

## “Een pleidooi voor aanpassing van art. 1a:89 BW, mede gelet op een recent Dexia-arrest”, NTBR 2011/56, prof. mr. A.J.M. Nuytinck

6

Doorgaans kan ik mij wel vinden in de opvattingen van Nuytinck. In zijn recente bijdrage in NTBR<sup>2</sup> loopt hij te hard van stapel.

Uit art. 1:89 BW vloeit voort dat de andere echtgenoot een beroep kan doen op de vernietigingsgrond als de ene echtgenoot bepaalde in art. 1:88 BW genoemde rechtshandelingen heeft verricht zonder de vereiste toestemming. In verband met art. 3: 52 lid 1 sub d BW verjaart de rechtshandeling die vernietigingsgrond in te roepen drie jaar nadat die ten dienste is komen te staan, dat wil zeggen drie jaar nadat de andere echtgenoot bekend is geworden met de ‘verboden’ rechtshandeling.

Vast staat dat een effectenlease-overeenkomst een rechtshandeling is in de zin van art. 1:88 lid 1 sub d BW.<sup>3</sup> In een recent Dexia-arrest<sup>4</sup> is beslist dat niet te zware eisen mogen worden gesteld aan de feitelijke onderbouwing in dit geval door Dexia van haar bewijsaanbod waar het gaat om de bekendheid van de andere echtgenoot met de ‘verboden’ rechtshandeling, nu, in mijn woorden, uitwisseling van informatie tussen echtgenoten zich doorgaans afspeelt in de beslotenheid van het huiselijk verkeer. Nuytinck verenigt zich met de benadering waarvan het arrest uitgaat, maar hij meent dat het tijd is een andere weg in te slaan. Nuytinck meent dat (in ieder geval voor het *ius constituendum*) zou moeten gelden het (wettelijk) vermoeden dat de andere echtgenoot (weerlegbaar) bekend is met de ‘verboden’ rechtshandeling een maand na de dag volgende op die waarop die rechtshandeling is verricht. Nuytinck denkt dat aldus het juiste evenwicht wordt bereikt tussen de belangen van de echtgenoten enerzijds en bescherming van de belangen van derden (ruimer: het rechtsverkeer, het handelsverkeer) anderzijds. Nuytinck veronderstelt daarbij dat echtgenoten elkaar zonder meer zullen informeren over zaken als het sluiten van een effectenlease-overeenkomst en blijkbaar ook alle andere rechtshandelingen die vallen binnen het bereik van art. 1:88 BW. Hij voegt er aan toe dat nu al een informatieverplichting geldt voor in wettelijke gemeenschap gehuwde echtgenoten,<sup>5</sup> welke verplichting al-

gemeen, voor elk ander huwelijksgoederenregiem, gaat gelden vanaf 1 januari 2012.<sup>6</sup>

Ik vind allereerst een Dexia-zaak een slechte aanleiding om met art. 1:89 BW een nieuwe weg in te slaan. De Dexia effectenleaseproducten en andere soortgelijke producten hebben geen voortreffelijke reputatie en veel consumenten én gezinnen zijn slachtoffer geworden van (al te) handige colporteurs en van wat het effectenlease product bleek te zijn (met een aanzienlijk risico van aanzienlijke restantschulden enz.). Er is geen goede grond om het belang van het handelsverkeer in te roepen om partijen als Dexia, die producten op de markt brengen die niet of moeilijk worden gesnapt en ook nog gevaarlijk blijken te zijn, vervolgens ook nog te beschermen, ten koste van, om een voorbeeld te noemen, schoolgaande ‘dure’ kinderen wier ouder, die in financiële zin moet zorgen voor die kinderen, verleid werd met Dexia in zee te gaan.

En als het gaat om het belang van het handelsverkeer kan het geen groot bezwaar zijn dat een producent als Dexia of een andere producent toestemming vraagt aan de andere echtgenoot en aldus de echtgenoten dwingt tot gezamenlijk overleg.

Bovendien is allerm minst zeker dat in de toekomst niet opnieuw producenten fraai verpakte (maar ondoorzichtige) financiële producten lanceren, die door het grote publiek niet begrepen worden in hun uitwerking.

Art. 1:89 BW kan zelfs als dam werken tegen introductie van ‘gevaarlijke’ en maatschappelijk onwenselijke (financiële) producten als de beide echtgenoten gaan over het sluiten van een overeenkomst die een bedreiging zou kunnen zijn voor de financiële toekomst van (één van) beiden respectievelijk hun gezin.

Of de veronderstelling van Nuytinck juist is dat in de praktijk echtgenoten elkaar informeren en inlichten over zaken als het sluiten van een effectenleaseovereenkomst staat niet vast. Denkbaar is zelfs dat op grond van de individualisering en autonomie echtgenoten denken geheel eigen beslissingen te kunnen nemen. Dat de ene echtgenoot in voorkomende gevallen door de andere afgeremd moet (en kán) worden, is niet ondenkbaar respectievelijk niet onwenselijk. Verder is soms niet aanstonds duidelijk dat een (financieel) product valt binnen het bereik van art. 1:88 BW. Soms zullen consumenten respectievelijk de andere echtgenoot niet aanstonds snappen dat zij te maken hebben met een ‘verboden’ rechtshandeling.

Wat geldt voor allerlei financiële producten als een effectenleaseovereenkomst geldt ook voor de andere in art. 1:88 BW genoemde rechtshandelingen in al hun verscheidenheid waarin zij in de praktijk voorkomen en het verrichten waarvan echtgenoten verplicht vooraf met elkaar te overleggen in het belang van ieder van beiden en hun gezin.

<sup>1</sup> W.J.M. van Tongeren is advocaat.

<sup>2</sup> Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, NTBR 2011/56, p. 389 e.v., ‘Een pleidooi voor aanpassing van art. 1:89 BW’, mede gelet op een recent Dexia-arrest.

<sup>3</sup> HR 28 maart 2008, NJ 2009/578 LJN BC 2837 (Dexia) en HR 9 juli 2010, NJ 2010/438 LJN BM 3868 (Dexia)

<sup>4</sup> HR 28 januari 2011 LJN BO 6106.

<sup>5</sup> Art. 1:98 BW, dat spreekt over: de echtgenoten verstrekken elkander ‘desgevraagd’ inlichtingen over het gevoerde bestuur, alsmede over de stand der goederen en schulden van de gemeenschap.

<sup>6</sup> Art. 1:83 BW (nieuw) ‘desgevraagd’ blijft gehandhaafd ook na 1 januari 2012, maar dat wil Nuytinck en passant ook geschrapt zien. Maar als er ‘verplicht’ overleg zou moeten komen tussen echtgenoten is dat nog geen garantie dat alle zaken de revue zullen passeren.

Ik pleit dus voor handhaving van de huidige regeling zoals neergelegd in art. 1:89 BW jo. art. 3:52 lid 1 sub d BW en handhaving ook van de termijn van drie jaar. Het kan geen kwaad dat naast (enige) publiekrechtelijke bescherming gezinnen bescherming kunnen blijven ontlenen aan een art. als art. 1:89 BW.

Uit niets blijkt dat de praktijk niet uit de voeten kan met de huidige regeling als neergelegd in art. 1:88 BW jo. art. 1:89 BW. De Hoge Raad past art. 1:88 BW restrictief toe en in de praktijk weet men in de regel waaraan men toe is en zijn er weinig grote verrassingen. In geval van twijfel wordt de toestemming van de andere echtgenoot gevraagd.

In een geval als dat van de *Dexia*-zaken ligt het dan ook vanuit de beschermingsgedachte van art. 1:88 BW meer in de rede dat *Dexia* bewijst, nu ook nog blijkens zijn recente arrest met de steun in de rug van de Hoge Raad dat niet te zware eisen mogen worden gesteld aan de feitelijke onderbouwing van een bewijsaanbod, dat de andere echtgenoot al drie jaar bekend was met het sluiten van een effectenleasovereenkomst dan dat de andere echtgenoot moet bewijzen dat hij pas later dan een maand na het sluiten van de overeenkomst daadwerkelijk bekend is geworden met die rechtshandeling. Het is voor beide partijen lastig, maar de partij die een (omstreden) product op de markt brengt en daar ook het profijt van wilde hebben, dient het bewijsrisico te lopen, zou ik menen.