Het beroep op verzwijging ex art. 3:194 lid 2 BW bij de verdeling van bijzondere gemeenschappen

*Prof. mr. J. W. A. Biemans **

1 Inleiding

Over de laatste bepaling van afdeling 3.7.2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (Enige bijzondere gemeenschappen) is weinig bekend. Meijers heeft in 1929 geschreven¹ over art. 1110 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (OBW), de voorganger van art. 3:194 lid 2 BW. De toelichting in de parlementaire geschiedenis bij de bepaling is summier.² Over de huidige regeling is geschreven door regeringscommissaris W. Snijders in 2000³ en daarna door Breederveld in 2008.⁴ Tot minder dan tien jaar geleden was over art. 3:194 lid 2 BW niet of nauwelijks rechtspraak verschenen. Over de inhoud en de betekenis van art. 3:194 lid 2 BW was daarom verhoudingsgewijs weinig te vinden. Daarin is de laatste jaren echter verandering gekomen. De (appel)rechter heeft inmiddels in diverse procedures een beslissing gegeven over een beroep op deze bepaling. Ook heeft de Hoge Raad recentelijk een arrest gewezen⁵ over een aan art. 3:194 lid 2 BW verwante bepaling, op grond waarvan eveneens art. 3:194 lid 2 BW nader inhoud krijgt. Deze ontwikkelingen in de rechtspraak en de schaarse literatuur⁶ over de genoemde bepaling zijn de aanleiding in deze bijdrage nader aandacht te besteden aan de vereisten voor een succesvol beroep op verzwijging als bedoeld in art. 3:194 lid 2 BW.

2 Ratio en rechtsgevolgen van art. 3:194 lid 2 BW

Art. 3:194 lid 2 BW bepaalt:

‘Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt,

verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten.’

De bepaling is opgenomen in afdeling 3.7.2 BW en is (alleen) van toepassing op (de verdeling van) de bijzondere gemeenschappen genoemd in art. 3:189 BW, zoals een ontbonden huwelijksgemeenschap, een ontbonden maatschap of een nalatenschap.⁷

Indien art. 3:194 lid 2 BW van toepassing is, verbeurt de ‘oneerlijke’ deelgenoot zijn aandeel in de bedoelde goederen.⁸ Dat betekent dat de deelgenoot die het tot de bijzondere gemeenschap behorende goed heeft verzwegen, zoekgemaakt of verborgen gehouden,⁹ zijn aandeel verliest aan de andere deelgenoten. In het onderstaande beperk ik mij in beginsel alleen tot de *verzwijging*.¹⁰ Ook ga ik ervan uit dat sprake is van een ‘volledige’ verdeling van de bijzondere gemeenschap, en niet van een partiële verdeling (vergelijk art. 3:179 lid 2 BW).¹¹

Het verlies heeft goederenrechtelijke werking; de verkrijging door de andere deelgenoten vindt van rechtswege plaats onder

* Prof. mr. J.W.A. Biemans is hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder Goederenrecht en Notarieel recht, aan de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger aan het Hof Amsterdam.

1. Zie E.M. Meijers, Art. 1110 OBW, WPNR 1929/3126-3128.
2. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 629-630 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1306-1307.
3. Zie W. Snijders, Verleden en toekomst van art. 3:194 lid 2 BW, in: Yin-Yang (Van Mourik-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 359-367.
4. Zie B. Breederveld, De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 403-414 (hoofdstuk XI).
5. Zie HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15.
6. Vgl. daarover Breederveld 2008, p. 404, noot 3 respectievelijk p. 406 en H.H. Lammers, GS Vermogensrecht, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 3:194 lid 2 BW, aant. 1.

7. Vgl. Hof Amsterdam 2 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG3585, ten aanzien van een eenvoudige gemeenschap tussen ongehuwden.

8. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 630.

9. Het zoekmaken en verborgen houden blijven hier als zodanig buiten beschouwing. Zie voor een recent voorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1452.

10. Verzwijging zal zich het meest voordoen bij registergoederen (in het buitenland) en voorts bij vermogensrechtelijke aanspraken zoals effecten, banktegoeden en andere vorderingen.

11. De vraag of, in het erfrecht, een legitimaris, een kind bij de wettelijke verdeling en een kind bij een ouderlijke boedelbeschrijving een beroep kunnen doen, blijft buiten beschouwing. Zie daarover Rb. Amsterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0852, Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1968 (wettelijke verdeling), Hof Den Haag 28 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA4012 (OBV) en Rb. Amsterdam 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7413 (legitieme portie). Zie ook Asser/Perrick 4 2012/86 en 333 met verdere literatuurverwijzingen.

bijzondere titel zoals bedoeld in art. 3:80 lid 3 BW.¹² Afzonderlijke levering van het aandeel is derhalve niet vereist.¹³

Het gaat om een zware sanctie. Snijders merkt daarover op:

‘De bepaling is weliswaar wegens haar strafkarakter uitzonderlijk, maar het is moeilijk deelgenoten op andere wijze effectief te beschermen tegen een vorm van bedrog die in de praktijk maar al te gemakkelijk is. In het bijzonder bij de gemeenschappen waarop art. 3:194 lid 2 van toepassing is, zijn de deelgenoten, voor wat betreft de in die gemeenschap vallende baten, vaak volledig van elkaars inlichtingen afhankelijk. Zonder een regel als de onderhavige is aan verzwijging nauwelijks enig risico verbonden; het enige gevaar dat men dan loopt, is dat het verzwegene alsnog in de verdeling moet worden betrokken, hoogstens met vergoeding van enige schade ter zake van vertraging.’¹⁴

Het dient te gaan om de opzettelijke verzwijging van tot de gemeenschap behorende goederen. Van de toepasselijkheid van art. 3:194 lid 2 BW kan vanzelfsprekend géén sprake zijn indien de goederen niet tot de gemeenschap behoren. Ook een vordering op een van de deelgenoten kan in de bijzondere gemeenschap vallen, bijvoorbeeld een vordering van de erfflater op een van de erfgenamen.¹⁵

Hieronder wordt in het kader van de toepasselijkheid van art. 3:194 lid 2 BW nader ingegaan op de vraag wanneer sprake is van opzettelijke verzwijging (par. 3), de rol van de boedelbeschrijving (par. 4), de vraag op welk moment de goederen opzettelijk dienen te zijn verzwegen (par. 5) en de mogelijkheid van inkeer (par. 6).

3 Opzettelijke verzwijging

Art. 3:194 lid 2 BW vereist dat de deelgenoot de tot de gemeenschap behorende goederen opzettelijk verzwijgt, zoekmaakt of verborgen houdt. Het is op grond van art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aan degene die zich beroept op de rechtsgevolgen van art. 3:194 lid 2 BW te stellen en, zo nodig, te bewijzen de feiten die meebrengen dat aan de vereisten van dat artikellid is voldaan.¹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat vanwege de zware sanctie aan het bewijs van opzet zware eisen dienen te worden

gesteld.¹⁷ Blijkens de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak dient de deelgenoot het oogmerk te hebben gehad om de rechten van de andere deelgenoot te verkorten. Daarvoor is vereist dat hij wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt:

‘Voorts is door plaatsing van het woord “opzettelijk” vóór “tot de algemeenheid behorende goederen” tot uitdrukking gebracht dat de bepaling slechts geldt, als de deelgenoot wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden; (...).’¹⁸

Het vereiste dat de deelgenoot wist dat de goederen tot de gemeenschap behoorden, betekent dat de bepaling niet van toepassing is als de deelgenoot slechts ‘behoorde te weten’ (in plaats van ‘wist’) dat het betreffende goed tot de gemeenschap behoorde. Ook in de rechtspraak wordt in de regel – een enkele uitzondering daargelaten¹⁹ – aanvaard dat de deelgenoot moet weten dat het goed tot de gemeenschap behoorde.²⁰ Een

17. Zie Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1307: ‘De aard van de bepaling [te weten, een zware sanctie bij een ernstige vorm van bedrog; JB] brengt overigens wel mee dat aan het bewijs van de opzet zware eisen moeten worden gesteld.’ Vgl. voorts Lammers, GS Vermogensrecht, art. 3:194 lid 2 BW, aant. 10.

18. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 630.

19. Zie Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195, r.o. 30 en Breederveld 2008, p. 412, die allebei als (onjuiste) maatstaf hanteren het ‘weten dan wel behoren te weten’ dat het goed tot de (ontbonden) huwelijksgemeenschap behoorde.

20. Zie bijv. Hof Den Haag 13 januari 2010, ECLI:NL:GHDHA:2010:BL0248: ‘10. Ingevolge artikel 3:194, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) verbeurt een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten. *Het verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van goederen vindt plaats telkens wanneer door de deelgenoot een handeling wordt verricht of iets nagelaten wordt met het oogmerk de rechten van de andere deelgenoot te verkorten* [curs. JB].’ Zie ook Hof Den Haag 29 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1867: ‘22. Het hof overweegt als volgt. In artikel 3:194 lid 2 BW is bepaald: “Een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, verbeurt zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten”. *Relevant is of de deelgenoot wist of het goed tot de gemeenschap behoorde* [curs. JB]. Vaststaat dat appellant al op 18-jarige leeftijd Tunesië heeft verlaten. Dat appellant zich niet bewust is geweest van een mogelijke erfrechtelijke aanspraak acht het hof onder de gegeven omstandigheden niet verwijtbaar. Van een opzettelijke verzwijging is naar het oordeel van het hof geen sprake.’ Zie in dezelfde zin voorts Hof ‘s-Hertogenbosch 14 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1452, r.o. 3.7.4, Hof Amsterdam 5 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7896, r.o. 4.3, Rb. Amsterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:774, r.o. 3.2.21, Hof Arnhem 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN9598, r.o. 4.31 e.v., Rb. Overijssel 10 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4880, r.o. 4.2, alsmede Lammers, GS Vermogensrecht, art. 3:194 lid 2 BW, aant. 10. Zie ook A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15: ‘2.21. Krachtens art. 3:194 lid 2 BW, dat op zijn beurt is ontleend aan art. 1110 (oud) BW, verbeurt een deelgenoot zijn aandeel in de gemeenschap indien die deelgenoot opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt. Voor de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW is aanleiding wanneer een der deelgenoten het bestaan van een tot de gemeenschap behorend goed verzwijgt, terwijl hij *wist* [curs. JB] dat het goed tot de gemeenschap behoort.’

12. Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 630 en Rb. Amsterdam 25 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0852 en Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195.

13. Anders: Hof Den Haag 12 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3736 en HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1292 (art. 80a lid 1 Wet RO, niet-ontvankelijkheid).

14. Zie Snijders 2000, p. 361.

15. Zie voor een vordering uit onverschuldigde betaling, Hof Den Haag 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY9821, HR 25 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:995 (art. 81 Wet RO), alsmede Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195.

16. Zie voorts o.a. Breederveld 2008, p. 412-413, alsmede het overzicht van de rechtspraak vermeld in Lammers, GS Vermogensrecht, art. 3:194 lid 2 BW, aant. 8. Zie voorts Rb. Overijssel 10 september 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4880, r.o. 4.2.

mislukte poging tot verzwijging wordt niet gesanctioneerd door art. 3:194 lid 2 BW.²¹

Indien de andere deelgenoot ook wist van het goed, kan naar mijn mening van verzwijging als zodanig geen sprake zijn. Het is immers niet mogelijk om iets te verzwijgen als de andere deelgenoot daarvan weet. Art. 3:194 lid 2 BW dient dan toepassing te missen.²²

Uit het voorgaande volgt dat de deelgenoot die zich op art. 3:194 lid 2 BW beroept, dient te stellen en, zo nodig, te bewijzen de feiten die onder meer meebrengen dat de andere deelgenoot het oogmerk heeft gehad om zijn rechten te verkorten en de andere deelgenoot in dat verband wist dat de desbetreffende goederen tot de gemeenschap behoorden.

4 De boedelbeschrijving

Art. 3:194 lid 2 BW volgt op art. 3:194 lid 1 BW. Het eerste lid bepaalt:

‘Ieder der deelgenoten kan vorderen dat een verdeling aanvangt met een boedelbeschrijving.’

De deelgenoten in de bijzondere gemeenschap zijn op grond van art. 3:194 lid 1 BW²³ niet verplicht om een boedelbeschrijving te laten opmaken, maar zijn wel bevoegd om op grond daarvan een boedelbeschrijving te verzoeken. Het is de vraag of een beroep op art. 3:194 lid 2 BW alleen mogelijk is indien de deelgenoten de verdeling zijn begonnen met een boedelbeschrijving. Naar mijn mening bestaan goede gronden om aan te nemen dat een beroep op het tweede lid van art. 3:194 BW alleen mogelijk is als de deelgenoten de verdeling zijn begonnen met een boedelbeschrijving. De ratio daarachter is dat – mede gelet op de zware sanctie van art. 3:194 lid 2 BW – voor de deelgenoten vooraf duidelijk dient te zijn dat van hen een opgave wordt verlangd van alle goederen die tot de bijzondere gemeenschap behoren. Bij een beroep op verzwijging dient de betreffende deelgenoot immers te weten dat van hem een volledige opgave van alle tot de gemeenschap behorende goederen wordt verlangd op straffe van de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW. Om die reden is art. 3:194 lid 2 BW alleen van toepassing als de verdeling vooraf wordt gegaan door een boedelbeschrijving.²⁴ Hetzelfde verband kan ook anders (iets genuanceerder) worden gelegd: indien niet is

begonnen met een boedelbeschrijving, zal het in de regel niet mogelijk zijn om de opzettelijke verzwijging te bewijzen, aangezien de partijen niet op enig moment over en weer van elkaar uitdrukkelijk hebben verlangd een volledige opgave te doen van alle goederen in de bijzondere gemeenschap.

De wet en de toelichting van Meijers bieden aanknopingspunten voor het hiervoor genoemde standpunt. Uit de volgorde van de beide leden en het feit dat beide leden in één en dezelfde wettelijke bepaling zijn opgenomen, kan worden afgeleid dat art. 3:194 lid 2 BW (alleen) van toepassing is indien een van de deelgenoten om een boedelbeschrijving heeft verzocht. Dat art. 3:194 lid 2 BW alleen van toepassing is indien eerst om een boedelbeschrijving is verzocht, wordt bevestigd door de Toelichting Meijers. Meijers schrijft dat ‘dit artikel’ ieder van de deelgenoten het recht geeft te vorderen dat de verdeling aanvangt met een boedelbeschrijving en dat het tweede lid de sanctie vermeldt op het opzettelijk verzwijgen, zoekmaken of verborgen houden van goederen. Deze laatste opmerking kan bijna niet anders worden begrepen dan dat het tweede lid de sanctie vermeldt op het opzettelijk verzwijgen, zoekmaken of verborgen houden van goederen nadat de verdeling is aangevangen met het opmaken van een boedelbeschrijving.²⁵ Ook in de beschouwingen die Meijers in zijn bijdragen aan WPNR 1929/3126-3128 heeft gewijd aan art. 1110 OBW, de voorganger van art. 3:194 lid 2 BW, legt Meijers steeds het verband tussen het eerst opmaken van de inventaris²⁶ of boedelbeschrijving en het daarna blijken van de verzwijging.²⁷ Hoewel het vereiste van het opmaken van een boedelbeschrijving niet het onderwerp vormt van zijn bijdrage in WPNR, volgt uit zijn beschouwingen dat van verzwijging (pas) sprake kan zijn indien een boedelbeschrijving is opgemaakt.²⁸ De beschouwingen van Meijers ondersteunen in die zin de gedachte dat de plaatsing van art. 3:194 lid 2 BW ná art. 3:194 lid 1 BW geen toevalligheid, maar een bewuste keuze is geweest, en dat art.

25. Zie TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 629.

26. In de zin van een lijst of een opsomming van voorwerpen op een bepaalde plaats, gemaakt volgens een vaste procedure (in tegenstelling tot het geheel van tot huisraad en tot stoffering en meubilering van een woning dienende roerende zaken, vgl. art. 22 IW 1990).

27. Zo beschrijft hij bijv. dat in het oude Franse recht, waarop art. 1110 OBW is gebaseerd, het ‘verheimelijken gepaard moet gaan met een valschen eed, wil de straf intreden’. In de bespreking van een Frans arrest legt hij vervolgens het verband met het opmaken van een ‘inventaris’ (boedelbeschrijving). Zie Meijers, WPNR 1929/3127, p. 675 (r.k.)-676 (l.k.). Een ander voorbeeld is de weeskeur van Hoorn van 29 december 1535, die Meijers aanhaalt, waarin, in zijn woorden, ‘een zelfde straf op het verzwijgen van goederen in den inventaris voor [komt]’, om vervolgens een uitspraak van het Hof van Holland aan te halen dat onder verzwijging naar deze keur besliste dat ‘een weduwnaar of boedelhouder, die op een inventaris eenig goed te kwader trouw had verzwegen zijn aandeel in dat goed verloor’. Zie Meijers, WPNR 1929/3127, p. 676 (r.k.) respectievelijk p. 677 (l.k.). Vgl. ook de eed genoemd in art. 674 sub 7 Rv.

28. Ook als Meijers ingaat op het zoekmaken en verborgen houden, blijkt dat hij de koppeling maakt tussen het verzwijgen en het opmaken van een boedelbeschrijving: ‘Het zoek maken of verborgen houden behoeft overigens ook bij stoffelijke voorwerpen niet steeds in een verplaatsing van het goed te bestaan. Van ouds is het opzettelijk verzwijgen van goederen bij het opmaken van een boedelbeschrijving als het meest typische geval van een recel of een verborgen houden beschouwd geworden.’ Zie Meijers, WPNR 1929/3128, p. 688 (l.k.).

21. Zie Rb. Midden-Nederland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1798, r.o. 2.90.

22. Zie o.a. Rb. Noord-Nederland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2688, r.o. 4.7 en Hof Den Haag 30 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3883, r.o. 32. Anders: Hof Den Haag 14 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2195, r.o. 30 en Hof ’s-Hertogenbosch 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH8197.

23. Op grond van andere bepalingen, bijv. in het erfrecht art. 4:16, 4:146 of 4:211 BW, kan een dergelijke verplichting tot het opmaken van een boedelbeschrijving wel bestaan.

24. Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht (Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, deel 3), Deventer: Kluwer 2012, nr. 445: ‘De deelgenoot die probeert goederen aan deze boedelbeschrijving te onttrekken wordt bestraft (art. 3:194 lid 2).’

3:194 lid 2 BW alleen van toepassing is indien een van de deelgenoten heeft verzocht om het opmaken van een boedelbeschrijving.

In de rechtspraak is de hiervoor genoemde opvatting uitdrukkelijk terug te vinden. Zo oordeelde bijvoorbeeld de Rechtbank Amsterdam in twee afzonderlijke uitspraken:

‘(...) Daarnaast is naar het oordeel van de rechtbank het bepaalde in dit artikel [art. 3:194 lid 2 BW; JB] pas van toepassing indien de verdeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden of een boedelbeschrijving is opgemaakt waarover beide partijen verklaren dat daarop alle boedelbestanddelen zijn vermeld. Dat is hier niet aan de orde.’²⁹

En:

‘Voor een geslaagd beroep op artikel 3:194 lid 2 BW is daarom nodig dat een zeker, duidelijk te markeren, moment is gepasseerd, in die zin dat pas na dat moment degene die een bestanddeel opzettelijk heeft verzwegen ter zake niet meer tot inkeer kan komen zonder zijn aandeel in het bestanddeel te verbeuren. Dit is bijvoorbeeld het moment van de verdeling of – en dat volgt uit artikel 3:194 BW – het moment dat de (niet verplichte) boedelbeschrijving door de desbetreffende partijen wordt opgemaakt. Ook kan, afhankelijk van de omstandigheden, een ander moment gelden, maar een dergelijk moment is in dit geval niet bereikt. (...) Vaststaat dat in dit geval weliswaar een aantal bestanddelen van de nalatenschap is verdeeld, maar dat de verdeling van de totale nalatenschap nog niet heeft plaatsgevonden. Evenmin is een boedelbeschrijving opgemaakt.’³⁰

In andere rechtspraak (ook overigens van de Rechtbank Amsterdam) wordt naar aanleiding van de boedelbeschrijving pas een oordeel gegeven over de al dan niet toepasselijkheid van art. 3:194 lid 2 BW,³¹ hetgeen ook de gedachte ondersteunt dat een beroep op art. 3:194 lid 2 BW in beginsel alleen mogelijk is indien de deelgenoten de verdeling met een boedelbeschrijving zijn begonnen. Voor de goede orde, de verdeling (art. 3:182 BW, en zie voor de verdeling door de rechter art. 3:185 BW) staat niet gelijk aan de toedeling krachtens de verdeling, waarvoor nog een levering is vereist (art. 3:186 BW).

Breederveld lijkt ook het verband te leggen tussen (eerst) een boedelbeschrijving en (dan pas) een beroep op art. 3:194 lid 2 BW. In het kader van het bewijs van het opzettelijk handelen schrijft hij het volgende:

‘In navolging van (oudere) Franse rechtspraak meen ik wel dat een vermoeden tot opzettelijke verzwijging aanwezig geacht mag worden indien het goed zich onder de betrokken echtgenoot blijkt te bevinden, althans de betrokken echtgenoot het beheer over het goed blijkt te hebben, *terwijl dit goed niet in de boedelbeschrijving is vermeld* [curs. JB]. Dat feit acht ik voldoende voor een vermoeden van het opzettelijk handelen, zodat de betrokken echtgenoot dit vermoeden zal hebben te weerleggen. Hij zal moeten aantonen dat het handelen of nalaten niet opzettelijk heeft plaatsgevonden. Daarvoor is wel nodig dat zal gelden dat alle aan de echtgenoot toebehorende goederen, ongeacht het zijn van een privégoed of een gemeenschapsgoed, onderdeel moeten zijn van de boedelbeschrijving. Op deze wijze kan een echtgenoot zich niet verweren door te stellen dat hij meent dat het goed een privégoed is en niet hoeft te worden beschreven.’³²

Snijders heeft in zijn genoemde bijdrage aan de Van Mourik-bundel het volgende geschreven:

‘Hoewel art. 3:194 lid 2 BW een verband lijkt te leggen tussen boedelbeschrijving en bedrog, geldt de bepaling ook los van de vraag of een boedelbeschrijving is opgemaakt en hoe dit is gebeurd. Ook zoek maken of verborgen houden van in de boedelbeschrijving wél vermelde goederen lijkt me niet uitgesloten. Men denke aan het geval dat de andere deelgenoten weten dat een bepaald goed tot de gemeenschap behoort, maar niet waar het zich bevindt.’³³

Snijders stelt weliswaar dat ‘de bepaling’ (art. 3:194 lid 2 BW) ook van toepassing is ongeacht of een boedelbeschrijving is opgemaakt, maar betreft de bepaling vervolgens alleen op het zoekmaken of verborgen houden van goederen, en niet op het verzwijgen daarvan. Bij mijn weten is Snijders de enige auteur die het verband tussen boedelbeschrijving en art. 3:194 lid 2 BW (min of meer, haast terloops) ontkent. Hij doet het zonder onderbouwing of toelichting (evenmin in een voetnoot).

5 Wat is het peilmoment voor opzettelijke verzwijging? De verdeling als het ‘zekere, duidelijk te markeren, moment’

Naast de inhoudelijke vereisten voor een beroep op art. 3:194 lid 2 BW – zoals het vereiste dat het goed dient te behoren tot de gemeenschap en sprake dient te zijn van opzettelijke verzwijging – is het de vraag *op welk moment* sprake dient te zijn van opzettelijke verzwijging, wil art. 3:194 lid 2 BW toepas-

29. Zie Rb. Amsterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:774, r.o. 3.2.21.

30. Zie Rb. Amsterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6128, r.o. 4.5. Ook A-G Langemeijer in zijn conclusie vóór HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15 schrijft (onder randnr. 2.24) dat de verdeling wettelijk begint met een boedelbeschrijving (art. 3:194 lid 1 BW), hetgeen naar mijn mening impliceert dat art. 3:194 lid 2 BW alleen van toepassing is indien de verdeling wordt voorafgegaan door een boedelbeschrijving.

31. Zie bijv. Rb. Amsterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP5496 en Rb. Amsterdam 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB7163.

32. Zie Breederveld 2008, p. 412-413.

33. Zie Snijders 2000, p. 366.

sing kunnen vinden. Art. 3:194 lid 2 BW en de parlementaire geschiedenis hierbij vermelden hierover als zodanig niets.³⁴

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 1:135 lid 3 BW als mede uit een recent door de Hoge Raad gewezen arrest³⁵ kan worden afgeleid dat voor een geslaagd beroep op art. 3:194 lid 2 BW vereist is dat van opzettelijke verzwijging van de goederen sprake dient te zijn ná het passeren van een zeker, duidelijk te markeren, moment. Indien vóór dat moment de goederen alsnog bij de verdeling worden betrokken, blijft de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW buiten toepassing. Indien de verdeling wordt vastgesteld door een rechter, is dat moment de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Deze benadering wordt ondersteund door de lagere rechtspraak inzake art. 3:194 lid 2 BW. Ik licht dat hieronder nader toe.

Bij de wijziging van titel 1.8 BW (regels verrekenbedingen), welke wet in werking is getreden op 1 september 2002, is aan art. 1:135 BW een nieuw lid 3 toegevoegd. Het nieuwe lid 3 luidt:

‘Een echtgenoot die opzettelijk een tot het te verrekenen vermogen behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt waardoor de waarde daarvan niet in de verrekening is betrokken, dient de waarde daarvan niet te verrekenen, maar geheel aan de andere echtgenoot te vergoeden.’

Blijkens de parlementaire geschiedenis bij de bepaling is het nieuwe lid 3 ontleend aan art. 3:194 lid 2 BW. In plaats van de verdeling, waarop art. 3:194 lid 2 BW betrekking heeft, is art. 1:135 lid 3 BW van toepassing op verrekening. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever van oordeel is dat art. 1:135 lid 3 BW pas van toepassing is nadat daadwerkelijke verrekening heeft plaatsgevonden. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt:

‘Op gelijke wijze als in de regeling van het wettelijk deelgenootschap (zie artikel 137, tweede lid) is een aantal bepalingen van de afdelingen 1 en 3 van titel 7 Boek 3 Burgerlijk Wetboek over enkele procedurele aspecten van de verdeling (benoeming onzijdige persoon en de vorm van de verdeling) en over nietige en vernietigbare verdelingen, en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering over beschrijving, waardering en verdeling, van overeenkomstige toepassing verklaard op verrekenbedingen. (...) Artikel 194 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een deelgenoot die opzettelijk tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, zijn aandeel in die goederen aan de andere deelgenoten verbeurt. Deze sanctie op dergelijk afkeurenswaardig gedrag kan ook in de sfeer van verrekenbedingen van nut zijn. Daarom is deze bepaling aangepast overgenomen in het derde lid van het voorgestelde artikel 135. In

plaats van het verbeuren van het aandeel in een dergelijk gemeenschappelijk goed dient in de sfeer van verrekenbedingen de waarde daarvan aan de ander vergoed te worden. Het komt erop neer dat de andere echtgenoot, die al recht op de helft van de waarde van het betreffende goed had, in geval van bijvoorbeeld verduistering ook nog de andere helft van de waarde vergoed krijgt. Voorwaarde is wel dat daadwerkelijke verrekening heeft plaatsgevonden, waarin het betreffende verduisterde goed niet is betrokken. Ook indien het saldo van het te verrekenen vermogen met inbegrip van het niet in de verrekening betrokken goed negatief zou zijn, dient de volle waarde daarvan aan de andere echtgenoot te worden vergoed.’³⁶

In een recent arrest³⁷ heeft de Hoge Raad beide bepalingen, art. 1:135 lid 3 en 3:194 lid 2 BW, uitdrukkelijk op één lijn geplaatst en de hiervoor aangehaalde regel in de parlementaire geschiedenis bevestigd. De Hoge Raad oordeelt dat in het geval dat de verrekening niet wordt vastgesteld door de echtgenoten maar door de rechter, deze vaststelling plaatsvindt door en op het moment van de uitspraak, waarvoor niet is vereist dat deze in kracht van gewijsde is gegaan. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat indien een van de echtgenoten ontdekt dat de ander een goed dat tot het te verrekenen vermogen behoort opzettelijk heeft verzwegen, zoekgemaakt of verborgen gehouden, deze zich (eerst) in de eventuele appelprocedure op de sanctie van art. 1:135 lid 3 BW kan beroepen en de daaruit voortvloeiende vordering in die procedure kan instellen. Nadat de Hoge Raad (in r.o. 4.1.2) art. 1:135 lid 3 BW en het tweede deel van de hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis woordelijk citeert, oordeelt de Raad:

‘4.1.2. (...) Mede blijkens deze toelichting strekt de bepaling, evenals het bepaalde in art. 3:194 lid 2 BW – welke bepaling onder meer van toepassing is op de verdeling van een ontbonden huwelijksgemeenschap –, ertoe het opzettelijk verzwijgen, zoek maken of verborgen houden van vermogensbestanddelen ten nadele van de andere echtgenoot, respectievelijk deelgenoot, door het stellen van een sanctie te ontmoedigen. De genoemde bepalingen bevorderen aldus dat echtgenoten en deelgenoten elkaar de informatie verschaffen die noodzakelijk is om te bereiken dat ieder van hen ontvangt waarop hij uit hoofde van de verrekening, respectievelijk verdeling aanspraak heeft.

4.1.3. Uit de voorwaarde dat het achterhouden van een vermogensbestanddeel tot gevolg heeft gehad dat de waarde ervan niet in de verrekening is betrokken, volgt dat eerst een beroep op de sanctie kan worden gedaan nadat verrekening heeft plaatsgevonden (zie ook het hiervoor in 4.1.2 aangehaalde gedeelte uit de Memorie van Toelichting). De verrekening vindt plaats doordat de echtgenoten vaststellen welke verplichtingen resulteren uit het door

34. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 629-630 en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1306-1307.

35. Zie HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15.

36. Zie Kamerstukken II 2001/02, 27554, 3, p. 13 (MvT bij de wet van 14 maart 2002 tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (regels verrekenbedingen).

37. Zie HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15.

hen in het verrekeningstijdvak verkregen inkomen en vermogen, of doordat de rechter die vaststelling doet. In het laatste geval ontstaan de door de verrekening in het leven geroepen verplichtingen door en op het moment van de uitspraak; niet is vereist dat deze in kracht van gewijsde is gegaan (vgl. HR 27 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6573, NJ 1980/169). Hieruit vloeit voort dat, indien een van de echtgenoten na de uitspraak waarbij de verrekening is vastgesteld, ontdekt dat de ander een goed dat tot het te verrekenen vermogen behoort opzettelijk heeft verzwegen, zoek gemaakt of verborgen gehouden, eerstgenoemde zich in een eventuele appelprocedure op de sanctie van art. 1:135 lid 3 BW kan beroepen en de daaruit voortvloeiende vordering in die procedure kan instellen. Een andere opvatting zou tot het onwenselijke resultaat leiden dat gedurende de procedure in eerste aanleg de met de sanctie beoogde prikkel ontbreekt.³⁸

De Hoge Raad volgt met zijn arrest A-G Langemeijer, die in zijn conclusie vóór het arrest hetzelfde standpunt inneemt ten aanzien van het beslissende moment tot wanneer een beroep op verzwijging kan worden gedaan³⁹ en ook het verband tussen beide bepalingen legt.⁴⁰ Al eerder had ook Breederveld de

bedoelde bepaling in dezelfde zin uitgelegd.⁴¹ Verrekening en verdeling worden in dit opzicht op één lijn gesteld.⁴²

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat indien een rechter in een procedure de verrekening of de verdeling vaststelt, de sanctie van art. 1:135 lid 3 BW dan wel art. 3:194 lid 2 BW eerst toepassing kan vinden vanaf het moment dat het vonnis in eerste aanleg wordt uitgesproken of – indien de verdeling niet wordt bepaald door een rechter (art. 3:185 BW) – vanaf het moment dat de verdeling in de zin van art. 3:182 BW plaatsvindt. Vóór dat moment kan een echtgenoot alsnog melding maken van het bestaan van goederen die in de verrekening respectievelijk verdeling behoren te worden betrokken. Voor een beroep op verzwijging in het kader van een bijzondere gemeenschap betekent dit dat aan de deelgenoten pas een beroep op verzwijging toekomt ná de verdeling, en dat ieder van de deelgenoten voor dat moment nog straffeloos tot ‘inkeer’ (vergelijk hieronder par. 6) kan komen.

Deze zienswijze met betrekking tot art. 3:194 lid 2 BW sluit aan bij hetgeen daarover in de lagere rechtspraak reeds werd en thans ook wordt aangenomen. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld:

‘Voor een geslaagd beroep op artikel 3:194 lid 2 BW is daarom nodig dat een zeker, duidelijk te markeren, moment is gepasseerd, in die zin dat pas na dat moment degene die een bestanddeel opzettelijk heeft verzwegen ter zake niet meer tot inkeer kan komen zonder zijn aandeel in het bestanddeel te verbeuren. Dit is bijvoorbeeld *het moment van de verdeling* [curs. JB] of – en dat volgt uit artikel 3:194 BW – het moment dat de (niet verplichte) boedelbeschrijving door de desbetreffende partijen wordt opgemaakt. Ook kan, afhankelijk van de omstandigheden, een ander moment gelden, maar een dergelijk moment is in dit geval niet bereikt. Steun voor dit oordeel is ook te vinden in de parlementaire geschiedenis bij artikel 1:135 lid 3 BW, het equivalent van artikel 3:194 lid 2 BW ten aanzien van verrekenbedingen (kamerstukken II, 2000-2001, 27 554, nr. 3, blz. 13), waarin staat dat de bepaling van artikel 1:135 lid 3 BW, aangepast aan de figuur van verrekening, is overgenomen van artikel 3:194 lid 2 BW. In artikel 1:135 lid 3 BW wordt als voorwaarde voor een geslaagd beroep op dat artikel genoemd dat daadwerkelijke verrekening heeft plaatsgevonden, waarin het achtergehouden goed niet is betrokken. Vaststaat dat in dit geval weliswaar een aantal bestanddelen van de nalatenschap is verdeeld, maar dat de verdeling van de totale nala-

38. Zie HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, NJ 2016/15.

39. Zie nr. 2.21: ‘Gelet op de geschiedenis van de Wet verrekenbedingen, reeds aangehaald, kan voor de toepassing van art. 1:135 lid 3 BW hetzelfde worden aangenomen als bij toepassing van art. 3:194 lid 2 BW, met dien verstande dat de sanctie ingaat nadat de verrekening heeft plaatsgevonden. Tot aan het moment van de verrekening tussen de echtgenoten kan de verrekenplichtige echtgenoot dus nog melding maken van (het bestaan van) het in de verrekening te betrekken vermogensbestanddeel, onderscheidenlijk de in de verrekening te betrekken inkomsten.’ Zie ook nr. 2.25: ‘De sanctie gaat eerst in nadat verrekening heeft plaatsgevonden; tot dat moment kan een verrekenplichtige echtgenoot alsnog melding maken van het bestaan van inkomsten of vermogensbestanddelen die in de verrekening behoren te worden betrokken. In het onderhavige geval zijn partijen niet zelf tot verrekening overgegaan, maar heeft de rechtbank bij vonnis van 15 augustus 2012 bepaald hoe de verrekening tussen partijen geschiedt. Uit rov. 2.2 volgt dat het vonnis zich niet beperkt tot een beslissing over een deelkwestie, maar dat het door de rechtbank vastgestelde saldo uitvoering geeft aan de verrekening die partijen volgens de huwelijkse voorwaarden moeten verrichten en waarover zij het niet eens konden worden. De hieruit voor de man en vrouw voortvloeiende verplichtingen zijn van rechtswege ingegaan op het moment dat het vonnis is uitgesproken. Vanaf dat moment kon de sanctie van art. 1:135 lid 3 BW toepassing vinden.’ Langemeijer beschouwt ‘de bevordering van maximale transparantie tussen verrekenplichtige echtgenoten omtrent hetgeen in de verrekening moet worden betrokken’ als de ratio van de bepaling. Zie nr. 2.25.

40. Zie het in de vorige voetnoot geciteerde (nr. 2.21), alsmede nr. 2.20: ‘(...) Blijkens de toelichting heeft de wetgever met dit voorschrift beoogd het bepaalde in art. 3:194 lid 2 over te nemen, zij het aangepast voor verrekenbedingen in die zin, dat het goed niet wordt verbeurd maar de waarde daarvan aan de ander dient te worden vergoed. (...)’

41. Zie Breederveld 2008, p. 412-413: ‘Uitdrukkelijk wordt gesteld dat voorwaarde is dat daadwerkelijke verrekening heeft plaatsgevonden, waarin het desbetreffende goed niet is betrokken. Hieruit volgt dat de sanctie buiten toepassing blijft indien tijdens de procedure of door de procedure waarin de verrekenvordering wordt vastgesteld – het opzettelijk verzwegen – vermogen alsnog bij de verrekening wordt betrokken.’

42. Zie in deze zin ook A.J.M. Nuytinck, Het verschil tussen verdeling en verrekening (Privaatrecht Actueel), WPNR 2016/7112, p. 489.

tenschap nog niet heeft plaatsgevonden. Evenmin is een boedelbeschrijving opgemaakt.⁴³

En in een ander vonnis, gewezen ná het bedoelde arrest:

‘(...) de Hoge Raad heeft onlangs beslist dat de sanctie in de zin van artikel 3:194 lid 2 BW pas ingaat nadat de verdeling heeft plaatsgevonden. Tot aan het moment van de verdeling tussen de echtgenoten kunnen partijen nog melding maken van (het bestaan van) een vermogensbestanddeel dat in de verdeling betrokken moet worden (ECLI:NL:HR:2015:3475). Nu de verdeling van de gemeenschap tussen partijen nog niet heeft plaatsgevonden is naar het oordeel van de rechtbank het beroep van partijen op artikel 3:194 lid 2 BW prematuur en zal de rechtbank hieraan voorbij gaan.’⁴⁴

In de literatuur zijn over het moment waarop de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW eerst toepassing kan vinden verschillende opvattingen te vinden. Zoals hieronder nader genoemd in paragraaf 6 (over de mogelijkheid van inkeer), lijkt Snijders van het moment van boedelbeschrijving uit te gaan,⁴⁵ terwijl Breederveld – die dan bekend is met de hiervoor geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis – mijns inziens terecht lijkt uit te gaan van het moment van verdeling.⁴⁶ Van Mourik en Verstappen zijn van mening dat met betrekking tot een verdeling een ander peilmoment kan gelden dan ten aanzien van een verrekening,⁴⁷ maar onderbouwen of motiveren dat standpunt niet nader; en het standpunt is ingenomen voordat de Hoge Raad het hiervoor genoemde arrest heeft gewezen.

43. Zie Rb. Amsterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6128. De Rechtbank Amsterdam noemt terecht het moment van verdeling, maar, zoals betoogd, ten onrechte ‘het moment van de boedelbeschrijving’ of ‘een ander moment’. Uit de laatste zin van het geciteerde blijkt dat ook andere overwegingen aan een beroep op art. 3:194 lid 2 BW in de weg stonden. Vgl. voorts het (ook) reeds genoemde Rb. Amsterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:774 en Hof ‘s-Hertogenbosch 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH8197, waarin het hof naar aanleiding van een beroep op art. 3:194 lid 2 BW overweegt: ‘Het hof merkt daarbij nog op dat voornoemde brieven [van de man aan de Belastingdienst, waarin hij melding maakt van de banktegoeden; JB] beide dateren van voor het eindvonnis in eerste aanleg (d.d. 10 mei 2006) terwijl ook de verdelingsakte van 25 september 2006, waarin uitvoering is gegeven aan het uitvoerbaar bij voorraad gegeven eindvonnis van de rechtbank, zonder bedoelde informatie van de zijde van de man is gepasseerd. De man heeft nog aangevoerd dat zijn “inkeer” de sanctie van artikel 3:194 lid 2 BW zou doen vervallen, maar noch de tekst van de wet noch de parlementaire geschiedenis bieden daarvoor enige ondersteuning.’

44. Zie Rb. Amsterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1018, r.o. 4.11.18. Zie ook Hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:426, r.o. 5.5.

45. Zie Snijders 2000, p. 366.

46. Zie Breederveld 2008, p. 410.

47. Zie M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding. Algemeen Deel A (Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht), Deventer: Kluwer 2014, par. 7.4.4, p. 330: ‘Voor de toepassing van art. 1:135 lid 3 BW is vereist dat er daadwerkelijk verrekend is. [voetnoot: MvT, Kamerstukken II 2000/01, 27 554, nr. 3, p. 13; Parl. Gesch. aanp. hvr. I en II, 2003, p. 244; JB] Art. 3:194 lid 2 BW kan daarentegen al toegepast worden vóór de verdeling.’

Anders dan in de hiervoor genoemde lagere rechtspraak en literatuur (Snijders) wordt noch in de parlementaire geschiedenis, noch in het arrest van de Hoge Raad *het opmaken van een boedelbeschrijving* (of een ander moment) als het hiervoor bedoelde ‘zekere, duidelijk te markeren, moment’ genoemd. In de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad is aldus het (latere) moment van verdeling beslissend, en niet het (eerdere) moment van de boedelbeschrijving. Daarbij passen twee kanttekeningen. Ten eerste, het wil niet zeggen dat aan de boedelbeschrijving geen betekenis toekomt in het kader van een beroep op art. 3:194 lid 2 BW. De boedelbeschrijving kan ten eerste voor het bewijs van het verzwijgen van de goederen een rol spelen. Als het goed niet in de verdeling is betrokken, en het goed zich onder de betrokken echtgenoot blijkt te bevinden, terwijl het goed niet in de boedelbeschrijving is vermeld, mag een vermoeden tot opzettelijke verzwijging aanwezig geacht worden.⁴⁸ Ten tweede, dat de wetgever en de Hoge Raad niet het opmaken van de boedelbeschrijving, maar de verdeling als het zekere, duidelijk te markeren, moment aanmerken, laat onverlet dat het opmaken van een boedelbeschrijving een vereiste is voor een succesvol beroep op art. 3:194 lid 2 BW, zoals hiervoor betoogd, omdat voor de deelgenoot dan kenbaar is dat bij het verzwijgen van een goed de zware sanctie van verbeurdverklaring van toepassing is. De vraag óf sprake is van een tijdige melding van de goederen of van opzettelijke verzwijging in de zin van art. 3:194 lid 2 BW, dient evenwel te worden beantwoord aan de hand van het peilmoment van de verdeling. Bij een verdeling door de rechter is dat peilmoment de vaststelling van de verdeling in eerste aanleg (en niet de vaststelling in hoger beroep).

Uit het voorgaande volgt dat een geslaagd beroep op art. 3:194 lid 2 BW alleen mogelijk is ná het passeren van ‘een zeker, duidelijk te markeren, moment’. Blijkens de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals ook uitgelegd in de lagere rechtspraak, is dat moment de verdeling tussen partijen dan wel, indien de verdeling wordt vastgesteld door de rechter, de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Indien vóór dat moment de goederen alsnog bij de verdeling worden betrokken, blijft de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW buiten toepassing. Blijkens de hiervoor genoemde parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur is niet van belang op welke wijze of om welke reden een deelgenoot alsnog melding maakt van het verzwegen goed, waardoor het alsnog in de verdeling (of verrekening) wordt betrokken. Indien ná dat moment goederen zijn verzwegen, kan op de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW een beroep worden gedaan. In een procedure waarbij verdeling wordt gevorderd, lijkt een beroep op art. 3:194 lid 2 BW *in eerste aanleg* daarmee (per definitie) bij voorbaat kansloos geworden.

6 Is inkeer mogelijk?

Het is de vraag of de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW geen toepassing dient te vinden indien een deelgenoot tijdig tot inkeer

48. Zie in deze zin bijv. Breederveld 2008, p. 412-413, zoals hiervoor aangehaald.

komt. Van een dergelijke inkeer kan alleen sprake zijn indien het beslissende tijdstip voor de toepassing van art. 3:194 lid 2 BW reeds is overschreden. Zoals uit het voorgaande blijkt, is dat moment de verdeling en, indien de verdeling is vastgesteld door de rechter, zoals in het onderhavige geval, de uitspraak van de rechter in eerste aanleg.

Snijders heeft in zijn genoemde bijdrage betoogd dat inkeer mogelijk dient te zijn. Hij schrijft:

‘Kan men het intreden van de sanctie voorkomen door na het bedrog de verzwegen goederen alsnog op te geven? Het zou mijns inziens niet reëel zijn deze mogelijkheid uit te sluiten. Is de bate *bij de boedelbeschrijving* [curs. JB] opzettelijk verzwegen, maar wordt zij daarna door de betrokken deelgenoot eigener beweging alsnog aangemeld, dan behoort de sanctie mijns inziens niet in te treden. Een andere opvatting zou een rem betekenen op de eerlijkheid achteraf. Maar het loopt uiteraard anders, wanneer het goed alsnog boven water komt door de alertheid van de overige deelgenoten. Zie ook hier de Mazeauds, op. cit., nr. 1101, en de daar geciteerde [Franse; JB] rechtspraak.’⁴⁹

Niet onbelangrijk is dat in deze opvatting wordt uitgegaan van het moment van boedelbeschrijving als het beslissende moment waarop een beroep op art. 3:194 lid 2 BW mogelijk is. Uit de hiervoor genoemde parlementaire geschiedenis en rechtspraak volgt evenwel dat dit moment later ligt, namelijk pas bij het moment van verdeling, waardoor de betreffende deelgenoot meer tijd heeft om melding te maken van een (eerder verzwegen) goed. De inkeermogelijkheid van Snijders – en daarmee de niet-toepasselijkheid van art. 3:194 lid 2 BW – hoeft daarmee in resultaat weinig of niet te verschillen van de lijn die de wetgever en de Hoge Raad volgen.

Het beroep op inkeer door Snijders wordt gedeeld door Breederveld in zijn dissertatie, met dien verstande dat Breederveld – die zijn proefschrift heeft geschreven ná de invoering van art. 1:135 lid 3 BW en de daarbij behorende memorie van toelichting – niet het moment van de boedelbeschrijving, maar het moment van de verdeling tot uitgangspunt neemt. Hij schrijft:

‘De tekst van artikel 3:194 lid 2 BW lijkt er voorts op te duiden dat de sanctie intreedt zodra de verzwijging (het zoekmaken/verborgen houden) heeft plaatsgevonden ongeacht de wijze van ontdekking. Dit zou betekenen dat ook in het geval de betreffende echtgenoot die het goed (aanvankelijk) heeft verzwegen of verborgen heeft gehouden dit alsnog meldt – desondanks – zijn aandeel in het goed heeft verbeurd aan de andere echtgenoot. Evenals Snijders ben ik van mening dat de strekking ervan moet

zijn dat deze sanctie alleen van toepassing is indien de verzwijging nog voortduurt op het moment van de ontdekking van het goed. Een uit eigener beweging melding maken dat het goed tot de (ontbonden) huwelijksgemeenschap behoort door de betreffende echtgenoot is niet als zodanig aan te merken. Daarvoor maakt het ook niet uit dat deze melding door de echtgenoot pas wordt gedaan geruime tijd *na de verdeling* [curs. JB]. Voorzover het goed (uitsluitend) door toedoen van deze echtgenoten alsnog “boven water komt” zal het aandeel van deze echtgenoot in het goed dus niet reeds verbeurd zijn aan de andere echtgenoot maar alsnog voor verdeling in aanmerking komen.’⁵⁰

Het tot inkeer komen en het door de betreffende echtgenoot uit eigener beweging melden van het verzwegen goed lijken derhalve in de literatuur te worden aanvaard als een mogelijkheid om zich aan de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW te onttrekken en het goed alsnog in de verdeling te betrekken, met dien verstande dat de verschillende peilmomenten tot verschillende uitkomsten leiden.

In de lagere rechtspraak wordt over de mogelijkheid van inkeer anders gedacht. De Rechtbank Amsterdam lijkt met haar hiervoor in paragraaf 4 reeds aangehaalde oordeel te impliceren dat inkeer na ‘het zekere, duidelijk te markeren, moment’ niet meer kan leiden tot het achterwege blijven van de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW.⁵¹ Het Hof ’s-Hertogenbosch⁵² heeft geoordeeld dat inkeer na een zeker, duidelijk te markeren, moment – in casu de uitspraak van de rechtbank – niet meer kan leiden tot het achterwege blijven van de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW. In de betreffende echtscheidingsprocedure had de man geen melding gemaakt van buitenlandse banktegoeden. Eerst bij memorie van grieven (hoger beroep) maakt hij daarvan alsnog melding. Het hof oordeelt dat deze melding te laat is, aangezien deze na het eindvonnis in eerste aanleg komt, alsook na de akte van verdeling waarin uitvoering was gegeven aan dat vonnis. Het hof verwerpt het verweer van de man dat zijn ‘inkeer’ de sanctie van art. 3:194 lid 2 BW zou doen vervallen. ‘Noch de tekst van de wet noch de parlementaire geschiedenis bieden daarvoor enige ondersteuning’, aldus het hof. Een en ander leidt ertoe dat de man zijn aandeel in de buitenlandse tegoeden aan de vrouw verbeurt.

De in de rechtspraak op te merken lijn ondersteun ik. Aan de vraag of sprake is van inkeer, kan pas worden toegekomen indien het zekere, duidelijk te markeren, moment voorbij is. Uit de hiervoor genoemde parlementaire geschiedenis bij art. 1:135 lid 3 BW en het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 4 december 2015 volgt dat dit moment de verdeling is (dan wel de uitspraak van de rechter in eerste aanleg waarbij

49. Zie Snijders 2000, p. 366. Vgl. A-G Langemeijer in zijn conclusie onder randnr. 2.2.4 vóór HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475, die de hiervoor genoemde passage van Snijders vermeldt, zonder daar overigens een oordeel aan te verbinden of de passage toe te passen op de zaak.

50. Zie Breederveld 2008, p. 410.

51. Zie Rb. Amsterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6128, r.o. 4.5.

52. Zie Hof ’s-Hertogenbosch 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH8197, r.o. 4.8.5 en 4.8.6.

de verdeling wordt vastgesteld) en bijvoorbeeld niet een ander moment, zoals de boedelbeschrijving. Wordt melding gemaakt van goederen vóór het peilmoment, de verdeling, dan is naar mijn mening strikt genomen geen sprake van 'inkeer', zoals hiervoor bedoeld. Gelet op de ratio van de bepaling, zoals hiervoor door Snijders omschreven, namelijk de effectieve bescherming van de deelgenoten 'tegen een vorm van bedrog die in de praktijk maar al te gemakkelijk is', alsmede het belang van een zeker, duidelijk te markeren, moment, is de mogelijkheid van inkeer na de verdeling niet gewenst. Uiteraard kunnen de omstandigheden van het geval en de algemene vermogensrechtelijke leerstukken, zoals misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en de eisen van redelijkheid en billijkheid, die ook tussen de deelgenoten onderling gelden (art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW), tot een ander oordeel leiden, maar daarvoor zullen dan goede gronden dienen te bestaan. Indien tóch van 'inkeer' wordt gesproken in het geval dat een deelgenoot voor het moment van de verdeling alsnog melding maakt van eerder verzwegen goederen (ook al is daarvan naar mijn mening strikt genomen geen sprake), dan leidt die 'inkeer' wél tot de niet-toepasselijkheid van art. 3:194 lid 2 BW, omdat de melding tijdig is gedaan.

7 Conclusie

De afgelopen jaren wordt bij de verdeling van bijzondere gemeenschappen steeds vaker een beroep gedaan op verzwijging door een van de deelgenoten. De rechtspraak daarover vormt een welkome aanvulling op de schaarse literatuur ten aanzien van art. 3:194 lid 2 BW. Voor een succesvol beroep op deze bepaling is vereist dat sprake is van opzettelijke verzwijging, hetgeen veronderstelt dat de deelgenoot wist dat de verzwegen goederen onderdeel uitmaakten van de bijzondere gemeenschap. Om de zware sanctie van art. 3:194 lid 2 BW van toepassing te laten zijn, dient voor de deelgenoten kenbaar te zijn dat van hen een volledige opgave van de goederen van de bijzondere gemeenschap wordt verlangd, hetgeen het geval is indien de verdeling begint met een boedelbeschrijving als bedoeld in art. 3:194 lid 1 BW. In een recent arrest van de Hoge Raad ten aanzien van art. 1:135 lid 3 BW is bevestigd dat de *verdeling* van de bijzondere gemeenschap (en door de rechter het eindvonnis in eerste aanleg) – en niet de boedelverdeling of een ander moment – het beslissende moment is voor de vraag of de betreffende deelgenoot tijdig melding heeft gemaakt van het goed of dat heeft verzwegen. In een procedure waarbij verdeling wordt gevorderd, lijkt een beroep op art. 3:194 lid 2 BW in eerste aanleg daarmee derhalve (per definitie) bij voorbaat kansloos geworden. Na dat 'zekere, duidelijk te markeren, moment' bestaat voor de betreffende deelgenoot in beginsel niet meer de mogelijkheid om tot inkeer te komen, waardoor art. 3:194 lid 2 BW toepassing zou missen.