

4. Vergoedingsrechten en bankrekening

Mr. T.M. Subelack¹

1. Inleiding

Per 1 januari 2018 is de Wet beperking gemeenschap van goederen in werking getreden.² Uit artikel 1:94 lid 2 sub a BW (nieuw), in combinatie met het geldende overgangsrecht, volgt dat tot gemeenschappen die vanaf 1 januari 2018 zijn ontstaan *niet* behoren die goederen, die krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift zijn verkregen. Voor gemeenschappen die tot 1 januari 2018 zijn ontstaan, geldt onverkort dat dergelijke goederen slechts buiten de huwelijksgemeenschap vallen, als daaraan een uitsluitingsclausule is verbonden.³ Tot 'privégoederen' die op grond van artikel 1:94 lid 2 sub a BW (oud/nieuw) buiten de gemeenschap vallen, kunnen ook vorderingen tot betaling van een geldsom behoren. In onze huidige tijd vinden veel betalingen plaats via giraal betalingsverkeer. Het komt niet vaak meer voor dat grote(re) betalingen met chartaal geld plaatsvinden. In economische zin liggen giraal geld en chartaal geld dicht bij elkaar. In juridische zin is dat anders. Artikel 5:1 BW omschrijft eigendom als het meest omvattende recht dat een persoon op *een zaak* kan hebben, terwijl artikel 3:2 BW 'zaken' definieert als voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Uit deze omschrijving volgt dat munten en bankbiljetten (chartaal geld) voorwerp van eigendom kunnen zijn. Bij giraal geld kan dat niet, althans niet volgens de heersende leer.⁴ Bij giraal geld is de rechthebbende *crediteur van een vordering* op de bank ten belope van het op de bankrekening aangehouden bedrag. Volgens de heersende leer moet het tegoed op een bankrekening dan ook worden

1 Mr. T.M. Subelack is advocaat bij BANNING N.V.

2 Wet van 24 april 2017, *Stb.* 2017, 177 jo. 178.

3 Zie artikel IV lid 1 Overgangsrecht.

4 Zie anders B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld* (diss. 2009), Serie Recht en Praktijk, Financieel Recht/3, Deventer: Kluwer 2009, p. 28.

gekwalificeerd als een vordering op de bank tot uitbetaling van munten en bankbiljetten met een gezamenlijke nominale waarde gelijk aan deze vordering.⁵

Als echtgenoten in gemeenschap van goederen met elkaar zijn getrouwd, valt de vordering op de bank uit hoofde van het tegoed op de bankrekening in beginsel op grond van artikel 1:94 lid 1 BW in de huwelijksgemeenschap.⁶ De vordering kwalificeert als een goed in de zin van artikel 3:1 BW, welk goed via boedelmenging deel uitmaakt van de gemeenschap van goederen. Maar wat nu als het saldo van deze bankrekening mede is gevormd door voldoening via deze bankrekening van een vordering tot betaling van een geldsom, die *niet* in de gemeenschap van goederen viel. In dat geval zijn privégeden en gemeenschapsgelden met elkaar vermengd. Heeft de echtgenoot wiens privévordering het betrof dan een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap, (reeds) omdat er door bijschrijving van deze geldsom op een gemeenschapsrekening 'privégeden' in de gemeenschap zijn gevloeid? Het antwoord op deze vraag is met name van belang wanneer aan het einde van het huwelijk blijkt dat het geld tijdens het huwelijk is uitgegeven. Kan de echtgenoot wiens privévordering het betreft dan een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap claimen, ondanks het feit dat het geld er niet meer is? In de literatuur en jurisprudentie bestaan hierover verschillende visies. In deze bijdrage zal ik deze verschillende visies (kort) weergeven, en vervolgens een alternatieve visie presenteren.

2. De verschillende visies in literatuur en jurisprudentie

2.1. *Het geld heeft de poort van de gemeenschap gepasseerd: het vergoedingsrecht is gegeven*

In de literatuur wordt de visie verdedigd dat wanneer een privévordering wordt voldaan op een bankrekening die al tot de gemeenschap van

5 Zie Bierens (diss. 2009), p. 28 met verwijzing naar verdere literatuur. Zie voor een afwijkende visie o.a. Bierens (diss. 2009), hoofdstuk 2 en 3 en Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. 2007), Serie Recht en Praktijk, deel 158, Deventer: Kluwer 2007, p. 21 e.v.

6 Zie voor vóórhuwelijkse bankrekeningen bij huwelijksgemeenschappen die na 1 januari 2018 zijn ontstaan, paragraaf 4 van deze bijdrage.

goederen behoorde, het geldbedrag daarmee deel is gaan uitmaken van de gemeenschap van goederen. Breederveld omschrijft dit als volgt:⁷

"[...] Naar de hoofdregel van ons stelsel is het (positieve) saldo van een bankrekening als een vordering op naam een goed van de gemeenschap. Wijzigt het saldo vanwege een bijschrijving of afschrijving dan wijzigt daarmee niet de rechtsverhouding met de bank en blijft het saldo deel uitmaken van de huwelijksgemeenschap. Wijzigt het saldo vanwege een bijschrijving of afschrijving dan wijzigt daarmee niet de rechtsverhouding met de bank en blijft het saldo deel uitmaken van de huwelijksgemeenschap, ongeacht de herkomst van de betaling. Voor zover de bijschrijving het gevolg is van de voldoening door de derde/schuldenaar van een vordering die in de gemeenschap valt, is dat geen probleem. De vordering van de gemeenschap op de derde gaat teniet en de vordering op de bank neemt met een gelijk bedrag toe. Dat is echter anders indien de vordering op de derde/schuldenaar niet in de gemeenschap valt maar tot het privévermogen van een van de echtgenoten behoort. Wordt bijvoorbeeld een (privé)-vordering van de echtgenoot op een derde door deze derde voldaan door betaling op de bankrekening van de echtgenoot/schuldeiser dan gaat daarmee de (privé)vordering teniet. Behoort het saldo van de bankrekening waarop de bijschrijving plaatsvindt tot de gemeenschap dan gaat het bijgeschreven bedrag deel uitmaken van deze rekening-courantverhouding met de bank. De (privé)vordering op de derde is tenietgegaan, is niet langer een afzonderlijke vordering in het privévermogen van de echtgenoot en is door de verrekening in rekening-courant deel gaan uitmaken van de gemeenschap. Een individualisering van dit bijgeschreven bedrag is geëindigd nu dit onderdeel is geworden van het saldo, zijnde het ondeelbare vorderingsrecht op de bank.

Indien derhalve een privévordering – bijvoorbeeld de verknochte vordering op grond van een aanspraak op smartengeld – van een echtgenoot door de schuldenaar wordt voldaan door overmaking op de betreffende bankrekening, dan gaat het ontvangen bedrag – als onderdeel van het saldo dat te vorderen is van de bank – deel uitmaken van de huwelijksgemeenschap. Hetzelfde geldt evenzo voor de bijschrijving op de bedoelde bankrekening van de opbrengst van een privégoed na de vervreemding ervan of de uitkering in geld van een erfenis, verkregen onder uitsluitingsclausule. De eventuele beleggingen en wederbeleggingen door aanwending van het saldo van deze bankrekening is een besteding van de gemeenschap en de daarmee verkregen goederen vallen vervolgens overeenkomstig het hoofdstelsel eveneens in de gemeenschap. Het betalingsverkeer dat dus verloopt via deze bankrekening is telkens de voldoening van prestaties uit het vermogen van de gemeenschap en is geen wederbelegging van privévermogen."

7 Zie B. Breederveld, 'De bankrekening, de huwelijksgemeenschap en echtscheiding', *WPNR* 2014/7006, p. 150. Zie ook B. Breederveld, *De huwelijksgemeenschap bij echtscheiding* (diss. VU 2008), Den Haag: Bju p 251 e.v. en B. Breederveld, *De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding*, Serie Recht en Praktijk, Personen- en familierecht/2, Deventer: Kluwer 2011, p. 83.

Als betaling op een reeds bestaande bankrekening plaatsvindt, is in deze visie het vergoedingsrecht gegeven. Het privéged is door bijschrijving op een gemeenschapsrekening 'de poort van de gemeenschap' gepasseerd, en op dat moment is een vergoedingsrecht ontstaan, ongeacht wat er later met die gelden is gebeurd.⁸ Als voorstander van deze visie kan ook Zonnenberg worden genoemd.⁹ Wel tracht hij de gevolgen van deze visie

-
- 8 Zie in deze zin, naast Breederveld (zie verwijzingen in de vorige voetnoot), ook C.A. Kraan, 'Bankrekening en uitsluitingsclausule', *EB* 2000/1 en C.A. Mellema, 'De uitsluitingsclausule bij vermenging van vermogens', *REP* 2014/306. Breederveld, *WPNR* 2014/7006, p 152 brengt daarbij nog wel een nuance aan. Hij schrijft dat, zodra een echtgenoot kan aantonen dat hij tijdens het huwelijk privévermogen heeft verkregen, dat is bijgeschreven op een bankrekening waarvan het saldo in de gemeenschap valt, *een vermoeden* van besteding ten gunste van de gemeenschap kan worden aangenomen. Door betaling van het geldbedrag op de bankrekening is een vergoedingsrecht ontstaan, waarbij vervolgens wordt vermoed dat het geld ook daadwerkelijk is besteed ten gunste van de gemeenschap. Een dergelijk vermoeden kan volgens hem ontleend worden aan het hoofdstelsel van de gemeenschap van goederen dat in beginsel alle schulden in de huwelijksgemeenschap vallen. De besteding van het saldo van de bankrekening heeft daarmee in beginsel plaatsgevonden ter voldoening van een gemeenschaps-schuld en zodra uit privévermogen een schuld van de gemeenschap is voldaan, ontstaat op grond van artikel 1:96 lid 3 BW een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap. Dit vermoeden kan de andere echtgenoot eventueel weerleggen door aan te tonen dat uit het saldo van de betreffende bankrekening privéschulden zijn voldaan, dan wel dat op andere wijze wordt onderbouwd dat geen aanspraak op een vergoedingsrecht kan worden gedaan. Ik kan deze nuancering niet goed volgen. Als de individualisering van het bijgeschreven bedrag zou zijn geëindigd op het moment dat dit deel gaat uitmaken van het saldo van de bankrekening – zoals Breederveld betoogt – dan is het bijgeschreven bedrag op dat moment deel gaan uitmaken van de gemeenschap, en doet niet meer ter zake wat er later met dat bedrag is gebeurd. Er hoeft in dat geval dus ook niet gewerkt te worden met *een vermoeden* van besteding ten gunste van de gemeenschap. Die besteding doet immers niet meer ter zake, omdat de privévoordering door uitbetaling op de bankrekening reeds deel van de gemeenschap is gaan uitmaken. Daarmee is de oorspronkelijke privévoordering in het (vermeend) ondeelbare saldo van de bankrekening 'opgelost', waarmee het vergoedingsrecht zou zijn gegeven. Wordt vervolgens op een later moment ten laste van het saldo van dezelfde bankrekening een privéschuld van diezelfde echtgenoot voldaan, dan ontstaat op dat moment *een nieuw* vergoedingsrecht van de gemeenschap op die betreffende echtgenoot op grond van artikel 1:96 lid 4 BW. Dit vergoedingsrecht van de gemeenschap bestaat afzonderlijk van het vergoedingsrecht van de betreffende echtgenoot op de gemeenschap. Wel zouden beide vergoedingsrechten met elkaar kunnen worden verrekend via de weg van artikel 6:127 BW. Het voldoen van een privéschuld tast de omvang van het vergoedingsrecht dat is ontstaan door betaling op de 'gemeenschapsrekening' dus niet rechtstreeks aan, maar hooguit indirect doordat beide vergoedingsrechten door verrekening tot hun gemeenschappelijk beloop tenietgaan.
- 9 Zie L.H.M. Zonnenberg, 'Vergoedingsvoordering en zaaksvervanging', *EB* 2013/60. Zie tevens zijn bijdrage aan deze bundel onder de titel '*Vergoedingsrechten en zaaksvervanging: een voortdurend onrecht*'.

enigszins te verzachten. Zonnenberg schrijft dat hij het grotendeels eens met de visie van Breederveld dat privégeden die op een reeds bestaande bankrekening zijn uitbetaald, daarmee tot de gemeenschap zijn gaan behoren. Het privéged is in dat geval vermengd met gemeenschapsgeld. Daardoor is niet langer meer traceerbaar welke euro afkomstig is uit privéged en welke euro gemeenschappelijk is. Daarmee is het vergoedingsrecht jegens de gemeenschap gegeven, aldus Zonnenberg. Vervolgens stelt hij echter dat deze regel nu ook weer niet te rigide toegepast moet worden. Als de gemeenschapsrekening tijdelijk – in de woorden van Zonnenberg – *'als stallingruimte'* wordt gebruikt voor privéged, dan is geen sprake van vermenging met gemeenschapsgeld. Als de periode van *'stalling'* niet te lang duurt, dan is het geld op het moment dat het vervolgens (bijvoorbeeld) voor een consumptieve uitgave wordt aangewend *'de poort van de gemeenschap niet gepasseerd'*. Hetzelfde zou volgens Zonnenberg gelden als het geld tijdelijk op een gemeenschapsrekening wordt gestald, om daarmee vervolgens de aankoop van een onroerende zaak te betalen.

Ik meen dat de visie van Zonnenberg zich lastig verhoudt met het beginsel van boedelmenging. Een goed is bij de verkrijging of tot de gemeenschap gaan behoren, of niet. Als een goed eenmaal in de gemeenschap is gevallen, kan dat goed niet op een later moment toch niet meer tot de gemeenschap behoren. Bovendien verhoudt de stelling van Zonnenberg, dat door de enkele betaling op een gemeenschapsrekening de gelden zouden zijn vermengd met gemeenschapsgelden, zich lastig tot zijn andere stelling dat die gelden vervolgens toch afgezonderd zouden kunnen worden. Als gelden op een bankrekening zich werkelijk zouden vermengen, dan zou daarna toch geen onderscheid meer gemaakt kunnen worden tussen privéged en gemeenschapsgeld? Het lijkt mij het een of het ander te zijn; of het geld is vermengd en daarmee niet meer identificeerbaar, of het geld is niet vermengd en kan nog worden onderscheiden van de andere op de bankrekening aanwezige gelden. Naar mijn mening is in de meeste situaties het laatste het geval, en is van vermenging vaak geen sprake. Ik zal daar in paragraaf 3 van deze bijdrage op terugkomen.

Met name het Hof Arnhem-Leeuwarden en het Hof Den Haag hebben zich in verschillende uitspraken voorstander betoond van de visie dat (reeds) een vergoedingsrecht ontstaat op het moment dat een privévordering tot betaling van een geldbedrag wordt voldaan op een bankrekening die tot de

gemeenschap van goederen behoort.¹⁰ Telkens is daarbij de leidende gedachte dat het vergoedingsrecht is ontstaan doordat het geld 'de poort van de gemeenschap' is gepasseerd door uitbetaling op een gemeenschapsbankrekening. Daarmee is het vergoedingsrecht gegeven, tenzij later ten laste van dezelfde bankrekening privéschulden van diezelfde echtgenoot zijn voldaan.

2.2. *Andersluidende visies in literatuur en jurisprudentie*

In de literatuur zijn ook minder strikte benaderingen terug te vinden, dan de benadering dat het vergoedingsrecht is gegeven, zodra het geld de 'poort van de gemeenschap' heeft gepasseerd. Deze benaderingen hangen samen met het uitgangspunt dat degene die een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap stelt te hebben, ook zal moeten aantonen waaraan de uit hoofde van die aanspraken ontvangen gelden zijn besteed. Kan dat niet worden bewezen, dan draagt de echtgenoot, die stelt een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap te hebben, daarvan het (bewijs)risico. Verwezen wordt onder meer naar Klaassen-Luijten-Meijer¹¹ die – onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 13 december 1918, *NJ* 1919, p. 157 – betogen: "Heeft een ieder zijn vermogen zelf bestuurd, dan draagt men zelf de gevolgen van eigen nonchalance; is er daarbij privévermogen aan de gemeenschap ten goede gekomen, dan dient de betrokkene dit te bewijzen, wil er van een reprise sprake zijn." In het verlengde daarvan betoogt Meijer dat geen vergoedingsrecht jegens de gemeenschap is ontstaan, ingeval de op de gemeenschapsrekening betaalde privégeden niet meer aanwezig zijn, doordat deze zijn besteed aan consumptieve uitgaven of zijn aangewend ter verkrijging van een goed dat intussen is tenietgegaan.¹² In dit kader vermeld ik ook de visie van Van Duijvendijk-Brand.¹³ Zij stelt dat in die gevallen dat het oorspronkelijke bedrag aan privévermogen nog aantoonbaar deel uitmaakt van het saldo van de gemeenschapsrekening, de echtgenoot die de schenking heeft ontvangen daarmee een 'recht van terugneming' heeft. Het privévermogen dat de betreffende echtgenoot ooit

10 Zie o.a. Hof Arnhem 6 november 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC0205; Hof Arnhem 15 januari 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC5700; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1977; Hof 's-Gravenhage 5 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7189; Hof 's-Gravenhage 16 juli 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD9386 en Hof 's-Gravenhage 7 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM4387.

11 Klaassen-Luijten-Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, 11^{de} druk, Deventer: Kluwer 2005, nr. 545.

12 Zie W.R. Meijer, *De afwikkeling van een huwelijksgemeenschap* (Monografieën (Echt)scheidingsrecht), Den Haag: Sdu 2009, p. 35.

13 Zie J. van Duijvendijk-Brand, 'Van een algehele naar een beperkte gemeenschap; hoe blijft wat privé is privé?', *EB* 2006/1.

heeft ontvangen, is in dat geval nog aanwezig en de betreffende echtgenoot kan dat geld dus 'terugnemen'. In het geval de privégeden zijn vermengd met andere gelden, doordat ten bate van deze bankrekeningen ook andere bedragen zijn bijgeschreven en ten laste van deze bankrekening vervolgens uitgaven zijn voldaan, pleit Van Duijvendijk-Brand voor het toepassen van een bewijsvermoeden. Op grond van dat bewijsvermoeden zou het aan het einde van het huwelijk op de bankrekening aanwezige saldo toegerekend moeten worden aan het (aantoonbaar ontvangen) privévermogen van de betreffende echtgenoot, behoudens tegenbewijs. Op grond van het bewijsvermoeden zou de echtgenoot van wie het privévermogen afkomstig was eveneens een 'recht van terugneming' hebben. Een dergelijk bewijsvermoeden zou gerechtvaardigd zijn omdat privévermogen zelden draagplichtig is voor gemeenschapsschulden, aldus Van Duijvendijk-Brand.

Ook in de jurisprudentie wordt het standpunt, dat de enkele betaling van privégeden op een gemeenschapsrekening in beginsel leidt tot een vergoedingsrecht, niet altijd ondersteund. Met name het Hof 's-Hertogenbosch geeft blijk van een andere visie.¹⁴ In dit verband noem ik twee recente uitspraken van dat hof. De ene uitspraak dateert van 7 november 2017 en de andere uitspraak van 14 november 2017.¹⁵ In beide uitspraken had één van de echtgenoten gedurende het huwelijk een geldbedrag onder uitsluitingsclausule verkregen, welke gelden op een gemeenschapsrekening uitbetaald waren. In beide gevallen was het geld gedurende het huwelijk volledig uitgegeven. Toch meent het hof dat van een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap geen sprake is. In beide uitspraken heeft het hof dit voornamelijk gemotiveerd met een beroep op artikel 1:81 en 1:84 BW. Het hof heeft daartoe overwogen dat de bedragen van de erfenis zijn aangewend om te voldoen aan de verplichting om bij te dragen in de kosten van de huishouding (artikel 1:84 BW), welke verplichting mede zijn grondslag vindt in de relationele solidariteit die de verhouding tussen echtgenoten beheerst en die tot uitdrukking komt in artikel 1:81 BW.¹⁶ Vervolgens overweegt het hof in beide uitspraken:

14 Zie Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSE:2012:BV9349; Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4752 en Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4872. Zie ook Rb. Utrecht 23 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK8081.

15 Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4752; en Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4872.

16 Zie r.o. 3.12.1.6, laatste alinea, van de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch 14 november 2017 ECLI:NL:GHSHE:2017:4872 en r.o. 3.6.4.7, tweede alinea, van de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4752.

RELATIEVERMOGENSRECHT

“Niet gesteld of gebleken is dat de man in dat kader méér heeft bijgedragen dan waartoe hij op grond van de wet gehouden is. Daartoe is immers vereist dat de man een onderbouwd financieel overzicht geeft dat inzicht geeft wie van partijen welke kosten van de huishouding voor zijn rekening heeft genomen en zulk een overzicht ontbreekt. Derhalve is gelet op het hiervóór overwogene er geen plaats voor een vergoedingsrecht voor de man. [...]”

3. Alternatieve visie

3.1. Algemene opmerkingen

Opvallend is dat óók het Hof 's-Hertogenbosch in de hiervoor genoemde uitspraak van 7 november 2017 ervan uitgaat dat door vermenging het privégedel tot de huwelijksgemeenschap is gaan behoren. Ik verwijs naar r.o. 3.6.4.4 van de uitspraak, waarin het hof letterlijk overweegt:

“Niet in geschil is dat de met uitsluiting ontvangen gelden zijn overgeboekt naar de gemeenschappelijke bankrekening van partijen. Die bankrekening behoort – zo is ook niet in geschil – tot de huwelijksgemeenschap. Door vermenging is het bedrag van € 30.000,- tot het gemeenschapsvermogen gaan behoren (het hof verwijst hiervoor naar zijn rov. 3.6.4.7., hierna). [...]”

Alhoewel het Hof 's-Hertogenbosch vervolgens concludeert dat van een vergoedingsrecht (toch) geen sprake is, wijkt zijn visie in zoverre niet af van de visie van de hoven Den Haag en Arnhem-Leeuwarden. Alle hoven menen zij dat het enkele feit dat een privévordering wordt voldaan op een gemeenschapsrekening, (reeds) maakt dat deze gelden tot de gemeenschap zijn gaan behoren. Ik deel deze visie niet. Ik zou willen pleiten voor een andere benadering, waarbij het enkele feit dat een privévordering tot betaling van een geldsom op een gemeenschapsrekening is voldaan, nog *niet* betekent dat daarmee het geschonken/geërfde bedrag tot de huwelijksgemeenschap is gaan behoren. Om deze benadering nader uit te kunnen werken, is het nodig dat ik eerst stil sta bij de vraag wat een bankrekening (juridisch) is en wat er bij een girale betaling precies gebeurt.

3.2. Bankrekening en girale betaling: de juridische kwalificatie en rechtsgevolgen

In Boek 7 BW, dat handelt over bijzondere overeenkomsten, zijn in Titel 7b specifieke bepalingen neergelegd die betrekking hebben op betalingstransacties. In artikel 7:514 sub i BW wordt de volgende definitie van een

betaalrekening gegeven: “op naam van een of meer betaaldienstgebruikers aangehouden rekening die voor uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt.” Bij het openen van een betaalrekening sluiten de betaaldienstverlener en de betaaldienstgebruiker een raamovereenkomst. Onder sub o van artikel 7:514 BW is als definitie van deze raamovereenkomst gegeven: “Overeenkomst die de uitvoering beheerst van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en die de verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening omvatten.” Onderdeel van de raamovereenkomst bij een betaalrekening betreft de rekening-courantovereenkomst. De rekening-courantovereenkomst is een hulpovereenkomst die partijen met elkaar sluiten om de betaling van de vorderingen die zij over en weer op elkaar hebben, te vereenvoudigen.¹⁷ Boeking van vorderingen in rekening-courant heeft het rechtsgevolg als bedoeld in artikel 6:140 lid 1 BW. Volgens artikel 6:140 lid 1 BW vindt verrekening van rechtswege plaats. Bovendien is op ieder tijdstip slechts het saldo verschuldigd.¹⁸

Wat gebeurt er nu als er een vordering via een girale betaling wordt voldaan? Duidelijk is dat de uitvoering van een betaalopdracht wijzigingen meebrengt in de rechtspositie van de betrokken partijen.¹⁹ Een bank voert een girale betaling uit door de rekening-courant van de schuldenaar te debiteren en de rekening-courant van de schuldeiser te crediteren. Heeft deze laatste een rekening bij een andere bank, dan stelt de bank van de schuldenaar de bank van de schuldeiser in staat diens rekening te crediteren.²⁰ Artikel 6:114 lid 2 BW bepaalt dat bij een girale betaling de

17 Zie o.a. Mijnsen, *De rekening-courantverhouding* (Monografieën Privaatrecht/15), Deventer: Kluwer 2010, p. 4; N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. 2005), Serie Onderneming en Recht/33, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk 4; R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer*, Serie Recht en Praktijk, Financieel Recht/7, Deventer: Kluwer 2011, p. 176 e.v.; en Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. 1996), Serie Recht en Praktijk/94, Deventer: Kluwer 1996, hoofdstuk XIII.

18 Mijnsen (2010), p. 4, verbindt aan de figuur van de rekening-courant een viertal kenmerken. Het eerste kenmerk van de rekening-courant is dat deze ontstaat door een hulpovereenkomst, die de afwikkeling betreft van buiten deze overeenkomst bestaande rechtsverhoudingen. Een tweede kenmerk is dat alleen het saldo van de rekening kan worden opgeëist. Partijen kunnen geen afzonderlijke posten uit de rekening-courant los maken, en daarvan afzonderlijke betaling verlangen. Als derde kenmerk omschrijft Mijnsen dat partijen door verrekening (artikel 6:127 BW) afwikkeling van transacties beogen die tussen hen tot stand zullen komen. De verrekening vindt plaats in de volgorde waarin de in de rekening geboekte vorderingen voor verrekening vatbaar worden. Het laatste (vierde) kenmerk is dat het saldo niet opeisbaar is, voor zover het niet-opeisbare vorderingen representeert.

19 Over het precieze rechtskarakter van een girale betaling wordt verschillend gedacht. Zie voor een samenvatting van de verschillende visies o.a. R.E. van Esch (2011), p. 147-149.

20 Zie o.a. Mijnsen (2010), p. 83-85 en Van Esch (2011), p. 212-214.

betaling geschiedt op het moment waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd. Dat is ook het moment waarop de schuldenaar bevrijdend aan de schuldeiser heeft betaald. Op dat moment gaat de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar teniet. Deze vordering wordt vervangen door een vordering van de betalingsbegunstigde op zijn bank.²¹ Daarbij wordt aangenomen dat de vordering van de betalingsbegunstigde op zijn bank ontstaat en opeisbaar is op het tijdstip dat de bank de voor de creditering benodigde dekking heeft ontvangen.²² Indien de betaler en de betalingsbegunstigde bij dezelfde bank een betaalrekening houden, ontstaat de vordering van de betalingsbegunstigde op de bank op het moment waarop de bank de betaalrekening van de betaler debiteert voor het bedrag van de betaalopdracht. Houden de betaler en de betalingsbegunstigde bij verschillende banken een bankrekening aan, dan ontstaat de vordering van de betalingsbegunstigde zodra de bank van de betalingsbegunstigde van de bank van de betaler in het kader van de verevening tussen hen beiden de dekking voor de bijschrijving heeft ontvangen. Doorgaans zal dat het geval zijn zodra de rekening van de bank van de betalingsbegunstigde bij de bank van de betaler is gecrediteerd met het bedrag van de overschrijving.²³

Op grond van hetgeen hierboven is weergegeven, kan worden geconcludeerd dat bij een girale betaling de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar wordt *vervangen* door een vordering van de schuldeiser op zijn bank. Door creditering van de bankrekening van de ontvanger, maakt de bank zich tot diens schuldenaar. Bij dit proces gaat de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser op de schuldenaar teniet, waarbij een nieuwe vordering ontstaat van de crediteur op diens bank. Deze nieuwe vordering wordt geheel beheerst door de tussen crediteur en de bank vigerende rechtsrelatie.²⁴ Dit betekent onder meer dat deze vordering conform de rekening-courantovereenkomst van de crediteur met zijn bank wordt verwerkt. Op grond van artikel 6:140 lid 1 BW vindt daarbij van rechtswege verrekening plaats. Een consequentie daarvan is dat verrekening plaatsvindt op het moment waarop een in de rekening-courant geboekte post voor verrekening met een nieuwe in de rekening opgenomen post vatbaar wordt. Dit wordt ook in artikel 6:140 lid 1 tot uitdrukking gebracht, door te bepalen dat 'dadelijk' – oftewel: bij de boeking – verrekening plaatsvindt.²⁵ Dit wil *niet* zeggen dat een boeking van een vordering of een schuld altijd met

21 Zie Van Esch (2011), p. 212 en Rank (diss. 1996), p. 193-194.

22 Zie Van Esch (2011), p. 213.

23 Zie van Esch (2011), p. 213-214.

24 Zie Rank (1996), p. 194.

25 Vgl. Mijssen (2010), p. 23.

verrekening gepaard gaat. Van verrekening zal slechts sprake zijn, als de in de rekening-courant geboekte vordering of schuld *tegengesteld* is aan het op dat moment bestaande saldo van de rekening.²⁶ Is dat niet het geval, dan leidt dat er slechts toe dat het bestaande creditsaldo of debetsaldo toeneemt. Wordt bijvoorbeeld een bankrekening die al een positief saldo had van 100, voor een bedrag van 50 gecrediteerd, dan bedraagt het totale saldo na creditering 150 en is van verrekening geen sprake. Hetzelfde geldt dus indien een bankrekening al een negatief saldo heeft en dit saldo nog verder wordt gedebiteerd. Ook dan vindt geen verrekening plaats. In zijn algemeenheid vindt verrekening in rekening-courant plaats naar anciënniteit. Een nieuwe in de rekening geboekte post wordt verrekend met de oudste, nog niet verrekende tegengestelde post. Dit systeem geldt ook voor de bankrekening-courant.²⁷

Uit artikel 6:140 lid 1 BW volgt dat alleen het saldo van een rekening-courantverhouding verschuldigd is. Een partij kan geen betaling afdwingen van een afzonderlijke in de rekening opgenomen vordering. Ter verklaring van deze onmogelijkheid is wel aangevoerd dat de rekening-courant ondeelbaar zou zijn. Volgens deze opvatting is een vordering die in de rekening-courant is opgenomen tenietgegaan, en maakt deze deel uit van de vordering tot betaling van het saldo. Deze opvatting is niet juist.²⁸ De vorderingen die in rekening-courant worden opgenomen, verliezen hun individualiteit niet, ook al kan afzonderlijke nakoming daarvan niet worden gevorderd. In dat verband verwijs ik naar de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 6:140 BW, waar letterlijk is vermeld:²⁹

“De in het saldo begrepen, nog niet verrekende vorderingen, blijven voortbestaan. Behoudens andersluidende afspraak worden zij niet genoveerd, noch door de opneming in de rekening, noch door de erkenning van het saldo. [...]”

26 Zie Faber (diss. 2005), nr. 187.

27 Zie HR 21 september 1988, *BNB* 1989/71, waarin de Hoge Raad overweegt: “Indien tussen twee partijen geldvorderingen en geldschulden in één rekening worden opgenomen, worden zij in de volgorde waarin partijen tot verrekening bevoegd waren dadelijk en van rechtswege verrekend. Derhalve zijn de in de rekening geboekte stortingen van rechtswege verrekend met het in de rekening als eerste post geboekte krediet, welk krediet immers klaarblijkelijk op het tijdstip van de boeking voor verrekening vatbaar was.”

28 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 518. Zie tevens Mijnsen (2010), p. 17-18 en Spath, *Zaaksvervangning* (diss. 2010), Serie onderneming en Recht/55, Deventer: Kluwer 2010, p. 374.

29 Zie *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 518.

RELATIEVERMOGENSRECHT

Ondanks dat geen nakoming van de afzonderlijke in de rekening-courant geboekte vorderingen kan worden gevorderd en alleen het saldo verschuldigd is, kan dus *niet* worden gezegd dat een vordering uit hoofde van een bankrekening ondeelbaar is.

3.3. *Voldoening van een privévordering via een gemeenschapsrekening en bestedingen daarna: zaaksvervangning*

De gedachte dat een vergoedingsrecht is ontstaan, zodra een privévordering is voldaan op een bankrekening die tot de gemeenschap behoort, wordt veelal gebaseerd op de veronderstelling dat de vordering uit hoofde van de rekeningverhouding jegens de bank ondeelbaar zou zijn. Uit het voorgaande blijkt, dat deze veronderstelling niet juist is. Weliswaar kan de rekeninghouder *in de verhouding tot de bank* slechts het saldo opeisen en niet de afzonderlijke vorderingen, maar toch kan niet worden gezegd dat de vordering op de bank ondeelbaar is. De afzonderlijke vorderingen blijven voortbestaan, zolang zij door verrekening niet teniet zijn gegaan.

Zoals ik in de vorige paragraaf concludeerde, is de kern van het giraal betalingsverkeer dat schulden en vorderingen ontstaan en tenietgaan, zowel tussen de bank en zijn rekeninghouder, als tussen de betaler en de betalingsbegunstigde. Door een girale betaling gaat de vordering van de schuldeiser op de oorspronkelijk schuldenaar teniet, waarvoor in de plaats een vordering van die schuldeiser op zijn bank komt. Met andere woorden: de vordering van de schuldeiser op de oorspronkelijke schuldenaar wordt *vervangen* door een nieuwe vordering van de schuldeiser op zijn eigen bank. Als de vordering van de betalingsbegunstigde op de oorspronkelijke schuldenaar buiten de gemeenschap van goederen viel, is de vordering van de betalingsbegunstigde op zijn bank, die voor die oorspronkelijke vordering in de plaats is gekomen, eveneens buiten de huwelijksgemeenschap gevallen. Ik baseer dit op de regeling van zaaksvervangning, meer specifiek op het bepaalde in artikel 1:94 lid 4 BW (oud)/artikel 1:94 lid 6 BW (nieuw). In dat artikel is in de tweede zinsnede bepaald dat "[...] Buiten de gemeenschap valt hetgeen wordt geïnd op een vordering die buiten de gemeenschap valt, alsmede een vordering tot vergoeding die in de plaats van een eigen goed treedt, waaronder begrepen een vordering ter zake van waardevermindering van zulk een goed." Welnu; als degene die een privévordering tot betaling van een geldsom heeft verkregen, deze vordering int middels een girale betaling, dan is de vordering die diegene door deze inning op zijn bank verkrijgt op grond van zaaksvervangning eveneens buiten de huwelijksgemeenschap gevallen. Dat in de verhouding

tot de bank slechts het saldo opeisbaar is (en niet de afzonderlijke vordering), doet daaraan niet af. De vordering als zodanig heeft immers zijn individualiteit behouden.³⁰ Ik merk hierbij op, dat ik bij dit alles uit ga van de situatie dat de privévordering wordt voldaan op een gemeenschapsrekening, die enkel staat geregistreerd op de naam van de echtgenoot wiens privévordering het betreft. In paragraaf 3.4 zal ik ingaan op de vraag of deze visie ook geldt bij betaling op een en/of gemeenschapsrekening en een bankrekening die enkel staat geregistreerd op naam van de echtgenoot wiens privévordering het *niet* betreft.

Het voorgaande betekent dat de enkele uitbetaling van een privévordering op een gemeenschapsrekening (nog) *niet* meebrengt dat daardoor de gemeenschap is gebaat. Een vergoedingsrecht is daarmee dus ook (nog) niet ontstaan. Dat is slechts anders, wanneer de bankrekening waarop het geldbedrag is geboekt op het moment van overboeking een negatief saldo vertoont. In dat geval vindt immers direct verrekening plaats met dat negatieve saldo. De schuld en de vordering gaan dan tot hun gemeenschappelijke beloop teniet. Omdat de schuld uit hoofde van de bankrekening-courant kwalificeert als gemeenschapsschuld, is met privévermogen een gemeenschapsschuld voldaan. Een vergoedingsrecht is dan gegeven. Blijft na verrekening een positief saldo over, dan kwalificeert dat saldo als 'privévermogen'.

Dat het deel van het saldo van een bankrekening dat is te herleiden tot de voldoening van een privévordering (in ieder geval in de verhouding tussen de echtgenoten) als privévermogen kwalificeert, betekent ook dat, wanneer ten laste van dat privévermogen uitgaven worden gedaan, de goederen die daarmee worden verkregen ook weer buiten de gemeenschap vallen. Ook dit vloeit voort uit de regels van zaaksvervanging, meer in het bijzonder artikel 1:95 lid 1 BW. Deze regel geldt óók voor consumptieve uitgaven. Worden ten laste van het saldo van een bankrekening waarop privégeden zijn gestort (bijvoorbeeld) inboedelgoederen, kunst of dure kleding gekocht, dan kwalificeren deze goederen als privévermogen. Deze goederen vallen niet in de huwelijksgemeenschap en worden niet door boedelmenging mede door de andere echtgenoot verkregen. Bij de toepassing van deze regel van zaaksvervanging is naar mijn mening 'toerekening' geoorloofd. Daarmee bedoel ik het volgende.

30 Zie in die zin ook Spath (diss. 2010), p. 374.

In de vorige paragraaf heb ik erop gewezen dat verrekening in beginsel naar anciënniteit plaatsvindt. Een nieuwe in de bankrekening-courantverhouding geboekte post wordt verrekend met de oudste nog niet verrekende tegengestelde post. Stel dat op een gemeenschapsrekening een saldo staat van 70, waarvan 20 bestaat uit gemeenschaps gelden en 50 uit gelden die zijn verkregen door voldoening van een privévordering. Het saldo van 20 was al aanwezig vóórdat het bedrag van 50 op deze rekening werd geboekt. Na ontvangst van het bedrag van 50 besluit de man, wiens privévordering het betrof, om een nieuwe auto te kopen. De auto kost 30 en wordt betaald ten laste van het saldo van de gemeenschapsrekening. Volgens de regels van anciënniteit wordt de vordering, die de bank op de man verkrijgt omdat hij de aankoop van de auto betaalt via de gemeenschapsrekening, verrekend met de oudste vordering van 20 en voor een bedrag van 10 met de vordering van 50.³¹ De auto zou dan in de huwelijksgemeenschap vallen, omdat de verkrijgingsprijs niet voor meer dan helft met privévermogen is betaald. Voor de toepasselijkheid van de regels van zaaksvervangning zou ik in dergelijke gevallen de verrekeningsregels, die de rekening-courantverhouding met de bank beheersen, niet leidend willen laten zijn. Als vaststaat dat bepaalde uitgaven zijn gedaan, omdat privé geld is ontvangen, is die vaststelling voor de toepasselijkheid van de regels van zaaksvervangning doorslaggevend. De uitgaven kunnen dan *voor de toepasselijkheid van zaaksvervangning* worden toegerekend aan dat deel van het saldo van de bankrekening dat als privévermogen kwalificeert. In mijn voorbeeld betekent dit dat de auto dus toch buiten de huwelijksgemeenschap is gevallen en niet via boedelmenging mede-eigendom is geworden van de andere echtgenoot. De verwerving van de auto voor 30 is immers volledig met privévermogen betaald.

Voor de volledigheid merk ik nog op dat dezelfde redenering óók geldt bij *verknochte gelden*, die worden uitbetaald op een gemeenschapsrekening. Ook die gelden blijven als privévermogen kwalificeren, indien en voor zover de bankrekening waarop deze gelden werden geboekt, een positief saldo kent ten tijde van de overboeking.³² Wel geldt daarbij de restrictie dat bij besteding van deze gelden ter verkrijging van een nieuw goed, dat nieuwe

31 Zie paragraaf 3.2 van deze bijdrage.

32 Zie in gelijke zin Mijnsen (2010), p. 18. Hij geeft daarbij het voorbeeld van een in de wettelijke gemeenschap van goederen gehuwde man die in een rekening-courantverhouding staat tot een derde. Hij schrijft vervolgens: "[...] Niet uitgesloten, het zal zich niet licht voordoen, is dat een aan de man verknochte vordering zoals bedoeld in artikel 1:94 lid 3, in de rekening is opgenomen. Deze vordering zal dan bij de verdeling van de het huwelijksvermogen uit de rekening moeten worden losgemaakt in deze zin dat zij niet meetelt bij de

goed slechts dan buiten de gemeenschap blijft, indien en voor zover dat nieuwe goed zelf ook weer als een verknocht goed kan worden beschouwd. De regels van zaaksvervanging zijn bij verknochte goederen immers niet van toepassing.³³ Daarbij merk ik direct op dat hierover verschillend wordt gedacht. Ik verwijs onder meer naar de bijdrage van Zonnenberg in deze bundel.³⁴

De visie zoals ik die hierboven heb beschreven, heeft vergaande gevolgen voor de bewijspositie van de echtgenoot die stelt een reprisevordering op de huwelijksgemeenschap te hebben. Als hoofdregel geldt dat de echtgenoot die stelt een vergoedingsrecht jegens de gemeenschap te hebben, dit zal moeten bewijzen. Wordt de visie gevolgd dat reeds een vergoedingsrecht is ontstaan wanneer een privévordering tot betaling van een geldsom is betaald op een bankrekening die tot de gemeenschap behoort, dan kan de echtgenoot die stelt een vergoedingsrecht te hebben dit meestal eenvoudig bewijzen. Voldoende is dat diegene laat zien dat het privégeld op een gemeenschapsbankrekening is overgeboekt. Wat er daarna met de gelden is gebeurd, is dan niet meer relevant. Wordt de hierboven door mij omschreven visie gevolgd, dan is de bewijspositie van de echtgenoot die stelt een vergoedingsrecht te hebben aanzienlijk lastiger. Deze echtgenoot

berekening van het saldo dat in de gemeenschap valt. De vrouw kan in dit geval niet met succes het verweer voeren dat de rekening ondeelbaar is en dat zijn aanspraak heeft op de helft van het ten tijde van de ontbinding bestaande saldo." Breederveld, *WPNR* 2014/7006, p. 150, voetnoot 10, schrijft over dit voorbeeld, dat hiermee niet is gezegd dat de vordering op de bank uit hoofde van een tegoed op een bankrekening niet als een ondeelbare vordering dient te worden gekwalificeerd. Mijnsen doelt volgens Breederveld met zijn voorbeeld op een verknochte vordering op de wederpartij met wie de rekening-courant is overeengekomen, en *niet* de verknochte vordering op een derde die door betaling op de bankrekening teniet is gegaan. Naar mijn mening miskent Breederveld dat de vordering op de bank, die ontstaat door voldoening van een verknochte vordering via een girale betaling, zelf ook weer verknocht kan zijn (vgl. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0957, *NJ* 2013/14). Deze vordering maakt weliswaar onderdeel uit van het totale saldo op de bankrekening, maar is zijn individualiteit niet verloren. Daardoor kwalificeert deze vordering (mogelijk) als een (opvolgend) verknochte vordering, die alsdan zelf ook weer buiten de huwelijksgemeenschap valt.

33 Zie HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY0957, *NJ* 2013/141, *RFR* 2013/17, en HR 26 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF2295, *NJ* 2009/40, *RFR* 2008/129. Zie over deze uitspraken o.a. T.M. Subelack, 'De uitkering van schadevergoeding: verknochtheid en zaaksvervanging', *EB* 2013/40. Zie in gelijke zin Asser/De Boer, Kolkman & Salomons *I-II* 2016, nr. 176 en 272.

34 Zie de bijdrage van Zonnenberg in deze bundel onder de titel 'Vergoedingsrechten en zaaksvervanging: een voortdurend onrecht'. Zie ook L.H.M. Zonnenberg, 'zaaksvervanging en nominaliteit', *EB* 2010/57. Zie in gelijke zin B. Breederveld, 'Smartengeld, verknochtheid en zaaksvervanging', *WPNR* 2009/6815, en B. Breederveld (2011), p. 69.

zal immers moeten stellen en bewijzen dat de gelden daadwerkelijk zijn besteed ter delging van gemeenschapsschulden en/of ter gedeeltelijke financiering van de verkrijging van gemeenschapsgoederen. Lukt dat niet, dan staat het vergoedingsrecht niet vast en kan dit niet worden toegewezen.³⁵

3.4. *Alternatieve scenario's: en/of bankrekening en overboeking op een gemeenschapsrekening op naam van de andere echtgenoot*

Tot nu toe heb ik in mijn betoog tot uitgangspunt genomen dat het privégeduld wordt geboekt op een bankrekening die (uitsluitend) op naam staat van de echtgenoot wiens privévordering het betreft. Het kan echter ook voorkomen dat het privégeduld wordt geboekt op een en/of rekening die tot de huwelijksgemeenschap behoort. Naar mijn mening zijn de gevolgen in dat geval dezelfde als in de voorgaande paragraaf beschreven. Ik merk daarbij op dat bij een en/of rekening de echtgenoten op grond van een met de bank gesloten overeenkomst beiden een zelfstandig recht hebben om over het saldo te beschikken. Zij zijn ieder afzonderlijk aan te merken als schuldeisers of schuldenaar. Er is één vordering in geval van een creditsaldo en één schuld in geval van een debetsaldo. Waar sprake is van hoofdelijk schuldeiserschap, heeft dit betrekking op de verhouding tot de bank als schuldenaar van het saldo. Deze kwalificatie heeft niets van doen met de verhouding tussen de schuldeisers onderling.³⁶ Zo kan de vordering ter zake het saldo in de verhouding tussen de schuldeisers toebehoren aan één van de rekeninghouders. Dit alles brengt naar mijn mening mee, dat ook bij een en/of rekening een deel van het saldo in de verhouding tussen de echtgenoten als privévermogen kan kwalificeren, met alle gevolgen van dien. Wat die gevolgen zijn, heb ik in de vorige paragraaf beschreven. Deze gevolgen zijn

35 Ik realiseer mij dat de door mij verdedigde visie ook gevolgen heeft voor de positie van derden. Ik denk met name aan schuldeisers van de echtgenoten. Is sprake van een gemeenschapsschuldeiser van de zijde van de echtgenoot-rekeninghouder, dan kan deze zich verhalen op het gehele saldo van de bankrekening. Is sprake van een privéschuldeiser van de echtgenoot-rekeninghouder, dan geldt datzelfde, waarbij ten aanzien van dat deel van het saldo dat *niet* is gevormd door diens privégedelven het bepaalde in artikel 1:96 lid 3 BW geldt. Is sprake van een gemeenschapsschuldeiser of privéschuldeiser van de zijde van de echtgenoot-niet-rekeninghouder, dan is slechts verhaal mogelijk op het saldo van de bankrekening tot het gemeenschappelijke deel van het saldo van die bankrekening (eventueel met toepassing van artikel 1:96 lid 3 BW). Het is in alle gevallen aan degene wiens privévermogen het betreft, om te bewijzen dat een deel van het saldo van de bankrekening niet voor verhaal door de betreffende schuldeiser vatbaar is, bij gebreke waarvan het gehele saldo kan worden uitgewonnen.

36 Zie Mijnsen (2010), p. 96.

