

Rechten en plichten van echtgenoten (titel 1.6 BW): meer regelend recht?

André J.M. NUYTINCK

Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam

Hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen

Samenvatting

De auteur bespreekt alle artikelen van de overwegend dwingendrechtelijke titel 1.6 BW betreffende rechten en verplichtingen van echtgenoten en vraagt zich af of het dwingendrechtelijke karakter van de meeste artikelen moet worden gehandhaafd en – indien afwijking van de wet wél mogelijk is en er dus sprake is van regelend of aanvullend recht – wat de vorm van deze afwijking moet zijn, een onderhandse dan wel een authentieke akte. Hij komt tot de conclusie dat deze titel van dwingend recht moet zijn en blijven en dat slechts twee uitzonderingen op de hoofdregel mogen worden toegelaten, te weten afwijking van de wettelijke regels betreffende de draagplicht en de fourneerplicht ter zake van kosten van de huishouding (art. 1:84 lid 3 BW) en afwijking van de wettelijke regels betreffende de leer van de economische deelgerechtigdheid (art. 1:87 lid 4, eerste volzin, BW). Wat de vorm van de afwijking betreft, kan de auteur ten aanzien van eerstgenoemde bepaling wel leven met de versoepeling tot ‘bij schriftelijke overeenkomst’, maar is hij ten aanzien van laatstgenoemde bepaling kritisch met betrekking tot de volstreekte vormloosheid van de afwijking blijkens de woorden ‘bij overeenkomst’. Hier had hij liever ‘bij huwelijkse voorwaarden’ of ten minste ‘bij schriftelijke overeenkomst’ zien staan.

I. Inleiding

In deze bijdrage onderzoek ik of het wenselijk is dat de van oudsher dwingendrechtelijke titel 1.6 BW (art. 1:81-92a BW) steeds meer van regelend recht wordt en zo ja, in welke vorm de echtgenoten¹ dan hiervan zouden moeten kunnen afwijken: mondeling of schriftelijk, hetzij bij onderhandse akte, hetzij notarieel bij akte van huwelijkse voorwaarden (art. 1:114 en 115 BW). Daartoe loop ik de afzonderlijke artikelen van titel 1.6 BW na, waarbij ik uitga van de tekst van de op 1 januari 2012 in werking getreden Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen.² Anders dan de naam van deze wet doet vermoeden, is niet alleen titel 1.7 BW

¹ Hetzelfde geldt voor geregistreerde partners op grond van art. 1:80b BW. In beginsel is huwelijksvermogensrecht tevens partnerschapsvermogensrecht, behoudens het omtrent scheiding van tafel en bed bepaalde. Ongehuwde en ongeregistreerde partners vallen niet onder het regime van het huwelijksvermogensrecht, maar alleen onder het regime van het algemene vermogensrecht, in het bijzonder titel 3.7 BW (art. 3:166-200 BW) betreffende de gemeenschap, meer in het bijzonder afdeling 3.7.1 BW (art. 3:166-188 BW) betreffende de eenvoudige gemeenschap en eventueel afdeling 3.7.3 BW (art. 3:195-200 BW) betreffende nietige en vernietigbare verdelingen. Ter wille van de leesbaarheid spreek ik in deze bijdrage telkens alleen over echtgenoten, onder wie dan geregistreerde partners zijn begrepen.

² Wet van 18 april 2011, *Stb.* 2011, 205, in werking getreden op 1 januari 2012, tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen). Zie ook Besluit van 20 juni 2011, *Stb.* 2011, 335, dat niet alleen in art. 2 het tijdstip van inwerkingtreding van laatstgenoemde wet regelt, maar ook in art. 1 het Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 ingrijpend wijzigt.

betreffende de wettelijke gemeenschap van goederen gewijzigd, maar hebben ook de titels 1.6 en 1.8 BW betreffende rechten en verplichtingen van echtgenoten respectievelijk huwelijkse voorwaarden de nodige belangrijke veranderingen ondergaan.

II. Titel 1.6 BW bevat in beginsel dwingend recht

Titel 1.6 BW geldt voor alle echtgenoten, behalve indien zij van tafel en bed zijn gescheiden (art. 1:92a j.s. art. 1:169 en 173-176 BW). Het huwelijksvermogensregime doet niet ter zake. Het maakt dus niet uit of de echtgenoten zijn gehuwd in de wettelijke of een beperkte gemeenschap van goederen dan wel met uitsluiting van iedere goederenrechtelijke gemeenschap, al dan niet gecombineerd met een periodiek en/of finaal verrekenbeding in de zin van de art. 1:132-143 BW. Titel 1.6 BW is geheel van dwingend recht, behalve ten aanzien van de regeling van de draagplicht en de fourneerplicht ter zake van de kosten van de huishouding (art. 1:84 lid 3 BW) en ten aanzien van de leer van de economische deelgerechtigdheid (art. 1:87 lid 4, eerste volzin, BW).

III. Artikelen van titel 1.6 BW

§ 1. Art. 1:81 BW

Art. 1:81 BW zou men de grondwet van ieder huwelijk kunnen noemen. Echtgenoten zijn elkaar getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkaar het nodige te verschaffen. Het artikel fungeert vaak als vangnet of – zo men wil – als kapstok: men kan er in geval van een concreet probleem alles aan ophangen wat niet door een ander artikel kan worden opgelost. Ik geef een voorbeeld om dit te verduidelijken. Waarom mogen echtgenoten, gehuwd met uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen, elkaars goederen gebruiken? Dit gebruiksrecht kan niet worden gebaseerd op de art. 1:93 e.v. BW bij gebreke van de wettelijke gemeenschap van goederen. Het kan evenmin worden gebaseerd op art. 3:169 BW, tenzij het desbetreffende goed tot een tussen de echtgenoten bestaande eenvoudige gemeenschap behoort, bijvoorbeeld omdat het goed indertijd aan beide echtgenoten tezamen is geleverd of omdat een echtgenoot de onverdeelde helft van een door hem verkregen goed aan de andere echtgenoot heeft doorgeleverd. Het antwoord op de gestelde vraag luidt heel simpel: omdat zij met elkaar zijn gehuwd. Zij zijn dan immers verplicht elkaar het nodige te verschaffen op grond van art. 1:81, tweede volzin, BW. ‘Het nodige’ mag ruim worden verstaan, dus in materiële en in immateriële zin.

Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke fundamentele wettelijke bepaling van dwingend recht behoort te zijn en te blijven (art. 3:59 jo. art. 3:40 lid 1 en lid 2, aanhef, BW; zie ook art. 1:121 lid 1 BW, als het gaat om de mogelijkheid tot afwijking van de regels der wettelijke gemeenschap van titel 1.7 BW, die – anders dan titel 1.6 BW – in beginsel regelend recht bevat).

§ 2. Art. 1:82 BW

Echtgenoten zijn op grond van art. 1:82 BW jegens elkaar verplicht de tot het gezin behorende minderjarige kinderen te verzorgen en op te voeden en de kosten van die

verzorging en opvoeding te dragen. Deze bepaling is niet overbodig naast de art. 1:245 en 247 BW, omdat in laatstgenoemde artikelen de verplichting (en het recht³) van de ouders tot verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen jegens laatstgenoemden zelf aan de orde is, terwijl het in art. 1:82 BW om dezelfde verplichting van de echtgenoten/ouders jegens elkaar gaat. Anders gezegd: in het huwelijksvermogensrecht gaat het om de horizontale verplichting tot verzorging en opvoeding en in het gezagsrecht gaat het om de verticale verplichting tot verzorging en opvoeding.

Deze materie is van openbare orde en behoort dan ook van dwingend recht te zijn en te blijven.

§ 3. Art. 1:83 BW

Sinds 1 januari 2012⁴ moeten echtgenoten elkaar op grond van art. 1:83 BW desgevraagd inlichtingen verschaffen over het door hen gevoerde bestuur, alsmede over de stand van hun goederen en schulden. Dit artikel is de opvolger van art. 1:98 BW (oud), dat de informatieverplichting beperkte tot het bestuur van gemeenschapsgoederen en tot de stand van gemeenschapsgoederen en -schulden. Terecht is deze informatieverplichting verhuisd van titel 1.7 naar titel 1.6 BW, omdat zij behoort te gelden ongeacht het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten. Art. 1:83 BW beperkt de informatieverplichting nog steeds in die zin, dat zij alleen ‘desgevraagd’ geldt. Onlangs heb ik verdedigd dat dit woord uit de wet zou moeten worden geschrapt en dat een algemene – dus spontane – informatieverplichting ook zou kunnen worden gebaseerd op art. 1:81, tweede volzin, BW (‘elkander het nodige verschaffen’).⁵

Ook van art. 1:83 BW behoren echtgenoten niet te kunnen afwijken. Het artikel behoort dus van dwingend recht te zijn en te blijven.

§ 4. Art. 1:84-86 BW

De art. 1:84-86 BW regelen de kosten van de huishouding, alsmede de aansprakelijkheid (en de opheffing daarvan wanneer daartoe gegronde redenen bestaan) voor de zogenaamde gewone-gangschulden. Lange tijd is de regeling van de draagplicht en van de fourneerplicht ter zake van de kosten van de huishouding (art. 1:84 leden 1 en 2 BW) de enige regeling binnen titel 1.6 BW geweest, waarvan echtgenoten konden afwijken. Tot 22 juni 2001⁶ kon dit alleen bij huwelijkse voorwaarden, maar sindsdien is een schriftelijke overeenkomst voldoende (art. 1:84 lid 3 BW). Hiermee kan ik vrede hebben, zij het dat ik zelf versoepeling van het vormvereiste indertijd niet per se noodzakelijk vond en nog steeds niet vind. De

³ Zie art. 1:247 lid 1 BW (‘recht’) en daarnaast ook art. 1:404 lid 1 BW (‘naar draagkracht’). ‘Behoeftigheid’ van de tot levensonderhoud gerechtigde minderjarige kinderen speelt in de onderlinge verhouding tot hun ouders geen rol op grond van art. 1:392 lid 2 BW.

⁴ Dit is de datum van inwerkingtreding van de in voetnoot 2 genoemde Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen.

⁵ Zie hierover uitgebreid A.J.M. NUYTINCK, ‘Een pleidooi voor aanpassing van art. 1:89 BW, mede gelet op een recent Dexia-arrest’, *NTBR* 2011, p. 389-393.

⁶ Wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275, in werking getreden op 22 juni 2001, tot wijziging van de titels 6 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (rechten en plichten echtgenoten en geregistreerde partners).

notaris is immers de deskundige bij uitstek op het gebied van het huwelijksvermogensrecht en hij is gewend ten behoeve van de (aanstaande) echtgenoten in akten van huwelijksvoorwaarden regelingen te treffen ter zake van de kosten van de huishouding. Deze regelingen komen praktisch standaard voor in alle akten van huwelijksvoorwaarden. Ik geef toe dat dit op zichzelf nog geen reden is om de vorm van de notariële akte verplicht voor te schrijven, maar ik zou er evenmin moeite mee hebben gehad als de vorm van de authentieke akte in 2001 zou zijn gehandhaafd.

Geschillen tussen de echtgenoten omtrent de regeling van de draagplicht en van de fourneerplicht ter zake van de kosten van de huishouding dan wel omtrent een van de wet afwijkende regeling worden door de rechtbank beslist, terwijl zij een gegeven beschikking of een onderling getroffen regeling kan wijzigen op grond van veranderde omstandigheden (art. 1:84 leden 4 en 5 BW).

Wat mij betreft behoort de contractsvrijheid of partijautonomie van de echtgenoten hier de boventoon te voeren en behoort de in art. 1:84 leden 1 en 2 BW geregelde materie van regelend recht te zijn en te blijven. Er is geen enkele reden om ook deze regels van dwingend recht te laten zijn.

De art. 1:85 en 86 BW betreffen de aansprakelijkheid voor gewone-gangschulden en daarmee een geheel ander onderwerp dan art. 1:84 BW. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de beide echtgenoten (art. 1:85 jo. art. 6:6 lid 2 BW) heeft betrekking op hun externe verhouding tot de crediteur, terwijl de regeling van de draagplicht en van de fourneerplicht (art. 1:84 leden 1 en 2 BW) betrekking heeft op de interne verhouding van de echtgenoten. Daarom is het ook logisch dat art. 1:85 BW van dwingend recht is. Van een aansprakelijkheidsregel behoren de echtgenoten uiteraard niet te kunnen afwijken, omdat hierbij de positie van een derde – de crediteur – is betrokken. Daarom behoort art. 1:85 BW van dwingend recht te zijn en te blijven. Daar staat tegenover dat de rechter de aansprakelijkheid voor gewone-gangschulden kan opheffen wanneer daartoe gegronde redenen bestaan. De desbetreffende rechterlijke beschikking kan op haar beurt bij veranderde omstandigheden worden gewijzigd of opgeheven (art. 1:86 leden 1 en 2 BW).

Men kan zich overigens afvragen of art. 1:85 BW nog wel van deze tijd is. Hoe vaak gebeurt het immers in de praktijk dat de ene echtgenoot gewone-gangschulden aangaat en deze niet meteen voldoet? In de meeste gevallen zullen deze meteen contant worden voldaan en bestaat dus aan een extra aansprakelijkheid op grond van de wet voor de echtgenoot die niet mede heeft gecontracteerd, geen enkele behoefte meer. Ter gelegenheid van de totstandkoming van de eerste tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht in 2001⁷ is hierover ook al gediscussieerd. In het oorspronkelijke wetsvoorstel kwamen de art. 1:85 en 86 BW te vervallen.⁸ Vervolgens is echter een amendement ingediend om de beide artikelen in de wet te behouden.⁹ De Tweede Kamer heeft dit amendement aangenomen en aldus zijn de beide artikelen, zij het met enkele wijzigingen, blijven bestaan. Persoonlijk zou ik geen moeite met afschaffing hebben gehad.

§ 5. Art. 1:87 BW

⁷ Zie de vorige voetnoot.

⁸ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 084, nr. 1-2, p. 2, onderdeel D.

⁹ Amendement-O.P.G. VOS, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 084, nr. 9.

Sinds 1 januari 2012¹⁰ bevat art. 1:87 BW een voorziening, op grond waarvan de ene echtgenoot die bijvoorbeeld heeft geïnvesteerd in een goed van de andere echtgenoot, enerzijds kan meedelen in de waardestijging van dit goed, maar anderzijds ook verplicht is mee te delen in een eventuele waardedaling van dit goed, tenzij hij geen toestemming tot de investering heeft gegeven, in welk geval hij ten minste het nominale bedrag van zijn investering terugontvangt. De wet gaat uit van een vergoeding of vergoedingsvordering, maar de term ‘economische deelgerechtigdheid’, die inmiddels redelijk ingeburgerd begint te raken, geeft duidelijker aan dat het hier gaat om de verkrijging van een economisch belang in het goed. Eerder heb ik in dit verband gesproken over de ‘economisering’ van het huwelijksvermogensrecht.¹¹ Ook de term ‘beleggingsleer’ treft men in dit verband veelvuldig aan, maar bij nader inzien vind ik het beter deze term te reserveren voor de problematiek van het periodieke verrekenbeding in de zin van art. 1:141 lid 1 BW. De economische deelgerechtigdheid treft men inmiddels over de gehele breedte van het huwelijksvermogensrecht aan, dus niet alleen in titel 1.6 BW (art. 1:87 BW), maar ook in titel 1.7 BW (art. 1:95 lid 1, laatste volzin, en lid 2, alsmede art. 1:96 lid 3, laatste volzin, en lid 4, laatste volzin, BW) en in titel 1.8 BW in de combinatie van de evenredigheidsleer met de beleggingsleer (art. 1:136 lid 1 en 141 lid 1 BW). Uit deze opsomming blijkt dat ook de zogenaamde ‘reprises’ en ‘récompenses’ (art. 1:96 lid 3, eerste volzin, en lid 4, eerste volzin, BW) in beginsel niet langer nominale vorderingen zijn, maar evenzeer wat hun omvang betreft worden beheerst door de leer van de economische deelgerechtigdheid en dus onderhevig zijn aan waardefluctuaties – zowel waardestijgingen als waardedalingen – van het goed waarop deze reprises en récompenses betrekking hebben.

Ik aarzel niet art. 1:87 BW een van de belangrijkste wetswijzigingen sinds de Lex VAN OVEN¹² te noemen. Daarom verbaast het mij niet zozeer dat deze vrij ingewikkelde materie van regeland recht is – dit vind ik namelijk terecht – als wel dat geen vormvereiste aan de afwijkingsmogelijkheid is gesteld. Art. 1:87 lid 4, eerste volzin, BW bepaalt immers dat echtgenoten ‘bij overeenkomst’ – dus niet eens: ‘bij schriftelijke overeenkomst’, zoals in art. 1:84 lid 3 BW – kunnen afwijken van art. 1:87 leden 1-3 BW. Zelf zou ik hier het liefst ‘bij huwelijksvoorwaarden’ hebben zien staan, omdat dit een gebied is waarop de notaris de deskundige bij uitstek is en zijn bijstand als geen ander aan de (aanstaande) echtgenoten zou kunnen verlenen. Ik vrees hier toch wel voor problemen in de praktijk, als de ene echtgenoot, in het bijzonder in het kader van een echtscheiding, stelt dat de echtgenoten zijn afgeweken van de wettelijke regeling (bijvoorbeeld wél participatie in waardestijgingen, maar niet in waardedalingen, of handhaving van het nominaliteitsbeginsel¹³ ten aanzien van bepaalde goederen dan wel volledige uitsluiting van art. 1:87 BW voor alle goederen), terwijl de andere

¹⁰ Zie voetnoot 2.

¹¹ Zie A.J.M. NUYTINCK, ‘Scheiding tussen recht en belang in het personen- en familierecht’, in: N.E.D. FABER, C.J.H. JANSEN & N.S.G.J. VERMUNT (red.), *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. KORTMANN* (KORTMANN-bundel), Serie Onderneming en Recht, deel 41, Deventer: Kluwer 2007, p. 169-185, in het bijzonder nr. 3 (p. 175-177) en nr. 8 (p. 184-185). Hier treft men ook een eenvoudig rekenvoorbeeld met betrekking tot art. 1:87 BW aan.

¹² Wet van 14 juni 1956, *Stb.* 1956, 343, in werking getreden op 1 januari 1957, tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw.

¹³ Als bedoeld in HR 12 juni 1987, L.J.N.: AC2558, *NJ* 1988, 150 (concl. A-G A.M. BIEGMAN-HARTOGH), m.nt. E.A.A. LUIJTEN; AA 1987, p. 780-785, m.nt. P. VAN SCHILFGAARDE (*KRIEK-SMIT*).

echtgenoot dit ontkent. Hoe gaat de desbetreffende echtgenoot dan de afwijking van de wet bewijzen als dit vormloos is gebeurd? Anderen zullen hiertegen juist aanvoeren dat de wetgever op dit punt getuigt van de in hun ogen noodzakelijke flexibiliteit door geen vormvereiste te stellen aan de afwijkingsmogelijkheid. Ik onderschrijf dus het regelend karakter van art. 1:87 BW, want de eventuele participatie in waardefluctuaties ter zake van bepaalde goederen en de wijze en/of de mate van participatie hierin behoren naar mijn mening tot de contractsvrijheid of partijautonomie van de echtgenoten. Ik had echter wél graag een vormvereiste ten aanzien van de afwijkingsmogelijkheid in de wet opgenomen willen zien, het liefst een akte van huwelijkse voorwaarden, maar ten minste een schriftelijke overeenkomst. Ik besef dat een notariële akte extra kosten met zich brengt, maar men heeft er wel een sterkere bewijskracht dan bij een onderhandse akte voor terug (art. 157 lid 1 Rv). Bovendien is sinds 2012 geen rechterlijke goedkeuring voor het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk meer vereist (art. 1:119 BW oud), zodat laatstgenoemd artikel voor echtgenoten geen belemmering meer is om ook tijdens het huwelijk af te wijken van art. 1:87 BW.

In de praktijk zal ook gemakkelijk discussie kunnen ontstaan over het antwoord op de vraag of een bepaald goed al dan niet als een verbruiksgoed moet worden gekwalificeerd. In dat geval geldt namelijk niet de leer van de economische deelgerechtigdheid, maar valt men op grond van art. 1:87 lid 3, aanhef en onder b, BW ('goederen die naar hun aard bestemd zijn om te worden verbruikt') terug op de nominaliteitsleer van het arrest KRIEK-SMIT.¹⁴ Het lijkt bovendien wel alsof de wetgever zelf al grote praktische problemen bij de toepassing van art. 1:87 BW voorziet en alvast het failliet van deze bepaling aankondigt met de volgende bewoordingen: kan de vergoeding overeenkomstig art. 1:87 leden 1-4 BW niet nauwkeurig worden vastgesteld (hetgeen volgens mij in de praktijk meestal het geval zal zijn), dan wordt zij geschat (art. 1:87 lid 5 BW).

Ten slotte dient men erop bedacht te zijn dat men aan toepassing van art. 1:87 BW in het geheel niet toekomt, als er tussen de echtgenoten sprake is van een geldlening (al dan niet tegen rentebetaling), van een gift of van de voldoening aan een natuurlijke verbintenis. De wetgever verwoordt dit als volgt: geen vergoeding is verschuldigd voor zover door de verkrijging, voldoening of aflossing ten laste van het vermogen van de andere echtgenoot (in de zin en op de wijze van art. 1:87 leden 1 en 2 BW) wordt voldaan aan een op die echtgenoot rustende verbintenis (art. 1:87 lid 4, tweede volzin, BW).

§ 6. Art. 1:88 en 89 BW

Art. 1:88 BW beperkt de handelingsbevoegdheid van de ene echtgenoot door voor een aantal belangrijke rechtshandelingen de toestemming van de andere echtgenoot te verlangen. Art. 1:89 BW bevat de sanctie: bij gebreke van toestemming is de desbetreffende rechtshandeling in beginsel vernietigbaar. De andere echtgenoot kan de rechtshandeling in of buiten rechte vernietigen binnen drie jaren nadat hij met de zonder zijn toestemming verrichte rechtshandeling bekend is geworden (art. 3:49 e.v., in het bijzonder art. 3:52 lid 1, aanhef en onder d, BW).

¹⁴ Zie de vorige voetnoot.

Uiteraard kan men niet bij huwelijkse voorwaarden rechtsgeldig overeenkomen dat geen toestemming voor de in art. 1:88 lid 1, onder a-d, BW genoemde rechtshandelingen is vereist of dat in afwijking van art. 1:88 lid 3 BW de toestemming altijd en onder alle omstandigheden vormvrij is. Deze materie behoort van dwingend recht te zijn en te blijven. Wél heb ik er onlangs voor gepleit art. 1:89 lid 1 BW aan te passen in die zin, dat aan deze bepaling de volgende twee volzinnen worden toegevoegd: ‘In afwijking van artikel 52 lid 1, onder d, van Boek 3 begint de termijn te lopen een maand na de dag, volgende op die waarop de rechtshandeling is verricht. De andere echtgenoot wordt vermoed vanaf dit tijdstip bekend te zijn met de rechtshandeling’.¹⁵

§ 7. Art. 1:90-92 BW

De art. 1:90-92 BW betreffen het bestuur van zowel de beide privévermogens als het gemeenschapsvermogen. Het gaat in het bijzonder om de definitie van het bestuursbegrip, de rechterlijke bestuursopdracht en de rechtspositie van een derde (juister: de wederpartij van een echtgenoot), die moet worden beschermd tegen de bestuursonbevoegdheid van de echtgenoot met wie hij heeft gehandeld. Deze problematiek is terecht in titel 1.6 en niet in titel 1.7 BW geregeld, juist omdat het om alle vermogens gaat: de privévermogens en het gemeenschappelijk vermogen. Het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten doet dus niet ter zake. De wetgever geeft alleen in art. 1:97 BW nadere regels omtrent het bestuur van de gemeenschapsgoederen. Art. 1:90 lid 1 BW geeft deze gelaagde structuur goed weer met de bepaling dat een echtgenoot bevoegd is tot het bestuur van zijn eigen goederen en, volgens de regels van art. 1:97 BW, tot het bestuur van goederen van een gemeenschap. De Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen¹⁶ zelf heeft geen veranderingen aangebracht in de bestuursbepalingen van art. 1:90 BW, maar wel in die van art. 1:97 BW. De hoofdregel van privaat bestuur van de gemeenschap, ongeacht de aard van het goed, die heeft gegolden tot 1 januari 2012, is sinds deze datum gewijzigd in (1) de regel van privaat bestuur van de gemeenschap voor zover het een goed op naam betreft en (2) de regel van cumulatief bestuur van de gemeenschap voor zover het een goed niet op naam betreft.¹⁷ De reparatiewet¹⁸ heeft hieraan toegevoegd dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften onder het privaat bestuur staan van de echtgenoot-erfgenaam of de echtgenoot-begiftigde, ongeacht de aard van het goed. Deze ingreep was noodzakelijk, omdat als gevolg van aanneming van het amendement-Anker¹⁹ door de Tweede Kamer erfrechtelijke verkrijgingen en giften in de wettelijke gemeenschap van goederen blijven vallen behoudens een uitsluitingsclausule. Uiteindelijk is er dus wat de omvang van de wettelijke gemeenschap betreft niets veranderd ten opzichte van het huwelijksvermogensrecht van vóór 2012, terwijl in het oorspronkelijke wetsvoorstel van 7

¹⁵ Zie voor de motivering van dit pleidooi mijn in voetnoot 5 genoemde publicatie. Mijn standpunt hangt samen met mijn visie op de informatieverplichting tussen echtgenoten onderling (zie hierboven onder § 3).

¹⁶ Zie voetnoot 2.

¹⁷ Een goed op naam is bijvoorbeeld een registergoed, een vordering op naam, een aandeel op naam in een naamloze vennootschap of een aandeel in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

¹⁸ Wet van 27 oktober 2011, *Stb.* 2011, 505, in werking getreden op 1 januari 2012, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek tot aanpassing van artikel 97 en reparatie van enkele technische onvolkomenheden die zijn opgetreden bij de totstandkoming van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen. Zie ook Besluit van 14 november 2011, *Stb.* 2011, 532, dat het tijdstip van inwerkingtreding van deze reparatiewet regelt.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 14.

mei 2003²⁰ nog was bepaald dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften van rechtswege buiten de wettelijke gemeenschap vallen, dus ook bij gebreke van een uitsluitingsclausule. Anker was zich blijkbaar tevoren niet bewust van de consequentie van aanneming van zijn amendement, te weten dat erfrechtelijke verkrijgingen en giften van goederen niet op naam bij gebreke van een uitsluitingsclausule mede onder het bestuur van de echtgenoot/niet-erfgenaam of van de echtgenoot/niet-begiftigde zouden komen te staan. Laatstgenoemde zou dan immers weliswaar niet krachtens erfrecht of gift, maar wél krachtens boedelmenging tot deze goederen gerechtigd zijn geworden en dus cumulatief bestuursbevoegd zijn geworden. Dezelfde reparatiewet heeft terecht ook art. 1:90 lid 2 BW betreffende de ‘definitie’²¹ van het bestuursbegrip aangevuld met beheershandelingen. Ik heb het altijd onbegrijpelijk gevonden dat de wetgever in 1992²² in deze bepaling wél uitdrukkelijk beschikkingshandelingen en feitelijke handelingen als bestuurshandelingen heeft gekwalificeerd, maar de beheershandelingen – volgens mij toch veel belangrijker dan feitelijke handelingen – niet als afzonderlijke categorie van bestuurshandelingen heeft genoemd. Beschikkingshandelingen zijn goederenrechtelijke rechtshandelingen, zoals vervreemding en vestiging van beperkte rechten. Obligatoire overeenkomsten tot beschikking vallen sinds 1992 niet langer onder het bestuursbegrip. Beheershandelingen zijn dus sinds 2012 apart genoemd als bestuurshandelingen, terwijl deze uiteraard ook al voordien als zodanig moesten worden gekwalificeerd. Een definitie van beheershandelingen ontbreekt in art. 1:90 lid 2 BW, maar dit is niet bezwaarlijk, omdat voor de inhoud van het begrip ‘beheer’ in het huwelijksvermogensrecht aansluiting kan worden gezocht bij de inhoud van ditzelfde begrip in het algemene vermogensrecht van art. 3:170 leden 1 en 2 BW, nu ‘in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen’.²³ Art. 3:170 lid 1 BW betreft ‘gewoon beheer’, weliswaar geen wettelijke term, maar een term die ik als overkoepeling gebruik voor de in deze bepaling genoemde handelingen dienende tot gewoon onderhoud of tot behoud van een goed, en in het algemeen handelingen die geen uitstel kunnen lijden, alsmede stuiting van verjaring. Art. 3:170 lid 2, tweede volzin, BW begrijpt onder ‘beheer’ alle handelingen die voor de normale exploitatie van een goed dienstig kunnen zijn, alsook het aannemen van verschuldigde prestaties (denk aan het innen van vorderingen). Vanzelfsprekend behoren de bestuursregels van de art. 1:90-92 BW van dwingend recht te zijn en te blijven. Zo kunnen echtgenoten niet bij huwelijksvoorwaarden rechtsgeldig overeenkomen dat bestuur ook obligatoire overeenkomsten tot beschikking omvat. Dit zou namelijk betekenen dat de bestuursonbevoegde echtgenoot ook obligatoir onbevoegd wordt. Een beperking van de handelingsbevoegdheid van echtgenoten is uiteraard een onderwerp dat uitsluitend door de wetgever kan worden geregeld en dat niet ter vrije beoordeling van

²⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 867, nr. 1-2, p. 2 (voorstel van een nieuw art. 1:94 lid 2, aanhef en onder a, BW).

²¹ Dit is wellicht een groot woord, nu art. 1:90 lid 2 BW slechts aangeeft wat het bestuur van een echtgenoot over een goed ‘omvat’ en vervolgens hiervan geen limitatieve, maar slechts een enuntiatieve opsomming geeft blijkens de woorden ‘daaronder begrepen’.

²² Wet van 15 november 1989, *Stb.* 1989, 541, in werking getreden op 1 januari 1992 (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6, zesde gedeelte; dit is de wet tot aanpassing van Boek 1 BW, inclusief het huwelijksvermogensrecht, aan het nieuwe algemene vermogensrecht).

²³ Aldus HR 30 januari 1959, LJN: AI1600, *NJ* 1959, 548 (concl. A-G L.P.M. LOEFF), m.nt. D.J. VEEGENS; AA 1958-1959, p. 171-176, m.nt. J.H. BEEKHUIS (*QUINT-TE POEL*).

echtgenoten staat. Dat huwelijkse voorwaarden in het huwelijksgoederenregister worden gepubliceerd (art. 1:116 BW), zodat derden kunnen weten wat echtgenoten hebben afgesproken, doet hieraan niet af. Derden behoeven immers niet bedacht te zijn op een beperking van de handelingsbevoegdheid van echtgenoten krachtens huwelijkse voorwaarden. Het dwingendrechtelijke karakter van art. 1:91 BW betreffende de rechterlijke bestuursopdracht ligt natuurlijk ook voor de hand. Het gaat hier om een rechterlijke beschikking die niets van doen heeft met een eventuele afwijkmogelijkheid voor echtgenoten. Iets anders is dat een overeenkomstig laatstgenoemd artikel gegeven rechterlijke beschikking bij veranderde omstandigheden op gelijke wijze als zij is tot stand gekomen, kan worden gewijzigd of opgeheven (art. 1:91 lid 2 jo. art. 1:86 lid 2 BW).

Dat art. 1:92 BW, waarin vooral de rechtspositie van derden te goeder trouw aan de orde is, van dwingend recht moet zijn en blijven, behoeft evenmin betoog. Derdenbescherming is een onderwerp van openbare orde, waarvan echtgenoten uiteraard niet kunnen afwijken.

§ 8. Art. 1:92a BW

Art. 1:92a BW bepaalt dat titel 1.6 BW niet van toepassing is op van tafel en bed gescheiden echtgenoten. Ook dit artikel is van openbare orde, dus van dwingend recht, en het behoort dit ook te blijven. Zo zijn van tafel en bed gescheiden echtgenoten elkaar geen getrouweid, hulp en bijstand meer verschuldigd en evenmin verplicht elkaar het nodige te verschaffen, ook al blijft hun huwelijk voortbestaan. Men zou kunnen zeggen dat het huwelijk na scheiding van tafel en bed in afgeslankte vorm voortduurt (een ‘uitgekleed’ huwelijk), nu alle in titel 1.6 BW genoemde rechten en verplichtingen van echtgenoten niet langer tussen hen gelden. De verplichtingen van art. 1:81 BW worden vervangen door een eventuele alimentatieverplichting op grond van art. 1:169 lid 2 jis. art. 1:151 en 154-159a BW, ten gevolge waarvan enkele echtscheidingsrechtelijke bepalingen, in het bijzonder die betreffende alimentatie, van overeenkomstige toepassing zijn op scheiding van tafel en bed. Dat bijvoorbeeld ook de art. 1:84-86 BW betreffende kosten van de huishouding en gewone-gangschulden niet langer van toepassing zijn, is logisch, nu de echtgenoten in geval van scheiding van tafel en bed praktisch nooit een gemeenschappelijke huishouding zullen voeren. Ook ligt het voor de hand dat de beperking van de handelingsbevoegdheid van de echtgenoten als bedoeld in de art. 1:88 en 89 BW na scheiding van tafel en bed wordt opgeheven. Wat het bestuur betreft (art. 1:90-92 BW) kan ik opmerken dat de echtgenoten na scheiding van tafel en bed uiteraard hun eigen vermogen blijven besturen en dat het bestuur van de huwelijksgemeenschap niet langer onder het regime van art. 1:97 BW valt, maar dat hiervoor op grond van de schakelbepaling van art. 3:189 lid 2 BW de bestuursregeling van art. 3:170 BW in de plaats treedt, nu de huwelijksgemeenschap door de indiening van het verzoek tot scheiding van tafel en bed is ontbonden (art. 1:99 lid 1, aanhef en onder c, BW).

IV. Conclusie

Titel 1.6 BW is hoofdzakelijk van dwingend recht. Dit behoort naar mijn mening zo te blijven. De uitzonderingen op de hoofdregel, te weten de van regeland recht zijnde art. 1:84

lid 3 en 87 lid 4, eerste volzin, BW, zijn gerechtvaardigd, maar het moet bij deze twee uitzonderingen blijven.

Op grond van art. 1:84 lid 3 BW kunnen de echtgenoten ‘bij schriftelijke overeenkomst’ afwijken van de draagplicht en van de fourneerplicht ter zake van kosten van de huishouding, zoals de wetgever deze heeft geregeld in art. 1:84 leden 1 en 2 BW. Het zou beter zijn geweest als de wetgever in 2001 de notariële vorm (‘bij huwelijkse voorwaarden’) zou hebben gehandhaafd, maar met het huidige soepeler vormvoorschrift valt wat mij betreft wel te leven. Dit laatste geldt mijns inziens niet voor de in art. 1:87 lid 4, eerste volzin, BW opgenomen mogelijkheid voor echtgenoten om ‘bij overeenkomst’ af te wijken van de in art. 1:87 leden 1-3 BW geregelde en nader uitgewerkte ‘leer van de economische deelgerechtigdheid’. Men zou – analoog aan art. 1:84 lid 3 BW – ten minste verwachten dat ook hier het vereiste van de schriftelijke vorm zou zijn gesteld, maar dit is in 2012 helaas niet gebeurd. Sterker nog: meer nog dan bij afwijking van de draagplicht en van de fourneerplicht ter zake van kosten van de huishouding acht ik bij afwijking van de leer van de economische deelgerechtigdheid notariële tussenkomst door middel van een akte van huwelijkse voorwaarden uiterst wenselijk. Ik baseer mijn opvatting vooral op de ingewikkeldheid van de in art. 1:87 BW geregelde materie. Volgens mij komen echtgenoten hier niet goed uit als zij van de wet afwijkende afspraken willen maken. Er is niet eens een geschrift vereist, zodat ten gevolge van deze volstreekte vormloosheid in de praktijk grote bewijsproblemen zullen rijzen ten aanzien van wat echtgenoten nu precies in afwijking van de wet zijn overeengekomen. Is er in een concreet geval wél een geschrift aanwezig, dan zullen echtgenoten de grootste moeite hebben gehad om zonder bijstand van juridisch deskundigen hun afspraken juridisch correct en sluitend te formuleren. Deze bijstand lijkt mij beslist geen overbodige luxe en de wetgever kan in dit verband het beste de tussenkomst van de notaris verplicht voorschrijven, nu deze functionaris bij uitstek deskundig is op het gebied van het huwelijksvermogensrecht. Ik pleit dan ook primair voor vervanging van de in art. 1:87 lid 4, eerste volzin, BW voorkomende woorden ‘bij overeenkomst’ door de woorden ‘bij huwelijkse voorwaarden’ en subsidiair voor vervanging van de in genoemde bepaling voorkomende woorden door de woorden ‘bij schriftelijke overeenkomst’.

Persoonlijk woord ter afsluiting

Graag sluit ik mijn bijdrage af met een kort persoonlijk woord voor mijn gewaardeerde collega Walter PINTENS. Van naam ken ik Walter al tientallen jaren, want als men in Nederland wordt gevraagd naar een Belgische hoogleraar familievermogensrecht (‘familiaal vermogensrecht’, zoals onze zuiderburen plegen te zeggen), valt steevast als eerste de naam van Walter PINTENS. Ook buiten België is Walter heel bekend vanwege zijn vele internationale contacten en zijn degelijke wetenschappelijke publicaties. Persoonlijk heb ik Walter pas leren kennen in het academisch jaar 1999-2000, toen ik was benoemd op de *TPR*-wisselleerstoel en ik in dit verband een oratie mocht houden en gedurende enkele maanden hoorcolleges vergelijkend Nederlands en Belgisch familievermogensrecht mocht geven aan de Katholieke Universiteit Leuven. Walter was toen mijn gastheer en ook had ik in deze periode contact met collega Patrick SENAËVE, eveneens werkzaam aan de Katholieke Universiteit Leuven. Aan die tijd bewaar ik de beste herinneringen. In het bijzonder de grote gastvrijheid

die ik toen in Leuven mocht genieten, is mij goed bijgebleven. Ik hoop van harte dat Walter van zijn emeritaat gaat genieten, hetgeen hopelijk niet betekent dat hij zijn wetenschappelijke activiteiten volledig staakt. Hij heeft er recht op om het wat rustiger aan te doen, maar hij moet vooral blijven publiceren en af en toe gastcolleges en voordrachten blijven geven in en buiten België.