



Opmerkingen over de gemeenschap van winst en verlies

<https://hdl.handle.net/1874/240336>

A⁴ 192.

1888.

129.

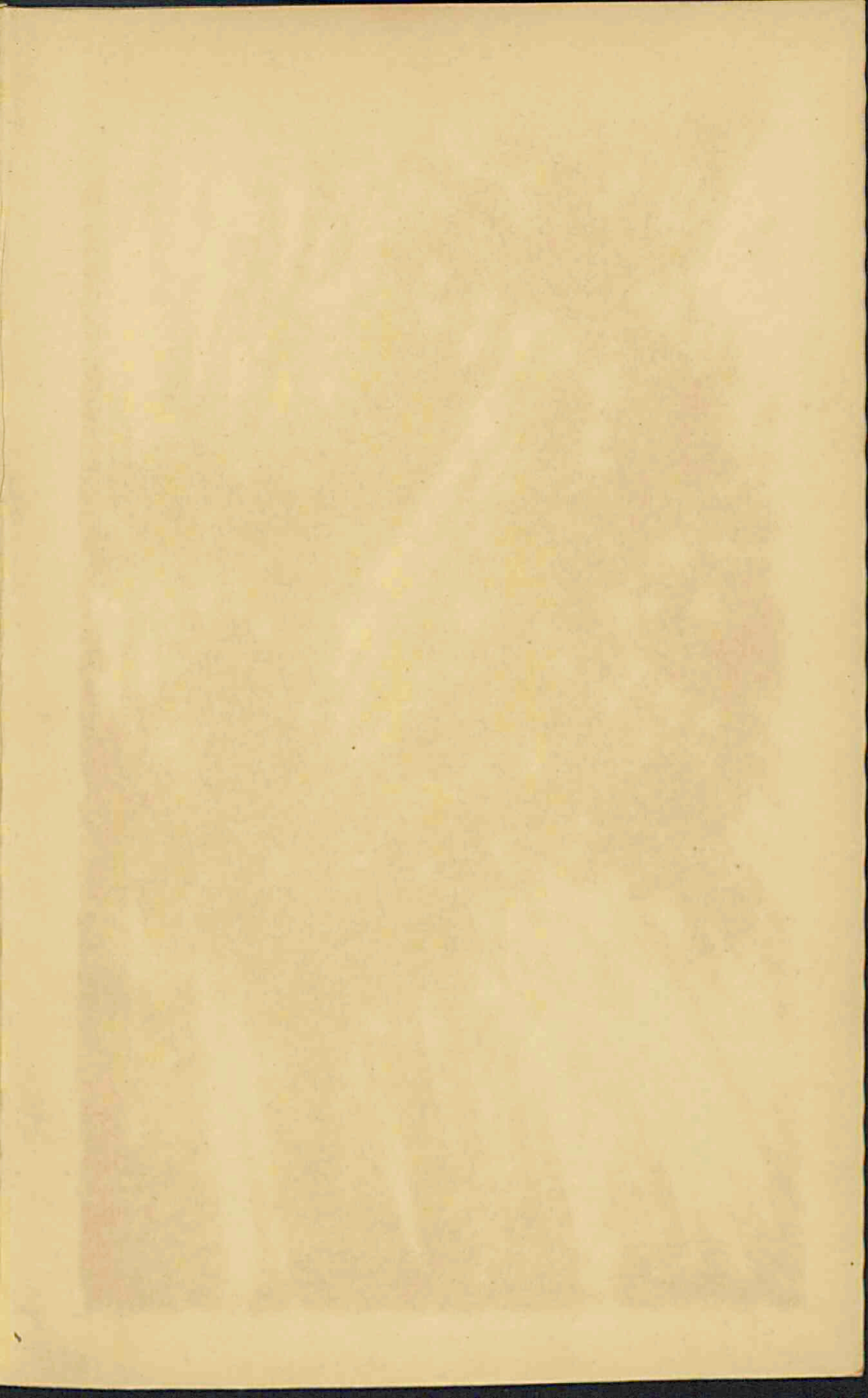
M. L. VAN GOUDOETRE.

OPMERKINGEN

OVER DE

GEMEENSCHAP VAN WINST EN VERLIES

24.



OPMERKINGEN OVER DE GEMEENSCHAP VAN WINST EN VERLIES.

Aⁿ 192 1888.

OPMERKINGEN
OVER
DE GEMEENSCHAP VAN WINST EN VERLIES.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in de Rechtswetenschap,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Mr. J. Baron d'Aulnis de Bourouill,

Hoogleeraar in de Faculteit van Rechtsgeleerdheid,

en met toestemming van den Academischen Senaat,

TEGEN DE BEDENKINGEN

DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT

te verdedigen

op WOENSDAG 21 NOVEMBER 1888, des namiddags te 3½ uur

DOOR

MAURITS LODEWIJK VAN GOUDOEVER,
geboren te Utrecht.

BIBLIOTHEEK DER
RIJKSUNIVERSITEIT
UTRECHT.

UTRECHT,
P. W. VAN DE WEIJER.
1888.

AAN MIJNE OUDERS.

*Aan het eind mijner Academische loopbaan gekomen,
gevoel ik behoefte tot U, Hoogleraren der Juridische
Faculteit, en U, Mr. B. J. L. Baron DE GEER VAN
JUTPHAAS, een woord van dank te richten voor het
genoten onderwijs en voor de welwillendheid, waarmede
Gij in kleineren kring mij Uw zeer gewaardeerde
voorlichting verstrektet. In het bijzonder dank ik U,
Hooggeleerde HAMAKER, voor de hulp, mij bij het
schrijven van dit proefschrift verleend.*

Vrienden en kennissen, vaartwel!

Utrecht, November 1888.

INHOUD.

Inleiding	Blz. 1
---------------------	--------

HOOFDSTUK I.

Het begrip winst en verlies in het Burgerlijk Wetboek.	11
---	----

HOOFDSTUK II.

Het ontstaan, bestaan en einde der gemeenschap van winst en verlies.	37
---	----

HOOFDSTUK III.

Invloed van het faillissement op de gemeenschap van winst en verlies.	72
--	----

HOOFDSTUK IV.

Het nieuwe ontwerp Burgerlijk Wetboek.	86
--	----

Stellingen	97
----------------------	----

INLEIDING.

Wanneer wij ons huwelijksgoederenrecht vergelijken met dat der Romeinen, treft ons dadelijk een groot onderscheid:

Bij ons is gemeenschap hetzij algeheele hetzij beperkte regel, uitsluiting van elke gemeenschap uitzondering, die duidelijk in de huwelijksvoorwaarden moet worden bedongen; bij de Romeinen was er geenerlei gemeenschap, de goederen van man en vrouw bleven gescheiden; stierf alzoo de man, dan gingen al zijne goederen naar zijn familie terug, stierf de vrouw, dan ontvingen hare bloedverwanten al wat haar eenmaal had toebehoord.

Daar echter de man voor het huishouden en voor de kinderen moest zorgdragen en zijn vermogen daarvoor dikwijls niet voldoende was, was het billijk, dat de vrouw wat in die kosten bijdroeg. Vandaar de gewoonte van de vrouw om den man een gift te doen, dos genaamd, waarvan hij staande het huwelijk het genot had, doch welke hij na de ontbinding haar moest restitueeren. Die dos kon bestaan in eigendom van vaste goederen, eenig ander zakelijk recht,

cessie van vorderingen, of in het recht op al wat de vrouw het hare kon noemen, zooals dat steeds bij het strenge huwelijk plaats greep, waar de vrouw in de manus van den man kwam.

In het eerste geval had alzoo wel een tijdelijke vermenging plaats van beider vermogens, maar er ontstond geenerlei gemeenschap, want de dos bleef der vrouw toebehooren ¹⁾, en keerde tot haar terug na ontbinding van het huwelijk.

In het tweede geval had eveneens een vermenging der vermogens plaats, maar niet beide echtgenooten waren dan eigenaar zooals bij onze gemeenschap, maar alleen de man, want de vrouw hield op als zelfstandig wezen te bestaan; bij haar dood bleef al haar goed aan den man, erfgenamen toch had zij niet behalve den man, wien zij behoorde; stierf hij het eerst, dan erfde zij als dochter, filiae loco. Wel alzoo een samensmelting van vermogens, maar geen gemeenschap.

De oorsprong van onze gemeenschap is dan ook hier niet te zoeken, wij treffen haar het eerst aan bij de Germanen. ²⁾

In den beginne slechts beperkt tot hetgeen de echtgenooten verkregen door hun arbeid of vlijt, werden later dikwijls alle goederen gemeen. In het Friesche recht, dat veel overeenkomst vertoont met het Saksische, vinden wij eene gemeenschap, die het midden hield

¹⁾ Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. L. 75 D. de iure dot. 23. 3.

²⁾ Diss. van J. A. VORSTMAN. De Gemeenschap van winst en verlies. 1858. Leiden. blz. 9 en volgende.

tusschen de algeheele gemeenschap, zooals die ook in Holland gebruikelijk was en eene geheele uitsluiting daarvan.

De bezittingen, die de echtgenooten vóór het huwelijk hadden, bleven gescheiden, alles wat later verkregen werd kwam in de gemeenschap, „als het maar geblijkt, dat het staande echte is voorgevallen ¹⁾, soo komen dan in dese gemeenschap alderhande opkomsten van goederen, hoedanige die soudén mogen zijn, al quame zij eene der echtelieden altezamen toe, van gelijken alles, wat bij de eene verdient, gekocht ofte verkregen is, ten ware oorsaek van de verkrijginge soodanig was, dat zij op de eene der echtelieden geenszins en paste” ²⁾.

Zoo kwamen b. v. erfenissen, legaten of schenkingen aan een van hen opgekomen of gemaakt niet in de gemeenschap, alhoewel dit ook betwist werd ³⁾; voorts was aanwas van zee of rivier alleen voor hem, wien het goed toebehoorde.

De echtgenooten moesten voorts „alle swarigheden ende ongelucken” elkaar helpen dragen, behalve „nootvallige schaden, die het goedt van een der echtelieden overkomen, welke blijven ten laste van den eigenaer.” ⁴⁾

Alle schulden, hetzij door beiden, hetzij door den man alleen gemaakt, werden gezamenlijk gedragen, alsmede alle verteringen, die de man met spelen en drinken maakt. Alleen de boeten, die voor misdaden

¹⁾ HUBER. Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid. 1. XI. 4.

²⁾ HUBER. Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid. 1. XI. 5.

³⁾ HUBER. Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid. 1. XI. 14.

⁴⁾ HUBER. Hedendaagsche Rechtsgeleerdheid. 1. XI. 22.

betaald moesten worden, kwamen uitsluitend ten laste van hem, die misdaan had.

Wij zien alzoo, dat de regel was: „Alles, wat staande het huwelijk voorvalt, is gemeen;” terwijl dan op dien regel uitzonderingen waren gemaakt, gegrond op algemeene rechtsbeginselen als b.v.: „de wil van den erflater of schenker moet geëerbiedigd worden, of *accessio cedit principali*, *res perit suo domino*, of de persoonlijkheid van de straf”. Noodig was het die uitzonderingen uitdrukkelijk te vermelden, wilden niet erfenissen b.v. in de gemeenschap komen als iets wat staande het huwelijk voorviel. Een ruim beginsel van winst en verlies treffen wij hier alzoo aan, daar alles toch wat niet onder een dier weinige uitzonderingen viel, noodzakelijk der gemeenschap toebehoorde.

In de tijden van onze Bataafsche republiek werd er wel gedecreteerd, dat er codificatie van het burgerlijk recht moest plaats grijpen o. a. in 1796 door de nationale vergadering, en voorts in de staatsregelingen van 1798 en 1801, doch de voortdurende veranderingen in de staatsregeling deden de commissies voor de vaststelling der wetboeken ontbonden zijn, voordat zij hun taak ten einde hadden kunnen brengen, totdat eindelijk door toedoen van Koning Lodewijk Napoleon den 1^{en} Mei 1809 een wetboek afgekondigd werd, grootendeels eene vertaling van den Code Napoléon bevattende behalve in het eerste boek, waarin veel vaderlandsch recht was neergelegd o. a. ook de gemeenschap van winst en verlies, diezoals wij zagen in Friesland zeer gebruikelijk was. De gemeenschap omvatte volgens dit wetboek wederom zeer veel; in

art. 181 toch vinden wij als winst genoemd alle vruchten, inkomsten en voordeelen, welke of iemands goederen, of zijn vlijt, arbeid, wetenschap, kunst, koop-handel, nering, handwerk, ambt en dergelijke of ook het geluk hem aanbrengen en zijne bezittingen vermeerderen. Door de opsomming dezer talrijke oorzaken, en vooral door de woorden „en dergelijke” waardoor alle leemten, die er in de opsomming mochten voorkomen, door den wetsuitlegger aangevuld mogen worden, is het begrip minst zoo ruim, dat de wetgever had kunnen volstaan met den regel aldus te formuleeren:

„Winst is alles, wat gedurende het huwelijk tot vermeerdering der bezittingen strekt”, zoo als hij dat zoo juist uitdrukte bij de definitie van verlies: „al wat iemands bezittingen vermindert.” (art. 181)

Dan ook zouden de uitzonderingen op haar plaats zijn, die evenals in het Friesche Recht ook hier weer gemaakt zijn voor legaten, erfenissen en schenkingen aan een der echtgenooten gemaakt, voor verbetering van onroerend goed door aanwas enz.; terwijl zij nu den lezer op het eerste gezicht onbegrijpelijk zullen toeschijnen, die toch nooit een erfenis zou gebracht hebben onder vermeerdering van het vermogen veroorzaakt op een der wijzen in art. 181 genoemd. Zoo zijn bij het verlies de uitzonderingen zeer begrijpelijk: daling der waarde van het goed van een der echtgenooten is wel degelijk eene vermindering der bezittingen, en zou onder den regel van art. 181 vallen, als de uitzondering niet daar was, en hetzelfde geldt voor de schade aan de bezittingen van een van beiden door brand, watersnood en anderszins veroorzaakt (art. 187)

of borgtochten en vrijwillige donatiën van een der echtgenooten. (art. 189).

Nog eene duidelijke herinnering aan het Friesche beginsel: „dat al wat staande het huwelijk voorvalt, gemeen is,” vinden wij uitgedrukt in art. 184, waar onroerend goed, staande gemeenschap aangekocht, gemeen wordt, welke bepaling dan alleen in het stelsel van het wetboek van 1809 past, als dat goed voor gemeenschapspenningen is aangekocht, anders toch kan het geen vermeerdering der bezittingen genoemd worden, maar eenvoudig eene omwisseling van bezittingen, die volgens het stelsel der wet met de gemeenschap niets te maken heeft; een inbreuk is hier alzoo gemaakt op het beginsel, dat alle goederen, die den echtgenooten bij den aanvang des huwelijks toebehooren, of later daarvoor in de plaats treden, gescheiden blijven.

Dit wetboek werd den 1^{en} Maart 1811 vervangen door den Code Napoléon, die hier na onze inlijving bij het Fransche keizerrijk werd ingevoerd, en die *ons* huwelijksgoederenrecht niet kende. In den Code vond men toch een wettelijke gemeenschap, eene communauté légale, die niet zooals bij ons alle goederen der echtgenooten omvatte, maar slechts alle roerende goederen en alleen die onroerende goederen, welke na het huwelijk in de plaats van gemeenschapsbaten zijn getreden. (art. 1401 vlgg.) Alle schulden werden evenals bij ons gemeen. (art. 1409).

Eene gemeenschap van winst en verlies zocht men er tevergeefs, slechts eene communauté réduite aux acquêts trof men er aan. Bedong men zich bij huwelijksvoorwaarden deze gemeenschap, dan werd men geacht

van de wettelijke gemeenschap uit te willen sluiten: ¹⁾
 „les dettes de chacun d'eux actuelles et futures, et
 leur mobilier respectif présent et futur.” (Mobilier
 futur c. à d. acquis à titre gratuit.) ²⁾

Deze bepaling zou volkomen voldoende geweest zijn; men wist nu, dat al wat niet van de gemeenschap was uitgesloten in de gemeenschap viel, doch neen, de wetgever vond het noodzakelijk in hetzelfde artikel te vermelden, wat toch wel in de gemeenschap viel en noemde daarvan: les acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux. Het gevolg hiervan was, dat er tal van kwesties ontstonden, en de grootst mogelijke scherpzinnigheid werd gebezigd, om allerlei baten in deze gemeenschap te brengen, die er volgens de woorden van al. ult. van art. 1498 C. N. niet in gebracht konden worden, zoo b. v. winst behaald door den handel van één der echtgenooten of baten verkregen door spel of weddenschap. ³⁾ Mijns inziens vallen die baten in de gemeenschap, niet omdat zij onder de woorden van al. ult. van art. 1498 C. N. gebracht kunnen worden, maar omdat gemeen wordt, wat niet in den aanvang van het artikel is uitgesloten. Verder geldt ook hier het beginsel *accessio cedit principali*, waardoor de *accessio* evenmin

¹⁾ Art. 1498 C. N.

²⁾ Zie Noot op art. 1498 Code, expliqué par Rogron. 1829.

³⁾ Zie over deze kwesties Zachariae. Le droit civil français; Marcadé Explication théorique et pratique du Code Nap. V. p. 652.

als de res principalis iets met met de gemeenschap te maken heeft, benevens de regel, dat waardevermeerdering van goederen slechts den eigenaar bevoordeelt, het blijven toch dezelfde goederen, al stijgt de waarde, en die goederen blijven alzoo buiten de gemeenschap vallen.

Al doen de woorden van art. 1498 C. N. alzoo aan een enger begrip van winst denken, zoo zullen toch de zelfde baten als bij ons in de gemeenschap vallen.

Daar er geen gemeenschap van verlies was, bleef alle vermindering der bezittingen gescheiden en vielen alleen de gemeenschappelijke schulden in de gemeenschap, waaronder de schulden gemaakt voor gemeenschapsgoed begrepen zijn.

Na onze bevrijding van de Franschen in 1813, werd wederom het maken van een burgerlijk wetboek bevolen; voorloopig bleef de Code echter hier te lande gelden. In 1820 werd een volledig ontwerp voltooid en, ofschoon dit nu niet dan belangrijk gewijzigd en ongewerkt wet werd, is het voor ons nuttig de bepalingen na te gaan, die daarin over de gemeenschap van winst en verlies voorkomen, daar dit ontwerp veel invloed heeft gehad op de samenstelling van ons tegenwoordig Burgerlijk Wetboek. Hetzelfde stelsel, dat in het wetboek van 1809 gehuldigd werd, kwam ook hier weer voor: gemeen werd al wat staande huwelijk de bezittingen der echtgenooten vermeerderde of verminderde. De onregelmatigheid welke echter daar in art. 184 voorkwam, dat toch onroerend goed staande de gemeenschap aangekocht gemeen werd, werd hier vermeden. (art. 354. 3.)

Ook hier wordt wederom als in 1809 uitvoerig beschreven, wat alzoo de bezittingen doet vermeederen, en de kortere redactie boven door mij genoemd niet aangenomen, desalniettemin viel ook nu alle vermeederen van vermogen die niet onder een der uitzonderingen ressorteerde in de gemeenschap, op grond van art. 350. De uitzonderingen (art. 354 in fine) de zelfde als in het wetboek van 1809 komen door de verkeerde redactie van den algemeenen regel weer niet tot haar recht. In het ontwerp (art. 355) wordt de goede definitie van verlies van het wetboek van 1809 opgegeven en zien wij in stede daarvan: „al wat staande huwelijk meer uitgegeven wordt dan ontvangen, is verlies.” Waartoe hier als oorzaak van vermindering der bezittingen „uitgaven” genoemd, waardoor de laatste alinea geheel overbodig wordt, daar toch niemand daling der waarde van goederen of vermindering van goed door brand een vermindering der bezittingen door uitgaven zal noemen?

De wetgever zag ook zelf, dat dat woord uitgaven te weinig zeide, want in art. 367 bepaalde hij, dat als van de buiten de gemeenschap gehouden goederen iets weg was, zonder door een equivalent in ander goed vervangen te zijn, dit verlies was; hier behoeft men dus volstrekt niet altijd aan uitgaven te denken, maar evengoed aan schenkingen ¹⁾; het kon voorts ook onuitgemaakt zijn, door welke oorzaak de vermindering plaats had, ook dan gold dit artikel.

¹⁾ Mr. DIEPHUIS, het Ned. B. R. IV. pag. 347 noemt schenkingen van roerend goed van hand tot hand gedaan wel *uitgaven*, maar kan ten aanzien van andere schenkingen het zelfde niet aannemen.

In 1830 kwam het Burgerlijk Wetboek gereed, dat geheel op Fransche leest was geschoeid.

Voor het begrip winst (art. 289) zij alzoo verwezen naar hetgeen daarvan bij de bepalingen van den Code gezegd is. Het begrip verlies was hier niet uitdrukkelijk geregeld; in hetzelfde artikel werd alleen uitgesloten van de wettelijke gemeenschap (*communauté légale* van den Code) de schulden van ieder vóór het huwelijk aangegaan. In de gemeenschap vielen alzoo behalve die schulden, mitsgaders waardevermindering van het buiten gemeenschap gehouden goed, elke vermindering van het vermogen der beide echtgenooten.

Na de afscheiding der Belgen in hetzelfde jaar werd de inwerkingtreding, die eerst op 1 Februari 1831 bepaald was, uitgesteld. Tot 1838 bleef de Code hier te lande gelden, in welk jaar eindelijk een nationaal wetboek werd afgekondigd, waarin de uit het oud vaderlandsche recht geboren gemeenschap van winst en verlies, die hier te lande zeer gebruikelijk was, voorkomt, geregeld op de bij ons in zwang zijnde grondslagen, terwijl de redactie der bepalingen grootendeels aan die uit het wetboek van 1809 herinnert. Het begrip winst en verlies volgens dat heden nog geldende wetboek zullen wij in het volgende hoofdstuk nagaan.

HOOFDSTUK I.

HET BEGRIP WINST EN VERLIES IN HET TEGENWOORDIG BURGERLIJK WETBOEK.

Onze wetgever bepaalde in art. 174, dat de echtgenooten van het oogenblik der huwelijksvoltrekking zouden leven in algeheele gemeenschap, tenzij bij huwelijksche voorwaarden anders bepaald werd. Men kan nu van die gemeenschap afwijken door de gemeenschap van winst en verlies uitdrukkelijk te bedingen, of door de algeheele gemeenschap eenvoudig uit te sluiten, waardoor ook een gemeenschap van winst en verlies tusschen de echtgenooten zal bestaan (artt. 199, 210 B.).

Doch de regels, die omtrent de algeheele gemeenschap geschreven zijn, zullen voor het gansche huwelijks-goederenrecht gelden, voorzooover daarvan ten minste niet is afgeweken (art. 208 B.).

Bij de regeling van de gemeenschap van winst en verlies wordt dadelijk van de bepalingen der algeheele gemeenschap afgeweken door de woorden van art. 212 B., dat alleen de vermeerdering of vermindering der bezittingen der echtgenooten in de gemeenschap

laat vallen, de bezittingen zelf er buiten houdt, al wat dus bij den aanvang van het huwelijk aanwezig was of later daarvoor in de plaats treedt, blijft buiten de gemeenschap, doch al het andere komt in de gemeenschap, tenzij ook dat is uitgezonderd.

Onze wetgever volgde zijne voorgangers van 1809 en 1820 en noemde bij die vermeerdering of vermindering ook weer de oorzaken, die daartoe kunnen leiden; doch veel beperkter is zijne opgave. Wilde hij daardoor te kennen geven, dat hij een meer beperkt begrip van winst en verlies had? Nergens is dit vermeld.¹⁾ Wij mogen dan ook aannemen, dat hij hetzelfde stelsel, als in die vorige wetboeken gold, wilde huldigen, en dat de verandering van redactie volstrekt geen verandering van stelsel in het leven wilde roepen. Algemeen als de begrippen van winst en verlies steeds waren, wilde ook hij ze overnemen, doch even gebrekkig als zijne voorgangers ze neerschreven, werd het door hem gedaan. Het best zullen wij dan ook zijn stelsel begrijpen, wanneer wij de oorzaken van vermeerdering en vermindering van bezittingen in art. 212 B. genoemd als zooveel voorbeelden opvatten, waarvan het onverschillig is, of zij in grooten of kleinen getale worden opgesomd, daar het stelsel onveranderd blijft.

Dit is echter door de wetsuitleggers niet gedaan, en met alle mogelijke moeite heeft men uit de woorden „vruchten en opbrengsten van elks goederen, arbeid en vlijt, opleg van onverteerde inkomsten, uitgaven” gehaald,

¹⁾ VAN HALL. Handl. I. 257.

wat geen taalkundige ooit zal kunnen goedkeuren. Een vrucht van arbeid wordt genoemd een beurs met geld, die men op straat vindt, en waarvan de eigenaar onbekend is, omdat men toch arbeid verrichtte, toen men haar opnam. En evenzoo een schat, al zegt ook art. 642 B duidelijk, dat die door *louter toeval*, alzoo zonder dat men er moeite voor deed, moet gevonden zijn.¹⁾ Zoo wordt een prijs uit eene loterij genoemd een vrucht van het goed, dat men op het spel heeft gezet,²⁾ of een vrucht van arbeid of vlijt.³⁾ Onder uitgaven brengt men schenking van hand tot hand van roerend goed.⁴⁾ Al deze gedwongen verklaringen toonen genoegzaam aan, dat de verklaarders zelf inzagen, dat de woorden van art. 212 B. letterlijk opgevat te eng waren, en dat er in de gemeenschap van winst en verlies meer viel, dan daarin scheen uitgedrukt. Waartoe dan nog geaarzeld om eenvoudig voor winst te verklaren: *de vermeerdering van beider vermogen staande gemeenschap, voor verlies de vermindering van het vermogen gedurende dien tijd?* Dan zullen de artt. 213, 215, 216, 217 B., die vermelden, welke vermeerdering of vermindering van het vermogen niet in de gemeenschap valt, niet meer overbodig zijn, want al zegt Mr. DIEPHUIS⁵⁾, dat het bepalingen zijn,

¹⁾ NIENHUIS. Akad. Voorlezingen. I. 434 en DIEPHUIS N. B. R. IV. pag. 338.

²⁾ OPZOOMER. Het Burgerlijk Wetboek. I. pag. 245. DIEPHUIS, het N. B. R. IV. pag. 337.

³⁾ REUVER. diss.: de discrimine inter communionem conj. lucri damnique et communionem fructuum atque redituum. Amsterdam 1851. pag. 26.

⁴⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. pag. 347.

⁵⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. pag. 336 en 337.

bestemd om met art. 212 B. het begrip van winst en verlies te bepalen, niet verzwegen mag worden, dat bij de letterlijke opvatting van art. 212 B. men al die genoemde artikelen eenvoudig zou kunnen weglaten, want wie toch zou de dwaasheid hebben eene erfenis onder art. 212 B. te brengen, of eene daling der waarde van een of ander goed een uitgaaf te noemen? Voor- dat wij eene dergelijke totale overbodigheid aannemen, moeten wij naar eene uitlegging zoeken, die zin geeft aan de wettelijke bepalingen, en die vinden wij in de beteekenis door ons aan art. 212 B. gegeven, waardoor aan regel en uitzonderingen de juiste plaats wordt aangewezen.

Bij elke vermeerdering of vermindering van vermogen zien wij dus, of zij vallen onder een der uitzonderingen, zoo niet, dan passe men den regel toe, en brenge ze in de gemeenschap, waardoor men geen moeilijkheid zal ondervinden bij de bepaling wat winst is en wat verlies, en waardoor tevens het vreemde gevolg vermeden wordt, dat een voordeel hoewel niet als winst gequalificeerd door de woorden van art. 212 B., b. v. een voordeel door toeval verkregen, toch in de gemeenschap valt van winst en verlies door art. 208 B., dat alles in de gemeenschap brengt, wat niet uitdrukkelijk is uitgezonderd.

Thans zullen wij de uitzonderingen behandelen, die er op den algemeenen regel van winst en verlies gemaakt zijn, om daarna alle vermeerdering en vermindering van het vermogen van beide echtgenooten te releveeren, die niet onder één dier uitzonderingen gebracht kunnen worden, en dus onder den regel vallen.

Vooreerst de uitzonderingen, gemaakt op den winst-regel:

1°. Geen winst is de vermeerdering van de bezittingen van elk der echtgenooten staande gemeenschap door erfenis, making of schenking. (art. 213 B.)

Deze uitzondering is reeds zeer oud en vond zijn grond daarin, dat men den uitgedrukten of vermoedelijken wil van den erflater of den wil van den schenker heeft willen eerbiedigen. Doch de vraag is gedaan, zoo dat voordeel nu aan beiden samen toevalt, wat dan? Zal dan ook art. 213 gelden? Het is voor de vrouw van groot belang dit te weten, daar over het goed in de gemeenschap vallende door den man vrij beschikt kan worden, terwijl daarentegen het buiten de gemeenschap blijvende, voor zoover het onroerend goed is, aan zijne vrije beschikking onttrokken is. Hoewel de woorden van het artikel slechts op een voordeel aan een der echtgenooten opkomende schijnen te doelen, moet toch ook voor de genoemde voordeelen hetzelfde beslist worden. Heeft de erflater van een onroerend goed toch een derde aan de een en twee derden aan den ander nagelaten, dan zal niemand aarzelen dat goed buiten de gemeenschap te doen vallen; waarom dan iets anders beslist, waar het goed voor gelijke deelen aan beiden wordt toegekend? ¹⁾ Zoo wordt ook het best de bedoeling des erflaters of schenkers, waarop toch deze geheele uitzondering berust, gevolgd, daar hij toch *aan elk afzonderlijk* wat geven wilde, onverschillig of die voordee-

¹⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. pag. 340, NIENHUIS. Akad. Voorl. I. 435, OPZOOMER. B. W. I. 246, SCHÜLLER. ad art. 213 in zijn boek over het B. R., daartegen DE PINTO. Handl. § 127.

len deel uitmaakten van één geheel. Zegt hij echter uitdrukkelijk, dat iets in de gemeenschap zal vallen, en de verdeeling alzoo moet wachten tot de ontbinding der gemeenschap, dan zullen de echtgenooten moeten gehoorzamen, en vervalt elke reden om een uitzondering te maken op den regel. Even goed toch als hij iets buiten de gemeenschap kan houden krachtens art. 175 B., moet hem het recht toegekend worden iets in de gemeenschap te doen vallen, wat anders daarbuiten zou blijven. Hierdoor wordt gederogeerd aan art. 1112 B. „niemand is genoodzaakt in een onverdeelden boedel te blijven,” want hier maakt de wil van den erflater de erfenis tot eene bate der gemeenschap, welke met de overige baten eerst aan het einde tusschen de echtgenooten verdeeld zal worden.

De woorden, „onverschillig of dit van nabestaanden of van vreemden afkomstig zij,” zijn geheel overbodig in art. 213 B., wegens een geschil, dat daarover in het oud vaderlandsch recht bestond ¹⁾, zijn zij duidelijkheidshalve neergeschreven. De grond van dat geschil lag daarin, dat de zekere verwachting, welke bij nabestaanden op de wet zelf gegrond was, de aldus verworven goederen als aangebracht moest doen beschouwen, terwijl bij erfenissen en makingen van vreemden eer aan voordeelen door geluk verkregen te denken was ²⁾. Het eerste was alzoo een voordeel, dat volgens sommigen buiten de gemeenschap

¹⁾ VOËT. Lib. XXIII. tit. 4. n°. 43; WESEL. de quaest. inter conj. Comm. n°. 83. HUBER. Hed. Rechtsgel. I. XI. 18.

²⁾ Memorie van toelichting op het nieuwe ontwerp v. o. B. W.

bleef, het tweede eene vermeerdering van het vermogen, die de gemeenschap ten goede kwam. In ons wetboek is die strijd beslist en vormen alle voordeelen om niet verkregen een vermeerdering van vermogen, die buiten de gemeenschap blijft. De grond echter voor de uitzondering van erfenissen, die den erfgenaam door de wet toevallen, kan niet meer de vermoedelijke wil van den erflater zijn, daar wij dien niet erkennen, maar is zeer goed te verklaren uit het codominium der leden van eene familie, dat echter niet door allen gezamenlijk wordt uitgeoefend, maar achtereenvolgens in de in de wet genoemde volgorde; zoodat het lid, dat aan de beurt der opvolging is, geen nieuwe eigendomsrechten verkrijgt, maar eenvoudig de uitoefening van rechten, die hij als lid der familie reeds lang bezat. Deze rechten nu blijven evenals alles, wat de echtgenooten bij den aanvang der gemeenschap bezaten, buiten de gemeenschap.

Eindelijk lezen wij aan het eind van ons artikel: „behoudens de bepaling van art. 222”, een overbodige verwijzing, wanneer men toch steeds bij het noemen van een regel naar de uitzonderingen moest verwijzen, zou men in de wet vele plaatsen kunnen aanwijzen, waar de wetgever te kort is geschoten.¹⁾ Doch waar toe zou die verwijzing ook dienen? Een wetgever streve bovenal naar korthed van uitdrukking; en daarom ook doelde ik in mijne definitie van winst niet op de uitzonderingen, die de wetgever op het

¹⁾ Verg. b. v. de artt. 750 j°. 752, 1132 j°. 1143, 1335 j°. 1336.

beginsel gemaakt heeft, die duidelijk genoeg toch voor zichzelf spreken.

In art. 222 B. nu worden verschillende voordeelen genoemd, welke niet onder deze uitzondering vallen, als daar zijn jaarlijksche, maandelijksche, wekelijksche, en andere dergelijke makingen of uitkeeringen.

Waartoe voor deze voordeelen een andere beslissing? Zooals wij later zien zullen, is de regel van art. 212 B. ook toepasselijk op rechten; zoo zal het recht van vruchtgebruik, dat een der echtgenooten toekomt buiten de gemeenschap blijven, terwijl de vruchten zelf in de gemeenschap zullen vloeien. En wat zijn nu makingen als art. 222 B. noemt anders dan vruchten van een recht op dergelijke uitkeeringen? Het recht, de bron der vruchten blijft buiten, de vruchten vallen in de gemeenschap. En evenzoo wordt een erfenis niet gemeen, doch maken de vruchten er van deel uit van de gemeenschap. Art. 222 B. is dus geen eigenlijke uitzondering op art. 213 B, maar eenvoudig een waarschuwing, dat men de daarin genoemde voordeelen niet gelijk moet stellen met *de bron* van vruchten, met de erfenis of schenking, maar met de vruchten, de renten van de geschonken kapitalen.

En evengoed als de vruchten van schenkingen, wanneer de gever het tegendeel niet zegt, in de gemeenschap komen, zoo zal men ook mogen aannemen, dat het *de wil* van den schenker is, om de voordeelen van art. 222 B. gemeen te doen zijn, tenzij hij uitdrukkelijk het tegendeel zegt.

In art. 222 B. worden ook lijfrenten genoemd? Wat wordt daarmee bedoeld? Stel eene vrouw, die in

gemeenschap van winst en verlies getrouwd is, bezit een lijfrente; de termijnen komen op de bepaalde tijden man en vrouw gezamenlijk ten goede, totdat de man sterft. Zal nu de vrouw voortaan alleen die termijnen mogen genieten, of zal zij verplicht zijn telkens een deel daarvan af te staan aan de erfgenamen van haar man? Volgens de woorden der wet zou het laatste moeten aangenomen worden, daar toch de lijfrente zelf gezegd wordt een deel uit te maken van de gemeenschap, waarvan alle termijnen dus aan man en vrouw of hunne erfgenamen of rechthebbenden gezamenlijk zouden toebehooren. Dit echter kan de wetgever niet bedoeld hebben, daar het een bepaling zou zijn, geheel en al strijdig met zijn aangenomen stelsel, dat de rechten van beiden, zoo ook het recht op een lijfrente, gescheiden houdt, en slechts de vruchten staande de gemeenschap aan beiden gezamenlijk toekent. ¹⁾

Wij moeten alzoo in art. 222 B. lezen: „de termijnen van lijfrenten;” deze kunnen bij het jaar of bij de maand enz. uitgekeerd worden, juist dus als de andere genoemde voordeelen, maar houden nooit op, voordat de begiftigde overleden is, wat bij de andere volstrekt niet altijd het geval behoeft te zijn (art. 1821 B.).

In art. 222 B. wordt klaarblijkelijk alleen aan lijfrenten om niet verkregen gedacht, al kunnen volgens de woorden ook lijfrenten onder bezwarenden titel er onder gebracht worden. Doch, zooals wij reeds zeiden, dit artikel is niets anders dan een herhaling van den algemeenen regel van winst, welke regel ook zonder dit

¹⁾ LOKE. Handboek voor notarissen. pag. 462. § 27.

artikel voor deze voordeelen zou gelden, maar ter vermijding van eene valsche analogie met art. 213 hier nog eens is uitgesproken; welke reden voor de lijfrenten, onder bezwarenden titel verkregen, niet bestaat, zoodat voor deze art. 222 B. niet geschreven is, en zij alleen onder art. 212 B. vallen.

2°. Geen winst is de rijzing van de waarde der goederen aan een der echtgenooten toekomende (215 B.). Deze uitzondering is daarop gegrond, dat het vermogen van elk der echtgenooten bij den aanvang der gemeenschap bezeten, of staande de gemeenschap verkregen, gescheiden blijft, onverschillig of het meerdere of mindere waarde heeft; daar het toch hetzelfde vermogen is en blijft. Rijzing der waarde kan waargenomen worden bij alle zaken, geen enkele zaak heeft een stabiele waarde. Deze verandering van waarde treffen wij ook aan bij loten van een loterij, bij aandeelen in premie-leeningen, die alle een hoogere waarde verkrijgen, uit de officieele prijscouranten op te maken, naarmate de dag van trekking nadert, en zij nog steeds in de bus zijn; terwijl de hoogste waarde bereikt wordt als een prijs op het lot of het aandeel gevallen is.¹⁾

Hetgeen echter een koopman door zijn handel verdient, behoort geheel aan de gemeenschap toe, ook voor zoover het behaalde voordeel door eene rijzing van den prijs zijner koopwaren is verhoogd.²⁾

¹⁾ v. d. Voort. Ned. Burg. Wetboek bladz. 209. 1^e dl., en ook Marcadé t. a. p. V. 652 laten hetgeen een der echtgenooten door loterij wint buiten de gemeenschap vallen, doch nemen geen van beiden de vergelijking met effecten aan.

²⁾ Diephuis. N. B. R. IV. 342.

3°. Geen winst is de verbetering van onroerend goed door aanwas, aanspoeling, vertimmering of op eenige andere wijze ontstaan (art. 216 B); die vermeerdering van het vermogen bevoordeelt alleen den eigenaar dier onroerende goederen. Het verschil tusschen deze uitzondering en de vorige is daarin gelegen, dat hoewel er in beide gevallen van rijzing der waarde sprake is, zij in het eerste een gevolg is van omstandigheden buiten de zaak om, terwijl de zaak dezelfde blijft, zoo als b. v. een lot, waarop de hoogste prijs valt, in het tweede daarentegen ontstaat door eene verandering van de zaak zelf, hetzij door den mensch, hetzij door de natuur.

De regel: „*accessio cedit principali*” rechtvaardigt deze uitzondering: Men heeft hoofdzaken en bijzaken, de laatste zijn die zaken, *die* en *zoolang* zij organisch of mechanisch aan een hoofdzaak verbonden zijn zoo b. v. de appelen aan een boomgaard, een aanslibbing aan een oeverland. Nu geldt de regel, dat hoofdzaak en bijzaken steeds één geheel vormen en steeds in dezelfde rechtsverhoudingen voorkomen. De regel zelf staat niet met zoovele woorden in onze wet uitgedrukt, doch wel vinden wij er toepassingen van o. a. in art. 643 B, waar de eigenaar van de hoofdzaak ook eigenaar van de bijzaken genoemd wordt, in art. 1211 B, waar het recht van hypotheek op de hoofdzaak ook dat op de bijzaken meebrengt; en zoo ook hier in art. 216 B. Dit artikel spreekt alleen over verbetering van onroerend goed; bij roerend goed echter kan evenzeer een verbetering plaats grijpen door vertimmering. Zal hier ook: „*accessio cedit*

principali" gelden? Zonder eenigen twijfel; de uitzondering is toch gemaakt om een algemeen rechtsbegrip niet te krenken, de uitzondering is dus zelf een toepassing van een rechtsregel; wanneer nu de woorden waarin de uitzondering vervat is, te beperkt zijn, en de rechtsregel niet zuiver is weergegeven, dan is het de plicht van den uitlegger om den wetgever te verbeteren. ¹⁾

De verbetering kan ontstaan, 1°. door aanwas en aanspoeling. Deze woorden worden in het wetboek door elkaar gebruikt (artt. 651 en 652 B), en behoeven geen verklaring, evenmin als n°. 2 vertimmering. Doch de verbetering kan ook 3°. op eenige andere wijze ontstaan, b. v. door drooglegging, cultiveering, bebouwing. De eerste wijze van verbetering heeft plaats door de natuur, al helpt ook de mensch wel eens mede door het plaatsen van kribben. De overige verbeteringen zullen meest door den mensch geschieden, waarvoor dan kosten noodig zijn. Heeft de eigenaar die uit zijn eigen vermogen voldaan, dan is er niets onbillijks in, dat de verbetering hem alleen bevoordeelt, maar als hij betaald heeft met geld van de gemeenschap, dan heeft er wel degelijk een groote onbillijkheid plaats. Stel er is f 10,000 in de kas der

¹⁾ UNGER. System des Österr. Allg. Privatrechts I. 87. Die ausdehnende Auslegung findet auch bei singulären Rechten so wie bei Privilegien statt, da sie nur in der Geltendmachung dessen besteht, was der Gesetzgeber wirklich sagen wollte. Der früher so häufig gelehrte Satz: Ausnahmen sind streng, d. h. niemals ausdehnend auszulegen ist durch und durch falsch, und beruht auf einer Verwechslung der ausdehnenden Auslegung mit der Analogie.

gemeenschap van winst en verlies, de man laat daarvoor een huis zetten op zijn bouwgrond, de verbetering, die zijn grond daardoor ondergaat, bevoordeelt hem alleen, en de vrouw die bij de ontbinding der gemeenschap haar deel zou willen vorderen van de f 10,000 gemeenschapsbaten, zal op grond van art. 216 B. niets ontvangen.

Om dit tegen te gaan was dan ook in ons oud-vaderlandsch recht ¹⁾ bepaald, dat de man daarvoor vergoeding moest geven, en wel voor zooveel zijn goed verbeterd was. Doch onze wetgever nam dat recht niet over, en volgde ook hier weer het wetboek van 1809 en het ontwerp 1820, waar een dergelijke bepaling niet voorkwam. Doch iets anders vergoedde daarin het gemis van een dergelijken regel, in art. 190. W. v. 1809, en art. 366. i. van het ontwerp 1820 toch lezen wij, dat elke bevoordeeling van de eene echtgenoot boven den ander een vergoeding noodzakelijk maakte; ook dit liet onze wetgever weg en toonde daardoor, dat hij van een dergelijke vergoeding niet wilde weten. Want al wordt het rechtsadagium: „*nemo cum damno alterius locupletior fieri debet*” onderscheiden malen in ons recht toegepast, nergens vinden wij het met zoovele woorden uitgesproken alsee regel, die, ook als de wet er niet van spreekt, toegepast moet worden. ²⁾ Ook kan men den man niet voor onrechtmatige daad aanspreken, want hij heeft

¹⁾ HUBER. Hedend. Rechtsgel. I. 11. n°. 12; DE GROOT. Inl. 11. 12. n°. 15; v. D. KEESSEL. thes. 257.

²⁾ Zoo ook DIEPHUIS. N. B. R. IV pag. 342. OPZOOMER. B. W. I. 246. noot 2. P. P. P. KIST. W. v. N. 56; daarentegen zegt NIENHUIS. Akad. Voorl.

het beheer over de gemeenschapsbaten, en mag die dus gebruiken, zooals hij wil.

Zij, die aannemen, dat een vergoeding moet betaald worden door den eigenaar aan de gemeenschap, willen echter de kleine reparaties, de gewone kosten van onderhoud, door de gemeenschap laten dragen, ¹⁾ doch deze onderscheiding in groote en kleine onkosten mist elken wettelijken grond, en is daarom volstrekt onaannemelijk.

De regel: „*nemo cum damno alterius locupletior fieri debet*” zal evenzeer verkracht worden, wanneer de man verbeteringen aan zijn goed aanbrengt met gelden aan zijne vrouw toebehoorende; deze gelden zullen haar, zooals wij zien zullen, door de gemeenschap vergoed worden, d. w. z. zij zal de helft op de goederen van den man kunnen verhalen; doch voor de verbeteringen van zijn goed voor de andere helft van haar geld zal de man haar geenerlei vergoeding behoeven te betalen.

- Zien wij thans de uitzonderingen, die de wetgever maakt op den regel, dat al wat het vermogen der echtgenooten staande de gemeenschap vermindert, verlies is.

1°. Daling van de waarde der goederen, aan een der echtgenooten toekomende, wordt voor geen verlies

I. 430, dat er wel vergoeding moet gegeven worden op grond van art. 218. al. 1 B. zoo ook Rechtbank te Utrecht 1884. w. 5080, die den regel v. h. oud-vad. en Fransche recht stilzwijgend overgenomen ziet, en zich ook op art. 218. al. 1 B. beroept.

¹⁾ LOKE. Handb. v. Notarissen. bl. 464 § 27, en v. HALL. Handl. tot de beoef. v. h. B. R. I. 258 en ook de Rechtbank te Utrecht. w. 5080.

gehouden (art. 215 B.). Deze uitzondering is, zooals wij bij rijzing der waarde reeds zagen, gegrond op het beginsel, dat het buiten gemeenschap zijnde vermogen der echtgenooten er buiten blijft, niets met de gemeenschap te maken heeft, al vermindert ook zijn waarde.

2°. Eene vermindering of schade van het vermogen door brand, watersnood of anderszins veroorzaakt, komt tot last van den eigenaar, wiens goederen beschadigd of verminderd zijn (art. 217 B.). Was er in art. 215 sprake van eene vermindering van de waarde van goederen b. v. door weinig navraag, ziekte, slechte nabuurschap, hier is vermindering van die goederen zelf bedoeld; de woorden „vermindering en schade” duiden vrijwel hetzelfde aan nl. een quantitatief minderworden van een of andere zaak. De oorzaken van dat minder worden kunnen zijn: brand, watersnood, afspoeling of anderszins. In welken zin moet dat woord „anderszins” opgevat worden? ¹⁾ Mr. NIENHUIS ²⁾ wil onder dat woord brengen: „borgtochten en schenkingen”, welke interpretatie echter mijns inziens onmogelijk is vol te houden. 1°. wegens de bepalingen van het wetboek van 1809 in artt. 187 j° 189, ³⁾ 2°. wegens de ratio van deze uitzondering.

Waarop steunt toch deze uitzondering?

Om de ratio dezer bepaling goed te begrijpen, moeten wij eene vergelijking treffen tusschen de artt. 212 en 217 B; hieruit blijkt, dat de wetgever ver-

¹⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. pag. 345.

²⁾ NIENHUIS. Akad. Voorl. 1. pag. 436. n°. 14.

³⁾ OPZOOMER. B. W. I. pag. 247.

mindering van vermogen door de een of andere rechtshandeling van een der echtgenooten tegenover de vermindering van vermogen zonder dergelijke handeling heeft willen stellen. De uitzondering is echter zeer gebrekkig geformuleerd: alleen worden natuurkrachten opgenoemd als oorzaken van dergelijke vermindering van vermogen, doch ook door menschen kan op andere wijze als door eene rechtshandeling schade of vernietiging van zaken worden teweeggebracht, b. v. door het dooden van vee, door het opzettelijk en niet opzettelijk bederven van voorwerpen, diefstal, verlies enz. De benadeelde echtgenoot heeft slechts een actie tot schadevergoeding tegen den dader.

3^o Alle schulden de echtgenooten afzonderlijk betreffende en staande de gemeenschap gemaakt vormen een vermindering van vermogen, die niet tot het gemeenschappelijk verlies gebracht mag worden. (Dit volgt uit art. 218 B.) Vroeger in ons oud vaderlandsch recht ¹⁾, en ook in het wetboek Napoleon ingericht voor Holland art. 188 en in het ontwerp van 1820, art. 355. *z.* werden *alle* schulden staande gemeenschap gemaakt gemeen. In den Code echter (art. 1498) stond het tegendeel en zeer wel mogelijk is het, dat men vandaar die bepaling overnam. Wij, die elke vermindering der bezittingen als gemeen verlies aanmerken, tenzij er gegronde reden voor uitzondering bestaat, kunnen ons met deze uitzondering in het geheel niet vereenigen, welke een zonderlinge inconsequentie in het leven roept: waar toch

¹⁾ HUBER. Hedend. Rechtsgel. I. XI. 23.

alle vermeerdering van het vermogen, zoo ook door den handel, in de gemeenschap valt, zullen, wanneer bij de ontbinding der gemeenschap 's mans handel een nadeelig saldo in zijn kas heeft teweeggebracht, de handelsschulden door hem alleen betaald moeten worden. Men heeft deze inconsequentie willen verwijderen door de bewering, dat met de schulden in art. 218 B. ook bedoeld worden de handelsschulden van den man. De winsten van den handel des mans zijn gemeen, ergo moeten ook de handelsschulden dat zijn ¹⁾.

Deze argumentatie is echter in iure constituendo op hare plaats, doch mist in iure constituto alle kracht.

Wanneer betreft een schuld toch beide echtgenooten?

Als zij voortvloeit uit eene verplichting, die op beide echtgenooten gezamenlijk rust. Zoo zullen de schulden, die het gevolg zijn van de kosten van de huishouding, opvoeding der kinderen, herstel der gemeenschapsgoederen door de gemeenschap gedragen moeten worden. De schulden daarentegen, die uit den handel van een der echtgenooten, uit diens spel of weddenschap, beloften tot schenking of borgtocht, uit de reparaties van diens persoonlijk goed, in één woord uit eene verplichting voortvloeien, die op één der echtgenooten slechts rust, zullen door hem alleen betaald moeten worden.

40. De vermindering van het vermogen van beide echtgenooten door al, wat een van hen door misdrijf verbeurt, is geen gemeenschapsverlies (art. 218 2. B.).

¹⁾ DE GREVE. Rechtsgel. Bijblad. II. 311 in nota (1840). MR. FRIJLINCK. W. v. N. e. R. n^o. 58. REUYER. diss. 1851 Amsterdam bl. 14 en 15.

Deze uitzondering is gegrond op het persoonlijke van de straf; onbillijk zou het zijn iemand, die niets met het misdrijf uit te staan heeft, toch mede in zijn vermogen te treffen. Niet alleen dus de boete, waartoe de misdadige veroordeeld is, maar ook die hij betaald heeft, komt hem alleen ten laste; al zou ook de plaatsing dezer bepaling bij art. 218. 1. B. slechts aan schulden doen denken. Nam men dit echter aan, dan ware al. 2 van art. 218 B. totaal overbodig, daar hetgeen de man door zijn misdrijf verbeurt nooit beide echtgenooten te zamen betreft, en dus niet uitdrukkelijk naast al. 1 van art. 218 B. vermeld behoefde te worden. De vreemde plaatsing laat zich verklaren uit de geschiedenis; in het wetboek van 1809 toch werden *alle* schulden der echtgenooten, staande de gemeenschap gemaakt, gemeen (art. 188), alleen de boeten voor misdrijven uitgezonderd, hier was de uitzondering op haar plaats; door de verandering van art. 188 wetb. v. 1809 in ons art. 218 werd echter het verband verbroken, en staat al. 2 schijnbaar overtollig in ons wetboek, doch wij weten nu, wat de wetgever heeft willen uitdrukken.

Waarom staat hier alleen wat door misdrijf verbeurd wordt, wat alzoo slechts door de strafwet wordt opgelegd, en niet ook hetgeen de burgerlijke rechter als schadevergoeding laat betalen? Ook hier toch moet het persoonlijke van de straf gehandhaafd worden? Het is vermoedelijk weer een gevolg van 's wetgevers min nauwkeurige redactie; wij moeten ons echter aan de wethouden, die kosten zullen dus als alle andere, die slechts een der echtgenooten betreffen,

niet gemeen zijn, zoolang het schulden zijn, doch wel gemeen, zoodra het uitgaven zijn geworden.

Thans zullen wij nagaan, wat alzoo onder den regel van winst en verlies te brengen is.

Voorop zij gesteld, dat elke vermeerdering of vermindering van het vermogen der beide echtgenooten staande gemeenschap gemeen is, zoo niet een der uitzonderingen het tegendeel bepaalt.

Ik spreek hier van vermogen, en versta daaronder zoowel lichamelijke als onlichamelijke zaken. Dat ook art. 212 B. dit bedoelt, zal ik trachten aan te toonen.

In art. 212 B. wordt in het begin van bezittingen daarna van goederen gesproken; het eerste is een benaming, die voor beide soorten van zaken zeer goed past, én lichamelijke én onlichamelijke zaken zijn vatbaar voor bezit, maar het woord „goederen” geeft den uitleggers meer moeilijkheid.

Men wijst op art. 555 B., waar goederen *naast* rechten worden genoemd, goederen zijn alzoo alleen lichamelijke zaken.

Daar de nomenclatuur des wetgevers niet altijd even vaststaat en er vele plaatsen in ons wetboek voorkomen, waar het woord „goederen” noodzakelijk ook rechten¹⁾ omvat, zou dit ook hier het geval kunnen zijn, doch laten wij aannemen, dat hij hier alleen aan lichamelijke zaken gedacht heeft; ook dan nog

¹⁾ B. v. artt. 175 B. 1177 B. 2000 B.

is het onnoodig de vruchten van rechten buiten art. 212 B. te doen vallen; beschouwt men toch het artikel, zooals wij deden, als een algemeene bepaling van winst en verlies, waarin enkele oorzaken van het ontstaan van beide als zoovele voorbeelden worden opgenoemd, dan is er geen enkele reden om het artikel niet met enkele oorzaken aan te vullen o. a. „de vruchten van elks rechten,” waardoor des wetgevers nomenclatuur onberispelijk blijft.

Ook in het oud-vaderlandsche recht gold dezelfde regel, ook daar vielen de vruchten van het recht van vruchtgebruik in de gemeenschap. ¹⁾ Niet alleen dus zakelijke rechten, maar ook persoonlijke rechten zullen hunne vruchten voor de gemeenschap afwerpen, zooals inschulden, lijfrenten, altyddurende renten.

Zien wij thans de definitie verder: Er staat „staande huwelijk” in art. 212 B. Hoewel die tijdsbepaling in de artt. 210 en 212 B. niet bij het verlies is genoemd, is het niet twijfelachtig, dat zij daar ook bijgedacht moet worden, vooral daar zij wel in art. 218 B. bij schulden is neergeschreven. ²⁾ Zonder eenigen twijfel wordt hier „staande gemeenschap” bedoeld; de gemeenschap van goederen kan toch op andere wijze ontbonden worden als door ontbinding van het huwelijk, en wel: door scheiding van goederen, die *alleen* kan aangevraagd worden, of aanwezig is als noodzakelijk *gevolg* van de scheiding van tafel en bed. Het is dus eenvoudig een lapsus calami, die echter zeer goed te verklaren is.

¹⁾ Voet. de pact. dot. Lib. XXIII. Tit. IV. 32.

²⁾ Diephuis. N. B. R. IV. pag. 348.

De scheiding van goederen als op zich zelf staand hulpmiddel voor de vrouw kwam in het wetboek van 1809 en het ontwerp 1820 niet voor, daar was zij alleen het gevolg van ontbinding des huwelijks of van een onvolledige ontbinding,¹⁾ de scheiding van tafel en bed; toen kon alzoo de uitdrukking „staande huwelijk” er mee door, doch toen wij in het wetboek van 1838 de zelfstandige scheiding van goederen uit den Code overnamen (artt. 1443 vlgg. C.N.) en de uitdrukking „staande gemeenschap” de eenige juiste ware geweest, vergat men die verbetering aan te brengen, en schreef men de bepalingen van vroegere wetboeken eenvoudig na.

Wij hebben alzoo het recht die onjuistheid uit onze definitie te verwijderen. De vermeerdering of vermindering van vermogen moet mitsdien staande de gemeenschap geschieden, onverschillig is het volgens ons wetboek, of de oorzaak van die vermeerdering of vermindering vóór de gemeenschap bestaan heeft. Anders was het in ons oud Hollandsch recht, alwaar o. a. de vruchten, die vóór het bestaan der gemeenschap gekweekt, doch staande de gemeenschap ingeoogst waren, alleen den eigenaar toebehoorden.²⁾ Zoo ook in het wetboek van 1809 in art. 188 ten opzichte van schulden, waarvan de oorzaak vóór 't huwelijk reeds bestond. Terecht wordt deze bepaling in ons recht gemist, daar toch de echtgenooten bij den aanvang van hun huwe-

¹⁾ ASSER. *Handl. tot de beoef. v. h. N. B. R. I.* pag. 266.

²⁾ ARNTZENIUS. *Inst. Jur. Belg. Pars. II. Tit. IV. § 21.* Voet. t. a. p. n^o. 39.

lijk in de huwelijksche voorwaarden hunne wederzijdsche rechten op die voordeelen kunnen regelen, zooals zij willen, of eene vergoeding bepalen, die door de gemeenschap voor het genieten dier voordeelen aan den eigenaar zal uitgekeerd worden en ook omtrent de schulden de regeling kunnen treffen, die zij verkiezen.

Beschouwen wij vooreerst den winstregel: de woorden van art. 212 B. zijn duidelijk, alleen is het kwestieus, wat de wetgever bedoeld heeft met „den opleg van onverteerde inkomsten.” Waar toch inkomsten van goederen of vruchten van arbeid gemeen zijn, blijven zij dat, ook wanneer zij opgelegd of bewaard worden, en is geen afzonderlijke wetsbepaling noodig om dit te vermelden. De woorden schijnen ontleend aan den Code (art. 1498): *économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux*. Opzoomer¹⁾ laat het niet slaan op vruchten, die uit nijverheid of uit goederen voortvloeien, maar op de makingen van art. 222 B. Daartoe geeft de wet mijns inziens volstrekt geen grond, daar art. 222 B, zooals wij hebben aangetoond, alleen toepasselijk is op voordeelen, die om niet verkregen zijn; de bron dier makingen zijn alzoo volstrekt niet onverteerde inkomsten der gemeenschap, maar het kapitaal des schenkers; dat met „onverteerde inkomsten” dat kapitaal niet bedoeld is, blijkt genoegzaam uit den Code. Wij moeten dus concludeeren, dat die woorden de overbodige bepaling bevatten, dat de gemeenschapsbaten, ook wanneer zij zijn opgelegd of vervangen door andere zaken, gemeen blijven.

¹⁾ OPZOOMER. B. W. I. p. 246.

In de gemeenschap komen dus de vruchten van elks goederen, waaronder ook de turven, die uit een veen worden gegraven, vallen, ¹⁾ de vruchten van elks arbeid en vlijt, de voordeelen verkregen door spel en weddenschap, alles wat men door occupatie bemachtigt, als een schat, wild, een vondst, als vormende alle een vermeerdering der bezittingen van beide echtgenooten, die niet onder een der uitzonderingen gebracht kan worden.

Gemeenschappelijk verlies in elke vermindering van het vermogen der beide echtgenooten staande de gemeenschap, behoudens de genoemde uitzonderingen:

Elke vermindering van het vermogen alzoo door eenige rechtshandeling van een der echtgenooten.

De wetgever noemt als oorzaken van vermindering:

- 1°. (in art. 212 B.) Uitgaven boven de inkomsten,
- 2°. (in art. 218. 1. B.) schulden, de echtgenooten te zamen betreffende en staande huwelijk gemaakt.

Ad primum. Te recht zegt Mr. DIEPHUIS in zijn N. B. R. IV. bl. 345: „Aan de drie laatste woorden „boven de inkomsten” moet niet te veel gewicht worden gehecht; al gaan toch de inkomsten de uitgaven te boven, zoo zullen toch deze, bestreden uit de bezittingen van een der echtgenooten, als verlies ten laste der gemeenschap komen, evenals de daarvoor niet gebruikte inkomsten als winst tot hare baten behooren.” Wordt van het persoonlijk vermogen van

¹⁾ In het oud-vaderl. recht moest de gemeenschap een vergoeding betalen aan dien echtgenoot, wiens veen staande de gemeenschap was afgegraven. HUBER. Hedend. Rechtsgel. 1. XI. 39.

een der echtgenooten uitgegeven tot het aanschaffen van een of andere *zaak* b. v. een huis, dan treedt die zaak in de plaats van het uitgegeven geld, en heeft er dus geen vermindering van vermogen door uitgaven plaats; is die zaak echter voor de huishouding of opvoeding der kinderen bestemd, b. v. levensmiddelen, dan heeft men een vermindering van vermogen door uitgaven, die door de gemeenschap gedragen behoort te worden.

Door het afzonderlijk noemen van vermindering van het vermogen door schulden, is het duidelijk, dat de wetgever *niet* onder de eerste vermindering van vermogen wilde doen vallen de uitgaven, die men doet met geld, geleend van derden.

Gebruikt de man geld van zijne vrouw, dan vermindert daardoor alleen haar vermogen, niet het zijne.

Ad secundum. Twee vereischten vinden wij aan deze vermindering gesteld: *a.* de echtgenooten te zamen betreffende, *b.* staande huwelijk gemaakt. Waar een dezer vereischten ontbreekt is er geen vermindering, die ten laste der gemeenschap komt. Zoo zal een schuld, die de echtgenooten te zamen betreft, doch vóór het huwelijk aangegaan is, niet onder art. 218. n. B. vallen, evenmin als een schuld, die wel staande gemeenschap gemaakt is, maar slechts een der echtelieden betreft.

Zoodra echter schulden, staande gemeenschap gemaakt, betaald zijn, en uitgaven zijn geworden, behoeft op het eerste vereischte niet meer gelet te worden, maar vallen zij zonder onderscheid in de gemeenschap. Deze regeling in onze wet mag met recht vreemd genoemd worden, doch de woorden zijn te

duidelijk, dan dat men er een andere gevolgtrekking uit zou kunnen maken. ¹⁾

Had de wetgever als verlies alleen „vermindering van het vermogen der beide echtgenooten” genoemd, dan zoude op korte en volledige wijze uitgedrukt zijn, wat de gemeenschap dragen moet. Door het opnoemen der oorzaken heeft de wetgever de schenkingen door een der echtgenooten gedaan, vergeten; waardoor vermindering van vermogen teweeg gebracht wordt, die niet onder een der uitzonderingen valt, ergo gemeen is. ²⁾ Mr. DIEPHUIS ³⁾ neemt dit aan voor een van hand tot hand gedane gift van roerend goed, en ten aanzien van de nakoming eener schenkingsbelofte, indien deze fungibele zaken tot voorwerp heeft, doch laat vermindering van vermogen door het schenken van onroerend goed niet gemeenschappelijk dragen, daar het geen uitgaaf kan genoemd worden. Deze argumentatie gaat bij mijne interpretatie van art. 212 B. niet op. Mr. LOKE wil alle schenkingen genoemd in art. 179. 3. 4. B. buiten de gemeenschap houden. De gewone lasten des huwelijks worden volgens hem alleen gemeen, doch schenkingen moeten alleen door hem, die ze doet, gedragen worden. ⁴⁾ Wanneer echter, zooals wij hebben trachten te bewijzen de gemeenschap van verlies elke vermindering van vermogen omvat, die

¹⁾ De Rechtbank te Utrecht in 1884. W. 5080 wil de schuld van een der echtgenooten, ook als zij betaald is, niet ten laste van de gemeenschap brengen, gelijk Mr. KIST in W. v. N. en R. n°. 51 en 56.

²⁾ OPZOOMER. B. W. I. pag. 247.

³⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. bl. 347. vlg.

⁴⁾ LOKE. Handb. voor Notarissen. 468. § 29.

niet uitgezonderd is, ergo ook die door schenkingen, dan kan er geen sprake meer zijn van toepassing van art. 179. 3. 4. B. daar de echtgenooten krachtens art. 194 B. deze bepaling buiten werking hebben gesteld.

Zeër wenschelijk ware het echter geweest, dat onze wetgever als uitzondering op den algemeenen regel art. 189 van het wetboek van 1809 over had genomen, waar bepaald was, dat „borgtochten of vrijwillige donatiën” van een der echtgenooten buiten de gemeenschap vielen; de vrouw zou daardoor eenigszins beschermd worden tegen mogelijke verkwisting van den man, eene reden, die werkelijk wel eene uitzondering rechtvaardigt.

HOOFDSTUK II.

HET ONTSTAAN, BESTAAN EN EINDE DER GEMEENSCHAP VAN WINST EN VERLIES.

De gemeenschap van winst en verlies werkt *tegenover derden* niet sedert den aanvang van het huwelijk, maar eerst van den dag der inschrijving der huwelijksche voorwaarden in een openbaar register ter griffie der rechtbank van het arrondissement, waarin het huwelijk is voltrokken, of de huwelijksakte is overgeschreven, bijaldien het huwelijk buiten 's lands is aangegaan (art. 207 B.).

Vóór dien tijd mogen derden het er voor houden, dat de echtgenooten in algeheele gemeenschap van goederen gehuwd zijn en kunnen zij de schulden elk der echtgenooten afzonderlijk betreffende op al hunne goederen verhalen, ook dan wanneer vóór het verhaal de huwelijksche voorwaarden in het register zijn overgeschreven, want die schulden zijn aangegaan in de meening, dat er solidariteit bestond door de wettelijke gemeenschap. Doch waar de crediteuren vóór de inschrijving tegen den man als hoofd der gemeenschap hadden te ageeren, zullen zij na de inschrijving moeten nagaan, wie de eigenaar is van de goederen, waarop zij zich verhalen

willen, daar alsdan een vordering tegen den man, die geen eigenaar is van die goederen, hun ontzegd zal worden. ¹⁾

Het beheer der gemeenschap komt den man toe krachtens art. 179. 1. B, en de echtgenooten kunnen daaraan bij huwelijksche voorwaarden niets veranderen. Hoe staat het echter met de persoonlijke goederen van de vrouw? In art. 195. 2. B. wordt haar de bevoegdheid verleend zich het beheer harer roerende en onroerende goederen mitsgaders het vrije genot harer inkomsten voor te behouden. Zijn deze bedingen nu ook mogelijk bij eene gemeenschap van winst en verlies? Het beheer harer goederen omvat ook de beschikking over die vruchten welke zij voor dat beheer noodig heeft, terwijl het vrije genot hare inkomsten haar toestaat alle vruchten zelf te beheeren en te vervreemden; daar nu bij eene gemeenschap van winst en verlies de vruchten steeds aan het beheer en de beschikking van den man als gemeenschapsbaten onderworpen zijn (art. 179. 1. B.), zijn de bovengenoemde bedingen onbestaanbaar met de gemeenschap van winst en verlies, en zal den man alleen het beheer over alle goederen toekomen. Zijn bevoegdheid ten opzichte van de goederen der gemeenschap en die der vrouw is echter verschillend: waar hij over gene willekeurig kan beschikken, behalve door schenking (art. 179. 3. 4. B.), is hij bij deze verantwoordelijk voor elk verzuim in het beheer

¹⁾ Dit is betwist geworden. Zie hiervoor W. v. N. en R. 462. a°. 1883., en diss. van DUYNSTEE. Gemeenschap van winst en verlies. Leiden 1883. bl. 45. vlgg.

(art. 160.4. B), en is het hem verboden haar onroerend goed zonder haar medewerking te vervreemden of te bezwaren (art. 160.5. B.).

Gedurende de gemeenschap moet de vrouw, telkens als zij handelen wil 's mans toestemming hebben, omdat de man het hoofd der echtvereeniging is, aan wiens leiding en bescherming zij zich vrijwillig heeft onderworpen, en zonder wiens toestemming zij niets mag verrichten; ¹⁾ deze toestemming wordt geacht stilzwijgend gegeven te zijn bij het aangaan van schulden voor de dagelijksche behoeften van de huishouding (art. 164. B.) en wordt vervangen, zoo zij als openbare koopvrouw optreedt, door eene eenvoudige goedkeuring van dat optreden, waardoor zij gemachtigd is tot het aangaan van alle schulden, haar handel betreffende (art. 168.1. B.). De machtiging, die de man aan zijne vrouw verleent tot het aangaan van rechtshandelingen bindt den man niet tegenover hare crediteuren, gelijk toch alle handelingen door een machthebber in die hoedanigheid verricht alleen hem, niet ook den machtgever binden. ²⁾ Hoewel de wet zwijgt, wordt echter in de praktijk aangenomen, dat de man wel tegenover derden verbonden wordt, wanneer het gemeenschapsschulden zijn, omdat hij de beheerder der gemeenschap is. Doch dit is dan het gevolg van de huwelijksche voorwaarden der echtgenooten, niet van de machtiging van den man. Eene uitzondering is hierop echter gemaakt voor de handels-

¹⁾ OPZOOMER. B. W. I. pag. 100. noot. 4.

²⁾ Anders is het bij lastgeving, waar juist de lastgever en niet de lasthebber gebonden wordt.

schulden der vrouw, de man is hier mede voor aansprakelijk, in welke gemeenschap ook gehuwd, onverschillig dus of die schulden gemeenschapsschulden zijn of niet. De woorden van art. 168. 2. B. zijn duidelijk en ook uit de geschiedenis blijkt, ¹⁾ dat elke gemeenschap bedoeld wordt; waar toch in het wetboek van 1830 in art. 172 van de „gemeenschap van goederen” gesproken werd, wordt in ons wetboek alleen „gemeenschap” genoemd.

De zesde titel van het 1^e boek van het B. W. bevat bepalingen, die deels het gezag van den man betreffen, deels de rechten der vrouw waarborgen, en deels ten slotte in het belang van derden in de wet zijn geplaatst; tot de laatste rubriek behoort art. 168 B.

Aan deze regelen kan door huwelijksche voorwaarden niet gederogerd worden, maar hun vermogensrechten mogen de echtgenooten onderling regelen, zooals zij willen; zij kunnen b.v. alle schulden buiten de gemeenschap houden, zooals bij de gemeenschap van vruchten en inkomsten, handelschulden alleen ten laste van hem, die ze maakte, brengen, zooals bij de gemeenschap van winst en verlies, maar nimmer kunnen zij bepalen, dat de man niet door de handelscrediteuren van de vrouw aangesproken kan worden; juist om aan te toonen, dat de man tegenover derden steeds verbonden wordt, en de gemeenschap slechts als de echtgenooten het tegendeel niet bepalen, werd in art. 168. 2. B. het woordje *deze*, dat in art. 172 van het wetboek 1830 voor-

¹⁾ Zie voor de uitvoerige geschiedenis. DIEPHUIS. N. B. R. IV. 193.

kwam en ook op gemeenschap kon slaan, door het woordje *hij* vervangen, waardoor alle onduidelijkheid was weggenomen. ¹⁾

De gemeenschap van winst en verlies wordt ontbonden door scheiding van goederen, die kan worden aangevraagd door de vrouw, zonder dat daardoor verder iets aan het huwelijk veranderd wordt, of aanwezig is als onvermijdelijk gevolg van echtscheiding of scheiding van tafel en bed.

Een der eerste werkzaamheden bij de boedelscheiding, die op de ontbinding volgen zal, te verrichten, is het aanwijzen en terugnemen der goederen aan elk der echtgenooten afzonderlijk toebehoorende.

Voor dat aanwijzen bevat onze wet verschillende voorschriften, die nauwlettend opgevolgd moeten worden, willen de goederen niet als winst aangemerkt worden. In de artt. 214, 220 en 221 B. handelende over de bewijsmiddelen wordt over goederen gesproken, daaronder zullen alle rechten mede begrepen zijn, tenzij de aard der rechten zich hiertegen verzet; zoo zijn de rechten van vruchtgebruik, gebruik en bewoning niet voor vervreemding vatbaar; al ontbreken hier de voorgeschreven bewijsmiddelen, zoo zullen zij toch niet voor winst gehouden worden, d. w. z. aan de gemeenschap, aan een anderen, dan den oorspronkelijken rechthebbende komen. Voor de overige zakelijke en voor de persoonlijke rechten zullen de genoemde artikelen toegepast kunnen worden.

1°. Spreekt de wet over roerende goederen, bij

¹⁾ VOORDUIN. II. bl. 287. n. III.

den aanvang des huwelijks bezeten. Vergelijken wij art. 220 B. met art. 205 B. dan zien wij in het laatste artikel uitgezonderd: inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, en andere op naam staande effecten en inschulden, welk uitzondering in art. 220 B. gemist wordt. Overigens stemmen de artt. volkomen overeen. Deze afwijking is historisch te verklaren: in het wetboek van 1830 kwam deze uitzondering in geen van beide artt. voor (artt. 278 en 291). Onze wetgever riep haar echter in het leven, omdat die goederen van zelf hunne rechthebbenden aanwijzen, maar vergat haar te voegen bij art. 220 B, waar juist dezelfde reden voor die uitzondering bestond als in art. 205 B. Wij hebben het recht dit verzuim van den wetgever te herstellen, en art. 220 B. uit art. 205 B. aan te vullen. ¹⁾

Men heeft beweerd, dat art. 220 B. alleen op die roerende goederen zag, waarop men een volkomen recht had (b. v. vol eigendomsrecht) en dat art. 221 B. moest toegepast worden voor die roerende goederen, welke bij den aanvang van het huwelijk aan een onvolkomen recht (b. v. bloot eigendomsrecht) en eerst staande de gemeenschap aan een volkomen recht onderworpen waren. ²⁾ Een man, dië in gemeenschap van vruchten en inkomsten gehuwd was, had een roerend goed, waarvan het vruchtgebruik aan een ander was gegeven, geërfd vóór zijn huwelijk, en het niet laten beschrijven;

¹⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. bl. 352.

²⁾ Missive van het Bestuur der Registratie van 8 April 1870 n°. 4. P. W. 5770.

hij stierf vóór den vruchtgebruiker en nu was het met het oog op de successie de vraag, of dat goed winst was, ja dan neen. Geen oogenblik aarzel ik om in eerstgemelden zin te beslissen; de wetgever wil alle rechten, die de echtgenooten op roerend goed hebben bij den aanvang van hun huwelijk duidelijk geconstateerd zien, en maakt geenerlei onderscheid tusschen min of meer volkomen rechten. Ook zou door eene andere uitspraak de weg tot wetsontduiking wijd geopend worden, daar bij elk verzuim van beschrijving maar eene beperking van volkomen rechten zou kunnen gefingeerd worden om art. 220 B. buiten werking te stellen, en de rechten aan de gemeenschap te onthouden.

De roerende goederen moeten uitdrukkelijk in de huwelijksche voorwaarden worden opgegeven, of wel in eene beschrijving door den notaris en de partijen onderteevend, en vastgehecht aan de minuut van de huwelijksche voorwaarden, in welke daarvan melding moet zijn gemaakt (art. 220 B.).

Eene uitdrukkelijke opgave is eene opgave zoo ken- teekenend, dat men dadelijk weet, welke goederen bedoeld zijn.

Niettegenstaande de identiteit ontwijfelbaar schijnt, zal altijd toch tegenbewijs geleverd mogen worden; wanneer b. v. in den boedel aangetroffen worden roerende goederen, die nauwkeurig overeenstemmen én met eene beschrijving, voorkomende in de huwelijksche voorwaarden van den man, én met den inventaris van de goederen der vrouw, zal de identiteit met de goederen van een der beide echtgenooten noodwendig ontbreken en zal uitgemaakt moeten worden, wiens

goederen nog aanwezig zijn, en wiens goederen niet meer bestaan.

Is de opgave niet uitdrukkelijk genoeg, dan worden de beschreven goederen voor winst gehouden. Het is mogelijk, dat dergelijke in den boedel aanwezige goederen dezelfde zijn als de in de beschrijving bedoelde, maar het is niet uit te maken. Zoo zal de opgave „eene boekerij, een kudde vee, landbouwgereedschappen” onvoldoende zijn om een boekerij, of een kudde of dergelijke gereedschappen uit den boedel tot zich te nemen.¹⁾ Verklaarde men toch dergelijke algemeene opgave voor voldoende, dan zou de weg tot bedrog, dien de wetgever heeft willen afsnijden, wijd opengesteld zijn, daar nu algemeenheden van goederen door een der echtgenooten zouden kunnen teruggenomen worden, die geheel door gemeenschapsbaten of baten van de andere echtgenoot zijn aangevuld of vernieuwd, terwijl de oorspronkelijke wellicht verminderd of verloren zijn gegaan op eene wijze, die alleen den eigenaar regardeert (b. v. krachtens art. 217 B.).²⁾

Men heeft wel anders beslist, als de waarde van de beschreven goederen in de huwelijksche voorwaarden was opgenomen³⁾, maar mijns inziens neemt deze bijvoeging de onvolledigheid der opgave niet weg, en moet het goed als gemeenschapswinst blijven beschouwd worden.

¹⁾ Zoo besliste het Hof te Groningen 4 Juni 1867. W. 2984 en H. R. 13 Nov. 1858. W. 3058. H. BINNERTS. Heerenveen. Recht en wet XXII. 157. bestrijdt het arrest van den H. R.

²⁾ Het tegendeel werd aangenomen door het Bestuur der Registratie bij missive van 24 Jan. 1884, n°. 31. P. W. 7034.

³⁾ H. R. 5 Maart. 1886. W. 5306.

Zoo zal bij eene opgave in de huwelijksche voorwaarden, dat is aangebracht „eene som gelds, belegd in effecten” zonder dat de effecten uitdrukkelijk zijn opgegeven, die som ook weer voor winst worden gehouden. Keert men toch eenvoudig de geheele som aan den eigenaar uit, dan kan er in strijd met de bedoeling des wetgevers gehandeld worden, die in de gevallen bedoeld bij de artt. 215 en 217 B. niet de volle waarde, maar slechts een verminderde waarde aan den eigenaar wil uitgekeerd zien.¹⁾

Vermelden de huwelijksche voorwaarden alleen eene som gelds, in kontanten aanwezig, zonder dus belegd te zijn, dan zal de enkele opgave van het bedrag recht geven op vergoeding van de geheele som, doch ook hier kan aangetoond worden, dat dat geld staande huwelijk vervangen is door goederen, die b. v. eene sterke waardedaling hebben ondergaan, hetwelk dan eene reductie der vergoeding tengevolge zal hebben.

Die uitdrukkelijke opgave behoeft niet overgeschreven te worden in het openbare register ter griffie van de rechtbank, daar daarin alleen die bepalingen thuis behooren, welke van de wettelijke gemeenschap afwijken (art. 207 B.)²⁾, en de opgave der roerende goederen niet tot de voormelde bedingen gerekend kan worden.

De bedoeling van art. 207 B. is toch alleen deze, dat derden moeten kunnen weten, welke de rechtstoestand

¹⁾ Conclusie van den adv. gen. v. MAANEN W. 5306. Het tegendeel werd aangenomen door het Hof van Limburg 29 Jun 1868. W. 3089.

²⁾ Zie VOORDUIN II, p. 380 vlgg. Rechtbank Amsterdam 22 April 1887. Pal. v. Just. 25.*

der echtgenooten is; welke goederen onder dien rechtstoestand vallen, moet nader kunnen bewezen worden; bovendien zou het bevel tot overschrijving van deze opgave slechts een halve maatregel zijn met het oog op art. 221 B, daar had de wet dan ook die overschrijving moeten gelasten, en dit staat nergens in de wet geschreven.¹⁾

De beschrijving kan geschieden in de huwelijksche voorwaarden, of in eene beschrijving door den notaris en de partijen ondertekend, en vastgehecht aan de minuut van de huwelijksche voorwaarden, in welke daarvan melding moet gemaakt zijn.

De vraag is geopperd, of die tweede beschrijving ook notarieel moest zijn, d. w. z. beantwoordend aan alle vereischten aan notarieele akten gesteld (artt. 21 vlgg. Notariswet.):

Letten wij vooreerst op de geschiedenis. De leden van eene afdeeling zeiden in 1822, dat tot zekerheid de inventaris zou worden geteekend door den notaris, de contractanten en assistenten. De meerderheid echter antwoordde, dat het kon voorkomen, dat de contractanten niet zouden verlangen, dat de inventaris bekend werd, en aan deze aanmerking is bij de nieuwe redactie voldaan.²⁾

Uit de geschiedenis blijkt dus, dat men geen notarieele akte wenschte. De woorden van art. 220 B. zouden voorts ook zeer vreemd zijn, daar de wetgever overal, waar hij een notarieele akte vordert, dit uit-

¹⁾ MIDDELHOFF. diss. Leiden 1882. bl. 24. vlg.

²⁾ VOORDUIN. II. 374. vlg.

drukkelijk vermeldt (artt. 202, 231, 1025, 1039 B. enz.), terwijl hij hier o. a. van de getuigen, die bij elke notarieele akte aanwezig moeten zijn (art. 23 Notariswet), geheel zwijgt. ¹⁾ De notaris zal hier denkkelijk alleen als onderteekeenaar genoemd zijn om een bewijs te hebben, dat de partijen dien staat en geen anderen hebben opgemaakt, bedoeld en geteekend.

Bij gebreke van dien inventaris, of van de vermelding er van in de huwelijksche voorwaarden worden de roerende goederen voor winst gehouden. Is hier nog tegenbewijs mogelijk? Hoewel de woorden: „worden voor winst gehouden” aan de mogelijkheid van tegenbewijs zouden doen denken, is toch eene vergelijking met art. 205 B, waar geen ander bewijs wordt toegelaten, dan het daarin genoemde, en met art. 214 B, waar uitdrukkelijk tegenbewijs wordt genoemd, voldoende om een ontkennend antwoord te geven. ²⁾

2°. Over de aanbrengst van rechten op onroerend goed zwijgt de wet. Alle bewijsmiddelen zijn hier dus toegelaten, welke gemakkelijk genoeg te vinden zijn en soms uit de openbare registers kunnen worden aangevuld. De zelfde vrijheid van bewijs hebben wij bij volkomen stilzwijgen onzer wet voor inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld en andere op naam staande effecten en inschulden (art. 205 B.). Ook hier is de rechthebbende gemakkelijk genoeg aan te wijzen.

¹⁾ Zoo besliste ook H. R. 31 Oct. 1839. Recht in Ned. II. bl. 313. LOKK. Handb. voor Not. 451 § 18, en MIDDELHOFF. t. a. p. bl. 12 en 13., die verschillende schrijvers pro en contra noemt.

²⁾ Rechtsgel. Adviezen. II. 50.

3°. De rechten op bovengenoemde goederen kunnen gedurende de gemeenschap door andere vervangen zijn, die aan den oorspronkelijken eigenaar blijven toebehooren, zoo n.l. bewezen kan worden, dat zij in de plaats der vorige zijn getreden. Alle bewijsmiddelen mogen daarvoor gebruikt worden, behalve de bewering van den rechthebbende, dat het op zijn naam staat. Iets kan toch zeer goed op mijn naam staan, zonder dat daaruit volgt, dat ik het voor eigen middelen aanschafte; verklaarde men die bewering voor voldoende, dan zouden derden daardoor licht bedrogen kunnen worden, die den boedel van den man willende executeeren alles op naam van de vrouw vinden staan, zonder dat zij het bewijs kunnen leveren, dat het toch den man toebehoort. Zoo zou ook de man aan zijne vrouw door zijn goed op haar naam te schrijven eene schenking kunnen doen, die volgens art. 1715 B. tusschen echtgenooten niet is toegelaten. Zoo het bewijs niet geleverd kan worden, wordt het recht gerekend voor gemeenschapsbaten te zijn aangeschaft (art. 214 B.).

De regel, dien wij hier bespraken, wordt in art. 214 B. niet zoo algemeen gesteld; vooreerst zien wij daarin alleen genoemd effecten, wij zullen daaronder moeten verstaan, wat art. 205 B. uitzondert; de wetgever heeft dit toch klaarblijkelijk bedoeld; niet dus papieren aan toonder, waar art. 214 B. niet op slaan kan.

Doch verder spreekt het artikel alleen over verkrijging door middel van aankoop, maar niemand zal eenig bezwaar maken om hetzelfde aan te nemen voor elke verkrijging onder bezwarenden titel b. v. voor ruiling; de wetgever plaatste het klaarblijkelijk

als tegenstelling achter art. 213 B., waar over verkrijging om niet gesproken wordt.

De plaatsing mag echter wel vreemd genoemd worden, en beter ware de bepaling aan het eind der afdeeling gevoegd, dan hier onder de artikelen, welke over het begrip winst en verlies handelen. Dit laat zich echter gereedelijk verklaren uit de geschiedenis. Art. 184 W. N. ingericht v. H. verklaarde de in ons art. 214 B. genoemde zaken onvoorwaardelijk voor gemeene winst; bij het veranderen der redactie vergat men eenvoudig de volgorde der artt. te wijzigen.¹⁾

40. Zal men denzelfden regel voor roerende zaken staande de gemeenschap onder bezwarenden titel verkregen, mogen aannemen? Daar de wetgever in deze afdeeling de bewijsmiddelen voor roerende en onroerende zaken afzonderlijk behandelt, mogen wij hier de analogische interpretatie niet gebruiken, maar meenen wij, dat bij het stilzwijgen der wet alle bewijsmiddelen hier zijn toegelaten.²⁾

50. Art. 221 B. regelt het bewijs in zake roerend goed staande de gemeenschap bij een titel om niet verkregen. Hiervan moet door beschrijving blijken, welke niet notarieel behoeft te zijn, of door andere bescheiden b. v. door het testament, waarin het legaat genoemd wordt, door de akte van schenking, in één woord door alle geschriften, waaruit genoegzaam, ter beoordeeling van den rechter, het bestaan van de erfenis,

¹⁾ OPZOOMER. N. B. W. I. bl. 247. DIEPHUIS. N. B. R. IV. blz. 356.

²⁾ Zoo OPZOOMER. N. B. W. I. bl. 248. noot 1; daartegen DIEPHUIS. N. B. R. IV. 357.

het legaat of de schenking bewezen kan worden. Ontbreekt dat schriftelijk bewijs, dan kan de man de zaak niet als de zijne terug nemen, de goederen worden alzoo geacht der gemeenschap toe te behooren. De vrouw echter kan nog door getuigen bewijzen, dat iets het hare is, ja des noods door de algemeene bekendheid, blijkende uit verklaringen, die niet gegrond behoeven te zijn op eigen wetenschap van het feit der schenking, enz.; ¹⁾ zelfs wanneer het goed niet meer aanwezig is, mag zij op die manier aantoonen, welke waarde het bezat.

Zeër begrijpelijk is het verschil in bewijsmiddelen voor man en vrouw. De eerste heeft als beheerder alle gelegenheid voor zijne rechten te waken; pleegt hij verzuim, welnu dan treffe hem alleen de schade; de vrouw echter wilde de wetgever eenigszins tenminste beschermen tegen nadeelen, die voor haar uit verzuim in het beheer van haar man mochten voortvloeien.

6° Daar de wet geen bepalingen bevat omtrent het bewijs, aan wie onroerende zaken staande gemeenschap om niet verkregen toebehooren, zullen hier de echtgenooten volkomen vrij zijn in het kiezen hunner bewijsmiddelen. Vreemd is het, dat de wetgever, die elders onroerende zaken en papieren op naam op één lijn stelt, dit hier heeft nagelaten, en de laatste dus onder art. 221 B. laat vallen; veel verschil maakt het echter niet, daar het bewijs van art. 221 B. toch gemakkelijk genoeg te leveren is.

De vraag kan zich voordoen, of schepen onder den

¹⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. bl. 354.

regel voor roerend of voor onroerend goed gebracht moeten worden. Zonder twijfel zal in eerstgemelden zin geantwoord moeten worden, op grond van de duidelijke woorden van artt. 566 B. en 309 K, waar schepen onder roerende zaken worden gerekend, ook al gelden voor vele daarvan op het punt van levering en executie de regels voor onroerend goed.

Als nu door de echtgenooten is teruggenomen al wat van hen in natura aanwezig is, of bewezen is, daarvoor in de plaats te zijn getreden, wordt hetgeen overblijft als baten der gemeenschap beschouwd ¹⁾, en gelijkelijk tusschen de echtgenooten verdeeld.

Nu kunnen er ook schulden zijn, die ten laste der gemeenschap komen en wel vooreerst tegenover de echtgenooten zelve, en vervolgens tegen derden.

1^o. Als van de goederen van een der echtgenooten wettelijk bewezen is, dat zij bestaan hebben, doch er bij de ontbinding geen spoor meer van te ontdekken is, noch van iets dat daarvoor in de plaats is getreden, dan zal de waarde dier goederen op het oogenblik, dat zij uit den boedel verdwenen en tevens de oorzaak van het verdwijnen, bewezen moeten worden. Dit kan op alle wijzen geschieden ter beoordeeling van den rechter.

Het is mogelijk, dat op geenerlei wijze aangetoond

¹⁾ Die goederen, waarvan de herkomst in het geheel niet blijkt, d. w. z. waarvan men niet weet, of zij bij den aanvang van het huwelijk reeds aanwezig waren of later onder bezwarenden titel of om niet zijn verkregen, zijn onder geen der bepalingen omtrent winst te brengen, doch worden in de praktijk steeds als gemeenschapsbaten beschouwd. Men zou echter met evenveel recht het tegenovergestelde kunnen beweren.

kan worden, hoe en wanneer die goederen verdwenen zijn: in de praktijk neemt men dan aan, dat dit verlies door de gemeenschap gedragen moet worden, en wel ten bedrage van de waarde, ten tijde van de aanbrengrst van het goed; eene tegenovergestelde beslissing is echter met evenveel recht vol te houden.

Is *uitgemaakt*, dat er een vermindering der bezittingen heeft plaatsgegrepen, die *niet* ten laste van den eigenaar komt, dan zal die krachtens de artt. 212 j^o 211 B. door de gemeenschap vergoed moeten worden, m. a. w. zal er een gemeenschapsschuld tegenover een der echtgenooten bestaan.

Het Bestuur der Registratie ¹⁾ neemt echter aan, dat het bedrag der „opgebroken aanbrengrsten” niet op de lijst der schulden geplaatst moet worden, maar dat de belanghebbende echtgenoot voor die som mede-eigendom heeft in de baten der gemeenschap. Meermalen werd dit ook in de jurisprudentie aangenomen, waar ieder der echtgenooten in de baten der gemeenschap gerechtigd werd verklaard tot het bedrag van zijn niet meer aanwezige aanbrengrsten ²⁾.

De argumenten voor deze meening komen alle hierop neer, dat het repriserecht van den Code stilzwijgend in ons wetboek is overgenomen.

Gaan wij vooreerst na, wat wij onder dat recht te verstaan hebben en hoe het daar geregeld is.

¹⁾ P. W. 4725, 7201. Zie ook res. van den Minister van Financien van 8 Oct. 1867. n^o. 16. (P. W. 5215).

²⁾ Rechtbank te Hoorn 20 Jan. 1866. W. 2838. H. R. 18 Jan. 1867. W. 2874. Rechtbank te Maastricht 6 Maart 1865. W. 2707.

In den Code is de gemeenschap van winst en verlies onbekend; men vindt daar een régime en communauté, dat is het recht der gemeenschap, die meer of minder bevat, al naar gelang bij huwelijksche voorwaarden bedongen is, en een régime dotal, een huwelijksgoederenrecht, waarbij alle goederen van de echtgenooten gescheiden blijven.

Het repriserecht nu is het recht van elk der echtgenooten om uit de gemeenschapsbaten een bedrag te preleveeren ten beloope van hunne niet meer aanwezige aanbrengsten (art. 1470 C. N.), welk recht natuurlijk alleen bij het régime en communauté kan voorkomen, daar er bij het andere régime geen gemeenschap en dus ook geen gemeenschapsbaten zijn, waarop men zich zou kunnen verhalen.

Omtrent de uitoefening van dat recht bevat de Code verder verschillende voorschriften (artt. 1471, 1472):

Aan de vrouw, die bloot staat aan willekeurig beheer harer goederen door den man, geeft de wetgever den voorrang; zij mag zich dan verhalen: 1° op de aanwezige kontanten, 2° op de roerende goederen, 3° op de onroerende goederen der gemeenschap.

Bezit de gemeenschap niet genoeg baten om haar ten volle te voldoen, dan mag zij haar recht doen gelden op de persoonlijke goederen van den man. Eerst nadat zij volledig van het repriserecht gebruik heeft gemaakt, komt de man aan de beurt, die op niets anders aanspraak kan maken, als op de baten der gemeenschap, die nog over zijn.

Dit recht geldt voor het geheele régime en communauté, dus ook voor de communauté réduite aux

acquêts, een gemeenschap beperkt tot het geen wij met den naam van winst bestempelen.

Al deze artikelen ontbreken nu aan ons wetboek, en de veronderstelling, dat hetzelfde bij ons zou gelden, omdat de wetgever nergens zegt, dat hij van stelsel wilde veranderen zou hoogst bedenkelijk genoemd kunnen worden, als zij niet geheel valsch was, daar de wetgever door de regeling onzer gemeenschap van winst en *verlies* juist met het repriserecht gebroken heeft.

Wat is toch het geval? De Code kent slechts de *communauté réduite aux acquêts*, maar mist de gemeenschap van verlies, en dientengevolge onze bepalingen omtrent het verlies: art. 212 B. vooreerst, dat over het verdwijnen van bezittingen van man of vrouw spreekt, zooals niemand zal kunnen tegenspreken, en vervolgens art. 211 B, dat over de vergoeding handelt, die de eene echtgenoot voor zijne verdwenen goederen van de ander vorderen kan. Sluit nu een dergelijke regeling het repriserecht niet uit, dat niet vraagt naar vergoeding door den anderen echtgenoot, maar in het terugnemen uit de gemeenschapsbaten bestaat? En hoe is dat terugnemen uit de gemeenschapsbaten te rijmen, met art. 211 B, dat *alle* baten gelijkelijk tusschen de echtgenooten verdeeld wil zien? „Dat alle *baten* gelijk verdeeld moeten worden,” voert men hiertegen aan: „is volkomen waar, maar onze opvatting omtrent die baten verschilt. Art. 212 B. zegt, dat er alleen winst is, als er een batig saldo is; bezaten de echtgenooten dus in den aanvang *f* 3000, en is er aan het eind alleen *f* 5000 gemeenschapsgoed aanwezig, dan is er *f* 2000 winst; die *f* 2000 nu worden gelijk verdeeld,

maar dat overige goed is het gemeenschappelijk eigendom van de echtgenooten, behoort niet tot de gemeenschapsbaten." ¹⁾ In strijd alzoo met de duidelijke woorden van de artt. 214, 220 en 221 B. zou het aldaar genoemde gemeenschapsgoed door art. 212 B. aan de gemeenschap onttrokken worden. Zoo zal er, volgens deze meening alleen *verlies* zijn, als er een nadeelig saldo is; ook hier bekommert men er zich niet over, of er goed aanwezig is, dat door de wet uitdrukkelijk als winst wordt gequalificeerd, en dus den echtgenooten gezamenlijk toekomt; men geeft het eenvoudig aan diengenen der echtgenooten, die hem persoonlijk toebehoorende goederen mist.

Maar die beteekenis heeft art. 212 B. niet; het wil, als het de definitie van winst noemt, over de bezittingen zelf geheel zwijgen, over haar bestaan en verdwijnen wordt niet gerept; alleen spreekt het over hetgeen boven en buiten die bezittingen staat.

Nu zal het verdwijnen der goederen wel indirect invloed kunnen uitoefenen op de winst, maar die winst staat of valt er niet tegelijk mee, neen laat zich zeer goed zonder die goederen denken. Men denke slechts aan hetgeen door arbeid en vlijt verdiend wordt, waartoe geenerlei bezittingen noodig zijn. Zoo zal dus volgens onze wet, al is er aan het eind een nadeelig saldo over, zeer goed nog volgens art. 212 B. winst aanwezig kunnen zijn.

In de definitie van verlies echter wordt juist over het verdwijnen van bezittingen gesproken, doch geens-

¹⁾ W. v. N. en R. 930, bl. 421, daartegen W. v. N. en R. 936, bl. 477.

zins wil de wetgever daardoor te kennen geven, dat er alleen verlies is bij een nadeelig saldo, want in het midden wordt gelaten, of er ook bezittingen bij zijn gekomen, en alleen geconstateerd, dat al wat van de bezittingen afgaat, verlies is. Door deze verklaring van art. 212 B, die mijns inziens de eenig juiste is, blijft men ook in volkomen overeenstemming met de overige bepalingen onzer afdeeling.

Is het repriserecht dus *onbestaanbaar* bij onze regeling der gemeenschap van winst en verlies, zoo meen ik, dat het ook in het overige huwelijksgoederenrecht niet stilzwijgend overgenomen is, al is dat, gelijk ik toegeef, verdedigbaar.

Ons huwelijksvermogensrecht is geen instelling van Franschen, maar van zuiver vaderlandschen oorsprong; om het dus te leeren kennen, diene ons vroeger recht geraadpleegd te worden. Wij vinden dan in de oudste tijden geen spoor van het repriserecht ¹⁾, evenmin als in het wetboek Napoleon ingericht voor Holland; maar treffen het het eerst aan in het ontwerp van 1820 ²⁾. Het is daar geregeld, juist zooals in den Code, en komt voor onder de afdeeling, die over de bepaalde gemeenschap handelt, een gemeenschap, die aan de wettelijke uit den Code herinnert. Deze geheele afdeeling missen wij in ons wetboek in overeenstemming met het wetboek van 1809 en onmogelijk kunnen wij aannemen, dat stilzwijgend enkele daarin genoemde rechten behouden zijn, terwijl wij hun vermelding

¹⁾ HUBER. Hedend. Rechtsgel. I. XI.

²⁾ artt. 317, 318, 319.

te vergeefs elders o. a. onder den 8^{sten} titel van het eerste boek van ons Burgerlijk Wetboek, handelende over huwelijksche voorwaarden, zoeken.

De vraag naar het al of niet bestaan van het repriserecht bij onze gemeenschap van winst en verlies is niet enkel van theoretisch, maar ook van praktisch belang: vooreerst zullen de gemeenschapsgoederen, die zonder repriserecht slechts met toestemming van *beide* partijen in natura verdeeld mogen worden, bij het bestaan van het repriserecht door den wil van *één* der partijen, nl. den rechthebbenden in natura uit den boedel genomen kunnen worden. Van veel gewicht is dit verschil echter niet, daar de waarde, die elk der echtgtnooten ten slotte ontvangt, dezelfde blijft.

Stel toch, dat A en B, in gemeenschap van winst en verlies gehuwd, respectievelijk f 15,000 en f 5,000 aan roerend goed bij den aanvang van het huwelijk bezaten. A sterft en bij het verdeelen van den boedel blijkt er roerend goed ter waarde van f 20,000 als gemeenschapsbate over te zijn; zoo men nu het reprise-recht toepast, zijn B en A's erfgenamen gerechtigd elk roerend goed ter waarde van hun aanbrengsten uit den boedel te nemen, zoodat er verder niets te deelen overblijft; zonder het repriserecht zullen echter die roerende goederen baten der gemeenschap zijn, waarvan aan elk een waarde van f 10,000 toekomt, terwijl de verdwenen f 20,000 een gemeenschapsschuld vormen, waarvan elk f 10,000 moet betalen. A betaalt aan zich zelf, B keert de helft van het door hem verschuldigde = f 5,000 aan A uit, en het overige aan zich zelf, zoodat het resultaat ook

hier ten slotte is, dat A een waarde van f 15,000 en B van f 5,000 ontvangt.

Zij, die het repriserecht in onze wet zien overgenomen, vinden echter geen wettelijke gronden tot aanneming van de volgorde der goederen, waarop het wordt uitgeoefend, of van den voorrang van de vrouw boven den man. Wanneer dus de gemeenschapsbaten slechts f 10,000 bedragen, te weinig alzoo om het repriserecht daarop ten volle uit te oefenen, dan zal men noodwendig het bedrag der vergoedingen, waarop de echtgenooten recht hebben, moeten inkorten. Men zal dan nagaan, hoe groot het nadeelig saldo is, in dezen f 10,000, waarvan elk dus f 5,000 moet betalen; het bedrag dat A en B alzoo met hun repriserecht kunnen vorderen wordt ingekort met f 5,000, bedraagt voor A thans f 15,000 - f 5,000 = f 10,000, voor B f 5,000 - f 5,000 = f 0. Zonder repriserecht zullen A en B van de winst elk f 5,000 bekomen; het verlies bedraagt f 20,000, voor elk f 10,000, die A geheel aan zich zelf uitkeert, B voor de helft, terwijl hij de andere helft aan A betaalt, zoodat A ontvangt f 5,000 + 5,000 = f 10,000, B f 5,000 - f 5,000 = f 0.

Veel belangrijker is echter het verschil van opvatting met betrekking tot de successie- en registratie-wet.

De wet op het recht van successie dagteekent van het jaar 1859, doch werd vele malen aangevuld, het laatst in 1885. Zij riep in het leven:

1° eene belasting op de netto-waarde eener nalatenschap van een ingezetenen des rijks, onder den naam van successierecht (art. 1). Dat recht kan van 1 tot 10 % stijgen, al naar gelang de betrekking, waarin

de erfgenamen tot den erflater staan; nauwe bloedverwantschap maakt het recht zeer laag; bij totaal gemis van bloedverwantschap echter wordt het zoo groot mogelijk (art. 41). Of het repriserecht wordt erkend of niet, deze belasting blijft den boedel gelijk drukken, daar zij toch steeds over de netto-waarde berekend wordt, welke in beide gevallen dezelfde is.

2°. Een recht van overgang op de waarde van effecten, actiën enz., in eigendom geërfd of verkregen door het overlijden van een ingezetenen des rijks (art. 1); dit wordt boven en behalve het recht van successie geheven, en bedraagt $\frac{1}{4}\%$ in de rechte lijn en tusschen echtgenooten, kind of kinderen uit hun huwelijk verwekt of afstammelingen daarvan nalatende en 2% in alle andere gevallen (art. 42). Hier kan de verschillende opvatting een groot verschil in bedrag teweeg brengen.

B. v. A is met B in gemeenschap van winst en verlies gehuwd, en brengt ten huwelijk goederen ter waarde van f 10,000; bij de ontbinding der gemeenschap zijn die goederen niet meer aanwezig; in den boedel bevinden zich als gemeenschapsbaten effecten ter waarde van f 10,000; daarvan neemt B de helft, terwijl de andere helft aan de kinderen van den overleden A wordt toebedeeld; deze willen nu voor recht van overgang $\frac{1}{4}\% = f 12,50$ betalen; het Bestuur echter zal daarmee geen genoegen kunnen nemen, omdat het meent, dat de effecten alle behooren tot den boedel der vrouw, en zal de erfgenamen een recht van overgang voor alle effecten laten betalen (f 25).¹⁾

¹⁾ Resolutie van 15 Mei 1885 n°. 95. P. W. 7201.

3°. Een recht van overgang van de waarde van onroerende zaken, hier te lande gelegen of gevestigd, in eigendom of vruchtgebruik geërfd of verkregen wordende door het overlijden van een vreemdeling (art. 1), en wel 1 % in de rechte lijn en tusschen echtgenooten, kind of kinderen te zamen in hun huwelijk verwekt, of afstammelingen daarvan nalatende; anders 5 % (art. 43).

Stel A en B zijn in gemeenschap van winst en verlies gehuwd, A brengt niets aan, B f 30,000. Bij de ontbinding der gemeenschap is er alleen onroerend goed ter waarde van f 40,000, aangekocht voor gemeenschapsbaten, over, waarvan de helft *ad* f 20,000 aan den man en de andere helft aan de kinderen van B wordt toebedeeld. Bij de aangifte voor de successie zullen nu volgens ons de erfgenamen van B f 200 moeten betalen, het Bestuur echter zal die aangifte voor onjuist verklaren, omdat zij niet f 20,000, maar f 35,000 onroerend goed van B erfden, zoodat een som van f 350 gevorderd zal kunnen worden.

Gaan wij thans den invloed van het al of niet bestaan van het repriserecht na met het oog op de wet op de Registratie. Deze dateert van 22 Frimaire an VII, en werd herhaalde malen, het laatst bij de wet van 1 Jan. 1883, gewijzigd.

De registratie-belasting is een belasting, die verschuldigd is op alle akten, deze noemt men le droit d'actes, en op alle overdrachten in eigendom of vruchtgenot van onroerende zaken binnen het rijk gelegen, ook al is van die overeenkomst geen akte opgemaakt, le droit de mutation genaamd.

Voorbeeld, Bij eene akte van scheiding van eene

gemeenschap van winst en verlies tusschen de erven eens overleden mans A en zijne nagelaten weduwe wordt verklaard, dat de in de gemeenschap zich bevindende onroerende goederen ter waarde van *f* 30,000 voor de helft aan A's erven, en voor de andere helft aan de weduwe worden toebedeeld. Het Bestuur der registratie bemerkt, dat een huis, dat aan de vrouw toebehoorde, staande de gemeenschap is verkocht voor *f* 30,000 en dat de koopsom in de gemeenschap is gevloeid, en zal nu, wanneer het consequent zijne theorie doorvoert¹⁾ al die onroerende goederen tot den boedel der weduwe moeten rekenen, waardoor een mutatierecht verschuldigd is van de onroerende goederen ter waarde van *f* 15,000, die aan de erven van den man zijn toebedeeld.

De erven zullen alzoo 4 pCt. + 38 opcenten, over die *f* 15,000 berekend, moeten betalen, waar zij volgens ons geenerlei mutatierecht verschuldigd zijn.

2°. Thans zijn aan de beurt van bespreking de schulden, die bij de ontbinding tegenover derden aanwezig kunnen zijn.

De schulden elk der echtgenooten afzonderlijk betreffende zullen natuurlijk door hen persoonlijk gedragen moeten worden; hetgeen er overigens aan derden te betalen is, zal de gemeenschap aangaan.

Deze schulden nu, zoowel als de sub 1° genoemde

¹⁾ Dit doet het Bestuur echter niet. Het besliste, dat, hoe men over den aard der reprises denken mocht, er tusschen de echtgenooten gemeenschap bestond, welke slechts door scheiding kon worden opgeheven. Waarom zouden bij die scheiding geen goederen mogen worden toebedeeld aan hem, die tot bijpassing verplicht is? P. W. 7582.

tegenover de echtgenooten zelf, moeten elk voor de helft door de echtgenooten gedragen worden.

Dit is echter ontkend ¹⁾, en wel voor het geval, dat er van de aangebrachte schulden staande huwelijk met gemeenschapsgeld wat afgelost is. Deze meening steunt wederom op de verkeerde interpretatie van art. 212 B, boven door ons besproken, en is volkomen in strijd met de wet, die *alle* schulden, de echtgenooten te zamen betreffende en staande huwelijk gemaakt, als verlies tot de gemeenschap brengt (art. 218. n. B.), en door de echtgenooten elk voor de helft laat dragen ²⁾

Deze meening werd klaarblijkelijk verdedigd met het doel, om onbillijke bevoordeeling van den eenen echtgenoot boven de andere tegen te gaan; die onbillijkheid bestaat echter in het geheel niet, zooals wij zien zullen.

A brengt aan *f* 1000 schuld, B *f* 2000 schuld, welke schulden staande huwelijk met gemeenschapsbaten worden afbetaald. Bij de ontbinding der gemeenschap blijkt er *f* 5000 gemeenschapsschuld over te zijn; A en B moeten daarvan elk *f* 2500 betalen. De bezittingen der echtgenooten, die bij den aanvang — *f* 3000 bedroegen, doch door afbetaling der schulden tot *f* 0 zijn gereduceerd, hebben alzoo een vermeerdering ondergaan van *f* 3000, welke vermeerdering als niet vallende onder een der uitzonderingen onder den regel van art. 212 B. gebracht moet worden, aan elk der echtgenooten zal dus de helft daarvan = *f* 1500

¹⁾ W. v. N. en R. n°. 913. bl. 252.

²⁾ W. v. N. en R. 916. bl. 283. vlg.

toekomen; daar A echter $f\ 1000$ aan de gemeenschap moet voldoen en B $f\ 2000$, doordat zij hunne schulden heeft afbetaald, zal A op $f\ 1500 - f\ 1000 = f\ 500$, en B op $f\ 1500 - f\ 2000 = - f\ 500$ slechts aanspraak kunnen maken: m. a. w. de laatste zal $f\ 500$ aan de gemeenschap moeten uitkeeren. A moet dus ten slotte $f\ 2500 - f\ 500 = f\ 2000$ en B $2500 + f\ 500 = f\ 3000$ betalen.

Wij zeiden, dat de baten en schulden der gemeenschap bij helfte tusschen de echtgenooten verdeeld worden, maar dit zal alleen het geval zijn, zoo de echtgenooten daaromtrent geen andere bepaling bij de huwelijksche voorwaarden gemaakt hebben (art. 211 B.). Hun vrijheid is echter in zooverre beperkt, dat het verboden is te bedingen, dat de een tot een grooter aandeel in de verliezen zal gehouden zijn, dan zijn deel in de baten der gemeenschap beloopt (art. 197 B.), en dit wel op straffe van nietigheid van het beding. ¹⁾

Bij de werkzaamheden der scheiding moet de man aantoonen, wat er van het goed der vrouw over is, en wat hij met het overige deed, hetgeen toch invloed heeft op de scheiding; deze verplichting van den man stemt in zooverre overeen met den plicht tot het doen van rekening en verantwoording ²⁾, doch deze laatste

¹⁾ OPZOOMER. N. B. W. I. 225. noot 1 en Marcadé. V. 713. Expl. Théor. et prat. du Code Nap. DE PINTO. Handl. § 122 wil bij dergelijk beding het aandeel in de schulden gelijk maken aan dat der baten, zonder eenigen wettelijken grond.

²⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. bl. 172 en 173 ontkent 's mans plicht tot het doen van rekening en verantwoording; mijns inziens is die plicht onafscheidelijk verbonden aan een verantwoordelijk beheer.

omvat veel meer; daar hij steunt op het beheer van den man over hare persoonlijke bezittingen vloeit daaruit niet alleen een opening van hare zaken voort, maar tevens een verantwoording van hetgeen hij gedurende zijn beheer met die zaken deed, en vergoeding voor hetgeen hij verzuimde, tegelijk met de uitkeering van hetgeen hij van hare persoonlijke bezittingen nog onder zich heeft.

Wij zien dus, dat de actie tot scheiding en de actie tot rekening en verantwoording in omvang zeer verschillen, maar ook in grondslag, waar de eene toch op de onverdeeldheid des boedels berust, steunt de andere op het beheer van den man over haar persoonlijk goed. Connexiteit bestaat er wel tusschen beide acties, zooals wij reeds boven zagen, waardoor de gedaagde steeds een gelijktijdige behandeling van beide acties voor denzelfden rechter ter besparing van tijd en kosten, en voorkoming van tegenstrijdige beslissingen, zal mogen vorderen, maar nergens staat in de wet te lezen, dat door die connexiteit het instellen van de eene actie het aanhangig maken van de andere uitsluit, zoodat b. v. de vordering van de van tafel en bed gescheiden vrouw tegen haar man tot rekening en verantwoording van zijn beheer over haar persoonlijk goed gelijktijdig of wel anterieur aan de werkzaamheden der scheiding praematuur zou zijn. ¹⁾

Kan de vrouw, die bemerkt dat er een nadeelig

¹⁾ Dit besliste echter de Rechtbank te Leeuwarden 12 Maart 1885. W. 5229. Vernietigd werd dit vonnis door het Hof te Leeuwarden 9 Dec. 1885. W. 5275, en de H. R. bevestigde 18 Juni 1886. W. 5312 dit arrest.

saldo in de gemeenschapskas, meer verlies dan winst is, afstand van de gemeenschap doen? Grooten strijd heeft deze vraag uitgelokt, die ik hier slechts in het kort wensch te bespreken. ¹⁾

Bij de wettelijke gemeenschap van goederen heeft de man het beheer en beschikking over de goederen der gemeenschap; daardoor staat de vrouw bloot aan slordig beheer of verkwisting van den man, en de wetgever treedt daarom tot haar bescherming op door te bepalen, dat de vrouw, die aan het eind wellicht behalve het verlies van het door haar aangebrachte nog haar aandeel in zijne schulden zou moeten betalen (art. 185 B.), van deze laatste verplichting zich bevrijden kan door den afstand van de gemeenschap (art. 187 B.).

Dit recht wil de wetgever haar gewaarborgd zien, en verklaart dientengevolge alle overeenkomsten, daartegen strijdende, nietig (art. 187 B.). Bij de gemeenschap van winst en verlies heeft de man eveneens het beheer zoowel over de persoonlijke goederen van zijne vrouw, als over het gemeenschapsgoed en kan hij evenzeer schulden maken, die zij mede moet betalen; de vrouw staat dus ook hier weer aan de willekeur van den man bloot; het recht van afstand ware hier alzoo volkomen op zijne plaats. Staat de wet dit echter toe? De regelen, die opzichtelijk de wettelijke gemeenschap zijn voorgeschreven, zijn steeds van toepassing, tenzij er bij huwelijksche voorwaarden van afgeweken wordt

¹⁾ Zie de uitgebreide litteratuur hierover bij DIEPHUIS, N. B. R. IV. bl. 359, noot 2.

(art. 208. 1. B.). Deze afwijking is niet geoorloofd, waar de wetgever het uitdrukkelijk zegt, zoo bij het recht van afstand. Wanneer er nu niets anders stond, ware het aan geen twijfel onderhevig, of de vrouw mocht, bij welke gemeenschap ook, afstand doen van de gemeenschap. Doch daar komt art. 208 2. B, dat duister-
nis in plaats van het straks zoo helder schijnende licht brengt: „Hoedanig en op welke wijze gemeenschap van *goederen* zij bedongen, heeft de vrouw het recht om daarvan afstand te doen”; bij de gemeenschap van winst en verlies zal zij dus dat recht missen, want dat is geen gemeenschap van goederen. De woorden der wet geven aanleiding tot deze verklaring; bedoelde de wetgever echter, wat hij daar neerschreef? In het wetboek van 1830 art. 294 stond die 2^e al. niet, daar was de zaak dus volkomen helder, en was er geen enkele reden aan de vrouw het recht van afstand te onthouden; doch in ons wetboek wordt een bepaling ingeschoven, die letterlijk opgevat eene groote wijziging brengt in de rechten der vrouw, zonder dat echter de wetgever vermeldt ¹⁾, waarom hij die verandering noodzakelijk acht. Dat een dergelijke ingrijpende wijziging nu is ingevoerd, zonder dat daarover bij de beraadslagingen één woord gesproken werd, is niet denkbaar. Wat werd er dan met die bijvoeging beoogd? De verklaring ligt voor de hand: de wetgever bevreesd, dat partijen het oog gericht op art. 208. 1. B. niet zouden letten op art. 187 B, en in de huwelijksche voorwaarden aan de vrouw het recht van afstand zouden ontnemen, vond een

¹⁾ VOORDUIN. II. bl. 385.

kleine verwijzing niet overbodig, en schreef art. 208 a. B. neer, zonder te bemerken, dat de juistheid zijner redactie veel te wenschen overliet, en onbewust, dat groote strijd uit die fout zou ontstaan.

Art. 187 j° 208 B. zegt, dat de vrouw door dien afstand niets van de gemeenschapsbaten kan vorderen, dan alleen het linnengoed en de kleederen tot haar lijf behoorende; zij wordt daarentegen ontheven van de verplichting om bij te dragen tot de schulden der gemeenschap.

Elke vordering alzoo van de vrouw op de gemeenschap vervalt, dus ook hare vordering wegens hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst.¹⁾ Tot deze conclusie komt ook het Bestuur,²⁾ op grond ook van de woorden van art. 187 B, dat haar elk recht op hetgeen de wet winst noemt ontzegt. Mijns inziens maakt zich het Bestuur hier aan eene inconsequentie schuldig. Het behoorde toch, toen Het het repriserecht van den Code ook voor ons wetboek aannam, alle gevolgen daaraan verbonden mede te aanvaarden en met art. 1493 C. N. te beslissen, dat de vrouw, die afstand doet, het recht blijft behouden tot terugneming van: „le prix de ses immeubles aliénés, dont le remploi n'a pas été fait, et toutes les indemnités, qui peuvent lui être dues par la communauté.” Dit is ook, wanneer wij de argumentatie van het Bestuur volgen, volkomen in overeenstemming met onze wet, die verklaart, dat er dan eerst winst is, wanneer er een

¹⁾ DIEPHUIS. N. B, R. IV. 359.

²⁾ Res. van 10 Juni 1883 n°. 27. P. W. 6832.

voordeelig saldo is, en dat al, wat buiten dat saldo aanwezig is, in eigendom toekomt aan de echtgenooten ten beloope hunner niet meer in natura aanwezige aanbrengsten. De afstand strekt zich toch niet uit tot hetgeen de vrouw in persoonlijken eigendom toebehoort?

Dezen gedachtengang missen wij echter bij het Bestuur, dat bij afstand der gemeenschap eene andere beteekenis aan het begrip winst toekent, dan het elders deed, waarschijnlijk omdat dat meer strookt met de belangen der schatkist, die daardoor meer successie-recht kan innen van eene nalatenschap, dan wanneer de waarde van staande huwelijk vervreemde goederen, die het persoonlijk eigendom van de vrouw waren, door haar afstand onder het passief dier nalatenschap gebracht werd.

De vrouw wordt bevrijd van de schulden der gemeenschap, zoowel dus van die tegenover haar man (het verlies zijner niet meer in natura aanwezige aanbrengst komt dus hem alleen ten laste), als van die tegenover derden. Derden zullen slechts in zooverre iets van den afstand bemerken kunnen, als de man, die anders voor de helft verhaal op zijne vrouw zou hebben, en hen daardoor kon voldoen, nu wellicht in gebreke blijft om te betalen, want directe aanspraak op de goederen der vrouw bezaten zij ook voor den afstand niet, tenzij de vrouw zelf die gemeenschapschulden had gemaakt. Deze aanspraak blijven zij ook na den afstand behouden, die alleen het verhaal van den man op zijne vrouw wegneemt, en 's mans vermogen dus met de geheele schuld bezwaart; betaalt de vrouw dus

de schuld af, dan heeft zij het recht om het volle bedrag van haar man terug te vorderen. ¹⁾ Het Bestuur, tegen wiens uitspraak men bij de Rechtbank in Haarlem in hooger beroep kwam, besliste ook hier weer in het belang der schatkist, door bij de berekening van successierecht de nalatenschap der vrouw niet met die schuld te verminderen.

De wet zegt nergens, dat de afstand de vrouw ook bevrijdt van de vergoeding, die zij aan de gemeenschap moet uitkeeren wegens schulden, door haar ten huwelijk aangebracht, en staande gemeenschap door gemeenschapsbaten afbetaald; wij zullen dus aan den afstand die werking niet mogen toekennen.

Door dien afstand heeft de man alleen recht op de gemeenschapsbaten, maar is hij alleen ook verplicht alle gemeenschapsschulden af te doen.

Mocht er op het eind nog een voordeelig saldo in de gemeenschapskas blijken over te zijn, dan zal hij volgens art. 1 *bis* der successiewet geacht worden dit door het overlijden zijner vrouw uit haar boedel geërfd te hebben, en er dus successierecht voor moeten betalen. Dit is ontkend voor de gemeenschap van winst en verlies, op grond dat art. 1 *bis* der successiewet alleen het oog heeft op de gemeenschap van goederen.

¹⁾ Rechtbank te Haarlem 9 Oct. 1883. W. 5061. De zaak werd besproken door den off. v. just., doch niet door de Rechtbank beslist. Loke. Handb. voor Not. § 30 bl. 470.

De Code art. 1494 zegt het uitdrukkelijk; ons wetboek noemt in art. 187. 3. B. alleen handelsschulden der vrouw, en de schulden door haar vóór het huwelijk gemaakt.

Terecht is hier echter tegen aangevoerd¹⁾: 1° dat de woorden „gemeenschap” algemeen zijn, en 2° dat in 1869 deze bepaling in de wet is opgenomen om te voorkomen, dat door afstand van de gemeenschap door de erfgenamen der vrouw het door den man genoten voordeel van het recht van successie bleef vrijgesteld, zoodat de ratio der bepaling meebrengt, dat zij worde toegepast in elk geval, waarin de man voordeel geniet tengevolge van den afstand.

Het kan gebeuren, dat er na de ontbinding der gemeenschap voor- of nadeelen opkomen, wier oorzaak aanwezig was, toen de gemeenschap nog bestond, en die voor de gemeenschap zouden zijn, als zij niet ontbonden was.

In ons oud-vaderlandsch recht was men het er niet over eens, of die vermindering of vermeerdering der bezittingen in de gemeenschap viel, of alleen hem toekwam, wien die goederen toebehoorden.²⁾ In het wetboek NAPOLEON ingericht voor Holland echter werd verklaard in art. 193, dat men beslissen moest, alsof de gemeenschap nog bestond. Bij de beraadslagingen over ons Burgerlijk Wetboek³⁾ schrapte men met opzet deze bepaling; men wilde den rechter de beoordeeling vrij laten, daar de regel van art. 193 W. v. 1809 niet in alle gevallen rechtvaardig werkte. Ons inziens geschiedde dit te recht, nu toch kan de rechter be-

¹⁾ Missive van 22 Oct. 1881. n°. 4. P. W. 6629, bevestigd bij vonnis v. d. Rechtbank te 's Gravenhage 25 April 1882. P. W. 6630.

²⁾ A. A. WESEL. De Quaest. inter. conj. comm. N°. 157, 158.

³⁾ VOORDUIN. II. p. 393.

slissen, wat hij oordeelt, dat het meest met recht en billijkheid overeenstemt. DIEPHUIS ¹⁾ wenscht zich alleen te houden aan de wet, die door de woorden „staande huwelijk” bepaalde grenzen heeft gesteld, en hierdoor al wat daar buiten ligt ook buiten de gemeenschap sluit; door art. 193 W. N. v. H. toch weg te laten is aan elke uitbreiding dier woorden de pas afgesneden. Dat uitbreiding verboden is, zal dadelijk toegegeven moeten worden, en nimmer zal dan ook de rechter de vruchten, die staande de gemeenschap gekweekt, na de ontbinding rijp geworden zijn, aan iemand anders uit kunnen keeren dan aan hem, die de bron der vruchten bezit, maar wel degelijk mag hij bij de volkomen vrijheid, die de wet hem geeft, de vrouw, wier man staande gemeenschap moeite noch tijd gespaard heeft om den oogst te doen slagen, tot uitkeering eener vergoeding aan haar man noodzaken.

Zoo zal het kunnen voorkomen, dat een man voortdurend uit de gemeenschapsbaten voor zijn pensioenfonds heeft gestort, en alzoo een recht op pensioen verkreeg, dat in de plaats tredende van de gemeenschapsbaten ook der gemeenschap toebehoorde. Na de ontbinding der gemeenschap wordt hem pensioen uitgekeerd, dat volgens het W. N. v. H. als vrucht van het pensioenrecht in de gemeenschap thuisbehoorde. Hier nu zal onze rechter, daar de wet hem vrijlaat, eene andere beslissing kunnen nemen, en in stede van den regel der staande gemeenschap ver-

¹⁾ N. B. R. IV. bl. 349 en vlgg.

kregen en „wirksame” rechten, den man zijn pensioen, dat hij niet alleen toch wegens die stortingen erlangt, en dat voorts een zoo geheel persoonlijk karakter draagt, in zijn geheel kunnen laten behouden.

Stel een levensverzekering echter, waarvan de premie steeds uit gemeenschapsbaten betaald werd, wordt na de ontbinding der gemeenschap opvorderbaar; het recht op de verzekering was tijdens het huwelijk reeds verkregen, zonder eenige uitbreiding van de woorden „staande huwelijk” zal de rechter de verzekering aan beide echtgenooten kunnen toekennen; hij zal echter, zoo hij dat rechtvaardiger oordeelt, omdat het de bedoeling van partijen is, de verzekering mogen toekennen aan hem alleen, wiens leven verzekerd is.

Mr. G. BELINFANTE ¹⁾ wil de levensverzekering in elk geval in de gemeenschap brengen; en stelt haar op één lijn met de rechten, die staande de gemeenschap reeds „wirksam” waren. Lettende op onze vroegere wetgeving, die beide rechten in twee verschillende artikelen behandelde, en op de beraadslagingen over ons wetboek, die er toe leidden om de bepaling, omtrent de rechten met een vroegere oorzaak te schrappen, kunnen wij die volkomen gelijkstelling niet aannemen.

Omtrent schulden, die eerst na de ontbinding des huwelijks ontstaan, en in het algemeen omtrent elk verlies, met een oorzaak staande de gemeenschap reeds aanwezig, zal de rechter weer moeten nagaan, of de toepassing van den regel mogelijk zij, zoo ja, of hij rechtvaardig werken zal, zoo neen, wat dan volgens

¹⁾ W. v. h. R. 4374. A^o. 1879.

zijn oordeel het meest met recht en billijkheid overeenkomt.

Of de vrouw nog niettegenstaande haar afstand die voordeelen zal genieten, of nadeelen zal hebben te dragen, zal ook van het oordeel des rechters afhangen. Beslist hij, dat iets tot de gemeenschapswinst of het gemeenschappelijk verlies behoort, dan heeft de vrouw er niets mee te maken; in de andere gevallen echter kan er op haar vermogen wel invloed uitgeoefend worden.

HOOFDSTUK III.

INVLOED VAN HET FAILLISSEMENT OP DE GEMEENSCHAP VAN WINST EN VERLIES.

De gemeenschap van winst en verlies wordt door het faillissement¹⁾ niet ontbonden, de wet kent aan het faillissement toch nergens een zoodanige werking toe. De gemeenschap zal dus blijven voortduren, totdat zij door een der in het Burgerlijk Wetboek genoemde oorzaken ophoudt te bestaan.

Er kunnen zich vele goederen in den faillieten boedel bevinden, welke aan de echtgenoot, die met den failliet in gemeenschap van winst en verlies gehuwd is, afzonderlijk toebehooren, en evenals een derde zijne rechten bewijzen, en van den faillieten boedel afzonderen kan, zal ook het buiten gemeenschap gebleven goed door de niet gefailleerde echtgenoot gereclameerd kunnen worden. De middelen, tot staving van dat reclamerecht aan te voeren, zouden in het Burgelijk Wetboek gezocht moeten worden, als niet de wetgever bij het behandelen van verschillende rechten

¹⁾ Voor kennelijk onvermogen geldt ook alles, wat hier over faillissement wordt gezegd (art. 897 Rv.).

der vrouw bij het fallissement van haar man afzonderlijke bewijsmiddelen voor haar in het W. v. K. had neergeschreven. Waarom sprak hij *hier* over *rechten der vrouw*? Raadplegen wij de geschiedenis, dan zien wij, vooral in Frankrijk vóór de invoering van den Code de Commerce groot bedrog gepleegd tegenover de crediteuren door den failliet, die hetzij „sous le régime dotal,” hetzij „sous le régime en communauté” gehuwd, zooveel mogelijk goederen onttrok aan het faillissement, met de bewering, dat zij aan zijne vrouw toebehoorden. De man, die zijn boedel dus met beslag bedreigd zag, kocht voor zijn geld goederen aan op naam zijner vrouw, of wel er werd door de vrouw, vóór alle crediteuren een *dos* uit 's mans boedel genomen, die wel in de huwelijksche voorwaarden vermeld, maar dikwijls niet aan den man was uitgekeerd; de vrouw had toch een wettelijke hypotheek op alle zijne goederen tot zekerheid van hare persoonlijke bezittingen, die hij beheerde; ook kwam de vrouw bij voorrang op voor bij huwelijksche voorwaarden bedongen douariën. Aan deze knoerij maakte de Code de Commerce van 1807 een eind, die, hoewel hij niet Napoleon's plan om alle bezittingen der vrouw voor 's mans schulden aansprakelijk te stellen, volgde, toch hare rechten aanmerkelijk besnoeide; in den Code de Commerce vinden wij toch het volgende bepaald:

1° dat *alle* onroerende goederen, staande gemeenschap door de vrouw gekocht, vermoed worden den man toe te behooren, tenzij het tegendeel bewezen zij (art. 547).

2° dat de vrouw niet als eischeres in het faillissement van haar man mag optreden voor de voordeelen,

waarop zij krachtens huwelijkscontract aanspraak kon maken (art. 549).

3° dat de schulden, die de vrouw voor haar man zal hebben afbetaald, vermoed worden met zijn eigen penningen te zijn afbetaald, behoudens tegenbewijs. (art. 550).

4° dat de haar toekomende wettelijke hypotheek zich slechts uitstrekt op de onroerende goederen, die de man bij het aangaan des huwelijks bezat (art. 551).

5° dat de vrouw alle aanspraak op hare roerende goederen verliest, behoudens eenige uitzonderingen (art. 554).

Men zou kunnen vragen, waarom dergelijke bepalingen ook niet voor den man zijn gemaakt, wiens vrouw in staat van faillissement is verklaard.

Dit laat zich gedeeltelijk daardoor verklaren:

1°. dat de misbruiken, die bij faillissement tegen de crediteuren gepleegd werden, alleen voorkwamen bij bankiers en handelaars in het groot, welke betrekkingen vrouwen niet bekleedden.

2°. dat het gemeene recht en de slechte wetgeving van JUSTINIANUS alleen de vrouw tegenover de schuldeischers van haar man begunstigden niet omgekeerd; ook heeft de man geen *dos* terug te vorderen. ¹⁾

In 1811 werd de Code de Commerce ten onzent ingevoerd, en daarmede ook die strenge bepalingen omtrent de rechten der vrouw bij faillissement van haar man; men vond echter de bepalingen wat al te hard, en eerst bij het ontwerp van 1825, en vervolgens in ons tegenwoordig wetboek werden zij trapsgewijze

¹⁾ Zie A. C. HOLTJUS. Het Ned. faillietenrecht bl. 494, 1878. (ED. DE GEER).

milder gemaakt; zij komen thans alleen in toepassing bij beperkte gemeenschap of geheele uitsluiting van gemeenschap, doordat bij de wet van 16 Juni 1832 S. n°. 26 de wettelijke gemeenschap uitgebreid werd over *alle* goederen en *alle* schulden der echtgenooten, zoodat hier van een terugnemen van buiten gemeenschap gebleven goederen geen sprake kan zijn.

Hoe luiden de bepalingen omtrent dit onderwerp nu in ons Wetboek van Koophandel?

1°. In geval van faillissement van den man neemt de vrouw in natura terug alle roerende en onroerende goederen, welke haar toebehooren en niet in de gemeenschap vallen (art. 880. 1. K.).

Men wilde daarmede te kennen geven, dat de bepaling van art. 554 C. d. C. omtrent het verlies harer roerende goederen noch het vermoeden van art. 547 C. d. C. omtrent de onroerende goederen in onze wet waren overgenomen; door deze wijziging vond men het noodzakelijk om aan te wijzen, hoe de vrouw hare rechten op roerend en onroerend goed bewees, en vandaar:

2°. de artt. 880. 2. 3. 4. K.

3°. De vrouw oefent hare hypothecaire rechten uit evenals alle andere schuldeischers van dien aard (art. 881 K.).

De legale hypotheek werd in ons recht afgeschaft; maar om aan te toonen, dat de vrouw daardoor niet van elke hypotheek beroofd was, werd haar het recht, om hypotheek te bedingen op de goederen van haar man, hier uitdrukkelijk toegekend.

4°. Zij deelt voor hare persoonlijke schuldvorderingen met de overige concurrente schuldeischers (art. 881 K.).

daardoor verwijderde men de nadeelige praesumptie van art. 550 C. d. C. uit ons recht.

5°. De goederen, door de vrouw uit krachte van art. 880 teruggenomen, blijven belast met de hypotheken en schulden, waarmede dezelve wettiglijk waren bezwaard (art. 882 K.). Deze bepaling werd overgenomen uit den C. d. C. (art. 548).

6°. Art. 883 K; omtrent de voordeelen bij huwelijksche voorwaarden bedongen: volkomen overeenstemmende met art. 549 van den C. d. C.

Het bestaan van vele van de genoemde bepalingen is slechts te begrijpen, wanneer wij hare historische wording kennen. Wie toch zou de vrouw het recht betwist hebben om goederen te reclameeren, die in den boedel van den failliet niet thuisbehoorden? Wie zou haar minder recht geven voor hare persoonlijke en hypothecaire rechten, dan elk ander persoonlijk of hypothecair schuldeischer?

Iets werkelijk afwijkends van het gemeene recht bevatten echter de artt. 880. 2. 3. 4. en 883 K, waarvan wij alleen het eerste artikel zullen bespreken, omdat het tweede niet tot ons onderwerp behoort. Vooraf zij echter opgemerkt, dat wij die afwijkende bepalingen niet mogen toepassen op den man, wiens vrouw failliet is; voor hem zal dus het gemeene recht gelden, zij zijn toch ontstaan om bedrog van de vrouw bij faillissement van den man tegen te gaan, en mogen niet op andere gevallen uitgebreid worden.¹⁾

¹⁾ DIEPHUIS. N. H. R. III. bl. 315 noot 4, verklaart die bepalingen echter ook op den man van toepassing.

Art. 880. 2. 3. 4. K. behandelt nu de bijzondere bewijsmiddelen, die de vrouw bij faillissement van haar man heeft aan te voeren tot terugneming van hare persoonlijke bezittingen:

a. De aanbrengst van hare onroerende goederen wordt benevens die van inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, en andere op naam staande effecten en inschulden bewezen volgens art. 205 B. Wij zagen, dat het bewijs omtrent die aanbrengst volgens het Burgerlijk Wetboek volkomen vrij is.

b. De roerende goederen, staande huwelijk bij erfenis, legaat of schenking aan de vrouw opgekomen, worden bewezen van haar te zijn door beschrijving of andere voldoende bescheiden ten genoegen van den rechter. Waar de vrouw volgens het Burgerlijk Wetboek alzoo kon volstaan met getuigenbewijs bij gebreke van bescheiden, wordt hier steeds schriftelijk bewijs gevorderd; in het ontwerp 1825 werd nog authentiek bewijs voorgeschreven, hetwelk de regeering in 1835 te bezwaarlijk vond voor de vrouw, terwijl voorts zoodanige authentieke akte geen waarborg opleverde voor de oprechtheid der opgave van den man.¹⁾

c. De roerende en onroerende goederen onder bezwarenden titel verkregen, kunnen dan alleen worden teruggenomen, als de vrouw hare rechten daarop door voldoende bescheiden ten genoegen des rechters bewijst. Hier vinden wij dus steeds een schriftelijk bewijs vereischt, waar in het Burgerlijk Wetboek ook getuigenbewijs is toegelaten.

¹⁾ VOORBUIN. X. bl. 818.

De woorden van art. 880. 4. K: „goederen, voortgesproken uit de belegging of wederbelegging van gelden” laten niet toe, dat daaronder mede begrepen worden, de gelden, van de goederen der vrouw afkomstig, die nog in natura in de boedel aanwezig zijn, gelijk ook uit de geschiedenis blijkt.¹⁾ Voor deze is wel art. 880. 1. K. toepasselijk, maar voor het bewijs zullen wij het Burgerlijk Wetboek moeten raadplegen, dat door het niet-geven van een voorschrift omtrent de bewijsmiddelen voor roerend goed, onder bezwarenden titel verkregen, de vrouw volkomen vrijlaat.

De vrouw treedt, gemachtigd door haar man, wien het faillissement de familierechten niet ontnemt, voor hare rechten op, die zoo zij in haar bewijs slaagt, van den boedel gescheiden en van onder het beheer van den curator weer onder dat van den man gesteld zullen worden.²⁾

De crediteuren zijn bij het leveren van tegenbewijs niet gebonden aan de bewijsmiddelen van het Burgerlijk Wetboek of de exceptioneele bepalingen uit het Wetboek van Koophandel, welke bepalingen alleen gelden voor de echtgenooten;³⁾ zij kunnen op alle mogelijke wijzen aantonen, dat die goederen wel tot den faillieten boedel behooren.

Alzoo zal alles wat den failliet persoonlijk toebe-

¹⁾ VOORDUIN. X. bl. 818 en 819.

²⁾ Hij, die reclamerecht heeft, is vrij van de verificatie, die alleen voor schuldvorderingen op den faillieten boedel bestaat. Het tegendeel werd beweerd door MR. DE BERSSET diss. Leiden 1859. bl. 71. Zie diss. van: SLOET VAN HAGENDORP. Utrecht 1868. bl. 86 en 87.

³⁾ DIEPHUIS. N. B. R. IV. bl. 355.

hoort, of niet bewezen kan worden, hem niet toe te behooren, benevens de gemeenschapsbaten strekken tot bevrediging der crediteuren, waaronder bij faillissement van den man ook de handelscrediteuren van zijne vrouw, die openbare koopvrouw is, mogen opkomen.¹⁾ De niet failliete echtgenoot heeft vóór de ontbinding geen recht op de gemeenschapsbaten, maar kan ook niet gedwongen worden zijn aandeel in de gemeenschapsverliezen nu reeds in den boedel te storten, daar die verplichting eerst bij de ontbinding ontstaat, en er dan wellicht winst in plaats van verlies is. Zoo ook zal dan eerst verschuldigd zijn, wat elk der echtgenooten aan de gemeenschap, voor aflossing zijner schulden van vóór het huwelijk, moet betalen, en dan eerst gevorderd kunnen worden, wat elk wegens zijne niet meer in natura aanwezige aanbrengst van de gemeenschap mag eischen.

Hoewel erkend wordt, dat de gemeenschap blijft bestaan, en de rekening van winst en verlies in het algemeen eerst bij de ontbinding zal opgemaakt moeten worden, wordt echter door sommigen ²⁾ eene uitzondering gemaakt voor de vordering wegens niet meer in natura aanwezige aanbrengsten; deze vordering mag, naar men meent, vóór dien tijd ingesteld worden, omdat zij een persoonlijke vordering op den man is, die in art. 881 K. gelijkgesteld met de persoon-

¹⁾ Welk verhaal hij op zijne vrouw heeft, hangt van hunne huwelijksche voorwaarden af.

²⁾ Rechtbank te Amsterdam 12 Juni 1885. Paleis v. Justitie n°. 32*. Dit vonnis werd bevestigd door het Hof van Z.-Holland bij arrest van 11 Maart 1887. Paleis v. Justitie n°. 24*.

lijke vorderingen zijner concurrente schuldeischers, evenals deze opeischbaar (art. 778 K.), en voor verificatie vatbaar wordt.

In Amsterdam nl. bracht eene vrouw, in gemeenschap van winst en verlies getrouwd, eene som van f 18,125 in contante penningen ten huwelijk. Na eenigen tijd faillleerde de man, waarop de vrouw, die hare penningen noch in natura, noch belegd in den boedel vond, zoodat zij van art. 880 K. geen gebruik kon maken, verificatie vorderde voor een bedrag van f 18,125 krachtens art. 881 K, hetgeen Rechtbank en Hof haar toestonden; de man toch was verantwoordelijk voor haar persoonlijk goed, dat hij beheert, welke verantwoordelijkheid van zelf meebracht, dat hij aansprakelijk was voor de wederoplevering van dat goed, dat met de gemeenschap niets te maken had, en bij afwezigheid aan haar vergoed moest worden. ¹⁾

Wij kunnen ons met deze uitspraak niet vereenigen, daar wij de vordering der vrouw wegens hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst als eene vordering op de gemeenschap aanmerken, ²⁾ die door het faillissement *niet* opeischbaar wordt verklaard.

Het door Rechtbank en Hof aangevoerde zou volko-

¹⁾ Volgens deze meening blijft de vrouw bij afstand van de gemeenschap hare vordering wegens hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst behouden; de afstand oefent toch geen invloed uit op persoonlijke vorderingen van de vrouw tegen den man.

²⁾ Zij, die aan de vrouw een repriserecht toekennen voor hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst kunnen de vrouw ook niet als concurrent creditrice laten optreden; het repriserecht toch wordt uitgeoefend op de gemeenschapsbaten, waarop zij vóór de ontbinding geenerlei recht heeft, en bij gebreke daarvan eerst op 's mans persoonlijke goederen; of de gemeenschapsbaten echter ontbreken, blijkt ook eerst bij de ontbinding.

men waar zijn, wanneer er eene geheele uitsluiting van elke gemeenschap tusschen de echtgenooten bedongen was; dan voorzeker zou de vrouw evenals ieder, die goed aan den failliet heeft toevertrouwd, dat door reivindicatie aan den faillieten boedel kunnen onttrekken, of zoo het niet meer in natura bestond, zich voor de waarde kunnen laten verifieeren. Het aldus geredde goed of geld komt weer onder beheer van den man, die bij de ontbinding der gemeenschap zal moeten vergoeden, hetgeen de vrouw door zijn faillissement te kort kwam, tenzij hij rehabiliteerd en daardoor van die verplichting vrijgesteld is.

Bij eene gemeenschap van winst en verlies zal nu hetzelfde gelden voor de buiten gemeenschap gehouden goederen, die zich in natura in den boedel bevinden, daar het ten opzichte van dat goed is, als bestond er geen gemeenschap tusschen de echtgenooten; maar als die goederen verdwenen zijn, dan heeft zij geenerlei actie vóór de ontbinding der gemeenschap tegen den man, omdat zij bij huwelijksche voorwaarden er in heeft toegestemd, dat de goederen, die wegraakten, eene vermindering der bezittingen zouden vormen, die hetzij door haar alleen, hetzij door den man *mede* gedragen moest worden. *Na de ontbinding der gemeenschap* heeft zij, zoo de man de vermindering mee moet betalen, eene persoonlijke actie tegen hem voor zijn aandeel, terwijl zij, zoo hij verzuim gepleegd heeft in het beheer harer goederen, eene actie tot vergoeding tegen hem heeft; het faillissement ontbindt, zooals wij zagen, de gemeenschap niet.

De vrouw, die vóór de ontbinding der gemeenschap

alzoo geenerlei actie tot vergoeding harer niet meer in natura aanwezige aanbrengst heeft, kan door het faillissement van haar man groote schade lijden, maar zij wist, of kon althans weten, dat iets dergelijks door hunne huwelijksche voorwaarden voor zou kunnen komen. Habet, quod sibi imputet.

Of zou de wetgever wellicht in de artt. 880 vlgg. K. hebben willen te kennen geven, dat zij voor hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst steeds eene persoonlijke actie tegen den man heeft, in welke gemeenschap zij ook gehuwd zij, en aldus willen afwijken van de bepalingen over de gemeenschap van winst en verlies?

1°. Is dit in de woorden der wet, niet zonder mijns inziens ongeoorloofde interpretatie, te lezen:

Art. 880 K. spreekt over goederen der vrouw in natura aanwezig, art. 881 K. over hare persoonlijke schuldvorderingen. Door deze artt. zou de wetgever hebben willen bepalen, dat de goederen der vrouw, *niet* meer in natura aanwezig, *steeds* het object eener persoonlijke actie zouden vormen?

- 2°. wordt door het aannemen van dit nauwe verband tusschen beide artikelen eene verandering in het huwelijksgoederenrecht teweeggebracht, die werkelijk wel waard was bij de beraadslagingen over die artt. gereleveerd te worden, waarvan echter nergens gesproken wordt.

In het nieuwe ontwerp eener wet op het faillissement en de surséance van betaling ¹⁾ treffen wij de

¹⁾ Het ontwerp is met een toelichting den koning aangeboden door de Staatscommissie, ingesteld bij Z. M.'s besluit van 22 Nov. 1879 n°. 26.

artt. over de rechten der vrouw in de tweede afdeeling:
„Gevolgen der faillietverklaring” als art. 61 en vlgg. aan.

Behouden zijn de artt. 880, 881. 2. (art. 61 N. O.) en 883 (art. 62 N. O.), terwijl art. 61 N. O. met eene alinea is aangevuld: „Indien de goederen, haar toebehoorende, door haren man zijn vervreemd, doch de koopprijs nog niet is betaald, of wel de kooppenningen nog onvermengd met den faillieten boedel aanwezig zijn, kan zij haar recht van terugneming op dien koopprijs of op de voorhanden kooppenningen uitoefenen”; hetwelk zonder die bepaling, zooals wij zagen, toch reeds gold.

Als overbodig zijn geschrapt de artt. 881. 1. en 882 K; waarom ook niet art. 881. 2. K? Dat art. is toch ook volmaakt overtollig, evenals art. 881. 1. K, welks bestaan zich echter nog als inleiding, op hetgeen in het artikel verder staat, laat rechtvaardigen.

Mr. POLENAAR ¹⁾, die het nieuwe ontwerp kritizeert, bejammert ten zeerste, dat niet het gansche art. 61 N. O. is weggelaten, omdat het verband tusschen de verschillende alinea's het verkeerde stelsel, als zou de vrouw, bij elke gemeenschap behalve de algeheele, voor hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst als concurrent creditrice mogen optreden, zal bestendigen. Zoolang er echter zijn, die deze vordering, ook vóór de ontbinding der gemeenschap, als eene persoonlijke vordering op den man beschouwen, zal zelfs de weglating van het geheele artikel mijns inziens het euvel niet doen verdwijnen.

¹⁾ Rechtsgel. Magazijn. 1888. 1^e afl. bl. 14—24.

HOOFDSTUK IV.

HET NIEUWE ONTWERP BURGERLIJK WETBOEK.

Bij Koninklijk Besluit van 28 Februari 1880 is er tot herziening van ons Burgerlijk Wetboek eene commissie benoemd, die in 1886 een deel van het door haar ontworpen heeft gepubliceerd, waaronder zich ook het huwelijksvermogenrecht bevindt.

In de memorie van toelichting wordt verklaard, dat men niet het voetspoor zou volgen van een ontwerp, besproken in de Nederlandsche Juristen-vereeniging¹⁾ met praeadvies van Mr. Th. Borret, die de waarde van alle door de echtgenooten aangebrachte goederen ten dage van het aangaan des huwelijks wilde vergelijken met de waarde ten dage der ontbinding van de gemeenschap. Alle meerdere waarde zou winst, alle mindere verlies zijn, waarbij dan rekening moest gehouden worden met de waarde op het tijdstip der verkrijging van alle goederen, aan ieder der echtgenooten gedurende de gemeenschap bij erfenis, making of schenking opgekomen.

¹⁾ Handelingen der Ned. Jur. Ver. 1882 bl. 91 vlgg.

Hoewel dit stelsel door zijn eenvoud aanlokte, wilde de commissie het niet volgen, omdat het niet overeenstemde met de opvatting van gemeenschap van winst en verlies, die bij ons burgerrecht heeft verkregen, waarvan het hoofddenkbeeld juist daarin bestaat, dat er geen vereeniging van vermogen zijn zal. Wij kunnen ons op dezen grond volkomen met het conservatisme der commissie vereenigen.

Ons inziens is echter bij de regeling der gemeenschap te veel aan de bestaande bepalingen vastgehouden, waardoor leemten die in ons Burgerlijk Wetboek voorkomen, onaangevuld zijn gebleven. De verbeteringen, waardoor het ontwerp uitmunt, wenschen wij hier niet te bespreken, het zijn slechts zijne gebreken, waarop wij hier zullen wijzen. Zien wij vooreerst het artikel, waarin de regel van winst en verlies vervat is.

Art. 216. „Bij de gemeenschap van winst en verlies wordt voor winst gehouden de vermeerdering van vermogen gedurende de gemeenschap opgekomen uit de vruchten en inkomsten van ieders goederen en arbeid, alsmede uit de voordeelen door geluk aangebracht; voor verlies de vermindering van vermogen door de uitgaven, door ieder der echtgenooten gedurende de gemeenschap gedaan en door de schulden door ieder hunner gedurende de gemeenschap gemaakt". Door deze uitgebreide bepaling is het gevaar, van oorzaken van vermeerdering of vermindering van vermogen over te slaan veel kleiner geworden; dat er echter nog onvolledigheid bestaat, blijkt, als wij de vermeerdering van het vermogen van een der echtgenooten zien plaats hebben door afbetaling van schulden, vóór het huwelijk

gemaakt, met geld hetzij van de gemeenschap, hetzij van de andere echtgenoot, of als wij het vermogen van een dier echtgenooten zien verminderen, doordat eet- of drinkwaren, die zich daarin bevinden, staande gemeenschap door de echtgenooten worden opgegeten of gedronken? ¹⁾ Onder welke oorzaak is deze vermeerdering of vermindering van vermogen te brengen? Toch zullen zij de gemeenschap aangaan, omdat elke vermeerdering of vermindering, die niet is uitgesloten (artt. 219, 220, 221 N. O.) in de gemeenschap valt op grond van art. 214 N. O. Door de redactie: Vermeerdering of vermindering van vermogen staande gemeenschap is gemeen, ware op korte en tegelijk meer volledige wijze de bedoeling der commissie weergegeven. ²⁾ Dit zijn echter slechts redactie-kwesties, maar meer bezwaar bestaat er mijns inziens tegen het ontwerp waar het een leemte laat bestaan, die in ons B. W. voortkomt en die wij in het nieuwe Deutsche ontwerp voor een burgerlijk wetboek uitgegeven in 1888 gedeeltelijk zien aangevuld. § 1421 ³⁾ der afdeeling handelende over de Errungenschaftsgemeinschaft spreekt het vermoeden uit, dat het vermogen, dat aan het einde der gemeenschap aanwezig is, der gemeenschap

¹⁾ Het kan toch gebeuren, dat door een der echtgenooten wijn, of ingemaakte groenten ten huwelijk worden aangebracht.

²⁾ Alle schulden, staande de gemeenschap gemaakt, zullen als eene vermindering van vermogen onder dien regel te brengen zijn, tenzij zij onder één der uitzonderingen vallen.

³⁾ Es wird vermuthet, dass das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei. Sind verbrauchbare Sachen, welche zu dem Sondergute eines der Ehegatten gehört haben, nicht mehr vorhanden, so wird zu Gunsten dieses Ehegatten vermuthet, dass die Sachen in das Gesamtgut verwendet seien, und das letztere um den Werth der Sachen bereichert worden sei.

toebehoort, terwijl de verbruikbare zaken, aan een der echtgenooten toebehoorende, zoo zij bij de ontbinding der gemeenschap niet meer over zijn, als gemeenschappelijk verlies worden vergoed, tenzij blijkt dat het verlies slechts ten laste van een der echtgenooten behoort te komen.

Het is toch zeer goed mogelijk, dat er zich goederen in den boedel bevinden, waarop geen der echtgenooten eenig recht kan doen gelden, waarvan men niet weet, of zij bij het aangaan des huwelijks aanwezig waren of eerst later zijn verkregen. Wat hieromtrent te beslissen? Is het een vermeerdering van vermogen, die der gemeenschap ten goede komt, of valt zij onder eene der uitzonderingen? En evenzoo kunnen er goederen, aan een der echtgenooten toebehoorende, verdwenen zijn, zonder dat aangetoond kan worden, wat de oorzaak van dat verdwijnen was. Moet de gemeenschap dat verlies dragen, of de eigenaar dier goederen? In het Duitsche ontwerp meent men, dat het bewijs omtrent het verdwijnen van *verbruikbare zaken*, slechts ondoenlijk zijn kan, doch evengoed kan dit b. v. bij onroerende zaken het geval zijn. Door nu in het algemeen te bepalen, dat alles wat in de gemeenschap is, haar ook toebehoort, tenzij de echtgenooten het tegendeel aantoonen, en door den regel, dat alle zaken, die staande gemeenschap verdwenen zijn, door de gemeenschap vergoed moeten worden, tenzij de aan te wijzen oorzaak van het verdwijnen de schade ten laste van den eigenaar brengt, ware elke rechtsonzekerheid in dit opzicht vermeden.

Een tweede bezwaar hebben wij tegen art. 219

N. O.: „Waardevermeerdering of waardevermindering der goederen aan een der echtgenooten toebehoorende, op welke wijze ontstaan, wordt niet als winst of verlies beschouwd. Voor zoover de kosten der waardevermeerdering uit de gemeenschap zijn bestreden, is de eigenaar tot vergoeding daarvan gehouden”. Volgens de memorie van toelichting wordt in dit artikel saamgevat, alles wat ons wetboek in de artt. 215, 216 en 217 bepaalt. De beteekenis, die hierdoor aan de woorden „waardevermeerdering of -vermindering” gegeven wordt, mag met recht vreemd genoemd worden. Van waardevermeerdering of -vermindering kan toch alleen gesproken worden, wanneer de zaak dezelfde is gebleven, niet wanneer zij grooter of kleiner is geworden of geheel verdwenen. Voortaan zal men van een huis, dat tot den grond toe is afgebrand, van eene zaak die men verloren heeft, of van een voorwerp, dat ons ontstolen is, moeten getuigen, dat die goederen sterk in waarde zijn verminderd. Ik betwijfel zeer, of een latere wetsuitlegger zooveel aan de bedoeling des wetgevers zal hechten, dat hij aan de woorden van art. 219 N. O. een beteekenis, volkomen met ons taaleigen in strijd, geven zal.

De weg tot rechtsonzekerheid zal openstaan, en door velen zal een vermindering van het vermogen, door watersnood b. v., voor rekening van de gemeenschap gebracht worden, op grond, dat het eene vermindering is, die, als niet vallende onder een der uitzonderingen, door de gemeenschap behoort gedragen te worden.

Art. 217 B. W. ware volgens mij aldus te veranderen: Vermindering van vermogen, die niet door

eenige rechthandeling van een der echtgenooten wordt veroorzaakt, komt ten laste van den eigenaar, wiens vermogen verminderd is. De artt. 215 en 216 B. W. eischen geenerlei wijziging.

Alhoewel het toe te juichen is, dat de kosten der waardevermeerdering, zoo zij uit de gemeenschap genomen zijn, door den eigenaar vergoed moeten worden, gaat de commissie eensdeels te ver, anderdeels echter lang niet ver genoeg.

De commissie gaat te ver, omdat het zeer goed kan voorkomen, dat het goed bij de ontbinding der gemeenschap weer in minder goeden staat verkeert, dan vóór de vertimmering, ja zelfs zoo verminderd is, dat de kosten, eertijds voor die vertimmering besteed, meer bedragen dan de waarde van het goed zelf, terwijl men niet vergeten moet, dat gedurende de gansche gemeenschap ook de andere echtgenoot genot van die vertimmering gehad heeft. Daarom had de commissie mijn inziens liever eene bepaling moeten maken zooals het Duitsche ontwerp bevat, dat in 1420 vergoeding voorschrijft, voor zoover het afzonderlijk goed van een der echtgenooten ten tijde der ontbinding van de gemeenschap meer waard is geworden.

Het ontwerp gaat echter niet ver genoeg: waar toch des mans goed verbeterd is op kosten van zijne vrouw, behoort hem alleen de verbetering, doch heeft hij de kosten slechts ten deele te dragen, doordat de vermindering van het vermogen van de vrouw door die uitgaven gedeeltelijk ook haar ten laste komt.

De volgende regel zou volgens mijn bescheiden meening de genoemde bezwaren uit den weg ruimen:

Indien het vermogen van een der echtgenooten op kosten der gemeenschap of van het vermogen van den anderen echtgenoot ten tijde der ontbinding van de gemeenschap in waarde vermeerderd is, moet door den eigenaar aan de gemeenschap of aan den anderen echtgenoot eene met de verrijking gelijkstaande vergoeding worden betaald.

Hetzelfde behoorde bepaald te worden voor het geval, dat een gemeenschapsgoed verrijkt is uit het afzonderlijk vermogen van een der echtgenooten.¹⁾

Zagen wij tot hiertoe de meer ernstige bezwaren, die het nieuwe ontwerp aanbiedt, zoo wenschen wij thans ook kleinere aanmerkingen te noemen, die ons bij het lezen van het nieuwe ontwerp in het oog zijn gevallen.

Letten wij dan vooreerst op het nieuwe art. 217: „Alle winst en verlies, na het ophouden der gemeenschap vallende, maar waarvan de oorzaak gedurende de gemeenschap is geboren, komt in de gemeenschap. Onder die winst valt ook hetgeen krachtens levensverzekering, tijdens de gemeenschap gesloten na de ontbinding daarvan invorderbaar wordt, doch niet pensioenen, voor zoover die na die ontbinding worden genoten. Voor zoover later verkregen voordeelen voortvloeien uit arbeid en kosten deels vóór, deels na de

¹⁾ Soweit das Sondergut eines der Ehegatten auf Kosten des Gesamtgutes oder das Gesamtgut auf Kosten eines Sondergutes zur Zeit der Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft bereichert ist, muß dafür, unbeschadet der aus besonderen Gründen sich ergebenden weiter gehenden Ansprüche des einen oder anderen Ehegatten, aus dem bereicherten Gute zu dem anderen Gute Ersatz geleistet werden.

ontbinding der gemeenschap aangewend, heeft verrekering daarvan tusschen de echtgenooten of hunne rechtverkrijgenden plaats."

Door dit wijdloopige artikel heeft men den rechter de vrijheid ontnomen om volgens recht en billijkheid omtrent die voor- en nadeelen te beslissen; wij hadden die rechterlijke vrijheid liever behouden gezien, waar toch de rechterlijke macht ten onzent van onkreukbare rechtschapenheid is, moet de wet de grenzen binnen welke zij te oordeelen heeft, zoo ruim mogelijk laten, opdat de uitspraak: „lex dura, sed lex" hoe langer hoe zeldzamer voorkome. Of zal het niet hard zijn voor de vrouw, wiens man zijn leven te haren behoefte heeft verzekerd, opdat zij een rustigen ouden dag zou hebben, als na zijn dood zijne erfgenamen of crediteuren haar de helft of meer van de verzekeringssom betwisten kunnen, en als zij, afstand van de gemeenschap doende, hare rechten op de gansche som prijs moet geven? Of zal het niet onrechtvaardig zijn den man, wien bij de ontbinding der gemeenschap een lot wordt toebedeeld, te dwingen den prijs later daarop gevallen uit te keeren, onverschillig of het lot nog in zijne handen is, of niet?

De bewijsmiddelen zijn niet meer afzonderlijk, maar in de afdeeling over wettelijke gemeenschap handelende, te zoeken.

De commissie stelt ten opzichte dezer bewijsmiddelen met de onroerende goederen gelijk de op naam staande inschulden, effecten, aandeelen en schepen, maar bij eene verkrijging om niet van die laatstgenoemde zaken vinden wij eene door niets gemotiveerde afwijking,

daar staan zij gelijk met de andere roerende zaken; art. 203 N. O. zegt toch: de man kan op geen *roerend goed*, dat hij beweert na de huwelijks-voltrekking persoonlijk te hebben verkregen, aanspraak maken, tenzij zijn recht daarop door boedelbeschrijving, regelmatig gehouden registers of andere bescheiden ten genoegen des rechters blijkt. Onder dat verkrijgen van roerend goed is ook te verstaan het verwerven onder bezwarenden titel, waarvoor in afwijking van ons Burgerlijk Wetboek voor den man steeds schriftelijk bewijs wordt vereischt. Hoewel nu dat artikel zoo algemeen gesteld is, vallen er niet onder op naam staande inschulden, effecten, aandeelen en schepen *staande de gemeenschap aangekocht*, waarvoor volgens art. 201 N. O. het bewijs voor onroerend goed, hetzelfde als in ons art. 214 B. genoemd wordt, geldt.

De woorden „staande gemeenschap” worden in art. 201 N. O. niet gebezigd, daar staat „gedurende het huwelijk”; hierdoor wordt echter een 2^e alinea noodig, waarin de eerste alinea niet toepasselijk wordt verklaard voor aankopen na scheiding van tafel en bed, of scheiding van goederen. Waarom niet aan eene kortere, even juiste redactie de voorkeur gegeven? De plaatsing van art. 201 N. O. vóór de bepalingen omtrent de bewijsmiddelen der zaken bij den *aanvang* van het huwelijk reeds aanwezig, is ook minder juist. Ten slotte nog een enkele opmerking:

De gemeenschap van winst en verlies is volgens ons recht een afzonderlijk vermogen, aan beide echtgenooten toebehoorende, maar waarop geen van beiden eigendomsrechten kan doen gelden vóór de ontbinding

(art. 210 B.). Bij executie van den boedel van den man dus zal de gemeenschapsboedel mede verkocht kunnen worden, zonder dat de vrouw een aandeel uit de gemeenschapsbaten voor zich kan eischen. Wij vinden hier alzoo eene groote afwijking van het nieuwe Duitsche ontwerp, waar slechts bepaalde verbintenissen op de gemeenschap kunnen verhaald worden (art. 1423.).

Over dit systeem willen wij hier niet verder spreken, noch het voor ons recht aanbevelen, doch wel verdient volgens ons een wettelijke regeling van de verhouding der crediteuren tegenover de echtgenooten na volging. Deze verhouding is toch volgens ons recht geheel en al ongeregeld, het eenige artikel, dat er iets over zegt is art. 168. 2. B, terwijl art. 185 B, dat ook voor de gemeenschap van winst en verlies geldt, over de verhouding der crediteuren na ontbinding der gemeenschap spreekt. Alle overige bepalingen omtrent gemeenschapsschulden betreffen de interieure verhouding, tusschen de echtgenooten onderling (artt. 176, 218. 1. B.).

Algemeen wordt aangenomen, dat voor gemeenschapsschulden niet alleen aangesproken kan worden die echtgenoot, die die schulden heeft gemaakt, maar ook steeds de man als beheerder der gemeenschap, en wel in hun afzonderlijk vermogen, naast en behalve het gemeenschapsvermogen.

Door art. 168 B. wordt nu bepaald, dat ook andere dan gemeenschapsschulden behalve op het vermogen van de handelende echtgenoot op den boedel van den man verhaald kunnen worden n.l. de handelsschulden der vrouw.

Na de ontbinding der gemeenschap zullen de crediteuren van gemeenschapsschulden hunne rechten behouden, gelijk uit art. 185 j° 208 B. blijkt.

Wij hadden verwacht, dat ons nieuwe ontwerp die leemte in onze wet had aangevuld, maar zoeken daarin tevergeefs de zoo zeer gewenschte regeling.

Eene verandering is er gebracht in de bepalingen omtrent de gemeenschap van winst en verlies, die echter geene wijziging in de exterieure verhouding teweeg brengt, wat toch vroeger art. 168. : B. voorschreef, (welke bepaling thans is vervallen), blijft nog gelden, doordat alle schulden, door ieder der echtgenooten gedurende de gemeenschap gemaakt, gemeenschapsschulden zijn geworden, hetgeen eene vordering tegen den man als beheerder der gemeenschap doet ontstaan. Art. 185 B. is onveranderd in het ontwerp overgenomen (art. 169. N. O.).

In bovenstaande regelen hebben wij naar ons beste weten ons oordeel over het nieuwe ontwerp uitgesproken, en wanneer onze met alle bescheidenheid voorgedragen opmerkingen niet geheel stilzwijgend mochten worden voorbijgaan, zullen wij ons ruimschoots beloond rekenen voor de moeite, aan dit schrijven besteed.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Een prijs gevallen op een lot uit de loterij, of een aandeel in eene premieleening komt bij eene gemeenschap van winst en verlies aan diengenen der echtgenooten toe, aan wien dat lot of dat aandeel toebehoort.

II.

In art. 168. z. B beteekent gemeenschap elke soort van gemeenschap.

III.

Tot den boedel in den zin van art. 236 B. moet niet worden gerekend de helft in winst en verlies, die volgens art. 240 B. aan den hertrouwden echtgenoot komt.

IV.

In art. 212 B. verdient de redactie: „Voor winst wordt bij deze gemeenschap gehouden de vermeerdering, voor verlies de vermindering van beider bezittingen staande gemeenschap” de voorkeur boven hetgeen er thans te lezen staat.

V.

Een wettig kind van een natuurlijk, wettiglijk erkend kind mag bij plaatsvervulling opkomen voor zijns vaders legitieme in de nalatenschap van zijn grootvader.

VI.

Ouders hebben recht op een legitieme uit de nalatenschap van hun natuurlijk wettiglijk erkend kind.

VII.

Het ware wenschelijk, dat de wetgever het schrijven van een proefschrift ter verkrijging van den graad van doctor in de rechts- of staatswetenschap facultatief stelde.

VIII.

Het ware wenschelijk, dat zij alleen tot notaris

benoemd konden worden, die den graad van doctor in de rechtswetenschap verkregen hebben.

IX.

Cognoscementen zijn geen leveringspapieren.

X.

Een failliet krijgt, na het ontslag van den curator ingeval van art. 885 K, het beheer en de beschikking over zijne goederen terug.

XI.

Eene vrouw in gemeenschap van winst en verlies gehuwd kan zich niet laten verifieeren in het faillissement van haar man voor de waarde voor hare niet meer in natura aanwezige aanbrengst.

XII.

Een schuldeischer, die tevens schuldenaar van zijn schuldenaar is, mag conservatoir beslag leggen onder handen van zichzelf,

XIII.

De gedaagde in burgerlijke zaken heeft steeds het recht van anticipatie of van vervroeging van termijn.

XIV.

Het onderscheid tusschen daderschap en medeplichtigheid moet gezocht worden in het opzet, waarmede gehandeld is.

XV.

De afschaffing van de pistole verdient ten zeerste afkeuring.

XVI.

Er bestaat geen principieel onderscheid tusschen misdrijven en overtredingen in ons strafwetboek.

XVII.

Met „andere bewijsmiddelen” in art. 403 Sv. wordt bedoeld: andere bewijsmiddelen als de bekentenis.

XVIII.

De toepassing van art. 180 der Grondwet eischt invoering van eenen algemeenen dienstplicht.

XIX.

Art. 80. i. der Grondwet laat de invoering van het algemeen kiesrecht niet toe.

XX.

Een besluit, door den burgemeester tevens lid van den raad *alleen* genomen, na twee vruchteloze vergaderingen, is wettig (art. 49 Gemeentewet).

XXI.

Een lid van den gemeenteraad, dat de raadsvergadering verlaat, voordat hij aan de stemming heeft deelgenomen, kan niet geacht worden te zijn *opgekomen* in den zin van art. 49. 1. Gemeentewet.

XXII.

Onze registratiebelasting op de overdracht van onroerend goed verdient uit een oeconomisch oogpunt afkeuring, hoewel geheele afschaffing niet wenschelijk zou zijn.

XXIII.

De Romeinen rekenden de culpa in concreto niet tot de culpa lata.

