



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Borgtochten in een internationale context: het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW

Baas, L.; Houben, I.S.J.; Weide, J.A. van der

Citation

Baas, L., Houben, I. S. J., & Weide, J. A. van der. (2022). Borgtochten in een internationale context: het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2022(6), 199-211. doi:10.5553/MvV/157457672022032006001

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513668>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Borgtochten in een internationale context

Het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW

*Mr. L. Baas, mr. I.S.J. Houben en mr. J.A. van der Weide**

1 Inleiding

De overeenkomst van borgtocht is een in de praktijk veelgebruikte vorm van persoonlijke zekerheid. Gedacht kan worden aan een moeder vennootschap die zich borg stelt voor de uit een kredietovereenkomst voortvloeiende betalingsverplichtingen van een dochter vennootschap,¹ aan een onderaannemer die zich borg stelt voor de nakoming van de aannemingsovereenkomst door de hoofdaannemer, of aan de directeur-groootaandeelhouder (dga) die zich borg stelt voor een door zijn (kapitaal)vennootschap aangegane financieringsovereenkomst. Komt de dochter vennootschap, de hoofdaannemer of de kapitaalvennootschap zijn of haar verplichtingen niet na, dan kan de schuldeiser de moeder vennootschap, de onderaannemer dan wel de dga aanspreken tot nakoming.

Is de borg getrouwd, of is deze een geregistreerd partnerschap aangegaan, dan brengt de gezinsbeschermende bepaling van art. 1:88 lid 1 sub c BW met zich dat de echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner (vgl. art. 1:80b BW) van de borg op straffe van vernietigbaarheid (art. 1:89 lid 1 BW) toestemming moet verlenen voor diens borgstelling, anders dan in de normale uitoefening van zijn of haar beroep of bedrijf.

Over het laatstgenoemde punt ('anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf') is veelvuldig gepubli-

ceerd² en geprocedeerd.³ Dit debat willen we in dit artikel niet opnieuw voeren. Wat we wel willen, is het onder de aandacht brengen van een ander punt dat aanleiding geeft tot vragen in de (internationale) rechtspraktijk: zakelijke borgstellingen met een internationaal karakter. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een in Nederland woonachtige dga die zich persoonlijk borg heeft gesteld voor de financiële verplichtingen die zijn vennootschap is aangegaan met een in Duitsland gevestigde kredietinstelling.⁴ Welke rol speelt het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW bij dergelijke internationale borgtochten? Kan aan een buitenlandse kredietinstelling worden tegengeworpen dat de borg geen toestemming had van zijn echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner? En wat is het regelkader in dat verband? Hoe dan ook blijkt het vinden van de op de specifieke casus van toepassing zijnde wets- en EU-verordeningsbepalingen bepaald geen sinecure, door de vele wijzigingen die zich in de loop der tijd hebben voorgedaan en de werking van het overgangsrecht.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 zal op beknopte wijze de overeenkomst van borgtocht binnen haar nationale (Nederlandse) regelkader worden besproken, waarbij in het bijzonder wordt ingegaan op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW. Daarna volgt in paragraaf 3 en 4 een beschouwing over de internationale borgtocht en de doorwerking van het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW in de internationale casus. In paragraaf 5 wordt afgesloten met een conclusie, waarin, mede aan de hand van een beslismatrix, op handzame wijze inzichtelijk wordt gemaakt

* Mr. L. Baas is docent bij de afdeling Civiel recht van de Universiteit Leiden. Mr. I.S.J. Houben is universitair hoofddocent bij de afdeling Civiel recht van de Universiteit Leiden. Mr. J.A. van der Weide is universitair hoofddocent bij de afdeling Civiel recht van de Universiteit Leiden, (onafhankelijk) legal counsellor en hoofdredacteur van dit tijdschrift.

De auteurs bedanken Tuğçe Gizem Çelik en Dawid Beyers, studenten van de Advanced Master in International Civil and Commercial Law aan de Universiteit Leiden, voor hun waardevolle informatie met betrekking tot het Turkse en het Zuid-Afrikaanse recht. Een verkorte versie van dit artikel is recentelijk verschenen in: A.G. Castermans e.a., *Parels aan de kroon. Het bouw- en aanbestedingsrecht en het familievermogensrecht op de bogen van het 30-jarige BW (Hebly & Mellema-Kranenburg-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 11-19.

1 Bij concernfinancieringen wordt in de praktijk overigens dikwijls gebruik gemaakt van de (contractuele) hoofdelijke aansprakelijkheid in plaats van de borgtocht. Zie o.m. A.R. van Uhm, *Persoonlijke zekerheden in concernfinancieringen*, MvV 2017, p. 278-284.

2 Zie o.m. J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW nr. B78), Deventer: Kluwer 2012/14; G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (Onderneming en Recht nr. 84; diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, par. 5.7 (randnrs. 138-150); Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/215; A.A.J. Smelt, *De normale bedrijfsuitoefening van art. 1:88 lid 5 BW*, WPNR 2017, afl. 7166, p. 785-792; Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/58-132.

3 Zie o.m. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526, NJ 2000/689 m.nt. W.M. Kleijn (Soetelieve/Stienstra); HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2632 (Rabobank/Van Hees); HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606 (Nooij/ING); HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220 (Rabobank/X); HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:483 (X/Y).

4 Zie ter illustratie Hof Arnhem 12 juli 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT9863.

hoe de verschillende (nationale en internationale) regelkaders in elkaar grijpen bij de toepassing van het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW binnen een internationale context.⁵

2 Het Nederlandse regelkader

2.1 De overeenkomst van borgtocht

Borgtocht is geregeld in titel 14 van Boek 7 BW (art. 7:850 e.v.). Het betreft de overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldnaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.

De wetgever heeft een afzonderlijke afdeling gewijd aan de zogeheten ‘particuliere borgtocht’.⁶ In de omschrijving van art. 7:857 BW gaat het daarbij om borgtochten die zijn aangegaan door een natuurlijk persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of BV waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft.

Het belang van het onderscheid tussen de particuliere en de niet-particuliere (zakelijke) borg is dat eerstgenoemde door de wetgever in bescherming wordt genomen. De particuliere borg zal zich doorgaans borg stellen vanwege de persoonlijke relatie met de hoofdschuldnaar en niet uit zakelijke motieven. Gezien het risico dat gepaard gaat met een borgstelling, is bescherming van de particuliere borg op zijn plaats. Zo brengt art. 7:858 BW met zich dat een particuliere borgtocht met een ‘open einde’-schuld van de hoofdschuldnaar niet geldig is.⁷ Een andere vorm van bescherming van de particuliere borg is te vinden in de formaliteitseis van art. 7:859 BW: tegenover de particuliere borg wordt de borgtocht slechts door een door hem ondertekend geschrift bewezen, tenzij de borg de prestatie al (gedeeltelijk) heeft verricht. Tevens kan van verschillende bepalingen uit de borgtochtstitel niet ten nadele van de particuliere borg worden afgeweken.⁸

Van belang is om te constateren dat onder de ‘particuliere borg’ *niet* wordt geschaard de natuurlijk persoon die de borgtochtovereenkomst aangaat ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of BV waarvan hij bestuurder is en waarvan hij alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft. Indien derhalve een dga van een BV zich op verzoek van de bank borg stelt voor een lening die de BV bij de bank aangaat, terwijl hij alleen of met

zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft, dan betreft dat geen particuliere borgtocht, indien die borgtochtovereenkomst wordt gesloten ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf. De wetgever was van mening dat een dergelijke bestuurder-aandeelhouder op gelijke wijze dient te worden behandeld als een natuurlijke persoon die als zelfstandig ondernemer of in de vorm van een personenvennootschap een beroep of bedrijf uitoefent en borg staat.⁹

De vraag wanneer nu precies ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening een borgtochtovereenkomst is gesloten, blijkt nog niet zo eenvoudig te beantwoorden. Deze vraag komt met name op in verband met het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW en wordt ook in het licht van de beschermingsgedachte die aan die bepaling ten grondslag ligt beantwoord.

2.2 Het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW

Uit art. 1:88 lid 1 sub c BW volgt dat een echtgeno(o)t(e) (of geregistreerde partner) de toestemming van de andere echtgeno(o)t(e) behoeft voor het aangaan van een borgtochtovereenkomst anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf.¹⁰ Ontbreekt die vereiste toestemming, dan kan de echtgeno(o)t(e) de borgtochtovereenkomst vernietigen op grond van art. 1:89 lid 1 BW, tenzij de wederpartij te goeder trouw was (art. 1:89 lid 2 BW).¹¹ Met het oog op de goede trouw mag van de schuldeiser worden verwacht dat hij enig onderzoek zal verrichten, bijvoorbeeld door een uittreksel op te vragen uit de gemeentelijke basisadministratie (huwelijk/geregistreerd partnerschap) of door het handelsregister te raadplegen dan wel het aandeelhoudersregister van de desbetreffende vennootschap in te zien om daarmee de kwalificaties

5 In deze bijdrage besteden we geen aandacht aan de figuur van de achterborgtocht.

6 Afd. 7.14.2 BW.

7 Indien het bedrag dat de hoofdschuldnaar verschuldigd is bij het aangaan van de borgtocht niet vaststaat, is de particuliere borgtocht slechts geldig voor zover een in geld uitgedrukt maximumbedrag is overeengekomen.

8 Art. 7:862, waarin van dwingend recht worden verklaard art. 7:852-856 en 7:858-861 BW.

9 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 1991, p. 445; MvT Inv. art. 1:88, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Aanpassing BW 1991, p. 18 (nr. 2).

10 Krachtens art. 1:80b BW zijn de titels 6 (waaronder art. 1:88 lid 1 sub c BW), 7 en 8 van Boek 1 BW in beginsel van overeenkomstige toepassing op geregistreerde partnerschappen. Hetgeen we in deze paragraaf bespreken, is derhalve mutatis mutandis van toepassing op geregistreerde partners.

11 Het gaat hierbij om de goede trouw in de zin van art. 3:11 BW: wist c.q. behoorde de wederpartij te weten dat toestemming nodig was, dan wel meende en mocht de wederpartij menen dat de toestemming was verkregen? Rechtsdwaling wordt in beginsel niet beschermd. Zie HR 22 juni 1962, ECLI:NL:HR:1962:AG2058, NJ 1963/53 m.nt. J.H. Beekhuis; HR 15 december 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC5653, NJ 1979/427 m.nt. E.E.A. Luijten. Nader: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/222-224.

en de bevoegdheden van de bestuurder-aandeelhouder (de borg) te achterhalen.¹²

De achtergrond van art. 1:88 lid 1 sub c BW is de bescherming van ‘huis en haard’ tegen mogelijk riskante rechtshandelingen aangegaan door een van de echtgenoten. Om die reden wordt de handelingsbevoegdheid van de echtgeno(o)t(e) die zich borg stelt beperkt. Vanuit die beschermingsgedachte is te verklaren dat de Hoge Raad in meerdere arresten de in de tekst van art. 1:88 lid 1 sub c BW besloten liggende uitzondering op het toestemmingsvereiste voor het aangaan van een borgtochtovereenkomst, te weten dat die overeenkomst wél is aangegaan in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf, zeer restrictief uitlegt. Geen toestemming van de andere echtgeno(o)t(e) is vereist indien de handelende echtgeno(o)t(e) de overeenkomst van borgtocht aangaat *in* de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Dat betekent, volgens de Hoge Raad, dat de rechtshandeling, in casu de borgstelling, voor het door de echtgeno(o)t(e) zelf uitgeoefende beroep of bedrijf kenmerkend is, in die zin dat zij in de normale uitoefening van het beroep of bedrijf gebruikelijk is.¹³ Dat het aangaan van een overeenkomst van borgtocht tot de gebruikelijke beroeps- of bedrijfsuitoefening behoort, zal echter zelden voorkomen.¹⁴

Art. 1:88 lid 5 BW biedt een tweede uitzondering op het toestemmingsvereiste. Deze uitzondering zal zich vaker voordoen, al geldt ook hier dat zij restrictief wordt uitgelegd. Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in art. 1:88 lid 1 sub c BW, zoals het aangaan van een borgtochtovereenkomst, is volgens het vijfde lid van art. 1:88 BW niet vereist indien zij wordt gesloten door een bestuurder van een NV of BV die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt, en mits zij geschiedt *ten behoeve van* de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.¹⁵

In de jurisprudentie is art. 1:88 lid 5 BW aldus uitgelegd, dat de vraag of de hierin verwoorde uitzondering zich voordoet, moet worden beantwoord aan de hand van de maatstaf of de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt, zelf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.¹⁶ Het gaat dus om de vraag of de overeenkomst *waarvoor* de zekerheid (in dit geval door middel van het sluiten van een borgtochtovereenkomst) wordt verstrekt, zélf behoort tot de normale bedrijfsuitoefening. Concreet: behoort bijvoorbeeld het aangaan van een geldlening bij de bank, waarvoor door de bank (additionele) persoonlijke zekerheid wordt gevraagd door borgstelling door de bestuurder van de vennootschap, tot de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap?

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een normale bedrijfsuitoefening in de zin van art. 1:88 lid 5 BW worden alle omstandigheden van het geval betrokken, waarbij in het bijzonder wordt gekeken of de financiering in het kader waarvan de borgstelling is verschaft voordeel voor de betrokken vennootschap heeft opgeleverd, dan wel of er in feite enkel sprake was van een arrangement dat een ongebruikelijk risico voor de bank opleverde, dat door middel van de borgstelling is afgedekt.

Wél binnen de normale bedrijfsuitoefening zal bijvoorbeeld doorgaans vallen het aangaan van een gebruikelijk rekening-courantkrediet of een lening ter verruiming van het werkkapitaal. Niet zonder meer tot de normale bedrijfsuitoefening behoort bijvoorbeeld de situatie waarin het aangaan van een borgtochtovereenkomst geschiedt teneinde uitstel van betaling te krijgen en een faillissementsaanvraag te voorkomen.¹⁷ Gevallen waarin een bedrijf in een financiële ‘noodsituatie’ verkeert, en waarbij de bestuurder-aandeelhouder zich borg heeft gesteld voor het krediet dat in die situatie wordt verleend, zullen kritisch worden beschouwd.¹⁸ Indien een bedrijf zich in financiële moeilijkheden bevindt en om die reden een verhoging van het kredietrisico plaatsvindt, kan dit niet zonder meer als een lening ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf worden beschouwd.¹⁹ Toestemming van de echtgeno(o)t(e) van de dga zal dus veelal nodig zijn, indien het een borgstelling betreft ter afdekking van het risico van een ongebruikelijke, want bijvoorbeeld incidentele, financiering,

12 M.J. Blommaert, Over het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW, FIP 2018, p. 39. De schuldeiser hoeft de andere echtgeno(o)t(e) niet in te lichten over de risico's en de gevolgen van de borgstelling, dit tegen de achtergrond van de rechtszekerheid en de eisen van een vlot en ongestoord rechtsverkeer. Zie HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8651, NJ 2013/390 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Pessers c.s./Rabobank), r.o. 3.5.2. Deze lijn is in de lagere jurisprudentie herhaaldelijk bevestigd. Zie o.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5484, r.o. 4.3; Hof 's-Hertogenbosch 26 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1650, r.o. 7.7; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11011, r.o. 5.21. Voor in het buitenland gevestigde wederpartijen (schuldeisers) geldt een op de internationale casus toegesneden uitleg van het ‘goede trouw’-begrip van art. 1:89 lid 2 BW. Zie HR 13 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2847, NJ 1990/268 m.nt. J.C. Schultz (Van de Ree/Jyske Bank), alsmede hierna par. 3.3.

13 Zie o.m. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526, NJ 2000/689 m.nt. W.M. Kleijn (Soetelieve/Stienstra).

14 Zie in deze zin bijv. Smelt 2017, p. 785-786.

15 Vgl. de tekst van art. 7:857 BW, waar een borgtochtovereenkomst als zakelijke en niet als particuliere borgtocht wordt gedefinieerd, indien de borgtocht is aangegaan door een natuurlijk persoon die handelde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een NV of BV waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurder de meerderheid van de aandelen heeft.

16 HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:483 (X/Y). Zie eerder HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220 (Rabobank/X); HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526, NJ 2000/689 m.nt. W.M. Kleijn (Soetelieve/Stienstra).

17 HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:483 (X/Y).

18 Enige voorzichtigheid met betrekking tot het oordeel over het antwoord op de vraag wat tot de ‘normale uitoefening van het bedrijf’ behoort, is geboden, nu (lagere) rechtspraak en literatuur niet eenduidig zijn. Zie nader Blommaert 2018, p. 42 e.v. en Smelt 2017, p. 791-792, met verdere verwijzingen.

19 HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606 (Nooij/ING) inzake een overbruggingskrediet. Zie bijv. ook HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2632 (Rabobank/Van Hees) inzake omzetting van een bestaande schuld uit rekening-courant in een geldlening in het kader van een poging de onderneming te redden.

alsmede indien de financiering hoog is in verhouding tot eerdere financieringen dan wel in verhouding tot de financiële armslag van de onderneming. In de praktijk leidt de onzekerheid die dit complexe regelkader veroorzaakt er overigens toe dat menig bank altijd zal verlangen dat de echtgeno(o)t(e) toestemming geeft.

3 Het IPR-regelkader

3.1 *Het op de borgtochtovereenkomst toepasselijke recht*

Hoe vindt het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW toepassing in de internationale casus? En wat is het internationaal privaatrechtelijke (IPR) regelkader in dit verband? De Nederlandse rechter zal, ervan uitgaande dat deze internationaal bevoegd is om van een geschil aangaande het toestemmingsvereiste ex art. 1:88 lid 1 sub c BW kennis te nemen en de zaak ook aanhangig is gemaakt bij de Nederlandse rechter,²⁰ in de regel eerst de gebondenheid van de borg aan zijn aansprakelijkstelling door de schuldeiser vaststellen, alvorens hij toekomt aan de vraag naar de toepasselijkheid van het toestemmingsvereiste.²¹ De kwestie of de borg jegens de schuldeiser is gebonden, wordt naar Nederlands IPR beheerst door het op de borgtochtovereenkomst toepasselijke recht, hetgeen moet worden vastgesteld aan de hand van de Rome I-Verordening (hierna: Rome I).²² In borgtochtovereenkomsten wordt veelal conform art. 3 lid 1 Rome I een rechtskeuze opgenomen voor het recht van het land waar de kredietinstelling is gevestigd of voor het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tot nakoming waarvan de borgtocht tot zekerheid strekt (hierna ook aan te duiden als de geseceerde overeenkomst).²³ Indien partijen geen rechtskeuze hebben uitgebracht, zal de Nederlandse rechter het toepasselijke recht moeten vaststellen aan de hand van de objectieve verwijzingsregel van art. 4 Rome I. Op grond van art. 4 lid 2 Rome I wordt de borgtochtovereenkomst beheerst door het recht van het land waar de kenmer-

kende prestant zijn gewone verblijfplaats heeft.²⁴ De kenmerkende prestant bij een borgtochtovereenkomst is de borg.²⁵ Zou de borg in Nederland zijn gewone verblijfplaats hebben als bedoeld in art. 19 lid 1 Rome I, dan beheerst Nederlands recht de borgtochtovereenkomst. In art. 4 lid 3 Rome I is als correctiemechanisme het criterium van de nauwste band geformuleerd: indien uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat de borgtochtovereenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 1 of 2 van art. 4 Rome I bedoelde land, dan is het recht van dat andere land van toepassing. Voor het antwoord op de vraag of deze 'kenmerkend nauwere band' bestaat, moet, zo blijkt uit overweging nr. 20 van de considerans van Rome I, 'onder meer acht worden geslagen op de vraag of de desbetreffende overeenkomst zeer nauw verbonden is met een andere overeenkomst of overeenkomsten'.

De vraag is of deze explicatie de deur opent voor accessoire aanknoping aan de (geseceerde) hoofdovereenkomst. Sommige auteurs menen dat dit inderdaad het geval is.²⁶ Dit zou tot gevolg hebben dat, wat betreft het recht dat op de borgtochtovereenkomst van toepassing is, aansluiting moet worden gezocht bij het op de geseceerde overeenkomst toepasselijke recht. Is op de geseceerde overeenkomst, hetgeen dikwijls een financieringsovereenkomst zal zijn, bijvoorbeeld Belgisch recht van toepassing, dan beheerst Belgisch recht ook de overeenkomst van borgtocht, ongeacht de gewone verblijfplaats van de borg.

Andere auteurs zijn daarentegen van mening dat voor accessoire aanknoping in beginsel geen plaats is: bij het vaststellen van het op de borgtochtovereenkomst toepasselijke recht speelt het op de financieringsovereenkomst toepasselijke recht

20 Zie voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in het kader van internationale borgtochten o.m. M.E. Koppenol-Laforce & M.B.A. Hetterscheidt, Het belang van processtrategie bij de internationale borgtochtovereenkomst, WPNR 2016, afl. 7109, p. 414-421.

21 Zie o.m. Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567, JOR 2015/242 m.nt. Bertrams, r.o. 3.4; Rb. Oost-Brabant 9 januari 2019, ECLI:NL:ROBR:2019:82, r.o. 3.3.8.

22 Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008, inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, PbEU 2008, L 177/6. Krachtens art. 28 Rome I is de verordening van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten op of na 17 december 2009 (zie tevens de rectificatie van deze temporele bepaling in PbEU 2009, L 309/87). Overeenkomsten die zijn gesloten vóór 17 december 2009 worden beheerst door het EEG Overeenkomstenverdrag van 19 juni 1980, Trb. 1980, 156 (EVO-Verdrag). Zowel Rome I als het EVO-Verdrag heeft universele werking. Zie art. 2 Rome I en art. 2 EVO-Verdrag.

23 Vgl. T.H.M. van Wechem & M.W. Bijloo, Internationale borgtochtovereenkomsten nader belicht, in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem (red.), Contracteren in de internationale praktijk, Deventer: Kluwer 2011, par. 17.3 (voetnoot 10).

24 Naar onze mening valt de borgtochtovereenkomst niet onder het toepassingsbereik van een van de overeenkomsten die zijn genoemd in art. 4 lid 1 Rome I, waaronder de overeenkomst van dienstverlening (lid 1 sub b). Zie in vergelijkbare zin ten aanzien van de Verordening Brussel Ibis (PbEU 2012, L 351/1): Koppenol-Laforce & Hetterscheidt 2016, p. 415.

25 Zie o.m. Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13451, r.o. 4.7; Rb. Overijssel 27 juni 2018, ECLI:NL:ROVE:2018:2407, r.o. 4.2; Rb. Oost-Brabant 9 januari 2019, ECLI:NL:ROBR:2019:82, r.o. 3.3.6; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1356, r.o. 8.3. Vgl. R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag (Recht en Praktijk nr. CA9), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 28.1.

26 P. Vlas, Alle contracten leiden naar Rome I, WPNR 2009, afl. 6824, p. 1013; L. Strikwerda, Toepasselijk recht bij gebrek van rechtskeuze. Artikel 4 Rome I Verordening, NIPR 2009, afl. 4, p. 415; L. Strikwerda, De overeenkomst in het IPR (Praktijkreeks IPR, deel 11), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2015/229, onder verwijzing naar Rb. Almelo 9 augustus 2000, ECLI:NL:RBALM:2000:AA9645, NIPR 2000/284; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Wolters Kluwer: Deventer 2019/227.

geen of een minder grote rol van betekenis.²⁷ Ook in de rechtspraak lijkt dit het uitgangspunt te zijn. Zo oordeelde de rechtbank Oost-Brabant, in een zaak waarbij de borgtochtovereenkomst *niet* in een separaat document was opgenomen, dat ‘het enkele feit dat die schuld voortvloeit uit overeenkomsten waarop Duits recht van toepassing is’ onvoldoende is om te oordelen dat de borgtochtovereenkomst een kennelijk nauwere band heeft met Duitsland.²⁸ Het beeld is echter tamelijk casuïstisch van aard.²⁹

In gevallen waarin de borgtocht in de financieringsovereenkomst was opgenomen, en de borg de financieringsovereenkomst aldus mede had ondertekend, heeft zowel het gerechtshof 's-Hertogenbosch als het gerechtshof Amsterdam geoordeeld dat op de borgtocht hetzelfde recht van toepassing is als op de financieringsovereenkomst. Echter, de weg die hierbij werd bewandeld, is verschillend. Zo oordeelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch dat de rechtskeuze voor het Nederlandse recht ten aanzien van de financieringsovereenkomst ook een rechtskeuze was ten aanzien van de in de financieringsovereenkomst opgenomen borgtocht. Op de borgtochtsovereenkomst was volgens het hof aldus Nederlands recht van toepassing op grond van art. 3 Rome I.³⁰ Het gerechtshof Amsterdam oordeelde in een eerdere en vergelijkbare zaak *niet* dat de rechtskeuze ten aanzien van de financieringsovereenkomst ook het recht op de borgtocht bepaalde, maar bewandelde de weg van de accessoire aanknopings (art. 4 lid 5 EVO-Verdrag, thans art. 4 lid 3 Rome I). Geoordeeld werd dat de borgtocht een kennelijk nauwere band had met Nederland, omdat ‘de aansprakelijkstelling accessoir [is] aan de lening’.³¹

Naar onze mening zal het antwoord op de vraag of er ruimte is voor accessoire aanknopings afhankelijk zijn van (a) de inhoud van de onderliggende contractuele documentatie en (b) de omstandigheden van het geval. Maakt de borgtocht integraal deel uit van de geldleningsovereenkomst, dan is er voor accessoire aanknopings geen plaats en ‘volgt’ de borgtocht het op de

(gesecureerde) hoofdovereenkomst toepasselijke recht.³² Is de borgtochtsovereenkomst daarentegen van de gesecureerde overeenkomst gesepareerd, dan is er slechts ruimte voor accessoire aanknopings indien de overeenkomst van geldlening en de borgtocht zodanig met elkaar zijn vervlochten dat op grond van de omstandigheden van het geval accessoire aanknopings is geïndiceerd (vgl. considerans Rome I, overweging nr. 20).³³

3.2 Het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW

De vraag naar het op de borgtochtsovereenkomst toepasselijke recht en de aansprakelijkstelling van de borg uit dien hoofde moet echter worden onderscheiden van de vraag of het toestemmingsvereiste ex art. 1:88 lid 1 sub c BW van toepassing is bij een borgtocht met internationale elementen.³⁴ Per slot van rekening is het op de borgtochtsovereenkomst toepasselijke recht een contractuele kwestie, waar Rome I op van toepassing is, terwijl het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW kwalificeert als een (zelfstandige) kwestie van personen- en familierecht.³⁵ Dat op de overeenkomst van borgtocht Nederlands recht van toepassing is, brengt aldus niet per definitie met zich mee dat daarmee ook de gezinsbeschermende bepalingen uit Boek 1 BW – als bepalingen van Nederlands (personen- en familie)recht – van toepassing zijn. En omgekeerd: uit het oordeel dat op de borgtochtsovereenkomst buitenlands recht van toepassing is, kan niet per definitie worden geconcludeerd dat art. 1:88 en 1:89 BW *niet* van toepassing zijn.

Het Nederlandse IPR kent, sinds de inwerkingtreding van de (inmiddels ingetrokken) Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (WCHb)³⁶ op 1 januari 1994, een afzonderlijk verwijzingsregime voor art. 1:88-89 BW. Art. 3 WCHb bepaalde dat

27 M.V. Polak, *Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen* (Praktijkreeks IPR, deel 15), Deventer: Kluwer 1993, randnrs. 103-104; R.I.V.F. Bertrams, annotatie bij Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567, JOR 2015/242, sub 4, alsmede Bertrams & Kruisinga 2018, par. 28.1.

28 Rb. Oost-Brabant 9 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:82, r.o. 3.3.7. De rechtbank wees er in dit verband ook op dat accessoire aanknopings een miskenning zou zijn van ‘de zelfstandige positie van de borg’.

29 Als vanzelfsprekend blijft de vraag of de hoofdschuldenaar in gebreke is wel onderworpen aan het op de gesecureerde overeenkomst toepasselijke recht.

30 Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3782, r.o. 7.9.2 (tussenvonnis bij ECLI:NL:GHSHE:2017:3113). Het hof overwoog o.m. dat voorkomen moet worden ‘dat verschillende benoemde overeenkomsten en/of verbintenissen die allen zijn geregeld in één en hetzelfde schriftelijke stuk onder het hoofd “overeenkomst van geldlening” zouden worden geregeerd door het recht uit verschillende landen’. Zie ook annotatie R.I.V.F. Bertrams, bij Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567, JOR 2015/242, sub 6.

31 Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567, r.o. 3.5. Kritisch: R.I.V.F. Bertrams in zijn annotatie van het arrest in JOR 2015/242, sub 6.

32 Vgl. annotatie R.I.V.F. Bertrams, bij Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567, JOR 2015/242, sub 6.

33 Zie ter illustratie Rb. Almelo 9 augustus 2000, ECLI:NL:RBALM:2000:AA9645, NIPR 2000/284.

34 Zie o.m. concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:1989:AC2847, randnr. 2.3.2, met nadere verwijzingen, vóór HR 13 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2847, NJ 1990/268 m.nt. J.C. Schultz (Van de Ree/Jyske Bank); Hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484, r.o. 4.6; Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567, r.o. 3.4; Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13598, r.o. 4.3; Rb. Oost-Brabant 18 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1633, r.o. 4.9; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1356, r.o. 8.13. Zie ook Bertrams & Kruisinga 2018, par. 28.4.

35 Het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW staat ook los van het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime en de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten. Zie nadrukkelijk het per 29 januari 2019 vervallen verklaarde art. 10:41 BW: ‘De artikelen 39 en 40 van dit Boek gelden ongeacht het recht dat het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten beheerst, en ongeacht het recht dat van toepassing is op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten.’

36 Wet van 16 september 1993, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten en de tussen hen bestaande vermogensrechtelijke betrekkingen die niet vallen onder het huwelijksvermogensregime (Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen), Stb. 1993, 514. Met de inwerkingtreding van Boek 10 BW per 1 januari 2012 is de WCHb ingetrokken. Zie art. IV sub c Vaststelsel- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, Stb. 2011, 272.

de vraag of de ene echtgeno(o)t(e) voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgeno(o)t(e) behoeft, werd beheerst door het recht van de staat waar de andere echtgeno(o)t(e) ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats had.³⁷ Krachtens art. 4 WCHb gold het bepaalde in art. 3 WCHb ongeacht het recht dat het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten beheerste, en ongeacht het recht dat van toepassing was op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten.³⁸ De conflictregel van art. 3 WCHb bracht aldus met zich mee dat de Nederlandse rechter art. 1:88-89 BW van toepassing verklaarde als de niet-handelende echtgeno(o)t(e) (ongeacht diens/haar nationaliteit) ten tijde van het aangaan van de borgtochtvereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats³⁹ in Nederland had.⁴⁰ Vóór de inwerkingtreding van art. 3 WCHb werden in de rechtspraak verschillende (andere) mechanismen toegepast, uiteenlopend van de operationalisering van art. 1:88-89 BW via de Nederlandse openbare orde⁴¹ tot aan de aanknopings aan de gemeenschappelijke (Nederlandse) nationaliteit van de echtgenoten (personeel statuut).⁴² In navolging van een advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht en de Koninklijke Notariële Broederschap (1988)⁴³ heeft de wetgever vervolgens geopteerd voor een afzonderlijke verwijzingsregel (art. 3 WCHb), waarin, zoals hiervoor is uiteengezet, werd aangeknoopt bij het recht van de gewone verblijf-

plaats van de echtgeno(o)t(e) die bescherming zoekt.⁴⁴ Op 1 januari 2005 is een vergelijkbare conflictregel – art. 5 lid 4 Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap (WCGP)⁴⁵ – in werking getreden voor geregistreerde partnerschappen.⁴⁶

Met de inwerkingtreding van Boek 10 BW op 1 januari 2012 is zowel de WCHb als de WCGP (gedeeltelijk) integraal overgeheveld naar respectievelijk afdeling 2 van titel 3 ('Het huwelijk') en titel 4 ('Het geregistreerd partnerschap') van Boek 10 BW, en vervolgens ingetrokken.⁴⁷ De (destijds nieuwe) art. 10:40⁴⁸ respectievelijk 10:68 BW⁴⁹ waren vrijwel gelijklopend aan art. 3 WCHb respectievelijk art. 5 lid 4 WCGP. Beide bepalingen zijn echter met ingang van 29 januari 2019 komen te vervallen.⁵⁰ Op die datum werden de nieuwe regelingen ter zake, te weten de Huwelijksvermogensrechtverordening en de Verordening inzake vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen van toepassing, waarover

37 Art. 3 WCHb luidde als volgt: 'De vraag of de ene echtgenoot voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter of een andere autoriteit, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het recht van de Staat waar de andere echtgenoot ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft.' Op grond van Kamerstukken II 1990/91, 21328, nr. 5, p. 8-9 (MvA) was art. 3 WCHb uitsluitend van toepassing op borgstellingen die tot stand zijn gebracht *op of na* 1 januari 1994. Bij NvW is de oorspronkelijk voorgestelde overgangsbepaling van art. 6 WCHb geschrapt. Zie Kamerstukken II 1990/91, 21328, nr. 6.

38 Vgl. tevens het met ingang van 29 januari 2019 vervallen verklaarde art. 10:41 BW. Zie hiervoor noot 35.

39 Het conflictenrechtelijke begrip 'gewone verblijfplaats' is in beginsel feitelijk van aard en moet autonoom worden uitgelegd. Het verblijf moet duiden op duurzame banden met een bepaald land en/of wijzen op de intentie om die banden met dat land te vestigen. Zie Asser/Vonken & Ibbili 10-II 2021/17-18.

40 Zie voor de verschillende gevallen waarin deze verwijzingsregel al dan niet toepassing kon vinden Frohn, in: T&C BW, art. 10:40 BW, aant. 5-6, onder verwijzing naar Kamerstukken II 1990/91, 21328, nr. 5, p. 3 e.v. (MvA); Asser/Vonken & Ibbili 10-II 2021/149-150.

41 Rb. 's-Gravenhage 10 juni 1987, NIPR 1987/429. Kritisch en afwijzend: Hof Arnhem 21 april 1987, NIPR 1987/423.

42 Zie o.m. Hof Arnhem 1 oktober 1986, ECLI:NL:GHARN:1986:AD3743, NJ 1988/52; Hof Arnhem 21 april 1987, NIPR 1987/423.

43 Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, Rapport aan het Plenum van Subcommissie III betreffende Internationaal huwelijksvermogensrecht en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijksvermogensrecht en persoonlijke gevolgen van het huwelijk (maart 1988), zoals opgenomen in: E.N. Frohn & E. Hennis (red.), Staatscommissie IPR. Geselecteerde adviezen. Naar een afgewogen IPR, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1995, p. 92-100. Het rapport is met een begeleidende brief van 15 juni 1988 door de Staatscommissie IPR en het bestuur van de Koninklijke Notariële Broederschap aangeboden aan de Minister van Justitie. Zie tevens M.V. Polak, Titel 6 Boek 1 BW en het internationaal privaatrecht, WPNR 1988, afl. 5890, p. 577-581.

44 Kamerstukken II 1989/90, 21328, nr. 3, p. 2 en 10 (MvT).

45 Wet van 6 juli 2004, houdende regeling van het conflictenrecht met betrekking tot het geregistreerd partnerschap (Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap), Stb. 2004, 334. Evenals de WCHb is ook de WCGP per 1 januari 2012 ingetrokken. Zie art. IV sub f Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, Stb. 2011, 272.

46 Art. 5 lid 4 WCGP luidde als volgt: 'De vraag of de ene partner voor een rechtshandeling de toestemming van de andere partner behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter of een andere autoriteit, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het Nederlandse recht indien de andere partner ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland.' In tegenstelling tot art. 3 WCHb (meerzijdige conflictregel) was art. 5 lid 4 WCGP geformuleerd als een eenzijdige verwijzingsregel. Zie nader op dit punt: Kamerstukken II 2002/03, 28924, nr. 3, p. 12 (MvT). Krachtens art. 29 lid 1 WCGP was de WCGP niet van toepassing op geregistreerde partnerschappen die vóór haar inwerkingtreding (1 januari 2005) zijn aangegaan. Uit de MvT op de WCGP volgt evenwel dat, sinds het verschijnen van een advies van de Staatscommissie IPR op 8 mei 1998, de in de WCGP voorgestelde verwijzingsregels anticiperend werden toegepast. Zie Kamerstukken II 2002/03, 28924, nr. 3, p. 20 (MvT).

47 Zie nader over de inwerkingtreding van Boek 10 BW o.m. J.A. van der Weide, Consolidatie en codificatie van het Nederlandse IPR, MvV 2010, p. 173-177. Boek 10 BW heeft onmiddellijke werking ex art. 68a lid 1 Ow. Vgl. Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, Hora ruit, tempus fluit. Boek 10 BW, WCOD, Rome II en het overgangsrecht, MvV 2016, p. 51-56.

48 Art. 10:40 BW luidde als volgt: 'De vraag of een echtgenoot voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter of een andere autoriteit, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het recht van de staat waar de andere echtgenoot ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft.'

49 Art. 10:68 BW luidde als volgt: 'De vraag of een partner voor een rechtshandeling de toestemming van de andere partner behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter of een andere autoriteit, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het Nederlandse recht indien de andere partner ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland.'

50 Krachtens art. 6 sub D en M Uitvoeringswet Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening vermogensrechtelijke gevolgen geregistreerde partnerschappen, Stb. 2018, 332. Zie hierna par. 4.

nader paragraaf 4.⁵¹ Ingevolge art. 271 lid 1 en 3 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) blijven art. 10:40 en 10:68 BW (oud) nog wel van toepassing op rechtsbetrekkingen tussen echtgenoten die *op of na* 1 september 1992,⁵² maar *vóór* 29 januari 2019 in het huwelijk zijn getreden, respectievelijk tussen partners die *vóór* 29 januari 2019 een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan,⁵³ tenzij deze echtgenoten of geregistreerde partners *op of na* 29 januari 2019 het op hun huwelijksvermogens- of partnerschapsregime toepasselijke recht hebben gekozen. Op 29 januari 2019 is art. 1:88 lid 7 BW, dat naar zijn strekking overeenstemt met art. 10:40 BW (oud), in werking getreden.⁵⁴ In paragraaf 4 gaan we nader in op art. 1:88 lid 7 BW en de achtergronden van deze ingreep door de wetgever.

3.3 Bescherming van de schuldeiser: art. 1:89 lid 2 BW of de Lizardi-regel van art. 13 Rome I?

Het hiervoor in paragraaf 3.1 en 3.2 beschreven verwijzingsregime heeft tot gevolg dat de Nederlandse rechter, ook als de casus een duidelijk aanknopingsoverzicht heeft met de vreemde rechtssfeer, zal oordelen dat art. 1:88-89 BW op de door de borg verrichte rechtshandeling van toepassing zijn, indien de niet-handelende echtgeno(o)t(e) dan wel geregistreerde partner ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst door de handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had. Dit heeft tot gevolg dat de niet-handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner de borgtochtovereenkomst in beginsel op grond van art. 1:89 lid 1 BW kan vernietigen, indien de handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner voor het aangaan van deze overeenkomst geen toestemming had, terwijl deze toestemming wel was vereist.

Het vernietigbaarheidsverweer van de borg en/of de niet-handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner wordt door de schuldeiser, in verreweg de meeste gevallen een buitenlandse kredietinstelling, echter veelal gepareerd met een beroep op de goede trouw: de (buitenlandse) schuldeiser wist noch be-

hoorde te weten van het Nederlandse toestemmingsvereiste ex art. 1:88 lid 1 sub c BW.⁵⁵ Twee routes worden daarbij – separaat of cumulatief – gevolgd ter bescherming van de buitenlandse schuldeiser: de ‘Lizardi-regel’ van art. 13 Rome I⁵⁶ dan wel de beschermingsregel van art. 1:89 lid 2 BW.⁵⁷ De ene route (de Lizardi-regel) reflecteert de internationaliteit (IPR) van de casus, terwijl de andere route (art. 1:89 lid 2 BW) zijn grondslag vindt in het materiële recht. Beide routes moeten worden geplaatst tegen de achtergrond van de rechtszekerheid en de eisen van een vlot en ongestoord verlopend rechtsverkeer.⁵⁸

Welke van de beide routes verdient naar onze mening de voorkeur? Op deze vraag is geen eenduidig antwoord te geven. De route die loopt via de toepassing van art. 1:89 lid 2 BW heeft het voordeel van de eenvoud en is betrekkelijk elegant. Per slot van rekening wordt in deze route de bescherming van de buitenlandse schuldeiser binnen het toepassingsbereik van art. 10:40 BW (oud) c.q. art. 1:88 lid 7 BW geplaatst. Het is daarbij evident dat voor in het buitenland gevestigde schuldeisers een op de internationale casus toegesneden uitleg van het ‘goede trouw’-begrip van art. 1:89 lid 2 BW geldt.⁵⁹ De drempel is daarbij laag. Zo bepaalde de Hoge Raad in het Jyske Bank-arrest (1989) dat, ‘gelet op het internationaal gezien exceptionele karakter’ van art. 1:88-89 BW, aan een geslaagd beroep op de goede trouw door de Deense bank in kwestie niet in de weg stond dat zij niet had onderzocht of ‘(...) onbekende bepalingen van vreemd recht van toepassing [waren], die aan rechtsgeldig contracteren in de weg [konden] staan en derhal-

51 PbEU 2016, L 183/1 resp. PbEU 2016, L 183/30.

52 Niet duidelijk is waarom de wetgever specifiek voor deze datum heeft gekozen, maar vermoedelijk hangt dit samen met het op 1 september 1992 in werking getreden Haags Huwelijksvermogensverdrag van 14 maart 1978, Trb. 1988, 30. Het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 geldt voor alle (internationale) huwelijken die zijn gesloten op of na 1 september 1992, maar *vóór* 29 januari 2019. Zie noot 80 hierna.

53 Op grond van art. 10:91 lid 1 BW is art. 10:68 BW (oud) niet van toepassing op geregistreerde partnerschappen die *vóór* 1 januari 2005 zijn aangegaan.

54 Art. 1:88 lid 7 BW luidt als volgt: ‘Dit artikel is van toepassing ongeacht het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensstelsel van de echtgenoten, indien de andere echtgenoot zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland ten tijde van het verrichten van een rechtshandeling, bedoeld in het eerste lid.’ Ingevolge art. 1:80b BW is art. 1:88 lid 7 BW van overeenkomstige toepassing op geregistreerde partnerschappen. In tegenstelling tot art. 10:40 BW (oud) (meerzijdige conflictregel) is art. 1:88 lid 7 BW geformuleerd als een eenzijdige verwijzingsregel. Art. 1:88 lid 7 BW geldt in beginsel voor echtgenoten of geregistreerde partners die *op of na* 29 januari 2019 zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan.

55 Dan wel de (buitenlandse) schuldeiser meende noch mocht menen dat de toestemming was verkregen. Zie noot 11.

56 Art. 13 Rome I (idem art. 11 EVO-Verdrag) is terug te voeren op het vermaarde arrest van de Franse Cour de cassation, Chambre des requêtes van 16 januari 1861 (Lizardi/Chaize et autres), Dalloz Périodique, 1861.1.193. Zie nader over de achtergrond van de Lizardi-regel: Asser/Vonken 10-I 2018/179. Art. 13 Rome I luidt als volgt: ‘Bij een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, kan een natuurlijke persoon die volgens het recht van dat land handelsbekwaam en handelingsbevoegd is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens het recht van een ander land handelingsonbekwaam en handelingsonbevoegd is, indien de wederpartij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst deze onbekwaamheid of onbevoegdheid kende of door nalatigheid niet kende.’

57 Zie o.m. Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7637; Hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484; Rb. Oost-Brabant 9 januari 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:82; Hof ’s-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1356. Voor meer rechtspraak: Reinhartz, in: GS Personen- en familierecht, art. 10:40 BW, aant. 10.

58 HR 13 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2847, NJ 1990/268 m.nt. J.C. Schultz (Van de Ree/Jyske Bank); Hof Arnhem 12 juli 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT9863, r.o. 2.1; Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7637, r.o. 4.12.

59 Vgl. Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/151.

ve nageleefd [moesten] worden (...).⁶⁰ Inmiddels lijkt er in de jurisprudentie op dit punt sprake te zijn van een bestendige lijn.⁶¹

Ook wordt in de rechtspraak met enige regelmaat de route toegepast die loopt via art. 13 Rome I (Lizardi-regel).⁶² Deze (materiële) bepaling beschermt wederpartijen (schuldeisers) te goeder trouw tegen handelingsonbekwaamheid of handelingsonbevoegdheid van degene met wie zij hebben gecontracteerd (de borg).⁶³ Een beroep op art. 13 Rome I door de schuldeiser (bank) jegens de borg zal volgens de tekst van de bepaling slechts slagen indien (a) de schuldeiser en de borg zich op het moment van het sluiten van de borgtochtovereenkomst in hetzelfde land bevonden,⁶⁴ (b) de borg krachtens het recht van *dat* land handelingsbevoegd was, en (c) de schuldeiser ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst de handelingsonbevoegdheid van de borg wegens het ontbreken van de toestemming ex art. 1:88 lid 1 sub c BW kende noch behoorde te kennen. Is aan deze drie vereisten voldaan, dan is de borgtochtovereenkomst weliswaar vernietigbaar, maar kan de borg (de handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner) deze vernietigbaarheid niet inroepen tegen de schuldeiser.

In de praktijk fungeren de route van art. 1:89 lid 2 BW en die van art. 13 Rome I (Lizardi-regel) soms als communicerende vaten. Zo zal de route van art. 1:89 lid 2 BW kunnen worden gevolgd daar waar niet aan de vereisten van art. 13 Rome I is voldaan, en wordt de route van art. 13 Rome I (Lizardi-regel) toegepast indien art. 1:89 lid 2 BW niet kan worden geëffectueerd. Dit laatste zal zich bijvoorbeeld voordoen indien in het ingevolge art. 10:40 BW (oud) toepasselijke buitenlandse recht geen bijzondere regel voorkomt die buitenlandse schuldeisers te goeder trouw beschermt tegen een handelingsonbevoegde

borg (echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner). In dat geval kan de Lizardi-regel van art. 13 Rome I uitkomst bieden.⁶⁵

Een van de weinige zaken (wellicht de enige?) waarin het beroep van een kredietinstelling op art. 13 Rome I (Lizardi-regel) dan wel art. 1:89 lid 2 BW *niet* slaagde, was een zaak die in 2005 op zitting kwam bij het gerechtshof Arnhem. Het hof kwam tot deze conclusie gelet op het feit dat (a) de Duitse kredietinstelling een in de grensstreek opererende bank was, (b) die al eerder borgtochtovereenkomsten had gesloten met in Nederland woonachtige Nederlanders en (c) (een rechtsvoorganger van deze kredietinstelling) al eerder in een procedure betrokken was geweest waarbij de borg een beroep deed op art. 1:88 BW.⁶⁶ Gelet op het oordeel van ditzelfde hof in een arrest daterend uit 2012, waarin wordt geoordeeld dat 'het enkele feit dat de bank dicht bij de Nederlandse grens is gevestigd niet [betekent] dat zij van het bestaan van artikel 1:88 lid 1 sub c BW op de hoogte had moeten zijn (...)',⁶⁷ lijkt het de combinatie van bovengenoemde omstandigheden te zijn geweest die heeft geleid tot het in 2005 gegeven oordeel dat de Duitse bank geen beroep kon doen op derdenbescherming. In zijn arrest uit 2012 oordeelde het gerechtshof Arnhem bovendien dat het enkele feit dat de Duitse kredietinstelling (a) deel uitmaakte van een coöperatief samenwerkingsverband samen met een andere bank die al eerder in een gerechtelijke procedure in aanraking was gekomen met art. 1:88 BW, en (b) als professionele instelling de nodige zorgvuldigheid jegens haar client in acht diende te nemen, nog niet maakte dat zij van art. 1:88 lid 1 sub c BW op de hoogte behoorde te zijn.⁶⁸

Hoewel in het Jyske Bank-arrest en de daarna gewezen jurisprudentie veelal de nadruk wordt gelegd op het 'exceptionele karakter' van art. 1:88-89 BW, zij opgemerkt dat deze artikelen niet zo 'exceptioneel' zijn als de Hoge Raad ze doet voorkomen. Zo kennen bijvoorbeeld het Belgische recht (art. 224 § 1 lid 4 Belgisch BW),⁶⁹ het Franse recht (art. 1415 Code civil),⁷⁰ het Turkse recht (art. 584 Turks Wetboek van Verbintenissen-

60 HR 13 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2847, NJ 1990/268 m.nt. J.C. Schultz (Van de Ree/Jyske Bank). Dit laat uiteraard onverlet dat er feiten en omstandigheden kunnen zijn die meebrengen dat de schuldeiser niet te goeder trouw is. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1356, r.o. 8.14. Zie voor andere factoren die het 'goede trouw'-begrip van art. 1:89 lid 2 BW inkleuren: Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/151; Reinhartz, in: GS Personen- en familierecht, art. 10:40 BW, aant. 2; concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:1989:AC2847, randnr. 2.4.3, vóór het Jyske Bank-arrest.

61 Zie o.m. Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7637, r.o. 4.12; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1356, r.o. 8.13; Hof 's-Hertogenbosch 27 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2364, r.o. 3.9.

62 Zie de hiervoor in noot 57 genoemde jurisprudentie.

63 Art. 10:11 lid 2 BW verklaart art. 13 Rome I ten aanzien van meezijdige rechtshandelingen die buiten het toepassingsgebied van Rome I vallen, van overeenkomstige toepassing op het beroep op handelingsonbekwaamheid of handelingsonbevoegdheid van een natuurlijk persoon die partij is bij die rechtshandeling.

64 Zie echter Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7637, r.o. 4.8, waar de rechtbank oordeelde dat art. 11 EVO-Verdrag (thans art. 13 Rome I) analoog kan worden toegepast in het geval dat de kredietinstelling en de borg op het moment van sluiten van de borgtochtovereenkomst zich *niet* in hetzelfde land bevonden.

65 Vgl. Kamerstukken II 1989/90, 21328, nr. 3, p. 2 en 10 (MvT); Kamerstukken I 1992/93, 21328, nr. 210, p. 4; Joppe, in: GS Personen- en familierecht, art. 3 WCHb, aant. 16; Bertrams & Kruisinga 2018, par. 28.4; Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/17-18.

66 Hof Arnhem 17 juli 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT9863, r.o. 2.2.

67 Hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484, r.o. 4.13.

68 Hof Arnhem 12 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484, r.o. 4.14.

69 Art. 224 § 1 lid 4 Belgisch BW luidt als volgt: 'Op verzoek van de andere echtgenoot en onverminderd de toekenning van schadevergoeding, kunnen worden nietigverklaard: 1. (...); 4. de persoonlijke zekerheden door een der echtgenoten gesteld, die de belangen van het gezin in gevaar brengen.' Deze bepaling speelde een rol in Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3113.

70 Art. 1415 Code civil luidt als volgt: 'Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres.'

recht),⁷¹ het Zwitserse recht (art. 494 lid 1 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht))⁷² en voorts ook het Zuid-Afrikaanse recht (art. 15 lid 1, 2 sub h en 6 Matrimonial Property Act, 88 of 1984)⁷³ een met art. 1:88 BW vergelijkbare bepaling.⁷⁴

Wij zijn om die reden dan ook van mening dat aan een in het buitenland gevestigde schuldeiser hogere eisen ten aanzien van de goede trouw zouden moeten worden gesteld dan nu gebruikelijk is. Zoals uit het voorgaande kan worden afgeleid, valt het nodige af te dingen op het argument dat het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW internationaal gezien zo uitzonderlijk is dat een buitenlandse financiële instelling of andere schuldeiser daar niet op bedacht hoeft te zijn. Bovendien betekent een lage drempel voor het beroep op de goede trouw dat de bescherming van de in Nederland gevestigde echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner wordt vermindert, terwijl die bescherming nu juist het doel van de regeling is.

4 Een nieuw regime per 29 januari 2019?

Op 29 januari 2019 zijn de Huwelijksvermogensrechtverordening (HuwvermVo)⁷⁵ en de Verordening vermogensrechtelijke gevolgen geregistreerde partnerschappen (VoGP)⁷⁶ van toepassing geworden. Dit is niet zonder slag of stoot gegaan, omdat de lidstaten over beide verordeningen niet de vereiste unanimititeit, als bedoeld in art. 81 lid 3 VWEU,⁷⁷ bereikten. Vervolgens is door de lidstaten die zich wel in de (inhoud van de) verordeningen konden vinden, besloten om met elkaar een ‘nauwere samenwerking’ aan te gaan in de zin van art. 326 e.v. VWEU en zich aldus langs deze weg te binden aan beide instrumenten.⁷⁸ Wat het temporele toepassingsgebied betreft gelden ingevolge art. 69 lid 3 HuwvermVo en art. 69 lid 3 VoGP de beide verordeningen alleen voor huwelijken en geregistreerde partnerschappen die *op of na* 29 januari 2019 zijn gesloten of geregistreerd.⁷⁹ Dit geldt ook voor huwelijken of geregistreerde partnerschappen die zijn gesloten of geregistreerd *vóór* 29 januari 2019, maar waarbij *op of na* deze datum door de echtgenoten of geregistreerde partners een rechtskeuze is uitgebracht (art. 69 lid 3 slot HuwvermVo en art. 69 lid 3 slot VoGP).

Het materiële toepassingsgebied van de HuwvermVo is ruimer dan dat van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978, dat voor Nederland op 1 september 1992 in werking trad.⁸⁰ Ingevolge art. 27 sub d HuwvermVo bepaalt het krachtens de verordening op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht onder meer ‘de bevoegdheden, rechten en verplichtingen van elk van de echtgenoten en van beide echtgenoten met betrek-

71 Art. 584 luidt in een onofficiële Engelse vertaling als volgt: ‘(1) A spouse may be a surety only with the written consent of the other spouse, unless there is a judgment of separation rendered by a court, or a legal ground to live separately has arisen; such consent must be given before the conclusion of the contract or at the latest at the time of its conclusion. (...) (3) (Additional paragraph: 28/3/2013-6455/77 art.) Spousal consent is not required for the sureties to be granted by the owner of a commercial enterprise registered in the trade registry in relation to the enterprise or a shareholder or an executive of a commercial company in relation to the company (...).’

72 Art. 424 lid 1 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) luidt als volgt: ‘Die Bürgschaft einer verheirateten Person bedarf zu ihrer Gültigkeit der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung des Ehegatten, wenn die Ehe nicht durch richterliches Urteil getrennt ist.’ Deze bepaling speelde een rol in Hof Amsterdam 23 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5567.

73 Art. 15 lid 1, 2 sub h en 6 Matrimonial Property Act, 88 of 1984 luiden als volgt: ‘(1) Subject to the provisions of subsections (2), (3) and (7), a spouse in a marriage in community of property may perform any juristic act with regard to the joint estate without the consent of the other spouse. (2) Such a spouse shall not without the written consent of the other spouse – (...); (h) bind himself as surety. (...). (6) The provisions of paragraphs (b), (c), (f), (g) and (h) of subsection (2) do not apply where an act contemplated in those paragraphs is performed by a spouse in the ordinary course of his profession, trade or business.’ Art. 15 lid 9 Matrimonial Property Act, 88 of 1984 bevat een bepaling van derdenbescherming.

74 Zie specifiek voor het Duitse wettelijke stelsel van de Zugewinnngemeinschaft § 1365 lid 1 BGB: ‘Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.’ Nader over deze bepaling: B.E. Reinhartz, IPR-huwelijksbetrekkingen en de nieuwe Europese verordeningen voor het IPR-huwelijksvermogensrecht en het IPR-partnerschapsvermogensrecht, WPNR 2018, afl. 7216, p. 904 e.v. Volgens Ten Wolde komt een met art. 1:88 BW vergelijkbare bepaling ook voor in het Spaanse recht. Zie M.H. ten Wolde, Huwelijk, persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten, huwelijksvermogensrecht, in: Th.M. de Boer & F. Ibili (red.), Nederlands internationaal personen- en familierecht. Wegwijzer voor de rechtspraak (Recht en Praktijk nr. PFR3), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 5.2.2.3.

75 Verordening (EU) 2016/1103 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, PbEU 2016, L 183/1. Zie in dit verband ook het themanummer Nieuw IPR-relatievermogensrecht, WPNR 2018, afl. 7216. De HuwvermVo heeft universele werking (art. 20).

76 Verordening (EU) 2016/1104 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen, PbEU 2016, L 183/30. De VoGP heeft universele werking (art. 20).

77 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), PbEU 2016, C 202/01.

78 Zie nader over de totstandkomingsgeschiedenis van beide verordeningen: considerans HuwvermVo en VoGP, nrs. 1-13; P. Vlas, Nieuw IPR-relatievermogensrecht: voor huwelijk en geregistreerd partnerschap, WPNR 2018, afl. 7216, p. 871; Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/222-223 met nadere verwijzingen. De HuwvermVo en de VoGP zijn van toepassing voor België, Bulgarije, Tsjechië, Duitsland, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Kroatië, Italië, Cyprus, Luxemburg, Malta, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Slovenië, Finland en Zweden.

79 De oorspronkelijke tekst van art. 69 lid 3 HuwvermVo en art. 69 lid 3 VoGP moest worden gerectificeerd, omdat daarin was bepaald dat de verordeningen van toepassing waren op huwelijken of geregistreerde partnerschappen, gesloten of geregistreerd *na* 29 januari 2019. Zie voor deze rectificatie PbEU 2017, L 113/62.

80 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, Den Haag 14 maart 1978, Trb. 1988, 30. Het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 geldt in beginsel voor alle (internationale) huwelijken die zijn gesloten op of na 1 september 1992, maar *vóór* 29 januari 2019.

king tot het vermogen'.⁸¹ In dat verband kan onder meer worden gedacht aan eventuele toestemmingsvereisten van de echtgeno(o)t(e) voor het aangaan van bepaalde rechtshandelingen (bijvoorbeeld borgstellingen) door de andere echtgeno(o)t(e),⁸² waarbij overigens de kanttekening moet worden gemaakt dat het uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de EU is om te bepalen welke persoonlijke rechtsbetrekkingen al dan niet onder het toepassingsbereik van de verordening vallen.⁸³ Het voorgaande geldt krachtens art. 27 sub d VoGP mutatis mutandis voor geregistreerde partnerschappen. Aangezien IPR-regels van supranationaal recht voorrang hebben boven nationale regels (vgl. art. 10:1 BW) hebben art. 27 sub d HuwvermVo en art. 27 sub d VoGP art. 10:40 en 10:68 BW (oud) zinledig gemaakt.⁸⁴ Op grond hiervan zijn krachtens art. 6 sub D en M van de op 29 januari 2019 in werking getreden Uitvoeringswet Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening vermogensrechtelijke gevolgen geregistreerde partnerschappen (Uitvoeringswet HuwvermVo en VoGP) art. 10:40 en 10:68 BW (oud) komen te vervallen.⁸⁵

Ingevolge art. 27 sub f HuwvermVo bepaalt het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht tevens 'de gevolgen van het huwelijksvermogensstelsel voor de rechtsbetrekkingen tussen een echtgenoot en derden'. Echter, op grond van art. 28 lid 1 HuwvermVo kan het recht dat tussen de echtgenoten op het huwelijksvermogensstelsel van toepassing is *niet* aan derden worden tegengeworpen, tenzij 'de toepasselijkheid van dat recht aan de derde bekend was of redelijkerwijs had moeten zijn'. In art. 28 lid 2 HuwvermVo wordt nader uitgewerkt wanneer de schuldeiser wordt geacht op de hoogte te zijn van

het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht.⁸⁶ Reinhartz lijkt van mening te zijn dat dit in het kader van internationale borgtochten tot gevolg heeft dat, indien op grond van de HuwvermVo Nederlands recht op het huwelijksvermogensstelsel van toepassing is (eventuele toestemmingsvereisten daaronder mede begrepen, zie art. 27 sub d HuwvermVo), de schuldeiser met een geslaagd beroep op art. 28 HuwvermVo kan bewerkstelligen dat art. 1:88-89 BW *niet* tegen hem kunnen worden ingeroepen.⁸⁷ Wij zijn echter van mening dat de Nederlandse wetgever art. 28 (en zo ook art. 27 sub d en f) HuwvermVo met betrekking tot art. 1:88-89 BW buiten spel heeft gezet door, zoals hierna zal worden besproken, art. 1:88 BW als voorrangsregel in de zin van art. 30 HuwvermVo te kwalificeren.⁸⁸

De wetgever achtte het wenselijk 'om de bescherming van artikel 1:88 BW te handhaven na de inwerkingtreding van de verordeningen'. Per slot van rekening dient de 'niet-handelende echtgenoot of partner die zich in de Nederlandse rechtssfeer bevindt, (...) zich beschermd te weten tegen het handelen van zijn echtgenoot of partner, ongeacht het recht dat van toepassing is op de vermogensrechtelijke gevolgen van zijn huwelijk of geregistreerd partnerschap'.⁸⁹ Om die reden heeft de wetgever gebruik gemaakt van de in art. 30 lid 1 HuwvermVo en art. 30 lid 1 VoGP geboden mogelijkheid om bepalingen van eigen recht als voorrangsregel aan te wijzen.⁹⁰ Op basis van deze rechtsgrondslag heeft de wetgever een zevende lid aan art. 1:88 BW toegevoegd:

'Dit artikel is van toepassing ongeacht het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensstelsel van de echtgenoten, indien de andere echtgenoot zijn gewone verblijf-

81 Zie ook de definitie van het begrip 'hewelijksvermogensstelsel' in art. 3 lid 1 sub a HuwvermVo en de nadere omlijning daarvan in de considerans (overweging nr. 18) van de verordening: 'een geheel van regels betreffende de vermogensrechtelijke betrekkingen die, ten gevolge van het huwelijk of de ontbinding daarvan, tussen de echtgenoten onderling en tussen de echtgenoten en derden bestaan'. In gelijke zin art. 3 lid 1 sub b VoGP. Zie ook de considerans, overwegingen nrs. 18-20 VoGP.

82 Vgl. Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 3, p. 16 (MvT); Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 6, p. 3 (NvW).

83 In gelijke zin Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 3, p. 15-16 (MvT). Verwarrend is bijv. de considerans HuwvermVo en VoGP (overweging nr. 20), waarin een onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen handelings(on)bevoegdheid in algemene zin en specifieke handelings(on)bevoegdheid van de echtgenoten of geregistreerde partners (onderling of jegens derden) met betrekking tot vermogensbestanddelen. Zie op dit punt Reinhartz 2018, p. 902.

84 Vgl. Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 3, p. 15 (MvT).

85 Wet van 11 juli 2018 tot uitvoering van de Verordening (EU) nr. 2016/1103 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels (PbEU 2016, L 183) en de Verordening (EU) nr. 2016/1104 van de Raad van 24 juni 2016 tot uitvoering van de nauwere samenwerking op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de vermogensrechtelijke gevolgen van geregistreerde partnerschappen (PbEU 2016, L 183) (Uitvoeringswet Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening vermogensrechtelijke gevolgen geregistreerde partnerschappen), Stb. 2018, 332.

86 Krachtens art. 27-28 VoGP geldt dit mutatis mutandis voor geregistreerde partnerschappen.

87 Reinhartz 2018, p. 905.

88 Reinhartz is bovendien van mening dat art. 28 HuwvermVo met zich brengt dat een schuldeiser niet langer de route van art. 13 Rome I (Lizardi-regel) kan bewandelen. Wij zijn evenwel van oordeel dat een beroep op art. 13 Rome I wel tot de mogelijkheden blijft behoren, nu aan art. 28 (evenals art. 27 sub d en f) HuwvermVo geen werking toekomt door de kwalificatie van art. 1:88 BW als voorrangsregel (art. 30 HuwvermVo).

89 Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 6, p. 3 (NvW). Zo ook Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 5, p. 11.

90 Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 5, p. 11, alsmede Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 6, p. 3 (NvW). Art. 30 lid 1 HuwvermVo luidt als volgt: 'Niets in deze verordening beperkt de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de lex fori.' In het tweede lid van art. 30 HuwvermVo zijn vervolgens deze bijzondere bepalingen van dwingend recht (voorrangsregels) gedefinieerd. Zie ook de considerans, overweging nr. 53. Art. 30 lid 1 en 2 VoGP zijn gelijkkluidend, evenals de considerans VoGP (overweging nr. 52). Nader hierover tevens T. Mellema-Kranenburg & D. van den Hoonaard, De Europese huwelijksvermogensrechtverordening in de notariële praktijk. Waar moet de notaris op letten?, WPNR 2018, afl. 7216, p. 912-913.

plaats heeft in Nederland ten tijde van het verrichten van een rechtshandeling, bedoeld in het eerste lid.⁹¹

Krachtens art. 1:80b BW is art. 1:88 lid 7 BW van overeenkomstige toepassing op geregistreerde partnerschappen. Aldus is de meerzijdige verwijzingsregel van art. 10:40 en 10:68 BW (oud) vervangen door de eenzijdige verwijzingsregel van art. 1:88 lid 7 BW, inclusief de daaraan toegekende status van voorrangregel,⁹² waardoor het internationale toepassingsbereik van de gezinsbeschermende bepaling van art. 1:88 BW, in het bijzonder die van art. 1:88 lid 1 sub c BW, gewaarborgd is gebleven. Een vraag die zich in dit verband wel opdringt, mede tegen de achtergrond van de in de considerans HuwvermVo (overweging nr. 53) en de considerans VoGP (overweging nr. 52) genoemde ‘strikte uitleg’, is of de wetgevers van de lidstaten de vrijheid hebben om eigen bepalingen van nationaal recht te oormerken als voorrangregel in de zin van art. 30 lid 1 HuwvermVo en art. 30 lid 1 VoGP. Aangezien dit een kwestie van uitleg is, zal de uiteindelijke beantwoording van deze vraag zijn voorbehouden aan het Hof van Justitie van de EU.⁹³

Aangezien art. 1:88 lid 7 BW (jo. art. 1:80b BW) louter ziet op huwelijken en geregistreerde partnerschappen die vallen onder het toepassingsbereik van de HuwvermVo en de VoGP, heeft het temporele toepassingsgebied van beide verordeningen tot gevolg dat art. 1:88 lid 7 BW alleen van toepassing is op huwelijken of geregistreerde partnerschappen die zijn gesloten of geregistreerd *op of na* 29 januari 2019 dan wel zijn gesloten of geregistreerd *vóór* 29 januari 2019, waarbij de echtgenoten of geregistreerde partners *op of na* 29 januari 2019 een rechtskeuze hebben uitgebracht ten aanzien van hun huwelijksvermogens- of partnerschapsregime.⁹⁴ Hoewel krachtens het (oorspronkelijke) voorstel van wet⁹⁵ de Uitvoeringswet HuwvermVo en VoGP niet voorzag in bepalingen van overgangsrecht, is op aandringen van de Tweede Kamer en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie hierin alsnog voor-

zien.⁹⁶ Op grond van art. 6b Uitvoeringswet HuwvermVo en VoGP is aan de Ow een nieuw art. 271 toegevoegd, inhoudende dat art. 10:40 en 10:68 BW (oud) van toepassing blijven op huwelijken die *op of na* 1 september 1992, maar *vóór* 29 januari 2019 zijn gesloten, dan wel ten aanzien van geregistreerde partnerschappen die zijn aangegaan *vóór* 29 januari 2019.⁹⁷ Dit geldt echter *niet* voor echtgenoten of geregistreerde partners die *op of na* 29 januari 2019 het op hun huwelijksvermogens- of partnerschapsregime toepasselijke recht hebben gekozen (art. 271 lid 1 en 3 Ow).⁹⁸ Deze categorie van huwelijken en geregistreerde partnerschappen valt voortaan onder het toepassingsbereik van art. 1:88 lid 7 BW.

5 Uitleiding

We komen tot een afronding. Dat de Nederlandse wetgever in het kader van internationale zakelijke borgstellingen sterk hecht aan de bescherming van de niet-handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner die ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had, behoeft geen nader betoog. Vanaf de inwerkingtreding op 1 januari 1994 van art. 3 WCHb tot aan de recentelijk op 29 januari 2019 in werking getreden voorrangregel van art. 1:88 lid 7 BW heeft de Nederlandse wetgever zich opgesteld als hoeder van de gezinsbeschermende bepalingen van art. 1:88-89 BW. Dat de argeloze rechtstoepasser daarbij verzeild raakt in een heus labyrint van wettelijke regels, EU-verordeningsrecht en opvolgende regimes, moet hij dan maar op de koop toe nemen (zie de hierna opgenomen beslissingsmatrix). Uit onze analyse van de relevante literatuur en jurisprudentie komt naar voren dat de door de wetgever beoogde bescherming van de niet-handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner evident niet uit de verf komt. Zoals we in deze bijdrage hebben laten zien, is de drempel voor buitenlandse schuldeisers voor een geslaagd beroep op een op de internationale casus toegesneden uitleg van de goede trouw om daarmee het vernietigbaarheidsverweer van de borg en/of de niet-handelende echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner te kunnen pareren, betrekkelijk laag. Met andere woorden: dat

91 Zie art. 6a Uitvoeringswet HuwvermVo en VoGP. De vraag of art. 1:88-89 BW als voorrangregels (bepalingen van bijzonder dwingend recht) kunnen worden bestempeld, is overigens niet nieuw en is in het Nederlandse IPR altijd een punt van discussie geweest. Vgl. reeds Kamerstukken II 1990/91, 21328, nr. 3, p. 5 (MvA), alsmede Joppe, in: GS Personen- en familierecht, art. 3 WCHb, aant. 14. Zie voorts ter illustratie Rb. Arnhem 24 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO7637.

92 Een meerzijdige verwijzingsregel heeft betrekking op zowel het eigen als het vreemde recht, terwijl een eenzijdige verwijzingsregel uitsluitend ziet op het internationale geldingsbereik van het eigen recht en niets zegt over de eventuele toepasselijkheid van vreemd recht. Zie Strikwerda & Schaafsma 2019/96. Nader over de (dogmatische) vraag of een eenzijdige verwijzingsregel tevens een voorrangregel kan zijn, en wat de rol van *scope rules* is in dit verband: Asser/Vonken 10-II 2018/596 en 603; Strikwerda & Schaafsma 2019/151.

93 Reinhartz 2018, p. 904 en Strikwerda & Schaafsma 2019/209 (slot) staan nogal kritisch tegenover de keuze van de Nederlandse wetgever. Daarentegen zijn er ook auteurs die de keuze van de wetgever toejuichen, zoals J.G. Knot, Uitvoering van de Huwelijksvermogensrechtverordening en de Partnerschapsvermogensrechtverordening in Nederland, NIPR 2019, p. 564.

94 Vgl. art. 69 lid 3 HuwvermVo en art. 69 lid 3 VoGP. In gelijke zin Asser/Vonken & Ibili 10-II 2021/153.

95 Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 2.

96 Kamerstukken II 2017/18, 34795, nr. 4, p. 5. Zie meer uitgebreid Knot 2019, p. 560-562, die kritisch is over de daarbij gevolgde wetgevingstechniek.

97 Krachtens art. 10:91 lid 1 BW is art. 10:68 BW (oud) niet van toepassing op geregistreerde partnerschappen die zijn aangegaan *vóór* 1 januari 2005. Zie tevens noot 53.

98 Art. 271 lid 1 Ow luidt als volgt: ‘De artikelen 35, 36, 39, 40 en 41 van Boek 10, zoals die luiden voor inwerkingtreding van de Uitvoeringswet Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening vermogensrechtelijke gevolgen geregistreerde partnerschappen, blijven van toepassing op rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten die op of na 1 september 1992 maar voor 29 januari 2019 in het huwelijk zijn getreden, tenzij deze echtgenoten op of na 29 januari 2019 het op hun huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht bepalen.’ Art. 271 lid 3 Ow luidt als volgt: ‘De artikelen 64, 65, 67, 68 en 69 van Boek 10, zoals die luiden voor inwerkingtreding van de Uitvoeringswet Verordening huwelijksvermogensstelsels en Verordening vermogensrechtelijke gevolgen geregistreerde partnerschappen, blijven van toepassing op rechtsbetrekkingen tussen de partners die voor 29 januari 2019 een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, tenzij deze partners op of na 29 januari 2019 het op de vermogensrechtelijke gevolgen van hun geregistreerd partnerschap toepasselijke recht bepalen.’

een beroep op de goede trouw *niet* slaagt, komt in dergelijke casus zelden of nooit voor. Naar onze mening is dat niet terecht. Dat het Nederlandse toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW een internationaal gezien exceptioneel karakter zou hebben, is immers eenvoudigweg onjuist. Een dergelijk beschermingsmechanisme komt in meer landen en rechtsstelsels voor. De vraag is bovendien of van een buitenlandse kre-

dietinstelling – mede tegen de achtergrond van een toenemende internationalisering van het kredietverkeer – niet meer onderzoek mag worden verlangd naar de toepasselijke regelgeving, indien deze kredietinstelling een internationale borgtochtovereenkomst aangaat met een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van zijn of haar beroep of bedrijf.

Beslissingsmatrix

HUWELIJKEN			
Gevals-type	Moment van sluiten	Regeling	Art. 1:88-89 BW
I	(1) Huwelijken gesloten <i>op of na</i> 29 januari 2019 (2) Huwelijken gesloten <i>vóór</i> 29 januari 2019, waarbij <i>op of na</i> 29 januari 2019 het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht is gekozen	Art. 1:88 lid 7 BW	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien de niet-handelende echtgeno(o)t(e) ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had
II	(1) Huwelijken gesloten <i>op of na</i> 1 september 1992, maar <i>vóór</i> 29 januari 2019 (2) Huwelijken gesloten <i>op of na</i> 1 september 1992, maar <i>vóór</i> 29 januari 2019, waarbij <i>op of na</i> 29 januari 2019 het op het huwelijksvermogensstelsel toepasselijke recht is gekozen, <i>vallen echter onder gevalstype I</i>	Art. 271 lid 1 Ow jo. art. 10:40 BW	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien de niet-handelende echtgeno(o)t(e) ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had
III	Huwelijken gesloten <i>vóór</i> 1 september 1992, waarbij de borgtochtovereenkomst is gesloten <i>op of na</i> 1 januari 1994	Art. 3 WCHb*	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien de niet-handelende echtgeno(o)t(e) ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had
IV	Huwelijken gesloten <i>vóór</i> 1 september 1992, waarbij de borgtochtovereenkomst is gesloten <i>op of na</i> 1 januari 1970,** maar <i>vóór</i> 1 januari 1994	Een van de <i>vóór</i> de invoering van art. 3 WCHb toegepaste mechanismen, bijv. aanknoping aan het op het personeel statuut toepasselijke recht*** (zie par. 3.2)	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien het toegepaste mechanisme hiertoe leidt, bijv. als op het personeel statuut Nederlands recht van toepassing is****

* Op grond van Kamerstukken II 1990/91, 21328, nr. 5, p. 8-9 (MvA) was art. 3 WCHb uitsluitend van toepassing op borgstellingen die tot stand zijn gebracht *op of na* 1 januari 1994. De oorspronkelijk voorgestelde overgangsbepaling (art. 6), waarin was opgenomen dat de WCHb van toepassing was op huwelijken gesloten op of na 1 januari 1994, is bij NvW geschrapt. Zie Kamerstukken II 1990/91, 21328, nr. 6 (NvW).

** Ingevolge art. 9 Ow zijn art. 84, 86, 88, 89 en 90 van Boek 1 BW alleen van toepassing op feiten (het sluiten van de borgtochtovereenkomst) voorgevallen na het tijdstip van in werking treden van Boek 1 (per 1 januari 1970). Borgtochtovereenkomsten gesloten *vóór* 1 januari 1970 worden in deze matrix buiten beschouwing gelaten.

*** Het op het personeel statuut toepasselijke recht diende aan de hand van ongeschreven recht te worden vastgesteld. Bepalend was de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten. Bij gebreke daarvan werd het toepasselijke recht bepaald door de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de echtgenoten. Vgl. Joppe, in: GS Personen- en familierecht, art. 3 WCHb, aant. 3.

**** Opgemerkt zij dat de oorspronkelijke tekst van art. 1:88-89 BW niet volledig overeenstemt met de huidige tekst van deze artikelen. Zo is het vijfde lid van art. 1:88 BW bijv. pas in werking getreden per 1 januari 1992 (Kamerstukken II 1987/88, 17725, nr. 15, p. 1-2).

GEREGISTREERDE PARTNERSCHAPPEN

Gevals- type	Moment van aangaan	Regeling	Art. 1:88-89 BW (jo. art. 1:80b BW)
I	(1) Geregistreerde partnerschappen aangegaan <i>op of na</i> 29 januari 2019 (2) Geregistreerde partnerschappen aangegaan <i>vóór</i> 29 januari 2019, waarbij <i>op of na</i> 29 januari 2019 het op de vermogensrechtelijke gevolgen van het partnerschap toepasselijke recht is gekozen	Art. 1:80b jo. art. 1:88 lid 7 BW	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien de niet-handelende geregistreerde partner ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had
II	(1) Geregistreerde partnerschappen aangegaan <i>op of na</i> 1 januari 2005, maar <i>vóór</i> 29 januari 2019 (2) Geregistreerde partnerschappen aangegaan <i>op of na</i> 1 januari 2005, maar <i>vóór</i> 29 januari 2019, waarbij <i>op of na</i> 29 januari 2019 het op de vermogensrechtelijke gevolgen van het partnerschap toepasselijke recht is gekozen, <i>vallen echter onder gevalstype I</i>	Art. 271 lid 3 Ow jo. art. 29 lid 1 WCGP [*] jo. art. 10:91 lid 1 jo. art. 10:68 BW	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien de niet-handelende geregistreerde partner ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had
III	Geregistreerde partnerschappen aangegaan <i>op of na</i> 1 januari 1998, ^{**} maar <i>vóór</i> 1 januari 2005	Ongeschreven recht; anticiperende toepassing van art. 5 lid 4 WCGP ^{***}	Art. 1:88-89 BW zijn van toepassing, indien de niet-handelende geregistreerde partner ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst zijn of haar gewone verblijfplaats in Nederland had

^{*} De WCGP was op grond van art. 29 lid 1 WCGP niet van toepassing op geregistreerde partnerschappen aangegaan vóór de inwerkingtreding van de WCGP (1 januari 2005). Het op 1 januari 2012 in werking getreden art. 10:91 lid 1 BW bevat dezelfde regel van overgangsrecht.

^{**} Op 1 januari 1998 is de Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemings daarin van bepalingen voor het geregistreerd partnerschap (Stb. 1997, 324) in werking getreden.

^{***} Uit de MvT op de WCGP volgt dat, sinds het verschijnen van een advies van de Staatscommissie IPR op 8 mei 1998, de in de WCGP voorgestelde verwijzingsregels anticiperend werden toegepast. Zie Kamerstukken II 2002/03, 28924, nr. 3, p. 20 (MvT).