

# Voortgang wetsvoorstel 33 987 inzake beperking gemeenschap en wijziging van de Faillissementswet

## Een reactie op de brief van de minister en de memorie van antwoord

EB 2017/3

**Met veel belangstelling kijkt juridisch en politiek Nederland naar de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 11 oktober 2016 (nr. 28) en de memorie van antwoord bij de behandeling van wetsvoorstel 33987 in de Eerste Kamer (C). Er lijkt discrepantie tussen de beide stukken te bestaan. Inmiddels is ook stuk D van de minister verschenen waarin hij ook naar die brief verwijst. De beantwoording geeft weliswaar verduidelijking, maar vele onevenwichtigheden blijven bestaan. De belangrijkste bezwaren zouden bij novelle en een bezemwet kunnen worden opgelost. Alle aanbrengrsten moeten privé-eigendom blijven. Slechts dan mag wetsvoorstel 33987 kans van slagen hebben.**

### 1. Art. 1:96 lid 3 BW

Art. 1:96 lid 3 BW kent een beperkt recht van verhaal door een privéschuldeiser van een in (beperkte) gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot en beperkt dit tot de helft van de opbrengst van het uitgewonnen goed. De andere helft komt de andere echtgenoot toe en valt voortaan buiten de gemeenschap. Voorts komt de andere echtgenoot een overnamerecht toe.

Thans is duidelijk dat – anders dan in *Kamerstukken II 2014/15, 33987, 10, p. 19* is aangegeven – de werking van art. 96 lid 3 BW in lijn met de gestelde vragen wordt doorgetrokken naar de situatie waarin een faillissement is gevolgd en niet beperkt is tot een situatie van verhaal door een individuele schuldeiser van een echtgenoot. De initiatiefnemers onderbouwen dit met duidelijke rekenvoorbeelden.

De initiatiefnemers zijn – ondanks hun eerdere stellingname in *Kamerstukken II 2014/15, 33987, 10* – derhalve terecht “omgegaan” naar aanleiding van de gestelde Kamervragen. Overigens gebeurde dit reeds bij nota van wijziging nr. 11, maar minder expliciet. Thans gebeurt dat wel en dit wordt uitvoerig toegelicht op p. 7 van de memorie van antwoord. De geconstateerde ongelijke behandeling van de mogelijkheden tot uitoefening van verhaal binnen en buiten faillissement wordt hiermee ten dele ongedaan gemaakt.

Dit ten dele blijkt uit de door de initiatiefnemers gemaakte berekeningen, met name in geval van aanwezigheid van concurrente gemeenschapsschulden, maar ook vanwege het mogelijk onuitvoerbaar zijn van het overnamerecht in faillissementssituaties naar de uitleg van de initiatiefnemers. Het recht zou immers wel kunnen worden ingediend, maar zoals men zegt: “niet verifieerbaar” zijn. (Zie p. 7 en

8 – als een verwijzing naar een pagina wordt gedaan is bedoeld die in de memorie van antwoord). Wat heeft men daar dan aan? De minister belooft anders, maar de memorie van antwoord geeft aanleiding niet te enthousiast te zijn.

Bij de behandeling van het eerdere wetsvoorstel 28867 heeft de regering het destijds voorgestelde zelfde artikel teruggenomen om redenen dat ook toen niet duidelijk was hoe dit artikel in de faillissementswet zou moeten worden toegepast. (Zie Prof. mr. R.F. Salomons, *Preadvies Insolventierecht in de notariële praktijk: Insolventie en huwelijksvermogensrecht*, p. 99. Zie ook J.B. Vegter in *WPNR 6545*.)

De initiatiefnemers van het huidige wetsvoorstel waren aanvankelijk ook van mening dat dit artikel in faillissementssituaties moeilijk uitvoerbaar zou zijn. Toch hebben zij gehoor gegeven aan de oproep van de Kamerleden, in het bijzonder van het lid van de Tweede Kamer, de heer M. van Nispen, om de werking van het artikel ook in faillissementssituaties te kunnen toepassen en de werking bij faillissement te beperken tot de helft van de (opbrengst van de goederen uit de) gemeenschap van goederen.

Omwille van de praktische uitvoerbaarheid hebben de initiatiefnemers (en de minister sluit zich daarbij aan) – gekozen voor een oplossing volgens het systeem van de faillissementswet zoals dat in 1956 gekozen is – (zie *Preadvies Salomons*) – omdat de curator op grond van art. 63 Faillissementswet (Fw) tot taak heeft de gemeenschapsgoederen uit te winnen. De boedel zou daartoe compleet moeten blijven en de curator zou het beheers- en beschikkingsrecht alleen kunnen uitoefenen. Dat heeft blijkaar te maken met het feit dat – zoals initiatiefnemers aangeven – het aangaan van een huwelijk als het ware “te kwader trouw” zou kunnen geschieden. Door in het huwelijk te treden kunnen zij goederen gemeenschappelijk maken en dus aan verhaal onttrekken. De gemeenschap van goederen is echter een fluctuerend geheel. Schuldeisers moeten (zie ook Vegter, t.a.p.) er rekening mee houden dat de omvang van het vermogen van de schuldenaar kan variëren. Op die gemeenschapsgoederen blijft echter altijd verhaal mogelijk, zoals blijkt uit art. 1:100 lid 2 en 3:192 BW zolang de gemeenschap niet is verdeeld. (*Preadvies Salomons*). Ook na verdeling is op grond van art. 1:102 BW verhaal op goederen toegedeeld aan een andere echtgenoot mogelijk. In het eerdere wetsvoorstel 28867 is bij de discussie over hetzelfde art. 1:96 lid 3 BW voorgesteld art. 1:102 BW – dat toen nog een hoofdelijke aansprakelijkheid van de ander echtgenoot na ontbinding meebracht tot de helft van de door de schuldenaar aangegane schulden – in het belang van de andere echtgenoot zelfs geheel af te schaffen. (Zie hierover L.C.A. Verstappen en J.B. Vegter in *WPNR 6545*). Het verhaal ten laste van de andere

<sup>1</sup> Mr. M.C.J.M. Hermus is EPN-notaris te Son en Breugel.

echtgenoot is dus duidelijk op zijn retour en dat wordt in het huidige wetsvoorstel 33987 in art. 1:96 lid 3 BW onderschreven.

De initiatiefnemers en de minister willen de boedel dus intact houden. De echte reden om dat te doen – en er volgens initiatiefnemers geen ontbinding van de gemeenschap zou moeten plaatsvinden, waarna er twee gerechtigden zouden ontstaan, is om de curator de leiding te geven over tegelmaking en het beheer.

De initiatiefnemers en de minister kiezen thans niet voor een oplossing waarbij de gemeenschap wordt ontbonden en het faillissement – in ieder geval ten opzichte van de privéschuldeisers – zie *EB* 2015/12 – wordt beperkt tot de helft daarvan, maar voor een verdeling van de netto-opbrengst van goederen van de gefailleerde echtgenoot, een soort verbintenisrechtelijke variant. Wel heeft – zoals de minister op p. 4 van zijn brief zegt – de curator bij de verdeling van de netto-opbrengst niet meer verhaalsrechten dan de in het faillissement aan betrokken schuldeisers buiten faillissement individueel toekomen. Aangezien een privéschuldeiser van een in gemeenschap van goederen gehuwde gefailleerde echtgenoot bij uitwinning van een gemeenschapsgoed derhalve slechts de helft van de opbrengst toekomt, komt de andere helft de andere echtgenoot in privé toe en daarmee buiten de boedel te vallen (zie brief minister p. 4 en 5). Of dat ook volgens de initiatiefnemers altijd zo uitwerkt, wordt hierna behandeld.

## 2. **Oplossing initiatiefnemers voor toepassing art. 1:96 lid 3 BW bij faillissement**

Op welke wijze art. 1:96 lid 3 BW (verhaal voor privéschuldeisers tot de helft) in geval van faillissement moet worden toegepast hebben de initiatiefnemers op p. 9 en 10 uitgelegd. De berekening is in de door initiatiefnemers aangevoerde situatie waarin naast privéschuldeisers vele concurrente gemeenschapsschuldeisers ten tonele worden gevoerd, niet eenvoudig, maar – uitgaande van de door de initiatiefnemers daaraan gegeven uitleg die hierna wordt geciteerd – op juiste wijze gemaakt. De vraag is of die uitleg rechtvaardig is en overeenkomt met de uitleg die de minister aan de motie van Van Nispen geeft.

Voor de situatie waarin er geen concurrente gemeenschapsschuldeisers zouden zijn, komen de initiatiefnemers tot eenzelfde uitleg als de minister. De echtgenoot van de failliet (de andere echtgenoot) ontvangt de helft van de opbrengst van de gemeenschapsgoederen.

In de situatie waarin er echter wel concurrente gemeenschapsschuldeisers zijn ontvangt de andere echtgenoot volgens de door initiatiefnemers getoonde berekening echter niets, omdat de gemeenschapsschuldeisers bij uitdeling zich op de helft van de opbrengst van de andere echtgenoot verhalen. Hoe de minister daarover in geval van aanwezigheid van concurrente gemeenschapsschuldeisers denkt, is niet duidelijk. Dat is wel belangrijk om te weten te komen, omdat hij voornemens is de beroepsvereniging van curatoren van een instructie dienaangaande te voorzien.

De brief van de minister – zie p. 4 en 5 – lijkt in ieder geval meer ruimte aan de andere echtgenoot te geven.

“Een privéschuldeiser van een in gemeenschap van goederen gefailleerde echtgenoot komt bij de uitwinning van een gemeenschapsgoed derhalve slechts de helft van de opbrengst daarvan toe. De andere helft komt de andere echtgenoot in privé toe en komt daarmee buiten de boedel te vallen”.

Buiten de boedel, – de wet spreekt in art. 1:96 lid 3 BW immers ook van buiten de gemeenschap. De opbrengst wordt dus privé-eigendom van de andere echtgenoot. Dus is daarop geen verhaal ten behoeve van gemeenschapsschuldeisers mogelijk bij de uitdelingslijst. Kunnen de concurrente gemeenschapsschuldeisers dan toch worden buitengesloten, net zoals buiten de situatie van het faillissement het geval is en sprake is van wie het eerst komt, het eerst maalt? De door de initiatiefnemers gemaakte berekening geeft aan dat de gekozen oplossing, hoewel een flinke stap in de goede richting voor het geval er slechts privéschuldeisers van de failliet zijn, niet voldoende is om de problematiek die aanleiding gaf tot het stellen van vragen op bevredigende wijze op te lossen. Dit betreft na genoemde wijzigingen in de *Kamerstukken 11 en 16* in het bijzonder het verlies door de echtgenoot van de failliet van door hem ten huwelijk aangebrachte mede-eigendom.

Er kunnen immers bij een faillissement naast privéschuldeisers veel concurrente gemeenschapsschuldeisers zijn, terwijl de echtgenoot van de failliet voor het ontstaan van de schulden aan hen, voor zover aangegaan door de failliet, niet verantwoordelijk is. De echtgenoot dient daarvan te worden gevrijwaard. De door de initiatiefnemers getoonde oplossing geeft aan dat dit in hun visie niet het geval is. Een deel van het aan de andere echtgenoot toebehorende halve vermogen, dat volgens de minister wel vrijgesteld en buiten de boedel zou moeten blijven, wordt in de memorie van antwoord toch opgeofferd aan de schuldeisers. “Buiten de boedel”, zegt de minister immers op p. 5 van zijn brief. De initiatiefnemers echter zeggen (p. 9):

“Deze bepaling brengt met zich dat de opbrengst in twee delen zal moeten worden gedeeld. Op de ene helft hebben de privéschuldeisers van de failliet en alle gemeenschapsschuldeisers verhaal, en wel pondspondsgewijs, naar evenredigheid van de omvang van hun vorderingen. Op de andere helft hebben alle gemeenschapsschuldeisers en de privéschuldeisers van de andere echtgenoot verhaal, eveneens pondspondsgewijs, naar evenredigheid van de omvang van hun vorderingen.”

Hoe is dat te rijmen met de hiervoor omschreven uitleg van de minister: “buiten de boedel”?

De minister beperkt zoals in art. 1:96 lid 3 BW is vermeld, het verhaal van de privéschuldeisers tot de helft van de opbrengst van de gemeenschapsgoederen. De initiatiefnemers rekenen daarbij voor, dat zij in dat gedeelte bij verdeling

en uitdeling moeten concurreren met de gemeenschapsschuldeisers. Er zal dus een halve opbrengst pondspondsgewijs worden verdeeld. Dat zou ook in de visie van de minister zo kunnen zijn, maar dat blijkt niet uit de brief. In feite is sprake van de afhandeling van het “privé faillissement” van de echtgenoot.

De andere helft van de opbrengst staat niet meer bloot aan verhaal door de privéschuldeisers van de failliet. De initiatiefnemers behandelen dat gedeelte echter wel als een deelboedel van de andere echtgenoot waarop de gemeenschapsschuldeisers zich ook ten volle kunnen verhalen. In dat geval zou de opbrengst voor de andere echtgenoot nihil zijn.

Dat lijkt niet te stroken met de uitleg van de minister, omdat die deelboedel door de werking van art. 1:96 lid 3 BW – als privévermogen van de andere echtgenoot – buiten de gemeenschap en dus de faillissementsboedel zou vallen.

Als die halve opbrengst naar de andere echtgenoot gaat, is er nog wel een probleem op te lossen, omdat de gemeenschapsschuldeisers slechts ten dele uit de eerste halve opbrengst konden worden voldaan. De restantvordering van de gemeenschapsschuldeisers – voor zover die daarvoor aansprakelijk zou zijn – zou dan op het privévermogen van de andere echtgenoot buiten het faillissement moeten worden verhaald. Daartoe behoort dus de halve opbrengst die uit het faillissement is getild. Daarbij geldt: “Wie het eerst komt, het eerst maalt”. Vervolgens kan net als bij de reguliere toepassing van art. 1:96 lid 3 BW op grond van lid 1 van dat artikel door de gemeenschapsschuldeisers (echter alleen die welke van de zijde van de andere echtgenoot zijn ontstaan) een vervolgfaiilissement van de andere echtgenoot worden uitgelokt en komen we tot de “compartimentering”. (Zie *EB* 2015/12, p. 28). De restant gemeenschapsschuldeisers van de zijde van de failliet doen dan – anders dan in de uitleg van de initiatiefnemers – niet mee. Van een vervolgfaiilissement zal, wanneer er weinig schulden door de andere echtgenoot zijn aangegaan, niet snel sprake zijn. Zo blijft er – en dat zal door de minister toch bedoeld zijn – echt iets over voor de andere echtgenoot.

De initiatiefnemers gaan van een andere uitleg uit en behandelen de boedel als geheel, bestaande uit twee deelboedels, zodat de gemeenschapsschuldeisers zich als concurrenten vol op de deelboedel van de andere echtgenoot kunnen storten (pondspondsgewijs) – alvorens de halve restantopbrengst – die dus in dat geval nihil zou zijn, aan de andere echtgenoot toekomt. Hoe kan dat worden gerijmd met “buiten de boedel blijven”?

De door de initiatiefnemers gegeven uitleg knelt temeer indien – op grond van de wijzigingen in de *Kamerstukken 11 en 16* – de werking van de boedelmenging ten aanzien van aangebrachte gemeenschappelijke goederen onnodig wordt vergroot.

Dat gemeenschappelijk maken van aangebrachte mede-eigendom is dus niet gewenst en zou bij novelle ongedaan moeten worden gemaakt.

### 3. Overnamerecht

De andere echtgenoot heeft op grond van art. 1:96 lid 3 BW een overnamerecht om executie te voorkomen. De initiatiefnemers (memorie van antwoord p. 7) zien dit als een concurrente vordering van de andere echtgenoot. Daardoor kan niet worden gegarandeerd dat de andere echtgenoot het overnamerecht daadwerkelijk kan uitoefenen. Enerzijds is dit het geval omdat de curator blijkbaar een eigen afweging kan maken. De curator is volgens initiatiefnemers op p. 7 en 8 “niet gehouden tot uitoefening van dit overnemingsrecht, zijnde een regulier vorderingsrecht van de andere echtgenoot”. Dan is het de facto geen recht meer van de niet gefailleerde echtgenoot, hetgeen volgens de minister wel de bedoeling is.

Anderzijds speelt een rol dat de initiatiefnemers een overnamerecht niet toelaatbaar achten, indien de overnemer geen eigen spaargeld heeft en daarmee een overname met geleend geld (die daarna toch ook tot het eigen vermogen gaan behoren) de facto onmogelijk maken. Kamerlid Van Nispen heeft hiervoor verschillende malen aandacht gevraagd. Het overnamerecht zou daardoor op voorhand een wassen neus zijn. Zie hierover Hermus *EB* 2016/54. Het eigendomsrecht gaat voor de andere echtgenoot verloren.

De minister lijkt ten aanzien van het concurrente karakter van het overnamerecht een andere mening toegedaan. De minister licht immers toe dat de andere echtgenoot wel met gebruikmaking van het overnemingsrecht de helft van de waarde van een gemeenschapsgoed (overigens ook slechts) met eigen vermogen (wat daar ook mee bedoeld is) aan de gemeenschap kan vergoeden, waarna dat goed uit de boedel wordt getild. Dit vloeit voort uit het voorgestelde art. 1:96 lid 3 BW van het initiatiefwetsvoorstel. Deze oplossing “het tillen van een goed uit de faillissementsboedel dat daardoor privé wordt” heb ik ook in *EB* 2016/54, p. 118 aangegeven. De indamming van de mogelijkheid tot overname door betaling van een vergoeding door de beperkte uitleg van het begrip “uit eigen vermogen” vinden Van Nispen en ik te mager, omdat de redding van een gezin zoals in de praktijk blijkt veelal uit een familielening moet komen. Bovendien zou een dergelijke lening betreffende dat van de gemeenschap uit te zonderen goed ook tot het privévermogen behoren (vergelijk art. 1:94 lid 7 sub a BW van het wetsvoorstel). De vraag is of de initiatiefnemers de mogelijkheid tot het uitoefenen van het overnamerecht kunnen garanderen, of dat zij dit overlaten aan de curator. In het laatste geval is voortzetting van (woon)genot door de niet failliete echtgenoot evenmin gegarandeerd. Ook zou dat dus moeten kunnen met gelden die aan het eigen vermogen van de andere echtgenoot door een familielening worden toegevoegd. De vraag is of de initiatiefnemers bereid zijn hierin een wijziging van hun tot op heden ingenomen standpunt voor te stellen.

#### 4. Ontbinding gemeenschap bij faillissement

Vervolgens komen we – als reactie op de Motie Van Nispen (Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 33987, 22) – toe aan het bezwaar van de minister en initiatiefnemers tegen een mogelijke ontbinding van de gemeenschap door faillissement. De reden voor dat bezwaar is, zoals hierboven aangegeven, dat een ontbinding van de gemeenschap de alleen door de curator uit te oefenen beheers- en beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van de door hem bijeen te houden gemeenschap, die de gehele faillissementsboedel uitmaakt, zou beperken. Die beperking komt in faillissementssituaties echter maar al te vaak voor. In de situatie waarin een woning in eenvoudige gemeenschap toebehoort aan twee samenwonende partners of de situatie waarbij echtelieden buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd zal de curator indien een der echtgenoten in staat van faillissement komt te verkeren altijd moeten samenwerken met de niet gefailleerde partner. Zo heeft de niet gefailleerde partner een belangrijk ijzer in het vuur dat die ook nodig heeft wil hij of zij nog enig recht hebben om aan de onderhandeling tot overname van de woning, inboedel of auto en de daarbij beoogde zekerstelling van (woon)genot te kunnen blijven deelnemen. Uiteraard heeft de curator, indien de niet gefailleerde echtgenoot geen zaken met hem wil doen, het recht om verdeling te vorderen op grond van art. 3:178 lid 1 en 3 BW. (Zie hierover *EB* 2015/12 en het aldaar genoemde proefschrift van Van Hemel). Met andere woorden: een curator heeft het zelden alleen voor het zeggen. De eerder gevoerde discussies over dit onderwerp zouden mijns inziens heropend mogen worden. Daarbij mag dan ook naast een wijziging van art. 1:99 BW een bespreking van de art. 1:100, 1:102 en 3:192 BW niet onvermeld blijven. Het nieuwe art. 1:100 lid 3 BW – waarbij art 1:96 lid 3 BW dus van toepassing blijft na ontbinding van de gemeenschap – is al een stap in de goede richting. Dat vroeger gekozen is om het faillissement niet als ontbindingsgrond van de gemeenschap van goederen te formuleren heeft voorts te maken met een andere reden, namelijk om de toekomstige inkomsten van de andere echtgenoot ook in de faillissementsboedel te laten vallen. Ook daar is – gegeven de problematiek die art. 1:96 lid 3 BW beoogt op te lossen – het nodige op af te dingen.

Dit belang is in *WPNR* 6545 al genoemd: het beschermen van het belang van de echtgenoot in de goederen van de gemeenschap tegen een privé-schuldeiser van de andere echtgenoot.

De initiatiefnemers en de minister kiezen nog niet voor een ontbinding van de gemeenschap als oplossing, maar gaan over tot verdeling van de opbrengst. Die leidt niet altijd tot het beoogde resultaat, tenzij de uitleg van de initiatiefnemers zoals hierboven vermeld anders zou worden, waarvoor de brief van de minister voldoende aanknopingspunten biedt.

Ontbinding van de gemeenschap door faillissement brengt de gemeenschapsschuldeisers van de schulden die ontstaan zijn aan de zijde van de failliet overigens niet in een betere positie dan die hierboven in de uitleg op grond van de stel-

ling “buiten de boedel” moet worden gevolgd. Een gemeenschapsschuldeiser die van de zijde van de failliet is opgekomen kan zich op grond van art. 1:102 BW verhalen op de aan de andere echtgenoot toegedeelde goederen. Toegedeeld, dat wil zeggen: verkregen bij een verdeling van de (ontbonden) gemeenschap: dat is iets anders dan: “uit de boedel getild” of “toekomen” krachtens art. 1:96 lid 3 BW. De andere echtgenoot blijft dus altijd gespaard van verhaal door het restant gemeenschapsschuldeisers van de failliet. En dat zal ook de bedoeling zijn van art. 1:96 lid 3 BW.

#### 5. Niet gemeenschappelijk maken wat van nature privé is

We komen tot de kern van de problematiek en daarmee aan de oorspronkelijke uitgangspunten van het wetsvoorstel. Eigendom is het meest omvattende zakelijk recht (art. 5:1 lid 1 BW). Het uitgangspunt van het wetsvoorstel was: “Niet mag gemeenschappelijk worden gemaakt wat van nature privé is”. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, MvT nr. 6, p. 6). De curator voert de regie over de faillissementsboedel (de hele gemeenschap van goederen maakt immers volgens art. 63 Fw deel uit van de faillissementsboedel. Daarin zit het probleem dat ontstaan is door boedelmenging, zie Hermus in *EB* 2016/54). Er is dus alle reden om, zoals in het buitenland gebruikelijk en door de initiatiefnemers aanvankelijk bedoeld was, alle aanbrengrsten alsnog en wederom privé te doen zijn zoals ook in *Kamerstukken II* 2013/14, 33987, 2.

Pas laat in het wetgevingsproces in augustus 2015 (eerst in *Kamerstuk 11* en in 2016 aangevuld met schulden in 16) is – geheel overbodig omdat er geen vier vermogens bestaan, zoals initiatiefnemers zelf ook in *Kamerstukken II* 2014/15, 33987, 11, p. 3 schrijven – en in afwijking van het oorspronkelijke voorstel zoals neergelegd in *Kamerstukken II* 2013/14, 33987, 2, een uitzondering gemaakt op het privé doen zijn van aangebrachte goederen, namelijk ten aanzien van de reeds voor het huwelijk in een eenvoudige gemeenschap aan de echtelieden toebehorende gemeenschappelijke goederen. Nog later is toegevoegd dat daaraan gelieerde schulden ook in de gemeenschap vallen.

Echter, bedoelde goederen en schulden dienen te behoren tot ieders privévermogen: de goederen ieder voor de onverdeelde helft, de schulden afhankelijk van wie ze is aangegaan, en alle dus als zijnde in die hoedanigheid privé ten huwelijk aangebracht. Wat privé is, dient privé te blijven, ook al had men samen voor het huwelijk een woning of caravan privé in mede-eigendom met de partner net zoals dat samen met de buurman of een andere derde zou zijn. Een verdeling van die zaken is praktijk van alle dag en kan bij de inmiddels gehuwden eenvoudig geschieden door toevoeging van een enkele passage in dezelfde akte waarin de voor het overige inmiddels ontstane beperkte gemeenschap van goederen wordt verdeeld. Dat is dus niet extra ingewikkeld (anders dan initiatiefnemers op p. 3 en 6 niet nader gemotiveerd doen voorkomen). En dat ook banken hierin een zeggenschap hebben is geen bijzonderheid. Maar als er overwaarde is, dan is er door de wijziging een probleem

ontstaan: het eigen vermogen vloeit weg in de boedel. Een nieuwe start wordt – geheel onnodig – bijna altijd onmogelijk, zo laten de rekenvoorbeelden van initiatiefnemers op p. 9 en 10 zien. Of ziet de minister dit anders en wie heeft er dan gelijk? Verwezen zij naar de behandeling van art. 1:96 lid 3 BW hierboven.

De wijziging om bedoelde goederen in de gemeenschap te doen vallen heeft, hoewel als vereenvoudiging voorgespiegeld, geen vereenvoudiging teweeggebracht, maar voor de echtgenoot van de failliet grote problemen veroorzaakt. Bij faillissement gaat de gemeenschap van goederen behoren tot de faillissementsboedel. Of de niet gefailleerde echtgenoot ooit zijn of haar oorspronkelijke eigendomsrechten zal kunnen uitoefenen – hij of zij is immers mede-eigenaar en niet de veroorzaker van het faillissement – en zal kunnen blijven wonen is, als het wetsvoorstel zoals het er nu ligt wordt aangenomen, de vraag geworden. Een ander groot bezwaar is, dat ongelijke aandelen in gemeenschappelijke goederen ten gevolge van boedelmenging voorts in strijd met het beginsel “wat privé is blijft privé” gelijkge maakt worden (zie p. 2 en 3). Dat is een zwaar offer voor wat gebracht wordt als een “vereenvoudiging” ten aanzien van de nu ineens weer ten onrechte genoemde en dus niet bestaande “vier vermogens”. Daar is geen sprake van, zoals initiatiefnemers eerder toegaven. De immers “tot de eigen vermogens toebehorende aandelen” worden door de wijzigingen in de *Kamerstukken 11 en 16* ten onrechte opgevoerd aan het faillissement van de gemeenschap. De initiatiefnemers menen dat ongelijke aandelen in eigendom in de praktijk weinig voorkomen. Echter, binnen de door initiatiefnemers genoemde verhouding 40%-60% toch regelmatig. Anderzijds geven zij ook toe: vergoedingsrechten gebaseerd op art. 1:87 BW – die overigens als goederen wel tot het privévermogen behoren (verwezen kan daarbij worden naar het nieuwe art. 61 Fw) – des te meer. Zie hierover p. 2 en 3. Het feit dat die eerste situatie (ongelijke breukdelen in eigendom) weinig zou voorkomen – hoe vaak wordt niet toegelicht – is geen reden om de problematische wijziging van de oorspronkelijke uitgangspunten niet ongedaan te maken. Het gaat immers om het recht van de aanbrenger en dat wordt bij de dagelijks juist wel vaak voorkomende gelijke deelgerechtigdheid van samenwoners, na een huwelijk en boedelmenging opgeslokt in een later uitgesproken faillissement. Wat van nature privé is, moet privé blijven. Dat geldt in het bijzonder voor het aandeel van de samenwoners in een eenvoudige gemeenschap dat thans op grond van art. 1:94 BW (zoals gewijzigd in de *Kamerstukken 11 en 16*) dus ten onrechte wel in de gemeenschap valt. Slechts indien die aanbrenger weer tot het privévermogen behoren wordt recht gedaan aan het uitgangspunt van het wetsvoorstel. De berekeningen van de initiatiefnemers tonen het tekort van het (gewijzigde) nieuwe systeem aan: de niet gefailleerde andere echtgenoot wordt – anders dan de minister lijkt te betogen – in een aantal gevallen met lege handen naar huis gestuurd, zie p. 9 en 10. Naar welk huis? Dat wordt de vraag!

“Vraag is of de initiatiefnemers bereid zullen zijn om de wijzigingen zoals voorgesteld in *kamerstukken 11 en 16* bij wege van Novelle ongedaan te maken en te garanderen dat alle aanbrengeren privé zullen blijven.”

Zo is het voorgesteld bij de indiening van het wetsvoorstel. Gedurende het proces is de kern – het terechte voorstel voor het privé-eigendomsrecht van alle aanbrengeren – geweld aangedaan. Om dat te voorkomen moet men van de initiatiefnemers huwelijksvoorwaarden maken (p. 7). Dat is echter de wereld op zijn kop.

## 6. Art. 1:95a BW, de redelijke vergoeding: rechtersrecht

De initiatiefnemers hebben op p. 21 tot en met 23 een duidelijke uitleg gegeven van de strekking en hoe te handelen in de geest van het nieuwe art. 1:95a BW in ondernemerssituaties – een redelijke vergoeding ten behoeve van de gemeenschap. De inhoud en de wijze van uitvoering van de daarin gehanteerde terminologie wordt aan de rechtspraak in de steeds verschillende situaties overgelaten. Indien er strijd is over de wijze van toepassing van de uitgangspunten van dit artikel – het delen van aanwinsten ook in ondernemerssituaties – zal de rechter per geval een oordeel moeten geven. Het doel is duidelijk en komt overeen met het oorspronkelijke uitgangspunt van het wetsvoorstel: “Eerlijk delen, maar pas na de bruiloft” (zie dagblad *Trouw* de dato 20 april 2016).

## 7. Overgangsrecht en rechtsongelijkheid

Het nieuwe huwelijksvermogensrecht zal – indien het voorstel wet wordt – gelden voor personen die vanaf de ingangsdatum van de wet in het huwelijk treden of een geregistreerd partnerschap aangaan. Art. 1:96 lid 3 BW werkt vanaf dat moment in de relatie privé-schuldeiser-gehuwde echtgenoot. Met de aantekeningen die hierboven zijn gemaakt – volgens de berekeningen in de memorie van antwoord dus in afgezwakte vorm – ook in geval van faillissement.

Echter, een voorgestelde wijziging van art. 61 Fw zal onmiddellijk werken vanaf de ingangsdatum van het wetsvoorstel voor faillissementen die worden uitgesproken na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet. Die wijziging van de faillissementswet betreft echter alle gehuwden, zowel degenen die voor de ingangsdatum huwden als die daarna in het huwelijk traden, onder welk huwelijksvermogensregime dan ook. Dit blijkt uit artikel IV van het overgangsrecht.

Het vonnis van het Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5855 wordt mogelijk gezien als een laatste stuiprekkende (zie F. Schols, *Webinar Huwelijksvermogensrecht* – Academie voor de Rechtspraak oktober 2016). Er zal dus bij afhandeling van faillissementen rechtsongelijkheid ontstaan bij toepassing van het nieuwe art. 61 Fw en art. 1:96 lid 3 BW. Door toepassing van art. 61 Fw wordt terugname van privégoederen door de niet gefailleerde echtgenoot in alle daarna ontstane faillissementssituaties eenvoudiger dan voorheen.

Dat is anders bij de toepassing van het beperkte verhaal van de privéschuldeiser zoals neergelegd in art. 1:96 lid 3 BW. De in art. 1:96 lid 3 BW opgenomen en door de initiatiefnemers in de memorie van antwoord uitgewerkte spelregels waarvoor de minister – mogelijk daarvan afwijkende – instructies zal geven aan de beroepsvereniging van curatoren, gaat pas in voor alle huwelijken gesloten na de invoering van het artikel.

Het kan dus zijn dat het terugnamerecht van privégoederen uit een faillissement reeds kan worden uitgeoefend in situaties die bestaan op het moment van de ingangsdatum van art. 61 Fw, maar het overnamerecht c.q. het recht op de helft van de opbrengst door de niet-gefaillieerde echtgenoot niet, omdat het huwelijk reeds bestond op het moment waarop het nieuwe art. 1:96 lid 3 BW van kracht werd en dus niet kan worden toegepast. Verschillende spelregels dus in dezelfde soort faillissementen. Ook dat maakt de afhandeling van faillissementen – al zijn beide artikelen belangrijke verbeteringen in de praktijk – niet eenvoudig, omdat deze situatie jaren zal voortduren.

Geeft dit de initiatiefnemers of de minister nog redenen om na te denken of art. 1:96 lid 3 BW niet reeds zou moeten kunnen worden toegepast in alle faillissementssituaties die zich vanaf inwerkingtreding van het wetsvoorstel voordoen, derhalve ook ten aanzien van de reeds bestaande huwelijken, zelfs ook die welke zijn gesloten onder een ander huwelijksvermogensregime? Dan immers worden voor alle vanaf de datum van invoering van het wetsvoorstel ontstane faillissementen dezelfde spelregels gehanteerd inzake het terugnamerecht van art. 61 Fw en het beperkte verhaalsrecht van de privéschuldeisers en het overnamerecht, zoals geregeld in art. 1:96 lid 3 BW. Dat zou de rechtszekerheid ten goede komen.

## 8. Conclusie

De memorie van antwoord geeft inzicht in en antwoord op de uitwerking van een aantal in de praktijk gerezen vragen. De beantwoording door initiatiefnemers en de minister in een aantal casussituaties is een positieve wending in het proces teneinde onzekerheden rond het nieuwe wetsvoorstel weg te nemen. Een aantal knelpunten blijft bestaan. Knelpunten kunnen natuurlijk altijd zo goed mogelijk worden opgelost door het tijdig maken van huwelijksvoorwaarden. De initiatiefnemers melden hierover in de memorie van antwoord op p. 7:

“Tenslotte geldt dat, indien echtgenoten de kans op een faillissement tijdens hun huwelijk aanwezig achten, zij uiteraard huwelijksvoorwaarden kunnen maken en de mede-eigendom van de woning van de beperkte gemeenschap uitsluiten of de beperkte gemeenschap als zodanig uitsluiten.”!

Maar nieuwe wetgeving moet beogen zo eerlijk mogelijk te zijn, en zo breed mogelijk toepasbaar op alle huwelijken, rekening houdend met de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten. Een faillissement kan altijd op de loer liggen, ook als men die kans “niet aanwezig acht”. Wijziging van het wetsvoorstel is dus gewenst.

Door een aandeel in een gemeenschappelijke woning alsnog als aanbrengst privé te houden en dus de wijziging als aangebracht in de *Kamerstukken 11 en 16* ongedaan te maken, ontstaan – de initiatiefnemers bevestigden het eerder – niet vier vermogens. Zie *Kamerstukken II 2014/15*, 11, p. 3.

Het belangrijkste knelpunt in wetsvoorstel 33987 is, dat het oorspronkelijke uitgangspunt dat alle aanbrengsten privé zouden zijn gedurende het wetgevingsproces ten onrechte is verlaten. Dat is onbegrijpelijk in het licht van de wetgeving van omliggende landen en in geval van huwelijken tussen bewoners van die landen en die van Nederland. Extra belastend is daarbij dat terloops (bij dezelfde nota van wijziging) de gemeenschap van vruchten en inkomsten is omgevormd tot een gemeenschap van winst en verlies. *Kamerstukken II 2014/15*, 11 (art. 100 lid 2 nieuw). Als men de aanbreng al is kwijtgeraakt dan draait men bij ontbinding van de gemeenschap ook nog mede op voor een niet-veroorzaakt verlies-saldo. Plastisch gezegd:

“De beperkte gemeenschap is als een snelkookpan: onnodig gevuld met privé goederen, waarbij onder druk van een déconfiture de bodem wegvliegt en partijen vervolgens ook nog de restanten moeten opdweilen.”

Dat moeten we niet willen en betekent dat altijd huwelijksvoorwaarden moeten worden gemaakt om boedelmenging en het vallen van de gemeenschappelijke aanbrengsten (de aandelen daarin die behoren tot het privévermogen) in een toekomstig faillissement te voorkomen. Zie hierover: de initiatiefnemers in hun memorie van antwoord p. 7 en Hermus in *EB 2016/54*. Dat zou echter niet nodig moeten zijn.

Het is geen goede startsituatie voor een wet die het maken van huwelijksvoorwaarden juist zou moeten beperken, omdat die zou moeten aansluiten bij de veronderstelde wil van de Nederlander.

Anders zouden we ook de algehele wettelijke gemeenschap van goederen kunnen behouden, hoewel in die situatie in ieder geval bij aparte wet de art. 61 Fw en 1:96 lid 3 BW moeten worden aangepast. Daarin staan immers – met de nodige kanttekeningen zoals hierboven vermeld – wendingen ten goede in vergelijking met de thans bestaande faillissementspraktijk. Ook dan moet echter rekening worden gehouden met hetgeen hierboven is opgemerkt over het tijdstip van inwerking treden van de wetsartikelen in de daar genoemde situaties.

De wijze van totstandkoming van wetsvoorstel 33987 en het proces van de vele wijzigingen daarin tijdens de Kamerbehandeling(en) zijn niet evenwichtig te noemen. Daarbij is aan een belangrijk uitgangspunt dat bij indiening bestond, tijdens het proces ten onrechte afbreuk gedaan. Dat uitgangspunt is: alle aanbrengsten (hoe ook ontstaan) blijven privé, zoals ook oorspronkelijk door de initiatiefnemers is beloofd. Dit kan geregeld worden bij novelle. Slechts dan mag dit wetsvoorstel kans van slagen krijgen. Andere wijzigingen kunnen wellicht in een bezemwet/veegwet gestalte krijgen.