

Naschrift bij reactie van Van Wijk-Verhagen en Yildiz

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl)

Graag maak ik gebruik van de gelegenheid die de redactie mij biedt, om een naschrift te schrijven bij de reactie van Van Wijk-Verhagen en Yildiz op mijn bijdrage over de nieuwe draagplichtregel van art. 1:100 lid 2 BW, die ik te eng acht.¹

Zoals Van Wijk-Verhagen en Yildiz terecht veronderstellen, is mijn opvatting over deze nieuwe draagplichtregel inderdaad ingegeven door de naar mijn mening te strenge jurisprudentie van de Hoge Raad over de verknochtheidsregel van art. 1:94 lid 5 BW, waaruit blijkt dat hij zelden of nooit een bijzondere mate van verknochtheid aanneemt, zodat schulden meestal gemeenschapsschulden en geen privéschulden zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat ter zake van gokschulden die een echtgenoot tijdens het bestaan van de gemeenschap is aangegaan, en ter zake van schulden uit een bankkrediet dat een echtgenoot tijdens het bestaan van de gemeenschap heeft verkregen en aan de andere echtgenoot heeft verzwegen, de gemeenschap (lees: de beide echtgenoten ieder voor de helft) en dus niet uitsluitend de desbetreffende echtgenoot in privé draagplichtig is. Zouden gokschulden en schulden uit een verzwegen bankkrediet vóór het huwelijk zijn aangegaan, dan zijn dit uiteraard sinds 2018 privéschulden, omdat zij ten huwelijk zijn aangebracht en niet tijdens het bestaan van de gemeenschap zijn ontstaan (art. 1:94 lid 7 aanhef BW). In dat geval is uiteraard slechts de desbetreffende echtgenoot voor 100% draagplichtig op grond van art. 1:96 lid 5 BW.

De draagplichtregel 100%-0% van de door mij genoemde art. 6:170 lid 3 eerste volzin en 7:866 lid 1 BW is inderdaad van andere aard dan die van de door mij voorgestelde versie van art. 1:100 lid 2 BW, maar hiermee heb ik slechts willen aangeven dat mijn voorstel goed past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen.²

Van Wijk-Verhagen en Yildiz gaan er terecht van uit dat ik onder ‘schulden van de gemeenschap’ in het door mij voorgestelde art. 1:96 lid 4 derde volzin BW (nieuw) niet de kosten van de huishouding begrijp. Hiervoor heeft de wetgever immers een bijzondere draagplichtregel geformuleerd, te weten de ‘viertrapsraket’ van art. 1:84 lid 1 eerste volzin BW, die niet geldt voor zover bijzondere omstandigheden zich ertegen verzetten (art. 1:84 lid 1 tweede volzin BW) dan wel bij schriftelijke overeenkomst een hiervan afwijkende regeling is getroffen (art. 1:84 lid 3 BW).

Ik ben mij er terdege van bewust dat ‘reprises’ en ‘récompenses’ (art. 1:96 lid 4 en 5 BW) in de praktijk meestal geldend worden gemaakt na ontbinding van de gemeenschap – bijvoorbeeld door indiening van het echtscheidingsverzoek of door overlijden – en dat de echtgenoten elkaar hiermee niet moeten bestoken tijdens het huwelijk, zolang hun verhouding nog goed is. In die zin heb ik geen onoverkomelijke bezwaren tegen de in art. 1:100 lid 2 aanhef BW voorkomende passage ‘bij de ontbinding van de gemeenschap’, maar soms kan

¹ WPNR 2018/7184, p. 209-210.

² In de zin van HR 30 januari 1959, NJ 1959/548, m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).

het nodig of nuttig zijn om dergelijke aanspraken wel degelijk reeds tijdens het bestaan van de gemeenschap, dus vóór haar ontbinding, geldend te maken. Zo kan toch immers ook de ‘redelijke vergoeding’ van art. 1:95a BW, die de echtgenoot-ondernemer onder bepaalde omstandigheden aan de gemeenschap is verschuldigd (met onmiddellijke werking vanaf 2018, ook voor gemeenschappen die vóór 2018 zijn ontstaan!), tijdens het bestaan van de gemeenschap worden gevorderd door de echtgenoot die niet de ondernemer is? Nergens staat dat dit een finaal gebeuren is, het kan dus ook een periodieke verplichting zijn. Sterker nog: art. 1:95a BW is opgenomen in afdeling 1.7.1 BW met algemene bepalingen die betrekking hebben op de *nog niet ontbonden* gemeenschap. De wetgever heeft naar mijn mening iets te ondoordacht, om niet te zeggen: klakkeloos, de redactie van art. 1:127 lid 1 aanhef BW (oud) betreffende de sinds 2012 uit de wet verdwenen gemeenschap van vruchten en inkomsten overgenomen, waartoe echter geen enkele reden bestaat, zeker niet waar het gaat om het vereiste dat er een tekort is, dus het geval waarin de schulden van de gemeenschap de waarde van de goederen van de gemeenschap overtreffen.

In de door mij voorgestelde tekst van art. 1:96 lid 4 derde volzin BW (nieuw) heb ik bewust gekozen voor *maatstaven* in plaats van *eisen* van redelijkheid en billijkheid, omdat ik vind dat strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid op zich voldoende is.

Van Wijk-Verhagen en Yildiz hoeven zich niet te verbazen over mijn bijdrage, want ook voor mij is de rechtszekerheid, zeker in het familie(vermogens)recht, een groot goed. De beginselen, de eisen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid staan inderdaad vaak haaks op de rechtszekerheid. Men moet echter in dit verband wél onderscheid maken tussen de externe en de interne rechtszekerheid. Het allerbelangrijkst is de rechtszekerheid naar derden toe. Jegens hen mag bijvoorbeeld geen enkele onzekerheid bestaan over het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten, dus over het antwoord op de vraag welke goederen en schulden tot de gemeenschap dan wel tot een van beide privévermogens behoren.

In de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten is er daarentegen juist veel meer ruimte voor de beginselen, de eisen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Na ontbinding van de gemeenschap vloeit dit voort uit art. 3:189 lid 2 i.v.m. art. 3:166 lid 3 i.v.m. art. 6:2 BW. Vóór ontbinding van de gemeenschap (en ook als er in het geheel geen sprake is van een gemeenschap) kan men art. 6:2 BW rechtstreeks toepassen voor zover de verhouding tussen de echtgenoten kan worden gekwalificeerd als een verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, hetgeen o.a. het geval is als de ene echtgenoot uit hoofde van een draagplichtregel iets heeft te vorderen van de andere echtgenoot.

Art. 1:100 lid 2 BW is een draagplichtregel en werkt dus slechts tussen de echtgenoten onderling. Deze regel betreft geen aansprakelijkheid van personen en evenmin verhaalsaansprakelijkheid of uitwinbaarheid van vermogens, want in dat geval zou de rechtspositie van derden worden geraakt. Een ‘tenzij’-passage zoals deze voorkomt aan het slot van laatstgenoemde bepaling, vormt dan ook in de praktijk volgens mij geen enkel probleem. Men vergelijk in dit verband ook de ‘bijzondere omstandigheden’ in het kader van de slechts intern werkende bepalingen van art. 1:84 lid 1 tweede volzin en lid 2 slot BW betreffende de draagplicht en de fourneerplicht ter zake van de kosten van de huishouding. Ook de beginselen, de eisen en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen naar mijn oordeel ongetwijfeld verband houden met deze ‘bijzondere omstandigheden’.

Mijn conclusie is dan ook dat mijn voorstel tot wijziging van de nieuwe draagplichtregel van art. 1:100 lid 2 BW volledig *Quint/Te Poel*-proof is.