



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Enkele civil- en fiscaalrechtelijke (on)duidelijkheden omtrent vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht

Saija, D.J.; Weijers, H.J.

### Citation

Saija, D. J., & Weijers, H. J. (2023). Enkele civil- en fiscaalrechtelijke (on)duidelijkheden omtrent vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht. *Kwartaalbericht Estate Planning*, 2023(4), 3-15. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3725177>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3725177>

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

# Enkele civiel- en fiscaalrechtelijke (on)duidelijkheden omtrent vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht

KWEP 2023/17

## 1. Inleiding

De problematiek omtrent de civiele en fiscale behandeling van vergoedingsrechten in het huwelijksvermogensrecht blijft de gemoederen bezighouden.<sup>2</sup> De laatste jaren is er veel jurisprudentie van de Hoge Raad verschenen waarin onduidelijkheden rondom de civiele behandeling van één of meer aspecten van de vergoedingsrechten een rol hebben gespeeld. Denk bijvoorbeeld aan de vraag of de wettelijke regeling inzake vergoedingsrechten uit boek 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) ook – al dan niet analoog – van toepassing is op informeel samenwoners,<sup>3</sup> de vraag of de rechtsvordering die als gevolg van een vergoedingsrecht ontstaat voor verjaring vatbaar is,<sup>4</sup> de stelplicht en de bewijslastverdeling voor het aantonen van het bestaan van een vergoedingsrecht,<sup>5</sup> de vermengingsproblematiek waardoor mogelijk vergoedingsrechten kunnen ontstaan<sup>6</sup> en de uitleg van een ‘alsof-beding’ in huwelijkse voorwaarden waardoor er in een situatie waarin echtgenoten in koude uitsluiting zijn gehuwd mogelijk zogenaamde ‘pseudo-vergoedingsrechten’ kunnen ontstaan.<sup>7</sup> Hoewel de jurisprudentie van de Hoge Raad meer duidelijkheid schept over bovengenoemde problemen, blijven er nog meerdere

civielrechtelijke vraagpunten over. Daarnaast zijn er ook diverse fiscale onduidelijkheden omtrent de behandeling van de vergoedingsrechten, waarover meer in paragraaf 6.

In deze bijdrage zullen wij met name stilstaan bij twee arresten van de Hoge Raad, te weten HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504 en HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96. Na een schets van de aan de in voor-noemde uitspraken ten grondslag liggende casus zullen wij in het bijzonder aandacht besteden aan de vermengingsproblematiek en de bewijslastverdeling die lijkt te verschillen naargelang een echtgenoot onder uitsluitingsclausule verkregen privé-gelden stort op een privébankrekening dan wel een gemeenschappelijke bankrekening.<sup>8</sup> In deze uitspraken spelen diverse civielrechtelijke leerstukken een rol, namelijk de leerstukken van de vergoedingsrechten, de werking van een uitsluitingsclausule en de vraag wanneer er sprake is van vermenging van privé- en gemeenschapsgelden.<sup>9</sup> Voordat wij daarom aan een bespreking van de arresten toekomen, zullen wij in de navolgende paragrafen eerst deze leerstukken middels een korte beschrijving nader duiden. Zoals nog zal blijken, kan men niet volstaan met het opnemen van een uitsluitingsclausule ter zake een gift of een uiterste wilsbeschikking. De verkrijger dient duidelijk geadviseerd te worden over het feit dat een goede administratie van belang is bij zowel een onverhoopte echtscheiding als voor het bepalen van de omvang van de nalatenschap. Hier ligt ons inziens een taak voor de estate planner om cliënten hierover actief te adviseren.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt de wettelijke regeling inzake de vergoedingsrechten (art. 1:87, 1:95 en 1:96 BW) kort uiteengezet. In dat verband wordt ook stilgestaan bij de regeling van het ontstaan en de berekeningsmethode van vergoedingsrechten vóór 2012 alsmede de positie van informeel samenwoners. (De werking van) de uitsluitingsclausule wordt besproken in paragraaf 3. Paragraaf 4 behandelt de feiten van de twee

- 1 Mr. D.J. (Danka) Saija is partner-aandeelhouder bij Mazars Private Clients te Den Haag en als docent verbonden aan de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden. Mr. H.J. (Rick) Weijers is als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden.
- 2 Het huwelijksvermogensrecht maakt deel uit van het relatievermogensrecht in bredere zin, hetwelk ook ziet op geregistreerd partners (art. 1:80a BW), formeel samenwoners (met al dan niet notarieel verleden samenlevingscontract) en informeel samenwoners (zonder samenlevingscontract). Ingeval in dit artikel wordt gesproken over het huwelijk, kan hiervoor ook worden gelezen het geregistreerd partnerschap ingevolge de schakelbepaling van art. 1:80b BW. Waar in dit artikel wordt gesproken over (*huwelijks*)-*partners* wordt derhalve bedoeld op zowel echtgenoten als geregistreerde partners. Ongehuwde samenwoners vallen hier niet onder (vgl. HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:707, r.o. 3.5.2, NJ 2019/248, m.nt. L.C.A. Verstappen). Zie par. 2 waarin wij kort ingaan op de positie van informeel samenwoners ter zake de vergoedingsrechten in titel 1.6 en titel 1.7 van boek 1 BW.
- 3 HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:707, NJ 2019/248, m.nt. L.C.A. Verstappen. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag overigens ontkennend. Informeel samenwoners kunnen derhalve slechts aan het algemene vermogensrecht zoals dat in concreto met name geregeld is in boek 6 BW ‘vergoedingsrechten’ ontleenen.
- 4 HR 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1936, NJ 2023/145, m.nt. L.C.A. Verstappen.
- 5 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, KWEP 2019/15, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen, HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1080, NJ 2022/274 en HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96, NJ 2023/146, m.nt. L.C.A. Verstappen.
- 6 Met name HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.
- 7 HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1389, NJ 2023/15, m.nt. L.C.A. Verstappen.

- 8 In dit artikel beperken wij ons tot de situatie dat echtgenoten zijn gehuwd in de algehele dan wel beperkte gemeenschap van goederen zoals bedoeld in art. 1:94 e.v. BW. Situaties waarbij echtgenoten zijn gehuwd op huwelijkse voorwaarden en waarbij verrekenbedingen een rol spelen, blijven derhalve buiten beschouwing. Met art. 1:94 BW (oud) wordt bedoeld op het wettelijk stelsel zoals dat gold tot 1 januari 2018.
- 9 Waar in deze bijdrage over vermenging wordt gesproken, doelen wij op de figuur van de oneigenlijke vermenging (vgl. HR 12 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC2286, NJ 1968/274 (*Teixera de Mattos*)) en niet op de vermenging zoals geregeld in art. 5:15 jo. art. 5:14 BW. Zie hierover bijvoorbeeld M. van Wingerden & P.M.P. Frenken, ‘Verpanding van geld, in het bijzonder aan de bank’, in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem & B. Bierens (red.), *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer* (Onder-neming en recht nr. 131), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 71-77.

arresten van de Hoge Raad die in deze bijdrage centraal staan. Deze arresten worden vervolgens in paragraaf 5 nader geanalyseerd. Daar zal ook aandacht besteed worden aan een recente beschikking Rb. Midden-Nederland van 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236. In paragraaf 6 komen de belangrijkste fiscale aspecten van de vergoedingsrechten waarover onduidelijkheid bestaat aan bod. Hierbij wordt eveneens aandacht besteed aan de relevante maatregelen uit het Belastingplan 2024. Deze bijdrage sluiten wij in paragraaf 7 af met een conclusie en enkele aanbevelingen.

## 2. De wettelijke regeling van vergoedingsrechten

Tot 1 januari 2012 bevatte het BW geen regeling ter zake het ontstaan en de berekening van een vergoedingsrecht dat een echtgenoot zou hebben jegens de andere echtgenoot indien eerstgenoemde met zijn privévermogen bijvoorbeeld de koopprijs betaalde van een goed dat ging behoren tot het privévermogen van de ander. Sinds het *Kriek/Smit*-arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1987 bestond hiervoor wel een jurisprudentiële basis waarbij de Hoge Raad bepaalde dat er in een dergelijk geval inderdaad een vergoedingsrecht ontstond en wel in beginsel ter grootte van het geïnvesteerde bedrag (de nominaliteitsleer).<sup>10</sup> In de literatuur is deze nominaliteitsleer vervolgens bekritiseerd, met name vanwege het feit dat de prijzen van registergoederen – waarin immers voornamelijk met noemenswaardige bedragen geïnvesteerd werd – over het algemeen steeds stegen.<sup>11</sup> De investerende echtgenoot profiteerde daar in beginsel echter niet van en dat werd door velen als onredelijk bestempeld.

De wetgever heeft deze kritiek ter harte genomen en voor deze situatie een wettelijke regeling ingevoerd in art. 1:87 BW.<sup>12</sup> De rekenmethode voor de hoogte van een vergoedingsrecht wijkt af van de eerder door de Hoge Raad geïntroduceerde maatstaf. De nominaliteitsleer is vervangen door de zogenaamde *evenredigheids- of beleggingsleer* en is neergelegd in art. 1:87 lid 2 BW.<sup>13</sup> Blijkens lid 2 onder-

deel a van art. 1:87 BW belooft de vergoeding een deel van de waarde van het goed op het tijdstip van voldoening dat evenredig is aan de investering die afkomstig is uit het vermogen van de investerende echtgenoot in de tegenprestatie waarvoor het goed is verkregen.<sup>14</sup> In art. 1:87 lid 2 onderdeel b BW is een regeling te vinden voor de berekening van het vergoedingsrecht als de investerende echtgenoot verbouwings- of verbeteringskosten betaalt.<sup>15</sup> Terzijde zij opgemerkt dat echtgenoten door middel van een overeenkomst kunnen afwijken van art. 1:87 lid 1-3 BW.<sup>16</sup> Het vergoedingsrecht van art. 1:87 BW is civielrechtelijk renteloos – tenzij men uiteraard anders afspreekt – en het artikel is alleen van toepassing op vergoedingsvorderingen die op of na 1 januari 2012 zijn ontstaan.<sup>17</sup>

Vergoedingsrechten kunnen echter niet alleen ontstaan op grond van art. 1:87 BW, maar ook op grond van art. 1:95 en 1:96 BW. Daarin is onder meer het ontstaan van vergoedingsrechten geregeld indien een echtgenoot met privévermogen gemeenschapsschulden zoals bedoeld in art. 1:94 lid 7 BW aflost en *vice versa*. In dergelijke situaties ontstaan er zogenaamde *reprise- en récompensevorderingen*.<sup>18</sup> Voor de berekening van deze vergoedingsrechten verwijzen de artikelen naar art. 1:87 lid 2 en 3 BW. Op grond van art. 1:96b BW kunnen echtgenoten bij overeenkomst het beloop van deze vergoedingsrechten anders bepalen.<sup>19</sup>

Voor informeel samenwoners geldt het bovenstaande overigens niet.<sup>20</sup> De Hoge Raad heeft in 2019 overwogen dat de

<sup>10</sup> HR 12 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2558, r.o. 3.3-3.4, NJ 1988/150, m.nt. E.A.A. Luijten (*Kriek/Smit*). In bijzondere gevallen kon het door de investerende echtgenoot te vorderen bedrag door de rechter nog verhoogd worden door gebruik te maken van de zogenaamde billijkheidscorrectie. De Hoge Raad heeft zijn uitspraak nadien meermaals bevestigd. Zie daarover nader H.J. Weijers, 'Hoera! Eén decennium artikel 1:87 BW', *REP* 2022/632, nr. 7, p. 51-53, de uitvoerige conclusie van A.-G. Lückers van 1 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:328, par. 3.4-3.22 en recent A.E. de Leeuw, *Huwelijksvermogensrechtelijke schuldverhoudingen in de fiscaliteit* (*Ars Notarius* nr. 180), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 3-5.

<sup>11</sup> Zie voor een overzicht daarvan *Kamerstukken II* 2002/03, 28867, nr. 3, p. 17-19 (*MvT*). Zie recent ook A.N. Labohm, 'Vergoedingsrechten in het kader van het huwelijksvermogensrecht. Door de bril van de rechter', *KWEP* 2022/20, p. 16-18.

<sup>12</sup> Zie voor de moeizame behandeling van dit artikel en de belangrijkste knelpunten die in de parlementaire geschiedenis aan bod zijn gekomen H.J. Weijers, 'Hoera! Eén decennium artikel 1:87 BW', *REP* 2022/632, nr. 7, p. 51-56.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28867, nr. 3, p. 18 (*MvT*). Enkele uitzonderingen zijn te vinden in art. 1:87 lid 3 BW.

<sup>14</sup> Indien de verkrijgende echtgenoot een goed dat bestemd is om verbruikt te worden verkrijgt dan wel gelden van de investerende echtgenoot aanwendt zonder diens toestemming, heeft de investerende echtgenoot recht op (ten minste) een nominale vergoeding. Zie art. 1:87 lid 3 onderdelen a en b BW.

<sup>15</sup> Dit blijkt in het bijzonder uit de voorbeelden die over de toepassing van art. 1:87 BW zijn gegeven door de Minister in *Kamerstukken I* 2008/09, 28867, nr. C, p. 14-18 (*MvA*).

<sup>16</sup> Zie art. 1:87 lid 5 BW. Gelet op het bepaalde in art. 3:37 lid 1 BW is deze overeenkomst vormvrij. Teneinde bewijsproblematiek te voorkomen, is het vanzelfsprekend wenselijk om dergelijke afspraken schriftelijk (en al dan niet notarieel) vast te leggen.

<sup>17</sup> Zie art. V lid 1 van het overgangsrecht, zoals vermeld in *Kamerstukken I* 2008/09, 28867, nr. A, p. 7 en in de wet van 18 april 2011, *Stb.* 2011, 205. Dit is bevestigd in *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 39 (*MvT*).

<sup>18</sup> Een reprisevordering is een vergoedingsrecht van (het privévermogen van) een echtgenoot op de huwelijksgoederengemeenschap (bijvoorbeeld art. 1:96 lid 3 BW) en een récompensevordering is een vergoedingsrecht van de huwelijksgoederengemeenschap op (het privévermogen van) een echtgenoot (bijvoorbeeld art. 1:96 lid 4 BW). Zie hierover nader W.D. Kolkman & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel II. Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/177-179 alsmede 304 (hierna: *Asser/Kolkman & Salomons I-II* 2023) en B. Breederveld, 'Vergoedingsrechten en de huwelijksgemeenschap: een nadere beschouwing', *REP* 2019/503, nr. 6, p. 32-39.

<sup>19</sup> Het anders bepalen van 'het beloop' van de vergoedingsrechten ziet zowel op het ontstaan als op de berekening van de hoogte van dergelijke vergoedingsrechten. Vgl. *Asser/Kolkman & Salomons I-II* 2023/319.

<sup>20</sup> Zie de opmerking van de Staatssecretaris in *Kamerstukken II* 2011/12, 28867, nr. 23, p. 13-14. Voor formeel samenwoners met samenlevingscontract geldt de wettelijke regeling in beginsel ook niet, tenzij er in het samenlevingscontract wordt aangesloten bij de wettelijke regeling. Dit zal veelal het geval zijn.

vermogensrechtelijke verhouding tussen informeel samenwoners niet wordt bepaald door de regels die in de titels 6-8 van Boek 1 BW voor echtgenoten en geregistreerde partners zijn opgenomen. Deze regels lenen zich ook niet voor overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen informeel samenwonende een 'vergoedingsrecht' baseren op het algemene verbintenissenrecht zoals dat geregeld is in boek 6 BW, mits uiteraard aan de voor toepassing van die leerstukken gestelde wettelijke vereisten wordt voldaan.<sup>22</sup>

### 3. De uitsluitingsclausule

Vergoedingsrechten ontstaan vaak nadat een echtgenoot privévermogen heeft verkregen als gevolg van een rechtshandeling waaraan een zogenaamde uitsluitingsclausule of privéclausule is verbonden. Ook in de in paragraaf 4 te bespreken arresten speelt deze uitsluitingsclausule een rol en voor een goed begrip daarvan gaan wij eerst kort in op de werking van een uitsluitingsclausule.<sup>23</sup>

Een erflater of schenker kan aan een erfrechtelijke verkrijging respectievelijk schenking een uitsluitingsclausule verbinden op grond waarvan de erfrechtelijke verkrijging respectievelijk schenking niet mag vallen in een (huwelijks)gemeenschap tussen de verkrijger en diens (huwelijks)partner noch onderdeel mag uitmaken van een verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden.<sup>24</sup> De Hoge Raad heeft reeds in 1980 uitgemaakt dat het (huwelijks)partners niet is toegestaan om door middel van huwelijkse voorwaarden deze uitsluitingsclausule te doorbreken via een obligatoire verrekening die economisch hetzelfde effect heeft; de uitsluitingsclausule dwingt derhalve en kan niet worden doorkruist door het (huwelijks)goederen)regime dat tussen (huwelijks)-

partners geldt (of zal gelden).<sup>25</sup> Met de wijziging van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen naar een wettelijke beperkte gemeenschap van goederen per 1 januari 2018 kan de vraag gesteld worden in hoeverre een uitsluitingsclausule nog nodig is. Immers, op grond van art. 1:94 lid 2 aanhef en onderdeel a BW vallen erfrechtelijke verkrijgingen en giften reeds buiten de (huwelijks)gemeenschap. Er zijn evenwel nog veel (huwelijks)partners die vóór 1 januari 2018 zijn gehuwd zonder huwelijkse voorwaarden. Daarnaast kunnen (huwelijks)partners bij huwelijkse voorwaarden de 'oude' algehele gemeenschap van goederen van toepassing verklaren. Een uitsluitingsclausule is dan nog steeds nodig wanneer een erflater of schenker wenst dat een verkrijging privé is en blijft van de verkrijger.<sup>26</sup>

Blijkens art. 3:39 BW volgt de uitsluitingsclausule bij de gift in haar vorm de vorm van de rechtshandeling waaraan zij is verbonden. De uitsluitingsclausule moet in het testament of bij de schenking worden vastgelegd en kan niet achteraf alsnog worden opgenomen.<sup>27</sup> Het is van belang om te vermelden dat eveneens buiten de (huwelijks)gemeenschap blijft het goed dat in de plaats is gekomen van het oorspronkelijke met de uitsluitingsclausule verkregen goed en dat voor het intreden van zaaksverving voldoende is dat het nieuwe goed voor meer dan de helft is gefinancierd uit het vervangen goed.<sup>28</sup> Over de uitsluitingsclausule valt nog veel meer op te merken (denk aan de discussie of voorwaardelijke en geclausuleerde uitsluitingsclausules mogelijk zijn en of een algemene uitsluitingsclausule tussen twee partijen mogelijk is), maar dat valt buiten het bestek van dit artikel.

Blokland merkt terecht op dat zo lang het nog *pais en vree* is tussen de (huwelijks)partners, een uitsluitingsclausule vaak wordt verwaarloosd door de uitgesloten verkrijger (de vergoedingsgerechtigde echtgenoot), maar dat in het zicht van een echtscheiding, diezelfde uitgesloten verkrij-

21 HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:707, r.o. 3.5.2, NJ 2019/248, m.nt. L.C.A. Verstappen. Terzijde merken wij op dat in de literatuur wel is opgemerkt dat de Hoge Raad hier in zijn algemeenheid te ver gaat en dat specifieke artikelen (zoals art. 1:84 en 1:131 BW) mogelijk wel voor analoge toepassing vatbaar zijn. Zie bijvoorbeeld A.R. de Bruijn e.a., *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 392-393 en M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Relatievermogensrecht (Monografieën Privaatrecht nr. 12)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 216.

22 De Hoge Raad noemt daarbij drie voorbeelden, te weten art. 6:203 BW (onverschuldigde betaling), art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) en art. 6:2 lid 1 BW (de aanvullende werking van de redelijkheid & billijkheid). Zie HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:707, r.o. 3.5.3-3.5.4 en 3.5.6, NJ 2019/248, m.nt. L.C.A. Verstappen. Daarnaast zijn er ook andere grondslagen denkbaar. In Rb. Noord-Holland 4 mei 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:4173, r.o. 4.2 wordt bijvoorbeeld ook de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) expliciet als grondslag genoemd.

23 Zie uitvoeriger P. Blokland, 'De in- en uitsluitingsclausule in het nieuwe huwelijksvermogensrecht', *KWEP* 2018/12.

24 Zie art. 1:94 lid 2 aanhef en onderdeel a BW (oud) en thans art. 1:94 lid 4 BW voor de (huwelijks)gemeenschap en art. 1:134 BW voor het verrekenbeding.

25 HR 21 november 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7049, NJ 1981/193, m.nt. E.E.A. Luijten (*de uitsluitingsclausule dwingt*). Huijgen is de mening toegedaan dat het op zijn minst genomen discutabel is dat de lijn die de Hoge Raad hiermee heeft ingezet thans nog kan worden gehandhaafd; zie W.G. Huijgen, 'Enige vragen rond de afschaffing van het schenkingsverbod tussen echtgenoten', *WPNR* 2006/6677, p. 595-601. Daar gaan wij nu niet nader op in.

26 Naast een uitsluitingsclausule kan een erflater of schenker blijkens art. 1:94 lid 3 aanhef en onderdeel b BW bepalen dat de erfrechtelijke verkrijging respectievelijk schenking juist in de (huwelijks)gemeenschap valt, een insluitingsclausule genoemd.

27 *Asser/Kolkman & Salomons 1-II* 2023/289 en 290 en B.E. Reinhartz, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:94 BW, aant. o.12 en aant. o.15. Zie voor een voorbeeld waar het misging Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2131, r.o. 6.10, *RFR* 2016/85. Ten aanzien van een testamentaire beschikking geldt overigens wel dat een uitsluitingsclausule in een later, aanvullend testament alsnog toegevoegd kan worden. In de praktijk is het gebruikelijk om alsdan een nieuw testament op te maken en het oude testament te herroepen, al is dat niet noodzakelijk, zie *Asser/Kolkman & Salomons 1-II* 2023/290.

28 M.C.J.G. Kathmann & E. Sabelis, 'Zaaksverving – vervanging van vermogen verkregen onder uitsluitingsclausule', *KWEP* 2013/61 en *Asser/Kolkman & Salomons 1-II* 2023/294.

ger de uitsluitingsclausule opeens tevoorschijn trekt als een troefkaart richting de ex-partner.<sup>29</sup> Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad uit 2019<sup>30</sup> is (nog meer) van belang dat ondubbelzinnig uit de formulering van de uitsluitingsclausule volgt dat deze alleen geldt voor zover het geërfde/geschonken vermogen nog over is op moment van echtscheiding (en dus niet is opgegaan aan consumptieve bestedingen) als een erflater of schenker dat wenst; zie bijvoorbeeld het tekstvoorstel van Blokland.<sup>31</sup> In de volgende paragraaf zal nader worden ingegaan op dit arrest van de Hoge Raad.<sup>32</sup>

#### 4. Twee arresten van de Hoge Raad

##### 4.1 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504

In dit arrest speelde het volgende. Man en vrouw zijn in 1985 met elkaar gehuwd in de algehele gemeenschap van goederen. In de periode 2002-2006 heeft de vrouw een bedrag van totaal € 30.000 ontvangen via schenkingen waaraan een uitsluitingsclausule verbonden was. Dit geld is daarmee privévermogen van de vrouw geworden op grond van art. 1:94 lid 2 aanhef en onderdeel a BW (oud). De door de vrouw ontvangen bedragen zijn overgeboekt naar de gemeenschappelijke bankrekening. In 2014 is het huwelijk door een echtscheiding ontbonden. Nadat de ontbonden huwelijksgemeenschap is verdeeld, resteert er nog een bedrag van € 30.000 hetgeen bij een advocaat in depot wordt gehouden. Tussen de man en de vrouw is ondertussen een conflict ontstaan over de vraag wie tot dat bedrag gerechtigd is; volgens de vrouw komt het volledige bedrag haar toe, maar volgens de man heeft zowel hij als zijn ex-vrouw recht op de helft. De relevante rechtsvraag is dan ook of er door het storten van privévermogen op een gemeenschappelijke bankrekening een (nominaal) vergoedingsrecht ontstaat.

De uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd, maar is voor zover relevant wel kenbaar uit de uitspraken van het hof en de Hoge Raad. De rechtbank is van oordeel dat de huwelijksgemeenschap qua saldo is toegenomen door de overboeking van de schenkingen op de gemeenschappelijke bankrekening. Het staat volgens de rechtbank ook vast dat het geschonken geld niet nadien op naam van de vrouw is afgezonderd of is aangewend voor privéschulden van de vrouw. Volgens de rechtbank is er daarom een vergoedingsrecht ontstaan, te weten een reprisevordering ten gunste van de vrouw. Dit vergoedingsrecht kan worden gebaseerd op art. 1:94 lid 2 onderdeel a jo. art. 1:95 lid 2 BW (oud). Het feit dat partijen het niet eens zijn op welke

wijze het geld is uitgegeven, is volgens de rechtbank niet van belang.<sup>33</sup>

Het hof komt tot een tegenovergesteld oordeel. Volgens het hof is door de overboeking van de onder uitsluitingsclausule verkregen gelden naar de gemeenschappelijke bankrekening een situatie van vermenging ontstaan. Het privégeld van de vrouw heeft zich immers vermengd met gemeenschapsgeld.<sup>34</sup> Het is volgens het hof dan vervolgens de vraag of de vrouw een reprisevordering heeft op de gemeenschap op grond van art. 1:95 lid 2 BW (oud).<sup>35</sup> De vrouw voerde aan dat het geld is aangewend om de voormalige echtelijke woning te verbouwen, terwijl de man heeft aangevoerd dat de geschonken bedragen zijn opgegaan aan kosten der huishouding, vakanties en dergelijke. Volgens het hof is niet vast komen te staan dat het geld is besteed aan de verbouwing van de woning en dat daarmee aangenomen moet worden dat het geld is besteed aan de kosten der huishouding. Dat levert geen vergoedingsrecht op, waarna het hof concludeert dat 'nu het geschonken geld op de gemeenschappelijke rekening van partijen is terechtgekomen, op de peildatum niet meer traceerbaar aanwezig was en evenmin is komen vast te staan aan welke specifieke uitgaven het is besteed dan wel dat partijen over de besteding van dit geld met elkaar afspraken hebben gemaakt, moet het ervoor worden gehouden dat de met uitsluiting ontvangen gelden zijn geconsumeerd, opgemaakt aan bestedingen die geen aanleiding geven tot een vergoedingsrecht'.<sup>36</sup>

De vrouw stelt met succes cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. Volgens de Hoge Raad behoren de gelden inderdaad tot de huwelijksgemeenschap als gevolg van vermenging. Daarbij zij opgemerkt dat over deze vermenging in cassatie niet is geklaagd en de Hoge Raad aan dat feitelijke oordeel gebonden is.<sup>37</sup> Als gevolg van deze vermenging ontstaat voor de vrouw – op grond van het wettelijk stelsel van titel 7 van boek 1 BW – een nominaal ver-

29 P. Blokland, 'Roma Locuta: de Hoge Raad geeft uitsluitsel over uitsluitingsclausule, consumptie en reprise', *FTV* 2019/27, p. 6.

30 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.4, *NJ* 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.

31 P. Blokland, 'Roma Locuta: de Hoge Raad geeft uitsluitsel over uitsluitingsclausule, consumptie en reprise', *FTV* 2019/27, p. 8 en zijn voorbeeldtekst in voetnoot 37.

32 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, *NJ* 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.

33 Zie r.o. 4.2-4.3 van de uitspraak van Rb. Oost-Brabant 3 augustus 2016, te kennen uit Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4752, r.o. 3.6.3, *RN* 2018/9.

34 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4752, r.o. 3.6.4.4 en 3.6.4.7, *RN* 2018/9.

35 Het hof verwijst daarbij naar HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2385, *NJB* 2017/1808. Zie daarover ook de annotatie van B.E. Reinhart bij HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, *JPF* 2019/3, p. 275.

36 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4752, r.o. 3.6.4.7, *RN* 2018/9.

37 Wij merken op dat in de lagere rechtspraak reeds meermaals is verwezen naar dit arrest van de Hoge Raad ter ondersteuning van een oordeel dat gelden vermengd zijn in soortgelijke situaties. Zoals in par. 5.2 nog zal worden besproken, is het de vraag of dat juist is. Daarnaast wordt het arrest volgens ons ook een enkele keer onjuist gebruikt. Zie bijvoorbeeld de recente beschikking Hof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5139, r.o. 5.10 en 5.11 waarin het hof onterecht oordeelt dat geërfd geld door vermenging gemeenschappelijk is geworden in een situatie waarbij privévermogen geïnvesteerd werd in een gemeenschappelijke woning. Daar speelt vermenging als zodanig geen rol (vgl. ook voetnoot 8 hierboven) en vindt art. 1:95 lid 2 BW rechtstreeks toepassing als grondslag voor het ontstaan van een vergoedingsrecht.

goedingsrecht.<sup>38</sup> Dat vormt het vertrekpunt. De hoogte van dit vergoedingsrecht kan namelijk nog veranderen en dat is afhankelijk van het antwoord op de vraag waaraan het geld vervolgens is besteed. Volgens de Hoge Raad moet bezien worden of de besteding van het geld betrekking had op schulden van de gemeenschap dan wel op privéschulden van de vrouw. Voor zover uit het gemeenschapsvermogen (de gemeenschappelijke bankrekening waarop het bedrag was overgeboekt) gemeenschapsschulden zijn voldaan, verandert de hoogte van het vergoedingsrecht van de vrouw niet. Voor zover echter uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan, is zij op grond van art. 1:96 lid 4 BW (oud) gehouden tot vergoeding van het daarmee gemoeide bedrag aan de gemeenschap. Het ligt dan voor de hand deze vorderingen met elkaar te verrekenen.<sup>39</sup> Eveneens kan het vergoedingsrecht van de vrouw zijn vervallen als de man kan bewijzen dat 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 gemeenschapsschulden gefinancierd uit aan haar toekomend vermogen.<sup>40</sup> Gelet op het voorgaande, rijzen er dan nog *een tweetal vragen*, te weten de vraag hoe het voldoen van kosten der huishouding gekwalificeerd moet worden. Zijn dit ook gemeenschapsschulden? En de vraag welke echtgenoot moet stellen en bij betwisting dient te bewijzen dat er een vergoedingsrecht is en waaraan het geld is uitgegeven.

Ten aanzien van de eerste vraag geldt volgens de Hoge Raad dat uit art. 1:94 lid 5 BW (oud) het (bewijs)-vermoeden voortvloeit dat de tijdens het huwelijk uit het gemeenschapsvermogen voldane schulden gemeenschapsschulden zijn. Daarbij geldt dat ook uitgaven in verband met consumptieve bestedingen aan te merken zijn als voldoening van gemeenschapsschulden. Hetzelfde geldt bovendien 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.<sup>41</sup> Op de tweede vraag zullen wij in par. 5.3 nader ingaan.

De Hoge Raad vernietigt vervolgens het arrest van het hof en doet de zaak zelf af. De man verweerde zich slechts tegen de vordering van de vrouw door te stellen dat de gelden waren uitgegeven aan kosten der huishouding en vakanties. Dat betreft echter ook uitgaven ter voldoening van gemeenschapsschulden. De vordering van de vrouw – en daarmee haar vergoedingsrecht van € 30.000 – wordt dan ook (opnieuw) toegewezen.

#### 4.2 HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96

De relevante feiten zijn als volgt. Man en vrouw zijn in 1994 gehuwd in de algehele gemeenschap van goederen. Zij zijn in 2003 gezamenlijk een samenwerking in de vorm van een maatschap aangegaan. Tijdens het huwelijk heeft de vrouw een erfenis van in totaal ruim € 170.000 ontvangen van haar vader waaraan een uitsluitingsclausule was verbonden en welke erfenis op een privébankrekening op naam van de vrouw was gestort. Niet in geschil is dat een bedrag van € 40.000 is besteed aan een tot de maatschap behorend actief en het overige aan de kosten van de huishouding (van het bedrag van de erfenis is aldus niets over). De rechtsvraag die moest worden beantwoord was of de vrouw een vergoedingsrecht toekomt ter hoogte van het bedrag van de door haar met uitsluiting verkregen erfenis van haar vader.<sup>42</sup>

De rechtbank gaf aan dat in de zaak die heeft geleid tot het hierboven besproken arrest HR 5 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:504) sprake was van onder uitsluiting verkregen schenkingen die waren overgeboekt naar de gemeenschappelijke bankrekening van partijen die tot de huwelijksgemeenschap van partijen behoorde. Door vermenging waren de geschonken bedragen tot het gemeenschapsvermogen gaan behoren en rees de vraag of de vrouw een recht van reprise had ten laste van de gemeenschap. In onderhavige zaak is de erfenis altijd op privérekeningen van de vrouw blijven staan. De gemeenschap is dus niet gebaat door de onder uitsluiting verkregen gelden. Tussen partijen is niet in geschil dat de vrouw de gelden grotendeels (met uitzondering van het bedrag van € 40.000) heeft aangewend om de kosten van de huishouding te voldoen omdat partijen onvoldoende inkomsten hadden. Voor zover de gelden zijn aangewend om de kosten van de huishouding te voldoen, is de rechtbank dan ook van oordeel dat de vrouw geen vergoedingsrecht heeft. Zij heeft met haar privégeden een bijdrage geleverd aan de kosten van de huishouding toen er onvoldoende inkomsten waren en daartoe was zij ook verplicht (art. 1:84 lid 1 BW).<sup>43</sup>

Het hof wijst er allereerst op dat het feit dat de erfenis op een rekening is gestort die alleen op naam staat van de

38 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.2, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.

39 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.3, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen. Ter toelichting een eenvoudig voorbeeld. De vrouw heeft in casu een vergoedingsrecht van € 30.000. Stel dat zij echter een privéschuld had van € 5000 die vanaf de gemeenschappelijke bankrekening is afgelost. In dat geval dient de vrouw een bedrag van € 5000 te vergoeden aan de gemeenschap (een récompensevordering ex art. 1:94 lid 5 BW). Door deze vorderingen met elkaar te verrekenen houdt de vrouw per saldo een reprisevordering van € 25.000 over op de gemeenschap.

40 In de literatuur wordt door sommigen wel aangenomen dat van een dergelijke stilzwijgende afspraak bij consumptieve bestedingen snel sprake kan zijn, omdat men tijdens het huwelijk elkaar over en weer 'cadeautjes' geeft. Zie bijvoorbeeld M.J.A. van Mourik & F.W.J.M. Schols, *Relatievermogensrecht (Monografieën Privaatrecht nr. 12)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 91.

41 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.4, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.

42 Het vraagstuk dat speelde ter zake (een tot) de maatschap (behorend actief) laten wij in dit artikel verder buiten beschouwing.

43 Rb. Limburg 15 mei 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:5984, r.o. 2.6.13-2.6.16, JIN 2019/122, m.nt. L.S. Zomers.

vrouw niet inhoudt dat die erfenis 'tot het gemeenschapsvermogen is gaan behoren' (refererend naar het arrest HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504). Deze enkele omstandigheid is onvoldoende om de onder uitsluitingsclausule verkregen erfenis als deel uitmakend van de huwelijksgemeenschap aan te merken. Volgens het hof is geen sprake van vermenging, omdat het saldo op de bankrekening slechts een laag bedrag betrof voordat op de bankrekening de erfenis werd gestort, zodat dan niet kan worden gezegd dat de erfenisgelden (en de besteding daarvan) niet meer als zodanig identificeerbaar en traceerbaar waren.<sup>44</sup> Aangezien de vrouw met haar privévermogen heeft bijgedragen aan de kosten van de huishouding toen er onvoldoende inkomsten waren, moet het er voor worden gehouden dat de vrouw – overeenkomstig de in art. 1:84 lid 1 BW geregelde draagplicht – met haar privévermogen naar evenredigheid heeft bijgedragen aan de kosten van de huishouding. Omdat de vrouw heeft voldaan aan een op haar rustende verbintenis is er geen plaats voor een vergoedingsrecht. Niet jegens de gemeenschap en niet jegens de man.<sup>45</sup>

Vervolgens heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat voor zover de geërfde gelden zijn besteed aan kosten van de huishouding, met aan de vrouw toebehorend vermogen gemeenschapsschulden zijn voldaan, waardoor de vrouw in beginsel een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap toekwam op grond van art. 1:96 (destijds lid 3, thans lid 4) BW. 'In zoverre doet dus niet ter zake of de erfenis door vermenging tot de huwelijksgemeenschap is gaan behoren (...). Reeds uit de vaststaande besteding daarvan vloeit immers in beginsel een vergoedingsrecht voort', aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad merkt vervolgens op dat de draagplicht van de vrouw jegens de man voor de kosten van de huishouding losstaat van dat vergoedingsrecht en dat nu de vrouw heeft voldaan aan haar verplichting op grond van art. 1:84 lid 1 BW (draagplicht), haar per saldo geen vergoeding ten laste van de gemeenschap toekomt. In de woorden van de Hoge Raad: 'Dat de vrouw deze verplichting had jegens de man doet daaraan niet af: waar het om gaat is dat er een rechtsgrond bestond voor de vrouw om het geld voor de voldoening van gemeenschapsschulden aan te wenden.'<sup>46</sup>

## 5. Nadere beschouwing

### 5.1 Inleidende opmerkingen

Over bovenstaande arresten, met name HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, zijn reeds diverse artikelen in de li-

teratuur verschenen.<sup>47</sup> Zo werd – en wordt – er bijvoorbeeld verschillend gedacht over de vraag of er inderdaad vermenging optreedt zodra privégeld wordt gestort op een gemeenschappelijke bankrekening, de vraag in hoeverre een vergoedingsrecht 'verdampt' als privé gelden worden besteed aan kosten der huishouding en de vraag in hoeverre het ook wenselijk is dat de reeds opgemaakte gelden – waar toch ook feitelijk vaak beide echtgenoten van geprofiteerd hebben – bij het einde van het huwelijk al dan niet deels teruggevorderd kunnen worden. Het is niet onze bedoeling om al deze vraagpunten, hoe interessant ook, opnieuw te bespreken. Wij zullen in het navolgende aandacht besteden aan de vraag in hoeverre de vermenging ertoe doet. Daarnaast staan wij stil bij de verschillen in beide arresten ten aanzien van de bewijslastverdeling. Ook schenken wij aandacht aan een recente beschikking Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023 waarin de rechter beide bovenstaande arresten van de Hoge Raad gebruikt.

### 5.2 Doet vermenging ter zake?

Zoals in paragraaf 4.2 reeds naar voren is gebracht, is de Hoge Raad van mening dat wanneer een (huwelijks)-partner een gemeenschapsschuld voldoet met privévermogen, hij/zij in beginsel een vergoedingsrecht verkrijgt op de gemeenschap en het *in zoverre* niet uitmaakt of (voorafgaand) sprake is geweest van *vermenging* van het privévermogen met het gemeenschapsvermogen.<sup>48</sup> A-G Lückers is in haar conclusie uitgebreid ingegaan op de twee verschillende visies in de literatuur omtrent de vraag of in geval van een algehele huwelijksgemeenschap (of beperkte huwelijksgemeenschap) vermenging optreedt wanneer privégeld wordt overgeboekt naar een gemeenschappelijke bankrekening.<sup>49</sup> In de zogenaamde traditionele visie is er in een dergelijk geval in beginsel sprake van vermenging. De vermenging leidt dan tot een vergoedingsrecht met de bijbehorende wettelijke stel- en bewijsplicht zoals de Hoge Raad in HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504 uiteengezet heeft. In de zogenaamde alternatieve visie is er

<sup>44</sup> Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3122, r.o. 4.10.2, *JPF* 2021/145.

<sup>45</sup> Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3122, r.o. 4.10.3, *JPF* 2021/145.

<sup>46</sup> HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96, r.o. 3.1.4, *NJ* 2023/146, m.nt. L.C.A. Verstappen.

<sup>47</sup> Bijvoorbeeld de annotaties van Verstappen in *NJ* 2019/225 en *NJ* 2023/146, C.M. Mellema & E.G. de Jong, 'De uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 in perspectief geplaatst: wat zijn de consequenties voor de rechtspraktijk?', *REP* 2019/504, nr. 6, p. 40-46, B.E. Reinhartz, 'De Hoge Raad hakt de knoop door: wel een reprise als met privé geld consumptieve uitgaven zijn betaald', *JBN* 2019/25, nr. 6, p. 4-5, R.E. Brinkman, 'De uitsluitingsclausule op het scherp van de snede', *WPNR* 2019/7243, p. 466-468, en W.G. Huijgen, 'Het lot van een vergoedingsrecht bij besteding van de betreffende gelden aan de kosten der huishouding', *JBN* 2023/33, nr. 7-8, p. 12-14.

<sup>48</sup> Wanneer echtgenoten zijn gehuwd in algehele gemeenschap van goederen en privévermogen van een echtgenoot wordt overgeboekt op een bankrekening op naam van één echtgenoot dan wel op naam van beide echtgenoten, omdat het saldo op de bankrekening tot het gemeenschapsvermogen is gaan behoren (door de aanzuigende werking van de huwelijksgemeenschap). Zie de conclusie van A-G Lückers 30 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:878, par. 3.28.

<sup>49</sup> Het voert te ver om alle argumenten voor en tegen deze visies weer te geven. Wij volstaan daarom met een verwijzing naar de conclusie van A-G Lückers 30 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:878, par. 3.29-3.48 met de daarin opgenomen literatuurverwijzingen. Zij vat dit nog samen in par. 3.54-3.55.

– op twee uitzonderingen na<sup>50</sup> – geen sprake van vermenging en blijft het op de gemeenschappelijke bankrekening gestorte bedrag toch onderdeel uitmaken van het privévermogen van de echtgenoot die dat geld onder uitsluitingsclausule heeft verkregen voor zover het geld nog *identificeerbaar en traceerbaar* is.<sup>51</sup> Wanneer dat overigens het geval is, is niet geheel duidelijk. Wij vinden het spijtig dat de Hoge Raad in HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96 niet is ingegaan op de discussie omtrent het wel of niet optreden van vermenging, omdat dit volgens ons van belang is om te bepalen bij wie de bewijsplicht rust (bij de vergoedingsplichtige echtgenoot of bij de vergoedingsgerechtigde echtgenoot).<sup>52</sup> In par. 5.3 gaan wij hier nader op in.

### 5.3 De bewijslastverdeling in de twee arresten

Voordat wij de verschillen in de bewijslastverdeling van de twee arresten bespreken, staan we nog kort stil bij art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), waar staat: ‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’ Kort samengevat blijkt hieruit de hoofdregel dat de partij die moet stellen, ook moet bewijzen.<sup>53</sup> Evenwel kunnen bijzondere regels of de eisen van de redelijkheid en billijkheid uitzonderingen vormen op deze hoofdregel, met als gevolg een volledige omkering van de bewijslast.<sup>54</sup> Ten aanzien van de in dit artikel centraal staande problematiek wordt van de hoofdregel niet afgeweken.

In HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504 gaat de Hoge Raad expliciet in op de vraag welke echtgenoot wat moet stellen en bewijzen. Volgens de Hoge Raad geldt dat de echtgenoot die een vergoedingsrecht claimt, zal moeten stellen en zo nodig moeten bewijzen dat er privégeld op een gemeenschappelijke bankrekening overgeboekt is. Aan de hand van rekeningafschriften zal dat relatief eenvoudig zijn. Met betrekking tot de schulden ter voldoening waarvan het geld vervolgens daadwerkelijk is uitgegeven, is dat anders. De andere echtgenoot zal feiten en omstandigheden moeten stellen en zo nodig moeten bewijzen op grond waarvan het vergoedingsrecht van de

overboekende echtgenoot jegens de gemeenschap niet (of niet volledig) geldend kan worden gemaakt, aldus de Hoge Raad.<sup>55</sup> Deze andere echtgenoot zal dan bijvoorbeeld moeten stellen en bewijzen dat vanuit de gemeenschappelijke bankrekening privéschulden van de overboekende echtgenoot zijn voldaan. Dat bewijs is moeilijk(er) te leveren. Er wordt verschillend gedacht of deze bewijslastverdeling rechtvaardig is.<sup>56</sup>

In HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96 is de bewijslastverdeling anders. In de zaak die hier speelde stond vast dat de erfenis (het privévermogen van de vrouw) was besteed aan de kosten van de huishouding, zodat de Hoge Raad niets heeft gezegd over de bewijslast(verdeling). Immers, de vrouw heeft door die besteding van haar privévermogen *an sich* een vergoedingsrecht verkregen, zodat vermenging er in casu niet toe doet. Dat brengt ons op de vraag wat het geval was geweest als *niet* had vastgestaan waaraan de erfenis (het privévermogen van de vrouw) was besteed; geldt dan een ander bewijsvermoeden? Zoals wij in de vorige paragraaf hebben aangegeven heeft de Hoge Raad in 2019 het bewijsvermoeden geïntroduceerd dat als schulden uit de gemeenschap zijn betaald, het gemeenschapsschulden zijn.<sup>57</sup> Zou in dit geval dan gezegd kunnen worden dat nu de kosten van de huishouding zijn betaald vanaf een privérekening van de vrouw, het bewijsvermoeden geldt dat hiermee ook privéschulden van de vrouw zijn betaald? Verstappen meent van niet vanwege de expliciete verwijzing van de Hoge Raad naar de hoofdregel van art. 1:94 lid 5 BW (oud), hetgeen wij betwijfelen; wij zijn het evenwel eens met de kritische opvatting van Verstappen dat dit wel zo zou kunnen zijn, met als gevolg dat de bewijslast dan andersom is: de vrouw moet stellen en bewijzen dat haar privégeld is besteed aan de kosten van de huishouding (gemeenschapsschulden) en dat zij daarmee een vergoedingsrecht heeft op de gemeenschap (reprise). Naar onze mening zou een dergelijke bewijslast in zo’n situatie ook voor de hand liggen. Bovendien voelt dit ook rechtvaardiger dan wanneer de man zou moeten bewijzen dat de vrouw haar privégeld heeft besteed aan privéschulden. Daar komt nog bij dat het ook praktisch onwenselijk én lastig is wanneer in dit geval de man zou moeten bewijzen dat de vrouw privéschulden zou hebben betaald van haar privévermogen.<sup>58</sup>

Aldus concluderen wij uit de hiervoor besproken arresten uit 2019 en 2023 dat de route die de privégeden afleggen

50 Zie over deze uitzonderingen nader T.M. Subelack, ‘Giraal goed, vergoeden moet?’, in: *Actuele ontwikkelingen in het familierecht. UCERF-reeks deel 15*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 21-25.

51 Deze maatstaf is ontleend aan o.a. HR 23 februari 2018,

ECLI:NL:HR:2018:270, r.o. 4.1.5 en 4.3.7, NJ 2018/259, m.nt. L.C.A. Verstappen.

52 Vgl. T.M. Subelack, ‘Vergoedingsrechten en bankrekening’, in: A. Heida e.a. (red.), *EB Klassiek 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 85-86 en F.W.J.M. Schols, ‘Over consumptieve bestedingen, de uitsluitingsclausule en de traditionele en alternatieve visie’, *EstateTipReview 2023-3*, p. 3.

53 Terzijde geldt hierbij dat een partij die een feit stelt dit alleen dient te bewijzen als de wederpartij het gestelde niet of niet voldoende betwist. In dat geval staan dergelijke feiten vast. Zie art. 149 lid 1 Rv.

54 Zie uitgebreid W.D.H. Asser, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/290 e.v. en De Groot, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering 2023*, art. 150 Rv, aant. 2 en 3.

55 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.4, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.

56 Nuytinck acht deze bewijslastverdeling ‘redelijk en logisch’. Zie de annotatie van A.J.M. Nuytinck bij HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, AA 2019/0384, p. 388. Subelack is het daar niet mee eens. Zie T.M. Subelack, ‘Giraal goed, vergoeden moet?’, in: *Actuele ontwikkelingen in het familierecht. UCERF-reeks deel 15*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 26.

57 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.4, NJ 2019/225, m.nt. L.C.A. Verstappen.

58 L.C.A. Verstappen, annotatie bij HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, NJ 2019/225, par. 9-11.

en de redenering die daarbij wordt gevolgd relevant zijn voor de bewijslastverdeling: moet de vergoedingsgerechtigde echtgenoot bewijzen of juist de vergoedingsplichtige echtgenoot? Dit verschil inzake de hiervoor geschetste bewijslastverdeling lijkt ons onwenselijk en ook moeilijk uit te leggen. Het al dan niet overboeken van geld op een gemeenschappelijke bankrekening of op een privébankrekening zal immers vaak per toeval geschieden en men zal over de problematiek die in deze bijdrage centraal staat niet nadenken. Overigens benadrukt dit het – naar onze mening essentiële – onderdeel van de taak van de estate planner om cliënten te wijzen op het belang van het bijhouden van een goede administratie van onder uitsluitingsclausule verkregen vermogen. Het verdient in dat licht aanbeveling om dergelijk vermogen af te zonderen op een afzonderlijke bankrekening en vermogensmutaties goed te administreren.

#### 5.4 *Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236*

Tot slot vraagt de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland van 30 juni 2023 de aandacht. In deze beschikking maakt de rechtbank gebruik van de hierboven besproken arresten van de Hoge Raad en wordt de traditionele visie met de alternatieve visie (zie par. 5.2) door elkaar gemixt. In de casus speelde het volgende. Man en vrouw zijn in 1994 gehuwd in de algehele gemeenschap van goederen. De vrouw heeft krachtens schenking gedurende het huwelijk een bedrag van ongeveer € 125.000 onder uitsluitingsclausule ontvangen. Dit bedrag is gestort op de gezamenlijke rekening van de vrouw en de man. Ook de man heeft gedurende het huwelijk twee bedragen van in totaal ongeveer € 57.000 onder uitsluitingsclausule ontvangen, maar zijn eventuele vergoedingsrecht laten wij nu buiten beschouwing.<sup>59</sup> In 2023 gaan partijen van echt scheiden. De vrouw vordert het door haar op de gemeenschappelijke bankrekening gestorte bedrag nominaal terug van de gemeenschap. Ten tijde van het wijzen van deze beschikking staat er op de gemeenschappelijke rekening nog een bedrag van ongeveer € 42.000.

De rechtbank overweegt dat het geldbedrag hetwelk de vrouw onder uitsluitingsclausule heeft verkregen en dat gestort is op de gezamenlijke bankrekening van partijen, door vermenging tot de huwelijksgemeenschap is gaan behoren, althans voor zover dit geld niet meer als zodanig is te traceren.<sup>60</sup> Hierin zien wij de alternatieve visie terug; de rechtbank onderzoekt eerst of het geld nog *traceerbaar* is. In casu staat vast dat partijen vanuit die schenking ten behoeve van het leveren van een bijdrage in de toekomstige

studiekosten van hun twee dochters een bedrag van € 36.000 hebben gereserveerd. Ook staat vast dat dit bedrag uiteindelijk niet conform dat doel is besteed en dat dit nog op de gezamenlijke rekening aanwezig was toen de huwelijksgemeenschap werd ontbonden. 'Daarmee is dat deel van de schenking nog traceerbaar als privévermogen van de vrouw en daarom komt dat deel van het saldo van die rekening op de peildatum alleen aan de vrouw toe', aldus de rechtbank.<sup>61</sup> Het bedrag van € 36.000 – dat afkomstig is van de gemeenschappelijke bankrekening van partijen en nu tijdelijk in depot staat bij de notaris – merkt de rechtbank met toepassing van de alternatieve visie dus aan als privévermogen van de vrouw.

De vrouw vordert echter een bedrag van ongeveer € 125.000. Hoe zit het met het restant van ongeveer € 125.000 -/- € 36.000 = € 89.000? Volgens de rechtbank, die daarbij verwijst naar HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, is dit resterende deel door vermenging tot het gemeenschapsvermogen gaan behoren en heeft de vrouw op grond van het wettelijke stelsel van titel 7 van boek 1 BW in beginsel recht op een nominale vergoeding van dit bedrag, tenzij uit de daadwerkelijke besteding bijvoorbeeld zou blijken dat daarmee privé-schulden van de vrouw zijn afgelost.<sup>62</sup> De rechtbank beoordeelt om die reden waaraan het geld is besteed. De rechtbank acht het bewezen dat in 2014 een bedrag van € 30.000 is besteed aan de verbouwing van de gemeenschappelijke echtelijke woning. De schuld met betrekking tot de verbouwingskosten is een gemeenschapsschuld (art. 1:94 lid 5 BW (oud)). Indien de vrouw met privévermogen deze gemeenschapsschuld had voldaan, zou zij recht hebben op vergoeding krachtens art. 1:96 lid 4 jo. art. 1:87 lid 2 aanhef en onderdeel b BW. Dat brengt met zich mee dat zij op grond van de beleggingsleer mogelijk zou profiteren van de stijgende waarde van de woning. Nu de vrouw haar vordering echter beperkt tot de hoogte van het totaalbedrag van door haar verkregen schenking, wijst de rechtbank een aandeel in de waardeverhoging van de woning echter niet toe.<sup>63</sup> Wij zijn overigens van mening dat, ongeacht de wijze waarop de vordering van de vrouw zou zijn ingestoken, dit niet mogelijk was geweest indien de traditionele visie strikt wordt gevolgd. Doordat het bedrag van ongeveer € 89.000 in de redenering van de rechtbank is vermengd en daardoor gemeenschapsvermogen is geworden waardoor er direct een (nominaal) vergoedingsrecht is ontstaan voor de vrouw, is er in het geheel geen ruimte meer voor een tweede vergoedingsrecht met betrekking tot het voldoen van de verbouwingskosten. Wel is duidelijk dat deze besteding van het geld geen afbreuk doet aan het nominale vergoedingsrecht van de vrouw.

<sup>59</sup> Het is niet geheel duidelijk wat er met dat geld is gebeurd. Zie Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236, r.o. 3.28. Bovendien volgt de rechtbank dezelfde redenering voor het vergoedingsrecht van de man als dat van de vrouw; wij bespreken het vergoedingsrecht van de man daarom niet.

<sup>60</sup> Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236, r.o. 3.16.

<sup>61</sup> Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236, r.o. 3.16.

<sup>62</sup> Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236, r.o. 3.17 met verwijzing naar de in dit artikel besproken arresten van de Hoge Raad uit 2019 en 2023.

<sup>63</sup> Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236, r.o. 3.18.

Vervolgens beziet de rechtbank nog het laatste deel van het bedrag dat de vrouw vordert en nog niet toegewezen heeft gekregen (ongeveer € 125.000 -/- € 36.000 -/- € 30.000 = € 59.000). Het is niet vast komen te staan waaraan dat geldbedrag is besteed. Onder verwijzing naar HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504 stelt de rechtbank dat dan ten gunste van de vrouw het bewijsvermoeden geldt dat dit geldbedrag is besteed aan de voldoening van gemeenschapsschulden. De man heeft niet gesteld dat het geld is besteed aan privéschulden van de vrouw. Ook bestond voor de vrouw niet de verplichting om dit geld beschikbaar te stellen ter bestrijding van de kosten der huishouding uit art. 1:84 lid 1 BW. Voorgaande doet dan ook geen afbreuk aan het nominale vergoedingsrecht van de vrouw.<sup>64</sup>

Gelet op het bovenstaande kent de rechtbank aan de vrouw een bedrag van € 36.000 toe als zijnde privévermogen dat zij uit de ontbonden huwelijksgemeenschap kan 'terugnemen'. Voor het resterende bedrag van ongeveer € 89.000 krijgt zij een reprisevordering op de ontbonden huwelijksgemeenschap. Bij deze beschikking zijn wel enkele kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats mixt de rechtbank de traditionele visie en de alternatieve visie met betrekking tot de vermengingsproblematiek door elkaar. In de literatuur wordt ook wel gesteld dat dit niet mogelijk is en dat het één van tweeën is.<sup>65</sup> Subelack merkt terecht op dat 'of het geld is vermengd en daarmee niet meer identificeerbaar, of het geld is niet vermengd en kan nog worden onderscheiden van de andere op de bankrekening aanwezige gelden'. Daar komt nog bij dat de Hoge Raad in zijn uitspraak HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, de traditionele visie lijkt te hanteren. In de tweede plaats is het – zoals in par. 5.2 al benoemd – niet duidelijk wanneer geld nog traceerbaar is. Het is dan ook maar de vraag of het criterium dat de rechtbank gebruikt – te weten de reservering van een geldbedrag voor bepaalde, toekomstige uitgaven – correct is. In de derde plaats lijkt de beschikking van de rechtbank zich ook niet goed te verhouden tot de beschikking HR 27 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:96, nu daaruit blijkt dat de eventuele vermenging niet zozeer ter zake doet en gekeken moet worden naar de besteding van het privévermogen. Hoewel de rechtbank dat laatste (ook) doet, wordt dit wel in de sleutel van de vermengingsproblematiek geplaatst, zonder dat daarbij een keuze voor één van de visies gemaakt wordt.

## 6. Fiscale aspecten van vergoedingsrechten en enkele onduidelijkheden

### 6.1 Economisch belangdoctrine

In voornoemde arresten speelden louter civiele vraagstukken rondom de vergoedingsrechten een rol. Evenwel willen wij graag ook nog aandacht besteden aan de fiscale aspecten rondom de vergoedingsrechten. Met name zal blijken dat er (nog steeds) een aantal onduidelijkheden is op fiscaal gebied.

De wetgever heeft aangegeven dat met art. 1:87 BW wordt beoogd om de hoogte van de vergoedingsvordering te koppelen aan de waarde van het daarmee aangeschafte goed en dat daarmee wordt bewerkstelligd dat de tot de vergoedingsvordering gerechtigde echtgenoot in beginsel economisch – *zowel in positieve als in negatieve zin* – participeert in de waardeontwikkeling van het aangeschafte goed.<sup>66</sup> Van Mourik gaat een stap verder: 'Wie een economisch belang in een goed verwerft, wordt *in verbintenisrechtelijke zin* 'eigenaar'. Er is sprake van 'economische deelgerechtigdheid'.<sup>67</sup> Aldus zou geen sprake zijn van een vergoedingsrecht, maar van een economisch belang. In de literatuur denkt niet iedereen hier hetzelfde over.<sup>68</sup> Het civielrechtelijke uitgangspunt heeft evenwel gevolgen voor de fiscale behandeling van dat betreffende goed en heeft dan ook tot verschillende gedachten in de literatuur geleid. Sommige auteurs stelden dat een fiscaal relevant belang kan ontstaan in het betreffende goed, andere auteurs niet.<sup>69</sup> Twee beleidsbesluiten<sup>70</sup> voor de inkomstenbelasting en voor de overdrachtsbelasting,<sup>71</sup> gevolgd door codi-

64 Rb. Midden-Nederland 30 juni 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:3236, r.o. 3.19-3.21.

65 Bijvoorbeeld T.M. Subelack, 'Vergoedingsrechten en bankrekening', in: A. Heida e.a. (red.), *EB Klassiek 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 75. Genuanceerder zijn C.M. Mellema & E.G. de Jong, 'De uitspraak van de Hoge Raad van 5 april 2019 in perspectief geplaatst: wat zijn de consequenties voor de rechtspraktijk?', *REP* 2019/504, p. 42.

66 *Kamerstukken II* 2002/03, 28867, nr. 3, p. 18.

67 M.J.A. van Mourik, 'Vernieuwd huwelijkvermogensrecht', *WPNR* 2012/6913, p. 3. Zie ook J.H. Lieber, 'De variabele vergoeding van artikel 1:87 BW. Zinnvolle naamgeving', *FJR* 2021/19, p. 81-85.

68 Onder andere Kooiman en Reijnen zijn het oneens met Van Mourik. Zie W.R. Kooiman, 'Fiscale kwalificatie van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *WFR* 2013/361, par. 43 en T.F.H. Reijnen, 'De betekenis van vergoedingsrechten sinds de invoering van de derde tranche huwelijkvermogensrecht', *WPNR* 2014/7004, p. 101 en 102.

69 Zie bijvoorbeeld N.C.G. Gubbels, 'Fiscale aandachtspunten van het nieuwe huwelijkvermogensrecht', *WPNR* 2012/6913, p. 10-23, (deels) anders T.C. Hoogwout, 'Fiscale gevolgen van de nieuwe vergoedingsrechten op grond van het huwelijkvermogensrecht', *FTV* 2012/12 en anders P.G.H. Albert, 'De invloed van art. 1:87 BW (vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten) op tbs-resultaat en ab-inkomen', *WFR* 2012/678, par. 5-7 alsook W.R. Kooiman, 'Fiscale kwalificatie van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *WFR* 2013/361, par. 4.

70 Gubbels merkt terecht op dat met de invoering van art. 5e AWR inderdaad een deel van de discussie ten einde is gekomen, maar dat de bepaling weer andere vragen oproept, hetgeen zij vervolgens illustreert aan de hand van een aantal voorbeelden; zie N.C.G. Gubbels, 'Fiscale aspecten voorgestelde huwelijkvermogensrecht, Deel II Inkomstenbelasting', *WPNR* 2015/7078, p. 837 en voor de voorbeelden de rest van het artikel. Ook De Leeuw geeft aan dat de regeling niet alle fiscale aspecten van vergoedingsrechten dekt, waarna zij ingaat op (het probleem dat zich voordoet ter zake) de fictie van art. 15 SW; zie A.E. de Leeuw, 'Echtgenoten en de per ongeluk verstrekte 'geldlening'', *KWEP* 2023/13, p. 4-5.

71 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 7 maart 2013, nr. BLKB2013/233M (*Stcrt.* 2013, 6819) en Onderdeel 7 van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2011, nr. BLKB2011/1803M (*Stcrt.* 2011, 23104). Beide beleidsbesluiten zijn per 1 januari 2014 vervallen. Zie nader de redactionele opmerking in *KWEP* 2013/14.

ficatie daarvan in art. 5e Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) per 1 januari 2014, hebben een einde willen maken aan deze fiscale onduidelijkheid. In de volgende paragraaf gaan wij hier nader op in.

### 6.2 *Art. 5e AWR – geen fiscaal relevant belang voor de (huwelijks)partner met het vergoedingsrecht*

In art. 5e lid 1 en 2 AWR is bepaald dat er geen sprake is van een *fiscaal relevant belang* bij het onderliggende goed voor de echtgenoot dan wel de gewezen echtgenoot ter zake van het vergoedingsrecht.<sup>72</sup> Destijds is gekozen voor het opnemen van een algemene bepaling in de AWR omdat het (toentertijd gewijzigde) huwelijksvermogensrecht voor meerdere belastingmiddelen gevolgen zou kunnen hebben en het ongewenst zou zijn wanneer hierover onduidelijkheid zou bestaan. De ratio achter het achterwege laten van een fiscaal relevant belang voor de echtgenoot met het vergoedingsrecht, is gelegen in het feit dat het huwelijk civielrechtelijk doorgaans op een ander moment eindigt dan het moment van financiële afwikkeling, zodat dient te worden voorkomen dat er tijdens het huwelijk geen, maar tijdens de periode van financiële afwikkeling van het huwelijk wel (discussie over) een fiscaal relevant belang zou kunnen ontstaan.<sup>73</sup> Concreet betekent het voorgaande bijvoorbeeld dat het verkrijgen van een vergoedingsrecht met betrekking tot een investering in een woning in beginsel niet tot een verkrijging van de economische eigendom in de zin van art. 2 lid 2 WBR kan leiden.

Art. 5e AWR ziet overigens uitsluitend op het niet aanwezig zijn van een fiscaal relevant belang bij het onderliggende goed en raakt niet aan de behandeling van het vergoedingsrecht of de vergoedingsplicht. Aldus dient de fiscale behandeling met inachtneming van de daarvoor geldende regels in de verschillende belastingwetten te worden bepaald.<sup>74</sup> Vervolgens heeft de wetgever een aantal voorbeelden gegeven voor het fiscaal in aanmerking nemen van deze vorderingen en schulden, waarbij volgens de Staatssecretaris van Financiën wordt aangesloten bij de civielrechtelijke en feitelijke werkelijkheid van het recht op, onderscheidenlijk de plicht tot, vergoeding tussen de echtgenoten.<sup>75</sup> In de literatuur is vervolgens kritiek geleverd op de voorbeelden. In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op twee van deze voorbeelden en de reactie daarop in de literatuur.

### 6.3 *De bronnen op eigen fiscale merites beoordelen*

De wetgever heeft vier voorbeelden van de fiscale uitwerking opgenomen. In deze paragraaf staan wij uitsluitend stil bij de kritiekpunten die zijn geleverd in de literatuur op de voorbeelden van de fiscale uitwerking voor wat be-

treft winst uit onderneming (*voorbeeld 1*) en het aanmerkelijk belang (*voorbeeld 3*). Hiernavolgend noemen we eerst het desbetreffende gegeven voorbeeld gevolgd door de kritiekpunten – op hoofdlijnen – in de literatuur.

#### “Winst uit onderneming

##### *Voorbeeld 1*

A en B zijn gehuwd buiten gemeenschap van goederen. Echtgenoot B drijft een onderneming met een pand dat op zijn naam staat. Het pand is met een hypothecaire lening gefinancierd. De lening wordt in 2013 afgelost met privémiddelen van echtgenoot A (met diens toestemming); het pand is dan 150 waard en de lening bedraagt 100 (oorspronkelijke aanschafprijs). Echtgenoot A heeft een vergoedingsrecht op grond van artikel 1:87 van het BW. Het pand wordt een paar jaar later voor 200 verkocht en de echtgenoten wikkelen de vergoedingsvordering af.

##### *Uitwerking*

Artikel 5e van de AWR stelt zeker dat er geen fiscaal relevant belang bij het onderliggende goed (het ondernemingspand) voor echtgenoot A ontstaat. Dit betekent ook dat geen sprake is van afrekening in de winstfeer voor B over de stille reserves in het pand. De vergoedingsplicht van B hangt samen met de financiering van het pand. Omdat het pand in dit voorbeeld volledig tot het ondernemingsvermogen van B behoort, wordt de schuld aan A op basis van de regels van vermogensetikettering ook geheel tot het ondernemingsvermogen gerekend. Civielrechtelijk geldt dat het vergoedingsrecht van artikel 1:87 van het BW renteloos is. Dit is ook normaal in het maatschappelijke verkeer; er wordt daarom fiscaal geen rente geïmputeerd op de schuld. Het vergoedingsrecht leidt bij echtgenoot A tot toepassing van de tbs-regeling. Op het moment dat de vergoedingsvordering wordt afgewikkeld, komt de vergoeding overeen met de verhouding tussen het uit het vermogen van A afgeloste bedrag ten opzichte van de waarde van het pand op het tijdstip van aflossing ( $100/150$ ); de vergoeding aan A bedraagt dus  $200 \cdot (100/150) = 133,3$ . Nu meer wordt betaald dan het nominale bedrag van de vordering zal het verschil ( $133,3 - 100 = 33,3$ ) belast zijn bij A als resultaat uit overige werkzaamheden. Tegenover de opbrengst van het pand staat voor echtgenoot B de schuld aan A; per saldo behaalt ondernemer B ( $200 - 133,3$ ) = 66,7 winst bij verkoop van het pand en afwikkeling van de vergoedingsvordering.”<sup>76</sup>

#### *Kritiekpunten op de uitwerking van voorbeeld 1 ter zake winst uit onderneming*

Dat de vergoedingsschuld volledig tot het ondernemingsvermogen van de ondernemende echtgenoot behoort,

<sup>72</sup> Art. 5e AWR is ingevolge art. 2 lid 6 AWR van overeenkomstige toepassing op geregistreerde partners.

<sup>73</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 11, 12 en 39 (MvT).

<sup>74</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 11 en 12 (MvT).

<sup>75</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 40 (MvT).

<sup>76</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 40-44 (MvT).

daar is men het in de literatuur wel over eens. Sommigen zetten evenwel vraagtekens bij de opmerking dat er fiscaal geen rente wordt geïmputeerd op de schuld omdat het vergoedingsrecht civielrechtelijk ook renteloos is.<sup>77</sup> Kooiman is bijvoorbeeld van mening dat fiscaal wel degelijk een rente moet worden geïmputeerd, omdat uit het totaalwinstbeginsel voortvloeit dat bij onzakelijke verhoudingen een zakelijkheidscorrectie moet plaatsvinden. Daarbij moet volgens hem rekening gehouden worden met de koppeling van het vergoedingsrecht aan de waarde van het onderliggende goed en hebben waardefluctuaties van de vergoedingsvordering invloed op de hoogte van de te imputeren rente.<sup>78</sup> Als er inderdaad fiscaal een (zakelijke) rente wordt geïmputeerd is de vervolgvraag hoe deze te verantwoorden. Kooiman gaat vervolgens in op zijn zienswijze op het verdere verloop van de vergoedingsvordering in de jaarwinstbepaling.<sup>79</sup> Hoogwout is van mening dat hoewel geen rente wordt vergoed over de vergoedingsvordering,<sup>80</sup> wel jaarlijks de zakelijke rente ten gunste moet worden gebracht van het resultaat op grond van art. 3.94 Wet IB 2001. Hij is derhalve van mening dat de verwachte waardeontwikkeling geen invloed heeft op de hoogte van de te imputeren rente.<sup>81</sup> Van Maurik merkt op dat fluctuaties van de omvang van een vergoedingsrecht waarop de beleggingsleer van toepassing is wellicht moeten worden aangemerkt als een rentevergoeding op grond van jurisprudentie, waarbij zij vervolgens verwijst naar een Hoge Raad-uitspraak uit 1974.<sup>82</sup> Zij vraagt zich daarbij wel af hoe in deze visie omgegaan moet worden met waardedalingen van het onderliggende goed en de corresponderende daling van de omvang van het vergoedingsrecht, aangezien dit tot een negatief rentebestanddeel zou leiden.<sup>83</sup> Van den Dool en Hoogeveen zijn van mening dat het uitgangspunt dat geen rente wordt geïmputeerd op de schuld omdat het vergoedingsrecht civielrechtelijk ook renteloos is, juist is onder verwijzing naar de Hoge Raad-uitspraak van 3 mei 1995.<sup>84</sup> Toch geven zij aan dat een andere visie verdedigbaar is.<sup>85</sup> Er is aldus geen eenduidige visie in de literatuur op dit punt.

77 Zie bijvoorbeeld de visies van Kooiman, Hoogwout en Van Maurik: W.R. Kooiman, 'Vergoedingsrechten in de ondernemingssfeer', *TFO* 2013/130.2, par. 4-5, T.C. Hoogwout, 'Fiscale gevolgen van de nieuwe vergoedingsrechten op grond van het huwelijkvermogensrecht', *FTV* 2012/12, par. 5, en A. van Maurik, 'Het misverstand van de 'defiscalisatie' van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *KWEP* 2015/31, par. 4.

78 W.R. Kooiman, 'Vergoedingsrechten in de ondernemingssfeer', *TFO* 2013/130.2, par. 4-5.

79 W.R. Kooiman, 'Vergoedingsrechten in de ondernemingssfeer', *TFO* 2013/130.2, par. 4-5.

80 *Kamerstukken II* 2002/03, 28867, nr. 3, p. 17 (MvT).

81 T.C. Hoogwout, 'Fiscale gevolgen van de nieuwe vergoedingsrechten op grond van het huwelijkvermogensrecht', *FTV* 2012/12, par. 5.

82 HR 25 september 1974, ECLI:NL:HR:1974:AX4284, *BNB* 1974/263.

83 A. van Maurik, 'Het misverstand van de 'defiscalisatie' van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *KWEP* 2015/31, p. 5.

84 HR 3 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1588, *BNB* 1995/225, m.nt. J.W. Zwemmer.

85 R.P. van den Dool & M.J. Hoogeveen, 'Dga: aanmerkelijk belang, werkzaamheidsvermogen en huwelijkvermogensrecht', *TFO* 2017/153.2, p. 160.

## "Aanmerkelijk belang (AB)

### Voorbeeld 3

A en B zijn gehuwd buiten gemeenschap van goederen. Echtgenoot B houdt alle aandelen in BV B. De aandelen zijn voor 25% aangeschaft met middelen van echtgenoot A (met diens toestemming). Echtgenoot A heeft dan ook een vergoedingsrecht op grond van artikel 1:87 van het BW ter grootte van 25% van de waarde van de AB-aandelen in BV B. Het vergoedingsrecht is renteloos.

### Uitwerking

Artikel 5e van de AWR stelt zeker dat geen fiscaal relevant belang bestaat voor echtgenoot A bij de AB-aandelen; dat wil zeggen echtgenoot A wordt geen AB-houder en er is voor echtgenoot B geen afrekening in de AB-sfeer. De eventuele toename van de schuld kan bij echtgenoot B niet als kosten in mindering worden gebracht op het inkomen uit AB; er is immers sprake van aflossing en niet van rentekosten. Mede gelet op het specifieke karakter van de schuld mag deze bij bepaling van de rendementsgrondslag (box 3) in aanmerking worden genomen; ook de vordering wordt bij A bij de bepaling van de rendementsgrondslag (box 3) in aanmerking genomen. Nu A en B fiscale partners zijn, zijn zij vrij om de gezamenlijke (gesaldeerde) rendementsgrondslag toe te delen (artikel 2.17 van de Wet IB 2001).<sup>86</sup>

### Kritiekpunten op de uitwerking van voorbeeld 3 ter zake aanmerkelijk belang (AB)

De Wijckerslooth-Lhoëst geeft aan dat een reëel knelpunt is de situatie dat A en B van echt gaan scheiden en in geval van een verkoop van de aandelen door B bij een waardestijging van de aandelen, B belast wordt voor de gehele ab-claim, terwijl hij in economische zin slechts de helft van de winst geniet omdat hij de helft van de waardestijging aan A moet vergoeden; en dat bij een waardedaling B juist fiscaal het gehele ab-verlies draagt, maar hij aan A slechts de in waarde gedaalde vordering hoeft te vergoeden, zonder rekening te houden met een eventueel belastingvoordeel. Door de echtscheiding biedt de vrije toerekening van art. 2.17 Wet IB 2001 echter geen uitkomst meer.<sup>87</sup> Hierbij merken wij op dat ter verkrijging van een redelijke uitkomst ons inziens bij het bepalen van de hoogte van de civiele vordering van A rekening zou moeten worden gehouden met de belastingclaim.

Ter zake de vergoedingsschuld van B aan A zijn Van Maurik en Gubbels van mening dat deze tot het box 2-vermogen van B hoort, omdat deze schuld is aangegaan ter ver-

86 *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 40-44 (MvT).

87 S.A.M. de Wijckerslooth-Lhoëst, 'Vergoedingsvorderingen: Fiscaal verdriet voor aanmerkelijkbelangregeling en tbs?', *TFO* 2013/130.3, p. 32.

werving van het aanmerkelijk belang door B in zijn BV.<sup>88</sup> Eerder heeft Kooiman aangegeven van mening te zijn dat de schuldverhouding van de echtgenoten in box 3 terechtkomt, omdat box 2 geen ruimte biedt om rekening te houden met de vergoedingsschuld van A.<sup>89</sup>

#### 6.4 *Bij overeenkomst afwijken: wat zijn de fiscale gevolgen?*

Op grond van art. 5e lid 3 AWR blijven de leden 1 en 2 buiten toepassing wanneer (huwelijks)partners bij overeenkomst *afwijken* van art. 1:87 lid 1-3 BW. Onduidelijk is echter wanneer sprake is van *afwijken*. De wetgever geeft slechts aan dat: 'Indien hiervan sprake is, is de betreffende vergoedingsvordering niet meer aan te merken als een zuivere vordering inzake artikel 1:87 van het BW en zal aan de hand van de feiten en omstandigheden moeten worden beoordeeld welke fiscale gevolgen aan de vergoedingsvordering zijn te verbinden.'<sup>90</sup>

#### *Schenking/kwijtschelding*

Blokland geeft terecht aan dat we vrijwel geheel in het duister tasten waar het betreft de fiscale gevolgen van het afzien – of aanpassen – van vergoedingsrechten en dat het geen overbodige luxe is wanneer (adviseurs) echtgenoten (aanraden) in de overeenkomst een fiscale 'glijclausule' opnemen (/op te nemen), namelijk dat de reprise niet vervalt indien en voor zover fiscaal onherroepelijk komt vast te staan dat de afstand als schenking kan worden beschouwd.<sup>91</sup>

Van Maurik heeft in dit verband opgemerkt dat men zich kan afvragen of vergoedingsrechten die worden gereguleerd door een bepaling in huwelijksvoorwaarden überhaupt wel bestaan op grond van art. 1:87 BW en kwalificeren voor art. 5e AWR.<sup>92</sup>

Wij zijn net als Reijnen van mening dat wanneer sprake is van een *afwijken* waardoor een vergoedingsvordering (ten aanzien van een goed) niet meer valt onder het bereik van art. 1:87 BW, dit niet per definitie zal leiden tot een fiscaal relevant belang bij het betreffende goed. Het lijkt erop dat de wetgever met het opnemen van lid 3 een slag om de arm heeft willen houden of een opening heeft willen laten zodat te allen tijde in een (misbruik)situatie andere fiscale gevolgen aan de afspraken tussen (gewezen) echtgenoten verbonden kunnen worden. Reijnen stelt – naar onze mening terecht – dat het niet van toepassing zijn van art. 5e lid 1 en 2 AWR uitsluitend tot gevolg heeft dat de fiscale

interpretatie van de regeling van de vergoedingsrechten aan de rechter wordt overgelaten.<sup>93</sup>

Daarnaast dient bedacht te worden dat in voorkomende gevallen schenkbelastingaspecten een rol kunnen spelen bij de afwikkeling van vergoedingsrechten. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarbij echtgenoot A destijds een vermogensbestanddeel heeft verworven dat is gefinancierd met een bancaire geldlening. Vervolgens wordt aan echtgenoot B de gelegenheid geboden de bancaire geldlening af te lossen met eigen vermogen, terwijl het vermogensbestanddeel inmiddels in waarde is toegenomen. Indien dan bij de afwikkeling van de vergoedingsvordering door echtgenoot B ook daadwerkelijk een voordeel wordt genoten, kan dit een schenking zijn in de zin van art. 1 lid 7 SW 1956 indien aan de schenkingsvoorwaarden is voldaan. Tevens kan onder omstandigheden sprake zijn van een schenking indien één van de echtgenoten uit vrijgevigheid ten gunste van de andere echtgenoot afstand doet van zijn vergoedingsvordering.<sup>94</sup>

#### 6.5 *Volledige defiscalisering van vergoedingsrechten: de oplossing?*

De voorgaande paragrafen hebben duidelijk gemaakt dat – ondanks de invoering van art. 5e AWR – er nog steeds veel onduidelijkheden bestaan omtrent de fiscale gevolgen van vergoedingsrechten tussen (huwelijks)partners. Om een einde te maken aan die onduidelijkheden is door sommigen defiscalisering bepleit.<sup>95</sup> Eerder heeft de wetgever echter aangegeven niet te willen overgaan tot defiscalisering van de vergoedingsrechten, omdat dan zou worden afgeweken van de (civielrechtelijke) werkelijkheid waarin deze vorderingen en schulden wel degelijk bestaan. Dat kan tot ongewenste uitkomsten leiden, namelijk dat het uiteindelijke resultaat bij iemand anders wordt belast dan degene die dit resultaat behaalt. 'Bovendien kunnen er – afhankelijk van de precieze invulling van de defiscalisering – vreemde vermogenssprongen ontstaan wanneer de defiscalisering van de vergoedingsvorderingen en -schulden zou eindigen (bijvoorbeeld in geval van echtscheiding van de echtgenoten). Ook zou er veel discussie kunnen ontstaan over onder andere de reikwijdte van een dergelijke defiscalisering. Zou deze zich ook moeten uitstrekken tot (soortgelijke) rechtsverhoudingen tussen echtgenoten – of partners – die buiten artikel 1:87 van

88 A. van Maurik, 'Het misverstand van de 'defiscalisatie' van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *KWEP* 2015/31, par. 6.1 en N.C.G. Gubbels, 'Fiscale aspecten voorgestelde huwelijksvermogensrecht, Deel II Inkomstenbelasting', *WPNR* 2015/7078, p. 837.

89 W.R. Kooiman, 'Fiscale kwalificatie van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *WFR* 2013/361, par. 4.3.3.

90 *Kamerstukken II* 2013/14, 33753, nr. 3, p. 40 (MvT).

91 P. Blokland, 'Roma Locuta: de Hoge Raad geeft uitsluitsel over uitsluitingsclausule, consumptie en reprise', *FTV* 2019/27, p. 12.

92 A. van Maurik, 'Het misverstand van de 'defiscalisatie' van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *KWEP* 2015/31, p. 6.

93 T.F.H. Reijnen, 'De betekenis van vergoedingsrechten sinds de invoering van de derde tranche huwelijksvermogensrecht', *WPNR* 2014/7004, p. 105.

94 Onder omstandigheden kan ook sprake zijn van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis. Zie in dit verband de analyse van de criteria die worden gesteld aan de (voldoening van een) natuurlijke verbintenis uit de arresten van de Hoge Raad door E.W.J. Ebben, 'Vergoedingsrechten en de natuurlijke verbintenis', *FTV* 2015/3, par. 3-4.

95 Zie W.R. Kooiman, 'Fiscale kwalificatie van vergoedingsrechten tussen echtgenoten', *WFR* 2013/361, par. 5, W.R. Kooiman, 'Vergoedingsrechten in de ondernemingsfeer', *TFO* 2013/130.2, par. 6, en S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'Vergoedingsvorderingen: Fiscaal verdriet voor aanmerkelijkbelangregeling en tbs?', *TFO* 2013/130.3, par. 5.

het Burgerlijk Wetboek om worden overeengekomen (artikel 1:87 van het Burgerlijk Wetboek is immers regelend recht)? Wat zou dan de rechtvaardiging zijn van het wel defiscaliseren van bepaalde vorderingen en schulden tussen echtgenoten en het niet defiscaliseren van andere vorderingen en schulden? Tevens zouden aldus nieuwe afbakeningproblemen en schokeffecten kunnen ontstaan, waardoor het nog maar de vraag is of defiscalisering tot een eenvoudiger systeem zou leiden.<sup>96</sup>

De Wijkerslooth-Lhoëst hanteert een interessante benadering door te stellen dat defiscalisering van vergoedingsrechten *manipulatie voorkomt* (omdat echtgenoten de mogelijkheid hebben afwijkende afspraken te maken en dan dus kunnen bewerkstelligen dat er juist wel een fiscaal relevant belang ontstaat bij het onderliggende vermogensbestanddeel, zou dat vanuit fiscaal oogpunt gewenst zijn) en bovendien eenvoudiger is.<sup>97</sup>

Zoals Kooiman aangeeft zal volledige defiscalisering van de vergoedingsrechten niet alle fiscale complicaties ondervangen, evenwel zijn ook wij van mening dat volledige defiscalisering de voorkeur geniet, zodat de – civielrechtelijk al zo ingewikkelde – vergoedingsrechten tussen (huwelijks)partners tot een stuk minder ingewikkelde fiscale vraagstukken zullen leiden.<sup>98</sup> Het stemt ons dan ook tot tevredenheid dat in het Belastingplan 2024 is voorgesteld een nieuw art. 5.4a Wet IB 2001 in te voeren waardoor box 3-vorderingen en -schulden tussen echtgenoten worden gedefiscaliseerd, zulks met terugwerkende kracht tot 1 januari 2023.<sup>99</sup> Dit laat onverlet dat er nog steeds discussie kan ontstaan over bijvoorbeeld de hierboven genoemde fiscale uitwerking voor wat betreft winst uit onderneming en het aanmerkelijk belang. Evenwel is hiermee de eerste stap gezet en leidt deze defiscalisering voor box 3 (ervan uitgaande dat het wetsvoorstel ook daadwerkelijk zal worden ingevoerd) wellicht in de (nabije) toekomst tot algehele defiscalisering van vergoedingsrechten tussen echtgenoten. Wij zouden een dergelijke ontwikkeling alleen maar toejuichen.

## 7. Conclusie

Het is tijd voor een afronding. In deze bijdrage is eerst kort stilgestaan bij de wettelijke regeling van vergoedingsrechten en (de werking van) de uitsluitingsclausule. Vervolgens hebben wij aan de hand van twee uitspraken van de Hoge Raad naar twee situaties gekeken die zich kunnen

voordoen indien een in gemeenschap gehuwde echtgenoot privévermogen verkrijgt. Indien het geld op een gemeenschappelijke bankrekening gestort wordt, kan er vermenging plaatsvinden waardoor er een vergoedingsrecht ontstaat. Over de vraag of vermenging optreedt, wordt echter ook anders gedacht. In dit verband hebben wij de traditionele en de alternatieve visie besproken. Dit heeft gevolgen voor de bewijslastverdeling met betrekking tot het ontstaan en de hoogte van het vergoedingsrecht. Tot slot is een recente rechtbankbeschikking besproken waarin beide visies door elkaar worden gebruikt. Wij hopen dan ook dat de wetgever of de Hoge Raad over deze problematiek in de toekomst meer duidelijkheid zal verschaffen. In de laatste paragraaf is ook aandacht besteed aan enkele fiscale onduidelijkheden. Wij roepen de wetgever op ook hierover duidelijkheid te verschaffen. Zoals daarnaast is benadrukt, is hierbij ook een taak weggelegd voor de estate planner. Hij dient niet alleen bovenstaande materie te beheersen, maar ook cliënten te wijzen op de rechtsgevolgen van hun handelen. Bovendien kan de estate planner bepaalde problemen – zoals de vermengingsproblematiek – voorkomen door gedegen te adviseren en de noodzaak aan te geven van een juiste wijze van administratie van onder uitsluitingsclausule verkregen en bij voorkeur separaat aan te houden vermogen.

96 Kamerstukken II 2013/14, 33753, nr. 7, p. 24-26 (*Nota n.a.v. Verslag*). Zie ook W.R. Kooiman, 'Vergoedingsrechten in de ondernemingsfeer', *TFO* 2013/130.2, par. 6.

97 S.A.M. de Wijkerslooth-Lhoëst, 'Vergoedingsvorderingen: Fiscaal verdriet voor aanmerkelijkbelangregeling en tbs?', *TFO* 2013/130.3, par. 5.

98 W.R. Kooiman, 'Vergoedingsrechten in de ondernemingsfeer', *TFO* 2013/130.2, par. 6.

99 Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2024), voorstel van wet, art. I, onderdeel P, p. 4.