

# Het overnamerecht in het vernieuwde huwelijksvermogensrecht

Mr. J.A.J.A. Luijten, datum 15-02-2018

**Datum**

15-02-2018

**Auteur**

Mr. J.A.J.A. Luijten<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Personen- en familierecht (V)

## 1. Inleiding

Met ingang van 1 januari 2018 is de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen beperkt (*Stb.* 2017, 177 jo. *Stb.* 2017, 178). De belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de voorheen bestaande wettelijke gemeenschap van goederen, betreffen de standaard uitsluiting van erfenissen, giften en voorhuwelijks vermogen. Er zijn echter meer wijzigingen die in het oog springen. Zo is aan artikel 1:96 BW, dat handelt over de verhaalbaarheid van privéschulden, een nieuw lid 3 toegevoegd, dat het verhaal van dergelijke schulden op de goederen van de gemeenschap beperkt tot de helft van de opbrengst van het uitgewonnen goed. De andere helft van de verkoopopbrengst valt voortaan buiten de gemeenschap en komt toe aan de andere echtgenoot. Bij deze noviteit blijft het in dit artikellid niet. Het vervolg ervan luidt:

“De andere echtgenoot is bevoegd, indien een schuldeiser verhaal op een goed van de gemeenschap zoekt ter zake van een niet tot de gemeenschap behorende schuld, het goed waarop de schuldeiser verhaal zoekt, over te nemen tegen betaling van de helft van de waarde van dat goed uit zijn eigen vermogen. Vanaf het tijdstip van de overneming is dit een eigen goed van deze echtgenoot, dat niet in de gemeenschap valt.”

Onder het regime van de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen heeft de echtgenoot, niet zijnde de schuldenaar, bij verhaal van een privéschuld op een gemeenschapsgoed dus een overnamerecht, dat hij jegens de schuldeiser kan invoeren. Onder het oude recht had hij een dergelijk recht niet. De voorwaarden voor het invoeren van dat recht zijn a) dat hij de helft van de waarde van dat goed aan de schuldeiser betaalt; en b) dat hij dat uit eigen middelen betaalt. Deze voorwaarden roepen de nodige vragen op. Zo is het onduidelijk welke waarde van het goed bedoeld wordt. Gaat het om de commerciële waarde, de executiewaarde of een andere waarde? Wet noch parlementaire geschiedenis geven daarop een antwoord. En geldt het overnamerecht ook in geval van een faillissement van de echtgenoot-schuldenaar? Daarop geeft de parlementaire geschiedenis een bevestigend antwoord, maar ook dan is onduidelijk of het goed tegen executiewaarde of commerciële waarde overgenomen dient te worden.

Een andere vraag die opkomt, is of de echtgenoot niet-schuldenaar het goed ook kan overnemen, indien hij het goed financiert met een geldlening. Kwalificeert dat als een betaling “*uit zijn eigen vermogen*”? Op die vraag ga ik hierna verder in.

## 2. Mening initiatiefnemers

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de beperking van de omvang van de gemeenschap van goederen, is de hiervoor gestelde vraag aan de initiatiefnemers van het wetsvoorstel voorgelegd. Ik citeer uit [Kamerstukken I 2016/17, 33987](#), G:

### “Vermogen waarmee overnamerecht kan worden uitgeoefend

De leden van de VVD-fractie vroegen aandacht voor het niet mogen overnemen van een gemeenschappelijk goed door de andere echtgenoot indien deze echtgenoot het goed niet met eigen geld kan betalen en derhalve daartoe een lening moet afsluiten.

De initiatiefnemers zijn van oordeel dat verwerving van een zaak door een echtgenoot ter uitoefening van diens overnamerecht van het voorgestelde artikel 96, derde lid, mede zal kunnen plaatsvinden door voldoening van de helft van

de waarde van deze zaak aan de verhaalzoekende privéschuldeiser uit een daartoe aangegane geldlening. Immers, het voorgestelde artikel 96, derde lid, bepaalt dat het overgenomen goed in het eigen vermogen van de overnemende echtgenoot valt en op grond van artikel 94, vijfde lid, onder a (in het wetsvoorstel zevende lid onder a), dus ook de schuld uit geldlening die wordt aangegaan om de overnamesom te betalen. De zaaksvervanging van artikel 95 mist daarom toepassing. Dit komt ook overeen met het stelsel waarbij de ter verkrijging van een privégoed aangegane geldlening een privéschuld is, zoals dat ook geldt bij de verdeling van een privégoed tussen de erfgenamen (vgl. Gerechtshof Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2059). Hieruit volgt dat het overnamerecht ook zal kunnen worden uitgeoefend indien de echtgenoot ter financiering van de helft van de waarde niet over eigen middelen beschikt.”

### 3. Gemeenschapsschuld of privéschuld?

Het voorgaande citaat geeft de mening van de initiatiefnemers weer. Mijns inziens is die mening echter gefundeerd op de onjuiste aanname dat de schuld uit geldlening, die wordt aangegaan om de overnamesom te betalen, een schuld is die valt onder het bepaalde van het huidige artikel 1:97 lid 7 sub a BW (1:94 lid 5 sub a oud BW). Dat artikel luidt:

“De gemeenschap omvat, wat haar lasten betreft, alle vóór het bestaan van de gemeenschap ontstane gemeenschappelijke schulden, alle schulden betreffende goederen die reeds vóór de aanvang van gemeenschap aan de echtgenoten gezamenlijk toebehoorden, en alle tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schulden van ieder van de echtgenoten, met uitzondering van schulden: a. betreffende van de gemeenschap uitgezonderde goederen; (...)”

Een schuld kan dus pas een privéschuld zijn, als het een van de gemeenschap uitgezonderd goed betreft. Vereist is dat de schuld rechtstreeks betrekking heeft op dat goed. Wanneer is daar sprake van?

De in het hiervoor geciteerde wetsartikel onder sub a gemaakte uitzondering is met de inwerkingtreding op 1 januari 2012 van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen in de wet opgenomen. De parlementaire geschiedenis (MvA, [Kamerstukken I 2008/09, 28867, C](#), p. 3) noemt als voorbeelden van daarmee bedoelde uitgezonderde schulden: onderhoudsschulden aangegaan met betrekking tot privégoederen, schulden die aan een echtgenoot met betrekking tot een tot diens privévermogen behorend goed worden opgelegd, zoals onroerende zaakbelasting en schulden die voortvloeien uit een aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW (bezittersaansprakelijkheid voor opstallen). Breederveld (*De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2011, p. 116) schrijft daarover:

“Alleen een schuld die rechtstreeks voortvloeit uit het eigendomsrecht betreffende een van de gemeenschap uitgezonderd goed valt van rechtswege niet in de gemeenschap. De verbondenheid van de schuld met het privégoed bepaalt dat de schuld een privéschuld is. Het gaat dus om schulden die in een direct verband staan met het privégoed, bijvoorbeeld de onbetaalde nota's van onderhoud of verbetering van een privégoed. De schuld vloeit direct voort uit de werkzaamheden die aan het privégoed zijn verricht. Schulden die niet rechtstreeks verbonden zijn aan een privégoed maar wel in direct verband staan met en ten behoeve van een privégoed zijn aangegaan, zullen in beginsel wel gewoon gemeenschapsschulden zijn, zoals de geldlening die wordt aangegaan om daaruit de kosten van onderhoud of verbetering van het privégoed te voldoen.”

Breederveld maakt dus een onderscheid in schulden die rechtstreeks verbonden zijn aan het privégoed en schulden die dat niet zijn, maar wel ten behoeve van een privégoed zijn aangegaan. De eerste categorie schulden ‘volgen’ het privégoed en zijn dan ook privéschulden. De laatste categorie schulden doen dat niet en zijn gemeenschapsschulden. Dat onderscheid is in lijn met de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis. Dat betekent dat de factuur van de schilder die de privéwoning heeft geschilderd een privéschuld is, maar de lening die is aangegaan om de factuur van de schilder te betalen, een gemeenschapsschuld.

Wanneer een echtgenoot niet-schuldenaar, op of na 1 januari 2018 gehuwd in gemeenschap van goederen, een geldlening aangaat, met als doel om het gemeenschapsgoed, waarop een schuldeiser zich wenst te verhalen, over te nemen op grond van art. 1:96 lid 3 (nieuw) BW, zal hij mijns inziens niet in zijn opzet kunnen slagen. De schuld uit de geldlening is immers slechts *ten behoeve van* (de overname van) het goed aangegaan. Het betreft een nieuwe, tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schuld van de echtgenoot, die op grond van art. 1:97 lid 7 BW in de gemeenschap valt. Doordat de schuld als een gemeenschapsschuld kwalificeert, voldoet het daarmee financieren van de overnamesom niet aan het wettelijke vereiste dat dit dient te geschieden *“uit zijn eigen vermogen”*. Het gevolg daarvan is dat op die wijze de echtgenoot geen gebruik kan maken van het overnamerecht en het gemeenschapsgoed verkocht moet worden. Hem rest dan de helft van de verkoopopbrengst, die hem buiten de gemeenschap in privé toekomt.

Het moge duidelijk zijn dat deze opvatting tegen de mening van de initiatiefnemers indruist. Zij zijn van mening dat de schuld het overgenomen *privégoed* ‘volgt’ en dus ook een privéschuld is. Ik ben van mening dat dat niet kan, omdat het geen schuld betreffende een van de gemeenschap uitgezonderd goed is.

#### 4. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2014

Ter onderbouwing van het standpunt dat de schuld uit geldlening om de overnamesom voor het goed te betalen een privéschuld is, “zoals dat ook geldt bij de verdeling van een privégoed tussen de erfgenamen”, verwijzen de initiatiefnemers naar de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 13 maart 2014 (ECLI:NL:GHARL:2014:2059). In die zaak had de vrouw samen met haar zus de woning van hun overleden oma krachtens legaat onder uitsluitingsclausule verkregen, ieder voor de onverdeelde helft. Vervolgens kwamen de vrouw en haar zus overeen om de woning aan de vrouw toe te delen, waarvoor de vrouw een overbedelingsschuld ter grootte van de helft van de waarde van de woning aan haar zus voldeed. De vrouw betaalde dat uit een hypothecaire geldlening die zij samen met haar man voor dat doel had afgesloten en waarvoor het recht van hypotheek op de gelegateerde woning werd gevestigd. In geschil was of de uitsluitingsclausule betrekking heeft op de gehele woning (standpunt vrouw), of slechts op de onverdeelde helft (standpunt man).

De man deed ter onderbouwing van zijn stelling een beroep op Breederveld, in wiens boek ‘De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding’ hij ondersteuning voor zijn standpunt vond. Volgens Breederveld zou de Hoge Raad naar het thans (na 1992) geldende vermogensrecht, niet langer vasthouden aan een ruime uitleg van de gevolgen van de uitsluitingsclausule. Dat zou volgen uit HR 5 oktober 2007, NJ 2008/296, waarin het gaat om een kwestie van zaaksvervangende bij een fidei-commis de residuo (een bepaalde in het oude erfrecht geldende tweetrapsmaking). Dat arrest en de huidige wettelijke regeling in titel 7 van Boek 1 BW (waarvan de zaaksvervangingsleer deel uitmaakt) “bieden voldoende aanknopingspunten om te veronderstellen dat op grond van de uitsluitingsclausule slechts het erfdeel of het onverdeeld aandeel en niet – na verdeling – het gehele goed buiten de gemeenschap valt”, aldus Breederveld.

Die opvatting vond bij het hof geen gehoor, want die zou niet in lijn zijn met de heersende jurisprudentie. Het hof oordeelde dat na toedeling van de woning aan de vrouw de uitsluitingsclausule op de gehele woning ziet en dat de schuld dan aangemerkt moet worden als een eigen schuld, die niet in de gemeenschap is gevallen. Ter onderbouwing van dat oordeel verwees het hof naar de parlementaire behandeling van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen en (de daarin eveneens aangehaalde) uitspraken van de Hoge Raad van 11 mei 1984 (“Vier huizen”, NJ 1985/527) en 27 februari 1987, NJ 1988/35).

#### 5. Gaat de jurisprudentie van weleer nog steeds op?

Ik merk op dat voornoemde uitspraken van de Hoge Raad van vóór 1992 dateren, het jaar waarin het vermogensrecht grondig werd herzien. Onder het oude BW werd een erfgenaam die een goed kreeg toegedeeld, geacht dit goed rechtstreeks (dus met wegdenken van de verkrijging door de gezamenlijke erfgenamen) in zijn geheel van de erfflater te hebben verkregen, zonder dat daartoe een afzonderlijke leveringshandeling nodig was. Dat is onder het huidige recht niet meer het geval, gelet op het bepaalde in art. 3:186 lid 1 BW, dat ook geldt bij de verdeling van een nalatenschap. Voor de overgang van het aan ieder van de deelgenoten toegedeelde, is een levering vereist op dezelfde wijze als voor overdracht van het desbetreffende goed is voorgeschreven. Zie in gelijke zin de recente uitspraak van de Hoge Raad van 8 september 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2274). Uit die uitspraak volgt dat in de rechtshandeling van de verdeling mede een andere rechtshandeling besloten kan liggen en dat het bepaalde in art. 3:186 lid 2 BW daaraan niet in de weg staat.

Laatstgenoemde uitspraak van de Hoge Raad kan aanleiding geven om in navolging van Breederveld te vermoeden dat de door het hof in de uitspraak van 13 maart 2014 aangehaalde “heersende jurisprudentie” niet meer opgaat en dat de uitsluitingsclausule zich (ook na verdeling) beperkt tot het oorspronkelijk verkregen erfdeel en – in het verlengde daarvan – de in verband met de verwerving van het gehele goed ontstane overbedelingsschuld in de gemeenschap valt. Ik meen echter dat die conclusie niet gerechtvaardigd is. De Hoge Raad geeft immers niet meer aan dan dat de verdeling een rechtshandeling van alle deelgenoten is, die tot levering verplicht, waarin mede een andere rechtshandeling besloten kan liggen, zoals een schenking. Aan de verkrijging van de deelgenoot door verdeling en levering, kunnen daarom meerdere (elkaar overlappende) titels ten grondslag liggen (Zo ook Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, Inv. 3, 5 en 6, p. 1298. Verwezen wordt voorts naar de noot van L.C.A. Verstappen onder HR 8 september 2017, RFR 2017/131 en ECLI:NL:HR:2017:2274). Dat betekent mijns inziens, dat een door een erfflater gemaakte uitsluitingsclausule zich nog steeds (na verdeling) kan uitstrekken over het gehele goed (Zo ook Asser/Perrick, Deventer: Kluwer 2011, nr. 103 en L.C.A. Verstappen in zijn noot onder HR 8 september 2017). De in verband met de verwerving van het gehele goed ontstane overbedelingsschuld van de verkrijgende deelgenoot jegens de andere deelgenoten zal dan als een privéschuld aangemerkt moeten worden, omdat het goed zelf een privégoed is. De schuld vloeit rechtstreeks voort uit het eigendomsrecht betreffende een van de gemeenschap uitgezonderd goed en valt derhalve onder de wettelijke uitzondering.

Perrick (*Zaaksvervangende*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 57-59) vraagt zich overigens af of het correct is dat het Hof Arnhem-Leeuwarden in de uitspraak van 13 maart 2014 de schuld, waarvan het aannam dat deze niet in de gemeenschap is gevallen, een schuld noemt als bedoeld in art. 1:94 lid 5 sub a (oud) BW (thans art. 1:97 lid 7 sub a BW). Hij is van mening dat een betere basis daarvoor is de bijzondere verknochtheid van die schuld, die zich volgens hem zou verzetten

tegen het in de gemeenschap vallen ervan (art. 1:94 lid 3 oud BW, thans lid 5). *Dat* de overbedelingssschuld (en door 'schuldvervanging' de voor de voldoening van die schuld op de betreffende woning gevestigde hypotheekschuld) buiten de gemeenschap valt, staat voor hem echter vast.

## 6. Vergelijking gaat mank

Het voorgaande is relevant voor de beantwoording van de centrale vraag in dit artikel, inhoudende of een echtgenoot niet-schuldenaar door het aangaan van een geldlening een goed kan overnemen, waardoor dit gemeenschapsgoed een privégoed wordt. Duidelijk is immers dat dit alleen bewerkstelligd kan worden als de tegenprestatie door de betreffende echtgenoot uit zijn eigen vermogen betaald wordt. Heeft die echtgenoot geen eigen liquide middelen die hem buiten de gemeenschap toekomen, dan zal hij daarvoor een lening moeten aangaan. Alleen als de schuld uit geldlening als een privéschuld kwalificeert, kan hij van het overnamerecht gebruikmaken. De casus in de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 maart 2014 laat zien, dat in die situatie een schuld uit geldlening voor een privéschuld kan doorgaan. Maar wil dat zeggen dat op een vergelijkbare wijze de schuld uit geldlening *ter overname* van het gemeenschapsgoed als een privéschuld kwalificeert? Ik ben van mening van niet.

In de casus van het Hof Arnhem-Leeuwarden is er sprake van: a) een echtgenoot die krachtens erfrecht onder uitsluitingsclausule een onverdeeld aandeel in een goed verkrijgt; b) aan deze echtgenoot bij verdeling het gehele goed wordt toegedeeld; c) de uitsluitingsclausule ziet op het gehele goed en daardoor het goed als een privégoed kwalificeert; en d) de door de verdeling ontstane overbedelingssschuld rechtstreeks voortvloeit uit het eigendomsrecht van dat goed en daardoor kwalificeert als een privéschuld (evenals de voor de voldoening van die schuld aangegane lening *ter verwerving* van het goed). In die situatie *is* er voor het aangaan van de schuld uit geldlening reeds sprake van een privégoed van een echtgenoot, zijnde een onverdeeld aandeel in een onder uitsluitingsclausule geërfd goed. Door de verdeling tussen de erfgenamen wordt het gehele goed privé-eigendom van de betreffende echtgenoot. Doordat de eigendom privé is, is de schuld die daar rechtstreeks uit voortvloeit dat ook.

Die situatie is geheel anders dan de situatie in geval van een overname van een goed, zoals bedoeld in art. 1:96 lid 3 BW. Dan is er immers sprake van een *gemeenschapsgoed*. Dit goed *kan* overgenomen en zodoende een privégoed *worden*, mits de helft van de waarde van het goed uit eigen middelen wordt betaald. Met andere woorden: ten tijde van het aangaan van de geldlening is er nog helemaal geen sprake van een 'overgenomen privégoed', wel van een gemeenschapsgoed. De volgorde is dan andersom: eerst ontstaat de schuld uit geldlening en als die privé is, is het daarmee overgenomen goed dat ook. Bovendien is de verkrijging van een goed door middel van *overname* een andere wijze van verkrijging dan krachtens *verdeling*. De vergelijking die de initiatiefnemers maken, gaat mijns inziens om deze redenen mank.

## 7. Boedelmenging

Voorts kun je je afvragen of het überhaupt mogelijk is om goederen in privé te verwerven door in verband daarmee privéschulden aan te gaan. Dat verdraagt zich immers niet met de van rechtswege bestaande boedelmenging tijdens het huwelijk (gemeenschap van goederen), waarvan onderdeel uitmaakt dat alle tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schulden van ieder van de echtgenoten tot de gemeenschap behoren, behoudens uitzonderingen. Andere voorbeelden van privéschulden dan schulden aangegaan ter verwerving van een goed dat reeds door de wijze van verkrijging (krachtens erfrecht of gift onder uitsluitingsclausule of door zaaksvervanging) privé is, zijn mij niet bekend.

In het kader van de zaaksvervangingsleer merkt Perrick (*Zaaksvervanging*, Den Haag: Bju 2016, p. 38 en 58) op dat "(...) een echtgenoot geen privéschuld kan aangaan of meer precies geformuleerd: dat bij de toepassing van art. 1:95 lid 1 BW de middelen verkregen uit een lening die de verkrijgende echtgenoot is aangegaan in verband met de verwerving van een goed niet ten laste van zijn eigen vermogen komen". Perrick merkt op dat de middelen verkregen uit een geldlening, niet mogen worden toegerekend aan de tegenprestatie die ten laste van het eigen vermogen van de verkrijgende echtgenoot komt.

"Afhankelijk van het antwoord op de vraag of met inachtneming van het vorenstaande een goed privé is dan wel in de gemeenschap valt, geldt voor de schuld uit lening dat deze een privéschuld is dan wel een schuld van de gemeenschap."

Hieruit volgt dat eerst nadat is vastgesteld of een goed privé is, kan worden beoordeeld of de schuld privé is. Ook al mist zaaksvervanging conform de visie van de initiatiefnemers bij de overname van het goed op grond van art. 1:96 lid 3 BW toepassing, de hier door Perrick gehanteerde volgorde lijkt mij ook in het kader van de overname van het goed de enige juiste. Dit systeem strookt immers wel met de tijdens het huwelijk bestaande boedelmenging.

## 8. Conclusie

Het overnamerecht dat sinds 1 januari 2018 in art. 1:96 lid 3 BW in de wet is opgenomen, is een nieuwe rechtsfiguur die nog vele vragen oproept. Vragen die naar verwachting de komende jaren in de jurisprudentie beantwoord zullen gaan worden.

In het voorgaande heb ik getracht om zelf een antwoord te geven op de vraag of het mogelijk is voor een echtgenoot niet-schuldenaar, op of na 1 januari 2018 gehuwd in gemeenschap van goederen, door middel van een geldlening een gemeenschapsgoed, waarop een schuldeiser zich wenst te verhalen, over te nemen. Ik heb beargumenteerd waarom hij mijns inziens op die wijze niet in zijn opzet kan slagen. De schuld uit de geldlening is immers slechts *ten behoeve van* het goed aangegaan. Het is geen schuld die rechtstreeks voortvloeit uit het eigendomsrecht betreffende een van de gemeenschap uitgezonderd goed, maar een nieuwe, tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schuld van de echtgenoot, die op grond van art. 1:97 lid 7 BW in de gemeenschap valt. Een andere conclusie zou in strijd zijn met de tijdens het huwelijk bestaande boedelmenging, die zo kenmerkend is voor de wettelijke gemeenschap van goederen.

Eerst dient vastgesteld te worden of het goed privé is; pas daarna kan worden beoordeeld of de schuld privé is. Die volgorde wordt ook gehanteerd in de jurisprudentie, waar de initiatiefnemers naar verwijzen, die echter niet als onderbouwing van hun standpunt kan gelden, omdat het daarin om een heel andere wijze van eigendomsverkrijging gaat.

Doordat de schuld uit geldlening kwalificeert als een gemeenschapsschuld, voldoet het daarmee financieren van de overnamesom niet aan het wettelijke vereiste dat dit dient te geschieden uit eigen vermogen. Zo staat het in de wet en als de wetgever het anders heeft bedoeld, dan had de bepaling heel anders moeten luiden.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Mr. J.A.J.A. Luijten is advocaat bij BANNING.