

# De beperkte, eenvoudige gemeenschap van een huurrecht van buiten iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap gehuwde echtgenoten

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck

HR 14 december 2007, LJN: BA4202 (mrs. J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser; A-G mr. L. Strikwerda)

Geschil tussen voormalige echtelieden over verrekening wegens overbedeling ter zake van huurrecht van echtelijke woning; medehuur echtgenoot; voortzetting huurovereenkomst na echtscheiding; verhouding tussen artikelen 7:266 lid 5 en 3:185 BW; redelijkheid en billijkheid

## De feiten<sup>1</sup>

- 1 Partijen zijn op 11 december 1986 te Amstelveen met elkaar gehuwd onder uitsluiting van iedere huwelijksgoederengemeenschap.
- 2 De vrouw was sedert 5 maart 1980 huurster van de woning. De man is vanwege zijn huwelijk met de vrouw op grond van (thans) artikel 7:266 BW medehuurder van de woning geworden.
- 3 Op 16 juli 1991 heeft de vrouw de man gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en gevorderd dat echtscheiding tussen partijen zal worden uitgesproken.<sup>2</sup> Voorts vorderde de vrouw dat zal worden bepaald dat zij huurster van de woning zal zijn. In reconventie heeft de man gevorderd te bepalen dat hij huurder van de woning zal zijn.
- 4 Bij vonnis van 25 augustus 1993 heeft de rechtbank tussen partijen echtscheiding uitgesproken. Het vonnis is op 8 februari 1994 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand van de gemeente Amstelveen.
- 5 Bij voormeld vonnis is (in reconventie) bepaald dat de man huurder van de woning zal zijn. Het vonnis is op dit punt bij arrest van 27 juni 1996 door het gerechtshof te Amsterdam bekrachtigd. De vrouw heeft hierin berust.

## Het geding in feitelijke instanties<sup>3</sup>

In de onderhavige procedure vordert de vrouw dat de man wordt veroordeeld om ten titel van verrekening van de waarde van het huurrecht van de woning een bedrag van f 50.000,- aan de vrouw te betalen. De vrouw heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd:

- dat de woning op haar kosten volledig is gerenoveerd en dat de zolderverdieping is verbouwd tot een zelfstandige woonruimte;
- dat de (verbouwings)werkzaamheden meer dan f 100.000,- hebben gekost;
- dat het huurrecht van de woning, doordat partijen buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd zijn geweest, een ‘gebonden’ gemeenschap heeft opgeleverd en een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt, aangezien het gaat om een gerenoveerde woning, gelegen in een van de betere buurten met een relatief lage huurprijs en een zolderverdieping die als zelfstandige woonruimte kan worden (onder)verhuurd voor een bedrag dat nagenoeg gelijk is aan de huurprijs van de gehele woning;
- dat de waarde van het huurrecht kan worden geschat op een bedrag van f 100.000,-, welk bedrag nog door partijen dient te worden verrekend.

De rechtbank heeft in haar tussenvonnis geoordeeld dat het huurrecht van de woning in beginsel een waarde vertegenwoordigt en dat, nu rechtens is bepaald dat de man de huur mag voortzetten en hij daarmee ook de aan het huurrecht toe te kennen waarde heeft verkregen, de vrouw in beginsel wegens overbedeling recht heeft op een bedrag, gelijk aan de helft van de waarde van het huurrecht. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat er geen

<sup>1</sup> Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

<sup>2</sup> De echtscheidingsprocedure was toen nog een dagvaardingsprocedure. Zij is een verzoekschrift-

procedure geworden op grond van de Wet van 1 juli 1992, *Stb.* 1992, 373, in werking getreden op 1 januari 1993, tot herziening van het scheidingsprocesrecht.

<sup>3</sup> Ontleend aan de punten 3.2.1, 3.2.2 en 3.2.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

termen zijn om de waarde van het huurrecht op nihil te stellen, nu onweersproken is gebleven dat de woning in een van de betere buurten ligt, een relatief lage huurprijs heeft en bovendien een zolderverdieping heeft die als zelfstandige woonruimte kan worden onderverhuurd voor een bedrag dat nagenoeg gelijk is aan de huurprijs van de gehele woning, inclusief de zolder. De rechtbank heeft, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, de zaak naar de rol verwezen onder meer teneinde de man in de gelegenheid te stellen opgave te doen van de feitelijke huurprijs van de woning per 27 september 1996, alsmede partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over het aantal en de perso(n)en van (een) eventueel te benoemen deskundige(n) ter beantwoording van de vraag of de feitelijke huurprijs als een marktconforme huurprijs kan worden aangemerkt. Bij eindvonnis heeft de rechtbank overwogen dat, nu de man geen gevolg heeft gegeven aan hetgeen hem bij het tussenvonnis is verzocht, moet worden uitgegaan van het bedrag van f 100.000,- waarop de vrouw de waarde van het huurrecht heeft geschat, en de man veroordeeld aan de vrouw de helft van dit bedrag (€ 22.689,01) te betalen.

Op het hoger beroep van de man heeft het hof het tussen- en eindvonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de vrouw alsnog afgewezen. Daartoe overwoog het hof (rov. 4.4) het volgende.

Artikel 7:266 Burgerlijk Wetboek (BW) en voor de invoering daarvan artikel 7A:1623g BW, beoogt een regeling te geven om de positie van de scheidende en in de echtelijke woning blijvende echtgenoot te beschermen tegenover de verhuurder. In de echtscheidingsprocedure tussen partijen is onherroepelijk beslist dat de man huurder is van de voormalige echtelijke woning. Anders dan de vrouw stelt is het huurrecht dat aan partijen tot de echtscheiding gezamenlijk toekwam, geen vermogensbestanddeel dat na echtscheiding voor verdeling c.q. verrekening in aanmerking komt. De inspanningen en kosten waarvan de vrouw stelt dat zij zich deze in het verleden heeft getroost om de woning te verbeteren en/of te verfraaien waardoor de waarde van de woning is vermeerderd, komen niet aan de man als huurder doch aan de eigenaar die niet in deze procedure is betrokken, ten goede. Of de man de zolderetage al dan niet legaal kan verhuren is niet van belang, nu de zolderetage deel uitmaakt van de woning en bij het huurrecht is inbegrepen.

#### *Het cassatiemiddel<sup>4</sup>*

Het middel strekt ten betoge dat het hof heeft miskend dat het huurrecht, dat aan partijen gezamenlijk toekwam, wel degelijk een vermogensbestanddeel is dat na echtscheiding in aanmerking komt voor verdeling of verrekening (onderdeel 1), dat het hof de vordering van de vrouw ten onrechte heeft opgevat als een vordering tot verdeling of verrekening van de waardevermeerdering van de woning (onderdeel 2), en dat het hof ten onrechte niet van belang heeft geacht of de man de zolderetage van de woning al dan niet legaal kan verhuren (onderdeel 3).

#### *Beoordeling van het middel door de Hoge Raad*

De Hoge Raad beoordeelt het door de vrouw tegen het arrest van het hof gerichte cassatiemiddel in zijn drie onderdelen als volgt.

3.4.1 Indien een echtgenoot ingevolge art. 7:266 lid 1 BW medehuurder van een door de andere echtgenoot gehuurde woonruimte is geworden, kan de rechter op de voet van het vijfde lid van die bepaling in geval van echtscheiding op verzoek van een van de echtgenoten bepalen wie van hen huurder van de woonruimte zal zijn. Daarbij bepaalt de rechter de dag van ingang van de huur met deze echtgenoot; op dezelfde dag eindigt dan de huur met de andere echtgenoot. Art. 7:266 lid 5 BW kan overeenkomstig worden toegepast indien de woonruimte door de beide echtgenoten tezamen is gehuurd.

3.4.2 Art. 7:266 lid 5 voorziet aldus in een regeling omtrent de voortzetting van de huurovereenkomst na echtscheiding, waarbij de rechter beslist – met werking tegenover de verhuurder – wie van de echtgenoten de huur met betrekking tot de door hen tezamen bewoonde woonruimte na de echtscheiding (alleen) mag voortzetten. De rechter zal bij deze beslissing rekening dienen te houden met alle omstandigheden van het geval. Dat brengt in de regel mee dat ten aanzien van beide echtgenoten belangen van uiteenlopende aard in aanmerking moeten worden genomen. Die belangen kunnen enerzijds van financiële aard zijn, zoals de mogelijkheid om de huur te kunnen betalen, de wens om te mogen blijven genieten van een relatief lage huurprijs, de financiële mogelijkheden om elders betaalbare passende woonruimte te vinden, en de kosten verbonden aan een verhuizing. Maar anderzijds zijn die belangen vaak ook – in ieder geval ten dele – van immateriële of subjectieve aard, zoals de gehechtheid aan de woonruimte, de mogelijkheid of wenselijkheid dat de kinderen (bij de verzorgende ouder) in de woning kunnen blijven wonen, de afstand van de woning tot familie, school of werk, of aanpassingen die aan de woning verricht zijn met het oog op de werksituatie of lichamelijke gesteldheid van een der echtgenoten. De afweging van deze en andere omstandigheden is voorbehouden aan de rechter, die de vrijheid moet hebben om, hoewel meerdere argumenten ten gunste van de ene echtgenoot pleiten, toch doorslaggevend gewicht toe te kennen aan een bepaald belang van de andere echtgenoot. Het kan onder omstandigheden dan ook onvermijdelijk zijn dat de ene echtgenoot een financieel nadeel lijdt dan wel een voordeel moet prijsgeven doordat het huurrecht aan de andere echtgenoot wordt toegewezen.

3.4.3 Indien de echtgenoten in algehele gemeenschap van goederen gehuwd zijn, valt het huurrecht in de wettelijke algehele goederengemeenschap (vgl. HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563). Indien de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen gehuwd zijn, valt het huurrecht in een beperkte gemeenschap die is ontstaan doordat zij de woonruimte gezamenlijk hebben gehuurd dan wel doordat een van hen huurder was en de ander ingevolge art. 7:266 lid 1 medehuurder is geworden; de prestatie van de verhuurder is immers ondeelbaar en de echtgenoten hebben jegens de verhuurder een gezamenlijk vorderingsrecht (art. 3:166 lid 1 BW in verbinding met art. 6:15 lid 1 en 2 BW). Door de beslissing van de rechter als bedoeld in art. 7:266 lid 5 valt het huurrecht niet langer in de tussen hen bestaande (algehele of beperkte) gemeenschap en komt het nog slechts aan een van beiden toe, zodat deze beslissing in zoverre mede moet worden aangemerkt als een verdeling door de rechter als bedoeld in art. 3:185 BW.

3.4.4 Gelet evenwel op de aard van de hiervoor in 3.4.2 beschreven afweging, waarin alle omstandigheden – ook die van financiële aard – dienen te worden betrokken, en in aanmerking genomen dat voortaan enkel de voormalige echtgenoot die de huur van de woning voortzet aansprakelijk is voor de betaling van de huurprijs, terwijl de andere echtgenoot tegenover het verlies van het huurrecht daarvan bevrijd is,

<sup>4</sup> Ontleend aan punt 3.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van het arrest van de Hoge Raad.

moet als regel aanvaard worden dat de op grond van art. 7:266 lid 5 gegeven beslissing in het licht van de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen de voormalige echtgenoten (deelgenoten) beheerst, in beginsel niet kan leiden tot een vorderingsrecht van een voormalige echtgenoot wegens overbedeling van de andere echtgenoot die ingevolge die beslissing de huur van de woning voortzet. Dit geldt ook indien de voor de woonruimte verschuldigde huurprijs lager is dan hetgeen naar objectieve maatstaven voor een dergelijke woonruimte gevraagd zou kunnen worden, ongeacht of zulks het gevolg is van verbeteringen die door (een van) de voormalige echtgenoten aan de woning zijn aangebracht. De omstandigheid dat in zoverre wellicht van een 'overwaarde' van het huurrecht gesproken zou kunnen worden, is onvoldoende grond voor een vordering van een voormalige echtgenoot tot vergoeding van 'onderbedeling' als gevolg van de op art. 7:266 lid 5 gegronde rechterlijke beslissing het huurrecht aan de andere echtgenoot toe te delen.

3.4.5 Er bestaat slechts grond om op voornoemde regel een uitzondering toe te laten indien sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als geen enkele verrekening zou plaatsvinden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien aan de huurovereenkomst een koopoptie tegen gunstige voorwaarden is verbonden, of indien de echtgenoten gewoon waren een gedeelte van het gehuurde onder te verhuren zodat daardoor extra inkomsten werden verworven.

3.4.6 In de hier bedoelde uitzonderingsgevallen komt aan de rechter een grote vrijheid toe om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval de omvang van de voor verrekening in aanmerking komende 'overwaarde' te bepalen, terwijl hij voorts – mede gelet op art. 3:185 lid 3 BW – kan bepalen dat die waarde wordt vergoed in een bedrag ineens dan wel in termijnen gedurende een bepaalde looptijd. De in art. 7:266 lid 5 bedoelde procedure biedt zelf geen ruimte voor behandeling van een eventuele overbedelingsvordering wegens de toewijzing van het huurrecht. Indien de echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, kan een dergelijke overbedelingsvordering worden betrokken bij de verdeling van de algehele goederengemeenschap. Indien slechts sprake is van een beperkte gemeenschap met betrekking tot het huurrecht, zal een eventuele overbedelingsvordering afzonderlijk aanhangig gemaakt kunnen worden, al dan niet als een nevenvoorziening zoals bedoeld in art. 827 lid 1 Rv.

3.5 Onderdeel 2 is gericht tegen de overweging van het hof dat de inspanningen en kosten waarvan de vrouw stelt dat zij zich deze in het verleden heeft getroost om de woning te verbeteren of te verfraaien waardoor de waarde van de woning is vermeerderd, niet aan de man als huurder doch aan de eigenaar ten goede komen. Het onderdeel beoogt terecht dat het hof aldus miskend heeft dat de vrouw niet verdeling of verrekening van de waardevermeerdering van de woning, doch van de waarde van het huurrecht vordert. Het onderdeel kan evenwel niet tot cassatie leiden, omdat de hier bedoelde stellingen van de vrouw op zichzelf onvoldoende grond opleveren voor de door haar ingestelde overbedelingsvordering (zie hierboven 3.4.4).

3.6.1 De onderdelen 1 en 3 komen terecht op tegen de oordelen van het hof dat het huurrecht dat tot de echtscheiding aan partijen gezamenlijk toekwam, geen vermogensbestanddeel is dat na echtscheiding voor verdeling of verrekening in aanmerking komt, en dat niet van belang is of de man de zolderetage (al dan niet legaal) kan verhuren. De vrouw heeft in de feitelijke instanties aangevoerd dat de zolderverdieping van de woning ten tijde van hun samenwoning tijdens huwelijk onderverhuurd werd. Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid daarvan valt zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet uit te sluiten dat aanleiding bestaat tot toewijzing van een vordering wegens overbedeling (zie hierboven 3.4.5).

3.6.2 Opmerking verdient dat de enkele mogelijkheid om de woonruimte aan derden te onderverhuren, nog niet een overbedelingsvordering als hier bedoeld rechtvaardigt. Daarvoor is nodig dat deze verhuurbaarheid voldoende was geconcretiseerd om tussen de echtelieden als te verrekenen waarde te gelden, hetgeen met name het geval is indien zij (een gedeelte van) het gehuurde reeds daadwerkelijk onderverhuurd en daaruit inkomsten verwierven.

3.6.3 Indien echter de inkomsten uit onderverhuur in het kader van de eventuele vaststelling van alimentatieverplichtingen tussen de voormalige echtgenoten worden betrokken bij de bepaling van de behoefte of draagkracht van degene aan wie het huurrecht is toegedeeld – en die inkomsten aldus mede ten voordele strekken van de andere partij –, bestaat in de regel geen grond meer voor (toewijzing van) een overbedelingsvordering van die andere partij.

3.7 Na verwijzing zullen partijen hun stellingen mogen aanpassen aan hetgeen hierboven is overwogen.

## De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 22 december 2005, verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing en compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## Noot

### 1 Inleiding

Na ruim 55 jaren heeft het huurgenot-arrest van de Hoge Raad<sup>5</sup> een vervolg gekregen in het onderhavige arrest, zij het dat het arrest van 1952 betrekking heeft op echtgenoten die in de wettelijke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, terwijl het arrest van 2007 betrekking heeft op echtgenoten die met uitsluiting van iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap zijn gehuwd. In 1952 besliste de Hoge Raad dat, ingeval tussen echtgenoten algehele gemeenschap van goederen bestaat, het recht op het gebruik en genot van het gehuurde, dat voortvloeit uit een huurovereenkomst waarbij de man – toen nog als hoofder echtvereniging – ten behoeve van de echtelieden een woning heeft gehuurd, in de gemeenschap valt in die zin, dat dit gebruik en dit genot aan de echtgenoten tezamen toekomen, zoals ook de huurschuld door beide echtgenoten tezamen moet worden gedragen. En voor de periode na ontbinding van de huwelijksgemeenschap besliste de Hoge Raad toen dat, indien de echtgenoten het over een gemeenschappelijk gebruik van de woning niet eens kunnen worden, noch een van beiden bereid is het gebruik aan de ander alleen over te laten, terwijl scheiding en deling niet kan worden afgewacht, de meest gereede partij een beslissing van de rechter zal kunnen vragen, die alsdan, met toepassing van de beginselen van goede trouw<sup>6</sup> en billijkheid, die de rechtsverhouding tussen de deelgenoten in de ontbonden huwelijksgemeenschap mede bepalen, rekening houdende met de bijzonderheden van het gegeven geval,

5 HR 9 mei 1952, *NJ* 1953, 563, m.nt. PhANH, AA 1952-1953, p. 40-44, m.nt. JD (huurgenot).

6 De Hoge Raad bedoelt de objectieve goede trouw

van art. 1374 lid 3 BW (oud), thans de redelijkheid en billijkheid van de art. 3:12, 6:2 en 6:248 BW. Voor de rechtsverhouding tussen deelgenoten

in een nalatenschap, erfgenamen dus, heeft de Hoge Raad hetzelfde beslist; zie HR 20 december 1946, *NJ* 1947, 59, m.nt. EMM (Kessels-Kessels).

de gedragslijn der deelgerechtigden zal bepalen en, zo nodig, vaststellen wie van beiden de woning moet verlaten.

De rechtsverhouding tussen deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap wordt naar huidig recht nog steeds beheerst door de beginselen van redelijkheid en billijkheid; alleen vloeit dit laatste nu rechtstreeks uit de wet voort en hebben wij daarvoor geen rechtspraak meer nodig (zie immers art. 3:189 lid 2 jo. art. 3:166 lid 3 jo. art. 6:2 BW). Voorts kennen wij naar huidig recht de voorziening van artikel 7:266 BW, die in de onderhavige procedure een belangrijke rol speelt, terwijl de Hoge Raad in het arrest van 2007 ook ingaat op de vraag hoe het met het huurrecht is gesteld als er geen huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap tussen de echtgenoten bestaat. De problemen die hiermee samenhangen, worden in het hierna volgende besproken. Aldus bevinden wij ons in het grensgebied van het huwelijksvermogensrecht, het verdelingsrecht en het huurrecht, en juist dit laatste maakt deze uitspraak van de Hoge Raad zo interessant.

## 2 Geen huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap, wél een eenvoudige gemeenschap

In dit geval zijn de echtgenoten buiten iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap gehuwd. Dit betekent echter niet dat tussen de echtgenoten geen enkele gemeenschap zou kunnen bestaan. Er kan immers altijd sprake zijn van een eenvoudige gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.1 BW (art. 3:166-188 BW). De Hoge Raad acht hier blijkens rov. 3.4.3 een beperkte, eenvoudige gemeenschap aanwezig, welke gemeenschap dan enkel het huurrecht omvat. De vrouw spreekt in dit verband in een van haar aan haar vordering ten grondslag gelegde stellingen van een ‘gebonden’ gemeenschap.<sup>7</sup> Deze terminologie doet denken aan het onderscheid tussen vrije en gebonden mede-eigendom onder het recht dat heeft gegolden tot 1 januari 1992. Dit onderscheid loopt ongeveer parallel met het onderscheid tussen eenvoudige en bijzondere gemeenschap naar huidig recht. De eenvoudige gemeenschap is geregeld in afdeling 3.7.1 BW (art. 3:166-188 BW), al gebruikt de wetgever zelf de term ‘eenvoudig’ in het geheel niet,<sup>8</sup> terwijl enige bijzondere gemeenschappen, waaronder de ontbonden huwelijksgemeenschap, zijn geregeld in afdeling 3.7.2 BW (art. 3:189-194 BW). In die zin wekt de door de vrouw gebezigde terminologie enige verbazing, want naar oud recht was hier juist sprake van vrije mede-eigendom in de zin van artikel 628 BW (oud) en naar huidig recht gaat het hier om een eenvoudige gemeenschap in de zin van de artikelen 3:166 e.v. BW.

Wanneer ontstaat deze eenvoudige gemeenschap van een huurrecht? Als iemand woonruimte huurt en vervolgens buiten iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap huwt, ontstaat de eenvoudige gemeenschap op

het tijdstip van de huwelijksvoltrekking. Als iemand buiten iedere huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap huwt en vervolgens woonruimte huurt, ontstaat de eenvoudige gemeenschap op het tijdstip van het aangaan van de huurovereenkomst. Hetzelfde geldt mutatis mutandis in geval van een geregistreerd partnerschap. Een en ander is het gevolg van het medehuuderschap van rechtswege op grond van artikel 7:266 lid 1 BW, dat bepaalt dat de echtgenoot of geregistreerde partner van een huurder van rechtswege medehuuder is, zolang de woonruimte de echtgenoot of geregistreerde partner tot hoofdverblijf strekt, ongeacht of de huurovereenkomst vóór dan wel na het aangaan van het huwelijk of van het geregistreerd partnerschap is gesloten.

Omdat de prestatie van de verhuurder, te weten het verschaffen van huurgenoet, ondeelbaar is, hebben de echtgenoten gezamenlijk één vorderingsrecht (art. 6:15 leden 1 en 2 jo. art. 3:166 lid 1 BW). Het huurrecht is een persoonlijk recht met goederenrechtelijke karaktertrekken, maar wel gewoon een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW en dus een goed in de zin van artikel 3:1 BW. Als dit goed dan aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk toebehoort, is volgens artikel 3:166 lid 1 BW gemeenschap aanwezig.

## 3 Het huurrecht na echtscheiding

Artikel 7:266 lid 5 BW bepaalt dat in geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed of beëindiging van geregistreerd partnerschap de rechter op verzoek van een echtgenoot of geregistreerde partner kan bepalen wie van de echtgenoten of geregistreerde partners huurder van de woonruimte zal zijn. De rechter bepaalt tevens de dag van ingang van de huur met deze echtgenoot of partner. Op dezelfde dag eindigt de huur met de andere echtgenoot of partner. De Hoge Raad verwijst naar deze voorziening in rov. 3.4.1. Opmerking verdient nog dat in geval van voortzetting van de huur op grond van o.a. artikel 7:266 BW degene die de huur voortzet, ingevolge artikel 7:270a BW verplicht is daarvan mededeling te doen aan de verhuurder.<sup>9</sup> Uiteraard eindigt hierdoor ook de gemeenschap van het huurrecht. Omdat het de rechter is die hierover beslist, is volgens de Hoge Raad ‘in zoverre’ tevens sprake van een rechterlijke verdeling – de zogenaamde ‘adiudicatio’ uit het Romeinse recht<sup>10</sup> – in de zin van artikel 3:185 BW (rov. 3.4.3, slotzin).

De Hoge Raad benadrukt in rov. 3.4.2 van zijn arrest dat de rechter bij de beslissing op grond van artikel 7:266 lid 5 BW rekening zal dienen te houden met alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad laat hier ook zien hoe lastig het in een concreet geval kan zijn om alle belangen tegen elkaar af te wegen, te meer nu volgens hem ten aanzien van beide echtgenoten belangen van uiteenlopende aard in aanmerking moeten worden genomen, namelijk

<sup>7</sup> Zie hierboven onder *Het geding in feitelijke instanties*.

<sup>8</sup> In de literatuur gebeurt dit echter volop; zie Asser-Perrick 3-IV, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer

2007, nr. 1 e.v. met verdere literatuurverwijzingen.

<sup>9</sup> Art. 7:270a BW is ingevoegd bij de Wet van 21 november 2002, *Stb.* 2002, 587, in werking getreden

op 1 augustus 2003, tot vaststelling van titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>10</sup> Zie HR 28 juni 1963, *NJ* 1963, 507 (adiudicatio).

niet alleen belangen van financiële aard, maar ook die van immateriële of subjectieve aard. Dit strookt dan weer met het hier eveneens van toepassing zijnde artikel 3:185 BW, dat aan het slot van het eerste lid bepaalt dat de rechter, als hij zelf de verdeling vaststelt, rekening moet houden ‘naar billijkheid zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang’.

#### 4 Hoofdregeel: geen vorderingsrecht van de ene echtgenoot wegens overbedeling van de andere, de huur van de woning voortzettende ex-echtgenoot

Ook al is het huurrecht een vermogensrecht, zodat men zou verwachten dat toedeling daarvan aan een van beide ex-echtgenoten leidt tot toekenning van een geldvordering aan de andere ex-echtgenoot ten bedrage van de helft van de waarde van het huurrecht, moet volgens de Hoge Raad toch als regel worden aanvaard dat de op grond van artikel 7:266 lid 5 BW gegeven beslissing in het licht van de beginselen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen de ex-echtgenoten beheersen, in beginsel niet kan leiden tot een vorderingsrecht van een voormalige echtgenoot wegens overbedeling van de andere ex-echtgenoot die ingevolge die beslissing de huur van de woning voortzet (rov. 3.4.4 met verwijzing naar o.a. de aard van de belangenafweging als beschreven in rov. 3.4.2). Een ‘overwaarde’ van het huurrecht is onvoldoende grond voor een vordering van een voormalige echtgenoot wegens diens ‘onderbedeling’. De terughoudendheid van de Hoge Raad in dit verband is begrijpelijk, juist vanwege de zeer verschillende belangen die hier tegen elkaar moeten worden afgewogen.

#### 5 Uitzonderingen op de hoofdregeel

De Hoge Raad is slechts bereid om op de hoofdregeel een uitzondering toe te laten indien sprake is van bijzondere omstandigheden, op grond waarvan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als geen enkele verrekening zou plaatsvinden (rov. 3.4.5). Zo ken ik de Hoge Raad weer: niet de hoofdregeel opzijzetten als onverkorte toepassing daarvan onredelijk en onbillijk zou zijn,<sup>11</sup> maar de hoofdregeel uitsluitend opzijzetten als onverkorte toepassing daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn. Zo is het en niet anders! De Hoge Raad bezigt in het onderhavige arrest – mede gelet op de redactie van de artikelen 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW – de enig juiste terminologie.

De Hoge Raad geeft zelf twee voorbeelden van een uitzondering op de hoofdregeel. Deze opsomming is niet limitatief, maar enuntiatief, nu de Hoge Raad als volgt formu-

leert: ‘Dit kan *bijvoorbeeld* [cursivering van mij, AJMN] het geval zijn indien (...)’ (rov. 3.4.5, slotzin). Het gaat om de volgende twee gevallen.

- 1 Aan de huurovereenkomst is een koopoptie tegen gunstige voorwaarden verbonden.
- 2 De echtgenoten waren gewoon een gedeelte van het gehuurde onder te verhuren, zodat daardoor extra inkomsten werden verworven.

Wellicht kan ook een latente vordering uit ongerechtvaardigde verrijking<sup>12</sup> redenen zijn om een uitzondering op de hoofdregeel toe te laten. Artikel 7:216 lid 3 BW bepaalt immers dat de huurder ter zake van geoorloofde veranderingen en toevoegingen die na het einde van de huurovereenkomst niet ongedaan worden gemaakt, vergoeding kan vorderen voor zover artikel 6:212 BW dat toestaat.

Vervolgens werkt de Hoge Raad de uitzonderingsgevallen nader uit (rov. 3.4.6), waarbij hij wijst op de grote vrijheid die aan de rechter toekomt om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval de omvang van de voor verrekening in aanmerking komende ‘overwaarde’ te bepalen. In dit verband is ook het door de Hoge Raad genoemde artikel 3:185 lid 3 BW van belang. Op grond hiervan kan de rechter zo nodig bepalen dat degene die wordt overbedeeld, de overwaarde geheel of ten dele in termijnen mag voldoen, waaraan de rechter de voorwaarde kan verbinden dat zekerheid tot een door hem bepaald bedrag en van een door hem bepaalde aard wordt gesteld.<sup>13</sup>

Hoe wordt een eventuele overbedelingsvordering procedureel behandeld? De procedure van artikel 7:266 lid 5 BW zelf biedt geen ruimte voor behandeling van deze vordering. Ingeval de ex-echtgenoten in de wettelijke gemeenschap van goederen waren gehuwd, kan de overbedelingsvordering worden betrokken bij de verdeling van deze gemeenschap. Mocht er slechts sprake zijn van een eenvoudige gemeenschap van het huurrecht, zoals in het onderhavige geval, dan kan de overbedelingsvordering volgens de Hoge Raad afzonderlijk aanhangig worden gemaakt, al dan niet als een nevenvoorziening in de zin van artikel 827 lid 1 Rv (rov. 3.4.6, slotzin). Op grond van deze bepaling kan de rechter bij echtscheiding als nevenvoorziening de navolgende voorzieningen treffen:

- (...)
- b. voorzieningen met betrekking tot de verdeling van de gemeenschap of bij huwelijksvoorwaarden overeengekomen verrekening van inkomsten of van vermogen (er is volgens mij geen aanleiding de term ‘gemeenschap’ in dit verband te beperken tot een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap, zodat ook een eenvoudige gemeenschap die door echtscheiding eindigt, zoals hier, onder deze categorie kan worden gebracht; mocht men hierover anders denken, dan kan onderdeel f uitkomst bieden);
- (...)
- e. toepassing van artikel 7:266 lid 5 BW;

11 Zie de naar mijn mening veel te slappe formulering van de Hoge Raad in de slotzin van rov. 4.3 – in het bijzonder de passage ‘op grond van redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwelijksvoorwaarden’ – van het arrest HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399, *AA* 2005, p. 472-477, m.nt. AJMN (hewelijksvoorwaarden en

daarvan afwijkend, onderling overeenstemmend gedrag van echtgenoten). Het opschrift van punt 2 van mijn kritische annotatie onder dit arrest (*Venenum in cauda est*), *AA* 2005, p. 475-476, zegt in dit verband genoeg.

12 Zie J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking. Een systematische analyse van het begrip*

*ongerechtvaardigdheid, toegepast op kostenverhaal bij bodemsanering* (diss. Rotterdam), 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2007.

13 Zie Asser-Perrick 3-IV, *Gemeenschap*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 131.

- f. een andere voorziening dan bedoeld in de onderdelen a tot en met e, mits deze voldoende samenhang vertoont met het verzoek tot echtscheiding en niet is te verwachten dat de behandeling daarvan tot onnodige vertraging van het geding zal leiden.

## 6 Overige punten

Volgens de Hoge Raad betoogt onderdeel 2 van het cassatiemiddel terecht dat het hof heeft miskend dat de vrouw niet verdeling of verrekening van de waardevermeerdering van de woning, doch van de waarde van het huurrecht vordert. Toch kan dit onderdeel niet tot cassatie leiden, gelet op de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel dat in beginsel geen plaats is voor een vordering wegens overbedeling (rov. 3.5 jo. rov. 3.4.4). Niet uit te sluiten valt echter dat toch aanleiding bestaat tot toewijzing van deze vordering, voor zover de vrouw een uitzondering op de hoofdregel aannemelijk maakt (rov. 3.6.1 jo. rov. 3.4.5). Hier zou het dan gaan om de mogelijkheid van onderverhuur van de zolderetage van de echtelijke woning (dat is dus de hierboven onder punt 5 als tweede genoemde uitzondering op de hoofdregel). De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat verhuurbaarheid op zichzelf nog niet een overbedelingsvordering rechtvaardigt. Deze verhuurbaarheid moet voldoende zijn geconcretiseerd om tussen de ex-echtgenoten als te verrekenen waarde te gelden. Toegespitst op het onderhavige geval zou dit betekenen dat is vereist dat de echtgenoten ten tijde van hun huwelijkse samenwoning de zolderverdieping reeds daadwerkelijk onderverhuurden en daaruit inkomsten verwierven (rov. 3.6.2). Mocht het nu echter hier zo zijn dat in het ka-

der van de eventuele vaststelling van alimentatieverplichtingen al rekening is gehouden met de inkomsten uit onderverhuur, te weten bij de bepaling van de behoefte van de alimentatiegerechtigde vrouw en de draagkracht van de alimentatieplichtige man (de beide pijlers van het alimentatierecht), zodat kan worden gezegd dat die inkomsten mede ten voordele strekken van de partij aan wie het huurrecht niet is toegedeeld (in dit geval de vrouw), dan bestaat volgens de Hoge Raad in de regel geen grond meer voor (toewijzing van) een overbedelingsvordering van deze partij (rov. 3.6.3).

## 7 Ten slotte

De Hoge Raad formuleert nogal wat nieuwe, belangrijke rechtsregels in het onderhavige arrest. Het is dan ook logisch en volstrekt terecht dat hij partijen in de gelegenheid stelt om na verwijzing hun stellingen aan te passen aan de rechtsoverwegingen van zijn arrest (rov. 3.7). Zo zal de man voor het Haagse hof, waarnaar het geding is verwezen, zeer waarschijnlijk benadrukken dat hier de in rov. 3.4.4 geformuleerde hoofdregel geldt, zodat een vordering wegens overbedeling niet aan de orde is, terwijl de vrouw juist zal proberen een in rov. 3.4.5 geformuleerde uitzondering op de hoofdregel aannemelijk te maken, te weten het feit dat de zolderverdieping van de echtelijke woning reeds ten tijde van de huwelijkse samenwoning werd onderverhuurd, zodat daardoor extra inkomsten werden verworven, of misschien de aanwezigheid van een latente vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. ■