**Notitie t.b.v. het rondetafelgesprek in de Tweede Kamer over wetsvoorstel 33 987 tot beperking van de wettelijke gemeenschap**

Prof. mr. L.C.A. (Leon) Verstappen, *hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen, raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Den Haag, kantooradviseur Hekkelman Advocaten en Notarissen te Arnhem en Nijmegen.*

***Kern van de kritiek op het huidige stelsel***

Het staat vast dat het Nederlandse stelsel van algehele gemeenschap van goederen sterk wordt bekritiseerd, zowel in binnen- als buitenland. Het belangrijkste kritiekpunt is dat het gemeenschappelijk maakt wat van nature niet gemeenschappelijk hoort te zijn, voorhuwelijks vermogen, erfenissen en giften. Die vermogensbestanddelen zijn niet de vrucht van de gezamenlijke inspanningen van echtgenoten *tijdens het huwelijk*, maar worden ‘om niet’ verkregen. Het zijn verkrijgingen die tijdens het huwelijk tot stand *kunnen* maar *niet hoeven* te komen, terwijl de kans aanwezig is dat die bij de ene echtgenoot vergezeld gaan van een uitsluitingsclausule en bij de ander niet. Of die verkrijgingen moeten worden verdeeld bij echtscheiding, is dus nogal willekeurig, want afhankelijk van bepaalde onzekere omstandigheden. In dit opzicht pakt het huidige stelsel van algehele gemeenschap willekeurig uit.

Studies hebben aangetoond dat dit uitgangspunt van de wet niet logisch is en enquêtes wijzen uit dat dit niet is wat de mensen die gaan trouwen willen.

***Aantal echtscheidingen***

Het is een maatschappelijk gegeven dat het aantal echtscheidingen nog nooit zo hoog is geweest: bijna 40% van alle huwelijksontbindingen op jaarbasis zijn echtscheidingen. Dit percentage is afgelopen tientallen jaren enorm toegenomen. Zij die trouwplannen hebben moeten zich daarom terdege afvragen of men voorhuwelijks vermogen, erfenissen en giften van de eigen familie in geval van echtscheiding wil delen. Ook moet men zich afvragen of men wil meebetalen aan andermans schulden. Verreweg de meeste aanstaande echtgenoten beantwoorden deze vraag ontkennend. Vrijwel alle ouders, die vanuit een ander perspectief met dezelfde kwestie geconfronteerd worden (namelijk bij het maken van testamenten en schenkingsakten), beantwoorden haar ook ontkennend. De notariële rechtspraktijk wijst ook uit dat dit systeem op verschillende manieren structureel, door het maken van huwelijkse voorwaarden, alsmede testamenten en schenkingsakten met uitsluitingsclausules, wordt gecorrigeerd. Nederland heeft voor zover internationaal bekend het hoogste percentage huwelijkse voorwaarden en in vrijwel elk van de naar schatting 275.000 testamenten die jaarlijks worden gemaakt is een uitsluitingsclausule opgenomen. Veel mensen hebben er grote moeite mee, dat de helft van de erfenis of gift van de ouders in een echtscheiding moet worden afgestaan aan de ex. Ook begrijpt men niet waarom men moet meebetalen aan voorhuwelijkse schulden van de andere echtgenoot.

***In internationaal verband een buitenbeentje***

Op enkele landen, die roots met Nederland hebben (Suriname en Zuid Afrika), bestaat het stelsel nergens op de wereld. We kennen wel landen die het hadden en naar een beperkte gemeenschap zijn overgestapt (Portugal en Brazilië), maar geen enkel land dat de algehele gemeenschap heeft ingevoerd. In geen enkel land op de wereld zijn mogelijke praktische problemen van de beperkte gemeenschap of het beperkt verrekenstelsel aanleiding geweest om de algehele gemeenschap in te voeren. Men vindt de discussie in Nederland hierover maar merkwaardig.

De European Commission on European Family Law (CEFL), het vooraanstaande internationale gremium van deskundigen op het terrein van familierecht in Europa, heeft in de in 2013 tot stand gekomen Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses, na een diepgaande vergelijking van de verschillende stelsels van huwelijksvermogensrecht in Europa, vastgesteld dat Nederland een absoluut buitenbeentje is en heeft als beste stelsels aanbevolen de beperkte gemeenschap en het beperkte verrekenstelsel. Bij de (parlementaire) discussie over wetsvoorstel 28 867, dat een gelijke strekking heeft als het onderhavige wetsvoorstel, is met kracht van argumenten gekozen voor de beperkte gemeenschap in plaats van een beperkt verrekenstelsel.

***Kern van de discussie over het wetsvoorstel***

In de literatuur staat de juistheid van het principiële uitgangspunt van de *beperkte* gemeenschap van goederen dan ook eigenlijk niet meer ter discussie. De discussie concentreert zich rondom de vraag of de aanpassing van de algehele naar een beperkte gemeenschap praktisch hanteerbaar is. Daarbij lijken sommige auteurs te twijfelen aan de hanteerbaarheid van de nieuwe regeling en sommigen van hen gaan daarbij nog verder en betogen dat dat aan invoering in de weg staat.

Mijns inziens is het een volstrekt eenzijdige benadering om voor een afgewogen oordeel of het voorgestelde systeem ingevoerd zou moeten worden, alleen de vraag te stellen of het nieuwe systeem in de praktijk hanteerbaar is. Daar gaat het beslist *niet alleen* om. Bij de afweging of het nieuwe stelsel beter is, moet bijvoorbeeld ook in aanmerking worden genomen welke problemen het huidige stelsel veroorzaakt die in het nieuwe stelsel ondervangen worden. Die problemen zijn er legio, onder meer:

* het uitgangspunt van de algehele gemeenschap komt niet overeen met wat de huwenden als meest wenselijk ervaren;
* onnodig veel huwelijkse voorwaarden moeten worden gemaakt om het hoofdstelsel aan te passen;
* onnodig veel uitsluitingsclausules moeten in testamenten worden opgenomen om ongewenste vermogensverschuivingen te voorkomen;
* de algehele gemeenschap pakt willekeurig uit wat betreft het moeten verdelen van erfenissen en giften;
* het is onwenselijk dat onbekende voorhuwelijkse schulden ook ten laste van de echtgenoot komen; naar huidig recht wordt de andere echtgenoot op geen enkele wijze beschermd;
* de algehele gemeenschap van goederen past niet bij huwenden die al eerdere relaties met kinderen achter de rug hebben (‘patchwork’-families);
* de algehele gemeenschap geeft gelegenheid tot ongewenste vermogensverschuiving ten gunste van ‘gold diggers’, vooral ten nadele van vermogende ouderen;
* buitenlanders die met Nederlanders gehuwd zijn worden geconfronteerd met een in internationaal verband abnormaal stelsel dat eveneens ongewenste vermogensverschuiving tot gevolg heeft.

***Hanteerbaarheid***

Terug naar de hamvraag: is het nieuwe stelsel hanteerbaar? Door het veelvuldig gebruik van uitsluitingsclausules zijn de meeste algehele gemeenschappen vandaag de dag de facto veelal beperkt. Dat leidt ook naar huidig recht niet tot onoverkomelijke problemen. De KNB heeft in haar reactie op het oorspronkelijke wetsvoorstel dit ook erkend en heeft verklaard dat in de praktijk niet gebleken is van omvangrijke problemen bij de toepassing of uitwerking van uitsluitingsclausules. In de rechtspraktijk zijn ook geen aanwijzingen te vinden dat het bestaan van uitsluitingsclausules tot onhanteerbaar zou zijn omdat het tot *onoverkomelijke* afwikkelingsproblemen zou leiden.

In verband met de hanteerbaarheid is in het voorstel de bestaande duidelijke en heldere bewijsregel gehandhaafd: wie wenst dat een goed privé blijft heeft daarvan in geval van geschil de bewijslast; slaagt hij daar niet in, dan wordt het goed geacht tot de gemeenschap te behoren (art. 1:94 lid 6/7 BW). In de wet is een duidelijke zaaksvervangingsregel opgenomen in art. 1:95 BW. Bij de recente Nota van Wijziging is het stelsel verder vereenvoudigd door voorhuwelijkse mede-eigendom in de gemeenschap te laten vallen. Daarmee is de als ingewikkeld ervaren mogelijkheid dat vier vermogens naast elkaar bestaan, komen te vervallen. Er ontstaan in het nieuwe stelsel niet meer vermogens dan onder huidig recht. Ook voor het buiten de gemeenschap aanwezige ondernemingsvermogen is een eenvoudigere regeling getroffen. De kritiekpunten die overigens in de literatuur zijn genoemd, zijn door de betrokken deskundigen en Tweede Kamerleden allemaal gewogen en hebben geleid tot aanpassing of tot verwerping van de kritiek.

***Brede steun vanuit de rechtspraktijk***

Ter gelegenheid van de parlementaire behandeling van het vorige wetsvoorstel 28 867 werd in het notariaat breed gesproken over het voorstel om het hoofdstelsel aan te passen: zes gecombineerde ringvergaderingen met 835 deelnemers die na grondige voorbereiding en voorvergaderingen actief hebben gediscussieerd over het toen voorliggende wetsvoorstel en waarop stemmingen werden gehouden. Meer dan 90% was voor de invoering van een beperkte gemeenschap van goederen boven het huidige stelsel en mogelijke alternatieven. Praktische problemen werden niet als onoverkomelijk beschouwd. Op een recentelijk gehouden studiedag aan de Universiteit van Utrecht naar de knelpunten van het nieuwe stelsel, waar voor- en tegenstanders vanuit wetenschap en verschillende professies openlijk met elkaar hebben gediscussieerd, met name over de hanteerbaarheid van het nieuwe stelsel, stemde uiteindelijk eveneens ongeveer 90% voor de voorgestelde beperkte gemeenschap als hoofdstelsel. Ook hier werden mogelijke praktische problemen niet als een *onoverkomelijk* obstakel gezien.

In het algemeen geldt dat wetgeving op dit terrein nooit vrij is van alle problemen. Wetteksten kunnen ook niet alle gevallen tot in de puntjes regelen. Bij nieuwe wetgeving zal er altijd een periode zijn waarin de rechtspraktijk zal moeten wennen aan de nieuwe situatie. Maar naar verloop van tijd zal zich dat gaan zetten. Als het wenselijker en rechtvaardiger stelsel in de wet staat, zal dat inherent ook minder aanleiding geven tot rechtsgeschillen.

***Conclusie***

Kortom: er zijn geen aanwijzingen dat invoering tot *onoverkomelijke* afwikkelingsproblemen zal leiden. Het nieuwe stelsel lost daarentegen veel problemen op, komt overeen wat mensen die vandaag de dag trouwen willen en is in overeenstemming met wat in internationaal verband gangbaar is.