

8. Verzwijgen, zoekmaken of verborgen houden bij verdelen en verrekenen

E.Z. ANINK

Een deelgenoot die *opzettelijk* een tot de gemeenschap behorend goed verzwijgt, zoek maakt of verborgen houdt, verbeurt zijn aandeel in dat goed aan de andere deelgenoten (artikel 3:194 lid 2 BW). In het kader van verrekenbedingen in huwelijkse voorwaarden geldt een soortgelijke sanctiebepaling (artikel 1:135 lid 3 BW). Uit de recente jurisprudentie blijkt echter dat de beide bepalingen van elkaar verschillen. Waar voor de ene bepaling geldt 'eens verzwegen, blijft verzwegen' is bij de andere tot op zekere hoogte inkeer of herstel mogelijk. Wat betekent dit voor de praktijk?

Inleiding

Menig advocaat of notaris die zich in de praktijk bezighoudt met de verdeling van ontbonden huwelijksgemeenschappen, nalatenschappen of de afwikkeling van huwelijkse voorwaarden waarin een verrekenbeding is opgenomen, heeft zich wel eens geconfronteerd gezien met een partij die geen volledige openheid van zaken geeft over de samenstelling van het te verdelen of te verrekenen vermogen. Om dat te ontmoedigen heeft de wetgever artikel 3:194 lid 2 BW bij de verdeling en artikel 1:135 lid 3 BW bij de verrekening in het leven geroepen. In drie recente uitspraken heeft de Hoge Raad zich nader uitgelaten over de vraag hoe die sanctiebepalingen uitwerken. Die zullen hierna worden besproken. Waar hierna wordt gesproken van verzwijgen dient daarvoor mede *zoek maken of verborgen houden* te worden gelezen.

Verzwijging van een gemeenschappelijke goed

De sanctiebepaling van artikel 3:194 lid 2 BW is van toepassing op de bijzondere gemeenschappen van afdeling 3.7.2 BW, zoals de ontbonden huwelijksgemeenschap en de nalatenschap (zie artikel 3:189 lid 2 BW). Alleen Van der Burght heeft bepleit dat bij samenwoners sprake zou zijn van een bijzondere gemeenschap, Pitlo-Van der Burght/Doek nr. 617 e.v. In de uitspraak van de Hoge Raad van 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565 stond de sanctiebepaling van artikel 3:194 lid 2 BW centraal en was onder meer aan de orde:

1. wanneer sprake is van een opzettelijk verzwijgen;
2. vanaf welk moment is sprake van opzettelijk verzwijgen;
3. of een opzettelijk verzwijgen nadien kan worden rechtgezet; en
4. op wie de bewijslast rust.

Samengevat ging het om het volgende. Moeder was in 2008 overleden met achterlating van twee erfgenamen: haar zoon en een pleegzoon. Tijdens haar leven had moeder aan de zoon een algemene volmacht verstrekt met betrekking tot een bankrekening in Zwitserland. Enkele maanden voor het overlijden van moeder, die toen tegen de 90 liep, heeft de zoon het saldo op die rekening van € 643.497 naar zijn vrouw en zichzelf overgeboekt. Vervolgens heft hij de rekening van moeder op.

In een telefoongesprek kort na het overlijden van moeder zegt de zoon tegen de pleegzoon niets af te weten van een Zwitserse bankrekening. De pleegzoon blijkt echter ook te beschikken over een algemene volmacht over de Zwitserse bankrekening. Enkele maanden na het telefoongesprek met de zoon krijgt de pleegzoon bericht van de bank dat de rekening is opgeheven. Even daarna bericht de bank hem tevens over het saldo dat er op het moment van opheffing op de rekening stond. Daarmee geconfronteerd zegt de zoon dat moeder hem het geld heeft geschonken. In hoger beroep oordeelt het hof dat de zoon niet heeft bewezen dat er sprake was van een schenking en dat daarom een vordering op de zoon tot de nalatenschap behoort uit hoofde van onverschuldigde betaling. Nu de zoon deze vordering op enig moment opzettelijk heeft verzwegen, heeft hij zijn aandeel in de vordering verbeurd aan de pleegzoon.

Wanneer is sprake van een opzettelijk verzwijgen?

De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.3.2) dat de zware sanctie van artikel 3:194 lid 2 BW een strafkarakter heeft. Een deelgenoot die opzettelijk een goed verzwijgt omdat hij wist dat het goed tot de gemeenschap behoort, verbeurt zijn aandeel in dat goed. Het gaat dus om opzet: het willens en wetens verzwijgen. De Hoge Raad verduidelijkt dat ‘niet weten’, maar wel ‘behoren te weten’, niet voldoende is om het rechtsgevolg van de sanctiebepaling te doen intreden, namelijk het verbeuren van het aandeel in het betreffende goed.

Vanaf welk moment is sprake van opzettelijk verzwijgen?

Tevens verduidelijkt de Hoge Raad (r.o. 3.5.2) dat ieder verzwijgen, zoek maken of verborgen houden tot toepassing van de sanctie van artikel 3:194 lid 2 BW leidt, ook als nog geen verdeling heeft plaatsgevonden en verwijst daarbij naar het volgende citaat uit de wetsgeschiedenis:

‘zij [de oneerlijke deelgenoten] behoren ook voor de tijd dat de gemeenschap nog niet verdeeld is, hun medezeggenschap in het beheer en hun participatie in het gebruik en in de vruchten van de goederen verspeeld te hebben.’ (Parl. Gesch. Boek 3, p. 630).

De Hoge Raad vervolgt dan met de overweging dat dit strookt met de strekking van de bepaling om oneerlijk gedrag van de deelgenoten tegenover elkaar te ontmoedigen. In rechtsverhoudingen als waarop de bepaling betrekking heeft, zijn zij immers in de regel in hoge mate afhankelijk van de juistheid en volledigheid van de over en weer door hen verschaft inlichtingen omtrent het bestaan van tot de gemeenschap behorende goederen. Wanneer eenmaal sprake is van opzettelijk verzwijgen, is inkeer niet meer mogelijk (r.o. 3.5.3).

Kan de verzwijging nog worden rechtgezet?

De zoon had in cassatie nog aangevoerd dat het hof had miskend dat een verzwijging nadien nog kan worden hersteld, met als gevolg dat de sanctie dan komt te vervallen. De Hoge Raad overweegt echter dat dit berust op een onjuiste rechtsopvatting (r.o. 3.6.2). Wanneer een eenmaal plaatsgevonden verzwijging naderhand zou kunnen worden hersteld, zou immers niet of nauwelijks meer sprake zijn van een ontmoediging van oneerlijk gedrag waarvan een afschrikwekkende werking uitgaat.

De Hoge Raad overweegt evenwel dat dit niet wegneemt dat onder bijzondere, door de partij die haar aandeel in het desbetreffende goed in beginsel heeft verbeurd te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden een beroep op deze bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (artikel 6:2 lid 2 BW). Daarop was echter geen beroep gedaan.

Wie heeft de bewijslast?

De Hoge Raad gaat ook in op de stelplicht en bewijslast van artikel 3:194 lid 2 BW (r.o. 3.4.1) en overweegt dat

gelet op de hoofdregel van artikel 150 Rv, stelplicht en bewijslast met betrekking tot de feiten en omstandigheden die worden aangevoerd ter toelichting van een beroep op artikel 3:194 lid 2 BW, rusten op degene die zich op deze bepaling beroept. Aan het bewijs van het daarin bedoelde opzet moeten hoge eisen worden gesteld (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1307). De Hoge Raad voegt daaraan toe (r.o. 3.4.2) dat de rechter de bevoegdheid heeft om over de band van de ‘tenzij-bepaling’ aan het slot van artikel 150 Rv de stelplicht en bewijslast om te keren, hetgeen het hof, naar het oordeel van de Hoge Raad had gedaan met de tussen de zoon en de pleegzoon omstreden schenking.

Nadere uitspraak over het opzetvereiste

In een andere nog recentere uitspraak van de Hoge Raad (HR 22 december 2017, ECLI:HR:2017:3262), waar ook sprake was van onttrekkingen van gelden van een buitenlandse bankrekening en een litigieuze schenkingsovereenkomst, lag de vraag voor of van ‘opzettelijk’ verzwijgen alleen sprake is als de desbetreffende deelgenoot het oogmerk had om rechten van de deelgenoten of schuldeisers te verkorten. De Hoge Raad overweegt dat zulks *niet* het geval is (r.o. 3.4.3), omdat de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten bevat om aan te nemen dat het woord ‘opzettelijk’ er tevens toe dient om (de sanctie van) artikel 3:194 lid 2 BW te beperken tot het geval waarin de desbetreffende deelgenoot een dergelijk oogmerk had.

Tevens herhaalt de Hoge Raad dat de stelplicht en de bewijslast volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv rusten op degene die zich op artikel 3:194 lid 2 BW beroept en dat aan het bewijs en het daarin bedoelde opzet hoge eisen moeten worden gesteld. Bij die stand van zaken, zo oordeelt de Hoge Raad, zou de reikwijdte van artikel 3:194 lid 2 BW te zeer worden beperkt, indien een deelgenoot of een schuldeiser voor een geslaagd beroep op artikel 3:194 lid 2 BW tevens feiten en omstandigheden zou moeten stellen en bewijzen waaruit volgt dat de deelgenoot die tot de gemeenschap behorende goederen verzwijgt, het oogmerk had om rechten van de deelgenoten of de schuldeisers te verkorten. Voor het ‘opzettelijk’ verzwijgen van een goed als bedoeld in artikel 3:194 lid 2 BW is voldoende dat de desbetreffende deelgenoot weet dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoort, zo oordeelt de Hoge Raad.

Commentaar

Met de uitspraak van de Hoge Raad wordt duidelijk dat als eenmaal vaststaat dat een deelgenoot opzettelijk een goed van de gemeenschap verzwijgt, hij zijn aandeel daarin verbeurt. Het opzetvereiste betekent dat de desbetreffende deelgenoot weet dat het verzwegen goed tot de gemeenschap behoort. Ten aanzien van de verzwijgende deelgenoot hoeft niet gesteld en bewezen te worden dat deze ook de bedoeling had om de (overige) deelgenoten te benadelen. Echter, niet weten, maar wel behoren te weten, is niet voldoende.

Voorts is thans duidelijk dat een deelgenoot zijn aandeel verbeurt *vanaf het moment* dat vaststaat dat hij een goed van de gemeenschap heeft verzwegen. Als de verzwijgende deelgenoot dus later toch nog te biecht gaat jegens de overige deelgenoten, kan hem dat niet meer baten. Hij is zijn aandeel in het betreffende goed kwijt. Ook als het bedrog wordt ontdekt door de andere deelgenoten, kan de verzwijgende deelgenoot dat niet meer rechtzetten, zo heeft de Hoge Raad thans beslist. Daarover was in de rechtspraak nog onduidelijkheid. De rechtbank had in haar tusschenbeschikking (r.o. 4.5, Rb. Amsterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6128) namelijk overwogen dat voor een geslaagd beroep op artikel 3:194 lid 2 BW nodig is 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. De rechtbank geeft daarbij als voorbeeld het moment van verdeling of het moment dat de (niet verplichte) boedelbeschrijving wordt opgemaakt. Ook zou, zo overweegt de rechtbank, afhankelijk van de omstandigheden, een ander moment kunnen gelden.

Met de uitspraak van de Hoge Raad is echter thans duidelijk dat *zodra* er *opzettelijk* is verzwegen, het aandeel in het verzwegen goed wordt verbeurd. Inkeer of herstel is dan niet meer mogelijk. De Hoge Raad merkt nog wel op dat onder uitzonderlijke omstandigheden een beroep op de redelijkheid en billijkheid resteert om de strafsancie (verbeuren van het aandeel) af te wenden. De oneerlijke deelgenoot moet dan wel stellen en zo nodig bewijzen dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden sprake is, maar dat zal in de praktijk niet meevallen.

Wat echter in het midden blijft, is vanaf welk moment precies sprake is van opzettelijk verzwijgen. Zulks is immers relevant voor de vraag naar de juiste *timing* voor een beroep op de sanctiebepaling van artikel 3:194 lid 2 BW. Als namelijk nog geen sprake is van opzettelijk verzwijgen en er al wel een beroep op is gedaan door een deelgenoot, zal de sanctie niet intreden.

Stel dat een deelgenoot in een nalatenschap tevens executor is en doende is met het inventariseren van de goederen en schulden, dan zal mogelijk in de beginfase nog onduidelijk zijn 'wat er allemaal is'. Het is dan zaak dat als zodanig te benadrukken jegens de overige deelgenoten. Ik kom hier in het slot van deze bijdrage op terug.

De reden dat de Hoge Raad zich ook uitlaat over de bewijslastverdeling in verband met artikel 3:194 lid 2 BW, was omdat het hof had overwogen dat de zoon de schenking niet had bewezen. De pleegzoon had namelijk betwist dat van een schenking sprake was. Zulks is echter niet conform de hoofdregel. Welbeschouwd heeft de pleegzoon namelijk de bewijslast van het feit dat de zoon zich schuldig heeft gemaakt aan het *opzettelijk* verzwijgen van een goed (namelijk de vordering van de nalatenschap op de zoon). Indien de pleegzoon stelt dat sprake is van opzettelijk verzwijgen en de zoon dat betwist door aan te voeren dat sprake was van een schenking, dan richt dat verweer zich

dus tegen het rechtscheppende feit dat door de pleegzoon was gesteld, nl. het verbeuren van zijn aandeel in dat goed ten gevolge van het opzettelijk verzwijgen. Er is dan sprake van een zgn. 'nee, want-verweer' zodat de bewijslast op de pleegzoon rust en blijft rusten. Hij moet dan dus bewijzen dat *geen* sprake was van een schenking. Dat is geen gemakkelijke opgave: bewijzen dat iets, iets *niet* is.

De Hoge Raad redt het hof echter door te overwegen dat het hof gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid de bewijslast om te keren over de band van de tenzij-clausule van artikel 150 Rv. Dat artikel bepaalt [vetgedrukt, EA]: *'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'*).

Hiermee wordt dus ook de pleegzoon gered door de Hoge Raad. De (advocaat van de) pleegzoon had in feitelijke instantie wellicht expliciet een beroep kunnen doen op de tenzij-clausule van artikel 150 Rv. Ook had hij, voor het geval daar door de rechter aan voorbij was gegaan en niet te bewijzen was dat het *geen* schenking was, de schenking kunnen vernietigen door aan te voeren dat sprake was van misbruik van omstandigheden vanwege de zeer hoge leeftijd van moeder en de wijze van gebruikmaking van de volmacht. Daarmee zou de bewijslast in verband met de schenking ex artikel 7:176 BW op de zoon komen te rusten. Artikel 7:176 BW bepaalt namelijk dat indien de schenker (in dit geval de pleegzoon als rechtsopvolger van moeder onder algemene titel) feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde rust, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn.

Nu geen sprake was van een notariële schenking zou de pleegzoon de vermeende schenking dus wellicht relatief eenvoudig onderuit hebben kunnen halen, mocht bewijs dat er *geen* sprake was van een schenking niet of moeilijk te leveren zijn.

Verzwijging van een te verrekenen goed

In een andere recente uitspraak van de Hoge Raad (HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475) stond de sanctiebepaling van artikel 1:135 lid 3 BW centraal en was onder meer ook aan de orde:

1. wanneer sprake is van een opzettelijk verzwijgen;
2. vanaf welk moment sprake is van opzettelijk verzwijgen;
3. of een opzettelijk verzwijgen nadien kan worden rechtgezet.

De feiten waren samengevat als volgt. Partijen scheiden van echt. In hun huwelijkse voorwaarden was een periodiek

verrekenbeding opgenomen waaraan geen uitvoering was gegeven. In eerste aanleg was de verrekening vastgesteld. In hoger beroep oordeelt het hof dat de man de waarde van twee levensverzekeringen geheel aan de vrouw moet vergoeden krachtens artikel 1:135 lid 3 BW omdat de man die polissen bij de rechtbank heeft verzwegen. De man is het daar niet mee eens en stelt cassatie in, stellende dat artikel 1:135 lid 3 BW niet van toepassing is indien in de appelprocedure het verzwegen vermogen alsnog in de verrekening wordt betrokken.

Wanneer is sprake van een opzettelijk verzwijgen?

Net als voor de sanctiebepaling van artikel 3:194 lid 2 BW moet sprake zijn van *opzettelijk* verzwijgen, zo overweegt de Hoge Raad (r.o. 4.1.2.) met verwijzing naar de Memorie van Toelichting bij de Wet van 14 maart 2002 tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (*Kamerstukken II* 2000/01, 27554, nr. 3, p. 13):

‘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.’

Vanaf welk moment is sprake van opzettelijk verzwijgen?

De Hoge Raad overweegt (r.o. 4.1.3) dat uit de voorwaarde van artikel 1:135 lid 3 BW volgt dat wanneer door het opzettelijk achterhouden van een vermogensbestanddeel, de waarde daarvan niet in de verrekening is betrokken, de sanctie eerst toepassing vindt *indien* verrekening heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad overweegt: *‘De verrekening vindt plaats doordat de echtgenoten vaststellen welke verplichtingen resulteren uit het door hen in het verrekentijdvak 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.’

Kan de verzwijging nog worden rechtgezet?

Uit het voorgaande citaat blijkt dat de Hoge Raad van oordeel is dat de sanctie niet intreedt *voordat* de echtgenoten de verrekening hebben vastgesteld of totdat de rechter dat heeft gedaan.

Commentaar

Met deze uitspraak van de Hoge Raad is nu duidelijk dat het moment van intreden van de sanctie niet intreedt *voordat* de verrekening is vastgesteld. Tot die tijd is inkeer (zelf biechten) of herstel (herstellen van de ontdekte verzwijging door de ander) dus nog mogelijk.

Wanneer de ene echtgenoot vermoedt dat de andere echtgenoot een goed verzwijgt, kan de eerste onder omstandigheden wellicht beter de mond dicht houden totdat de verrekening is vastgesteld om eerst daarna te ‘piepen’. Dan kan hij immers aanspraak maken op de gehele waarde van het verzwegen goed. Opvallend daarbij is nog, dat als het saldo van het te verrekenen vermogen negatief blijkt te zijn, dat niets afdoet aan de sanctie; de gehele waarde van het verzwegen goed dient te worden vergoed door de verzwijgende echtgenoot.

Wat betekent het voorgaande voor de praktijk?

‘Timing is of the essence’, zo blijkt uit de hiervoor besproken uitspraken, niet alleen voor de bedriegende deel- of echtgenoot, maar ook voor de bedrogene(n). Voor de praktijkjurist is het van het grootste belang de cliënt(en) te wijzen op de sanctiebepalingen. Indien een partij bijvoorbeeld in hoedanigheid van executeur en deelgenoot in een nalatenschap nog bezig is met het inventariseren van de boedel, doet hij er goed aan steeds te benadrukken dat e.e.a. nog niet definitief is. Een discussie over al dan niet opzettelijk verzwijgen, wordt daarmee zoveel mogelijk afgewend. Toch zal op enig moment duidelijk zijn: ‘dit is het’. Vanaf dan bevindt de verzwijgende deelgenoot zich in de gevarezone. De deelgenoot die zich op het rechtsgevolg van de sanctiebepaling wil beroepen, moet dus niet te vroeg ‘piepen’. Maar vanaf welk moment is dan duidelijk dat er opzettelijk is verzwegen? Dat hoeft in ieder geval dus niet het moment van verdeling te zijn en ook niet perse het moment van de definitieve boedelbeschrijving. Wanneer dat moment wel is aangebroken, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het laat zich denken dat het bepalen van dat moment in de toekomst aanleiding zal geven tot de nodige

gerechtelijke uitspraken. Voor de verzwijgende verrekenplichtige (ex-)echtgenoot ligt dat moment in de regel mogelijk wat later, namelijk vanaf het moment dat de verrekening is vastgesteld.

HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:565

HR 22 december 2017, ECLI:HR:2017:3262

HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3475

Over de auteur

E.Z. Anink

Advocaat familie- en erfrecht bij De Boorder Schoots Advocaten te Amsterdam