo-vergoedingsrecht), omdat moet worden aangenomen dat de door hem tijdens het huwelijk ontvangen erfelden zijn opgegaan aan consumptieve bestedingen en hem daarvoor naar analogie een recht van reprise toekomt dat in mindering komt op het te verrekenen vermogen.

In zoverre slagen ook de motiveringsklachten van 3.1 en 3.2.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 november 2020 en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/16/421582 / HA ZA 16-610 van de rechtbank Midden-Nederland van 9 november 2016, 26 april 2017, 28 maart 2018 en 3

⁶⁹ Vgl. HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, NJ 2019/225 m.nt. L.C.A. Verstappen, rov. 3.3.4.

oktober 2018 (aangevuld bij beslissing van 14 november 2018);

b. de arresten in de zaak 200.252.661 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 21 juli 2020 en 17 november 2020 (verbeterd bij beslissing van 20 april 2021).

De vrouw heeft tegen het arrest van het hof van 17 november 2020 beroep in cassatie ingesteld.

De man heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor de man toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot vernietiging van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 november 2020 en tot verwijzing.

De advocaat van de man heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 *Uitgangspunten en feiten*

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Partijen zijn in 1997 gehuwd op huwelijkse voorwaarden.

(ii) De man was toen eigenaar van een woning (hierna: de woning).

(iii) In de huwelijkse voorwaarden, inhoudende gemeenschap van inboedel, is onder meer het volgende opgenomen:

“Artikel 8

1. De kosten van de gemeenschappelijke huishouding (...) worden voldaan uit de netto-inkomens der echtgenoten naar evenredigheid daarvan; voor zover deze inkomens ontoereikend zijn, worden deze kosten voldaan uit ieders netto-vermogen naar evenredigheid daarvan.

(...)

Afrekening aan het einde van het huwelijk

Artikel 16

1. Ingeval het huwelijk door de dood wordt ontbonden vindt er verrekening plaats, zo, dat de langstlevende en de rechtverkrijgenden van de overleden echtgenoot gerechtigd zijn tot een waarde gelijk aan die, waartoe zij gerechtigd zouden zijn indien er de algehele gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten had bestaan.

2. Indien het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden (...) is lid 1 van dit artikel van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat in dat geval in de verrekening niet worden betrokken de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, en de op die verkrijgingen drukkende schulden, de wegens die verkrijgingen geheven belastingen, zoals successie-, schenkings- en overgangsrecht, met dien verstande, dat de inkomsten uit die goederen en de renten van die schulden, alsmede de kosten en lasten die uit die inkomsten plegen te worden voldaan, wel in de verrekening zullen worden betrokken; voorts worden niet in de berekening

betrokken de door hen ten huwelijk aangebrachte goederen, zoals vermeld op de aan deze akte gehechte en door de comparanten en mij, notaris, ondertekende staat.

3. De verrekening heeft plaats naar de toestand ten tijde van de ontbinding van het huwelijk.

(...)

(iv) In de aan de huwelijkse voorwaarden gehechte staat van aanbrenghen is opgenomen dat door de man ten huwelijk wordt aangebracht:

“Een vordering in contanten ten laste van [de vrouw], groot in hoofdsom f 62.500,-, welke vordering alleen opeisbaar wordt in de in artikel 16 lid 2 van de huwelijksvoorwaarden genoemde situatie. De vordering is berekend als volgt: waarde in het economisch verkeer [de woning]: f 265.000,- minus hypotheek in hoofdsom f 140.000,- resteert f 125.000,- gedeeld door twee is voormelde hoofdsom ad f 62.500,-”.

(v) De man heeft tijdens het huwelijk een bedrag van € 131.201,81 verkregen uit erfstelling en schenking.

(vi) In 2016 is het huwelijk door echtscheiding ontbonden.

2.2 De vrouw vordert de huwelijkse voorwaarden af te wikkelen en de eenvoudige gemeenschappen te verdelen op een wijze die zij voorstaat. De man vordert in reconventie afwikkeling en verdeling zoals hij voorstaat.

2.3 De rechtbank heeft, voor zover in cassatie van belang, de man veroordeeld om aan de vrouw € 60.448,56 te betalen.

2.4 Het hof¹ heeft, voor zover in cassatie van belang, de man veroordeeld om aan de vrouw € 9.993,61 te betalen. Daartoe heeft het hof in zijn arrest van 17 november 2020 onder meer overwogen (rov. 5.14):

“(…) Op grond van artikel 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden blijven de goederen, die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, buiten de verrekening. Tussen partijen is niet in geschil dat de man in totaal € 131.201,81 heeft verkregen uit erfstelling en schenking. Het hof is van oordeel dat dit bedrag buiten de verrekening dient te worden gehouden. Er is geen reden om de stelling van de vrouw te volgen. Die stelling komt er op neer dat alleen wat er resteert van erfstellingen en schenkingen, onmiddellijk of middellijk via zaaksvervangings, buiten de verrekening blijft. De tekst van de huwelijkse voorwaarden biedt voor die uitleg echter geen ruimte. De uitkomst van (...) die bepaling uit de huwelijkse voorwaarden is ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, al is het maar omdat het vermogen van de man meer is toegenomen dan met het bedrag van € 131.201,81.”

¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9451, zoals verbeterd bij arrest van 20 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:3780.

3 Beoordeling van het middel

3.1 Onderdeel 2 van het middel klaagt dat het hof in rov. 5.14 een onbegrijpelijke uitleg geeft aan het finale verrekenbeding. Het onderdeel wijst onder meer erop dat art. 16 lid 3 van de huwelijkse voorwaarden bepaalt dat de verrekening plaatsheeft naar de toestand ten tijde van de ontbinding van het huwelijk, dat op grond van art. 16 lid 2 van de huwelijkse voorwaarden in die verrekening uit erfstelling of schenking verkregen goederen niet worden betrokken en dat dit geen andere uitleg toelaat dan dat erfgedelen die geen onderdeel meer uitmaken van het op de peildatum aanwezige verrekenbare vermogen, niet meer op het te verrekenen saldo in mindering kunnen worden gebracht.

Onderdeel 3 klaagt onder meer dat, voor zover het hof heeft bedoeld dat de man een vergoedingsrecht jegens de vrouw of de pseudo-gemeenschap toekomt naar analogie van het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:504), dit oordeel onvoldoende gemotiveerd is, gelet op de stelling van de vrouw dat het aannemen van een vergoedingsrecht zich niet verdraagt met art. 8 van de huwelijkse voorwaarden. Daarin is juist bepaald dat partijen bij het ontbreken van voldoende inkomen om in de kosten van de huishouding te voorzien, hun privévermogen dienen aan te spreken, terwijl niet is overeengekomen dat hun daarvoor een vergoedingsrecht toekomt, aldus het onderdeel.

3.2.1 Indien echtgenoten gehuwd zijn op huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen tot verrekening van inkomsten of vermogen inhouden, heeft de verplichting tot verrekening – voor zover de echtgenoten niet anders zijn overeengekomen – op grond van art. 1:133 lid 2, tweede zin, BW geen betrekking op vermogen dat krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift is verkregen en ook niet op de vruchten daaruit of de voor dat vermogen of die vruchten in de plaats getreden goederen. Met betrekking tot de verrekening bepaalt art. 1:135 BW dat deze geschiedt bij helfte (lid 1) en dat daarop enkele bepalingen met betrekking tot de verdeling van een gemeenschap van overeenkomstige toepassing zijn (lid 2). Art. 1:142 BW bepaalt voor finale verrekenbedingen op welk tijdstip de samenstelling en de omvang van het te verrekenen vermogen worden bepaald (de peildatum).

De hiervoor genoemde wettelijke bepalingen – die aansluiten bij hetgeen voor 1 september 2002 gold –² brengen mee dat goederen van een echtgenoot die deze voorafgaand of tijdens het huwelijk krachtens erfrecht of schenking heeft verkregen of die voor zodanige goederen in de plaats zijn getreden, buiten de verrekening blijven indien zij op de peildatum nog aanwezig zijn. Uit de bepalingen vloeit geen vergoedingsrecht voort voor goederen die op de peildatum niet meer aanwezig zijn.

3.2.2 Finale verrekenbedingen bevatten veelal de bepaling dat aan het einde van het huwelijk

wordt afgerekend alsof gemeenschap van goederen heeft bestaan.³ Door een zodanig finaal verrekenbeding (hierna ook: 'alsof'-beding) overeen te komen, zoeken de echtgenoten kennelijk aansluiting bij regels voor de wettelijke gemeenschap van goederen in titel 7 van Boek 1 BW. De vraag kan rijzen of de echtgenoten daarbij slechts het oog hebben op de regels over de omvang van de wettelijke gemeenschap (in het bijzonder art. 1:94 BW), dan wel of zij mede beogen de mogelijkheid van het ontstaan van vergoedingsrechten als bedoeld in (thans) art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 4 BW in het leven te roepen. Wat art. 1:96 lid 4 BW betreft, zou het dan gaan om een vergoedingsrecht in verband met het voldoen van een schuld van de 'pseudo-gemeenschap' ten laste van niet tot die pseudo-gemeenschap behorende eigen goederen van een echtgenoot.

3.2.3 De hiervoor in 3.2.2 genoemde vraag kan niet in algemene zin worden beantwoord. Of partijen met een 'alsof'-beding niet slechts een methode van verrekening naar analogie van de gemeenschap van goederen zijn overeengekomen maar ook de mogelijkheid van vergoedingsrechten alsof tijdens het huwelijk gemeenschap van goederen heeft bestaan, is een kwestie van uitleg van de huwelijkse voorwaarden. Bij die aan de feitenrechter voorbehouden uitleg kan, tegen de achtergrond van hetgeen voortvloeit uit de hiervoor in 3.2.1 genoemde wettelijke regels, bijvoorbeeld van belang zijn wat partijen eventueel nader met betrekking tot de verrekening van de verrekenvordering zijn overeengekomen en of zij naast het 'alsof'-beding reeds regelingen hebben getroffen voor het ontstaan van vergoedingsrechten, zoals ter zake van de kosten van de huishouding.

3.3 Het hof heeft geoordeeld dat het bedrag dat de man uit erfstelling en schenking heeft ontvangen, buiten de verrekening dient te blijven en dat er geen reden is de stelling van de vrouw te volgen, die erop neerkomt dat alleen buiten de verrekening blijft wat er reesteert van erfstellingen en schenkingen, onmiddellijk of middellijk via zaaksvervanging. Het hof heeft zijn uitleg slechts gemotiveerd met de overweging dat de tekst van de huwelijkse voorwaarden voor die uitleg geen ruimte biedt. Met deze motivering heeft het hof, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.1-3.2.3 is overwogen, onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. In zoverre slaagt de klacht van onderdeel 2.

3.4 Voor zover het hof ervan is uitgegaan dat aan de man een vergoedingsrecht toekomt naar analogie van hetgeen voor het geval van een huwelijksgemeenschap is overwogen in het arrest van de Hoge Raad van 5 april 2019,⁴ had het moeten ingaan op het betoog van de vrouw dat dit zich niet verdraagt met hetgeen partijen in art. 8 van de huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen over de

³ Kamerstukken II 2000/01, 27554, nr. 3, p. 4.

⁴ HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, rov. 3.3.4 (NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen; red.).

² De art. 1:134, 1:136, 1:137 en 1:141 (oud) BW.

kosten van de huishouding. Ook de hiervoor in 3.1 genoemde klacht van onderdeel 3 slaagt derhalve.

3.5 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 november 2020, zoals verbeterd bij het arrest van 20 april 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- compenseert de kosten van het geding in casu aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Noot

1. Deze uitspraak gaat in de kern over de vraag welke regels gelden als echtgenoten een zogenaamd finaal verrekenbeding zijn overeengekomen, inhoudende dat bij het einde van het huwelijk wordt afgerekend alsof men in gemeenschap van goederen is gehuwd. Zijn alleen de regels voor verrekenbedingen van toepassing zoals geregeld in titel 8 Boek 1 BW, of zijn daarnaast ook nog de regels geschreven voor de gemeenschap van goederen van titel 7 Boek 1 BW van toepassing? De uitspraak is ook geannoteerd door André Nuytinck in *Ars Aequi* (AA20220903).

2. Partijen zijn in 1997 gehuwd op huwelijkse voorwaarden die onder andere inhouden een regeling van de kosten van de huishouding en een finaal verrekenbeding ter zake van de 'waarde gelijk aan die, waartoe zij gerechtigd zouden zijn indien er de algehele gemeenschap van goederen tussen de echtgenoten had bestaan', met dien verstande dat in dat geval in de verrekening niet worden betrokken erfrechtelijke verkrijgingen en schenkingen. De man heeft uit erfstelling en schenking een bedrag van € 131.201,81 verkregen, overgemaakt op zijn betaalrekening. In het geschil over de afwikkeling neemt de man het standpunt in dat hij dit bedrag terug moet krijgen, verwijzend naar het arrest van HR 5 april 2019, *NJ 2019/225*, m.nt. L.C.A. Verstappen. De vrouw vindt dat alleen wat daarvan nog over is aan hem toekomt. Op het moment van de peildatum stond op de rekening van de man geen positief saldo, maar zijn vermogen is wel positief, ook als voormeld bedrag daarvan wordt uitgezonderd.

3. De Hoge Raad oordeelt dat de vraag of de echtgenoten met zo'n alsof-beding slechts het oog hebben op een methode van verrekening naar analogie van de gemeenschap van goederen of dat zij daarmee ook de mogelijkheid van vergoedingsrechten alsof tijdens het huwelijk gemeenschap van goederen heeft bestaan hebben willen regelen, een kwestie van uitleg van de huwelijkse voorwaarden is die aan de feitenrechter is voorbehouden. Wat partijen eventueel nader met betrekking tot de berekening van de verrekenvordering zijn overeengekomen en of zij naast het alsof-beding reeds rege-

lingen hebben getroffen voor het ontstaan van vergoedingsrechten, zoals ter zake van de kosten van de huishouding, zijn daarbij relevante aspecten. Omdat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het gehele bedrag van de erfstelling en schenking buiten de verrekening dient te blijven en niet slechts wat daarvan resteert, daarmee dus een vergoedingsvordering ten bedrage van dat bedrag aannemende, is de uitspraak onvoldoende gemotiveerd. Onvoldoende is duidelijk gemaakt waarom de tekst van de huwelijkse voorwaarden geen ruimte biedt voor de andersluidende opvatting. Het hof had moeten ingaan op het betoog van de vrouw dat het geheel buiten de verrekening houden van de erfstelling en schenking zich niet verdraagt met hetgeen partijen in de huwelijkse voorwaarden zijn overeengekomen over de kosten van de huishouding.

4. De problematiek van de onderhavige uitspraak houdt in de kern verband met de verschillen tussen gemeenschap en verdelen enerzijds en verrekenbedingen in huwelijkse voorwaarden en verrekenen anderzijds; verdelen van goederen/schulden versus verrekenen van de waarde van goederen/schulden. De regels die gelden voor de gemeenschap van goederen en verdelen zijn anders dan die gelden voor verrekenbedingen en verrekenen. Zo is de peildatum voor wat verrekend dan wel verdeeld moet worden bij verrekenen het indienen van het verzoek tot echtscheiding (art. 1:142 lid 1 BW) en bij verdelen het moment van de verdeling (art. 3:196 BW). Wanneer goederen zijn gefinancierd zowel uit eigen vermogen als uit de gemeenschap of te verrekenen vermogen, geldt bij gemeenschap van goederen de zaaksvervangingsregeling van art. 1:95 BW en bij verrekenen de evenredige toerekening van art. 1:136 BW. Die evenredige toerekening voorkomt het ontstaan van vergoedingsrechten, hetgeen mede de reden is waarom er in de wettelijke regeling van verrekenbedingen geen specifieke regeling voor dergelijke vergoedingsrechten bestaat. Het probleem is dat wanneer bij huwelijkse voorwaarden echtgenoten overeenkomen om te verrekenen alsof er een gemeenschap van goederen is, onduidelijk is in hoeverre dit impliceert dat naast de regels voor verrekenbedingen als bedoeld in de tweede afdeling van titel 8 Boek 1 BW, ook nog regels van de gemeenschap van goederen van titel 7 Boek 1 BW en verdeling van toepassing zijn.

5. Finale verrekenbedingen vinden hun oorsprong in het bekende *Van de Water/Van Hemme*-arrest (HR 21 januari 1944, *NJ 1944/120*), ook wel eerste conversie-arrest genoemd. Daarin overweegt de Hoge Raad dat een voorwaardelijke gemeenschap van goederen nietig is, maar voorwaardelijke verrekening wel mogelijk is:

'[...] dat voormelde bedenkingen niet bestaan ten aanzien van een beding bij huwelijksche voorwaarden, inhoudende dat tusschen partijen zal bestaan algeheele gemeenschap van goederen, doch dat na de ontbinding der gemeenschap door overlijden zal worden afgerekend

alsof er gemeenschap van winst en verlies ware geweest, indien bij dat overlijden geen kind uit het huwelijk in leven zal zijn;’.

Finale verrekenbedingen werden sedertdien dan ook zo vorm gegeven: verrekening alsof er algehele of beperkte gemeenschap van goederen was geweest, afhankelijk van hoe het huwelijk eindigt.

6. Dergelijke bedingen komen in vele varianten voor, die meestal voor wat betreft de omvang van wat verrekend moet worden onderscheid maken naar gelang het huwelijk door echtscheiding of overlijden eindigt. Bij echtscheiding worden meestal aangebracht vermogen, erfenissen en giften buiten de verrekening gehouden. Over finale verrekenbedingen wordt in vergelijking met periodieke verrekenbedingen lang niet zo veel geprocedeerd.

7. Over de problematiek van het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad in 2008 al twee arresten gewezen: HR 1 februari 2008, NJ 2008/566, m.nt. L.C.A. Verstappen en HR 26 september 2008, NJ 2009/40, m.nt. L.C.A. Verstappen. De uitkomsten in beide procedures staan diametraal tegenover elkaar. In de eerste uitspraak ging het om de aangebrachte overwaarde van een op naam van een van beiden staande woning die werd geïnvesteerd in een andere woning die op beider naam kwam te staan (vergoedingsrecht wel aangenomen), terwijl het in de tweede uitspraak handelde over een in een stuk grond geïnvesteerde, verknochte smartengelduitkering (vergoedingsrecht niet aangenomen). De A-G gaat in haar conclusie uitgebreid in op de discussie over hoe deze arresten zich tot elkaar verhouden.

8. Door sommige auteurs worden de verschillen verklaard omdat de casussen verschillen of omdat de tekst van de finale verrekenbedingen verschillen. Met vele andere auteurs blijf ik echter vinden dat beide arresten niet met elkaar in overeenstemming te brengen zijn. De in beide uitspraken voorliggende rechtsvraag is in de kern dezelfde. Noch de verschillen tussen de bewoordingen van de beide finale verrekenbedingen, noch de verschillende aard van de aanspraken, noch de specifieke casus-technische aspecten van elke casus kunnen de diametraal ten opzichte van elkaar staande uitkomsten in beide procedures verklaren. Hoe dit ook zij, de Hoge Raad laat het overeenkomstig de conclusie van de A-G over aan de uitleg door de feitenrechter en waagt zich, anders dan in beide voormelde arresten, in de onderhavige zaak niet aan enige uitleg van het finale verrekenbeding.

9. De man legt een relatie met HR 5 april 2019, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen. De strekking van dit betoog is dat als eigen vermogen, in de casus van dit arrest met uitsluitingsclausule geschonken geldbedragen, in de gemeenschap van goederen is gevloeid door overboeking op een gemeenschappelijke bankrekening, op de gemeenschap een vordering tot restitutie ontstaat, ongeacht wat er vervolgens met het overgeboekte bedrag gebeurt. De man trekt de analogie door en betoogt dat dit dus ook zo is als er een pseudo-gemeenschap van goederen is op grond van het alsof-verrekenbe-

ding en dus het gehele bedrag van de erfstelling en schenking gerestitueerd moet worden door een vordering op de pseudo-gemeenschap aan te nemen. Anders dan het Hof, die meegaat in deze redenering, verlangt de Hoge Raad een betere motivering waarom dat zo is en waarom de tekst van de huwelijkse voorwaarden geen ruimte biedt voor de andersluidende opvatting, met name gelet op het beding over de kosten van de huishouding.

10. Het voelt wat wrang aan dat erfenissen en schenkingen die ooit zijn verkregen en in de loop der jaren kennelijk zijn opgegaan aan allerlei uitgaven, meestal kosten van de huishouding waar beiden hoogstwaarschijnlijk baat bij hebben gehad, alsnog teruggegeven moeten worden zoals in de casus van HR 5 april 2019. Als dit arrest al van toepassing is zoals de man betoogt, dan moet ook gekeken worden of er niet ook andere vorderingen tussen het niet te verrekenen eigen vermogen en de te verrekenen pseudo-gemeenschap bestaan, bijvoorbeeld omdat vanuit de pseudo-gemeenschap schulden van het eigen vermogen zijn betaald die aan de pseudo-gemeenschap als een pseudo-recompense moeten worden gerestitueerd. Denkbaar is ook dat het eigen vermogen een veel grotere bijdrageplicht had aan de kosten van de huishouding en dat er uit dien hoofde ten laste van het eigen vermogen dus nog een bedrag aan de pseudo-gemeenschap of de andere echtgenoot dient te worden voldaan. De vorderingen zouden dan over en weer rekenkundig kunnen worden verrekend tot hun gemeenschappelijk beloop, ter bepaling van wat uiteindelijk finaal moet worden verrekend. Interessant is wat vervolgens rechtens is als, kennelijk anders dan in de onderhavige casus, het saldo van de rekenkundige gemeenschap onvoldoende is voor de restitutie van een dergelijke vergoedingsvordering op de pseudo-gemeenschap. Moet dan de regeling van art. 1:100 BW, dat bij ontbinding van de gemeenschap iedere echtgenoot voor een gelijk deel draagplichtig is voor een eventueel negatief saldo, ook als dat geheel of gedeeltelijk is ontstaan door het vergoedingsrecht van een echtgenoot, analoog worden toegepast en zijn beiden verplicht om het tekort van de pseudo-gemeenschap aan te zuiveren?

11. Dit arrest heeft in ieder geval duidelijk gemaakt dat de modellen huwelijkse voorwaarden met finale verrekenbedingen terug naar de tekentafel moeten. Verrekenen alsof dient anders geformuleerd te worden. Zie ik het goed, dan zijn er twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is dat de goederen en schulden die in de finale verrekening dienen te worden betrokken, met zoveel woorden worden omschreven in het finaal verrekenbeding. Als het de bedoeling is om te verrekenen hetgeen zonder huwelijkse voorwaarden in de beperkte gemeenschap van goederen zou vallen, dan is het betrekkelijk eenvoudig: neem de opsomming van art. 1:94 BW over in het finaal verrekenbeding. Daarbij kan men uiteraard bepalen dat meer of minder van die opsomming verrekend dient te worden afhankelijk van hoe het huwelijk is geëindigd. De tweede

mogelijkheid is om in de bewoordingen van het als-of-verrekenbeding zodanige wijziging aan te brengen, dat daaruit blijkt dat slechts bedoeld is aan te geven welke goederen en schulden in de finale verrekening dienen te worden betrokken, zonder daarmee ook de andere gevolgen van de gemeenschap van goederen daarbij te betrekken. Zoiets als:

“Echtgenoten zullen de goederen en schulden bij helfte met elkaar verrekenen die, als ze geen huwelijkse voorwaarden hadden gehad, in de gemeenschap van goederen zouden zijn gevallen. In geval van overlijden worden eveneens in de verrekening betrokken: ... Hiervan zijn uitgezonderd: ... Op die verrekening zijn de regels van titel 8 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek van toepassing en niet de regels van de gemeenschap van goederen en verdeling.”

12. Deze benadering wijkt duidelijk af van die van Vegter (vgl. ook Vegter, ‘Over de vormgeving van huwelijksvermogensrechtelijke finale alsof verrekenbedingen’, *WPNR* 2018/7208), die graag het alsof-beding in zijn traditionele vorm wil handhaven. Dat kan gegeven de jurisprudentie van de Hoge Raad alleen als men op alle punten waar (het verdeelen van) de gemeenschap van goederen verschilt met verrekenbedingen en verrekenen, duidelijkheid verschaft welke regeling van toepassing is, om te voorkomen dat dit aan onzekere uitleg moet worden overgelaten. Dat wordt dan een onnodig ingewikkeld model dat tot verwarring aanleiding kan geven. Met de hiervoor vermelde formuleringen wordt dit voorkomen doordat de onwenselijke samenloop van inhoudelijk uiteenlopende regelingen wordt voorkomen.

L.C.A. Verstappen

NJ 2023/16

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

16 december 2022, nr. 21/03720

(Mrs. T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff, K. Teuben; A-G mr. R.H. de Bock)
met redactionele aantekening

Art. 7:17 BW

NJB 2023/17

RvdW 2023/40

S&S 2023/6

ECLI:NL:PHR:2022:537

ECLI:NL:HR:2022:1870

Koop. Non-conformiteit (art. 7:17 BW). Verhouding mededelingsplicht en onderzoeksplicht.

In het algemeen zal aan een koper, ook een onvoorzichtige koper, niet kunnen worden tegengeworpen dat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de eigenschappen van het gekochte, wanneer de verkoper dienaangaande naar de in het verkeer geldende

opvattingen een mededelingsplicht had maar heeft nagelaten de koper op de hoogte te stellen van bij de verkoper bekende feitelijke gegevens die relevant zijn voor de beantwoording van de vraag welke eigenschappen de koper met het oog op de beoogde bestemming van het gekochte mocht verwachten (HR 14 november 2008, NJ 2008/588). Een geringe omvang van gebreken staat op zichzelf niet in de weg aan non-conformiteit, evenmin als de omstandigheid dat de gebreken zijn verholpen.

[de koper], eiser tot cassatie, adv.: mr. J. de Jong van Lier,
tegen

1. [verweerder 1],

2. [verweester 2],

verweerders in cassatie, hierna gezamenlijk: [verweerders], adv.: mr. M.E. Franke.

Hof:

3 Beoordeling

3.1 [de koper] heeft in eerste aanleg samengevat – na eiswijziging – in conventie veroordeling van [verweerders] gevorderd tot betaling van € 197.837,54, vermeerderd met rente alsmede veroordeling van [verweerders] tot vergoeding van de door [de koper] geleden schade, nader op te maken bij staat. Daarnaast vorderde [de koper] een verklaring voor recht dat hij de koopovereenkomst op goede gronden (partieel) heeft ontbonden dan wel vernietigd, althans dat de rechtbank die ontbinding dan wel vernietiging zou uitspreken. Voor zover de rechtbank deze vorderingen niet aanstonds zou toewijzen, vorderde [de koper] ex artikel 22 en/ of artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) veroordeling van [verweerders] tot het overleggen van (afschriften of uittreksel van) dan wel het verschaffen van inzage in de logboeken van de [het zeilcharterchip], alsmede dat de rechtbank ex artikel 195 Rv een deskundigenbericht zou bevelen, een en ander met een hoofdelijke veroordeling van [verweerders] in de proceskosten.

3.2 [verweerders] heeft verweer gevoerd in conventie en in reconventie samengevat – en na vermindering van eis – gevorderd dat de rechtbank het conservatoir derdenbeslag dat [de koper] onder de notaris had gelegd zou opheffen, met veroordeling van [de koper] in de proceskosten.

3.3 De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen van [de koper] afgewezen en die van [verweerders] toegewezen. Tegen dit vonnis komt [de koper] op.

3.4 [de koper] heeft bij memorie van grieven niet expliciet grieven geformuleerd. Als grondslag voor zijn vordering in hoger beroep tot betaling van € 197.837,54 dan wel € 120.687,54, althans vermindering van de koopprijs met deze bedragen, en de vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, voert [de koper] naar het hof begrijpt het volgende aan: