



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Naschrift [bij reactie R.E. Brinkman inzake ‘Enkele opmerkingen over
voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-
/uitsluitingsclausules’]**

Huijgen, W.G.

Citation

Huijgen, W. G. (2020). Naschrift [bij reactie R.E. Brinkman inzake ‘Enkele opmerkingen over voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules’]. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 151(7265), 27-29. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3133261>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3133261>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Naschrift

Brinkman heeft een uitvoerige reactie geschreven op mijn bijdrage in WPNR 2019/7247 inzake voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules. Hetgeen in deze reactie direct opvalt, is dat Brinkman op geen enkel door mij besproken argument dat pleit tegen de mogelijkheid van voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes, en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules ingaat. Kort samengevat, wordt er in mijn bijdrage in genoemd WPNR 7247 gewezen op het feit dat – anders dan vele auteurs in het recente verleden hebben aangenomen – de Hoge Raad in het arrest Van de Water/Van Hemme¹ er expliciet op wijst dat *niet* de toenmalige terugwerkende kracht van de voorwaarde in de weg stond aan de mogelijkheid van voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes maar het feit dat deze een onzekere en zwevende rechtstoestand met zich meebrengen.² Ook op mijn andere argumenten die pleiten tegen de mogelijkheid van voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes zoals het bepaalde in art 6:23 BW, de rol van art. 1:102 BW bij het staande huwelijk invoeren dan wel wijzigen van een bepaald huwelijksvermogensregime en de (praktijk)eis dat ontbindende voorwaarden eenvoudigweg onacceptabel zijn voor derden, zoals bijvoorbeeld hypothecaire financiers,³ wordt door Brinkman niet ingegaan. Zijn reactie is meer een betoog dat zich richt tegen een bijdrage van J.B. Vegter in WPNR 2017/7154 waar hij met name ingaat op verhaal en executie door een schuldeiser ten aanzien van voorwaardelijk verkregen goederen (zie sub 2 alsmede sub 4 en 5 van zijn reactie). Desalniettemin zal ik kort ingaan op enkele stellingen die Brinkman betreft.

Allereerst merkt Brinkman in zijn inleiding sub 1 op dat: de wetgever sinds 1992 als uitgangspunt hanteert dat rechtshandelingen onder een voorwaarde kunnen worden verricht tenzij uit de wet of de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit op grond van art. 3:38 lid 1 BW. Brinkman en ook anderen doen hier alsof art. 3:38 lid 1 BW ons in 1992 iets nieuws heeft gebracht ten opzichte van het oude BW. Niets is echter minder waar. Zoals uit de diepgravende en veelomvattende dissertatie van H. Stolz blijkt,⁴ werd onder het oude BW met de artt. 1289 -1302 sterk de nadruk gelegd op voorwaardelijke *verbintenissen*. Uit deze wetsartikelen vloeide voort dat een *deel* van voormelde wetsbepalingen specifiek betrekking

¹ Zie HR 21 jan 1944, NJ 1944,120.

² Dit is onder het huidige BW nog steeds het geval blijkens art. 6:21 en art. 6:22 BW.

³ Dit laatste leidt ertoe dat standaard in verkrijgingstitels, zoals met name leveringsakten ten aanzien van registergoederen, verklaard wordt dat alle ontbindende voorwaarden zijn uitgewerkt.

⁴ H.Stolz, De voorwaarde in het vermogensrecht, diss. Leiden 2015, p. 54/55.

had op verbintenissen uit overeenkomst. Analoge toepassing van de betreffende wetsartikelen op andere rechtsfiguren dan de verbintenis uit overeenkomst – zoals op huwelijksvermogensrechtelijke en erfrechtelijke rechtsfiguren - werd niettemin vrijwel algemeen aanvaard. Kortom, art 3:38 lid 1 BW is niets meer dan een codificatie van een reeds lang bestaande opvatting onder oud BW. Derhalve is het arrest Van de Water/Van Hemme dat voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes als nietig bestempelt tegen dezelfde juridische achtergrond inzake voorwaardelijk rechtshandelingen geweest als nu is neergelegd in art. 3:38 lid 1 BW.

In de tweede plaats is ongerijmd dat Brinkman in zijn reactie uit een bijzonder geval - te weten de naar zijn mening bestaande mogelijkheid van voorwaardelijke in-/ uitsluitingsclausules – aanneemt dat dit derhalve ook geldt voor de meer algemene situatie van voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes. In mijn genoemde bijdrage in WPNR 2019 baseer ik me juist op de *algemene onmogelijkheid* van het scheppen van complete voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes die overigens ook in de jurisprudentie en *alle* handboeken op het gebied van huwelijksvermogensrecht wordt aangenomen⁵ en kom – mede op grond daarvan – ook tot de onmogelijkheid van voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules. Een redenering van algemene regels naar een bijzonder geval (deductie) zien we vaak in het burgerlijk recht. De gehele opbouw van het BW met zijn gelaagde structuur is daarop gebaseerd. Zo gaat boek 3 inzake vermogensrecht in het algemeen vooraf aan de meer bijzondere delen verbintenissen in het algemeen (boek 6) en zakelijke rechten (boek 5). Op zijn beurt gaat boek 6 verbintenissenrecht weer vooraf aan de bijzondere overeenkomsten van boek 7. Eventueel is denkbaar dat men voor een bijzonder geval dan een afwijkende bepaling (uitzondering) maakt. Het komt echter in strijd met – onder meer – de gelaagde structuur en opbouw van het BW om op grond van een bijzonder geval (wellicht mogelijkheid van voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules) de stelling te betrekken dat zulks ook voor de meer algemene situatie van complete huwelijksvermogensregimes zou gelden.

⁵ Wat betreft de jurisprudentie verwijs ik naar: HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120 alsmede Rb. Utrecht 5 april 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ0234. Wat betreft de handboeken verwijs ik in dit verband naar: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons, 1-II 2016, nr. 415-417; De Bruijn/Huijgen/Reinhartz, 2019, nr. IV.1 en IV.6 en Klaassen/Luijten&Meijer, *Huwelijksgoederenrecht I*, 2005, nr. 417 e.v.; Pitlo/Van der Burght, Doek, *Personen- en familierecht* 2002, nr. 490, en tenslotte Van Mourik & Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding, Algemeen Deel A* 2014, hoofdstuk 4, paragraaf 7.8, die slechts de voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausule mogelijk acht.

In de derde plaats wil ik graag op een punt inzake verhaal en beslag op voorwaardelijk verkregen goederen bij Brinkman ingaan. Hij schetst zowel sub 2 als sub 4 – kort samengevat – de situatie dat een echtgenoot (A) een goed onder ontbindende voorwaarde (bijvoorbeeld van einde van het huwelijk door overlijden) tot zijn privévermogen kan rekenen en onder opschortende voorwaarde tot het gemeenschapsvermogen van A en diens echtgenoot B. Vervolgens schetst hij dat een privéschuldeiser van A verhaal zoekt op het goed en tot executie overgaat. Sub 4d merkt hij nog op dat indien een gemeenschapsschuldeiser van B het ‘voorwaardelijk goed’ onder de ontbindende voorwaarde zou kunnen uitwinnen een executiekoper volgens hem in zo’n geval dient te bedenken dat hij het goed bij de definitieve niet-ervulling van de voorwaarde alsnog kan verliezen. Wanneer wij de hier door Brinkman geschetste situatie wat nader bezien, rijst de vraag hoe wij die dan precies moeten duiden. Allereerst wil ik er in dit verband dan op wijzen dat het belangrijkste vermogensbestanddeel dat echtgenoten in het algemeen hebben de echtelijke woning zal zijn. Wanneer we de vorenstaande casus dan naar de praktijk inkleuren moet er allereerst op gewezen worden dat – zowel in het geval van een voorwaardelijk huwelijksvermogensregime als in geval van een voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausule – er in beginsel in het geheel geen hypothecaire schuldeisers meer kunnen ontstaan in die zin dat Brinkman niet meer de notarisverklaring behorende bij de hypothecaire financiering als notaris kan afgeven. Immers, iedere notaris wordt bij de vestiging van een hypotheek door de bank verplicht te verklaren dat – kort gezegd - hij zich ervan overtuigd heeft dat het recht van hypotheek rechtsgeldig is verleend en – onder meer – niet aan de vervulling van een (ontbindende) voorwaarde blootstaat. Kortom, indien men de mogelijkheid van voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules mogelijk acht en de echtgenoten ook onroerend goed onder zo’n voorwaarde bezitten, is hypothecaire financiering in beginsel niet meer mogelijk tenzij de betrokken bank bereid is genoegen te nemen met een geclausuleerde notarisverklaring. De ervaring leert dat dit laatste veelal lastig te realiseren is. Bij dit door Brinkman gegeven voorbeeld merk ik voorts op dat het creëren van allerlei voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules er toe zal leiden dat *alle* notarissen in de onroerend goedpraktijk met deze risico’s geconfronteerd worden en steeds dienen te verifiëren of zij nog wel een notarisverklaring kunnen afgeven. Ik ben ervan overtuigd dat hier (vrijwel) nooit aan gedacht wordt.⁶ Terzijde merk ik overigens op dat ook in vele

⁶ Ik wil er ook op wijzen dat, indien men meent dat geldige voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules mogelijk zouden zijn die (mede) betrekking hebben op onroerend goed men die rechtsfiguren moet gaan inschrijven in de openbare registers. Immers, de toevoeging van de

(model-)pandakten verklaard wordt dat de pandgever (onvoorwaardelijk) bevoegd is tot verpanding.⁷ Naar mijn mening is dit alles een belangrijke aanwijzing dat de *aard* van de rechtshandeling⁸ er aan in de weg staat dat geldig voorwaardelijk huwelijksvermogensregimes en voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules zouden kunnen worden gemaakt. Daarbij bedenken men dat de notarisverklaring al heel lang staande praktijk is en bij iedere hypotheekakte sedert 1929 door het notariaat ten behoeve van de (hypotheek)banken moet worden afgegeven.⁹

Vervolgens kom ik nog op de opmerking van Brinkman (reactie sub 4d) ‘dat de executiekoper in de hier bedoelde veiling dient te bedenken dat hij het goed bij definitieve niet-ervulling van de voorwaarde kan verliezen’. Deze visie op verhaal en executie door een schuldeiser van voorwaardelijk verkregen goederen en een executieveiling waar die goederen in betrokken worden, is naar mijn mening gespeend van iedere realiteitszin. Er zal in beginsel geen enkele koper bereid zijn om in een executieveiling te bieden op dergelijk soort goederen. In mijn genoemde bijdrage in WPNR 2019/7247 wees ik er al op dat met name in de onroerend goedpraktijk derden, zoals (hypothecaire) schuldeisers, eenvoudigweg eisen dat de rechtstoestand van het betrokken onroerend goed vaststaat en *onvoorwaardelijk* is. In verband daarmee wordt in *iedere* leveringsakte dan ook een bepaling van een dergelijke strekking opgenomen. Het vorenstaande leidt mij tot de conclusie dat – mede in het licht van jurisprudentie en literatuur¹⁰ - moet worden aangenomen dat de aard van de rechtshandeling - te weten huwelijksvoorwaarden en in-/uitsluitingsclausules - er aan in de weg staat dat die huwelijksvermogensrechtelijke/erfrechtelijke rechtshandelingen onder een voorwaarde zouden kunnen worden verricht.

Tot slot vind ik het zacht gezegd merkwaardig dat Brinkman (zie sub 1) – evenals hij al in de discussie over de vraag of een samenlevingscontract wellicht huwelijksvoorwaarden kan bevatten¹¹ – ook nu weer opmerkt dat het in beginsel op zijn kantoor geen *usance* is om voorwaardelijke huwelijksvoorwaarden te maken of ‘alles maar voorwaardelijk te maken’,

voorwaardelijkheid maakt de desbetreffende rechtshandeling *par excellence* tot een voorbeeld van het belang daarvan voor de rechtstoestand van het betrokken registergoed (zie art. 3:17 lid 1 sub a BW; huwelijksvoorwaarden en de sluiting van een huwelijk waardoor een registergoed in een huwelijksgemeenschap valt zijn immers inschrijfbaar in de openbare registers; zie MvT, Parl. Gesch. Kadasterwet, p. 150/1).

⁷ Voor volledige beschikkingsbevoegdheid is onvoorwaardelijkheid immers noodzakelijk. Zie art. 3:84 lid 4 BW.

⁸ Zie daarover art. 3:38 lid 1 BW.

⁹ Zie daarover P.H.M. Gerver, *Het recht van hypotheek*, 1994 nr. 2.11.

¹⁰ Zie voor de bedoelde jurisprudentie en literatuur noot 5 hiervoor.

¹¹ Zie daarvoor zowel deze reactie van Brinkman sub 1 als zijn reactie op mijn eerdere artikel ‘Wanneer kan een notariële akte huwelijksvoorwaarden bevatten?’ in WPNR 2019/7237 sub 3 p. 361.

maar dat hij in uitzonderingsgevallen daartoe wel overgaat. Ik begrijp dit standpunt niet goed. Het is immers van tweeën één. Ofwel men is, zoals Brinkman, van mening dat huwelijkse voorwaarden onder een voorwaarde kunnen worden gemaakt en ook voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules mogelijk zijn en dan staat niets aan het tot stand brengen van dergelijke rechtshandelingen in de weg. Ofwel men is – mede op grond van de bestaande jurisprudentie en literatuur – van mening dat het minst genomen twijfelachtig casu quo onmogelijk is om voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden te doen opmaken alsmede voorwaardelijke in-/uitsluitingsclausules omdat die op grond van zowel de jurisprudentie als een groot deel van de literatuur als ongeldig worden bestempeld en dan dient *iedere* notaris zich daarvan te onthouden.¹² In dit verband wil ik er nog op wijzen dat er *geen enkele* rechterlijke uitspraak bestaat die bevestigt dat voorwaardelijke huwelijksvermogensregimes en in-/uitsluitingsclausules mogelijk zouden zijn. Kortom, Brinkman verwacht hetgeen – volgens hem – *wenselijk* recht is met hetgeen *geldend* recht is. Dat laatste luidt echt anders dan hij het voorstelt met alle gevolgen van dien.

W.G. Huijgen

¹² Ik merk op dat het toevoegen van een voorwaardelijk finaal verrekenbeding voor het geval de goederenrechtelijk werkende voorwaarde niet geldig blijkt te zijn (zie reactie Brinkman sub 1 slot), het notariaat mogelijksterwijs wel beschermt tegen eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar niet tegen tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. Het notariaat mag immers niet meewerken aan nietige of vernietigbare rechtshandelingen en/of bedingen. Zie daarover Melis/Waaijer, *De Notariswet 2019*, nr. 4.5, p. 51 e.v. alsmede bijvoorbeeld recent KvN Arnhem-Leeuwarden 17 juni 2019, TNORARL:2019:34; Notamail 2019/160.