

Naschrift bij de reactie van W.J.M. van Tongeren (NTBR 2012/6)

Toen ik mijn bijdrage aan het nummer van oktober 2011 van dit tijdschrift voltooide,² wist ik bij voorbaat zeker dat hierop zou worden gereageerd. Mensen die mij wat beter kennen, zoals Van Tongeren, verwachten van mij als rechtspositivist bij uitstek geen standpunt met verstrekkende gevolgen, dat het geldend recht op een belangrijk punt beoogt te wijzigen. Ik ben blij dat ik van de redactie van dit tijdschrift de gelegenheid heb gekregen een naschrift op te stellen bij de reactie van Van Tongeren, die mij verwijt te hard van stapel te lopen. Ik ben het niet met Van Tongeren eens. Zijn reactie heeft mij er niet van overtuigd dat wijziging van art. 1:89 BW niet wenselijk is. Ik geef onmiddellijk toe dat wetswijziging niet noodzakelijk is. Wetswijziging is echter wél wenselijk. Van Tongeren vindt een Dexia-zaak een slechte aanleiding om met art. 1:89 BW een nieuwe weg in te slaan. Ik vind zo'n zaak juist een uitstekende aanleiding om wetswijziging te overwegen. Van Tongeren schijnt niet te beseffen dat een groot gedeelte van de rechtspraak van rechtbanken, van hoven en van de Hoge Raad van de afgelopen acht jaren inzake art. 1:88 BW betrekking heeft op effectenlease-overeenkomsten. Mijn voorstel heeft dus een groot praktisch belang. Van Tongeren spreekt maar liefst tot vijf keer toe over het in dit verband te beschermen 'gezin' blijkens de volgende passages: (1) '(...) veel consumenten én gezinnen zijn slachtoffer geworden (...)'; (2) '(...) schoolgaande 'dure' kinderen wier ouder, die in financiële zin moet zorgen voor die kinderen, verleid werd met Dexia in zee te gaan'; (3) '(...) een overeenkomst die een bedreiging zou kunnen zijn voor de financiële toekomst van (één van) beiden resp. hun gezin'; (4) '(...) met elkaar te overleggen in het belang van ieder van beiden en hun gezin'; (5) '(...) gezinnen bescherming kunnen blijven ontlenen aan een artikel als art. 1:89 BW'. Alle vijf geciteerde passages doen niet ter zake. Het is de aloude misvatting die tot op de dag van vandaag nog regelmatig wordt vernomen, als zou het in art. 1:88 BW gaan om 'gezinsbescherming'. Deze opvatting is volstrekt onjuist. Het gaat in dit artikel helemaal niet om gezinsbescherming, maar uitsluitend om de bescherming van de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar, niets meer en niets minder. De passage 'dat een producent als Dexia of een andere producent toestemming vraagt aan de andere echtgenoot en aldus de echtgenoten dwingt tot gezamenlijk overleg' is evenzeer onbegrijpelijk. Hoezo toestemming? Toestemming is toch geen extern, maar een intern gebeuren tussen de echtgenoten onderling, waarbij de ene echtgenoot die wil gaan handelen, ter opheffing van zijn handelingsonbevoegdheid toestemming van de andere echtgenoot vraagt? Zie immers de redactie van art. 1:88 lid 1, aanhef, BW. Of pleit Van Tongeren hiermee voor de terugkeer naar het vereiste van *medewerking* van de beide echtgenoten voor het aangaan van een koop op afbetaling in de zin van art. 1:87 BW (oud), zoals dit artikel heeft gegolden tot 1992? Maar toestemming is iets geheel anders dan medewerking!

¹ Prof. mr. A.J.M. Nuytinck is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl).

² A.J.M. Nuytinck, 'Een pleidooi voor aanpassing van art. 1:89 BW, mede gelet op een recent Dexia-arrest', *NTBR* 2011/56, p. 389-393 (afl. 8, oktober 2011).

In mijn betoog besteed ik veel aandacht aan de algemene informatieverplichting tussen de echtgenoten onderling, die ik baseer op art. 1:81, tweede volzin, BW (de verplichting van echtgenoten ‘elkander het nodige te verschaffen’), omdat op grond van art. 1:98 BW (oud) en art. 1:83 BW (nieuw) de echtgenoten elkaar alleen ‘desgevraagd’ en dus niet spontaan moeten informeren, hetgeen ik onwenselijk acht. Het valt mij op dat Van Tongeren met geen woord rept van – laat staan ingaat op – mijn visie betreffende het verschil tussen informatieverplichting en toestemming en het uitstralingseffect van een interne informatieverplichting naar derden. In het bijzonder gaat hij niet in op mijn opmerking dat de door mij voorgestelde bewijslastverdeling mij in overeenstemming lijkt met de eisen van het maatschappelijk verkeer, omdat derden mogen uitgaan van de normale situatie. Ik heb ook aangegeven wat de normale situatie is, namelijk dat echtgenoten elkaar vrij snel informatie verschaffen over door een van hen verrichte bestuurshandelingen en andere (rechts)handelingen die de stand van diens goederen en schulden beïnvloeden. Ik heb voorts opgemerkt terdege te beseffen dat mijn voorstel neerkomt op een zekere uitholling van de bescherming die art. 1:88 BW biedt. Ook de wetgever zelf houdt overigens in art. 1:89 lid 2 BW tot op zekere hoogte rekening met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij door haar te beschermen tegen de vernietigbaarheid van de zonder toestemming verrichte rechtshandeling, indien zij te goeder trouw was en anders dan om niet had verkregen. Ik vind oprecht dat de wederpartij in haar bewijsnood (het te leveren bewijs dat de echtgenoot die de zonder zijn toestemming verrichte rechtshandeling wil vernietigen, eerder dan drie jaren vóór het intropen van de vernietigingsgrond bekend was met deze rechtshandeling, zodat de vernietigingsactie is verjaard) best een beetje extra door de wetgever mag worden geholpen naast de welwillendheid die de Hoge Raad heeft tentoongespreid in zijn arrest van 2011.³ Die extra hulp heb ik vertaald in een weerlegbaar wettelijk vermoeden, op te nemen in een nieuw art. 1:89 lid 1 BW. Aldus wordt naar mijn mening het juiste evenwicht bereikt tussen bescherming van de belangen van de echtgenoten enerzijds en bescherming van de belangen van het handelsverkeer anderzijds.

Mijn Amsterdamse collega F.R. Salomons, die evenzeer als Van Tongeren moeite heeft met mijn voorstel (zij het dat hij dit wél prikkelend noemt), heeft hierop informeel gereageerd.⁴ Salomons vraagt zich af of het voor realisering van hetgeen ik wenselijk acht niet beter zou zijn om aan art. 1:89 lid 1 BW de volgende volzin toe te voegen: ‘Voor de toepassing van artikel 52 lid 1, onder d, van Boek 3 wordt de andere echtgenoot vermoed vanaf een maand na de dag, volgende op die waarop de rechtshandeling is verricht, daadwerkelijk bekend te zijn met de rechtshandeling’. Nadat ik hierover een tijdje had nagedacht, ben ik uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat het voorstel van Salomons inderdaad beter in het systeem van het algemene vermogensrecht past dan het mijne. Hij merkt terecht op dat art. 1:89 BW, aldus geformuleerd, de toepasselijkheid van art. 3:52 lid 1, onder d, BW onverlet laat, maar dat in het kader van de toepassing ervan het door mij gewenste vermoeden geldt. Voor Van Tongeren zal dit alles waarschijnlijk niets uitmaken, omdat hij voorstander is van handhaving van de huidige regeling.

³ HR 28 januari 2011, LJN: BO6106 (*Dexia*).

⁴ Te weten bij een aan mij gerichte e-mail van 1 oktober 2011. Salomons heeft mij op 30 november 2011 toestemming gegeven om uit deze e-mail te citeren.

Overigens wordt het los van bovenstaande discussie de hoogste tijd voor een fundamentele discussie over het bestaansrecht van de art. 1:88 en 89 BW. Het toestemmingsvereiste heeft immers iets arbitrairs: het geldt uitsluitend voor echtgenoten en – via art. 1:80b BW – voor geregistreerde partners, maar niet voor ongehuwd en ongeregistreerd samenwonenden, die vaak in een vergelijkbare situatie als die van gehuwden en geregistreerden verkeren en derhalve evenzeer tegen zichzelf en tegen elkaar zouden moeten worden beschermd. Ook binnen de opsomming van toestemmingsgebonden rechtshandelingen in art. 1:88 lid 1 BW is zonder meer sprake van willekeur. Zo vind ik het nog steeds onbegrijpelijk dat de overeenkomst van geldlening als zodanig niet onder het toestemmingsvereiste valt, zelfs niet als het geleende bedrag bijvoorbeeld € 500.000,- bedraagt. Uiteraard zal een dergelijke overeenkomst meestal gepaard gaan met de vestiging van een hypotheekrecht op de echtelijke woning en komt toestemming dus aan de orde in het kader van art. 1:88 lid 1, onder a, BW, maar dit neemt niet weg dat naar huidig recht voor de overeenkomst van geldlening zelf geen toestemming van de niet-lenende echtgenoot is vereist. Ik weet natuurlijk ook wel dat in de praktijk de bank meestal – zeker als het om grote bedragen gaat – hoofdelijke verbondenheid van de beide echtgenoten ter zake van de geldlening verlangt en er dus sprake is van medewerking van de beide echtgenoten aan de geldlening, welke medewerking toestemming impliceert, maar het blijft merkwaardig dat deze overeenkomst niet voorkomt in het rijtje van art. 1:88 lid 1 BW. Ik kan mij namelijk voorstellen dat de bank bij minder grote geldleningen en zeker bij kleine geldleningen niet altijd vestiging van een hypotheekrecht op de echtelijke woning en/of hoofdelijke verbondenheid van de beide echtgenoten verlangt, maar dat tussen laatstgenoemden onderling het toestemmingsvereiste niettemin op zijn plaats is. Onlangs heeft Van den Munckhof⁵ in het kader van de ondernemingsrechtelijke aspecten van het toestemmingsvereiste (art. 1:88 lid 5 BW) de aanzet voor deze fundamentele discussie gegeven, nadat het gedurende ongeveer 25 jaren sinds de verschijning van mijn proefschrift⁶ over (onder andere) de algemene bevoegdheidsbeperking van art. 1:88 BW opmerkelijk rustig was gebleven. Uit het bovenstaande moet men niet afleiden dat ik voorstander ben van schrapping van de art. 1:88 en 89 BW, integendeel. Ik vind nog steeds dat de beperking van de handelingsbevoegdheid van echtgenoten (en sinds 1998 ook van geregistreerde partners) ten opzichte van het algemene vermogensrecht gerechtvaardigd is. Ik voeg er alleen aan toe dat het nu echt tijd is geworden om na te denken over de vraag of het rijtje van art. 1:88 lid 1 BW niet te willekeurig is en of met name niet de overeenkomst van geldlening hieraan zou moeten worden toegevoegd, alsmede over de vraag of het toestemmingsvereiste niet ook voor ongehuwd en ongeregistreerd samenwonenden zou moeten gaan gelden. Zo gaat in het Caribische gedeelte van het koninkrijk onder andere het Burgerlijk Wetboek van Aruba (BWA) binnen afzienbare tijd bepalen dat art. 1:87 BWA betreffende de leer van de economische deelgerechtigdheid (identiek aan ons art. 1:87 BW) ook geldt voor ongehuwd samenwonenden, althans – als ik het goed zie – na verbreking van het concubinaat blijkens het gebruik van de voltooid tegenwoordige tijd. De tekst van het nieuwe art. 1:87a BWA komt

⁵ E.J.H. van den Munckhof, 'Stemrecht- en winstrechtloze aandelen. De implicaties voor art. 1:88 lid 5 Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2011-6907, p. 950-953, in het bijzonder p. 953 onder punt 5 over art. 1:88 lid 5 BW, een afwijking van het algemene vermogensrecht.

⁶ A.J.M. Nuytinck, *Bevoegdheid van echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

dan te luiden als volgt: ‘Hebben twee personen samengeleefd als waren zij gehuwd, dan is artikel 87 van overeenkomstige toepassing’. Denkbaar is om in Nederland ook de art. 1:88 en 89 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op ongehuwd en ongeregistreerd samenwonenden. Dit vergt uiteraard een fundamentele discussie, die eigenlijk al enigszins is ingezet met de vraag naar de wenselijkheid van een eventuele vierde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht, die dan niet alleen betrekking zou moeten hebben op de verzachting van de rechtsgevolgen van de zogenaamde koude uitsluiting, maar ook op de verbetering van de rechtspositie van ongehuwd en ongeregistreerd samenwonenden, waarover in november 2010 een belangrijk rapport is verschenen.⁷

Ik dank Van Tongeren voor zijn reactie op mijn bijdrage, want weliswaar zijn wij het niet met elkaar eens, maar hij heeft mij wél aangezet tot het verder doordenken van deze belangrijke huwelijksvermogensrechtelijke materie, die ten nauwste samenhangt met het algemene vermogensrecht.

⁷ Ministerie van Veiligheid en Justitie, WODC-rapport ‘Koude uitsluiting. Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan’, Netherlands Institute for Law and Governance (NILG), november 2010. Het onderzoek is uitgevoerd door M.V. Antokolskaia, B. Breederveld, J.E. Hulst, W.D. Kolkman, F.R. Salomons en L.C.A. Verstappen.