

# Ad rem

## Weg met artikel 1:88 BW!

Mr. M. Uijen

Bij een aantal transacties van echtgenoten geldt op grond van artikel 88 van Boek 1 BW als eis dat eerst netjes de toestemming van de andere echtgenoot wordt gevraagd. Dat is mooi. Op die manier dwingt de wetgever echtgenoten met elkaar in gesprek te blijven over wat ze vermogensrechtelijk allemaal uithalen. Maar de echtgenoot die het artikel aan zijn laars lapt, treft gek genoeg niet zijn wederhelft of zichzelf – het is dan degene met wie de echtgenoot gecontracteerd heeft, die aan het kortste eind trekt. Wanneer de vereiste toestemming ontbreekt, kan de inmiddels tot stand gebrachte transactie namelijk zonder pardon worden vernietigd. En dat is minder fraai. Je zou toch verwachten dat het primair de echtgenoten zelf zijn die zich om elkaar moeten bekommeren. Wie een overeenkomst sluit met een BV of NV, hoeft immers ook niet te gaan controleren of de directeur op de statutair voorgeschreven wijze de aandeelhouders of commissarissen heeft geraadpleegd. Hoofdregel is dat ieder zijn eigen schapen hoedt.

Vanwaar dan deze ingrijpende verplaatsing van het contractrisico in artikel 1:88 BW? Volgens de wetgever is omkering van de hoofdregel noodzakelijk met het oog op de bescherming van het huwelijksvermogen. Ik kan me daar in theorie iets bij voorstellen. Zo'n omkering kan aangewezen zijn als het gaat om de bestrijding van transacties die inherent nadelig zijn voor de vermogenspositie van echtgenoten. Helaas leest artikel 1:88 allerminst als een catalogus van dit soort transacties. Er zijn talloze voorbeelden te verzinnen van situaties waarin het verkopen van de echtelijke woning, het bezwaren van inboedelzaken of het afgeven van een borgtocht financieel neutraal is voor de echtgenoten – in ieder geval in hun eigen beleving. Desondanks heeft de wetgever gemeend deze en dergelijke rechtshandelingen categorisch te moeten onderwerpen aan het beschermingsregime.

Daarmee botst artikel 1:88 in nog een ander opzicht met de systematiek van ons recht: terwijl door de redelijkheid en billijkheid bijna overal misstanden op individuele basis aangepakt kunnen worden, kenmerkt artikel 1:88 zich nog steeds door een starheid die niet meer van deze tijd is. De spreekwoordelijke 'omstandigheden van het geval' spelen bij artikel 1:88 geen rol van betekenis. De jurisprudentie met betrekking tot artikel 1:88 bevestigt dit beeld; tot een creatieve duiding van de bepaling heeft de rechter zich ten-

minste voorlopig nog niet laten verleiden. Heel verrassend is dat niet, want in de context van artikel 1:88 staat het opeisen van keuzevrijheid gelijk aan vloeken in de kerk. Het is bij bepalingen als artikel 1:88 nu eenmaal alles of niets.

Al met al lijkt er door de wetgever niet echt goed over artikel 1:88 te zijn nagedacht. Gelet op de enorme consequenties die niet-naleving van artikel 1:88 kan hebben, getuigt dat op z'n zachtst gezegd van misplaatste gemakzucht. Enfin, zult u daarop misschien zeggen, soms is ook met weinig doordachte wetgeving best te leven. Bijvoorbeeld als het rechtsverkeer er verder geen hinder van ondervindt of als sociaal onrecht er zichtbaar mee wordt tegengegaan. Maar geen van beide zal naar mijn idee van artikel 1:88 beweerd kunnen worden.

In de eerste plaats is de bepaling een sta-in-de-weg voor de transactiepraktijk. Voor adviseurs is het zelfs een waar struikelblok: de advocaat of notaris die het toestemmingsvereiste vergeet, doet er verstandig aan meteen even contact op te nemen met zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Zo'n fout is sneller gemaakt dan menig een denkt. Vooral de voor garanties benodigde toestemming (art. 1:88 lid 1 sub c BW) komt niet zelden onverwachts om de hoek kijken en dan meestal precies op het moment dat iedereen het zelfs al te druk heeft om na te gaan of de garant überhaupt getrouwd is.

In de tweede plaats nodigt artikel 1:88 uit tot misbruik. Of misbruik werkelijk veel voorkomt, zal door rechtssociologen moeten worden uitgezocht. Wel kunt u zich in de tussentijd van een eerste indruk voorzien met een aardige *acid test*. Vraagt u maar eens bij een willekeurige groep contractenmakers na hoe vaak ze zijn geconfronteerd met een vernietigingsactie ex artikel 1:88 die kennelijk werd ingegeven door onzuivere motieven; en vraagt u dan vervolgens eens hoe vaak diezelfde contractenmakers hebben meegemaakt dat de toestemming door de andere echtgenoot werd geweigerd. In de ondernemingsrechtelijke en de bancaire praktijk laten de getallen zich raden.

In de derde plaats, *last but not least*: de echtgenoten zelf worden met artikel 1:88 nauwelijks geholpen. De bepaling verhindert niet dat de gemeenschappelijke kas er in de kroeg of het casino door-

heen gejaagd wordt, of – om dichter bij huis te blijven – compleet opgesoupeerd wordt met twijfelachtige beleggingen. In artikel 1:88 wordt een selectie gemaakt, met als gevolg dat vele gevaren voor het huwelijksvermogen blijven bestaan. Dit wordt niet anders wanneer wij ons beperken tot de gevallen die wél een plek hebben gekregen in het lijstje van artikel 1:88. Zodra er een onderneming in het spel is, zal het voor de niet-handelende echtgenoot doorgaans ondoenlijk zijn om te achterhalen of het verstandig is de toestemming te geven. De niet-handelende echtgenoot moet varen op de kennis en het inzicht van de echtgenoot die de door artikel 1:88 beheerste overeenkomst wil sluiten. En daar wringt nu juist de schoen: de contracterende echtgenoot heeft op dat moment allang besloten dat de transactie doorgang moet vinden. Wat er beschikbaar is aan kennis en inzicht, zal dus hooguit worden ingezet om de niet-handelende echtgenoot over de streep te trekken. Daar helpt ook het toestemmingsvereiste niet meer tegen; de enige remedie is dat de niet-handelende echtgenoot een eigen due-diligenceonderzoek uitvoert. Ik bedoel dit laatste niet gekscherend, maar ziet u het voor u? De ene echtgenoot vraagt om toestemming en de andere echtgenoot wijst er fijntjes op dat er dan eerst nog even een paar *data room binders* moeten worden bezorgd – met minimaal een marktstudie, het business plan, de prognose voor het komende jaar en de cijfers van de afgelopen drie jaar.

Kortom, op artikel 1:88 valt nogal wat af te dingen. Als ik uitga van de transactiepraktijk is het zelfs zo veel dat ik oprecht niet begrijp hoe de wetgever deze bepaling ooit heeft kunnen introduceren zonder royale uitzonderingen voor ondernemers. Dit maakt me waarschijnlijk tot een roepende in de woestijn: in de handboeken is over artikel 1:88 vrijwel geen kritische opmerking te vinden. Dat zij zo – ik blijf roepen.

Weg met artikel 1:88!