

DE STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP

www.notarielestichting.nl



De reikwijdte van art. 1:88 lid 5 BW

1. Inleiding

Een echtgenoot heeft de toestemming van de andere echtgenoot nodig voor onder meer overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, *anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf*, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt (art. 1:88 lid 1 sub c BW).¹ De ratio van het toestemmingsvereiste is het beschermen van het gezin, althans van de andere echtgenoot.² De hoofdregel (toestemming) wijkt in bepaalde gevallen.³ In deze bijdrage staat de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW, voorheen lid 4, centraal.⁴

2. Vereenzelviging

Drijft de echtgenoot een eenmanszaak of is hij vennoot in een v.o.f. en sluit hij ten behoeve van de eenmanszaak of de v.o.f. een kredietovereenkomst, dan is hij in privé aansprakelijk voor de nakoming van de aflossingsverplichting zonder dat de andere echtgenoot een *say* heeft gehad in deze aansprakelijkheidscheppende handeling. De wetgever heeft bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW ervan afgezien de overeenkomst van geldlening aan de toestemmingseis van art. 1:88 lid 1 BW te onderwerpen.⁵

De echtgenoot kan zich in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf eveneens borg stellen ten behoeve van een *derde*. De Hoge Raad heeft “in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf” restrictief uitgelegd.⁶ Borgtochten aangegaan door een bestuurder-aandeelhouder vallen niet onder de uitzondering vermeld in art. 1:88 lid 1 sub c BW, omdat het aangaan daarvan niet kenmerkend is voor het *eigen* beroep van een bestuurder-aandeelhouder.

Het is gebruikelijk dat een bank tevens zekerheid verlangt van de bestuurder-aandeelhouder wanneer zij krediet verstrekt aan een “middenstandsonderneming” gedreven in de rechtsvorm van een (besloten) vennootschap. Het getuigt van vertrouwen in de toekomst van de “eigen”

vennootschap indien de bestuurder zich borg stelt ten behoeve van “zijn” vennootschap waarin hij een combinatie van zeggenschap en financieel belang heeft. De wetgever heeft de bestuurder-aandeelhouder die zich borg stelt ten behoeve van “zijn” vennootschap op één lijn willen stellen met de ondernemer die zich in de normale uitoefening van een eenmanszaak of v.o.f. borg stelt ten behoeve van een derde. De reden van de vrijstelling van het toestemmingsvereiste op de voet van (thans) lid 5 is dat een borg vanwege zijn zeggenschap en het financiële belang zo nauw verbonden is met de (gewaarborgde) vennootschap dat in wezen de borg als ondernemer kan worden aangemerkt.⁷ De wetgever vereenzelvigt de borg met de vennootschap.

3. Lid 5

Het vijfde lid verwoordt voormelde vereenzelvigingsgedachte impliciet door een bepaalde combinatie van zeggenschap en financieel belang te eisen. Lid 5 luidt als volgt:

“Toestemming van een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.”

1. Gemakshalve beperk ik mij hierna tot het aangaan van borgtocht.
2. Zie bijvoorbeeld HR 29 november 2002, *JOR* 2003, 1.
3. Zie mijn bijdrage in *WPNR* (1998) 6339, p. 798-799.
4. Bij wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002, 558 (i.w.tr. 1 januari 2003) is lid 4 vernummerd tot lid 5.
5. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 33. Zie ook HR 29 november 2002, *JOR* 2003, 1.
6. HR 22 juni 1962, *NJ* 1963, 53. Zie laatstelijk HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 689 m.nt. WMK.
7. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 35-36.

De wetgever beoogt in lid 5 tot uitdrukking te brengen dat het financieringsbelang van (het bedrijf van) de vennootschap onder omstandigheden het belang van de niet-handelende echtgenoot doet wijken. Lid 4 (oud, MN) komt aan de behoefte van de praktijk aan extra zekerheid tegemoet, aldus de MvT.⁸ De wetgever voegt hieraan toe dat de vrijstelling van het toestemmingsvereiste gerechtvaardigd is, omdat de andere echtgenoot niet meer risico loopt dan bij een eenmanszaak of v.o.f. Deze laatste motivering heeft bij velen vraagtekens opgeroepen.⁹

Het vijfde lid ziet op een bestuurder-aandeelhouder van een enkelvoudige vennootschap. Met concernverhoudingen is geen rekening gehouden.

4. Combinatie van zeggenschap en financieel belang

Voor vrijstelling van het toestemmingsvereiste op de voet van lid 5 is op de eerste plaats vereist dat de borg ten tijde van de borgstelling (de peildatum) bestuurder is van een vennootschap. Niet noodzakelijk is dat hij enig bestuurder is. Naast de hoedanigheid van bestuurder is de hoedanigheid van aandeelhouder vereist, omdat de wetgever de borg-bestuurder – zie onder 2 – mede op één lijn stelt met een venoot in een v.o.f. Vanwege dezelfde reden is niet de eis gesteld dat de borg enig (of groot)aandeelhouder is in de vennootschap ten behoeve van wie hij zich borg stelt. Lid 5 stelt voorts als eis dat de borg-bestuurder alleen *of met zijn medebestuurders* de meerderheid van de aandelen verschaft in de (gewaarborgde) vennootschap (hierna: meerderheidseis).¹⁰

Houdt de borg slechts één aandeel en houden zijn medebestuurders de helft van de aandelen, dan valt de borg volgens de letter van lid 5 onder de vrijstelling van het toestemmingsvereiste (mits voldaan is aan het hierna onder 7 te bespreken vereiste). Moeilijk kan echter in dit geval worden volgehouden dat de activiteiten van de vennootschap hebben te gelden als bedrijfsactiviteiten van de borg zelf. Gelet op de strekking van lid 5 (het financieringsbelang van het bedrijf van de vennootschap en van betrokken derden doet het belang van de andere echtgenoot wijken) en op het belang van een vlot verlopend handelsverkeer zonder risico van vernietiging, ligt de toepassing van lid 5 in dit geval voor de hand.¹¹

5. Concernverhoudingen: gewaarborgde dochter

Het vijfde lid houdt, als gezegd, geen rekening met concernverhoudingen. Geldt de uitzondering (lid 5) op de hoofdregel (toestemming ex art. 1:88 lid 1 sub c BW) eveneens indien een bestuurder-aandeelhouder van een holding zich borg stelt ten behoeve van een of meer werkmaatschappijen gedreven in de rechtsvorm van een vennootschap?¹² De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend in het in 2003 gewezen arrest Kelders/Fortis.¹³ De casus is als volgt:

“Kelders heeft zich op 11 maart 1992 ten gunste van de bank borg gesteld voor al hetgeen Girls & Boys BV (maar ook andere besloten vennootschappen waarover hierna meer) aan de bank verschuldigd is of zal zijn, zulks tot een maximum van f 150.000,=. Kelders is ten tijde van het aangaan van de borgtocht enig bestuurder en enig aandeelhouder van Tomar BV, die op haar beurt alle aandelen houdt in Girls & Boys BV. Tomar BV is bestuurder van Girls & Boys BV, waardoor Kelders indirect bestuurder is van de (gewaarborgde) BV. Girls & Boys BV faillieert een jaar na het aangaan van de borgtocht. De bank spreekt Kelders aan uit hoofde van de borgtocht. Kelders beroept zich op de hoofdregel van art. 1:88 lid 1 sub c: voor het aangaan van de borgtocht is de toestemming van zijn echtgenote nodig. Nu zij geen toestemming heeft verleend, heeft zij de borgtocht vernietigd (art. 1:89 lid 1 BW) zodat de bank geen nakoming kan vorderen. De bank verweert zich met de stelling dat de toestemming van de niet-handelende echtgenoot niet nodig is en beroept zich op lid 4 (het huidige lid 5). Volgens Kelders is lid 4 niet van toepassing, omdat niet hij als bestuurder-aandeelhouder van de dochter (Girls & Boys BV) geldt, maar Tomar BV.”

De Hoge Raad geeft een concernrechtelijke uitleg aan lid 5. Hij bepaalt dat eveneens geen toestemming nodig is van de niet-handelende echtgenoot indien:

- i. de borg-bestuurder van de holding indirect bestuurder en indirect aandeelhouder is in zowel de gewaarborgde vennootschap (Girls & Boys BV) als in eventuele tussen de holding en de gewaarborgde vennootschap liggende (subholding)vennootschappen en,
- ii. bij ieder concernniveau (holding/subholding/dochter) voldaan is aan de meerderheidseis die lid 5 stelt; indien Kelders samen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen in de holding Tomar BV zou hebben gehouden, dan zou volgens de Hoge Raad eveneens geen toestemming van de niet-handelende echtgenoot nodig zijn geweest.

8. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 20. Zie ook p. 24 (MvA II).

9. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 34.

10. Van een particuliere borgtocht is dan geen sprake (art. 7:857 BW).

11. Zie voor een geval waarbij de vereenzelvigingsgedachte en de strekking van lid 5 hand in hand gaan en de letter van lid 5 wijkt: Rb. Rotterdam 26 maart 2003, *JOR* 2003, 189 (certificering van aandelen).

12. Instemmend: Rb. Zwolle 27 januari 1993, *Prg.* 1993, 3853, Hof Amsterdam 6 november 1997, *JOR* 1998, 95 m.nt. C.J. Groffen (Kelders-Generale Bank), Hof Arnhem 8 oktober 2002, *JOR* 2002, 187, Rb. 's-Gravenhage 26 februari 2003, *JOR* 2003, 188, Rb. Amsterdam 16 april 2003, *JOR* 2003, 191 m.nt. A.J. Verdaas. Afwijzend: Rb. Utrecht 18 september 1996, *Njkort* 1996, 70, *JOR* 1996, 116 en Rb. Utrecht 2 april 2003, *JOR* 2003, 190. Zie voor diverse standpunten in de literatuur: de conclusie van P.G. Hartkamp voor HR 11 juli 2003, *JOR* 2003, 223 m.nt. A.J. Verdaas.

13. HR 11 juli 2003, *JOR* 2003, 223 m.nt. A.J. Verdaas.

6. Concernverhoudingen: gewaarborgde joint venture

De Kelders-zaak laat zien dat de toepassing van lid 5 niet beperkt blijft tot gewaarborgde dochtervennootschappen (in de zin van art. 2:24a BW) en zich eveneens kan uitstrekken tot deelnemingen (art. 2:24c BW). Tot het Kelly-concern behoren eveneens (gewaarborgde) joint-ventures.

“Tomar BV (de holding) is bestuurder van Kelly Fashion BV, waarin Tomar BV 40% van de aandelen houdt. Kelly Fashion BV houdt op haar beurt alle aandelen in Kelly Mode BV en is bestuurder van Kelly Mode BV. Kelders heeft zich eveneens ten behoeve van Kelly Fashion BV en Kelly Mode BV borg gesteld zonder instemming van zijn echtgenote. Ten tijde van de borgstelling is Kelders indirect bestuurder en indirect aandeelhouder van Kelly Fashion BV en haar dochter (vereiste i). Aan de meerderheidseis van lid 5 (vereiste ii) is eveneens voldaan, omdat Van Breukelen (eveneens indirect) medebestuurder is van Kelly Fashion BV en eveneens (indirect) deelneemt in Kelly Fashion BV met 40%. Eenzelfde constructie deed zich voor, echter via een ander holding (Keltex BV) en met een andere partner, ten aanzien van de (gewaarborgde) 40%-deelneming Fets BV.”

7. Rechtshandeling ten behoeve van normale uitoefening van het bedrijf van de (gewaarborgde) vennootschap

In de Kelders-zaak hebben partijen niet gestreden over het antwoord op de vraag of de rechtshandeling is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van de bedrijven van de (gewaarborgde) vennootschappen. Daar was naar mijn mening wel aanleiding toe. Het Kelly-concern verkeerde ten tijde van de borgtocht vermoedelijk in financieel zwaar weer. Ik leid dit af uit het feit dat een jaar na het aangaan van de borgtocht alle gewaarborgde vennootschappen faillieerden. Uit de mij ter beschikking staande gegevens heb ik niet kunnen opmaken of deze vennootschappen zich over en weer aansprakelijk hebben gesteld voor schulden aan de bank.

Interessant is dat de Hoge Raad in het Kelders-arrest de nadruk legt op de *begrenzing* van de uitzondering op de hoofdregel. Die begrenzing vindt steun in de wetsgeschiedenis en ligt besloten in het slot van lid 5. De rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c dient, aldus de letter van lid 5, te geschieden ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap. De MvT vermeldt in dit verband:

“Een verdere beperking is gelegen in de begrenzing tot rechtshandelingen die de normale uitoefening van het bedrijf dienen.”¹⁴

Is gelet op het woord “dienen” voldoende dat de rechtshandeling als bedoeld in lid 1 sub c de gewone bedrijfs-

activiteiten bevordert? De Rechtbank Amsterdam legt de woorden “ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf” in die zin uit.¹⁵ Zij toetst of de borgtocht ten behoeve van de dochtermaatschappijen in het kader van een aan hen te verstrekken financiering, de normale bedrijfsvoering van die vennootschappen mede mogelijk maakt. Aan dit criterium zal doorgaans zijn voldaan. Deze ruime uitleg van het slot van lid 5 past niet goed bij de hiervoor geciteerde passage uit de MvT, omdat er geen begrenzing mee wordt bereikt.

De Hoge Raad zoekt in het arrest Soetelieve/Stienstra-Fieten uit 2000, in navolging van (toen nog) A.G. Hartkamp, de begrenzing niet in de faciliterende rol van de borgstelling in verband met de normale bedrijfsactiviteiten, doch in de rechtshandeling van de vennootschap *zelf*. Beslissend is of de rechtshandeling *waarvoor de borgtocht wordt verstrekt* tot de normale, gebruikelijke bedrijfs-handelingen behoort.¹⁶

Is het aangaan van een (bank)krediet dat strekt tot overleving van een bedrijf met financiële problemen een rechtshandeling die tot de “normale” bedrijfsuitoefening behoort? Hartkamp stelt in zijn conclusie voor laatstgenoemd arrest dat handelingen die strekken tot redding van een bedrijf via een samenstel van financiële transacties in beginsel niet tot de normale bedrijfsuitoefening behoren. Verdaas deelt deze mening:

“Financiers die “vers” geld verstrekken aan vennootschappen met financiële problemen, zoals (de bijzonder beheer afdelingen van) banken, en die in ruil daarvoor (aanvullende) zekerheid van een directeur-aandeelhouder verlangen, dienen er (..) ernstig rekening mee te houden dat een dergelijke zekerheid aantastbaar is indien de toestemming van de andere echtgenoot ontbreekt. (..) Voor borgtochten die zijn aangegaan in verband met transacties, zoals een bedrijfskrediet, die een voor de vennootschap “normaal” risico met zich brengen, kan op deze uitzondering een beroep worden gedaan.”¹⁷

Kleijn wijst er op dat de Hoge Raad in het in 2000 gewezen arrest wel degelijk oog had voor het feit dat een geldlening als een normale bedrijfsuitoefening kan worden beschouwd, maar dan moet het wel gaan om een geldlening die de liquiditeit van de vennootschap (het bedrijf)

14. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 20. Zie ook het woord “dienstbaar” in art. 1:97 lid 2 BW.

15. Rb. Amsterdam 16 april 2003, *JOR* 2003, 191 m.nt. A.J. Verdaas. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2000, *NJ* 2001, 342.

16. HR 14 april 2000, *JOR* 2002, 113, *NJ* 2000, 689 m.nt. WMK (Soetelieve/Stienstra-Fieten).

17. Noot onder *JOR* 2003, 191. Zie voor een ongewone lening: Rb. 's-Gravenhage 26 februari 2003, *JOR* 2003, 188 (ongebruikelijk hoge rente, zeer korte termijn voor terugbetaling).

vergroot.¹⁸ Hij is er evenmin zeker van of lid 5 toepassing vindt indien kredietverlening plaatsvindt aan een (bedrijf van) vennootschap waarvan het voortbestaan op het spel staat:

“Voorts lijkt het feit dat de BV geen enkel reëel vermogen heeft ook van belang; het moet dus niet om een poging tot het vullen van een bodemloze put gaan, maar om een wezenlijk en reëel bedrijfsbelang (*van een levensvatbaar bedrijf?*).”¹⁹

Met eenzelfde beroep op de wetsgeschiedenis, maar dan op de MvA, kan echter gepleit worden *voor* het standpunt dat bedrijven in financiële moeilijkheden niet tegengewerkt moeten kunnen worden door de niet-handelende echtgenoot. Het volgende citaat ziet op de situatie waarin bankkrediet onmisbaar is voor het voortzetten van het bedrijf van de vennootschap. Vooral in deze situatie bestaat in de financieringspraktijk behoefte aan extra zekerheid (bijvoorbeeld borgtocht). De MvA vermeldt:

“Voor haar bereidheid tot kredietverlening pleegt de bank dan ook in zulk een geval (oprichting van, vaak “omzetting” van een bestaand bedrijf in een BV waardoor de persoonlijke aansprakelijkheid wegvalt, MN) de verlening van borgtocht door de ondernemer te verlangen. Aangezien, zoals opgemerkt, bankkrediet voor het ondernemen onontbeerlijk is, valt daaraan wel niet te ontkomen. Maar dan is het ook niet gewenst dat de echtgenoot het verstrekken van die borgtocht kan tegenhouden. Het alternatief zou dan zijn dat hetzij de onderneming, gewoonlijk de bron van inkomen voor het gezin, moet sluiten of worden verkocht, hetzij de ondernemer machtiging van de kantonrechter moet zien te verkrijgen, met alle echtelijke onaangenaamheden die daaraan zijn verbonden. (...) In het geval van lid 4 (het huidige lid 5, MN) gaat het om een borgtocht voor een vennootschap, die alleen maar formeel een ander is, maar die in werkelijkheid een bedrijfsactiviteit van de borg zelf is, even persoonlijk als een eenmanszaak of een vennoot-

schap onder firma. Dat is toch ook de reden, waarom de borgtocht wordt verlangd. Juist die weigering van de toestemming, zo deze wordt vereist, kan het gezin licht in ernstige financiële moeilijkheden brengen, omdat onmisbaar krediet dan niet kan worden verkregen.”²⁰

Verkeert de vennootschap in financiële moeilijkheden en is – in het kader van het delgen van de (normale) bedrijfsschulden – het bankkrediet onmisbaar, dan is op grond van vorenvermeld citaat uit de MvA verdedigbaar dat het financieringsbelang en het belang van de andere echtgenoot parallel lopen. Zolang echter geen duidelijkheid bestaat over het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een krediet ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening (hoe ver reikt de beperking van de uitzondering op de hoofdregel?) is naar mijn mening een waarschuwing op haar plaats: vraag om toestemming van de andere echtgenoot, ook al lijkt lid 5 van toepassing.

Samenvatting

Het handelsverkeer is gebaat bij een duidelijke, eenvoudige regeling van de uitzondering op de voet van lid 5 (geen toestemming van de andere echtgenoot) op de hoofdregel van art. 1:88 lid 1 sub c BW. De Hoge Raad heeft in het Kelders-arrest van 2003 de toepassing van lid 5 ogenschijnlijk verruimd door een concernrechtelijke uitleg te geven aan lid 5. Een probleem bij de uitleg van lid 5 is de door de wetgever (in alle gevallen?) beoogde begrenzing van de uitzondering, zoals neergelegd in het slot van lid 5. Onduidelijk is wat de exacte reikwijdte van art. 1:88 lid 5 BW is.

*Mw. mr. M. Y. Nethé**

* Wetenschappelijk medewerker te Groningen.

18. In het arrest Soetelieve/Stienstra-Fieten was geen sprake van een “gewone” geldlening. Er vloeiden geen liquide middelen in het bedrijf. De wetgever heeft het delgen van (normale) bedrijfsschulden voor ogen gehad. Zie *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3,5 en 6)*, p. 35.

19. Noot onder HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 689. Cursiveringen mijnerzijds.

20. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3,5 en 6)*, p. 35 en 36 (MvA II).